

Anayasanın 90. Maddesinin Son Fıkrasına Eklenen Hükümle Birlikte Anayasa ile Yargı Denetimi Dışında Tutulan İşlemlere Karşı Yargı Yolu Açılabilir mi?

Mehmet Altundış*

1. Giriş

Bilindiği üzere, 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 125. maddesinin 2 ve 159. maddesinin 4. fıkrasına göre, “Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler, Yüksek Askeri Şûra kararları ile Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararları aleyhine yargı yoluna başvurulamaz”. Anayasanın 125. maddesinin 1. fıkrasında “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır” denildikten sonra, aynı Anayasanın yargı denetimine kapalı alanlar ihdas etmiş olması hemen hemen her yazar tarafından eleştirilmiş ve hukuk devleti ilkesine aykırılığı dile getirilmiştir.

Hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak, kamu gücünü kullanmaktan kaynaklanan yetkiler nedeniyle, bireylerin iradesine ihtiyaç duymaksızın onların hukuksal statülerinde değişiklik yapma imkânına sahip idarenin, gerçekleştirmiş olduğu her türlü işlem ve eyleme karşı yargısal korunma imkânının bulunması bir zorunluluktur. Bu imkândan yoksun bir hukuk devletinin gerçek anlamda hukuk devleti olması beklenemez. Hangi mülahazayla olursun olsun, yargı denetimi dışında işlem veya eylemler ihdas etmek ister yasadan ister Anayasadan kaynaklansın kabul edilemez.

* Stajyer Avukat, Ankara Barosu.

Biz bu çalışmada, özellikle 7.5.2004 tarih ve 5170 sayılı Kanunla¹ Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasına eklenen hükümlerle birlikte, Anayasada yer alan yargı denetimi dışındaki alanların, yargı denetimine açılıp-açılmayacağına “*en azından tartışmaya açılabilmesini*” hedeflemektediriz.

2. Uluslararası Hukuk ile Ulusal Hukuk Arasındaki İlişki

Uluslararası hukuk ile ulusal hukuk arasındaki ilişki ve özellikle uluslararası hukuk ve ulusal hukuk kurallarının kademelenme sorunu birçok ülkede olduğu gibi ülkemizde de henüz tam olarak çözüme kavuşturulmuş değildir. Bu sorunun çözüme kavuşturulmamış olmasında uluslararası hukukun gösterdiği hızlı gelişmenin önemli bir payının olduğunu söyleyebiliriz. Birçok ülke Anayasası yapılırken günümüzdeki gibi etkin bir uluslararası hukuk politikası oluşturulabileceği düşünülmemiş ve uluslararası hukuk kaynakları ile ulusal hukuk kaynakları arasında ortaya çıkabilecek muhtemel sorunlar ayrıntılı olarak düzenlenmemiştir. Ancak buna rağmen hemen hemen her ülke Anayasasında sorunun çözüme kavuşturabilmesi için az ya da çok düzenlemeye rastlanmaktadır.

Uluslararası hukuk ile ulusal hukuk arasındaki ilişkiyi ele alıp açıklayan belli başlı iki sistem söz konusudur. Bunlardan ilki monist (tekçi) modeldir. Bu modelde, uluslararası hukuk ile ulusal hukuk tek bir hukuk düzenin parçaları konumundadırlar. Birinin diğerinden üstünlüğü, uygulanma önceliği yoktur. Aynı sistem içerisinde aynı anda uygulanırlar. İkinci sistem ise dualist (ikili) modeldir. Bu modelde ise uluslararası hukuk ile ulusal hukuk iki ayrı hukuk sistemi içinde değerlendirilir ve uluslararası hukuk ile ulusal hukuk sistemleri birbirinden bağımsız ayrı iki sistemdir. Bu nedenle birbirlerini etkilemeleri söz konusu olamaz. Bu görüşe göre, aslolan ulusal hukuktur. Uluslararası hukukun iç hukukta uygulanabilmesi, ulusal hukukun uluslararası hukuku belli bir konuda bünyesine katmış olmasına bağlıdır.

Türkiye'nin içinde bulunduğu sistemin “monist (tekçi) sistem” olduğu konusunda doktrinde görüş birliği bulunmaktadır.² Yani Anayasanın 90. maddesine göre, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş bir milletlerarası andlaşmanın iç hukukta doğrudan uygulanabilmesi için herhangi bir işlemin

* Stajyer Avukat, Ankara Barosu.

¹ RG, 22.5.2004, S.25469.

² Edip Çelik, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulanması”, Lütfi DURAN'a Armağan, İdare Hukuku ve İlimler Dergisi, 1988, s. 1vd; Mümtaz Soysal, Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler, AYM Yayınları, Ankara, 1986, s. 15 vd; Rıza Türmen, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukukumuza Etkileri, AYM Yayınları, Ankara, 2000, s. 32 vd.

yapılmasına gerek yoktur. Bu nedenle, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş olan milletlerarası andlaşmaların hükümleri, ulusal yasama, yürütme, yargı organları ve idare makamlarınca doğrudan uygulanabildikleri gibi; bireyler, bu andlaşma hükümlerinden doğan haklarını ulusal yargı organları önünde arayabileceklerdir.³

3. Uluslararası Hukuk ile Ulusal Hukuk Kaynakları Arasındaki Kademelenme Sorunu

Uluslararası hukuk ile ulusal hukuk arasındaki ilişki henüz tam bir çözüme kavuşturulamadığı gibi, bu hukukların kaynakları arasındaki kademelenme sorunu da henüz tam bir çözüme kavuşturulamamıştır. Özellikle, sorun, milletlerarası andlaşmaların ulusal kaynaklarla arasındaki kademelenme çekişmesi haline gelmiştir. Türk doktrininde birçok yazar, bu kademelenme konusuna el atmış fakat tam bir görüş birliğine varılamamıştır.

Anayasa'ya 7.5.2004 tarih ve 5170 sayılı Kanunla eklenen hükümden önce bazı yazarlar, kanunlarla milletlerarası andlaşma hükümlerinin çatışması halinde, "lex superior-lex specialis" (genel kural-özel kural, sonraki kural-önceki kural) ilkelerini uygulamak suretiyle, sonraki tarihli milletlerarası andlaşma hükümlerini, önceki tarihli kanuna, özel nitelikli milletlerarası andlaşma hükümlerinin genel nitelikteki kanunlara göre öncelikle uygulanacağını dile getirmekteydiler.⁴

Bazı yazarlar ise, çatışmayı önleyecek nitelikte bir hükmün Anayasada yer aldığını, milletlerarası andlaşmaların Anayasaya aykırılıkları iddiasıyla Anayasa Mahkemesine gidilemediğine göre, burada "lex superior-lex specialis" ilkelerinin uygulanması yoluna gidilemeyeceğini belirtmişlerdir.⁵

Bazı yazarlar da milletlerarası andlaşmalar konusunda Anayasaya uygunluk denetimi yolunun kapalı tutulmasının özde bu andlaşmalara kanunlardan daha ayrıcalıklı, daha üstün bir ağırlık kazandırdığını, bu durumda, milletlerarası andlaşmalara kanunlardan biraz farklı Anayasaya yaklaşıcı, en azından Anayasaya yeni bir anlam ve yorum kazandırıcı bir değer tanınması gerektiğini dile getirmişlerdir.⁶

³ Necmi Yüzbaşıoğlu, "Mayıs 2004'te Anayasanın 90'ıncı Maddesine Eklenen Hükümün Türk Anayasallık Blokuna Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme", Bülent TANÖR Armağanı, İstanbul, 2004, s. 785.

⁴ Hüseyin Pazarıcı, Uluslararası Hukuk, Ankara, 2006, s. 28.

⁵ Edip Çelik, a.g.m., s. 55.

⁶ Mümtaz Soysal, a.g.e., s. 15-16; Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku, İstanbul, 2005, s. 11.

Öncelikle şunu ifade etmeliyiz ki; milletlerarası andlaşma hükümlerinin, kanunlarla çatışması ihtimali Anayasa'nın 90. maddesinde yer alan "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir" cümlesinde yer alan "kanun hükmünde" ifadesine yüklenen farklı anlamlar nedeniyle ortaya çıkmıştır. Zira "kanun hükmünde" ifadesi doktrinde milletlerarası andlaşmaların kanun seviyesinde olduğu şeklinde yorumlanmış⁷ ve bu halde ortaya çıkabilecek çatışma hallerine çözümler bulunmaya çalışılmıştır. Buna karşılık bazı yazarlar ise Anayasada yer alan "kanun hükmünde" ifadesinin, bir hiyerarşi yaratmaktan ziyade milletlerarası andlaşmaların hukuksal değerlerini ve bağlayıcılıklarını göstermeye yönelik bir işlevinin olduğunu dile getirmişlerdir.⁸ Anayasa Mahkemesi ise bir kararında, "kanun hükmünde" ifadesini, milletlerarası andlaşmaların kanunlarla aynı çizgide yer aldığına ilişkin gerekçe için kullanmıştır.⁹

Anayasada yer alan "kanun hükmünde" ifadesinin, bir hiyerarşi yaratmaktan ziyade milletlerarası andlaşmaların hukuksal değerlerini ve bağlayıcılıklarını göstermeye yönelik şekilde yorumlamanın daha yerinde olacağını düşünmekteyiz. Zira Anayasada yer alan "kanun hükmünde" ifadesini milletlerarası andlaşmaların kanun seviyesinde olduğu şeklinde açıklamak çok ciddi bir sorunu da beraberinde getirmektedir. Bu görüş çerçevesinde kanun gücünde olan bir milletlerarası andlaşma, sonradan yürürlüğe girecek bir kanunla değiştirilebilecektir, ancak bu pratikte mümkün değildir. Zira o milletlerarası andlaşmanın yapılmasında yetkili olmayan irade, o milletlerarası andlaşmanın değiştirilmesinde yetkili olamaz, aksinin kabulü uluslararası hukukta kabul görebilecek bir durum değildir. Aksi halde her ülke hukukunda farklı farklı uygulamalara neden olan ve sadece kağıt üzerinde imzalanmış milletlerarası andlaşmaların varlığı, milletlerarası andlaşmaların anlamını ve amacını ortadan kaldırırdı.

4. 5170 Sayılı Kanunla Anayasanın 90. Maddesinin Son Fıkrasına Eklenen Hükmün Kademelenmede Getirdiği Yenilik ve Türk Hukuku Açısından Yerindeliği

7.5.2004 tarih ve 5170 sayılı Kanunla T.C. Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasına aşağıdaki cümle eklenmiştir:

⁷ Ergun Özbudun, Anayasa Hukuku, Ankara, 2002, s. 212; Pazarıcı, a.g.e., s. 28.

⁸ Mesut Gülmez, İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa 90/son), TBB Yayınları, Ankara, 2004, s. 47.

⁹ E.1963/173, K.1965/40, AYMKD, S.4, s. 327.

“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”.

Bu düzenlemenin Anayasallık blokunu oluşturan normlar arasında kademelenmeyi çözecek, açık bir çatışma kuralı amacıyla konulduğu daha ilk bakışta kolaylıkla görülebilmektedir.¹⁰ Eklenen bu hükümlerle birlikte, Türk hukuk sisteminde, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmaların ulusalüstü nitelikte olduğu bir anayasal kural haline getirilmiştir. Anayasa teklifinin TBMM’de kabul edilmesinden önce, bu konuda eleştiride bulunan GÖZLER şu çarpıcı tespitlerde bulunmaktadır;

“... Değişiklik teklifi kabul edilirse kanunlarla milletlerarası andlaşmalar arasında bir hiyerarşi ihdas edilmiş olacaktır. Zira bir kanunla, bir milletlerarası andlaşma çatıştığında, kanun ister önceki tarihli olsun, ister sonraki tarihli olsun, kanun değil, milletlerarası andlaşma esas alınacaktır. Bu milletlerarası andlaşmaların, Türk normlar hiyerarşisinde kanun üstü bir değere, dolayısıyla işlevsel olarak anayasal değere sahip olması anlamına gelir...”¹¹

Söz konusu Anayasa değişikliği ile birlikte, artık temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir milletlerarası andlaşma hükmüyle kanunun çatışması halinde “işlevsel anlamda anayasal değere sahip” milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınacaktır ve uyuşmazlık bu şekilde çözümlenecektir.¹²

Değişiklikle birlikte, Türk hukukunda normlar hiyerarşisinde, Anayasa ile kanun arasına bir basamak daha yerleşmiştir; o da “usulüne uygun olarak yürürlüğe girmiş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar”dır. Yani Türk hukuku açısından piramidin en tepesindeki “1982 Anayasası”ndan sonraki basamak artık “kanun” değil, “usulüne uygun olarak yürürlüğe girmiş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar”dır. Normlar hiyerarşisine eklenen bu basamağın, Türk Anayasa hukuku açısından çok ciddi sorunlar ortaya çıkaracağı ilk bakışta görülebilmektedir. Şimdi kısa başlıklar altında bunlara değinelim.

¹⁰ Necmi Yüzbaşıoğlu, a.g.m., s. 783.

¹¹ Kemal Gözler, İnsan Hakları Normlarının Anayasaüstülüğü Sorunu: Türkiye’de İnsan Hakları, TODAİE Yayınları, Ankara, 2000, s. 25-46. Bkz. http://www.anayasa.gen.tr/insan_htm, (Erişim Tarihi, 13.02.2006)

¹² 5170 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce de, gerek Anayasa Mahkemesi gerekse diğer yüksek mahkemeler, milletlerarası andlaşma hükümlerinin kanunla çatıştığı hallerde sorunu doğrudan milletlerarası andlaşma hükümlerini uygulayarak çözüyorlardı. Bkz. AYM. E. 1999/1, K. 2003/1, R.G. 19.07.2003, S. 25173; AYM, E. 2002/146, K. 2002/201, R.G. 11.12.2003, S. 25282; Danıştay 5.D. E. 1986/1723, K. 1991/933, DD. S. 84-85, s. 326 vd.

4.1. Anayasaya Eklenen Hüküm Anayasa Koyucunun Yasa Koyucuya Olan Güvensizliğinin Bir Göstergesidir.

5170 sayılı Kanun Anayasa koyucunun yasa koyucuya olan güvensizliğinin acı bir göstergesidir. Anayasa koyucu yasa koyucunun usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalara aykırı kanunlar çıkarıldığı veya çıkarabileceği “ihtimalini” dikkate almış ve Anayasaya ek cümle koyma ihtiyacı duymuştur. Milletlerarası andlaşmaların nasıl bir hızla TBMM’de kabul edildiği hatıra getirildiğinde Anayasa koyucunun bu güvensizliğini normal karşılamak gerekir.¹³

4.2. Anayasaya Eklenen Hüküm Türk Anayasa Hukukunun Temel İlkeleriyle Bağdaşmamaktadır.

Anayasaya eklenen “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” hükmü Türk Anayasa Hukukuna egemen olan temel ilkelere “Anayasanın maddi ve şekli üstünlüğü”, ve “Anayasanın Katılığı” ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

Anayasa bir devletin üstün buyurma gücünün varlığını gösteren sadece hukuki değil, aynı zamanda siyasi içeriği de olan bir metindir. Bu içeriği oluşturan irade “de jure” sınırsızdır. Klasik egemenlik anlayışı gereğince bir devlette, o devletin Anayasa koyucusunun buyruğundan daha üstün bir irade yoktur. Bu iradenin ortaya koyduğu metin o ülkedeki diğer hukuk kurallarının en tepesinde yer alır ve diğer tüm hukuk kurallarının varlık sebebini teşkil eder. Ancak günümüz egemenlik anlayışının klasik egemenlik anlayışından uzaklaştığını en azından buna mecbur kaldığını ifade etmeliyiz. Çünkü uluslararası nitelikte bazı kuralların yer, zaman sınırlaması olmaksızın geçerli kabul edildiği bir dünyada ortaya çıkan uluslararası irade ulusal iradeyi de kaçınılmaz olarak etkilemektedir. Bu etkilenme küreselleşen ekonomi ve siyaset nedeniyle hızlı bir biçimde devam

¹³ Aslında, Türk Anayasa koyucusunun, yasakoyucuya olan bu güvensizliği boşuna değildir. Zira henüz 26.9.2004 tarihinde, TBMM tarafından kabul edilerek, 12.10.2004 tarihinde 25611 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun “vatandaşlığın” tanımına yer veren 6/1-a maddesi, Türkiye’nin tarafı olduğu ve “temel hak ve özgürlüklere ilişkin” olduğu şüphesiz olan, 26.11.1959 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan “Suçluların İadesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi”nin 6/1-c maddesiyle çatışmaktadır. Zira T.C.K 6/1-a maddesi; vatandaş deyiminden, “fiili işlediği sırada Türk vatandaşı olan kişiyi” esas alırken, Suçluların İadesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi’nin 6/1-c maddesi “geri verme anındaki vatandaşlığı” esas almaktadır.

etmektedir. Bu etkilenmenin boyutu egemenlik yetkisinin paylaşılmasına kadar uzanabilmektedir. Özellikle siyasi örgütlenmelere yönelen ülkeler egemenlik yetkilerinde paylaşma gitmek zorunda kalabilmektedir. Avrupa Birliği ülkelerinin AB organlarının egemenlik yetkisini kabul etmeleri bunun en güzel örneğidir. Tam üyelik ısrarında olan Türkiye'nin de AB egemenlik yetkisini kabul etmek zorunda kalacağı ve bu nedenle egemenlik yetkisine ilişkin olarak Anayasa değişikliğinin kaçınılmaz olacağı şimdiden görülebilmektedir.

Ancak hâlihazırda T.C. Anayasanın en temel ilkesi “Anayasanın şekli ve maddi üstünlüğüdür”, yani Türkiye Cumhuriyetinde pozitif hukuk kaynakları arasında hiyerarşik olarak en üstün norm T.C. Anayasa'sıdır. T.C. Anayasası da bu üstünlüğün farkındadır ve bunu pekiştirmek amacıyla Anayasa'nın değiştirilmesi teklifi, değişikliğin kabulü için nitelikli karar yeter sayıları öngörmektedir. Gerçekten de T.C. Anayasasının 175. maddesine göre;

- Anayasanın değiştirilmesi için Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tam sayısının en az 1/3'nin yazılı teklifinin var olması gerekir.
- Anayasanın değiştirilmesi hakkındaki teklifler Genel Kurulda 2 defa görüşülür.
- Anayasa değişikliği TBMM üye tam sayısının en az 3/5'nin gizli oyuyla mümkün olabilir.

Görüldüğü üzere, T.C. Anayasası gerek kanunlardan gerekse milletlerarası andlaşmaların kabulünden daha nitelikli şartlar altında değişebilmekte, değiştirilmesi teklife konu olabilmektedir. TBMM'de toplantıya katılanların salt çoğunluğu—en az 139 milletvekilinin kabul oyu zorunludur.—ile kabul ettiği bir milletlerarası andlaşmanın herhangi bir hükmünün, T.C. Anayasasına eş değer gücü sahip kılınması T.C. Anayasasına rengini veren şekli ve maddi üstünlüğü hiçe saymak demektir. Bu değişikliklerle birlikte, TBMM, ancak 330 milletvekilinin kabul oyuyla değişebilen T.C. Anayasasına, 139 milletvekilinin oyuyla kabul edilen bir milletlerarası andlaşmayla etkide bulunabilecektir.

Anayasanın katılığı ilkesinden maksat, temelde Anayasanın değiştirilemez hükümler ihtiva etmesidir. Eğer bir Anayasa kendi içerisinde yer alan belirli hükümlerin değiştirilmesini yasaklamışsa, o Anayasa katıdır. 1982 Anayasasının 4. maddesi de, Anayasanın 1. maddesindeki devlet şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile 2. maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3. maddesi

¹⁴ 1982 Anayasası, 1961 ve 1924 Anayasasından farklı olarak, değiştirilemeyecek maddelerinin sayısını artırmıştır. Zira 1961 ve 1924 Anayasalarında, değiştirilemeyecek tek hüküm, devlet şeklinin “Cumhuriyet” olduğuna ilişkin hükümdür.

hükümlerinin değiştirilemeyeceği, değiştirilmesinin teklif dahi edilemeyeceğini düzenlemiştir. Ancak, Anayasanın ilk üç maddesinin¹⁴ değiştirilemeyeceğini, değiştirilmesinin teklif dahi edilemeyeceğini düzenleyen 4. maddenin, değiştirilip değiştirilmeyeceği tartışılmıştır. Zira ilk üç maddenin değiştirilemeyeceğini, değiştirilmesinin teklif dahi edilemeyeceğini düzenleyen 4. maddenin, değiştirilemeyeceğine ilişkin Anayasa da herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Buradan hareketle, “kendini korumayan bir maddenin, ilk üç maddenin koruyuculuğunu nasıl üstleneceği sorusuna cevap aranmıştır”.¹⁵

Ancak, bu konudaki anlayış, teknik hukuk kuralarıyla açıklanamaz, aksi halde 4. maddenin değiştirilemeyeceğini düzenleyen diğer maddenin de, değiştirilip değiştirilmeyeceği sorusu da akla gelirdi. Bu nedenle, Anayasanın ilk üç maddesinin değiştirilmeyeceği, değiştirilmesinin teklif dahi edilemez olduğuna ilişkin 4. maddesi, değiştirilemezlik niteliğini doğrudan kendi niteliğinden almaktadır. Zira değiştirilemeyecek maddelerin hangileri olduğunu belirleyen bir Anayasa maddesinin değiştirilmesi olanaklı değildir.¹⁶ Bu nedenle, 1982 Anayasasının özünde bir katılığın olduğu şüphesizdir. Bu açıdan TBMM'nin adi çoğunluğu ile kabul ettiği bir milletlerarası andlaşmanın herhangi bir hükmünün, T.C. Anayasasına eş değer güce sahip kılınması, Anayasanın katılığı ilkesine de aykırıdır.

5. 5170 Sayılı Kanunla Anayasanın 90. Maddesinin Son Fıkrasına Eklenen Hükümle Birlikte Ortaya Çıkacak Çatışma İhtimalleri ve Çözümleri

5.1. Birinci İhtimal: Milletlerarası Andlaşmanın Düzenlediği Ancak Kanunun veya Anayasa'nın Düzenlemediği Bir Alanda Çatışma

Milletlerarası andlaşmanın düzenlediği ve fakat kanunun veya Anayasa'nın düzenlemediği bir alanda çatışma halinde aslında herhangi bir çatışma da söz konusu değildir. Bu ihtimalde hâkim, doğrudan doğruya milletlerarası andlaşmanın

¹⁴ 1982 Anayasası, 1961 ve 1924 Anayasasından farklı olarak, değiştirilemeyecek maddelerinin sayısını artırmıştır. Zira 1961 ve 1924 Anayasalarında, değiştirilemeyecek tek hüküm, devlet şeklinin “Cumhuriyet” olduğuna ilişkin hükümdür.

¹⁵ Reşit Gürbüz, Sert Anayasamızın Yumuşak Hükümleri, İdarecinin Sesi Dergisi, C. 28, S. 103, s. 31 vd.

¹⁶ Kaldı ki, bu maddenin “demokratik bir süreç izlenerek” pratikte değiştirilmeyeceği, değiştirilmesi teklif dahi edilemeyecek maddelerin hangilerinin olduğu, göz önüne alındığında daha kolay anlaşılabilir.

İlgili hükümlerini uygulayarak sorunu çözüme kavuşturabilecektir. Türk kanunlarının veya Anayasa'sının milletlerarası andlaşmanın düzenlediği alanda hükümler içermemesi, bireylerin o milletlerarası andlaşmaya dayanarak hak iddia etmelerini engellemeyecektir.

5.2. İkinci İhtimal: Milletlerarası Andlaşma Hükümlerinin Anayasa ile Uyumlu Olması Ancak Kanunla Çatışması

Bu ihtimalde milletlerarası andlaşma hükümleri, Anayasa ile uyumlu ve fakat kanunla çatışmaktadır. Yani bir milletlerarası andlaşma hükmüyle, kanun çatışmaktadır. Bu ihtimal dâhilinde kanunun Anayasaya aykırı olması söz konusu olabileceği gibi, kanun Anayasaya değil ancak milletlerarası andlaşmaya aykırı da olabilir.¹⁷ Davaya bakan mahkeme, ilgili kanunun ilgili hükmünü hem milletlerarası andlaşma hükmüne hem de Anayasaya aykırı olduğunu tespit edebilir. İşte bu ihtimalde 5170 sayılı Kanun ile Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına eklenen hüküm, davaya bakan mahkemeyi tereddütten kurtarmaktadır. Zira değişiklikten önce, davaya bakan mahkeme doğrudan milletlerarası andlaşma hükümlerini uygulayıp uygulamama konusunda tereddütte kalabilmekteydi. Ancak değişiklikle birlikte, davaya bakan mahkeme bu ihtimalde Anayasaya aykırı bulunduğu (muhtemelen milletlerarası andlaşma hükümlerine de aykırı olan) kanun yerine “usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşma” hükümlerini uygulayacaktır.

5.3. Üçüncü İhtimal: Anayasada Herhangi Bir Düzenlemenin Bulunmamasına Karşın Milletlerarası Andlaşma Hükümleriyle Kanunun Çatışması

Bu ihtimalde, 5170 sayılı Kanun ile Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına eklenen hüküm devreye girecektir. Davaya bakan mahkeme bu ihtimalde

¹⁷ Bu duruma en güzel örnek, memurlara verilen “uyarma ve kınama” cezalarına karşı yargı yolunu kapatan 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun (DMK) 136. maddesidir. Anayasanın 129/3 fıkrası, uyarma ve kınama cezalarına karşı, doğrudan yargı yolunu kapatmamış, kapatılması hususunda yasakoyucuya yetki vermiştir. Yasakoyucu da bu yetkisini kullanarak, “uyarma ve kınama” cezalarına karşı, 657 s. DMK ile yargı yolunu kapatmıştır. Bu haliyle, 657 sayılı DMK'nın 136. maddesi, Anayasanın 129/3 fıkrasına değil ancak Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Milletlerarası Sözleşmenin 14. maddesine aykırılık teşkil etmektedir. Nitekim 5170 sayılı Kanun ile Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasına eklenen hükmün yürürlüğe girmesinden hemen sonra, 29.6.2004 tarihinde Ankara 5. İdare Mahkemesi oybirliğiyle verdiği, E.2003/1796, K.2004/1212 sayılı kararıyla, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Milletlerarası Sözleşmenin 14. maddesini, 657 sayılı DMK'nın 136. maddesine üstün tutmuş ve kınama cezasına karşı açılan iptal davasının esasını inceleyerek, kınama cezası verilmesine ilişkin işlemi iptal etmiştir. Karar için bkz. Mesut Gülmez, a.g.e., s. 71.

“usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşma” hükümlerini uygulayacaktır.

5.4. Dördüncü İhtimal: Milletlerarası Andlaşma Hükümlerinin Anayasaya Hükümleriyle Çatışması

Bu ihtimalde Anayasada yer alan bir kural veya düzenleme o alanda usulüne uygun biçimde yürürlüğe girmiş olan “temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşma” hükümleriyle çatışmaktadır. Bu ihtimalde ilk olarak Anayasanın ilgili hükmünün milletlerarası andlaşma hükümlerine uygun bir biçimde yorumlanması akla gelmektedir. Ancak bu her zaman işe yarayacak bir çözüm yolu değildir. Zira Anayasa’nın milletlerarası andlaşma hükümlerine aykırı olan hükmü yorumlanmaya imkân vermeyecek kadar “açık” ise, bu çözüm tarzı işe yaramayacaktır.¹⁸ Milletlerarası andlaşma hükümlerinin Anayasaya hükümleriyle çatışması ihtimali, çatışma halleri içerisinde en kritik ihtimaldir.¹⁹

İşte doktrinde en kritik çatışma ihtimali olarak dile getirilen bu durumda, davaya bakan hâkim ne yapacaktır? Bu ihtimalde, hâkimin davaya uygulayacağı kanun hükmü belki, Anayasaya uygundur, fakat milletlerarası andlaşma hükmü, hem kanuna hem de Anayasaya aykırıdır. İşte, çalışmamızın başlığında sorduğumuz soruya cevap verebilmek için, Anayasa ile milletlerarası andlaşma arasındaki bu çatışma ihtimalinin çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Bu çatışma ihtimali, şimdiye kadar sadece Askeri Yüksek İdare Mahkemesi’nin (AYİM) kararlarında tartışılmıştır. Bunun dışında tespit edebildiğimiz kadarıyla diğer yüksek mahkemelerin bu konuya ilişkin kararına rastlanmamaktadır.

AYİM’in 5.12.2002 tarihli kararında²⁰, “... Davacı vekili; müvekkilinin Yüksek Askeri Şuranın Ağustos/2002 tarihli kararına istinaden 926 Sayılı Kanununun 50/c ve Subay Sicil Yönetmeliğinin 99 ve 100. maddeleri gereğince re’sen emekliye sevk edildiğini, bu işlemin Anayasaya, Kanunlara, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ve Paris şartına aykırı olduğunu, Türkiye’nin de onayladığı

¹⁸ Nitekim T.C. Anayasasının, “Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler, Yüksek Askeri Şura kararları ile Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararları aleyhine yargı yoluna başvurulamaz” hükümlerini taşıyan, 125. maddesinin 2 ve 159. maddesinin 4.fıkrası, yoruma elvermeyecek kadar, açık ve kesin bir biçimde yargısal korunma imkânını ortadan kaldırmıştır. Anayasanın anılan hükümleri, temel hak ve hürriyetlerle ilgili temel bir milletlerarası andlaşma olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (AİHS) “Etkili Başvuru Hakkı”nı düzenleyen 13. maddesine aykırıdır. Zira sözleşme, sözleşmede tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkesin, ulusal bir makama başvurma hakkının olduğunu güvence altına almıştır.

¹⁹ Bülent Tanör / Nemci Yüzbaşıoğlu, Türk Anayasa Hukuku, İstanbul, 2005, s. 474.

²⁰ AYİM 1. D. E.2002/1643, K. 2002/1506. Karar için bkz. http://www.msb.gov.tr/prgs/ayim_kararlar (Erişim Tarihi:10.1.2006).

Avrupa İnsan Hakları sözleşmesinin 6. maddesinin adil yargılama hakkını tanıdığını, Anayasanın 36. maddesinde de iddia ve savunma hakkının düzenlendiğini, ancak Anayasanın 125. maddesi ile bu hakkın kısıtlandığını, Anayasanın kendi içinde çelişkili olduğunu, esasen *AİHS'e aykırı olarak yargı yolunu kapatan bir Anayasa hükmünün, sözleşme hükümleri karşısında korunamayacağı* ve Türk Hâkimleri tarafından da sözleşme hükümlerinin tatbik edilerek Yüksek Askeri Şura Kararına istinaden davalı idare tarafından yapılan işlemin iptali ile ilgili davanın görülmesi gerektiğini...” belirtmiştir. Mahkeme gerekçeli kararında;

“... Türk hukuk düzenine gelince; bilindiği gibi uluslararası hukuk kurallarına anayasal değer tanıyan açık bir hüküm bugüne kadar Anayasalarımızda yer almış değildir. 1961 Anayasasında olduğu gibi (m.65), 1982 Anayasasında da, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmaların “ kanun hükmünde ” oldukları, ancak bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı kabul edilmiştir.(m.90/son fıkra) Bu hükme göre, milletlerarası andlaşmaların “kanun hükmünde” olmaları; onların kanun gücünde ve değerinde olmaları, kanun kadar bağlayıcı olmaları anlamına gelmektedir. Anayasaya aykırılıklarının ileri sürülememesi onlara kanunların üstünde bir yer ve değer kazandırmaz...”

“... Bu nedenle de, “Anayasa hükümlerinin yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları oldukları” kabul edilmiştir(Anayasa, m.11). Bundan dolayı, “Hâkimler, Anayasaya uygun olarak hüküm vermek” zorundadırlar (Anayasa, m.138/1). *Bu bakımdan Türk hukuk düzeninde uluslararası hukuk kurallarının Anayasaüstü değer taşıdıkları sonucuna varılamayacağı gibi, milletlerarası andlaşma ile Anayasanın çatışması durumunda mahkemelerin Anayasa hükmünü ihmal ederek andlaşma hükmünü uygulamalarına da hukuken olanak yoktur.* Milletlerarası andlaşmaya aykırı olsa bile mahkemeler, Anayasa hükmünü uygulamak zorundadırlar; Anayasayı uygulama dışı ve etkisiz bırakamazlar. Bu nedenle, görülmekte olan davada Anayasanın “Yüksek Askeri Şura’nın kararları yargı denetimi dışındadır” (m.125/2) hükmü ihmal edilerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. ve 13. maddeleri gereğince davacı hakkındaki Yüksek Askeri Şura kararının yargı denetimine tabi kılınması mümkün değildir...” şeklinde karara varmıştır.

AYİM’in aynı konuya ilişkin olarak kaleme aldığı bir diğer kararda²¹ aynen “... Usulüne göre yayınlanıp kanun hükmünde sayılan milletlerarası andlaşmaların

²¹ AYİM, 1.D. E.1997/147, K.1998/200. Aynı yönde bkz. AYİM 1.D. E.1998/1041, K.1998/1059. Kararlar için bkz. http://www.msb.gov.tr/prgs/ayim_kararlar(Erişim Tarihi:10.1.2006).

iç hukuk normlarına göre ayrıcalıklı yönü, Anayasaya aykırılıklarının ileri sürülememesinden ibarettir. Yoksa Anayasaüstü bir konumda görülemez. Bu nedenle *çeliştiği bir kanundan önce ve doğrudan uygulanabilen bir andlaşma hükmü, ayrıca Anayasa hükmü yerine uygulanamaz. Daha açık bir deyimle, bir Anayasa hükmü, andlaşma hükmüne aykırılığı nedeniyle ihmal edilemez. Aksi hal, Devletin egemenlik ve bağımsızlığına, özgün bir Anayasa düzenine sahip olma olgusuna ters düşer. Bu nedenle Anayasa'nın 125. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen hukuki denetim yasağı böyle bir yaklaşımla da aşılamaz.* Bu sonuca göre Yüksek Askerî Şûra işlemlerinin hukuka uygunluk denetimi, bu yolun açılması, yasama organınca Anayasa'nın 125. maddesinin ikinci fıkrası ile geçici 15. maddesinin bu doğrultuda kaldırılması veya değiştirilmesi ile olanaklı hale gelir...” demektedir.

Görüldüğü üzere, AYİM'in önüne gelen davalarda, davacılar Yüksek Askerî Şûra kararlarının yargısal denetimini yasaklayan AY m.125/2'nin Avrupa İnsan Hakları (AİHS) Sözleşmesinin 6 ve 13. maddelerine aykırılığını ileri sürmekte ve mahkemeden doğrudan AİHS'in ilgili hükümlerini uygulamalarını istemektedirler. Davacılar böylece, Anayasanın engellemiş olduğu yargısal denetimi olanaklı hale getirmiş olacaklardır.

AYİM'e göre, *doktrinde en kritik çatışma ihtimali olarak tespit edilen bu halde sonuç olarak doğrudan milletlerarası andlaşma hükümleri (özelde AİHS), T.C. 1982 Anayasasına rağmen uygulanamaz, milletlerarası andlaşma hükümlerine aykırı dahi olsa öncelikle Anayasa hükümlerinin uygulanması gerekir. Zira AYİM'e göre; Anayasanın 125/2. maddesinde yer alan “Yüksek Askerî Şûra'nın kararları yargı denetimi dışındadır” hükmü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin tanıdığı bir hakka Anayasa ile getirilmiş bir sınırlanmadır.*

6. Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Kararlarının Değerlendirilmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Askerî Yüksek İdare Mahkemesinin yukarıda gerekçelerine yer verdiğimiz her iki kararından çıkan sonuçlar kısaca şu şekildedir;

- Milletlerarası andlaşmaların “kanun hükmünde” olmaları; onların kanun gücünde ve değerinde olmaları, “kanun kadar bağlayıcı” olmaları anlamına gelmektedir. Anayasaya aykırılıklarının ileri sürülememesi onlara kanunların üstünde bir yer ve değer kazandırmaz.
- Milletlerarası andlaşmaların iç hukuk kurallarına nazaran daha üstün nitelikteki yönü, sadece Anayasaya aykırılığının ileri sürülememesidir.

- *Türk hukuk düzeninde; uluslararası hukuk kurallarına anayasal değer tanıyan açık bir hüküm “bugüne kadar” Anayasalarımızda yer almış değildir.²² Bu nedenle Türk hukuk düzeninde uluslararası hukuk kurallarının “Anayasaiüstü” değer taşıdıkları sonucuna varılamayacağı gibi, milletlerarası andlaşma ile Anayasanın çatışması durumunda mahkemelerin Anayasa hükmünü ihmal ederek andlaşma hükmünü uygulamalarına da hukuken olanak yoktur.*

Mahkemenin özellikle “... Türk hukuk düzenine gelince; bilindiği gibi uluslararası hukuk kurallarına anayasal değer tanıyan açık bir hüküm bugüne kadar Anayasalarımızda yer almış değildir...” şeklindeki gerekçesinin ve 5170 sayılı Kanun ile Anayasa’nın 90. maddesine eklenen hükümlerle birlikte yeniden değerlendirilmesi gerekmektedir. Çünkü mahkemenin anılan gerekçesi, 5170 sayılı Kanun ile birlikte kullanılabilirliğini yitirmiştir. Çünkü 7.5.2004 tarihinden itibaren, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalara, anayasal değer tanıyan bir kural doğrudan anayasada yer almaktadır.

5170 sayılı Kanun. ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar aynı konuda farklı hükümler içermesi halinde, hiyerarşik olarak kanunun üstünde yani işlevsel anlamda “anayasal değere” sahip kılındığına göre, 22.5.2004 tarihinden itibaren Anayasa hükümleriyle çatışan bir milletlerarası andlaşma hükmü, *Anayasa hükümleri ihmal edilip doğrudan mahkemelerce uygulanabilecek midir? Yani milletlerarası andlaşma hükümlerine aykırı olan Anayasa hükmü zımnen ilga mı edilmiş olacaktır?*

Öncelikle sorunun 5170 sayılı Kanun ile Anayasa’nın 90. maddesine eklenen hükümden öncede var olduğunu ve özellikle AİHS’in Türk hukuku açısından kaynaklık derecesi açısından sık sık gündeme geldiğini belirtelim. Sorun genelde AİHS özelinde meydana gelmiştir. Türkiye’nin tarafı²³ olduğu AİHS uluslararası alanda imzalanan temel hak ve hürriyetlerle ilgili etki alanı çok geniş olan bir milletlerarası andlaşmadır. Özellikle sözleşmenin ihlali iddialarını çözüme kavuşturan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (AİHM) kararları ve etkinliği AİHS özelinde bir “insan hakları hukuku”nun ortaya çıkmasına neden olmuştur.

AİHS özelinde AİHM tarafından oluşturulan insan hakları hukuku mekanizması gerçekten iyi işlemekte ve kendi içtihatlarını oluşturmuş bulunmaktadır. Belki de AİHM’de ilk kurulduğu zaman kararlarının etkinliğinin bu nedenle fazla olacağını düşünmemiştik. Çünkü zaman içinde gelişen ve değişen

²² AYİM’in her iki kararı da 5170 sayılı Kanun ile Anayasa’nın 90. maddesinin son fıkrasına eklenen hükümden önce verilmiştir.

²³ RG, 19.03.1954, S. 8662.

dünyayla birlikte, AİHS'e eklenen protokoller insan hakları, temel hak ve hürriyetlerle ilgili olarak AİHM'in iş yükünü bir hayli artırmıştır. Türk hukukunda temel hak ve hürriyetlerle ilgili olarak sorun, tartışma ve iç hukuk kurallarıyla çatışma ihtimalleri hep AİHS özelinde olmuştur. Bu nedenle, *Anayasa hükümleri ihmal edilip doğrudan mahkemelerce uygulanabilecek midir? Yani milletlerarası andlaşma hükümlerine aykırı olan Anayasa hükmü zımnen ilga mı edilmiş olacaktır?* Sorularına cevap bulabilmek için AİHS'in kaynaklık derecesini ve hiyerarşik yerinin belirlenmesi gerekmektedir.

6.1. 5170 sayılı Kanun ile Anayasa'nın 90. Maddesine Eklenen Hükümden önce AİHS

5170 sayılı Kanun ile Anayasa'nın 90. maddesine eklenen hükümden önce, AİHS'in Türk hukuku açısından kaynaklık derecesi konusunda yazarlar arasında görüş birliği bulunmamaktaydı. AİHS'in Türk hukuku'na ilişkin kaynaklık derecesi konusunda, birçok yazar, AİHS'i, Türk kanunlarından veya iç hukuktan üstün saymaktadır, Örneğin;

GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK'e göre; AİHS Türk kanunlarının hatta T.C. Anayasa'sının da üzerindedir. AİHS, T.C. Anayasasına aykırı olsa dahi uygulanmak zorundadır.²⁴

AKILLIOĞLU'na göre; "AİHS Türk hukuku açısından "Anayaüstü" konumdadır. Yazar'a göre, T.C. Anayasasının eksenini oluşturan "insan haklarına saygı ilkesi", bütün uluslararası insan hakları normlarının Anayasal değerinde sayılmasını zorunlu kılmaktadır".²⁵

YÜZBAŞIOĞLU'na göre; "T.C. Anayasasının 2. maddesinin "insan haklarına" yollama yaptığı da göz önüne alındığında ve özellikle 2 ve 15. maddelerin birlikte yorumundan çıkan sonuç, insan haklarına ilişkin milletlerarası andlaşmaların, uluslar-üstü hukuk kuralı olarak Türk hukuk düzeninde de en üstte yer aldığıdır".²⁶

Ancak GÖZLER'e göre ise; "AİHS ile T.C. Anayasası arasında bir hiyerarşi yoktur. Çünkü bunların arasında bir geçerlilik ilişkisi yoktur. Anayasa'nın 90.

²⁴ Feyyaz Gölcüklü; A. Şeref Gözübüyük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, 2005, s. 21.

²⁵ Tekin Akıllıoğlu, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz", AÜSBF Dergisi, C. XLIV, s. 155 vd.

²⁶ Nemci Yüzbaşıoğlu, "Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine", AÜSBF İnsan Hakları Uygulama Merkezi Yayınları, C.2, S.1, s. 28.

maddesine göre AİHS Türk hukuk düzeni bakımından kanun değerindedir. İç hukukumuz açısından bir kanun gibi uygulanır. Dolayısıyla iç hukuk tekniği açısından AİHS, 1982 Anayasasının üstünde değil, altında yer alan bir norm olarak işleme tabi tutulur”.²⁷

6.2. 5170 sayılı Kanun ile Anayasa'nın 90. Maddesine Eklenen Hükümlerden Sonra AİHS

5170 sayılı Kanun ile Anayasa'nın 90. maddesine eklenen hükümlerle birlikte, usulüne göre yürürlüğe girmiş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar, aykırı olduğu noktalarda kanun üstünde değer kazanmıştır. Bu nedenle, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmaların (özelde AİHS'in), Türk hukuku açısından artık “anayasallığını” tartışmaya mahal kalmamıştır.²⁸ Ancak bu “anayasallık”, hiyerarşi yaratmadan ziyade “etki yaratmak” için kullanılabilir. Yani, etkisel anlamda AİHS, 1982 Anayasasına göre, en azından anayasal değerdedir. Bu sonucun kabul edilmesi, AİHS'in, 1982 Anayasasıyla arasında bir hiyerarşik ilişki kurulmasına imkân verecek nitelikte değildir. Yani, AİHS'in etkinlik bakımından, kanundan daha işlevsel kabul edilmesi, yani kanunla çatıştığı hallerde, önceliğin AİHS'e verilmesi, ona, bu yetkiyi sağlayan, 1982 Anayasası üzerinde üstünlük kazandıramaz.²⁹ AİHS, hâlihazırda, normlar hiyerarşisinde 1982 Anayasası altında, fakat aynı konuda farklı hükümler içermesi halinde kanun üstündedir. Yani, deyim yerindeyse, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar (özelde AİHS), 1982 Anayasasının onlara tanıdığı yetki kadar güçlenmiş, hiyerarşik olarak, kanun üstüne çıkarılmıştır.

7. Sonuç

5170 sayılı Kanun ile Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasına eklenen hüküm, esasında daha önceden yüksek mahkemelerce, çözüme kavuşturulmuş

²⁷ Kemal Gözler, İnsan Hakları Normlarının Anayasaüstünlüğü Sorunu: Türkiye'de İnsan Hakları, TODAİE Yayınları, Ankara, 2000, s. 25-46. Bkz. http://www.anayasa.gen.tr/insan_htm, (Erişim Tarihi:13.02.2006).

²⁸ Değiştirilmesi teklif dahi edilemez maddelerin bulunduğu 1982 Anayasası açısından bu sonucun kabul edilmesi güç olabilir, fakat hukuksal manada, üstünlüğü kabul edilen 1982 Anayasasının, 90.maddesinin son fıkrasına 5170 sayılı Kanun ile eklenen bu ek fıkra, diğer anayasa hükümleri gibi, anayasal değerdedir.

²⁹ “... O halde, milletlerarası andlaşmaları, anayasa normlarının yanında bir yere yerleştirmek daha doğru görünmektedir. Ancak, bunları anayasaya üstün bir konuma değil, özellikle temel hak ve özgürlükler konusundaki andlaşmalar için, anayasal alanı genişleten yeni anayasal belgeler değerinde düşünmek daha doğru görünmektedir...”. Bkz. Şeref İba, Anayasa ve Siyasal Kurumlar: 100 Soruda, Ankara, 2006, s. 183.

olan, “ulusal kanunla, milletlerarası andlaşma çatışması”nın çözümünü, sadece temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan milletlerarası andlaşmalar lehine çözüme kavuşturan düzenlemeden öteye geçebilecek nitelikte değildir. Özellikle, ulusal anayasa ile milletlerarası andlaşma çatışmasını çözmeye yarayacak nitelikte bir değişikliğin olmadığını belirtmek isteriz. Ayrıca Türkiye Cumhuriyeti devletinin şekli anlamda hukuk devleti olmasının önünde duran, yargı denetimi dışındaki alanların varlığını, uluslar arası belgelerle güvence altına alınmış hakların bir istisnası olarak görmek de kanaatimizce olanaklı değildir. En azından, etkili bir uluslar arası insan hakları hukukunun bu anlayışla kavranamayacağını şimdiden söylemek zorundayız.

Hâlihazırda pozitif hukukunda Anayasa ile yaratılmış olan yargı denetimi dışındaki alanların, 5170 sayılı Kanun ile Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasına eklenen hükümlerle dahi, Anayasa hükümleri ihmal edilerek, doğrudan milletlerarası andlaşma hükümleri uygulanmak suretiyle yargı denetimine açılmayacağını üzülererek ifade etmek istiyoruz. Ayrıca, değişiklik kurallar kademelenmesinde Anayasa ile milletlerarası andlaşma arasında herhangi bir hiyerarşi yaratmadığından, Anayasa hükümlerinin zımnen ilgası da söz konusu olmayacaktır. Aksi bir sonuca varılabilmesi için yargısal denetimi engelleyen Anayasa hükümleri Anayasadan çıkarılmalı ya da Anayasa ile milletlerarası andlaşma hükümleri arasında gerçek bir kademelenme yaratılmalıdır. İkinci yolun da ancak Anayasada egemenlik yetkisinin yer aldığı maddede değişiklik yapılarak mümkün olabileceğini düşünmekteyiz. Zira uluslar arası örgütlenmeler sonucu ortaya çıkan ve kural koyan, sözleşmeler hazırlayan, üye devletlerin bu kurallara uygun davranıp davranmadığını denetleyen organlar, üstü kapalı da olsa egemenlik yetkisi kullanmaktadırlar. Ancak Anayasamızda uluslar arası bu örgütlerin egemenlik yetkisi kullanmasının hukuksal dayanağı bulunmamaktadır.

Kaynakça

- AKILLIOĞLU, Tekin, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz”, AÜSBF Dergisi, C.XLIV.
- ÇELİK, Edip, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulanması”, Lütfi DURAN’a Armağan, İdare Hukuku ve İlimler Dergisi, 1988.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz/GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması, Turhan Kitabevi, 2005.

- GÖZLER, Kemal, İnsan Hakları Normlarının Anayasaüstütlüğü Sorunu: Türkiye’de İnsan Hakları, Ankara, TODAİE Yayınları, 2000, http://www.anayasa.gen.tr/insan_htm, (Erişim Tarihi: 13.02.2006).
- GÜLMEZ, Mesut, İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması: Anayasa 90/son, TBB Yayınları, Ankara, 2004.
- GÜRBÜZ, Reşit, “Sert Anayasamızın Yumuşak Hükümleri”, İdarecinin Sesi Dergisi, C. 28, S. 103.
- İBA, Şeref, Anayasa ve Siyasal Kurumlar: 100 Soruda, Ankara, 2006.
- ÖZBUDUN, Ergun, Anayasa Hukuku, Ankara, 2002.
- PAZARCI, Hüseyin, Uluslararası Hukuk, Ankara, 2006.
- SOYSAL, Mümtaz, Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler, AYM Yayınları, Ankara, 1986.
- TANÖR, Bülent/ YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, Türk Anayasa Hukuku, İstanbul, 2005.
- TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2005.
- TÜRMEEN, Rıza, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukukumuza Etkileri, AYM Yayınları, Ankara, 2000.
- YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, “Mayıs 2004’te Anayasanın 90’ıncı Maddesine Eklenen Hükümün Türk Anayasallık Blokuna Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme”, Bülent TANÖR Armağanı, İstanbul, 2004.
- YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, “Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine”, AÜSBF İnsan Hakları Uygulama Merkezi Yayınları, C.2, S.1.