

EGEMENLİK ULUS'UNDUR ÜSTÜNLÜK ANAYASA'DADIR

Prof. Dr. Sait GÜRAN^()*

Profesör OĞUZMAN'ı bir hukukçu olarak, hukuksal konuları kendisine özgü hukuk tekniği ile çözümleyen bir Hocamız olarak tanırız veya ben öyle biliyorum. Bu nedenle, O'nun için hazırlanan Armağan'a, uluslararası hukuk alanından, yıllar önce ve yıllardır incelenmesine ve uygulamalarına karşın, güncelliğini ve sıcaklığını artarak sürdüren politik-hukuksal nitelikli yerli bir konuyu, teknik hukuk yaklaşımı ile işleyerek katılırken, kendisini, saygı ile anıyorum.

EGEMENLİK ULUS'UNDUR

Amasya Tamimi yayınlanmış, Erzurum ve Sivas Kongreleri ile 1921 Anayasası yapılmış, şu noktalar kesinlik kazanmıştır:

Millet iradesi her şeyin üstündedir. Bağımsızlık devletin varlığı için zaruridir ve devletlerarası ilişkilerde göz önünde tutulacak ana prensiptir.¹

1921 Teşkilâtı Esasiye Kanunu dört meseleyi ele almıştır. Birincisi egemenlik meselesi. Egemenlik yalnız ve ancak millettir.²

1921 Anayasası'ndan bu yana ulusal egemenlik, anayasacılığımızın temel taşıdır.³ Başka bir deyişle, Cumhuriyet devrimizin Anayasa hareketleri tarihi, hakikatte milli irade ve hakimiyet fikrinin doğuşu ve inkişafı tarihi demektir. Bu fikir ise, daha zaruri ve daha esaslı bir diğer fikrin, milli istiklâl fikrinin, tahakkukunun bir şartı olarak doğmuştur.⁴

Bu temel taşı ve fikir, doğuşundaki özelliklerini, 1921'i izleyen üç Anayasada da korumuş, aynen sürdürmüştür. Örneğin, 1920'de başlayan anayasal devrimin temel düsturu olan millet egemenliği ilkesi, 1924 Anayasası'nın da baştaçı ettiği bir değerdir.⁵ 1924

^(*) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

¹ Bülent Nuri ESEN: Türk Anayasa Hukuku, Ankara, 1971, 2. bası, sf. 57

² id: sf. 63

³ Bülent TANÖR: Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri, Der Yayınları, 1995, 2. bası, sf. 212

⁴ Ali Fuat BAŞGİL: Esas Teşkilât Hukuku, I. cilt, İstanbul, 1960, sf. 106

⁵ TANÖR: n. 3, sf. 245

Anayasası, Atatürk'ün 19 Mayıs 1919'da Samsun'a çıktığı tarihten Cumhuriyet'in ilânına kadar geçen "Cumhuriyetin hazırlık safhası" devresinde hakim olan ruh ve prensiplerle hazırlanmış bir Anayasa'dır.⁶ 1924 Anayasası'nın klâsik anayasa hukuku görüşü içinde ortaya konacak özellikleri ... millet egemenliğinin tek ve bölünmez olduğudur.⁷ Ayrıca, 1924 Anayasası'na göre devlette "iki aslî hak" vardır. Bunların sahibi millet'tir. Bu haklar, egemenlik hakkı ile yargı hakkıdır.⁸

1921 ve 1924 Anayasalarının dayandığı ve buraya kadar ifade ettiğimiz "Egemenlik Ulus'undur" esasının aynı mutlak şekli ile 1961 ve 1982 Anayasalarında da değiştirilmeden korunduğu, hatta, incelememizin odak noktası yönünden güçlendirici açıklık getirildiği malûmdur. Bununla beraber, kısa bir alıntı yaparak hatırlayalım.

Türk anayasa hukukunda ilk defa 1921 Anayasası ile ifadesini bulan, daha sonra 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarında da aynen tekrarlanan "egemenlik kayıtsız şartsız milletindir" kuralı⁹, 1921'den beri süzüle gelen ilkeyi yinelemekte ve böylece siyasal sistem içinde egemen kimdir sorusunu¹⁰ yanıtlamaktadır.

Diğer taraftan, 61 ve 82 Anayasaları, egemenlik maddelerine, konumuz bakımından fevkelâde anlamlı ve önemli hüküm eklemiştir. Birincisi, hiçbir organın, kaynağını Anayasa'dan "almadan" yasama, yürütme, yargı yetkisinden oluşan bir devlet yetkisi kullanamayacağı; ikincisi de, kayıtsız ve koşulsuz olarak, mutlak ve istisnasız biçimde Ulus'a ait olan bu yetkilerin, yani egemenliğin, ancak Anayasa'nın gösterdiği organlar eliyle ve Anayasa'nın koyduğu esaslar uyarınca kullanılabilirdir.

Bu noktada iki adım daha atalım ve TEZİÇ'ten alıntılarla şu tespitleri yapalım: "Egemen devlet, egemenliğini başka bir otoriteden almayacağı gibi, devlet egemenliğini kullanırken, kendisinden daha üstün başka bir otoriteye bağımlı değildir; egemenlik, devletin, kendi

⁶ İlhan ARSEL: Türk Anayasa Hukukunun Temel Umumi Esasları, I. Kitap, Ankara, 1965, sf. 87

⁷ ESEN: n.1, sf. 74; Ulusal egemenlik tektir, bölünmez, bir devlet içinde eş kabul etmez, rakibi olamaz. Üstünlüğü de bu olaydan doğar. Son söz ve karar onundur. Tarık Zafer TUNAYA: Siyasal kurumlar ve Anayasa Hukuku, İÜHF yayını, 1980, 4. bası, sf. 150

⁸ ESEN: n. 1, sf. 29; 23 Nisan 1920'de Meclis açılırken söylediği nutukta Mustafa Kemal şöyle diyordu: "Milletlerin hakkı kazası, istiklâlinin birinci şartıdır. Kuvve-i adliyesi müstakil olmayan bir milletin devlet halinde mevcudiyeti kabul olunamaz." ibid

⁹ Ergun ÖZBUDUN: Türk Anayasa Hukuku, Yetkin yayınları, 1995, 4. bası, sf. 60

¹⁰ TANÖR: n. 3. sf. 320

yetkilerini ve kendi temel hukuk kurallarını serbest iradesiyle belirlemesidir.¹¹

İkinci adım olarak, egemenliğin, ülke içi ve ülke dışı boyutuna değinelim: Hukuk bakımından egemenlik, bir yanıyla, devletin, ülke içi aslî ve üstün güç ve yetkili olması¹², devlet hayatının hukuk düzenini belirleyen en yüksek iradeyi teşkil etmesidir.¹³ Ülke dışı egemenlik ise, devletin, diğer devletlerle ilişkilerinde, başka devlete bağımlı olmaması ve hukuksal eşitliğini ifade eder.¹⁴

ULUSLARARASI ANDLAŞMALAR VE İÇ EGEMENLİK İLİŞKİSİ

Uluslararası andlaşma, bilindiği gibi, devletlerin, uluslararası örgütler ile kendi aralarında veya uluslararası hukuk çerçevesinde, hukuksal sonuçlar, hak ve yükümlülükler doğuran yazılı irade uyuşmasıdır.¹⁵

Bununla beraber, bu uluslararası irade uyuşmasının oluşturduğu uluslararası hukuk kuralının, Ülke'nin iç egemenliğinin, yani kendi yasama organının kendi yasama erkinin kullanımı anlamını taşıyan "iç hukuk kuralı"na dönüşmesi ve bu niteliği ile uygulanması öngörülmüş olup, bunun için araya TBMM'nin iradesinin de girmesinin gerektiği, Anayasa'nın 90. maddesinde ifade edilmiştir. Böylece, TC Devleti'nin, bir veya daha fazla devletin ya da uluslararası kuruluşun iradeleri ile birlikte meydana getirilen uluslararası hukuk kuralı, TBMM'nin bizzat yaptığı yasama işlemi gibi muamele görmektedir. Bu dönüşüm, egemenliğin ülke dışı ilişkiler düzlemindeki kullanımına, ülke içi egemenliğin gücünü, etkisini kazandırarak, uluslararası andlaşmayı, Türk hukuk düzeninin buyurucu ve bağlayıcı bir parçası yapmakta, iç hukukta doğrudan etki doğurmaktadır.¹⁶

O halde, yasama gücünü tek elci biçimde elinde tutan TBMM'nin iradesi dışında ve "iradelerin uyuşması" şeklinde oluşturulan ve uluslararası nitelik taşıyan hukuk normu, Ülke'nin yasa koyucusu TBMM'nin iradesi ile iç hukuk kuralına çevrilince, ortaya, 90.

¹¹ Erdoğan TEZİÇ: Anayasa Hukuku, Beta yayını, 1998, 5. bası, sf. 118

¹² BAŞGİL: n.4, sf. 178

¹³ TEZİÇ: n. 11, sf. 117

¹⁴ id: sf. 117-118

¹⁵ Hüseyin PAZARCI: Uluslararası Hukuk Dersleri, I. Kitap, Ankara, 1997, 6. bası, sf.103; buna karşılık, AĞİK Son Senedi, Paris Şartı gibi "hukuksal" bağlayıcılığı olmayan ve taraflar arasında yalnızca "siyasal" düzeyde hak ve yükümlülük ilişkileri kuran irade uyuşmalarına da rastlanılmaktadır. İd: sf. 105

¹⁶ id: sf. 24

maddenin yazımı ile, "Anayasaya aykırılığı ileri sürülemeyen kanun hükmünde" bir iç hukuk normu çıkmaktadır.

Dönüştürme yöntemi ile iç hukuk düzenine aktarılan yasa gücündeki bu normların, yani uluslararası andlaşmaların, yasaların üstüne yerleştirildiği veya yasalarla tam eşdeğerlik taşıdığı görüşleri bulunduğu gibi, yüksek yargı organlarının kararları da kesinlik arzetmemektedir.¹⁷

Ancak, bu çalışmada, uluslararası andlaşma-yasa ilişkisini aşarak, hukuksal problem olarak, "bir andlaşmanın Anayasaya aykırılık taşıyan hükümlerinin durumu ve bunun hukuksal sonuçları" üzerinde duracağız. Bu incelemeye geçmeden önce, ipucu olarak bir noktayı aktaralım: Var olan bir andlaşmaya aykırı içerikteki bir yasanın sonradan çıkarılması halinde, "ortaya çıkaracağı uluslararası sorumluluk sorunlarına rağmen" iç hukuk düzenimizde geçerli olması gerekmektedir.¹⁸ Ayrıca, BALTA da, örneğin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk yasaları ile çatışması durumunda, yetkili yönetici ya da yargıcın, ikisini bağdaştırabilecek bir yorum olanağı yok ise, iki yasa arasındaki çatışmanın çözümünde uyulacak kuralların uygulanmasının gerektiğini kabul etmektedir.¹⁹

ÜSTÜNLÜK ANAYASA'DADIR

Bir uluslararası andlaşmanın, TBMM tarafından, bir kanun ile iç hukuk düzeninde uygulanabilir "iç hukuk normu" statüsüne

¹⁷ id: sf. 31-34; Bilindiği gibi bir çok sözleşmecî devlet için, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, ulusal hukukun bir parçasıdır. Kimilerinde Sözleşme, Anayasa düzeyinde, kimilerinde yasa düzeyindedir. Kimilerinde de, Türkiye'de olduğu gibi, Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülemeyen yasa gücündedir. Feyyaz GÖLCÜKLÜ-Şeref GÖZÜBÜYÜK: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara, 1996, 2.bası, sf. 14, 18; Sevin TOLUNER: Milletlerarası Hukuk İle İç Hukuk Arasındaki İlişkiler, İÜHF Yayını, 1973, sf.589-596; Anayasa'nın 90. maddesi, "Anayasa'ya aykırı andlaşmaların yapılabileceği anlamına gelmez. Anayasa'nın ... 11'nci maddesi, Anayasa'ya aykırı andlaşmaların yetkili organlarca onaylanmaması ve yürürlüğe konulmaması ödevini yükler. Bu nedenle, andlaşmalara karşı Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmaması, Anayasa'ya aykırı andlaşmaların yürürlüğe konulmasına olanak tanıyan bir kural olarak değerlendirilemez." Selim KANETİ: Avrupa Topluluğu Hukuku'nun Üstünlüğü Karşısında Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (ANAYASA YARGISI, Sayı: 7, AYM Yayını, 1990, sf. 139)

¹⁸ Seha MERAY: (Bak. PAZARCI:n. 15. sf.33); Fakat, böyle bir halde, bu sefer devlet, yabancı devletlere karşı müşkil durumda kalacak ve andlaşma ile yüklenmiş olduğu vecibeleri yerine getirmemiş ve bittabi milletler arası hukuka aykırı hareket etmiş olacaktır. ARSEL: n.6, sf.341; Devlet, milletler arası bir andlaşmaya aykırı bir kanun yapmamak zorundadır. Bununla beraber, bu zorunluluk hukukî değil, siyasî bir zorunluluktur. Pertev BİLGİN: İdare Hukuku Dersleri-İdare Hukukuna Giriş, İstanbul, 1999, sf. 126

¹⁹ PAZARCI: n. 15, sf. 33; Ayrıca, aynı görüş için... Süheyl BATUM: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İÜHF Yayını, 1993, sf. 31

kavuşturulması olayında, gündeme, haliyle, Anayasa sorunu gelecektir.

Çünkü, Anayasa, Ülke'nin zirvedeki hukuk normu olup, bu mevkii nedeniyle, yasama, yürütme ve yargı organları ile idareyi, kendi görev alanlarına giren işlemleri yaparken bağlayan hukuk kuralıdır. Anayasa'nın 11. maddesinin başlığının ifadesiyle, hem "üstün" hem de "bağlayıcı" olan Anayasa'nın yetkili kılmadığı hiçbir organ, Anayasa'nın koyduğu esaslar dışına çıkarak, öngörmediği hiçbir Devlet yetkisi kullanamaz ve "hukuksal sonuç" yaratamaz. Anayasa'nın 6. ve 11. maddelerinin karışımı olan bu satırlara, başka ifadelerle açıklık kazandırmak gerekir ise:

Anayasa'nın üstünlüğünden anlaşılacak icab eden şey, bu temel kanunun, yasama, yürütme, yargı ve idare makamları ile kişiler tarafından, "hiçbir zaman ve hiçbir bahane ile tatil veya tagyir veya ihmal edilmemesi olmak lâzımdır"²⁰; zira, Anayasa kural ve prensipleri, hukuki mevzular ehramının zirvesini işgal ve alelade kanunlarla diğer bütün vaz edilen kuralların "muteberlik sınırını" teşkil eder.²¹

"Anayasa'nın kendisinden sonra gelen tüm hukuk normlarından üstün olması, bu normların tümünün Anayasa'ya uygun olması zorunluluğu"nu ifade eder ve "bir ülkede Anayasa varsa, şu halde, öteki kanunlardan üstündür. Ve üstün hukuk ilkelerini kapsayan Anayasa 'katı'dır."²²

Ayrıca, Anayasa'nın 90. maddesinin, uluslararası andlaşmaların "ancak" kanunlara değişiklik getirebilmesine ve iç hukuk hiyerarşisinde "ancak kanun" hükmünde sayılarak kanunlarla eşit basamakta konuşlanmalarına izin vermiş olması, Anayasa'nın üstünlüğü "mutlak" ilkesinin; istisnasız ifadesi ve te'yididir.

90'ncı maddedeki Anayasa'ya aykırılığın ileri sürülmesi yasağının varlığı, uluslararası andlaşmaları, ne kanunlardan üstün, ne de Anayasa ile eş düzeyde yapar; bunların, kanunla eş düzeyde tutulmalarına karşın Anayasa Mahkemesi'nin yargısal denetiminin dışında tutulması, birden çok dış iradenin "uyuşması" ile oluşan andlaşmaların "iki"²³ farklı egemenliğin iradesinin ürünü ve bu

²⁰ ARSEL: n. 6, sf. 151

²¹ BAŞGİL: n. 4, sf.490

²² TUNAYA: n. 7, sf. 135,136

²³ veya daha çok

sebeple Anayasa Mahkemesi'nin egemenlik alanının dışında" bulunmasından²⁴ ve ekleyelim ki, sonuçta Anayasa'ya aykırı görülse bile, ortada, iptal edilerek hukuk aleminden tamamen kaldırmağa, özellikle oluşum süreci nedeniyle, elverişli bir hukuk normunun olmamasından ibarettir.

Bu yüzden, madde 90'nın metninde, iptal edilmek hukuksal sonucu ile karşılaşabileceği için, yargısal denetim dışına çıkartılan tasarruf, "andlaşma" sözcüğü ile adlandırılmıştır. Anayasa'ya aykırı hükümleri içeren ve iç hukuk düzenine, BİLGEN'in uyardığı gibi²⁵ TBMM'ndeki 550 milletvekilinden sadece 139'unun oyu ile kabul edilebilecek bir kanunla ve Anayasa-altı basamakta geçirilmiş bulunan bir uluslararası andlaşmanın dokunulmaz kılınmasının ise, Anayasa'nın üstünlüğünü bertaraf edebileceği sorununun çözümü, Anayasa Mahkemesi'nden gelmiştir. Nitekim, İslâm Ülkeleri Arasında Yatırım ve İhracat Kredisi Sigortası Kurumu kurulmasına ilişkin olan ve Cidde, Suudi Arabistan'da imzalanan uluslararası andlaşmayı uygun bulan "TBMM'nin iradesi yasa"nın, anılan Kurum şer'î hükümlere göre kurulup çalışacağı için, Anayasa'nın lâiklik ilkesine aykırı hükümler taşıdığı savı ile DSP'li ve CHP'li 110 milletvekilinin Ağustos 1996'da açtığı davayı²⁶, Anayasa Mahkemesi, esastan yargılamış ve 27.02.1997 günü sonuçlandırmıştır.²⁷

Anayasa Mahkemesi, bu incelemeyi kaleme aldığımız günlerde²⁸ henüz gerekçesinin yayınlanmadığı bu kararı ile şunları ortaya koymuştur:

İptal davası, TBMM'nin onaylamayı uygun bulma yasasının iptali talebi ile açılır; ancak, Anayasa'ya aykırılığı denetlenen metin, uluslararası andlaşmanın kendisidir. Bu durumda, Anayasa'ya aykırı bir andlaşma, Anayasa'nın üstünlüğü gereği verilecek bir hüküm ile, iç hukuk normu olmak niteliğini ve Türkiye Cumhuriyeti'nde uygulanmak gücünü kaybederken; uluslararası hukuk tasarrufu olarak, uluslararası hukuk düzeninde ve diğer âkidler arasında varlığını ve hükmünü sürdürecektir.

²⁴ BİLGEN: n. 18, sf. 126-127

²⁵ id: sf. 5

²⁶ Bakınız, Mümtaz SOYSAL: Uluslararası Andlaşmalar Konusunda Anayasa Yargısı (ANAYASA YARGISI) Sayı: 14. AYM Yayını, 1997, sf. 180

²⁷ AYM: E:1996 / 55, K:1997 / 33

²⁸ Şubat 22, 2000

Anayasa Mahkemesi'nin, aksi görüşlere²⁹ karşın tamamen katıldığımız ve desteklediğimiz bu kararı ile, "üstünlük", kanun eşidi uluslararası andlaşmalara geçmiyor, "Anayasa"da kalmaya devam ediyor.

ANAYASA KARŞISINDA ULUSALÜSTÜ HUKUK

Bilindiği gibi, bazı andlaşmalar, konuları bakımından, hem andlaşmanın tarafı Devletlere, hem de bireylere, doğrudan doğruya etkili olacak hak ve yükümlülükler koyabilmektedir. Dolayısıyla, bu tür andlaşmalar, hem uluslararası hukuk, hem ulusal hukuk konusudurlar ve 1982 Anayasası, andlaşmalar arasında böyle bir ayırım yapmaksızın hepsinin kanun hükmünde olduğunu belirtmiştir.³⁰

Avrupa Topluluğu'nu (Birliği'ni) kuran Devletler, "yeni bir milletler arası hukuk düzeni"³¹ kurmuşlar ve bu sonucu elde etmek için egemenlik yetkilerinin bir kısmını, "andlaşmalarla vaz ettikleri normatif hukuk düzenini işletmek üzere... terk etmişlerdir."³² Bu durum, bundan böyle bu yetkileri, üye Devletler yerine Topluluk kurumlarının "kullanmaları" veya bunların "müsaadesi oranında" üye Devletlerin kullanması demektir. Ancak, bu son halde, üye Devletler, artık kendilerine ait bir yetkiyi değil Topluluk kurumlarının verdikleri bir yetkiyi kullanmış olmaktadır.³³

DOĞAN'ın bundan "yirmi bir yıl önce" herkesin anlayabileceği nitelikte yazdıklarını, tekrar bahasına, aktarmayı sürdürüelim:

Bu günkü adıyla Avrupa Topluluğu (Birliği) hukuk düzeninin yapısı ve niteliği göz önünde bulundurulduğunda, Türkiye'nin yasama, yürütme ve yargı yetkilerinin bir bölümünü Topluluk kurumlarına süresiz olarak aktarması, devretmesi anlamını taşımaktadır. Gördük

²⁹ Örnek vermek gerekirse: Türkiye'de, uluslararası sözleşmeler, Anayasa'ya uygunluk denetimi dışındadır. Yılmaz ALİEFENDİOĞLU: Anayasa Yargısı ve Türk Anayasa Mahkemesi, Ankara, 1996, sf.48; Andlaşmanın Anayasa'ya aykırı olması durumunda... iç hukukun bir parçası olan andlaşma, Anayasa'ya aykırı kurallar içerse bile ... Anayasa'ya rağmen uygulanacak demektir. GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK: n. 17, sf. 19; Uluslararası insan haklarında bağlayıcı ölçülere aykırı bir iç hukuk kuralı, Anayasa da olsa, geçerlilik kazanamaz/bunu sürdürülemez. Tekin AKILLIOĞLU: İnsan Hakları, AÜSBF Yayını, 1995, sf. 72; ayrıca bakınız, TOLUNER; n. 17. sf. 394, 596 ile YÜZBAŞIOĞLU: n.30, sf. 55

³⁰ Necmi YÜZBAŞIOĞLU: Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, İÜHF Yayını, 1993, sf.

34

³¹ İzzettin DOĞAN: Türk Anayasa Düzeninin Avrupa Toplulukları Hukuk Düzeniyle Bütünleşmesi Sorunu, İÜHF Yayını, 1979, sf. 160

³² ibid

³³ id: sf. 161

ki, Avrupa Topluluğu (Birliği) hukuk düzeni yeni bir milletler arası hukuk düzenidir ve bu düzen, üye Devletin egemenlik yetkilerinin bir bölümünü süresiz olarak (birlik) kurumları lehine devretmeleri veya icrasından vazgeçmeleri sonunda meydana gelmiş bir hukuk düzenidir. Binaenaleyh, "Türkiye" de, bu yeni milletler arası hukuk düzenine katılmak isterse, "kaçınılmaz" olarak, egemenlik" yetkilerinin bir bölümünü (Birlik) kurumlarına "süresiz" olarak "devretmek" zorundadır.³⁴

Avrupa Topluluğu (Birliği) hakkında yukarıda yazılanlar, Avrupa İnsan Hakları hukuk düzeni için de aynen geçerlidir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, üyelerin kabul ettikleri, zorlayıcı hükümler içeren "ulusal üstü hukuk"³⁵ mevkiinde olup; Batum'un, 12-16 Ocak 2000'de Ankara'da yapılan Hukuk Kurultayı'nda, bildirisini sunarken kullandığı "Avrupa Yargısı, Avrupa Yargıcı-Bizim Yargıç" sözcükleri ve özellikle "uluslararası değil, ulusal üstü hukuk" denetimi ve yaptırımı tanımlamaları, durumu olanca açıklığı ile ortaya koymaktadır.

İster kendi egemenliğini devretmek, ister diğerinin egemenliğini kabul etmek şeklinde gerçekleşsin, "ulusal üstü hukuk düzeni", kendi kapsamı ölçüğünde, Anayasa'nın Üstünlüğü ilkesini bir yana iten bir sistemdir. GÖLÇÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK ikilisinin, bu defa katıldığımız, açık ve kesin yazımı ile "Anayasa'ya rağmen uygulanacak"³⁶ olan hukuk'tur.

Uluslararası ve ulusal üstü hukukun Türk hukuk düzeni ile ilişkilerini etraflı ve ayrıntılı biçimde inceleyen YÜZBAŞIOĞLU, gündeme, andlaşma ile Anayasa arasında çatışma çıkması ihtimalini de bir problem olarak getirmiştir. Böyle halde yapılacak ilk iş, YÜZBAŞIOĞLU'na göre, uluslararası hukukun üstünlüğü ilkesi gereği, Anayasa'yı andlaşmaya uygun yorumlamaktır. Fakat, andlaşma Anayasa çatışması, uygun yorum yöntemi ile çözülemeyecek boyutta ve açıklıkta ise ne olacaktır; ve Türk hukukunda kurallar çatışmasının en kritik noktası budur.³⁷

YÜZBAŞIOĞLU, sorunu, iki ihtimalli yanıt ile irdelemekte ve birinci seçenekte, andlaşmanın ihmal edilip doğrudan doğruya Anayasa'nın uygulanması, ikinci seçenekte, Anayasa'nın ihmal edilip, doğrudan doğruya andlaşmanın uygulanması üzerinde fikir

³⁴ id: sf. 190

³⁵ BATUM : n. 19, sf. 58

³⁶ Bakınız: n. 29

³⁷ YÜZBAŞIOĞLU: n. 30, sf. 60

yürüttükten sonra; "1982 Anayasası'na göre, Anayasa Mahkemesi, andlaşmayı ihmal edip, Anayasa'yı uygulamak; sorunun nihaî çözümü ve uluslararası ya da ulusal üstü hukukun üstünlüğünü sağlama yetkisini, varsa uluslar üstü yargı mercilerine bırakmak durumundadır."³⁸

Ancak, DOĞAN, sorunun "özünü" daha 1979'da yakalamış ve çok net biçimde ortaya koymuştur: İç hukuklarında da doğrudan doğruya uygulanabilen, devletleri olduğu kadar özel ve tüzel kişileri de hedef alabilen ve bağlayan, Devletlerin Anayasa hükümlerinin dahi kendisine karşı ileri sürülemediği uluslar üstü hukuk düzenine Türkiye, 1961 Anayasası ile katılabilir mi?³⁹ Soru, başka bir can alıcı noktası fokuslanarak sorulduğunda, sorun, Türkiye'nin egemenlik yetkilerinden bir bölümünden uluslar üstü kuruluş lehine feragat etmesi sorununa dönüştüğüne göre, "bunun için Türk hukuk düzeninin temel yasasını (grundnorm) teşkil eden Anayasa'nın böyle bir olanağı sağlayıp sağlamadığının incelenmesini zorunlu kılar."⁴⁰

DOĞAN, sorunu, başlarda egemenlik Ulus'undur başlığı altında yazdıklarımız dahil, çeşitli yönlerden irdeledikten sonra⁴¹, egemenliğin devrinin veya feragatin "mümkün olamayacağı"nı kesin biçimde ifade etmekte; mümkün hale gelebilmesi için, en önde egemenlik maddesi gelmek üzere, Anayasa'nın hangi madde ve hükümlerinde, ne içerikte değişiklik yapılması gerektiğini de belirtmektedir.⁴²

DOĞAN'dan yirmi yıl sonra, BİLGİN, 1982 Anayasası'na göre, Türkiye'nin, egemenliğini ve yasama yetkisini uluslararası veya ulusal üstü kuruluşlara devretmesinin mümkün bulunmadığını, kısa ve doğrudan bir dille yazmış;⁴³ ve devamla şunları eklemiştir: 1982 Anayasası yapılırken, bu sorunun aşılması için, Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu'nun hazırladığı Tasarı'ya, egemenliğin uluslararası veya ulusal üstü kuruluşlar tarafından kullanılmasına olanak sağlayan hüküm konulmuş ise de, Danışma Meclisi tarafından kabul edilmediği⁴⁴ için Anayasa'ya girememiştir.

³⁸ id: sf. 61; "Türkiye, Topluluğa tam üye olduğunda da, Avrupa İnsan Hakları Hukuku gibi, Topluluk Hukuku'nun da kurallar kademelenmesinde, uluslararası hukuk kuralları olarak, Anayasa'nın üstünde yer alacağı ... dir." id: sf. 78

³⁹ DOĞAN: n. 31, sf. 186

⁴⁰ id: sf. 190

⁴¹ id: sf. 191-210

⁴² id: sf. 202-205, 210-229

⁴³ BİLGİN: n. 18, sf. 5

⁴⁴ ibid

1992 yılında, bugün hepsi profesör olan kamu hukuku alanından dokuz profesör ve doçent tarafından hazırlanan⁴⁵, fakat yayınlanmamış bulunan TÜSİAD Taslağı'nda da, 1982 Anayasası'nın egemenlik maddesine, "ulusal üstü yetkileri bulunan kuruluşlara üyeliği gerektiren uluslararası andlaşma hükümleri saklıdır" eklemesi yapılmış; ekleme, aşağıdaki şekilde gerekçelendirilirken, Anayasa ile andlaşma çatışması sorununa dikkat çekilmiş ve bunu giderecek olan yukarıdaki formül yazılmıştır:

"Egemenlik konusunda aynı düzenlemeleri getiren 1961 ve 1982 Anayasalarının yazılış biçimleri uygundur; uygulamada da bunlarla ilgili bir sorun yaşanmış değildir. Bu bakımdan bunların korunmasında isabet vardır.

Doğabilecek tek sorun, bu maddelerde öngörülme, ama günümüz dünya koşullarının ve özellikle uluslararası bütünleşme süreçlerinin yarattığı yeni hukuki ihtiyaçlarla ilgilidir. Uluslararası ve ulusal üstü ilişkilerde son dönemlerde ortaya çıkan yeni hukuki ilişki biçimleri açısından, Türkiye'nin bugün var olan ve ileride doğabilecek ilişkilerinde anayasal engellerle karşılaşmamasını sağlamak, yeni Anayasanın görevlerinden olmalıdır. Bu nedenle, klâsik anlayışı yansıtan egemenlik ilkesinin korunması, ama, buna uluslararası bağlantılarla ilgili bir fıkra eklenmesi doğru olacaktır."⁴⁶

DOĞAN'ın 1979 yılında yazdığı⁴⁷ ve bugün de devam eden egemenliğin devredilmezliği Anayasal olgusunun bir diğer pozitif kanıtı da, Anayasa'da yapılan son değişikliktir.

Bilindiği gibi, kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan dava ve uyuşmazlıkların çözümünü Danıştay'ın tekelinden çıkartarak, ulusal ve özellikle uluslararası tahkim yolunun açılması gündeme geldiğinde, olayın seyri, Anayasa'nın 125. ve 155. maddelerinin değiştirilmesine kadar gitmiştir. O halde, bu durumda, Anayasa'nın değiştirilmesine "hukuksal bakımdan" neden gerek duyulduğu noktası üzerinde durulmalıdır.

⁴⁵ Erdoğan TEZİÇ, Sait GÜRAN, Yıldızhan YAYLA, Köksal BAYRAKTAR, Devrim ULUCAN, Bülent TANÖR, Fazıl SAĞLAM, Süheyl BATUM, Necmi YÜZBAŞIOĞLU

⁴⁶ ibid

⁴⁷ Ayrıca, bakınız, örneğin YÜZBAŞIOĞLU, "Anayasa'nın egemenliğin kullanılmasına ilişkin kurallarının ... Topluluk Hukuku'na uyarlanması başta gelir." YÜZBAŞIOĞLU: n. 30, sf. 77-78 dipnotu 71'de PAZARCI.

Anayasa değişikliğine ilişkin kanun teklifi ile Anayasa Komisyonu Raporu'nda, değişikliğin nedenini, bu incelememizde irdelediğimiz hukuksal sorun bakımından yanıt şöyle verilmiştir:

"Türkiye, gerek 1975 tarihli Helsinki Nihaî Senedi'nde, gerek imzalayıp onayladığı çok sayıda iki taraflı uluslararası yatırım sözleşmelerinde tahkim kurumunu benimsemiştir. Türkiye'nin uluslararası ilişkiler çerçevesinde benimsediği bu yaklaşıma Anayasa'nın 125'inci⁴⁸ maddesinde de yer verilmesi uygun olacaktır."⁴⁹

Daha önce uygun olamayan ne vardı ki ve neden, ancak bu Anayasa değişikliğinden itibaren uygun olacak? Özellikle, uluslararası andlaşmalar, Anayasa tarafından, en azından kanun hükmünde tanındığına göre, doğrudan doğruya ve sadece tahkim için ilgili yasaları değiştirmekle yetinmeyip, ayrıca Anayasa'ya da el atmak neden gerekli görülmüştür? Demek ki, ortada, Anayasa değişikliğini zorunlu kılan bir Anayasa'ya aykırılık veya uygun yorumla giderilemeyecek mahiyette bir eksiklik bulunuyordu ki, bu engel, "ancak" Anayasa değişikliği ile aşılabildi. Yoksa, sorun, özelleştirme için madde 47 değişikliğinin yapılmasında belirtildiği gibi, tahkimi, sadece "Anayasal dayanağa kavuşturmak"dan⁵⁰ mı ibaret idi?

BİRKAÇ SORU VE YANITLARI

İncelememizi tamamlarken, asıl söylemimizi teşkil eden birkaç sorunun sorulması ve yanıtlanması gerekiyor.

1- Egemenliği Ulus adına kullanma konusunda, Anayasa'nın Başlangıç kısmındaki, "bu Anayasa'da gösterilen ... hukuk düzeni dışına çı(kı)lamayacağı" buyruğu ile Anayasa Mahkemesi'nin "Anayasa, kendisi düzenlemedikçe, açıkça olur vermedikçe ... hiçbir organ ya da kişi devlet yetkisini kullanamaz. Anayasa'ya dayanmayan, Anayasa'dan kaynaklanmayan Devlete ilişkin yetki söz konusu olamayacağından, böyle bir yetkinin kullanılması da düşünülemez. Anayasal dayanak, geçerlik koşuludur"⁵¹ diyen kararını, buraya kadar yazdıklarımız ile birleştirdince, bir biri ile bağlantılı şu sorular gündeme geliyor:

⁴⁸ ... ve zorunlu olarak 155'inci

⁴⁹ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Teklifi ve Anayasa Komisyonu Raporu (2/187; S.Sayısı 109, sf.4-6)

⁵⁰ ibid

⁵¹ Anayasa Mahkemesi: 30.05.1990, E: 1990/2, K:1990/10 (AMKD, sayı 26, sf. 206)

Egemenliğin devri esası üzerine kurulmuş olan bir ulusal üstü hukuk düzeni, egemenliğin teklifi, bölünmezliği, devredilmezliği esasını "eksen" yapmış olan Anayasa'nın üstünde konuşlanmış bir "hukuk normu" olabilir mi ve böyle bir geçerlilik taşıyabilir mi?

Başka bir deyişle, ancak, egemenliğin devir ve terk edilmesi ile girilebilecek olan bir ulusal üstü sisteme, egemenliğini terk-devir etmemiş ve edemeyecek olarak, Türkiye Cumhuriyeti Devleti, "iç egemenliğine de yansıyacak biçimde" nasıl girebilir veya nasıl girmiş olabilir?

2- Anayasa'dan itibaren yapılanan Türk Hukuk Düzeni'nde, Anayasal olarak "katılma olanağı bulunmayan", hattâ egemenlik kavramındaki oluşum ve gelişimin vurgusuna dikkat edilirse "yasak edilen" ulusal üstü hukuk düzeninin normları ve içtihadı, Türkiye Cumhuriyet yasaması, yürütmesi, idaresi ve mahkemeleri tarafından; bir yasanın, bir idarî işlemin esastan denetimi ve geçerlilik değerlendirilmesi için, örneğin, Alman veya Hindistan Anayasa Mahkemesi'nin kararlarından ya da bu ülkelerin Anayasa ve yasalarından farklı tutularak, "ölçü norm" yahut "Anayasallık bloku" veya "referans norm" olarak nasıl geçerli, bağlayıcı ve uygulanabilir olur?

3- Önceki sorulara, özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi⁵² bakımından devam edince, şu nokta hatırlanmalıdır. Anayasa'da yargı yetkisi, Ülke'deki bağımsız mahkemelere verildiğine (md.9); hakimler, mahkemelerin bağımsızlığı esasını uyarınca görev yapacaklarına (md. 140/2); mahkemelerin bağımsızlığının bir unsuru ve Anayasa'nın buyruğu olarak, mahkemelerin de, ancak, Anayasa'ya göre hüküm verebileceği açıkça yazıldığına (md. 138/1); Yargı'da yüksek mahkemeler ve görev dağılımı, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askerî Yargıtay ve Askerî Yüksek İdare Mahkemesi arasında, "doğrudan doğruya Anayasa" tarafından belirlendiğine ve bu yüksek mahkemelerin üzerinde bir yargı yeri öngörülmediğine, yani bunların kararlarının incelenmesine, değerlendirilmesine, norm denetiminden geçirilmesine, tahkimde görüldüğü gibi, özel ve ayrık bir hüküm ile olanak tanınmadığına; ayrıca, mahkeme kararlarına uyma zorunluluğu ile değiştirilmezliği ilkesi (md. 138/son) bulunduğuna göre; az önceki iki paragrafta açıkladığımız hukuksal durum karşısında, şu sorunun sorulması ve yanıtlanması gerekir.

⁵² Daha önceleri için Komisyon ve Divan

Bugün için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Türk yüksek mahkemelerinin kararlarını nasıl denetliyor, yargılıyor, uygunluğuna/aykırılığına hükmediyor; bu karar, TC Devleti bakımından nasıl "bağlayıcı" nitelik taşıyor; Anayasa'nın değiştirilmesi dahil, gereğinin yapılmaması halinde Türkiye Cumhuriyeti tazminat ödemek ve sistemden çıkartılma şeklindeki "yaptırım" vasıtasıyla, "uyuma zorunluluğu" içine nasıl sokuluyor? Bu koşullar altında, ulusal üstü yargının, usul yargının kararını bozmuyor olmasının, tatbiki hukuk ve sonuçlar bakımından bir önemi ve etkisi yoktur. Hukuken önemli olan nokta, son tahlilde, ulusal yargının hükmünün ya uygulanmaması ve yerine ulusal üstü yargı yerinin kararının gereğinin yapılması ya da ulusal yargının hükmünün, ancak, ulusal üstü yargının uygun bulması ile uygulanabilir olmasıdır. Böyle bir hukuksal oluşumun doğru olan nitelmesi, Yargı'nın, Anayasa ile çizilmiş olan görev alanının, derecelenmesinin ve daha önemlisi bağımsızlığının, Anayasa'ya ve ulusal normlara karşın, ulusal üstü normla belirlenmiş olacağı ve yüksek mahkemeler üstü bir mahkemenin yetkisinin kabul edilerek, Türk yüksek mahkemelerinin, sonuçta, Anayasa'da yazılanın aksine, "son inceleme mercii-son derece mahkemesi" konumlarını "son ve kesin sözü söyleme" yetkilerini kaybetmeleridir.

4- Anayasa Mahkemesi'nin aktardığımız kararında⁵³ yazdığı gibi, ister TBMM'nin, ister Yürütme-İdare'nin, ister Yargı'nın olsun, işlemlerinin "geçerlik koşulu" Anayasa olduğuna göre; Anayasa, kendisi düzenlemedikçe, açıkca olur vermedikçe, Devlete ilişkin yetki söz konusu olamayacağı gibi, böyle bir yetkinin kullanılması da düşünülemez ve olamayacağına göre; egemenliğin herhangi bir parçasının terk veya devrine izin vermeyen 1982 Anayasası'nın bu konudaki açık ve amir hükümlerine karşın, ulusal üstü bir hukuk düzenini, "geçerliliğini Anayasa'nın üzerine çıkartan bir yorum ve anlayış" ile kabul ederek uygulamak, aslında, "ancak" Anayasa'nın ilgili hükümlerinin, "eylemli" şekilde değiştirilmesi teşkil edebilir. Hele, örneğin, Anayasa yargısı ile idarî yargı, "egemenliğin yargılanması" olunca, bu konu, daha da büyük bir ağırlık taşımaktadır.

Nitekim, Kamu Hukuku alanında, teknik hukuk üstadı Hocamız DURAN, uluslararası andlaşmaların yapılması, yürürlüğü hakkındaki 244 sayılı Kanunun, uluslararası andlaşmaların bazı türlerinin TBMM'nin müsaadesini almadan, doğrudan doğruya Bakanlar Kurulu'nca yürürlüğe konulmasını öngören hükümlerinin, Anayasa'nın, yasama yetkisinin devrini açık ve kesin olarak

⁵³ Bakınız. Dipnotu 51'e

yasaklandığını ortaya koyduktan sonra, düzeltilmesini önerirken; aksi takdirde, olayın, aynen aktarıyorum, "Anayasa dışında" cereyan edebileceği tespit ve uyarısını, 1963 yılında yapmıştı.⁵⁴

5- Önce, bu bölümde sorduğumuz soruların yanıtını verelim ve ardından önerimizi yazalım. Türkiye, 1982 Anayasa'sının bu metni ile egemenliğini hiçbir ulusal üstü kuruluşa devir-terk edemez ve bu nedenle bu gibi örgütlere, "iç egemenliğe yansiyacak ilişki içine" giremez.

Ulusal üstü hukuk, "iç egemenliğe de yansiyacak biçimde" ne ölçü norm, ne Anayasallık bloku, ne referans norm olarak bir geçerlik, üstünlük, bağlayıcılık, hukuksal etki taşır ve ne de uygulanır. Böyle bir konuma ve güce sahip değildir. Sadece, "herhangi bir" dış hukuk mevzuatı ve içtihadı gibi/kadar kaynaklık, emsalik yapabilir, esin kaynağı olabilir.

Bugün, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, yarın da bir ihtimal Avrupa Birliği organlarının kararları, "iç egemenliğe yansiyacak biçimde" bağlayıcılık taşımaz ve gereğini yerine getirme yükümü yüklemesiz. Türkiye, istese de, siyaseten gerekse de, böyle bir tutum ve işlem içine giremez; son söz, Türk Anayasası'nda ve yüksek mahkemelerindedir.

6- Askerî Yüksek İdare Mahkemesi'nin 24.11.1998 tarihli E: 963, K: 1021 sayılı kararı, Yüksek Askerî Şûra kararının yargısal denetime alınması talebini, bu incelememizde işlediğimiz temel hususlara değinmemekle beraber, reddederken, Türk doktrin ve içtihadını özetledikten sonra, noktalara işaret etmiştir: "Mevcut Türk pozitif hukuk kuralları karşısında yargı yerlerinin bu sözleşmeyi (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi) 'çatışma' halinde aslî hukuk normu olarak kullanabilmesi imkânı mümkün görülmemektedir. Ancak, yorum kuralları olarak ve yardımcı bir norm şeklinde yargı kararlarında değerlendirilmesi elbette mümkündür." Uluslararası ve ulusal üstü hukuk kurallarının "Anayasal değerde oldukları kabul edilerek Anayasanın bu kurullarla çatışan bir hükmünün ihmal edilmesine ve andlaşma kuralının uygulanmasına hukuken olanak yoktur." ... Bu bakımdan, "Türk hukuk düzeninde, uluslararası hukuk kurallarının Anayasa üstü değer taşıdıkları sonucuna varılamayacağı gibi, uluslararası andlaşma ile Anayasanın çatışması durumunda mahkemelerin Anayasa hükmünü ihmal ederek andlaşma hükmünü

⁵⁴ Lütfi DURAN: Dış Münasebetler Anayasa Dışı, Cumhuriyet, 08.07.1963. sf.2

uygulamalarına da hukuken olanak yoktur. Uluslararası andlaşmaya aykırı olsa bile mahkemeler anayasa hükmünü uygulamak zorundadırlar; uygulama dışı ve etkisiz bırakamazlar. Bu nedenle, görülmekte olan davada, Anayasanın '...Yüksek Askerî Şûra'nın kararları yargı denetimi dışındadır' (m.125/2) hükmü ihmal edilerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6 ncı ve 13 ncü maddeleri gereğince davacı hakkındaki Yüksek Askerî Şûra kararının yargı denetimine tabi kılınması mümkün değildir."

Hollanda Anayasası'ndaki metinlerin,⁵⁷ başta madde altı olmak üzere, Anayasa'nın ilgili diğer maddelerine yansıtılması yeterlidir.

Fakat, bu değişiklik, 23 Nisan 1920 doğumlu ve büyük bir mücadelenin ifadesi olan "Egemenlik Kayıtsız Şartsız Ulus'undur" temel taşının terk edilmesi veya yerinden oynatılması, başka bir dış egemenliğin ve onun kontrolünün ve hukuksal buyruğunun kabul edilmesi şeklinde "köktenci" bir ayrılma teşkil edeceğinden; bu içerikteki Anayasa değişikliği, Ulus'un temsilcilerinden sonra, mutlaka referanduma, yani bizzat ve doğrudan doğruya Ulus'un kendisinin tercih ve kararına sunulmalıdır.

Ancak, bütün bunların bilinmesine, yıllar öncesinden bu yana yazılmasına ve gerekliliğine ve değiştiğimiz çok ciddi sorunlarına karşın, değişikliğin neden yapılmamış olması da ayrı bir sorudur.⁵⁸

SONUÇ

Çünkü, hem TBMM; hem yargı yerleri, hem de yürütme ve idare makamları, görev alanlarına giren işlemleri yaparken, yetkilerini, "hukuk normu olarak" sadece Anayasa'dan almakta ve bu yetkiler, ancak Anayasa'nın sınırlamalarına tabi tutulabilmektedir. Bu husus, yasama, yürütme, idare ve yargı yerlerinin yaptıkları işlemlerin "sağlık koşulu" teşkil ettiğine göre, bu makamların, "ulusal üstü sözleşmelerin gereği" olarak iç hukuk işlemi şeklinde gerçekleştirecekleri işlemler, iç hukuk düzeni ve uygulaması bakımından, "Anayasa dışında" cereyan

⁵⁷ Madde 6 için., "Ulusal üstü yetkileri bulunan kuruluşlara üyeliği gerektiren uluslararası andlaşma hükümleri saklıdır" (Dip notu-45): Hollanda Krallığı Anayasası madde 91/3: "Meclisler, Anayasa'dan sapan veya böyle bir sapmayı gerektiren hükümleri içeren andlaşmaları, kullanılan oyların üçte iki çoğunluğu ile onaylanabilir." ve madde 92: "Bir andlaşma ile veya bir andlaşma uyarınca, devletler arası (üstü) örgütlere, yasama, yürütme ve yargı yetkileri devredilebilir, gerektiği hallerde 91. maddenin 3. fıkrası uygulanır."; bu maddelerin ve referandumu da öngören Danimarka Kraliyet Anayasası'nın ilgili hükümleri için bakınız. BİLGİN: n. 18. sf.6

⁵⁸ Bildirinin buraya kadar olan kısmı, bu yıl "Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan" da yayınlanmıştır

etmiş ve bu nedenle de -sonuçta- "geçersiz" olacaktır. Bu nedenle, Anayasasına, Devlet'in "teşkilât-ı esasiye"sini tebdil ve tagyir etme derecesinde aykırılık taşıyan uluslararası bir sözleşmenin, iç hukukta, Anayasa'ya aykırı olarak uygulanma kabiliyeti nasıl düşünülebilir ki? O halde, devredilemez bir egemenlikle, "egemenliğin devri esası üzerine kurulu" olan üst egemenliğin egemenliği, Anayasasının yasaklamasına rağmen devir cihetine gidenin kendi iç hukuk düzeni bakımından, ancak, Anayasasının kabul ettiği ve çizdiği sınıra kadar hukuksal geçerlilik ve etki taşıyabilir. Bunun somut ve pratik anlamı, ulusal üstü hukuk ile Anayasa uyumsuzluğu halinde, iç hukuk işlemlerinde, yetkili makamların, Anayasa uyarınca işlem tesis edebilecekleridir.

İlginç bir rastlantı olarak, Sabancı Üniversitesi'nde düzenlenen "Hukuk ve Siyasal İktisat Konferanslar Dizisi"nin, 13 Nisan 2000 günü yapılan üçüncü toplantısında, "Hukukun Üstünlüğü, İşbirliği ve Hakların Korunması: Avrupa Topluluğu'nda İdare Hukuku'nun Biçimlenmesi" konusu işlenirken, Prof. Dr. Eberhard Schmidt-Assman,⁵⁹ konuşmasının bir yerinde şunu söylüyordu: Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin, bir kararında, Avrupa Topluluğu Hukuku, üye devletlerin, kendi egemenliklerinin bir kısmını devretmelerinden oluşan ve üreyen bir hukuk olduğundan, Topluluk Hukuku ile üye Devletin Anayasası çatıştığında, bu durum, "üye Devletin⁶⁰, o konuda Avrupa Topluluğu'nu <yetkilendirmediği> anlamını taşır ve <üye Devlet Anayasası> uygulanır." hükmüne varılmıştır. Sayın Profesör, sorduğum bir soru üzerine, Yüksek Mahkeme'nin bu kararının, özellikle 1982 TC Anayasası'nın 4'ncü maddesi benzeri hükümler bakımından kesin anlam taşıdığı açıklamasında bulunuyordu.

O halde, bir İdare Hukukçusu olarak bakınca, TC İdare makamları, Anayasa'nın 138'nci maddesinin son fıkrasındaki uyma-yerine getirme yükümlülüğünü, Anayasa'da işaret ettiğimiz değişiklikler yapılanaya kadar, hukuksal bakımdan, sadece, TC mahkemelerinin kararları karşısında taşıyacaklardır. Aynı şekilde, TC İdarî Yargısı için, "resmî norm veya emsal" gücünü taşıyacak olan Hukuk da, kendi Anayasası ile kendi Yargı'sının kararlarından ibarettir. Örneğin, bugün için, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne iç hukuktan yapılan başvurular ve verdiği kararlar, "kanun" gücündeki ve düzeyindeki bir Hukuk'un

⁵⁹ Heidelberg Üniversitesi Alman ve Avrupa İdare Hukuku Enstitüsü Direktörü ve "Avrupa Hukuku Oluşturma" projesinin kilit isimlerinden biri: Almanya'da, Ulusal Bilim Konseyi üyesi ve Yüksek Mahkeme eski üyesi.

⁶⁰ ... ki Sözleşme'yi imzalamış ve tüm süreçlerinden geçirmiş olan ...

sahip olabileceği kadar etki yapabilir ve bağlayabilir; yani, bağlamaz veya herhangi bir yabancı ülke mevzuatına ve içtihadına paralel ve eşdeğer bir esin kaynağı ya da örnekleme teşkil edebilir.

Diğer taraftan, işlediğimiz konuyu ve tezi aydınlatması ve karşı tezin savunucularının dikkatini çekmek bakımından, uluslararası insan hakları sözleşmeleri ile kendi Anayasası arasındaki ilişki hakkında ABD sisteminin hatırlanmasında da fayda vardır. Uluslar arası insan hakları alanındaki isimlerden profesör Thomas Buergental'in kitabından aşağıdaki aktarımlar⁶¹ gözden kaçmaması gereken içeriktedir.

ABD Federal Anayasası madde VI fıkra 2: *“Bu Anayasa ve Anayasa uyarınca yapılacak olan Birleşik Devletler kanunları ile Birleşik (Federal) Devletlerin yetkisi altında yapılmış veya yapılacak olan tüm uluslararası anlaşmalar, Ülke'nin en üstün yasaları (hukuku) olacak; ve bütün federe devletlerdeki yargıçlar, herhangi bir federe devletin Anayasası ya da yasalarındaki aksine hükümlere rağmen bu üstün hukuka uyacaklardır.”*

İtalik ile yazılı olan hüküm, bir zamanlar hukuk otoriteleri tarafından, anlaşmaların Anayasa ile eşit olduğu şeklinde yorumlanmıştır. Ancak, Anayasa-anlaşma ilişkisi konusundaki Anayasa sorunu hakkında, son ve kesin resmi yorum, 1957 yılında verilen Reid v. Covert kararında Yüksek Mahkeme'den aşağıdaki şekilde gelmiştir ve bugün bu konuda herhangi bir ihtilâf yoktur:

Yabancı bir devlet ile yapılan herhangi bir anlaşma, Kongre'ye ya da Devletin bir başka organına, Anayasa'daki sınırlamalara tabi olmayan hiçbir yetki veremez. Uluslararası anlaşmaların hiçbir hükmü, Anayasa'nın, Birleşik Devletler'in yetkilerinin kullanımına uygulanabilecek olan yasak veya sınırlamalara aykırı olamaz.

Bunun anlamı, tepe noktadaki en üstün “hukuk normu” olan Anayasa'nın, uluslararası anlaşmalara üstünlüğü ve bağlayıcılığıdır. Başka bir deyişle, Anayasa ile ihtilâf halinde bulunduğu takdirde, uluslararası anlaşmanın, Birleşik Devletler iç hukuk normu olarak hüküm ifade etmeyeceğidir.

⁶¹ Thomas BUERGENTAL : International Human Rights In A Nutshell, West Pub. Co. 1995, 2. Bası, sf. 194-195, 198, 207, 212, 278, 287, 288, 293-295

Nitekim, bu karardan çok önce daha 1800'lü yıllardan itibaren, Yüksek Mahkeme: Kongre'nin yaptığı kanunlar ile andlaşmalara "hukuksal eşdeğerler" (equivalent) muamelesi yapmış; ve Kongre'nin çıkardığı geçerli bir kanun ile geçerli biçimde yapılan andlaşma arasında bir uyuşmazlık çıktığında, "üstün iradenin son irade açıklamasının bir öncekini kontrol edeceği"ne karar vermiştir. Buna göre, daha sonra çıkartılan bir kanun ile dana önceki tarihli andlaşmalarla belirlenmiş yükümler arasında bir uyuşmazlık çıktığında, hukuksal etkinin kanuna tanınacağına; aynı şekilde, sonraki tarihli andlaşmanın da, kendisinden önce çıkartılmış olan kanunun yerini alacağına hükmetmiştir.

Konunun, insan hakları sözleşmeleri bakımından değerlendirilmesine gelince, aşağıdaki bilgiler aktarılabilir:

Amerikan Devletleri Örgütü üyelerinin katıldığı, İnsan Hakları Amerikan Konvansyonu, ABD tarafından daha sonra imzalanmış ve Başkan Carter tarafından Senato'ya sunulmuştur. Bu metinde, Konvansoy'un organları arasında, insan hakları ihlâli iddialarını son ve kesin şekilde inceleyen ve verdiği hükümler davanın tarafı üye devletlere uyma yükümlü yükleyen Amerikaiçi İnsan Hakları Mahkemesi de bulunmaktadır. ABD, Mahkeme'nin yargı yetkisini tanımış değildir.

Sebep, uluslararası andlaşmaların Anayasa karşısındaki hukuksal rejimine ilişkin olan yukarıdaki Anayasa açıklamaları ve bazı insan hakları andlaşmalarının, ABD Anayasası ile uyuşmazlık taşıyan hükümler içeriyor olmasıdır. Ayrıca, ABD'nin, kendi iç hukukunu, "andlaşma standartlarına" uydurmasını öngören uluslararası insan hakları andlaşmalarına rezervasyon koyması bir kural olarak belirmektedir. Bu tür rezervasyon, andlaşmanın, kendisi ile çatışan mevcut iç hukuk kuralının yerini aldığı veya önüne geçtiği şekilde anlaşılmasını temin etmek amacı ile düzenlenmiştir. Diğer taraftan, insan hakları sözleşmelerine katılırken, içeriğe ilişkin hükümlerin kendiliğinden uygulanabilir hukuksal etki taşımadığı bildirimini koymak, ABD'nin uyguladığı bir yöntem olmuştur. Bu yaklaşımın amacı, belli bir sözleşmenin, "ABD mahkemeleri tarafından doğrudan uygulanabilir haklar yarattığı " şeklinde anlaşılmasını sağlamaktır.

Özetle, açıkça görülmektedir ki, bugün ABD, bir insan hakları andlaşmasını (treaty) onaylarken, rezervasyon uygulaması yolu ile, "halen Birleşik Devletler hukuku ile güvence altına alınmış bulunmayan herhangi bir uluslararası insan hakları yükümü altına

girmemeyi sağlamaktadır.” Bundan başka, andlaşmaları, kendiliğinden uygulanamaz (non-self-executive) kılmakla da, kişilerin, ABD mahkemeleri önünde, doğrudan andlaşma hükümlerine dayanmasını önlemektedir. ... Şu husus açıktır ki, kuşkusuz, ABD, Federal Anayasa hükümlerini ihlâl eden bir andlaşmayı, uygun rezervler koymadan onaylayamaz. (Sf. 296)

OTURUM BAŐKANI : Rıza TÜR MEN

Sayın Başkan, değerli konuklar, Őimdi oturumumuzun ikinci konuŐmacısı Sayın Doç. Dr. Şeref ÜNAL'ın kısa özgeçmişini bilgilerinize sunuyorum.

Sayın ÜNAL, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olduktan sonra Adalet Bakanlığı hesabına doktora yapmak üzere İsviçre'ye gönderildi. 1970 yılında Bern Üniversitesi'nde hukuk doktorasını tamamlayarak, Hukuk Doktoru unvanını aldı.1970 yılı sonunda, mecburi hizmetli olarak Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nde göreve başladı. Bu görevi dolayısıyla birçok kanunun hazırlık çalışmalarına katıldı. Başta "Medeni Kanun Komisyonu" olmak üzere çeşitli komisyonlarda üye olarak görev yaptı. Adalet Bakanlığı veya Hükümet temsilcisi olarak, Birleşmiş Milletler III. Deniz Hukuku Konferansı, Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu, Özel Hukukun Birleştirilmesi Uluslararası Enstitüsü, Lahey Devletler Hususi Hukuku Konferansı ve Avrupa Konseyi tarafından düzenlenen çeşitli konferans, Kolokyum, seminer ve uzmanlar komitesine katıldı.1987 yılında İstanbul Üniversitesi'nde, bu üniversite mensuplarından oluşan bir jüri önünde, doçentlik sınavını vererek Milletlerarası Hukuk Üniversite Doçent'i unvanını aldı.

1989 yılında Adalet Bakanlığı bünyesinde kurulan, Avrupa Topluluğu Koordinasyon Dairesi Başkanlığı'na getirildi. Bu görevi dolayısıyla Türk Hukukunun Avrupa Topluluğu uyumu için kurulan, Bakanlıklararası komitelerde başkanlık yaptı.

Türkiye ve Avusturya arasında adli münasebetlerin geliştirilmesi ve sözleşmelerin hazırlanmasında yaptığı hizmetler dolayısıyla, Avusturya Cumhurbaşkanı tarafından "Büyük Altın Şeref Madalyası" ile taltif edildi.

Halen Adalet Bakanlığı Müsteşar Yardımcısı olarak görev yapmaktadır.