

37259

ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER
ENSTİTÜSÜ

ANAYASA HUKUKUNDA YENİ EĞİLİMLER;

MİLLETLERARASI
ANAYASA
HUKUKU

YÜKSEK LİSANS TEZİ

TEZ DANIŞMANI
PROF.DR.ERGUN ÖZBUDUN

HAZIRLAYAN
LEVENT GÖNENÇ

T.C. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU
DOKÜMANTASYON MERKEZİ

ANKARA
1994

KISALTMALAR

A.B.D.	Amerika Birleşik Devletleri
A.E.T.	Avrupa Ekonomik Topluluğu
a.g.e.	adı geçen eser
A.G.İ.K.	Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı
a.g.m.	adı geçen makale
A.J.I.L.	American Journal of International Law
A.K.Ç.T.	Avrupa Kömür Çelik Topluluğu
A.T.	Avrupa Toplulukları
A.T.A.D.	Avrupa Topluluğu Adalet Divanı
A.Ü.H.F.D.	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
A.Ü.S.B.F.D.	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
A.Y.M.	Anayasa Mahkemesi
A.Y.M.K.D.	Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi
A.İ.H.M.	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
A.İ.H.S.	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
B.M.	Birleşmiş Milletler
bkz.	bakınız
c.	cilt
C.M.L.R.	Common Market Law Review
dn.	dipnot
E.	Esas
E.C.	European Communities
f.	fıkra
H.R.Q.	Human Rights Quarterly
I.C.L.Q.	International and Comparative Law Quarterly
I.J.I.L.	Indian Journal of International Law
İ.B.K.	İçtihadı Birleştirme Kararı
İ.H.E.B.	İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi
İ.H.M.D.	İnsan Hakları Merkezi Dergisi
İ.H.İ.D.	İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi
İ.Ü.	İstanbul Üniversitesi
İ.Ü.H.F.M.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
J.I.A.	Journal of International Affairs
K.	Karar
K.T.	Karar Tarihi
L.Q.R.	The Law Quarterly Review
m.	madde
MA	milletlerarası anlaşmalar
M.B.D.	Mülkiyeliler Birliği Dergisi
MHGP	milletlerarası hukukun genel prensipleri
No.	Number
P.L.	Public Law
R.G.	Resmi Gazete
s.	sayfa
S.	Sayı
S.S.C.B.	Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği
Vol.	Volume

İÇİNDEKİLER

ANAYASA HUKUKUNDA YENİ EĞİLİMLER; MİLLETLERARASI ANAYASA HUKUKU

GİRİŞ

BİRİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI ANAYASA HUKUKUNUN İLK VERİLERİ	3
A)DEVLET	3
1)SOSYOLOJİK BİR YAKLAŞIM; EASTON VE SCHMITT'İN SİYASET TANIMINDAN YOLA ÇIKARAK ÇAĞDAŞ DEVLETİN TANIMLANMASI;	3
2)ÇAĞDAŞ DEVLETİN KARŞILAŞTIĞI SORUNLAR;	6
a)Nükleer Devrim;	7
b)Globalleşme;	8
c)Devletin Birlik ve Rasyonelliğinin Aşınması;	9
3)ÇAĞDAŞ DEVLETİN KARŞILAŞTIĞI SORUNLARIN DEĞERLENDİRMESİ;	10
a)Nükleer Devrim;	10
b)Globalleşme;	12
c)Devletin Birlik ve Rasyonelliğinin Aşınması;	13
4)SONUÇ;	13
B)EGEMENLİK	14
1)EGEMENLİK VE ULUS-DEVLET;	14
2)GLOBALLEŞME VE ULUS-DEVLET;	15
3)SONUÇ;	18
C)MİLLETLERARASI HUKUK	18
1)YENİ MİLLETLERARASI HUKUK;	19

2)SONUÇ;	20
D)İNSAN HAKLARI	21

1)GEÇMİŞTEKİ İNSAN HAKLARI KAVRAMI İLE GÜNÜMÜZDEKİ İNSAN HAKLARI KAVRAMININ KARŞILAŞTIRILMASI;	21
2)SONUÇ;	22
E)MİLLETLERARASI ANAYASA HUKUKUNUN İLK VERİLERİ	22

İKİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI HUKUK İLE İÇ HUKUK ARASINDAKİ İLİŞKİLER	24
A)DOKTRİN	24
1)İRDECI YAZARLAR VE DÜALİST MODEL;	24
2)OBJEKTİVİST YAZARLAR VE MONİST MODEL;	28
3)MONİST VE DÜALİST MODELE GETİRİLEN ELEŞTİRİLER;	33
B)PRATİK	35
1)MİLLETLERARASI HUKUK İLE İÇ HUKUK ARASINDAKİ İLİŞKİLER VE ANAYASALAR; KARŞILAŞTIRMALI BİR ANALİZ;	35
a)Milletlerarası Hukuka Açılma Eğilimi Taşıyan Anayasalar;	36
b)Milletlerarası Hukuk ile İç Hukuk Arasındaki İlişkilerle Doğrudan İlgili Hükümler İçeren Anayasalar;	38
I-Milletlerarası Hukuka İlişkin "Tanıma, Kabul, Bağlılık, Saygı" İfadesi İçeren Anayasalar;	42
A-İnceleme;	43
B-Sonuç;	46
II-Milletlerarası Hukukun İç Hukukun Bir Parçası Olduğunu Kabul Eden Anayasalar;	47
A-İnceleme;	47
B-Sonuç;	49

III-Milletlerarası Hukukun İç Hukukun Üzerinde Olduğunu Kabul Eden	
Anayasalar;	50
A-İnceleme;	50
B-Sonuç;	57
2)GENEL DEĞERLENDİRME;	57
a)İngiliz ve Fransız Modelinin Milletlerarası Hukuk ile İç Hukuk İlişkileri Konusunda	
Yapılan Anayasal Tercihler Üzerindeki Etkisi;	57
b)Demokratikleşme ve Dışa Açılmanın Milletlerarası Hukuk ile İç Hukuk İlişkileri	
Konusunda Yapılan Anayasal Tercihler Üzerindeki Etkisi;	59

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

DEVLETLER PRATİĞİNDE MİLLETLERARASI HUKUK İLE İÇ HUKUK ARASINDAKİ İLİŞKİLER VE	
MİLLETLERARASI ORTAK MEKANLAR	63
A)DEVLETLER PRATİĞİNDE MİLLETLERARASI HUKUK İLE İÇ HUKUK ARASINDAKİ	
İLİŞKİLER	63
1)AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ;	63
2)İNGİLTERE;	68
3)FRANSA;	70
4)ALMANYA;	76
5)İTALYA;	78
6)İRLANDA;	80
7)BELÇİKA;	82
8)HOLLANDA;	84
9)LUXEMBOURG;	86
10)DANİMARKA;	87
11)YUNANİSTAN;	88
12)İSPANYA;	90
13)PORTEKİZ;	93

14)MACARİSTAN;	95
B)MİLLETLERARASI ORTAK MEKANLAR;	96
1)AVRUPA KAMU HUKUKU KAVRAMI;	97
2)AVRUPA TOPLULUKLARI HUKUKU;	99
3)AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ;	102
4)A.İ.H.S.'NİN KURDUĞU SİSTEM;	106
5)İKİ HUKUK DÜZENİNİN GEÇİŞMESİ;	108
6)A.G.İ.K;	111
7)A.G.İ.K'İN KURDUĞU SİSTEM;	112
8)MİLLETLERARASI ORTAK MEKANLARDA GELİŞTİRİLEN HUKUKİ STANDARTLARIN İÇ HUKUKA ETKİSİ;	115
C)GENEL DEĞERLENDİRME;	125
DÖRDÜNCÜ BÖLÜM	
TÜRKİYE	128
A)DOKTRİN	132
B)PRATİK	149
BEŞİNCİ BÖLÜM	
SONUÇ	160
A)TEORİK PROBLEMLER;	160
B)PRATİK PROBLEMLER	163
C)TÜRKİYE	165
BİBLİYOGRAFYA	167

TABLOLAR

Tablo 1.Milletlerarası Hukuk ile İç Hukuk Arasındaki İlişkilerle Doğrudan İlgili Hükümler

İçeren Anayasalar	39
-------------------	----

Tablo 2.Milletlerarası Hukukun Üstünlüğünü Açık ya da Örtülü Olarak Kabul Eden

Anayasaların Yürürlüğe Giriş Tarihlerine Göre Dağılımı	61
--	----

Tablo 3.Milletlerarası Hukukun Üstünlüğünü Açık ya da Örtülü Olarak Kabul Eden

Anayasaların Yürürlüğe Giriş Tarihleri	62
--	----

ŞEKİLLER

Şekil 1.A.İ.H.S.'nin Kurduğu Sistem	107
-------------------------------------	-----

Şekil2.A.G.İ.K.'in Kurduğu Sistem	114
-----------------------------------	-----

Şekil 3.Avrupa Ortak Mekanı, Geliştirilen Hukuki Standartlar ve Etkileri	126
--	-----

ANAYASA HUKUKUNDA YENİ EĞİLİMLER; MİLLETLERARASI ANAYASA HUKUKU

GİRİŞ

Günümüzde insanlık, başdöndürücü bir değişim/ilerleme yaşamakta, insanlığın yaşadığı bu değişim/ilerleme, geçmişte farklı tanımlanan pek çok kavramın yeniden tanımlanmasına neden olmaktadır.

İşte bu kavramlardan biri de Anayasa Hukukudur. Bugün, "Yeni bir Anayasa Hukuku"ndan; "Milletlerarası Anayasa Hukuku"ndan söz edilmektedir.

Anayasa Hukuku ve Milletlerarası Hukuk doktrinde tereddütle karşılanan Milletlerarası Anayasa Hukuku kavramı, genel kabul gören, tam olarak tanımlanmış bir kavram değildir. Gerçekten, "Egemen Ulus-devletin Alametifarikası" olan Anayasa ile "Birden Fazla Devletin Ortak Anayasası"nın çağrıştıran "Milletlerarası Anayasa"yı bağdaştırmak güçtür.

Bildiğimiz kadarıyla doktrinde bu kavramı kullanan yazar sayısı pek azdır, ancak şu örnekler verilebilir;

Paris Üniversitesi Profesörlerinden Mirkine-Guetzévitch'in 1933 tarihli kitabı "Milletlerarası Anayasa Hukuku"¹ başlığını taşımaktadır. Mirkine-Guetzévitch bu "...kitapta, köleliğin kaldırılması, işçi sömürsünün önlenmesi, kadın ticaretinin yasaklanması, azınlıkların korunması konusundaki uluslararası düzenlemelere bakarak insan haklarını devletlerarası güvencelere bağlamaya yönelik yeni bir uluslararası hukukun doğmakta olduğunu ileri sürmekte, hatta alışılmış anlamdaki devletlerarası hukukun da bundan yararlanacağını savunmaktaydı: İnsan hakları güvence altına alındıkça, devletler daha demokratikleşecek, devletler demokratikleştikçe, devletleri birbirine bağlayan uluslararası andlaşmalar, yalnız yöneticilerin değil, bütün halkların iradesini taşıyan andlaşmalar olacaktı. "Uluslararası andlaşmaların bağlayıcılığı aynı zamanda bir Anayasa Hukuku sorunudur ve çağdaş devletlerin hukuk yaşamındaki en büyük sorunlardan birini meydana getirir. Anayasal bir devletin bir uluslararası andlaşmaya bağlılığı mutlakiyetçi bir devletinkinden daha çoktur."²

¹B.Mirkine-Guetzévitch, *Droit Constitutionnel International* (Paris, 1933: Librairie du Recueil Sirey).

²Mümtaz Soysal, "Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler," *Anayasa Yargısı* (Ankara, 1986: Anayasa Mahkemesi Yayınları), s.9 ve naklen; B.Mirkine-Guetzévitch, a.g.e., s.31.

Tufts Üniversitesi Profesörlerinden John S. Gibson, "Milletlerarası Kuruluşlar, Anayasa Hukuku ve İnsan Hakları" isimli kitabında, özellikle Birleşmiş Milletler bağlamında, Milletlerarası Anayasa Hukuku kavramına yer vermektedir.³

Türk doktrinde ise Profesör İlhan Arsel, "Anayasa Hukukunun Umumi Esasları" isimli kitabında, "Devletlerarası Anayasa Hukuku" başlıklı bölümde şunları yazmaktadır;

"Hukukçular arasında gittikçe gelişen bir temayül "Devletlerarası Anayasa" hukukunun yavaş yavaş meydana çıktığını göstermektedir. Bu hususta Duguit ve Hauriou ve G. Scelle de bazı fikirlere tesadüf edilmektedir.

Filhakika Milletlerarası münasebetler o şekilde bir inkişafa mazhar olmuş ve milletlerarası teşkilat o derece gelişmeye yüz tutmuştur ki bugün artık birçok memleketler kendi anayasalarını buna göre tadil etmek cihetine gitmektedirler. Nasıl ki federal bir devleti meydana getiren federe devletler anayasalarını federal Devletin Anayasasına göre tadil etmekte iseler milletlerarası cemiyette de yavaş yavaş aynı hadiseye şahit olmaktayız. Bugün bir çok milletlerarası teşkilatın teessüs etmiş olduğunu görüyoruz. Birleşmiş Milletler Teşkilatı, Birleşmiş Milletler Sağlık Teşkilatı, ve sair teşkilatlar Devletlerarası bir esas teşkilat hukukunun teessüs etmekte olduğunu ve bu hukukun, her Devletin müspet hukuku üzerinde tesir icra eylediğini göstermektedir, (Mesela: Belçika Avrupa Savunma Birliği andlaşmasıyle kendi Anayasasını ahenktar kılmak için Anayasada tadilat yapmak zaruretinin duymuştu)."⁴

Türk doktrinde bu konu üzerinde en çok duran ve kapsamlı araştırmalar yapan Profesör Bakır Çağlar ise, çalışmalarında sık sık Milletlerarası Anayasa Hukuku kavramını kullanmaktadır.

Çağlar, makalelerinde ve "Anayasa Bilimi" isimli kitabında bu kavramın tam bir tanımını yapmamakta, ancak belirli konularla ilişkilendirerek önemli ipuçları vermektedir.

Anayasa Hukuku doktrinde çok yeni olan Milletlerarası Anayasa Hukuku kavramının net bir tanımını vermek oldukça zordur. Bu yüzden kavramın içeriğini ve sınırlarını netleştirmemize yardım edecek alt-kavramlar üzerinde tartışmak ve vakıaları tespit etmek daha faydalı olacaktır.

Bu bağlamda, ilk olarak günümüzde insanlığın yaşadığı baş döndürücü değişim/ilerleme karşısında farklı kimlikler kazanan bazı temel kavramlar üzerinde durmak gerekir.

³John S. Gibson, *International Organizations, Constitutional Law, and Human Rights* (New York, 1991: Praeger Publishers), s.109-115.

⁴İlhan Arsel, *Anayasa Hukukunun Umumi Esasları* (Baskı yeri ve tarihi belirsiz), s.11.

BİRİNCİ BÖLÜM

MİLLETLERARASI ANAYASA HUKUKUNUN İLK VERİLERİ

Değişen şartlarla farklı tanımlanan devlet, egemenlik, milletlerarası hukuk, insan hakları gibi kavramlar, kurulmakta olduğu söylenen Milletlerarası Anayasa Hukukunun ilk verilerini içermektedirler.

A)DEVLET

Günümüzde farklı tanımlanan kavramlardan ilk olarak devleti ele alacağız.

Devletin bugüne kadar pek çok tanımı yapılmıştır. Ancak bu tanımlar içinde en yaygın olanı, devletin kurucu unsurlarını bir araya getirmek suretiyle yapılan anlatımcı (deskriptif) tanımlardır. Buna göre devlet; "...belli bir ülke üzerinde yerleşmiş, zorlayıcı yetkiye sahip bir üstün iktidar tarafından yönetilen bir insan topluluğunun meydana getirdiği siyasal kuruluştur."⁵

1)SOSYOLOJİK BİR YAKLAŞIM; EASTON VE SCHMITT'İN SİYASET TANIMINDAN YOLA ÇIKARAK ÇAĞDAŞ DEVLETİN TANIMLANMASI;

Günümüzde devletin farklılaşan kimliğini ortaya koyabilmek için çeşitli disiplinler, devleti değişik açılardan ele alıp yeniden tanımlamaktadırlar. Örneğin Sosyoloji bu disiplinlerden biridir.⁶ "Çağdaş Devletin Gelişimi-Sosyolojik Bir Yaklaşım" isimli kitabında Gianfranco Poggi, devleti; "...devlet dairelerindeki

⁵Münci Kapani, *Politika Bilimine Giriş* (Ankara, 1988-4.Basım: Bilgi Yayınevi), s.35.

⁶Weber gibi, Marx gibi yazarların devleti sosyolojik açıdan ele alan bir takım çalışmalar yaptıklarını ancak bunların "Devlet Sosyolojisi" türü bir yapıt ortaya çıkaramadıklarını ileri süren Gianfranco Poggi, "Çağdaş Devletin Gelişimi" isimli kitabının önsözünde sosyologların devlet kavramına ilgisiz kalmalarını üç nedene bağlamaktadır; "Birincisi, sosyolojinin bir bilim dalı olarak ortaya çıktığı toplumlarda "siyasal" ile "toplumsal" alan arasındaki kurumsal ayrım büyük ölçüde olağan karşılanıyor, sosyoloji inceleme alanı olarak toplumu seçtiğinden siyasal alanı dolayısıyla devlet olgusunu gözardı ediyordu. İkincisi, devlet ve sivil toplum arasında bariz bir ayrım olmayan Amerika Birleşik Devletleri ve İngiltere gibi ülkelerde sosyologlar görevlerini toplumsal yaşamın daha mütevazı, somut, kurumsallaşmamış ve çoğu kez gizli yönlerini araştırmak olarak tanımlıyorlardı. Açıkça gözlemlenebilecek güç ve süreçler yerine zımni olanla, resmi düzenlemeler yerine gayrresmi uyarlamalarla, "planlı" kurumlar yerine "doğal" kurumlarla, toplumun görünürdeki yönleri yerine yüzeyin altındaki boyutlarıyla ilgileniyorlardı. Bu tür kaygılar sonucu zorunlu olarak devlet gibi görünürde ve resmi olan bir kurum ilgi alanı dışında bırakılıyordu. Üçüncüsü, birçok Batı ülkesinde sosyolojinin akademik bir disiplin olarak kabul görmesi için siyasal felsefe, anayasa hukuku ve siyaset bilimi gibi daha saygı duyulan ve varlığını kabul ettirmiş bilim dallarıyla rekabet etmesi gerekiyordu. Alanını tanımlarken, diğer bilim dallarında merkezi bir konumda olan devlet kavramı sosyolojinin sınırları dışında bırakılmıştı" Gianfranco Poggi, *Çağdaş Devletin Gelişimi*, Türkçesi: Şule Kut-Binnaz Toprak (İstanbul, 1990: Hürriyet Vakfı Yayınları), s. 13.

memurların sürekli ve talimatlara uygun çalışmaları yoluyla yönetimi sağlamak için oluşturulmuş karmaşık kurumsal düzenlemeler..."⁷ olarak tanımlamaktadır. Ona göre devlet bu dairelerin toplamıdır ve belli sınırlar dahilinde bir toplumda yönetim işini üstlenir. Öyleyse yönetim nedir? Yazar yönetim kavramını, kapsadığı toplumsal ilişkilerin asimetrik niteliğini çok iyi açıkladığı, bu ilişkilerin gündelik içeriğinde mevcut olan emir verme ve alma olgusuna dikkat çektiği için tercih ettiğini, ancak "Yönetim nedir?", "Çağdaş devlet ne amaçla oluşturulmuş kurumsal düzenlemeler bütünüdür?" sorularının farklı ve daha sık kullanılan biçimlerinde "siyaset" ya da "siyasal" kavramlarının geçtiğini belirtmektedir. Böylece sorduğu soruyu "siyasetin niteliği nedir, siyaset ne hakkındadır ?" biçimine dönüştürmektedir.

Yazar bu sorunun yanıtını ararken iki önemli teorisyenin siyaset tanımından yararlanmaktadır. Bunlardan ilki David Easton'ın siyaset tanımıdır. Easton' a göre, toplumsal süreç, çeşitli faaliyetlerin sürekli bir akış içinde olması, bu faaliyetler kanalıyla sınırlı sayıdaki değerli kaynakların birbiriyle etkileşimde bulunan bireylerce alınıp verilmesi ve bu tür kaynaklara sahip olmanın bireylerin temel amaçlarını oluşturmasıdır. Bu çerçevede toplumsal yaşamın düzenli ve sürekli olması için kaynakların dağıtım sürecinin kurumsallaştırılması gerekir. Ancak dağıtım sürecinin kurumsallaştırılmasında izlenecek yöntem görenek ya da değiş-tokuş olmamalıdır. Easton görenek ve değiş-tokuş dışında üçüncü bir yöntem olarak emirden söz etmekte ve bütün siyasal alanı bu dağıtım süreci çerçevesinde tanımlamaktadır. Yani siyaset söz konusu kıt ve değerli kaynakların emre dayalı dağıtımıdır.⁸

Poggi'nin yararlandığı ikinci siyaset tanımı Carl Schmitt' in tanımıdır. Schmitt, siyasetin topluluklar arası sınırları çizmek ve korumakla yükümlü olduğunu ve özellikle her topluluğun kültürel benliğini dışarıdan gelebilecek tehditlere karşı savunmak görevini üstlendiğini belirtir. Bu bağlamda siyasal alan dost-düşman ayrımı çerçevesinde tanımlanmıştır. Bir topluluğun en temel siyasi işlevi başka topluluklardan hangilerinin dost hangilerinin düşman olduğunu belirlemektir. Schmitt'e göre siyaset, düşmanımız olan "Diğerleri" ile çatışma olasılığına karşı sürekli bir hazırlığı içerir ve her ne kadar siyaset insan yaşamının belirgin faaliyetlerinden sadece biri ise de, diğer tür faaliyetlerden üstündür; çünkü asıl amacı topluluğun devamını sağlamaktır. Toplum sürekliliğini koruyamazsa diğer faaliyetlerin yürütülmesine de olanak yoktur.⁹

⁷Poggi, a.g.e., s.17.

⁸Easton'ın görüşleri için bkz.; David Easton, *The Political System-An Inquiry into the State of Political Science* (New York, 1981: Reprint of the 2nd. ed. Published by Knopf), s.125-148.

⁹Schmitt'in görüşleri için bkz.; Paul Edward Gottfried, *Carl Schmitt-Politics and Theory* (New York, 1990: Greenwood Press).

Gianfranco Poggi, Easton ve Schmitt'in görüşlerini özetledikten sonra iki görüşü karşılaştırmaktadır. Buna göre, Easton ve Schmitt arasındaki farklar şöyle sıralanabilir; Easton'ın görüşleri içe, Schmitt'in görüşleri ise dışa dönüktür. Easton'a göre insanlığın en önemli sorunu kaynakların kıt oluşudur, Schmitt'e göre ise dışardan gelebilecek bir tehlikenin mevcudiyetidir. Easton, siyasetin ekonomist denebilecek bir tanımı çerçevesinde, siyasal sürecin bireylere özel yaşamlarında değer verdikleri şeylerin dağıtımını sağladığını ifade etmektedir. Onun anladığı türde bir siyaseti özetlemek için bir yasama meclisinin tartışmalarına ya da bir yargıcın verdiği kararlara bakmamız gerekir. Sembolik, karşılıklı tartışmaya dayanan sivil süreçler önemlidir. Schmitt'in görüşlerinde ise siyasetin bu boyutu ikincil bir önem taşır. Yazar iki görüşü karşılaştırdıktan sonra bu görüşlerin Avrupa'da siyasetin niteliğine ilişkin çok eski bir tartışmayı yansıttığını söylemekte ve şu saptamayı yapmaktadır; "...Easton'ın görüşü Thomas More'un Utopia adlı kitabındaki fikirleri akla getirmekte ve Normanlar sonrası İngiltere'nin siyasal deneyimlerine dayanmaktadır. Saldırgan komşularının sürekli tehditlerinden dört bir yanını çevreleyen denizle korunan bir ülkede, siyasal düşünce ve eylem doğal olarak içe dönmüş, İngiliz Uluslar Topluluğu'nun refahını sağlamak (İngilizce'deki "Commonwealth" kelimesi bile bu ortak refaha verilen önemi belirtir) ve ülke içindeki şeref ve ayrıcalık hiyerarşilerini belirlemek ön plana çıkmıştır. Burada siyasetin özünü kamuoyu tartışmaları, hakların korunması, yasaların yapılması ve bu yasaların yürürlüğe konması oluşturmuştur. Buna karşılık Schmitt Kıta Avrupası'nda öncelikle Makyavel tarafından 16.yüzyılda savunulan, sonraları Batı ve Orta Avrupa'da ortaya çıkmaya başlamış bağımsız devletlerin yönetim kodunu oluşturan bir görüşü yeniden gündeme getirmektedir. Burada siyasetin en önemli boyutu, her ülkenin etrafındaki komşularının sınırlarına ister gerçek, isterse olası bir tehdit yöneltiyor olması ve bunun sonucunda ilgili tarafların tümünün kabul edebileceği bir denge sağlama çabasıdır. Bu durumda siyasal düşünce ve eylem zorunlu bir biçimde dışa dönük olmakta, en önemli boyutunu diplomasi ve savaş oluşturmaktadır."¹⁰

Siyaseti farklı açılardan tanımlayan bu iki görüşün de birtakım doğrular içerdiği tartışılmaz. Ancak hiçbirisi tek başına siyasal süreci dolayısıyla çağdaş devletin varlık nedenini açıklamak için yeterli değildir. Bu görüşler temelde birbirinden farklı olmakla birlikte her ikisinin de ortak bir yönü vardır. Her ikisine göre de, siyasetten sorumlu olan kurum, güç kullanımına imkan tanıyacak ayrıcalıklara sahip olmalıdır. O halde bu iki görüşü bir şekilde uzlaştırmak yoluna gidilebilir.

¹⁰Poggi, a.g.e., s. 24.

Poggi'ye göre, Easton ve Schmitt'in görüşlerini uzlaştıırken izlenecek yöntem Schmitt'in yaklaşımını benimseyip Easton'ın görüşleriyle tamamlamak olmamalıdır. Aynı şekilde Easton'ın yaklaşımını temel almak ta bizi yanlış sonuçlara götürebilir. Çünkü her iki görüşün de temel birtakım eksiklikleri vardır. Schmitt'in en önemli eksikliği, topluluğu, yani "biz ve diğerleri" ayrımında "biz"i bir veri olarak ele aldığı halde bu verinin ne kadar kolay yok olabilir, ne kadar tehlikede ve ne kadar ortama bağımlı olduğunu vurgulamasıdır. Siyaset ancak topluluğu oluşturduktan sonra koruyabilir. Yani topluluk siyasetin bir ürünüdür. Siyaset, topluluğu oluşturmak için Easton'ın vurguladığı, Schmitt'in küçümsediği sembolik süreçler olmadan işlevini yerine getiremez. İşte bu noktada Easton'ın en önemli eksikliği ortaya çıkmaktadır. Easton, bu süreçleri ancak değer dağıtımıyla ilişkili oldukları ölçüde siyasal olarak nitelemektedir. Oysa değer yaratmak dağıtmaktan daha önemlidir. Ayrıca, yaratılan değerler, örneğin bir park ya da seçim hakkı, bireyler arasında dağıtılamaz, ancak topluca sahip olunabilir.

O halde, Easton'ın içe dönük kavramsallaştırmasından dağıtıma ilişkin aşırı vurgu çıkarılıp bu kavramsallaştırma, topluluk için hayati olan değerlerin tek tek bireyler yerine ortak sahiplenilmesini kapsayacak biçimde genişletilirse; Schmitt'in, toplumsal yaşamın düzensizliği ve tehlikeliliğine ilişkin dışa dönük tezi kabul edilerek kullanılabilir bir siyaset tanımına ulaşılır.

2)ÇAĞDAŞ DEVLETİN KARŞILAŞTIĞI SORUNLAR;

Poggi'nin, siyasetin içe ve dışa dönük yönlerini birleştirerek yaptığı tanım yardımıyla devletin farklılaşan kimliği ve çağdaş devletin varlık nedeni hakkında fikir sahibi olabiliriz. Ancak günümüzde farklı tanımlanan devleti kavrayabilmek için çağdaş devletin karşılaştığı sorunları ve bu sorunların devlet üzerindeki etkilerini de incelememiz gerekir. Bunu yapabilmek için aynı yazarın, 1990 yılında yayınladığı "The State-Its Nature, Development and, Prospects (Devlet-Doğası, Gelişimi ve Geleceği)" adlı kitabındaki çözümlemelerden yararlanacağız.¹¹

Poggi çağdaş devletin günümüzde karşılaştığı sorunları üç başlık altında incelemektedir. Bu sorunlardan ilki; nükleer devrimin devlet ve savaş arasındaki bağlantıyı derinden etkilemesidir (The nuclear revolution).

Sorunlardan ikincisi; birtakım ekonomik, teknolojik, ekolojik, kültürel yapı ve süreçler bütünü, belli bir devlete ait topraklar ötesinde tüm dünyada etkili olmasıyla ilgilidir. İkinci Dünya Savaşı'ndan beri dünyanın tanık olduğu globalleşme süreci, devletin karşılaştığı bu sorunun temel nedenidir (The crisis of territoriality).

¹¹ Gianfranco Poggi, *The State-Its Nature, Development and Prospects* (UK, 1990: Polity Press).

Üçüncüsü ise; devletin ayrıcalığını ve üstünlüğünü sağlayan iki özelliğinin, birlik ve akılçılığının aşınmasıyla ilgilidir (The threats to unity and the displacement of rationality).

a)Nükleer Devrim;

İkinci Dünya Savaşı'nın sonunda, nükleer devrimle birlikte, savaş ve devlet arasındaki bağlantı paradoksal bir biçim almıştır. Normal bir siyaset aracı olarak kabul edilemeyen ve diğer silahlara oranla çok daha öldürücü ve etkili olan nükleer silahlar, sadece diğer tarafın bunları kullanmasını engelleyecek bir tehdit unsuru olarak kullanılabilmektedirler.

Nükleer silahlar, kendisi için hayati önemi olan veya öyle farzettığı bir menfaatten vazgeçmek yerine savaşa girmek ve yenilme riskini göze almak konusunda bir muhasebe yapan devlet için, bu muhasebeyi anlamsız kılmaktadırlar. Çünkü, nükleer silahlar, kullanıldıklarında; birincisi, riski kesinliğe dönüştürmektedirler; ikincisi, bu kesinlik her iki taraf için de söz konusu olmaktadır; üçüncüsü, taraflar savaşın sonunda askeri bir yenilgiden çok daha fazlasına mahkum olmaktadır. Bu yüzden savaş, büyük güçler için anlaşmazlıkların çözümünde başvurulacak bir yöntem olmaktan çıkmaktadır.

Ancak bu gelişmeye gereğinden fazla değer atfetmek yanlıştır. Nagasaki'den beri insanlar üzerinde nükleer silah kullanılmamıştır. Ama dünyanın pek çok yerinde konvansiyonel savaşlar olmakta ve bu savaşlarda binlerce kişi ölmektedir. Ayrıca, büyük güçler arasındaki rekabet; örneğin, vekiller (proxy) vasıtasıyla yürütülen savaşlarda, düşman devlet veya bu devletin müvekkili konumundaki devlet (client state) içindeki yıkıcı faaliyetleri destekleme teşebbüslerinde ve bütün bunların ötesinde ekonomik yarışta ifadesini bulmaktadır.

Nükleer devrim sonucunda ortaya çıkan bu durumun devam edip etmeyeceği, insanlığın güvenliğini sağlamaya yetip yetmeyeceği belli değildir. Ancak bu nükleer savaş yasağının devleti derinden etkilediği bir gerçektir.

Her halükarda, İkinci Dünya Savaşından beri, çağdaş gelişmiş toplumlardaki devletler, kendilerini, askeri olmayan misyonlarını, özellikle ekonomik gelişmeyi destekleme ve yönlendirme ve bunların bazı istenmeyen etkilerini azaltma yeteneklerini vurgulayarak yeniden tanımlamaya, yeniden değerlendirmeye çalışmaktadırlar. Nükleer savaş yasağının açık bir düşmanlık biçiminde ortaya çıkmaktan alıkoyduğu rekabet, ekonomik yarışta ifadesini bulmaktadır.

Poggi'ye göre bu durum ileri sanayileşmiş ülkeler için olumlu bir gelişmedir. Çünkü son zamanlarda bu devletler, sanayileşme ile birlikte ortaya çıkan sosyal gerginlikleri, ekonomik eşitsizlikleri ve kültürel çarpıklıkları gidermek için ihtiyaç

duydukları birikimi sağlayabilmekte ve diğer ülkelere ekonomik gelişme için bir model sunmaktadırlar. Ancak devletin sosyal alanın bu kadar içine girmesi bir takım olumsuz etkiler de yaratmaktadır.

b)Globalleşme;

Çağdaş devletin karşı karşıya kaldığı ikinci önemli sorun toprak unsuruyla ilgilidir. Günümüzde bir takım ekonomik, teknolojik, ekolojik, kültürel yapı ve süreçler bütünü belirli bir devlete ait topraklar ötesinde, tüm gezegenimizde etkilerini göstermektedir. Bunun adı İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra sosyal bilimler terminolojisinde moda olan terimle *globalleşmedir*.

Globalleşmenin kendine özgü siyasi yönleri vardır. İkinci Dünya Savaşı sona erdikten sonra ortaya çıkan bloklar içinde, tek bir devlet söz sahibi olmuş ve diğer devletleri askeri ve diplomatik açıdan kendine bağımlı kılmıştır. Bu durum özellikle askeri gücün globalleşmesinin sonucudur. İkinci Dünya Savaşı sonrasında kurulan bloklar, bunların sahip oldukları nükleer güç, militer globalleşmenin en önemli nedenlerindendir.

Dünya çapında etkili olan nükleer silahlar, çok kısa bir sürede istenilen yere gönderilebilmektedirler. Global imha gücüne sahip bu silahlar bir anda tüm dünyayı yaşanmaz hale getirebilirler. Bundan başka militer globalleşmenin bir başka biçimi uluslararası terörizmdir. Faaliyetlerini dünya çapında sürdüren uluslararası terörizme karşı, devletler savunmasız kalmaktadırlar.

Globalleşme sürecinin siyasi yönü yanında, toplumsal güç biçimlerinin çoğulculuğundan (plurality of forms of social power) kaynaklanan başka yönleri de vardır. Bu bağlamda ilk düşünmemiz gereken sürecin ekonomik boyutudur. Çağdaş ekonominin kilit birimleri olan uluslararası şirketler gittikçe genişleyen bir dünya pazarında faaliyet göstermekte, gelişmiş bir iletişim ağı sayesinde hiçbir devletin tam olarak izleyip denetleyemediği bir mali kaynak akışını yönlendirmekte, hatta aralarındaki anlaşmazlıkları devletin yargı yetkisinden bağımsız olarak hakemler aracılığıyla çözümlenmektedirler.

Böylece pek çok ekonomik güç merkezi, devletle olan ilişkilerini gevşetmektedir.

Ayrıca bu uluslararası şirketler daha da ileri giderek çok pahalı bir teknoloji gerektiren insanların kültürel kimliklerinin şekillendirilmesi sürecinde kilit rol oynama eğilimindedirler. Sürekli parlak ve büyüleyici imajlar yaratıp bunları iletişim araçlarıyla yayan bu şirketler insanların kültürel kimliklerini (tercihlerini, beğenilerini, değer yargılarını) şekillendirmektedirler.

Bu kültür-şekillendirme süreci (culture-shaping process) Batı'da ekonomik güçlere; Sovyet sistemi ve diğer tek-parti sistemlerinde ise siyasi güce tabi olmaktadır.

Ekonomik ve siyasi güçlerden bağımsız ve belli bir devletin toprakları ötesinde etkili olan iki önemli kültürel süreç daha vardır; bunlardan ilki bilimsel nitelikteki bilgilerin elde edilmesi ve dağılımı ile ilgilidir. İkincisi ise fundamentalist dini akımlardan kaynaklanmaktadır.

Günümüzde modern bilim milletler-ötesi (transnational) bir kimliği olduğunu iddia etmekte ve siyasi ve ekonomik güçlerden yarı-bağımsız (semi-autonomously) olarak çalışmalarını sürdürmektedir.

Fundamentalist dini akımlara gelince (örneğin, İslam fundamentalizmi, Hristiyan fundamentalizmi), bunlar da devletler-ötesi/üstü kollektif bir kimlik yaratma çabasıdadırlar.

Devletin toprak unsurunu etkileyen bir başka globalleşme süreci doğa ve insan arasındaki ilişkiden yani ekolojik sorundan kaynaklanmaktadır. Günümüzde insanların üretim ve tüketim faaliyetleri sadece bir devlete ait toprakları, çevreyi değil tüm dünyayı, bütün çevreyi etkilemektedir.

Önemli sosyal,ekonomik ve kültürel süreçlerin çoğu, üzerinde kendini millet olarak tanımlama eğiliminde olan bir insan topluluğunun yaşadığı ve siyasal olarak bir devletle idare edilen, belli bir toprak parçasıyla sınırlı birimler içinde cereyan etmektedir. Ama milli-üstü (supra-national) ekonomik, kültürel, ekolojik süreçler birlikte ele alındığında bir "dünya toplumu"ndan (world society) söz etmek mümkündür. Bu "dünya toplumu", her geçen gün, devletlerin etkin bir biçimde izleyip düzenleyemediği sistematik etkileşim ve dengeler bütünü sayesinde yeni ve zorlayıcı gerçeklerle karşılaşmaktadır.

c)Devletin Birlik ve Rasyonelliğinin Aşınması;

Çağdaş devletin karşı karşıya kaldığı üçüncü önemli sorun; devletin ayrıcalığını ve üstünlüğünü sağlayan iki özelliğinin, birliğinin ve rasyonelliğinin aşınmasıyla ilgilidir.

20.yüzyılda ortaya çıkan pek çok gelişme liberal-demokratik devletlerde birlik unsurunu tehlikeye sokmuştur. Bugün devlet idari birimleri üzerinde birliğini yitirmiştir. Bunun nedeni, sadece idari birimlerin çoğalması, çeşitlenmesi ve bunlarla, inisiyatif-denetimi elinde tuttuğu iddiasında olan merkez arasındaki uçurumun büyümesi değildir. Bu, aynı zamanda, pek çok idari birimin kurumsallaşmış toplumsal menfaatle yakın ve imtiyazlı ilişkiler kurmasının veya bu kurumsallaşmış toplumsal menfaatlerin, idari birimleri, devlet içinde kendi köprübaşları (bridgeheads) olarak kullanmak istemelerinin bir sonucudur.

Bu iki olgu birlikte de gerçekleşebilir. Ortaçağ'da korporatizm, siyasi gücü, halkın farklı ve çatışan menfaatlerini ifade eden ve geliştiren nispeten özerk güç merkezleri arasında bölüştürmekteydi. Günümüzde bu durumun bir benzeri yaşanmakta ve buna neo-korporatizm adı verilmektedir.

Son olarak, devletin bir kaç asırdan beri faaliyetlerini rasyonel kılmak için denediği kurumsal formüllerin başarısızlığa uğramasıyla, ayrıcalığını ve üstünlüğünü sağlayan rasyonellik unsuru da aşmıştır.

Poggi bu tespitleri yaptıktan sonra devletin **krizde** olduğu sonucuna varmaktadır.

3)ÇAĞDAŞ DEVLETİN KARŞILAŞTIĞI SORUNLARIN DEĞERLENDİRMESİ:

Böylece çağdaş devletin varlık nedenini, karşılaştığı sorunları, bu sorunların devlet üzerindeki etkilerini ele alarak devletin farklılaşan kimliği konusundaki değerlendirmelerimizi bir adım daha ileri götürmüş olduk. Ancak konuyu güncelleştirmedeğimiz takdirde değerlendirmelerimiz yine eksik kalacaktır. Fikrimizce, 1989 yılında başlayan ve günümüzde devam eden Sosyalist Blokun çözülme süreci bu sorunlara farklı boyutlar kazandırmıştır.

Bu yüzden, yeni gelişmelerin ışığında, Poggi'nin görüşlerini tekrar gözden geçirmemiz gerekir.

a)Nükleer Devrim;

Poggi'nin Nükleer Devrimle ilgili görüşlerine katılıyoruz.

Nükleer Devrimin savaş ve devlet arasındaki bağlantıyı derinden etkilediği, savaşın büyük devletler için başvurulacak bir yöntem olmaktan çıktığı, aralarındaki rekabetin ekonomik yarışta ifadesini bulduğu ve bu devletlerin sosyal refahı gerçekleştirmek için artık daha fazla kaynağa sahip oldukları bir gerçektir.

Bununla birlikte; İkinci Dünya Savaşı sonrasında ortaya çıkan nükleer silahlara dayalı güç dengesi, Sosyalist Blokun çöküşüyle birlikte değişmiş ve "Soğuk Savaş" dönemi kapanmıştır. Soğuk Savaş sonrasında Sosyalist Blok, ekonomik ve siyasal açıdan tam bir kaosa sürüklenmiş ve bu dağılma süreci sonucunda ortaya çıkan pek çok mini-devlet arasında konvansiyonel çatışmalar çıkmıştır. Etnik motivasyon faktörüyle birlikte, kurulan yeni dünyada daha iyi bir yer kapma çabası bu çatışmaları kanlı bölgesel savaşlara dönüştürmüştür.¹²

¹²Dağılan Sosyalist Bloktaki çatışmaların ekonomik boyutu hakkında Jacques Attali şunları yazmaktadır; "...Geçmişte -üstelik Batı Avrupa'da dahil-ekonomik alandaki bu kadar aşırı bir bozulma genellikle politik alandaki aşırılıklar için de müimbit bir kaynak olmuştur. Politik yaşamın bu

Sosyalist Blok'un dağılması ve S.S.C.B.'nin süper güç olmaktan çıkması sonucu, Batı Bloku rakipsiz kalmış ve özellikle A.B.D., dünyadaki tek süper güç olarak öne çıkmaya başlamıştır.

A.B.D., Avrupa'yla birlikte kendini kapitalizmin zaferi olarak gösterilen yeni düzenden sorumlu hissetmekte, bu düzenin hem fikir babalığına, hem jandarmalığına soyunmaktadır.

Doğu ve Batı Bloku dışındaki bazı ülkelerde ise, Soğuk Savaş öncesinde olduğu gibi, iç ve dış savaşlar günümüzde de sürmektedir.

Fikrimizce, bütün bu gelişmeler göz önüne alındığında, Soğuk Savaş sonrasında, savaş ve devlet arasındaki bağlantının yenilendiği söylenebilir.

S.S.C.B. (ve Doğu Bloku), imzaladığı silahsızlanma anlaşmalarıyla nükleer gücünde büyük bir indirime gitmiştir ama dağılma sonucu ortaya çıkan mini-devletler açısından nükleer olmasa bile (ki bu tehlikenin de tamamen ortadan kalktığını söylemek güçtür) konvansiyonel savaş hala başvurulan bir yöntem olma özelliğini korumaktadır. Çatışan mini-devletler, ekonomik ve sosyal kaynaklarının büyük bir kısmını bölgesel savaşlarda tüketmektedirler.

A.B.D. (ve Batı Bloku) de söz konusu silahsızlanma anlaşmalarıyla nükleer gücünde büyük bir indirime gitmiştir ancak, yeni düzenin jandarmalığına soyunduğundan ve dünyanın çeşitli bölgelerindeki çatışmalara müdahale etme eğiliminde olduğundan¹³ (nükleer değil ama) konvansiyonel savaş, hala başvurulacak bir yöntemdir. Doğu Blokunda olduğu gibi Batı Blokunda da savunma harcamaları nispeten düşmüş olmakla birlikte hala bütçede önemli bir yer tutmaktadır.¹⁴

acımasız ilkesinin bugün geçerli olmadığını düşünmek için hiçbir neden yok. Ekonomik sıkıntılara karşı gösterilen tepkilerin yelpazesi, bizim Batı'da gördüğümüz yatırım kararlarının ertelenmesi, işsizliğin artması türündeki biçimlerden diğer uçtaki aşırı tepkilere kadar uzanmakta, her milliyet, her ırk, her kabile giderek küçülen ekonomik pastadan bir parça koparmak için diğerleriyle kapışırken, insan haklarının düpedüz ihlaline de yol açabilmektedir." Jacques Attali, "Avrupa'nın Kabileciliğe Dönüşü," NPQ, c.1, S. 4, s.43.

¹³Başkan Bush ve Beyaz Saray Ulusal Güvenlik Başkanışmanın görüşleri alınarak hazırlanan 1992 tarihli "Savunma Planlama Rehberi"nin resmi olmayan metni ABD'nin bu konudaki politik ve stratejik eğilimleri hakkında fikir vermektedir. Bu konuda bkz.; Şükrü Elekdağ, "ABD'nin Küresel Strateji Arayışları (I)," *Milliyet*, 19.5.1992.

¹⁴1985-1991 arası savunma harcamalarına baktığımızda, örneğin Yugoslavya gibi fiilen savaştan devletler dışında genel olarak savunma harcamalarının düştüğünü görüyoruz. 1985 fiyatlarıyla NATO ülkelerinin toplam savunma harcaması, 1985'te 357,966 milyon dolar iken 1991'de 317,327 milyon dolara düşmüştür. 1985 fiyatlarıyla Sovyetler Birliği'nin toplam savunma harcaması, 1985'te 241,500 milyon dolar iken, 1991'de 91,631 milyon dolara düşmüştür. 1985 fiyatlarıyla Yugoslavya'nın toplam savunma harcamaları ise 1985 yılında 1,692 milyon dolar iken, 1991'de 3,490 milyon dolara yükselmiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.; The International Institute for Strategic Studies, *The Military Balance 1992-1993* (UK, 1992: Halstan & Co.Ltd).

Batı ve Doğu Bloku dışındaki ülkelerin bir kısmı ise, savaşı hala bir yöntem olarak görmenin ötesinde, "nükleer güç" olma eğilimindedirler. S.S.C.B. dağıldıktan ve nükleer silahlarını tasfiye ettikten sonra önemli bir tehlike ortaya çıkmış, bu silahların ve teknolojinin yanlış ellere geçmesi ihtimali Soğuk Savaş sonrası karabasanlarından biri olmuştur. Hiçbir silahsızlanma anlaşmasına taraf olmayan bu ülkelerdeki gözü kara diktatörler, nükleer güce sahip olmak için milyonlarca dolar harcıyıp ülkenin kaynaklarını bu yolda tüketmekten çekinmeyeceklerdir.¹⁵

Bütün bunlar gösteriyor ki, savaş devletler için hala önemlidir ve hala kaynakların büyük bir kısmı silaha yatırılmaktadır. Dünyadaki büyük devletler ve onlara tabi olan küçük devletler, Soğuk Savaş dönemine oranla silah harcamalarının bütçelerine getirdiği ağır yükten nispeten kurtulmuşlardır¹⁶. Ancak Soğuk Savaş ertesinde ortaya çıkan gelişmeler göz önüne alındığında işsiz kalma tehlikesiyle karşılaşan uluslararası silah tüccarlarının bir süre daha bilançolarını karla kapayacakları söylenebilir¹⁷.

b)Globalleşme;

Poggi'nin Globalleşme süreciyle ilgili görüşlerine de katılıyoruz.

Bununla birlikte; Nükleer silahların global imha gücüne dayalı bloklar sisteminde ortaya çıkan değişiklikler, militer gücün global karakterini bu yönden zayıflatmış, daha çok kriz bölgelerine anında müdahale yeteneğine sahip küçük birlikler üzerine kurulu stratejiler benimsenmeye başlanmıştır.¹⁸

Ayrıca, Poggi'nin önemini vurguladığı uluslararası şirketlerin otonom karakteri kapitalizmin zaferi olarak gösterilen "Yeni Dünya Düzeni"nde daha da

¹⁵Bu konuda bkz.; Franz von Hippel, "Danger: warheads being dismantled," *The World in 1993-The Economist Publications*, s.81-82.

¹⁶Soğuk Savaş döneminde askeri harcamalara bağlanan kaynakların, yeniden inşa ve kalkınma için kullanılması fikri fakir Üçüncü Dünya ülkeleri için parlak bir umut ışığıdır. Bu konuda bir Üçüncü Dünya ülkesi olan Kosta Rika'nın devlet başkanı Oscar Arias şunları söylemektedir; "...Askeri harcama yükünü omuzlarından atmış olan Kosta Rika, kaynaklarının büyük çoğunluğunu eğitim ve sağlık hizmetlerine aktarmıştır. Demokratik bir toplum yaratmamız, benzersiz bir siyasal ve toplumsal istikrar sağlamamız bu sayede olmuştur. Üçüncü Dünya ulusları, bir zamanlar askeri harcamalara ayrılmış olan kaynaklarını yoksulluğu ortadan kaldıracak girişimlere aktarmada en ön sırayı almalıdır." Oscar Arias, "Silahsızlanma ve Zengin Ülkeler," *NPQ*, c.1, S. 2, s.43.

¹⁷Bu konuda bkz.; Michael Renner, "Preparing for Peace," in *State of the World 1993* (USA, 1993: Worldwatch Institute), s.139-157.

¹⁸Örneğin, 80'lerin başından beri NATO tarafından geliştirilen "Airland Battle-Hava/Kara Harbi" stratejisine göre; "...Bir arada, merkezde tutulacak etkili ve çevik bir güç, tehdidin ortaya çıkmasıyla ıhtılaflı bölgeye süratle hareket ederek tehdidi göğüsleyecek."tir. Murat Yetkin, *Ateş Hattında Aktif Politika* (İstanbul, 1992: Alan Yayıncılık), s.230.

önemli hale gelmiş, uluslararası ekonomik ilişkileri yönlendiren bu şirketler, siyasal ve kültürel alanda da ağırlıklarını hissettirmeye başlamışlardır. İletişim teknolojisini (özellikle medyayı) elinde tutan uluslararası şirketler, liberal-demokratik dünyanın değer yargılarını, dünya görüşünü dünyaya ihraç etmekte, globalleşen dünyada standardizasyonun alt yapısını kurmaktadır.

Son olarak, ekonomik ve siyasal güçlerden bağımsız faaliyet gösteren ve devletler ötesi-üstü kolektif bir kimlik yaratma çabasında olan fundamentalist dini akımların altı günümüzde daha kalın çizilmelidir. Dünya, özellikle Soğuk Savaş sonrasında ortaya çıkan dağılma süreciyle birlikte ideolojilerin yaşadığı büyük krize tanık olmuş, kimlik arayışı içinde olan eski Sosyalist Blok insanları için fundamentalist dini akımlar bir seçenek haline gelmiştir. Ancak radikal merkezler tarafından desteklenen bu tür akımlar, sadece dağılan Sosyalist Bloktaki kimlik bunalımında değil, sosyal ve ahlaki yapının büyük bir çöküntüye uğradığı Batı toplumlarında yaşanan kimlik bunalımında da bir çıkış yolu olarak görülmektedir.¹⁹ Ayrıca, ırkçı akımlar da en az fundamentalist dini akımlar kadar tehlikeli bir seçenektir.

c)Devletin Birlik ve Rasyonelliğinin Aşınması;

Poggi'nin devletin birlik ve rasyonelliğinin aşınmasıyla ilgili görüşlerine de katılıyoruz.

Günümüzde, devletin birlik ve rasyonelliği aşınmaya devam etmektedir.

4)SONUÇ;

Sonuçta;

-Easton ve Schmitt'in görüşlerini uzlaştırmak elde edilecek bir siyaset tanımından yola çıkarak çağdaş devletin varlık nedeni açıklanabilir. Devletin içe ve dışa dönük birtakım [siyasi] işlevleri vardır.

-Ancak, dünyanın içinde bulunduğu kaos ortamında, "dost/düşman", "Biz ve diğerleri ayrımı devletler arası ilişkilerde zaman zaman ön plana çıkmaktadır. Bu yüzden, Schmitt'in siyaset tanımındaki unsurların bazı durumlarda ağırlık kazandığı düşünülebilir.

-İçerde ve dışarda pek çok sorunla karşı karşıya kalan çağdaş devletin, herşeye rağmen bireyin mutluluğu ve refahını sağlama açısından geçmişe göre daha şanslı olduğu söylenebilir.

¹⁹Günümüzde dinin farklılaşan kimliği için bkz.; NPQ, "Son Çağdaş Yüzyıl Özel Sayısı," c.1, S.1.

B) EGEMENLİK

Günümüzde farklı tanımlanan kavramlardan ikinci olarak egemenliği ele alacağız.

Artık modası geçtiği söylenen ulus-devletin²⁰ yaşadığı egemenlik krizi, klasik anlamıyla içerde rakipsiz üstünlüğü, dışarda ise bağımsızlığı ifade eden egemenlik kavramını derinden etkilemiştir.²¹

Ulus-devlet, artık ne içerde ne de dışarda tek ve son sözün sahibidir. Yeni iç ve dış aktörler ulus-devletle egemenliğini paylaşmakta, hatta kimi zaman ulus-devlet egemenliğini bu aktörlere devretmekte ve böylece egemenlik yukarıdan ve aşağıdan aşınmaktadır.

1) EGEMENLİK VE ULUS-DEVLET;

Geleneksel olarak devletin temel niteliği, ayırdedici kriteri olarak görülen egemenlik kavramının ortaya çıkışı²², devletin ve özellikle merkezi otoritenin ortaya çıkışıyla yakından ilgilidir. Feodal düzenin çöküşüyle birlikte ortaya çıkan ulus-devlet, içerde ekonomik gelişmenin hukuki ve maddi alt yapısını hazırlayıp, çerçevesini çizerken, aynı zamanda bu gelişmeyi yayılmacı (sömürgeci) bir kimlikle dışarı da taşıymaktaydı. Buna göre, ulus-devletin işlevi, doğmakta olan kapitalist sınıfın çıkarları doğrultusunda tanımlanmaktaydı.

²⁰Federalizm uzmanı Daniel Elazar, modern ve erken post-modern dönemde temel siyasi örgütlenme biçiminin ulus-devlet olduğunu belirtmektedir. Ancak günümüzde, yani post-modern dönemde, federalizm siyasi örgütlenme biçimi olarak ağırlık kazanmaktadır. Ulus-devletler yerini federal yapılara bırakmaktadır. Hatta yazara göre, 20.yy. federalizm çağıdır. Daniel Elazar, *Federal Systems of the World-A Handbook of Federal, Confederal and Autonomy Arrangements* (Exeter, 1991: Longman Current Affairs), s.ix-xxiii.

²¹Münci Kapani, "Klasik Egemenlik Kavramı Günümüzde Geçerli midir?" sorusuna yanıt ararken, üç önemli tespit yapmaktadır. İlk olarak mutlak ve sınırsız bir iktidar olarak anlaşılan egemenlik, zamanımızın hukuk devleti anlayışıyla bağdaşmaz. İkinci olarak, federal devlet gerçeği karşısında, egemenliğin tek, bölünmez ve en üstün olma niteliklerini kabul etmek mümkün değildir. Üçüncü olarak, klasik egemenlik kavramı kuvvetler ayrılığı ilkesiyle bağdaşmazlık ve çelişki içindedir. Bu yüzden yazara göre; "...Bir zamanlar devletin dışarıda kendisine karşı üstünlük iddiasında olan güçler (Papalık ve İmparatorluk) karşısında bağımsızlığını, içerde de kendisiyle rekabet iddiasında bulunan feodal kuruluşlar karşısında kesin üstünlüğünü belirtmek amacıyla ortaya atılmış olan bu kavramın bugün için olsa olsa ancak tarihsel bir değeri olabilir. Zamanımızdaki sosyo-politik gerçeklere uymayan, onlara tamamen ters düşen egemenlik, açıkça söylemek gerekir ki artık çağdaş bir kavramdır." Kapani, *Politika Bilimi*, s.61.

²²Egemenlik kavramının tarihi ve felsefi temelleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; F.H.Hinsley, *Sovereignty* (London, 1966: C.A.Watts & Co.Ltd.), s.27-157.

Ancak egemen ulus-devletin ekonomik işlevleri yanında birbirine zıt ekonomik çıkarlar arasındaki çatışmaları çözmek ve cari düzenin istikrarı için sürecin meşruiyetini sağlamak gibi işlevleri de vardı.

Bu gelişim sürecinde ortaya çıkan milliyetçilik ise, insanları, insan topluluklarını birbirine bağlayan bir bağ, bütünleşmiş toplum için bir harç işlevi gördü.²³

Böylece ulus-devlet içerde birliği, dışarda otonomiye sağladı.

Günümüzde, ulus-devletin bu tarihsel işlevlerini yerine getiremediği söylenmektedir.²⁴

2)GLOBALLEŞME VE ULUS-DEVLET;

Konumuz açısından ulus-devleti aşındıran en önemli etken globalleşmedir.

İkinci Dünya Savaşı sonrasında teknolojik devrimin alt yapısını hazırladığı, uluslararası şirketlerin destekleyip yönlendirdiği ve Soğuk Savaş dönemi askeri dengelerinin pekiştirdiği globalleşme sürecinin devlet üzerinde derin etkileri olmuştur. Genellikle tarihte; toplumlararası-milletlerarası-devletlerarası barışçı ilişkilerde, yolu önce ekonomik ilişkiler açmış, ardından, ekonomik ilişkilerin zorladığı kanallardan kültürel, siyasi ilişkiler kurulmuştur. Globalleşme sürecinde de ekonomik bütünleşmenin ardından kültürel ve siyasi bütünleşme gelmektedir. Günümüzde ekonomik, kültürel ve siyasi ortak mekanlarda ifadesini bulan globalleşme sürecinin etkilerini üç başlık altında inceleyebiliriz; Globalleşme sürecinin, devlet, sivil toplum ve devlet-sivil toplum ilişkileri üzerindeki etkileri.²⁵

²³Fuentes'e göre; "...Milliyetçilik ve millet; Rönesans, sömürgeci yayılma ve din savaşlarından doğan yeni Avrupa devletlerinin bütünlüğe kavuşmaları açısından gerekli olan toprak, siyaset ve kültür birliği gibi fikirlere ideolojik meşruluk ve siyasi haklılık kazandırmak üzere bulunmuş çağdaş terimlerdir. Bu ihtiyaç milliyetçi ideolojiyi doğurmuş, o da milleti yaratmıştır. Ernest Gellner milletlerin milliyetçiliği değil, milliyetçiliğin milletleri oluşturduğunu söyler. Milliyetçilik var olan kültürleri almış ve bunları *milletler*'e dönüştürmüştür. Kültür, milletten önce gelir ve klan, kabile, aile, toplum, saltanat gibi birbirinden farklı birçok biçimde örgütlenebilir."Carlos Fuentes,"Milletlerin Çözülüşü,"NPQ,c.1,S. 3, s.12.

²⁴"...Yirminci yüzyılın büyük bir bölümünde, hem özerkliğin hem de cemiyetin yerinin egemen ulus-devlet içinde olduğu düşüncesi yaygındı. Kendi kendini idarenin bir aracı olarak ulus-devlet, egemen otonominin başlıca birimiydi. Ancak, bundan da önemlisi ulus-devlet, ulusu, halkı ve ortak kimlik olarak topluluk olma anlayışını otonomiyle birleştirdiği düşünülen politik birlik biçimiydi. Bununla birlikte, Batı'nın her yerinde, egemen ulus-devletin iki tarihsel işlevi artık yerine getiremediğini görüyoruz. Özel mahalli grup kimliklerine bir anlam kazandıramayacak kadar büyük, global ekonomik güçlerle baş edemeyecek kadar küçük olan ulus-devlet artık ne otonominin başlıca birimidir ne de ortak kimliği ifade edebilen bir araç." Michael Sandel, "Ulus Sonrası Demokrasi Elektronik Bonapartizme Karşı," NPQ, c.1, S. 4, s.6-7.

²⁵Joseph Camillieri, "Rethinking Sovereignty in a Shrinking, Fragmented World" isimli makalesinde, globalleşmenin etkilerini incelerken, devlet, sivil toplum ve devlet-sivil toplum ilişkileri açısından konuyu ele almaktadır. Biz de bu konudaki değerlendirmelerimizde aynı şablonu esas

a) *Globalleşmenin devlet üzerindeki etkileri*; Günümüzde hiçbir devlet karar alırken tek başına hareket edememektedir. Ekonomik kararlardan askeri kararlara kadar, karar alma sürecinde, uluslararası arenadaki aktörleri hesaba katmak, hatta kimi zaman onların aldıkları kararlara uymak zorunda kalmaktadır.²⁶ Böylece gün geçtikçe daha sık dokunan uluslararası ilişkiler ağı, devletin iç ve dış çevresi arasındaki keskin sınırı ortadan kaldırmaktadır.

b) *Globalleşmenin sivil toplum üzerindeki etkileri*; Globalleşmenin ideolojisi olarak tanımlanabilecek "modernleşme" (modernity), piyasa kurallarına dayanan evrensel bir ekonomik büyümeyi hedefler. İşte globalleşmenin sivil toplum üzerindeki etkileri bu gidişe karşı duran dinamiklerin ortaya çıkışıyla tanımlanmaktadır.²⁷ Ortak kültürel kimliklere sahip insan topluluklarının modernleşmeye karşı duydukları tepki etnik karakterli ayrımcı hareketlerle ifade edilmekte, artık ulus-devletin içinde tatmin edilemeyen ya da çözümlenemeyen bu uyumsuzluklar, otonomi taleplerinde somutlaşmaktadır²⁸. Doğu'dan Batı'ya, Kuzey'den Güney'e dünyayı kasıp kavuran saldırgan milliyetçilik akımları²⁹, bütünleşmenin karşısında parçalanmaya yol açmaktadır.

İdeolojik alt yapısı modernleşme olan bu siyasi ve ekonomik organizasyon modeline duyulan tepki sadece milliyetçi akımlarda değil sivil toplum mekanında yer alan pek çok örgütlü-örgütsüz harekette de ifadesini bulmaktadır. Çağımızda teknolojik devrimle birlikte değişen üretim tarzının da etkisiyle, gittikçe küçük

alacağız. Joseph Camillieri, "Rethinking Sovereignty in a Shrinking, Fragmented World," in *Contending Sovereignties-Redefining Political Community*, ed.by R.B.J.Walker-Saul H. Mendlovitz, (Colorado, 1990: Lynne Rienner Publishers Inc.), s.13-44.

²⁶Bu konuda bkz.; Aydoğan Özman, "Devletlerin Egemenliği ve Milletlerarası Teşekküller," A.Ü.H.F.D., c.21, s.53-121.

²⁷"...Modernliğin en belirgin özelliği, dinsel ve kabileci geleneklerin ezilip yok edilmesi olmuştur. Modernliğin tarihi hedefi, taasuba eğilimli olmasının yanı sıra ekonomik büyümeye de ayak bağı olan bölgeciliğin erdemlerinin yerine aklın evrenselliğini yerleştirmektir. Liberal demokrasinin ve global pazarların temelini oluşturan evrensellik şimdi yeni bir bölgecilik dalgasının saldırısıyla karşı karşıya." Nathan Gardels, "Ulus Devlet Sonrasında Demokrasi," NPQ, c.1, S. 4, s.4.

²⁸Bu durumda özellikle tartışmalı bir hak olan "kendi kaderini tayin hakkı (self-determination)" ve egemenlik arasındaki ilişki önem kazanmaktadır. Bu konuda bkz.; Ruth Lapidoth, "Sovereignty in Transition," J.I.A., Vol.45, Winter 1992, No.2, s.325-346.

²⁹Bu akımların saldırgan bir kimliğe sahip olmalarının nedenini Isaiah Berlin şöyle açıklıyor: "...Milliyetçilik, en azından Batı'da, baskının açtığı yaralardan ortaya çıkmıştır. Doğu Avrupa ve eski Sovyet imparatorluğuna gelince, bugün bunlar büyük bir açık yaraya benziyor. Özgürlüğe kavuşan uluslarla onların önderleri, yıllar yılı süren baskı ve aşağılamalardan sonra, ulusal onur patlamasıyla birlikte şiddetli bir karşı tepki ve kişiliklerini kanıtlama çabalarında saldırganlık gösterebilirler." Isaiah Berlin, "Volksgeist'in Dönüşü," NPQ, c.1, S. 3, s.7.

parçalara ayrılan ve çeşitlenen toplumsal çıkar grupları³⁰ sivil toplum mekanında devlete karşı durmaktadırlar.

Silahlanma karşıtı derneklerden, eşcinsellerin haklarını savunan örgütlere; çevreci hareketlerden, feminist klüplere kadar pek çok (mikro menfaat) devletin karşısında sivil toplumun üstünlüğünü vurgular. Bu hareketlerin pek çoğu uluslararası bir kimliğe sahiptir.³¹ Bugün artık, milletlerarası bir sivil toplumun varlığından söz edilmektedir.³²

Bunun dışında, belli bir zaman diliminde, sivil toplum mekanında gerçekleşen aktif ya da pasif protestolar da devlet karşısında sivil toplumu güçlendirmektedir.

c) *Globalleşmenin sivil toplum-devlet ilişkileri üzerindeki etkisi*; Üretimin uluslararası kimliği ve ekonomik bütünleşme sonucu ortaya çıkan, global pastadan, her devlet ve devletin içindeki her sektör farklı pay almaktadır. Bu da devletin içindeki eşitsizlikleri, eşitsizliklere dayalı çatışmaları tahrik etmekte, yani milletlerarası bütünleşme, milli çözülmeye neden olabilmektedir. Ayrıca üretimin ve dolaşımın karmaşık bir hale gelmesi ve milli ve milletlerarası pek çok aktörün katılımıyla gerçekleşmesi sonucu, devlet artık, tek bir milli iradeyi, ortak menfaati değil; aynı zamanda, farklı menfaatleri ve hatta bunlar arasında dış aktörlerin menfaatlerini de temsil etmekte ya da birbirleriyle dengelemektedir (Örneğin herhangi bir devletin savunma bütçesinde, yabancı hükümetlerin, yabancı orduların, gizli haber alma örgütlerinin, milli-üstü şirketlerin, milletlerarası finans kurumlarının, deniz aşırı para piyasalarının ve diğer milletlerarası şebekelerin yaptığı baskıların yansımaları hissedilebilir).

³⁰Bu konuda Alvin ve Heidi Toffler şunları yazıyor: "...Postmodern üretim, toptan üretimin kendisini tarihi bir hata haline getiriyor. Yeni, bilgiye dayalı teknolojiler, çeşitlilik maliyetini düşürerek ısmarlama ürünler ve hizmetler üretiyor. Hepsi benzer görevleri yerine getiren işçi kitlelerinin yerini küçük ve uzmanlaşmış çalışma grupları aldı. Kitle piyasaları bölük pörçük binlerce mikro piyasaya bölünüyor. İletişim kanalları çoğalarak sistemden akan mesajları çeşitlendiriyor. Sistem daha yüksek bir farklılaşmaya doğru ilerlerken, teknolojiler, beceriler, aile yapıları, sanat biçimleri ve değer sistemleri bütün bütüne çeşitleniyor." Alvin ve Heidi Toffler, "21. Yüzyıl Demokrasisi: Zamanı Gelen Bir Görüş," *NPQ*, c.1, S. 4, s.18.

³¹Bu konuda somut bir örnek olarak "Great Peace Journey (Büyük Barış Yolculuğu)" hareketi için bkz.; Richard Falk, "Evasions of Sovereignty" in *Contending Sovereignties-Redefining Political Community*, ed.by R.B.J.Walker-Saul H. Mendlovitz, (Colorado, 1990: Lynne Rienner Publishers Inc.), s.71-72.

³²"...*"Ulus-devlet"lerin "kapalı toplum" anlayışından, halkların "açık toplum"u anlayışına geçiş, sivil-toplum mekanını değiştirmiştir. Bugün, milli-üstü yada milletlerarası bir sivil-toplumun varlığından söz edilmektedir.*" Bakır Çağlar, "Avrupa Yeni Mekanında Kurumsallaşma: Hukuk ve Demokrasi," Anayasa Mahkemesi'nin 30. kuruluş yıldönümü nedeniyle düzenlenen Uluslararası Sempozyumda sunulmak üzere hazırlanan tebliğ, Çoğaltma, s.16.

3)SONUÇ;

Sonuçta;

-Yukarıdan-aşağıdan, içerden-dışardan aşınan devlet bir egemenlik krizi yaşamaktadır.

-Egemen ulus-devlet, artık eskisi kadar egemen değildir. Kararlarında eskisi kadar özgür değildir.

-Ulus-devlet günümüzde hala genel-geçer örgütlenme biçimidir ama büyük ivmeyle globalleşen dünyamızda, yeniden tanımlanan egemenlik kavramı doğrultusunda, kendini yenilemesi gerektiği de bir gerçektir.³³

C)MİLLETLERARASI HUKUK

Günümüzde farklı tanımlanan kavramlardan üçüncü olarak milletlerarası hukuku ele alacağız.

Klasik anlamıyla devletler arasındaki ilişkileri düzenleyen kurallar bütünü olarak anlaşılan ya da milletlerarası toplumu bireylerden oluşan insanlığın tümü olarak kabul edip, çeşitli siyasal toplumlara bağlı bireylerin tek ya da topluca giriştikleri ilişkileri milletlerarası düzeyde düzenleyen kurallar bütünü olarak düşünülen milletlerarası hukuk³⁴, hem süjeleri, hem düzenlediği alanlar açısından önemli değişikliklere uğramıştır.

Bugün "Yeni bir Milletlerarası Hukuk" tan söz edilmektedir.³⁵

³³Ulus-devletin yaşadığı bu kriz yeni demokratik model arayışlarını da gündeme getirmektedir. Gianni de Michelis bu konuda şunları yazıyor; "...Yeni demokrasi sistemi neye benzeyebilir? Politik kitle partileri yerine, bütün vatandaşların katıldığı günlük, elektronik bir referandum mu olacak? Bütün partiler, çok özel çıkarları temsil eden küçük, hücre grupları mı olacaklar? Örneğin, çocuk bakımı partilerinden kürtaj karşıtı partilere, buradan da organik tanım partilerine kadar gidecek mi bu iş? Hükümeti gereğinden fazla etkileyen özel çıkar lobicileri, demokrasinin resmi kurallarının dışında iş görmek yerine, herkes gibi aynı kurallar dahilinde rekabet edebilmeleri için sisteme sokulacaklar mı? Entegrasyonun en üst düzeyindeki otoriteyi güçlendiren, öte yandan daha alt düzeydeki diğer tüm katılımcıları da ihmal etmeyen açık, toplumsal bir anlaşma mı gerçekleşecek? Ulus devletin kapalı sistemi yerine global entegrasyonun açık sisteminde yer alacak demokrasi neye benzeyecek? Bölgesel örgütler, yeni global yapının birbirinden sorumlu duvar taşları mı olacaklar? Hem GATT hem NAFTA'ya, hem BM'ye hem de CSCE'ye aynı anda gereksinim mi duyacağız? ASEAN ülkeleri bir CSCA ve Akdeniz ve Orta Doğu bölgesi bir CSCM mi geliştirecekler? Bütün bu sorular içinde bulunduğumuz on yıl içinde, Soğuk Savaş'ın sonu ile gelecek yüzyılın başı arasında yanıtlanacak." Gianni de Michelis, "Newton'cu Demokrasinin Ötesine Doğru," NPQ, c.1, S. 4, s.13.

³⁴Milletlerarası hukukun bu tanımları için bkz.; Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri-I.Kitap* (Ankara, 1989-İkinci Basım; Turhan Kitabevi), s.1-4.

³⁵Bu konuda bkz.; Werner Levi, *Contemporary International Law-A Concise Introduction* (Boulder, 1991-Second Edition: Westview Press), s.323-328.

1)YENİ MİLLETLERARASI HUKUK;

İnsanlığın yaşadığı büyük değişim/ilerleme süreci ve yeniden tanımlanan devlet ve egemenlik kavramları milletlerarası hukuku da etkilemiştir. Çünkü; "...hukuk uygulandığı toplumun şartlarını ve kültürel geleneklerini yansıtır. Toplum, kendine özgü, sosyal, ekonomik ve siyasal değerler geliştirir ve bu, söz konusu ortamdaki yaşamı düzenleyen hukuki yapıya damgasını vurur. Aynı şekilde, milletlerarası hukuk ta içinde bulunduğu ortamın bir ürünüdür. Milletlerarası hukuk, milletlerarası ilişkilerde geçerli olan hakim anlayışa uygun olarak geliştirilmiştir ve yaşamak için çağın gerçekleriyle uyum içinde olması gerekir."³⁶

Bu bağlamda günümüzde uygulanan milletlerarası hukuk, klasik milletlerarası hukuktan iki noktada ayrılmaktadır.

a)*Günümüzde Uygulanan Milletlerarası Hukukun Süjeleri*; Milletlerarası toplumda temel süje hala devletlerdir. Bu açıdan milletlerarası hukuk iki kez kapsamlı yatay bir genişleme yaşamıştır. İlk olarak İkinci Dünya Savaşını izleyen yıllarda eski sömürgelerin tasfiyesiyle kurulan yeni devletler, milletlerarası arenadaki aktörlerin sayısında artışa neden olmuşlardır. İkinci olarak, yakın zamanda, Soğuk Savaşın sona ermesinin ardından, dağılan Sosyalist Blokun küllerinden doğan mini-devletler aynı şekilde bir genişlemeye yol açmışlardır. Bu yeni devletlerin bir kısmı milletlerarası camiaya kabul edilmiştir. Bir kısmı ise hala kendilerini kabul ettirme çabası içindedirler.

Milletlerarası camiaya katılan yeni devletler, hem kendi aralarında, hem de eski devletlerle ekonomik, siyasi, kültürel ilişkiler kurmaktadır. İşte artan bu ilişkileri düzenlemek için yeni kurallara ihtiyaç vardır. Bu bağlamda eskiden milletlerarası hukuku sınıf esasına göre değerlendiren Sosyalist Blok üyeleri de, bugün Batılı anlamda bir milletlerarası hukuku kabul etmektedirler.

Milletlerarası hukukun bir başka süjesi milletlerarası kuruluşlardır. Hergün yeni üyeler kazanan bu milletlerarası kuruluşların bir kısmı, *farklı* tarihi, dini ve kültürel değerlere sahip çok sayıdaki devleti aynı çatı altında toplayan milletlerarası kuruluşlardır. Bir kısmı ise, *ortak* tarihi, dini ve kültürel değerlere sahip komşu devletleri bir araya getiren bölgesel nitelikli milletlerarası kuruluşlardır. Bu kuruluşlardan bölgesel nitelikli olanların daha etkin mekanizmalar kurarak başarılı oldukları söylenebilir. Örneğin, insan haklarının milletlerarası alanda korunmasında,

³⁶Malcolm N.Shaw,*International Law* (Cambridge, 1986-Second Edition:Grotius Publications Limited), s.39.

Avrupa Parlamentosu nezdinde kurulan mekanizma, Birleşmiş Milletler nezdinde kurulan mekanizmadan daha etkili bir koruma sağlamaktadır.³⁷

Ancak şunu da göz ardı etmemek gerekir; bölgesel milletlerarası kuruluşlar da üye devletlerin egemenlik haklarından büyük ölçüde vaz geçmelerini gerektiren konularda başarısızlığa uğramaktadırlar. Örneğin, Avrupa'da sıkı bir ekonomik işbirliği, etkin bir insan hakları koruma mekanizması gerçekleştirebildiği halde, siyasi bütünleşme konusunda sancılı bir süreç yaşanmaktadır.

Milletlerarası hukukun diğer bir süjesi bireylerdir. Klasik milletlerarası hukukun süje olarak kabul etmediği bireyler, özellikle insan haklarının milletlerarası alanda korunmasıyla birlikte yeni milletlerarası hukukun süjelerinden biri olmuştur. Artık devlet ve birey milletlerarası mahkemelerde, davalı ya da davacı olabilmektedir.

b) *Günümüzde Uygulanan Milletlerarası Hukukun Düzenlediği Alanlar*; Günümüzde milletlerarası hukukun düzenlediği alanlar çeşitlenmiş ve çoğalmıştır. Uzun araştırmalarından, okyanus dibindeki kaynakların işletilmesine, milletlerarası finans akımının düzenlenmesinden, insan haklarının korunmasına kadar pek çok konu milletlerarası hukuk tarafından düzenlenmektedir.

İkinci Dünya Savaşı sonrasında, milletlerarası hukukun süjeleri ve düzenlediği alanlar açısından yaşadığı değişim bir devrim olarak görülürken³⁸ bugün bu değişim, yeni milletlerarası hukukun içeriğini belirlemektedir.

2) SONUÇ;

Sonuçta;

-Milletlerarası hukuk, bugün, sayıları artan ve ekonomik, siyasi, kültürel açıdan birbirine bağımlı devletler arasındaki ilişkileri düzenlemektedir.

-Artık milletlerarası hukukun tek süjesi devletler değildir. Milletlerarası kuruluşlar ve hatta bireyler de milletlerarası hukukun süjesidir.

³⁷Münci Kapani, Birleşmiş Milletler nezdinde kurulan koruma mekanizmasının başarılı olamamasını iki neden bağlamaktadır; Bu nedenlerden ilki; "...hazırlık çalışmalarına katılan devletler arasında siyasal, sosyal, ekonomik ve kültürel alanlarda mevcut ayrılıklardır. Birbirinden çok farklı sosyal yapılara, siyasal sistemlere, ideolojilere, kültürel değerlere ve gelişme düzeylerine sahip olan devletlerin uluslararası bir kontrol mekanizması üzerinde -hatta korunması gereken ortak bir haklar listesi üzerinde- anlaşmaları kolay olmamıştır." İkincisi ise; "...devletlerin egemenlik hakları konusunda gösterdikleri ıtlizliktir. Birleşmiş Milletler üyesi ülkelerin birçoğu, gerçekten etkili ve bağlayıcı bir denetim sistemini devletlerin egemenliklerini kısıtlayıcı nitelikte görmüşler ve bunun <<ülkelerin iç işlerine müdahale>> sayılabileceği görüşünü ileri sürmüşlerdir." Münci Kapani, *İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları* (Ankara, 1991-İkinci Basım: Bilgi Yayınevi), s.36-37.

³⁸Bu konuda, W.Friedmann'ın, 1964 yılında kaleme aldığı "The Changing Structure of International Law" isimli kitabındaki görüşleri için bkz.; Henkin-Pugh-Schachter-Smit, *International Law-Cases and Materials* (St.Paul, Minn., 1987-Second Edition: West Publishing Co.), s.32-33.

D)İNSAN HAKLARI

Günümüzde farklı tanımlanan kavramlardan son olarak insan haklarını ele alacağız.

Klasik anlamıyla, Tanrı iradesi, İlahi Hukuk gibi metafizik temellere dayandırılan ya da bir devletin Anayasa ve kanunlarında tanınan haklarla sınırlı olarak düşünülen insan hakları, bugün farklı bir boyut kazanmıştır.

Uzun ve zorlu mücadeleler sonunda kazanılan bu haklar, bugün tüm insanlığın ortak değerlerini ifade etmektedir.

1)GEÇMİŞTEKİ İNSAN HAKLARI KAVRAMI İLE GÜNÜMÜZDEKİ İNSAN HAKLARI KAVRAMININ KARŞILAŞTIRILMASI;

Günümüzdeki insan hakları kavramını geçmişteki, özellikle 18.yy.'daki insan hakları kavramından ayırdeden üç önemli farklılıktan söz edilmektedir.³⁹ Bugün insan hakları daha çok eşitlikçi (Egalitarianism), daha az bireyci (Reduced Individualism) bir kimliğe sahiptir. Bunlara ek olarak insan hakları milletlerarası bir boyut kazanmıştır (International Rights).

Daha çok eşitlikçidir, çünkü artık insan hakları belgelerinde, *sosyal ve ekonomik eşitlik te kanun önünde eşitlik* kadar önemli bir yer tutmaktadır.

Daha az bireycidir, çünkü artık *izole birey* anlayışından *ailenin ya da toplumun üyesi birey* anlayışına geçilmiştir.

Fikrimizce, bu iki farklılıktan daha önemlisi, insan haklarının milletlerarası bir boyut kazanmasıdır. Artık insan hakları sadece bir iç hukuk sorunu değildir. Milletlerarası koruma mekanizmalarıyla birey, devlet karşısında daha güçlü bir hale gelmektedir. İç hukuk mekanizmalarının bireyin haklarını korumaya yetmediği durumlarda milletlerarası mekanizmalar devreye girmekte ve milletlerarası mahkemelerde devlet mahkum edilebilmektedir. Bu bağlamda, milletlerarası insan hakları hukukunun, milli menfaatlere hizmet eden milletlerarası hukuktan daha farklı motivasyonları ve itici güçleri vardır.⁴⁰ İnsanlığın mutluluğu ve refahı esastır.

³⁹Bu konuda bkz.; James Nickel, **Making Sense of Human Rights** (California, 1987: University of California Press), s.6-12.

⁴⁰Bu konuda bkz.; Louis Henkin, **The Rights of Man Today** (Colorado, 1978: Westview Press), s.94-95.

2)SONUÇ;

Sonuçta;

-Günümüzde insan hakları sadece bir iç hukuk sorunu değildir.

-Devletler her ne kadar egemenlik hakları konusunda kıskançlık gösterebilirler de insan hakları konusunda milletlerarası ortak mekanlarda geliştirilen standartlara sırt çevirememektedirler.

E)MİLLETLERARASI ANAYASA HUKUKUNUN İLK VERİLERİ

Buraya kadar yaptığımız değerlendirmelerle devlet, egemenlik, milletlerarası hukuk, insan hakları kavramlarının farklılaşan kimlikleri hakkında önemli sonuçlar elde etmiş bulunuyoruz. Buna göre;

Günümüzde (zaman zaman aksi söz konusu olsa da), savaş makinası olarak değil, insanlara daha iyi bir yaşam vermek için çalışan bir siyasi örgütlenme biçimi olarak tanımlanan ve Soğuk Savaş sonrasında bu işlevi yerine getirmek için geçmişe göre daha fazla olanak ve kaynağa sahip olan devlet, bu konuda üzerine düşeni yapmadığında, karşısında milletlerarası insan hakları koruma mekanizmalarından güç alan bireyi bulmaktadır. Devlet, siyasi, sosyal, ekonomik konularda eskisi gibi tek başına karar alamamakta ve birey yararına kurulan milletlerarası baskıya fazla direnememektedir.

Eskiden milli olan pek çok alan bugün milletlerarası bir kimlik kazanmıştır.

Siyasi, sosyal, ekonomik boyutları olan bu sürecin hukuki boyutunda Milletlerarası Anayasa Hukuku vardır.

Klasik milletlerarası hukuk "iki ayrı mekan teorisi" üzerine kuruludur; milli mekan ve milletlerarası mekan. "İki mekan teorisinin bittiği yerde kurulan hukuk da "Milletlerarası Anayasa Hukuku"dur."⁴¹

Milletlerarası ortak mekanlarda geliştirilen hukuki standartlar, siyasi, sosyal, ekonomik boyutlarıyla bir arada yaşayan devletler arasındaki ilişkilerin çerçevesini çizer. Devletlere kendini kabul ettiren, giderek devletlerin iç hukuklarını değiştiren bu standartların temelinde insan hakları vardır ve nihai tüketicisi bireydir.

Buna göre, Milletlerarası Anayasa Hukuku kavramını açıklamak için, şu soruların cevabını vermemiz gerekir⁴²;

⁴¹Bakır Çağlar, "Milletlerarası Anayasa Hukuku Kurulurken Anayasa Yazmak," Mülkiyeliler Birliği İstanbul Şubesi'nin, 13-18 Mayıs 1991 tarihinde İstanbul'da düzenlediği "Anayasa Forumu"na sunulmak üzere hazırlanan tebliğ, Çoğaltma, s.6.

-Klasik milletlerarası hukuk doktrinde milletlerarası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkiler nasıl ele alınmaktadır? Günümüzde devletler, milletlerarası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkiler açısından hangi sistemi tercih etmektedirler? (İkinci Bölüm)

-Milletlerarası ortak mekanlarda yer alan devletler bu mekanlarda geliştirilen hukuki standartları iç hukuklarına nasıl aktarmaktadırlar? Bu milletlerarası ortak mekanlar nasıl kurulmakta, bu mekanlarda hukuki standartlar nasıl geliştirilmekte, devletlerin iç hukukları söz konusu hukuki standartlar tarafından nasıl değiştirilmekte ve sonuçta, bu standartlar bireye nasıl ulaştırılmaktadır? (Üçüncü Bölüm)



⁴²Bakır Çağlar, kurulmakta olan "Milletlerarası Anayasa Hukuku"nu kavramada, şematik te olsa, ikili bir ayrıma gitmek gerekeceğini belirtmektedir; "Prosedürel Milletlerarası Anayasa Hukuku" ve "Materiel Milletlerarası Anayasa Hukuku". Çağlar, "Prosedürel Milletlerarası Anayasa Hukuku"nın iki problemi üzerinde durmaktadır; İlk problem, Anayasalarda "Milletlerarası normu kabul yapılan"dır. İkinci problem ise, iç hukukta uygulanabilir "Hukuk Kaynakları" problemidir. "Materiel Milletlerarası Anayasa Hukuku" ise, önce bir "Toplum modeli" ve bu modele bağlı "İktidarlar" anlayışını kuran normlar bütünüdür. Bakır Çağlar, "Hukukla Kavranan Demokrasi ya da Anayasal Demokrasi," Anayasa Mahkemesi'nin 31.Kuruluş Yıldönümü nedeniyle düzenlenen Anayasa Yargısı konulu Sempozyuma sunulan tebliğ, Çoğaltma, s.24-25.

İKİNCİ BÖLÜM MİLLETLERARASI HUKUK İLE İÇ HUKUK ARASINDAKİ İLİŞKİLER

A)DOKTRİN

Klasik milletlerarası hukuk doktrinde, milletlerarası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkileri açıklamak için iki temel model geliştirilmiştir; Düalist model ve Monist model.⁴³

İradeci kuramı benimseyen yazarların⁴⁴ kurduğu Düalist modele göre, milletlerarası hukuk ile iç hukuk iki ayrı hukuk düzenidir. Ne biri diğerrinin üstünde/altında yer alır, ne de aralarında bir uyumsuzluk söz konusu olur.

Objektivist kuramı benimseyen yazarların⁴⁵ kurduğu Monist modele göre ise, milletlerarası hukuk ile iç hukuk, milletlerarası hukukun ya da iç hukukun üstün olduğu tek bir hukuk düzeni içinde yer alırlarlar.

1)İRADECİ YAZARLAR VE DÜALİST MODEL;

18.yy. ortalarına kadar doktrinde sınırlı bir egemenlik anlayışı hakimken, Vattel ve Hegel gibi yazarların etkisiyle, özellikle Fransız İhtilali sonrasında, mutlak bir egemenlik anlayışı savunulmaya başlanmıştır.⁴⁶

⁴³Bu konuda genel olarak bkz.; Ömer İlhan Akipek, **Devletler Hukuku-I.Kitap** (Ankara, 1963: İstiklal Matbaası), s.21-32. Dionisio Anzilotti, **Devletler Hukuku-I.Cilt**, Çeviren: Sahir Erman (İstanbul, 1946: İ.Ü. Yayınları), s.40-51. Cemil Bilsel, **Devletler Hukuku-Giriş** (İstanbul, 1940-İkinci Baskı: İ.Ü. Yayınları), s.69-79. Charles Crozat, **Devletler Umumi Hukuku-Cilt I**, Çeviren: Edip Çelik (İstanbul, 1950: İ.Ü. Yayınları), s.74-92. Edip Çelik, **Milletlerarası Hukuk-I.Kitap** (İstanbul, 1987-İkinci Baskı: Filiz Kitabevi), s.40-52. Hamza Eroğlu, **Devletler Umumi Hukuku** (Ankara, 1991-Üçüncü Baskı: Adım Yayıncılık), s.18-23. İlhan Lütem, **Devletler Hukuku Dersleri-I.Kitap** (Ankara, 1959-İkinci Baskı: Balkanoğlu Matbaacılık Ltd.Şti.), s.17-22. Seha Meray, **Devletler Hukukuna Giriş-I.Cilt** (Ankara, 1960-İkinci Baskı: A.Ü.S.B.F. Yayınları), s.101-109. Pazarcı, a.g.e., s.17-33. J.G.Starke, **Introduction to International Law** (London, 1984-Ninth Edition: Butterworths), s. 68-88. J.G.Starke, **Studies in International Law** (London, 1965: Butterworths), s.1-19. Sevin Toluner, **Milletlerarası Hukuk ile İç Hukuk Arasındaki İlişkiler** (İstanbul, 1973: İ.Ü. Yayınları). 13-48. H.Triepel, "İç Hukukla Arşulusal Hukuk Arasındaki Münasebetler," Çeviren:Orhan Arsal, **İ.Ü.H.F.M.**, c.3, Yıl 3, 1937, s.6-50.

⁴⁴İradeci yazarlar devletin iradesini esas alır. İster devletin bireysel iradesine (Auto-limitation, Jellinek), ister devletlerin bileşik iradesine (Vereinbarung, Triepel), isterse karşılıklı iradelerine (Anlaşma, Anzilotti) dayansın, milletlerarası hukukun bağlayıcılığı, devletlerin iradelerinin bu yönde oluşmasına bağlıdır. Bu konuda bkz.; Çelik, a.g.e., s.12-19.

⁴⁵Objektivist yazarlar, milletlerarası hukukun bağlayıcılığını irade dışında arar. Bu kuramı geliştiren yazarlar, irade dışında objektif birtakım kavramlarla, örneğin Normlar Hiyerarşisi (Kelsen), Sosyal Dayanışma (Scelle) gibi kavramlarla milletlerarası hukukun bağlayıcılığını açıklamaya çalışır. Bu konuda bkz.; Çelik, a.g.e., s.19-29.

Bu bağlamda, devletin sınırsız egemenliğini savunan ve dolayısıyla milletlerarası hukuku kabul etmeyen Hegel'in görüşleri⁴⁷ milletlerarası hukuk doktrinini, derinden etkilemiştir. Hegel'in görüşlerinden etkilenen yazarlardan biri Jellinek'tir.⁴⁸ Hukukun tek ve üstün kaynağının devlet olduğunu ve devletin yarattığı hukuka ancak kendi istek ve iradesiyle bağlanacağını savunan Jellinek, geliştirdiği Auto-limitation kuramı ile diğer iradeci yazarlar gibi, devleti, egemenlik kavramından vazgeçmeden bir ölçüde milletlerarası hukuka tabi kılmayı amaçlamaktadır.

İradeci kuramın diğer iki önemli temsilcisi Triepel ve Anzillotti de Jellinek gibi iradeye dayanan kuramlar geliştirmişler ve Düalist bir model inşa etmişlerdir.

Düalist bir model kuran en önemli yazarlardan biri; Triepel'e göre, milletlerarası hukuk ile iç hukuk tamamiyle birbirinden ayrı sistemlerdir ve bunun iki önemli nedeni vardır.

İlk neden, milletlerarası hukuk ile iç hukukun düzenlediği ilişkilerin farklı olmasıdır. "...her devlet kendisine tabi olarak saydığı sükeler arasındaki münasebetleri kendi hukuk sistemiyle tanzim eder. Bu sükeler ilk derecede, ister ulusdaşlar olsun,

⁴⁶Lütem bu konuda şunları yazmaktadır; "Egemenliğin mutlak olduğu hakkındaki nazariye nispeten yenidir. Fransız İhtilaline gelinceye kadar egemenlik üzerinde fikir yürütmüş olanların hiçbirisi egemenliği devletlerarası hukuku ortadan kaldıracak şekilde mütalaa etmemişlerdir...Bodin, Grotius, Puffendorff, Wolff, Leibnitz, Zouch gibi müelliflerin hiçbirinin devletler hukukunu inkar etmediklerini biliyoruz. Bütün bu müellifler için egemenlik devletlerarası hukuka dayanan bir yetkidir." İlhan Lütem, **Egemenlik Kavramı ve Devletlerarası Hukuk** (Ankara, 1947: Sakarya Basımevi), s.24.

⁴⁷Hegel, herşeye üstün kıldığı Devletin sınırsız egemenliğini, onun diğer Devletlerle olan ilişkileri açısından da nazara almış ve bu hususta milletlerarası hukuku kabul etmeyen bir görüş ileri sürmüştür. Ona göre, milletlerarası hukuk diye birşey yoktur. Çünkü, Devletler tarafından uygun hareket olunması ve uygulanması mümkün hukuk kurallarını formüle edecek Devletlere üstün bir gücün bulunduğu söylenemez. Devletlerin, aralarında bazı anlaşmalar yapabilmeleri, karşılıklı taahhüt altına girebilmeleri ve bunların Devletler arasında bazı ilişkileri düzenleyebilmeleri mümkündür. Fakat, bu anlaşmalar, taahhütler dışında Devletler tarafından uyulması gereken milletlerarası hukuk diye birşey yoktur. Çünkü, böyle bir hukukun , Devletlerin sınırsız egemenlikleri ile uzlaşabilmesi imkansızdır. Hatta devletler arasında yapılan bu anlaşmaların, taahhütlerin, Devletlerin egemenliği ve yararları ile çatışmaları halinde, Devletler tarafından bunlara uyulma zorunluluğu diye birşey ileri sürülemez. İşte bunun için Hegel, Devletler arasındaki anlaşmaların, taahhütlerin geçici karakteri üzerinde özellikle durmuştur. Daima Devletin yararının tehlikeye düşürülmüş veya zarara sokulmuş olması hali önemli bulunduğu göre, Devletin yararı amacıyla imzalanmış olan andlaşmalara, Devlet için ancak bu yarar gerektirdiği süre uygun hareket söz konusu olabilir. Bu yarar ortadan kalktığı andan itibaren, Devlet için imzaladığı andlaşmalara uygunluk ortadan kalkmaktadır. Devletin içte olduğu gibi dışa karşı da tam bağımsızlığa, tam serbestiye sahip olması gerekir. Bu andlaşmalara Devletin uymamasından doğacak anlaşmazlıkların çözümü için tek çare vardır ve o da savaştır. Savaştan hiçbir zaman korkmamak gerekir; çünkü, savaş, iyi ve kutsal bir şeydir." Recai G. Okandan, **Umumi Amme Hukuku** (İstanbul, 1976: İ.Ü. Yayınları), s.635-636.

⁴⁸Jellinek'e göre; "Milletlerarası hukuk kuralları devletin varlığı ile çatıştığında bir kenara itilebilir; devlet milletlerarası hukuk için değil, milletlerarası hukuk devlet içindir. Böylece Jellinek, Jhering'den alıp hukukileştirdiği auto-limitation nazariyesine rağmen, bu deyişle asıl önemli olan noktada, Jhering'e dönmüş, devleti ve savaşı ilahileştiren Hegel'e ihanet etmemiştir." Toluner, a.g.e., s.19.

ister yabancılar olsun, yalnız ülkesi üzerinde bulunmaları sebebiyle devletin hakimiyetine tabi olan fertlerdir... Uluslararası genel hukuk devletler arasında ve yalnız tamamen müsavî devletler arasında münasebetleri tanzim eder."⁴⁹

İkinci neden ise, iki hukuk sisteminin kaynaklarının farklı olmasıdır. "...İç türede ilk derecede hukukun kaynağı bizzat devletin iradesidir. Aynı şekilde, devletler arasındaki münasebetler muhitinde hukukun kaynağı devletlerden gelen bir iradeden başkası olamaz. Fakat bedihidir ki, bir devletler çokluğu için mecburi olması lazımgelen bu irade yalnız bir devlete ait bulunamaz. Ne bir devletin yalnız başına kanununun, ne de birkaç devletin birbirlerine uygun kanunlarının arsiulusal topluluğun müsavî üyelerine mecburi hareket tarzı kaideleri yükletmeye salahiyetleri yoktur. Fakat o da, tek başına hiçbir devletin iradesi arsiulusal hukuk ihdas edemezse ancak bir şey tasavvur edilebilir: Bu, tek başına iradelerin ittihaından doğan bir müşterek iradenin bu vazifeyi görmeye ehil olduğudur. Ancak birkaç veya birçok devletlerin bir müşterek iradesi arsiulusal hukukun kaynağı olabilir."⁵⁰

Triepel, bu çerçevede şu sonuçlara varmaktadır; "...Arsiulusal hukukla dahili hukuk yalnız birbirinden ayrı kısımlar, kollar değil, fakat aynı zamanda birbirinden farklı hukuki sistemlerdir de. Bunlar birbirleriyle pek sıkı temasta bulunan fakat hiçbir zaman üst üste gelmeyen iki dairedir. Mademki dahili hukuk ve arsiulusal hukuk aynı münasebetleri tedvir etmiyorlar, o halde bu iki hukuk sisteminin kaynakları arasında bir "rakabet" in olmasına hiçbir zaman imkan olamaz ...bir arsiulusal muahede hiçbir zaman kendiliğinden bir dahili hukuk yaratma vasıtası değildir...Bir iç hukuk kaynağının, kendi kendine, arsiulusal hukuk hasıl etmesine imkan olmadığı kadar bir uluslararası hukuk kaynağının da bir iç hukuk kaidesi yaratması mümkün değildir."⁵¹

Milletlerarası hukuk ile iç hukuk kaynakları arasında bir ayniyet, bir kurallar çatışması söz konusu olamayacağından, "...Bir düzene ait bir kuralın muhtevasının diğesinde geçerli kılınması isteniyorsa, bunun uygulayacak olan düzenin kural koyma usulüne göre yeniden vazedilmesi gerekir. İşte, kişiyi devletin arkasında saklama zorunluluğunun ve bir milletlerarası hukuk kuralının uygulanabilmesi için bunu iç hukuka çeviren bir iç hukuk tasarrufu arkasından koşma çabasının kaynağını, bu görüş teşkil eder."⁵²

⁴⁹Triepel, a.g.m., s.8-9.

⁵⁰Triepel, a.g.m., s.11.

⁵¹Triepel, a.g.m., s.12-13.

⁵²Toluner, a.g.e., s.23.

Düalist bir model kuran bir başka önemli yazar Anzilotti'ye göre ise, milletlerarası hukuk ile iç hukukun iki ayrı hukuk düzeni oluşturmalarının nedeni, bunların bağlayıcılık gücünü farklı Temel Normlardan (iç hukukun, Kanun-koyucunun emirlerine uyulması zorunluluğunu belirten normdan, milletlerarası hukukun ise "pacta sunt servanda" prensibinden) almasıdır.

Anzilotti'ye göre; "...iki Devletin, diplomasi ajanlarına kazai muafiyet tanımak veya bazı suçluları karşılıklı olarak iade etmek hususunda uyuşmaları (beynelmilel kaideler), diplomasi memurlarına karşı kaza hakkını kullanmamak veya muayyen suçluları tevkif ederek yabancı mercilere teslim eylemek hakkında yargıçlara müteveccih emirden (dahili kaideler) tamamiyle başkadırlar; birincileri <<pacta sunt servanda>> prensibi mucibince icbar ederler ve ancak Devletler hukukunca tespit edilen şekiller dairesinde ilga olunabilirler; ikinciler ise kanuncunun emirlerine itaat etmeyi amir bulunan kaide mucibince icbar ederler ve o muayyen nizamın dahili amme hukukunca tespit olunan şekiller dairesinde ilga olunabilirler."⁵³

Anzilotti bu çerçevede şu sonuçlara varmaktadır; "...A) İç hukuk şeklinde ısdar olunan beynelmilel kaideler veya icbar edici mahiyetlerini beynelmilel nizamın temel kaidesinden alan dahili kaideler bulunamazlar; B) Beynelmilel kaideler dahili kaidelerin ve bunlar birincilerin icbar edici kıymetlerine tesir edemezler; C) Devletler hukuku ile dahili hukuk arasında gerçek manasında ihtilaflar meydana gelemez; D) Bununla beraber Devletler hukuku iç hukuka ve bu hukuk ta Devletler hukukuna atıfta bulunabilir."⁵⁴

Böylece, "Hukuk düzenlerinin ikiliğini, iki ayrı Temel Norma dayandırmakla Anzilotti, Triepel'in düştüğü, <<milletlerarası hukuk farklı ilişkileri düzenler çünkü eşit devletler arasındaki ilişkileri düzenler; sadece devletler arasındaki ilişkileri düzenler çünkü farklı ilişkileri düzenler>> şeklinde beliren çıkmazdan gerçi kurtulmuştur. Ancak bu konuda iki ayrı Temel Normun kabul edilişi, yine aynı anlayışın benimsenmiş olmasından ötürüdür. Ona göre de üstünlük-tabiiyet ilişkisi, devlet hukuk düzeninin ayırıcı niteliğini teşkil eder. Devlet hukukunun üstün bir irade tarafından süjelere yüklenen bir emir şeklinde belirmesine mukabil, devletlerarası ilişkilerde hukuk kuralı, eşit varlıklar arasında sadece bir anlaşma (taahhüt) niteliğini taşır."⁵⁵

Düalist model çerçevesinde varılan sonuçları şöyle özetleyebiliriz; "Milletlerarası hukuk kuralları iç hukuk kurallarını ve iç hukuk kuralları milletlerarası

⁵³Anzilotti, a.g.e., s.43.

⁵⁴Anzilotti, a.g.e., s.42.

⁵⁵Toluner, a.g.e., s.24.

hukuk kurallarını, doğrudan doğruya değiştiremez ve kaldıramaz. İlişkilerini düzenledikleri kişileri ve kaynakları değişik bulunan bu iki düzen birbirinden ayrıdır; sıkı bir temas halindedir; fakat hiçbir zaman birbirine karışmaz. İç hukukla bağlı ve bu hukuku uygulamak durumunda bulunan Devlet organlarının işlemleri, aynı zamanda hem Milletlerarası Hukuka, hem ulusal hukuka uygun olabilir; iç hukuka uygun fakat Milletlerarası Hukuka aykırı bulunabilir (milletlerarası hukuk düzeninde devletin sorumluluğu ortaya çıkar); Milletlerarası Hukuka uygun fakat iç hukuka aykırı düşebilir (iç hukuk bakımından sorumluluk söz konusu olabilir). Bu iki hukuk düzeni birbirinden ayrı ve farklı bulundukları için ikisi arasında uyumsuzluk söz konusu olamaz. Ulusal mahkemeler iç hukuku uygular; milletlerarası bir kuralı uygulaması bu kuralın iç hukuk kuralı niteliğini almış olmasına bağlıdır."⁵⁶

2)OBJEKTİVİST YAZARLAR VE MONİST MODEL;

Devlet egemenliğini sınırlamakta yetersiz kalan İradeci kuramların karşısında, devlet egemenliğine daha kesin sınırlar çizmek gerektiğine inanan Objektivist yazarlar, milletlerarası hukukun kaynağını ve bağlayıcılık gücünü irade dışında aramışlardır. Bu yazarlar milletlerarası hukuk ile iç hukuk ilişkileri açısından da Monist bir model inşa etmişlerdir.

Monist bir model kuran en önemli yazarlardan biri; Hans Kelsen aslında, "Saf Hukuk Teorisi" olarak ta adlandırılan genel bir hukuk teorisi kurmuştur. Ancak bu teori milletlerarası hukuk konusunda da önemli çözümler içermektedir.⁵⁷

"Hukuk=Emir" anlayışını benimseyen İradeci Pozitivistlerin aksine, "Hukuk=Norm" anlayışını benimseyen Kelsen, hukuku kendine yabancı unsurlardan arındırıp salt hukuk alanında kalarak normu esas almıştır. Ona göre hukuk, olması gerekeni gösteren normlardan oluşan bir bütündür.

Bu şekilde, normatif bir yaklaşımı benimseyen Kelsen, Düalist yazarların, milletlerarası hukuk ile iç hukukun farklı ilişkileri düzenlediğine dair görüşlerine karşı şu eleştiriyi getirmektedir; "...Devlet de, milli hukuk düzeninin kendisinden başka bir şey olmadığına ve dış alemde organları olan gerçek kişiler vasıtasıyla neticeler meydana getirebildiğine göre, milletlerarası hukukun sadece devletlerarası ilişkileri düzenlediğini ileri sürmek yanıltıcıdır. Milletlerarası hukuk devletin organı

⁵⁶Çelik, a.g.e., s.44.

⁵⁷Kelsen'in "Saf Hukuk Teorisi" hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; Vecdi Aral, "Kelsen'in Hukuk Anlayışı," İ.Ü.H.F.M., 1969, c.34, s.513-552.

olarak yine kişilere haklar tanır ve borçlar yükler. Organ olarak bu kişilerin bazan doğrudan doğruya milletlerarası hukuk tarafından da tayin edilmesi mümkündür."⁵⁸

Kelsen, Düalist yazarların, milletlerarası hukuk ile iç hukukun kaynaklarının farklı olduğuna dair görüşlerine ise şu eleştiriyi getirmektedir; "...çeşitli normlar muteberiyetlerini aynı Temel Normdan alıyorlarsa aynı hukuki düzene aittirler... Her norm daha üstte bulunan bir normun uygulanmasını, daha altta bulunan bir normun ise kaynağını teşkil eder. Böylece hukuk düzeni, en üstünde Temel Norm olarak kabul edilen bir faraziye, en altında ise ferdi hukuki fiiller bulunan, alttakinin üsttekinden çıkarılabileceği bir piramid görünümündedir. Eğer bir norm, daha üstte bulunan bir norma uygun olarak yaratılmışsa, muteberdir. Ancak, bir normun muteber olması için sadece meşru olması yeterli değildir. Bunun, aynı zamanda, tesirli olabilen bir düzene ait bir norm olması gerekir. Bir hukuki düzenin tesirliliği, o düzene dahil her normun muteberiyeti için bulunması gereken bir şarttır. Bir *conditio sine qua non*'dur. Fakat, bir *conditio per quad* değildir. Bir norm, ait olduğu düzen tesirli olduğu için muteberdir, değil, yine üst norma uygun olarak yaratıldığı için muteberdir. Milletlerarası hukukla iç hukuk bu şekilde, aynı Temel Norma bağlanabiliyorsa, bir birlik içinde görülebilirler. Hukukun birliği, ...mantıki bir postüla'dır. Bilimsel bilgiyi elde etmek yolundaki bütün çabalar görünüşte çeşitli olan fenomenler arasında bir birlik bulma amacına yönelmiştir. Milletlerarası hukuk ile iç hukuk eğer aynı zamanda ve aynı alanda muteber iseler, bunlar, birbirinden ayrı bağımsız normlar sistemi olamazlar. Aksinin kabulü, mantıki bir tenakuzdur ki, bilimsel düşünce ile bağdaşmaz."⁵⁹

Sonuçta, Kelsen'e göre, aynı sistem içinde yer alan milletlerarası hukuk ile iç hukukun arasındaki ilişki ya tabiiyet ya da eşitlik ilişkisi olacaktır. Eşitlik ilişkisinin kurulması için herbirinin geçerlik alanını belirleyen ve aralarındaki eşitlik ilişkisini düzenleyen üçüncü bir sistemin var olması gerekir. Böyle bir düzen mevcut olmadığına göre, aralarındaki ilişki tabiiyet ilişkisidir.

Milletlerarası hukuk ile iç hukuk arasındaki tabiiyet ilişkisini tespit ettikten sonra hangisinin üstün olduğu sorusunu cevaplamak gerekir.

"...Hukuk bilimi bakımından hem iç hukuka üstünlük veren yorum, hem de milletlerarası hukuka üstünlük tanıyan yorum benimsenebilir; hukuk biliminin araçları ile bu yorumlardan birinin doğru, diğerinin yanlış bulunduğunu kanıtlamak olanağı yoktur. Bunlar arasında yapılacak tercihte etik ve siyasi hükümler rol oynar."⁶⁰

⁵⁸Toluner, a.g.e., s.33.

⁵⁹Toluner, a.g.e., s.33-34-35.

⁶⁰Çelik, a.g.e., s.50.

Ancak Kelsen tercihini milletlerarası hukukun üstünlüğü yönünde kullanmaktadır. Yazara göre, pozitif bir milletlerarası hukuk kuralı olan "Etkililik prensibi", hem iç hukuk düzenlerinin geçerliğini hem de bunların geçerlik alanlarını tayin eder. Kelsen'in kurduğu "Normlar Hiyerarşisi" ile bu sonuca ulaşmak mümkündür.

"...Anayasa bir Temel Norma dayandığı için geçerlidir. Bu Temel Normun görevi, ilk ve orjinal hukuk yaratma gücünü vermesidir. Temel Norm, hukuk yaratan bir organ tarafından konmuş değildir. Bu nedenle Temel Normun geçerliği başka bir norma dayanarak hukuki yoldan yaratılmış olmasından ileri gelmez. Temel Norm, geçerli varsayıldığı için geçerlidir.

Nitekim yürürlükteki Anayasadan hareketle geriye giderek, kendisinden sonraki bütün anayasaların geçerliliğinin kaynağı olan bir Anayasaya ulaşmamız, belki de, mümkündür. Bu takdirde, Temel Norm, yürürlükteki hukuk düzeninin bu ilk ve orjinal Anayasaya dayandığı yolundaki bir varsayımdan başka birşey değildir. Anayasa da dahil olmak üzere, yürürlükteki hukuk düzeninin geçerliği sonucuna, ancak böyle bir varsayıma dayanarak varabiliriz.

Bununla beraber, Temel Norm, hukuk düzeninin hukuki yollarla değil de, devrim yoluyla değişmesi sırasında özel önem kazanır. Yeni güçler, insan davranışlarının eski normlara değil de, kendi düzeninin koyduğu normlara uymasını sağlamada etkili olursa, artık, siyasal otoriteyi yeni hükümete geçiren farklı ve yeni bir Temel Normun doğup yerleştiği varsayılır.

Demek ki bir varsayım olan Temel Normun içeriğini belirleyen, bunun içinde doğduğu fiili şartlardır. Bu fiili şartlar, iç hukuka üstün olan uluslararası hukukun müspet bir normunun içeriğini oluşturmaktadır. Bu norm, Temel Norm yönünden şu iki hükmü içerir: a) doğrudan doğruya uluslararası hukuka tabi bir hukuk sistemi (zor kullanma düzeni) meşru kabul edilmeli; bu sistemin kurduğu topluluk, üzerinde etkili bir egemenlik oluşturulan bölgenin sınırları içinde meşru bir devlet olarak kabul edilmelidir. b) devrim ve darbeyle iktidara gelen bir hükümet, koyduğu normlara gerçek bir itaat sağlamak şartı ile, uluslararası hukuk anlamında meşru bir hükümet olarak kabul edilmelidir.

Kelsen böylece, iç hukuk düzeni yönünden hukuk sosyolojisinin alanına dahil saydığı etkililik ilkesini, uluslararası hukuk bakımından müspet bir hukuk ilkesi haline getirmektedir. Böylece, müspet uluslararası hukukun etkililik ilkesi, devletin hukuk düzeninin Temel Normu haline gelmektedir."⁶¹

Bu mantıkla iç hukukun geçerliğini milletlerarası hukuka dayandıran Kelsen'e göre; "...Kazai karar, andlaşma ve bu sonuncusunun muteberiyetini aldığı

⁶¹Selahattin Keyman, *Hukuka Giriş ve Metodoloji* (Ankara, 1981: Doruk Yayınları), s.44-45.

pacta sunt servanda prensibi de dahil olmak üzere milletlerarası örf ve adet kuralları, şeklinde sıralanan milletlerarası hukuk düzeninin Temel Normu ise, <<örf ve adetin hukuk yaratan bir vakıa olduğu hipotezidir.>>⁶²

Bu şekilde "Temel Norm" hipotezine dayanarak milletlerarası hukukun üstünlüğünü kurmaya çalışan Kelsen, milletlerarası hukuk ile iç hukukun çatışabileceğini, ancak bunun hukukun birliğini zedelemeyeceğini belirtir.

Sonuçta, Kelsen, milletlerarası hukukun üstünlüğüne dayanan hiyerarşik bir yapının tepesinde hipotetik bir "Temel Norm" bulunduğunu iddia etmiştir.

Kelsen, Normativisi kuramında hukuk normunu esas aldığı halde Monist bir model kuran diğer önemli bir yazar George Scelle, Bio-sosyolojik kuramında sosyal dayanışmayı esas almaktadır. Scelle, Léon Duguit'nin Realist teorisini benimsemiş ve bunu milletlerarası hukuk alanına adapte etmiştir.

Scelle'e göre, insanlar toplum halinde yaşar. Toplumdan ayrı bir insan düşünülemez. Toplum hayatı doğal bir zorunluluktan kaynaklanır. İnsan arzu ve iradesinin sonucu değildir. İnsanlar en ilkel ihtiyaçlarını karşılamak için dahi birlikte yaşamak zorundadırlar. Birlikte yaşayan insanlar, değişimde bulunarak ihtiyaçlarını karşılarlar.

Bu birlikte yaşama gereği, insanlar arasında bir sosyal dayanışmanın ortaya çıkmasına neden olur. Kendiliğinden ortaya çıkan ve gelişen bu sosyal dayanışma iki şekilde görülür; Benzeyiş dolayısıyla dayanışma ve İşbölümü dolayısıyla dayanışma.

Toplum halinde yaşamak zorunda olan insanların, bu toplum hayatını sürdürmeleri için sosyal dayanışmayı korumaları gerekir; dayanışmaya zarar verecek olanı yapmamak, dayanışmayı gerçekleştirecek ve geliştirecek olanı yapmak durumundadırlar.

"Bu noktaya kadar Léon Duguit'nin fikirlerini izleyen George Scelle, bu noktada yeni bir görüşü savunmaktadır. Şöyle ki; Gelişmiş bir toplumda, iki çeşit dayanışma arasında bir dengenin kurulması gereklidir. Benzeyiş ve işbölümü dayanışmaları arasındaki dengenin kurulması ve korunması ise, zorunlu olarak, zorlayıcı yaptırımları gerektirir. Bunlar doğa kanunlarının sonuçlarıdır ki, toplum üyelerinden her biri, toplumun ve kendisinin hayatını tehlikeye sokmamak için bu kanunlara uygun davranmak zorundadır. Demek ki bütün zorlama yaptırımları, kökleri bakımından, *biyolojik* niteliktedir. Hukukun kaynağı biyolojik zorunluluktur. Her toplumun kuruluşu ile birlikte, o toplumun hukuk düzeni de kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. *Toplum adeta biyolojik bir organizma gibi kendi hukukunu salgılar.* Çünkü ortak hayatı düzenleyen asgari kurallar olmadan Toplumun varlığı mümkün değildir."⁶³

⁶²Toluner, a.g.e., s.36.

⁶³Çelik, a.g.e., s.25.

Bu durumda, hukuku Kanun-koyucu yaratmaz, belirtir. Kanun-koyucu, toplum hayatının devam etmesi için gereken zorunlu kuralı araştırır, bulur, belirtir ve onun "kuvvet" unsurunu sağlar.

"Toplum halinde yaşayabilen insanlar, en dar sosyal topluluk olan aileden başlamak üzere klan, kabile ve tribüden geçerek Devlet denilen sosyal ve siyasal düzene ulaşırlar. Devlet günümüzde insan topluluklarının en gelişmiş şekli olmakla beraber sosyal dayanışmanın son bulduğu sınır değildir. Devletleri aşan ve devletlerle birlikte bölgesel milletlerarası toplulukları da kapsayan evrensel bir milletlerarası toplum, cemiyet vardır. Milletlerarası toplumun, cemiyetin mevcudiyeti milletlerarası bir hukuk düzenini zorunlu kılar. Milletlerarası toplumun, cemiyetin hukuk düzeni milletlerarası sosyal dayanışmanın kaçınılmaz sonucudur ve milletlerarası hukukun kuvveti, düzenlediği münasebetlerin zorunluluğu ile izah olunur."⁶⁴

Milletlerarası hukukun kaynağını ve bağlayıcılık gücünü sosyal dayanışmayla açıklayan Scelle, milletlerarası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkiler açısından Kelsen gibi Monist bir model geliştirmektedir.

"...Devlet ne şahsiyet ve ne de hakimiyete sahip olmadığı için Devletler hukuku milli hukuka üstündür. ve milli hukuk Devletler hukukuna uygun olmalıdır. Bu, tamamen monist bir sistemdir. Kelsen'inkinden farkı, bu sonuncusunun, tek bir hukuk sistemini nazarı itibara almasıdır. Buna mukabil, Scelle'in hukuki nizamlar taaddüdü (aile, korporasyon, komün, Devlet, kilise, milletlerarası camia) bunları hiyerarşiye tabi kılmakla beraber hepsine muayyen bir muhtariyet bırakmaktadır. Bu keyfiyet <<daha geniş camiaların hukuku daha dar camiaların hukukundan üstündür>> formülünü ifadeyi mümkün kılmaktadır."⁶⁵

Böylece, evrensel milletlerarası toplum içinde yer alan bölgesel milletlerarası topluluklar ve devletler, bu evrensel toplum içinde varlıklarını sürdürürler. Dolayısıyla bunların hukuk düzenleri de evrensel hukuk düzeni içinde varlıklarını sürdürürler. Ancak milletlerarası toplum çerçevesinde gerçekleşen ortak yaşamın sürmesi için, bu hukuk düzenlerinin sürekli çatışma içinde olmaması gerekir. Bu da milletlerarası hukuk hayatının şu ilkesini koymayı mümkün kılar; "Milletlerarası norm, kendisiyle çatışan ulusal normu, *ipso facto* değiştirir ya da kaldırır."

Buna göre; "...cüzlerden meydana gelen tüm olan milletlerarası toplumun hukuk düzeni, tümü oluşturan hukuk düzenlerinin üstünde bulunmalıdır. Aksi halde,

⁶⁴Eroğlu, a.g.e., s.15.

⁶⁵Crozat, a.g.e., s.473.

çeşitli ulusal toplulukların kamu çıkarlarının bir sentezi olan genel kamu çıkarı ve bunun sonucu olarak ta milletlerarası yaşamın kendisi tehlikeye girer."⁶⁶

Sonuçta, Scelle'in Düalist modelinde; "...Milletlerarası hukukun üstünlüğü, gerçekleştirdiği sosyal amacın değerine dayandırılmıştır."⁶⁷ Bu sosyal amaç, genel kamu çıkarıdır.

Monist model çerçevesinde varılan sonuçları şöyle özetleyebiliriz; "Bir andlaşma ile bir kanunun çatışması halinde, daha üstün olan andlaşmaya itibar edilecek ve kanun tatbik edilmeyecektir. Devletler hukuku milli hakim için doğrudan doğruya muteberdir veyahut da Devletler hukuku kaidesiyle iç hukuk kaidesi arasındaki ihtilafı halletmek için Devletler hukukuna istinat eden bir usul takip edilir. Prof.Scelle daha ileri giderek, madun kaidenin mafevk kaide tarafından zımnen ilga edilmiş olduğunu beyan etmektedir; daha doğrusu madun kaide, milletlerarası hukuk nizamının tevessüü neticesinde, mafevk kaide tarafından massedilmiştir. Tasdiki tamamlanmış milletlerarası bir mukavele, milli mevzuatın kendisiyle çatışan hükümlerini ipso facto ilga eder. Bir andlaşma, kendisiyle gayri kabili telif olan anayasaları bile tadil eder."⁶⁸

3)MONİST VE DÜALİST MODELE GETİRİLEN ELEŞTİRİLER⁶⁹;

Milletlerarası hukukun kaynağını, bağlayıcılık gücünü nereden aldığını devletlerin iradelerini esas alarak açıklayan iradeci yazarlar; kendi iradeleriyle milletlerarası kurallara tabi olan devletlerin, aynı şekilde bu kuralları çiğneyebileceği ileri sürülerek eleştirilmiştir. İradeci yazarların kurduğu Düalist modele getirilen eleştiriler ise, dayandığı iki temel tez üzerinde yoğunlaşmıştır. *İç hukuk ile milletlerarası hukukun ayrı ve farklı ilişkileri düzenledikleri yolundaki tez*; gerektiğinde milletlerarası hukukun da fertler arasındaki ilişkileri düzenleyebileceği; *milletlerarası hukuka aykırı iç hukuk kurallarının geçerli olacağı yolundaki tez* ise; bu geçerliliğin geçici olduğu, devletin milletlerarası hukuka aykırı iç hukuk kurallarını milletlerarası hukukla uyumlu hale getirmediği takdirde sorumlu olacağı ileri sürülerek eleştirilmiştir.

⁶⁶Çelik, a.g.e., s.52.

⁶⁷Toluner, a.g.e., s.30'dan naklen ; George Scelle, "Some Reflections on Juridical Personality in International Law," *Law and Politics in the World Community*, Editor, George A. Lipsky, 1953, s. 55.

⁶⁸Crozat, a.g.e., s.82-83.

⁶⁹Bu konuda bkz.; Akipek, a.g.e., s.22,24.; Eroğlu, a.g.e., s.10, 11, 12, 17, 21-22.

Kelsen ve Scelle'in Objektivist kuramları ve Monist modelleri de birtakım eleştirilere hedef olmaktan kurtulamamıştır.

Kelsen, teorisini kurarken normlardan oluşan bir piramit inşa etmiş ancak bu piramidin tepesine hipotetik bir Temel Norm yerleştirerek, teorisini zedelemiştir. Yani, hukuk bilimini kendine yabancı unsurlardan arındırarak, salt hukuk alanında kalma iddiasında olan yazar kendi kuramına ihanet etmiştir.

Kelsen; milletlerarası hukukun Temel Normunun, "*örf ve adeti norm yaratan bir gerçeklik olarak kabul eden bir norm*" olduğunu belirtmekte ve bunu, "Devletler geleneksel olarak nasıl davranıyorlarsa öyle davranmalıdırlar" şeklinde formüle etmektedir. Böylelikle, andlaşmaların geçerliği bir örf ve adet hukuku kuralı olan *pacta sunt servanda* prensibine bağlanmaktadır. Buna göre; Temel Normun değişken bir içeriğe sahip olduğu söylenebilir.

Görüldüğü gibi, saf bir hukuk teorisi kurmak amacıyla sosyal olaylara sırt çeviren, sosyolojiyi ve ahlakı dışlayan, "Hukuk=Norm" prensibini benimseyen Kelsen'in sağlam bir mantık temeline oturttuğu kuramı, Temel Norm konusundaki çelişkileriyle sarsılmaktadır.

Kelsen'in Temel Norm konusundaki zaafı, milletlerarası hukuk ile iç hukuk ilişkileri açısından ortaya koyduğu Monist model için de geçerlidir. İç hukukun üzerinde milletlerarası hukukun, milletlerarası hukukun da üzerinde Temel Normun bulunduğunu varsayarak kurduğu Monist model Temel Normun hipotetik ve değişken karakteri yüzünden yara almaktadır.

Sosyal dayanışmayı esas alarak ortaya koyduğu Bio-sosyolojik kuramı çerçevesinde hukukun kaynağını, bağlayıcılık gücünü biyolojik zorunluluğa dayandıran ve her toplumun biyolojik bir organizma gibi kendi hukukunu salınladığını savunan Scelle'in kuramı; sosyal dayanışma, biyolojik zorunluluk gibi kavramlarla hukukun açıklanamayacağı ileri sürülerek eleştirilmiştir.

Scelle, sosyal dayanışmayı esas alarak ortaya koyduğu kuramı çerçevesinde, milletlerarası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkiler açısından Kelsen gibi Monist bir model geliştirmiştir. Ancak Scelle'in kurduğu Monist modelde milletlerarası toplumda var olan sosyal dayanışmanın sürmesi için milletlerarası hukuk ile iç hukuk arasında sürekli bir çatışmanın olmaması gerekir.

Scelle burdan yola çıkarak "Milletlerarası norm kendisiyle çatışan ulusal normu, *ipso facto* değiştirir ya da kaldırır" demektedir.

Scelle'in kurduğu Monist modele getirilen eleştiriler, modelin bu noktadaki aşırılığı üzerinde yoğunlaşmaktadır.

B)PRATİK

Aslında, milletlerarası hukuk doktrinde salt teorik planda kalınarak yapılan Monizm-Düalizm tartışmaları, milletlerarası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkileri açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Hem Düalist modelin hem Monist modelin milletlerarası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkiler açısından pek çok doğrular içerdiği bir gerçektir. Ancak pratikte, bu konuda genel-geçer bir modelin olmadığını, her devletin kendi hukuk düzeni çerçevesinde, kendine özgü bir model geliştirdiğini görmekteyiz.

1)MİLLETLERARASI HUKUK İLE İÇ HUKUK ARASINDAKİ İLİŞKİLER VE ANAYASALAR; KARŞILAŞTIRMALI BİR ANALİZ;

145 devletin yazılı anayasaları üzerinde yaptığımız incelemede, bu 145 Anayasadan 50 tanesinin (%34,48) milletlerarası hukuk-iç hukuk ilişkileriyle doğrudan ilgili hükümler içerdiğini tespit ettik. İncelenen anayasalar ve yürürlüğe giriş tarihleri şöyle;

A.B.D. (1787)**, Afganistan Cumhuriyeti (1990), Almanya (1949)**, Angola (1975), Antigua ve Barbuda (1981), Arjantin (1853), Arnavutluk Halk Cumhuriyeti (1976), Avustralya (1990), Avusturya (1920), Bahamalar (1973), Bahreyn (1973), Bangladeş (1972), Barbados (1966), Belçika (1831), Belize (1981), Benin (1977), Birleşik Arap Emirlikleri (1971), Birleşik Yemen (1989-Taslak), Bolivya (1967), Botswana (1966), Brezilya (1988), Brunei (1959), Bulgaristan (1991)****, Burkino-Faso (1990), Burma (1974), Çad (1982), Cape Verde Cumhuriyeti (1980), Cezayir (1976), Cibuti (1981), Çin Halk Cumhuriyeti (1982), Dominik Cumhuriyeti (1966), Ekvator (1979), Ekvatorial Gine (1982), El Salvador (1983), Endonezya (1945), Estonya (1991-Taslak)*, Fas (1972), Fiji (1990), Fildişi Sahilleri (1960), Filipinler (1986), Finlandiya (1919), Fransa (1958), Gabon (1975), Gambia (1970), Gana (1982), Gine Cumhuriyeti (1982), Gine-Bisau (1984), Grenada (1974), Guatemala (1984), Güney Afrika (1983), Güney Kore (1987), Guyana Cumhuriyeti (1980), Haiti (1987), Hindistan (1949), Hollanda (1987), Honduras (1982), Hırvatistan (1991)*, Irak (1970), İran (1979), İrlanda (1937), İspanya (1978)****, İsveç (1975), İsviçre (1874), İtalya (1947)**, İzlanda (1984), Jamaika (1962), Japonya (1946), Kamerun Cumhuriyeti (1972), Kanada (1867), Katar (1970), Kenya (1969), Kiribati (1979), Kolombiya (1991), Komorolar Federal İslam Cumhuriyeti (1978), Kore Demokratik Halk Cumhuriyeti (1972), Kosta Rika (1949), Kuveyt (1962), Laos (1991), Letonya (1991)*, Liberya (1984), Lichtenstein (1921), Litvanya (1990)*, Luxembourg (1868), Macaristan (1990)****, Madagaskar Demokratik Cumhuriyeti (1975), Mairitius

(1968), Malavi (1966), Maldivler (1968), Mali (1974), Malta (1964), Meksika (1917)***, Moğolistan Halk Cumhuriyeti (1960), Monako (1962), Mozambik (1975), Mısır (1980), Namibya (1990), Nauru (1968), Nepal (1990), Nijer (1989), Nijerya (1989), Nikaragua (1987), Norveç (1814), Orta Afrika Cumhuriyeti (1986), Pakistan (1973), Panama (1972), Papua Yeni Gine (1975), Paraguay (1967), Peru (1979), Polonya (1952), Portekiz (1976)****, Romanya (1991-Taslak)****, Ruanda (1978), Rusya Federasyonu (1992-Taslak)*, Sao Tomé & Príncipe Demokratik Cumhuriyeti (1975), Senegal (1963), Sierra Leone (1978), Singapur (1963), Slovenya (1991)*, Solomon Adaları (1978), Somali Demokratik Cumhuriyeti (1979), St. Christopher & Nevis (1983), St. Lucia (1978), St. Vincent (1979), Sudan (1985-Geçici Anayasa), Surinam (1987), Suriye (1973), Swaziland (1968), Şeyseller (1979), Şili (1980), Tanzania Birleşik Cumhuriyeti (1984), Tayland (1978), Trinidad & Tabago (1976), Tunus (1959), Türkiye (1982)*****, Türkmenistan (1992)*, Tuvalu (1986), Uganda (1967), Ukrayna (1991-Taslak)*, Ürdün (1952), Venezüella (1961), Vietnam Sosyalist Cumhuriyeti (1980), Yunanistan (1975)****, Zaire (1990), Zambiya (1973), Zimbabwe (1979)⁷⁰.

a)Milletlerarası Hukuka Açılma Eğilimi Taşıyan Anayasalar;

Milletlerarası hukuk-iç hukuk ilişkileriyle doğrudan ilgili hükümler içeren 50 Anayasa dışında, bazı anayasalarda; devletlerin milletlerarası hukuka açılma eğilimlerini yansıtan ifadelerin yer aldığını ancak, milletlerarası hukukun iç hukuktaki yerinin belirlenmediğini gördük.

Devletlerin milletlerarası hukuka açılma eğilimlerini yansıtan ifadelerin yer aldığı anayasaları iki gruba ayırarak inceleyebiliriz;

⁷⁰Bu anayasalar, Oceana Publications, Inc. tarafından yayınlanan Albert P.Blaustein ve Gisbert H.Flanz'ın editörlüğünü yaptığı "Constitutions of the Countries of the World" isimli derlemenin 1992 tarihli versiyonunda yer almaktadır.

(*)Bu anayasalar, Avrupa Parlamentosu bünyesinde oluşturulan "Hukuk Yoluyla Demokrasi Avrupa Komisyonu-European Commission for Democracy Through Law" raporlarında yer almaktadır.

(**)Bu anayasalar, Yaşar Gürbüz'ün "Anayasalar" isimli derlemesinde yer almaktadır. Yaşar Gürbüz, *Anayasalar* (İstanbul, 1981: Filiz Kitabevi), A.B.D.; s.23-45., Almanya; s.46-105., İtalya; s.129-161.

(***)Bu Anayasa, Oceana Publications, Inc. tarafından yayınlanan Albert P.Blaustein ve Gisbert H.Flanz'ın editörlüğünü yaptığı "Constitutions of the Countries of the World" isimli derlemenin 1973 tarihli versiyonunda yer almaktadır.

(****)Bu Anayasa metinleri, söz konusu ülkelerin resmi veya resmi olmayan çeşitli kuruluşları tarafından yayınlanmıştır.

(*****)Burhan Kuzu, *Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat* (İstanbul, 1988: Filiz Kitabevi).

1) İlk grupta yer alan örneklerde, milletlerarası hukuk, milletlerarası ilişkilerin barış ve güvenlik içinde yürütülebilmesi için bir araç olarak görülmektedir.

Birinci gruptaki örnekler şunlardır;

1987 tarihli **Surinam** Anayasasının 7.maddesinin 1.fıkrasına göre;

"Surinam Cumhuriyeti, milletlerarası hukuk düzeninin gelişmesini teşvik eder ve milletlerarası uyuşmazlıkların barışçı yoldan çözümünü destekler."

Aynı maddenin 5.fıkrasına göre ise;

"...Surinam Cumhuriyeti, insanlığın barış içinde birlikte yaşamasını, barış ve ilerlemesini sağlamak amacıyla milletlerarası kuruluşlara katılımı destekler."

1814 tarihli **Norveç** Anayasasının 93.maddesine göre;

"Milletlerarası barış ve güvenliği korumak veya milletlerarası hukuku ve düzeni ve milletler arasındaki işbirliğini desteklemek için, Storting [Meclis]; 3/4 çoğunlukla, Norveç'in üyesi olduğu veya üyesi olmaya hazırlandığı milletlerarası bir kuruluşa, sınırlı bir görev alanında, bu Anayasayı değiştirme yetkisi hariç olmak üzere, Anayasayla normal olarak Norveç otoritelerine tanınmış olan bir iktidarı kullanma hakkı verilmesine muvafakat edebilir."

2) İkinci grupta yer alan örneklerde ise, milletlerarası hukuk, Anayasa yanında bir tür "ek temel haklar kataloğu" olarak görülmektedir.

İkinci gruptaki örnekler şunlardır;

1980 tarihli **Şili** Anayasasının 5.maddesine, 1989 tarihli değişiklikle eklenen fıkraya göre;

"Devlet organlarının görevi, bu Anayasayla ve Şili tarafından onaylanan yürürlükteki milletlerarası andlaşmalarla güvence altına alınan haklara saygı göstermek ve gelişmesini sağlamaktır."

1984 tarihli **Ekvator Cumhuriyeti** Anayasasının 3.maddesine göre;

"...Ekvator Cumhuriyeti Devleti... milletlerarası hukukun, devletlerin karşılıklı ilişkilerinde, davranışları için bir standart olduğunu bildirir."

Aynı Anayasanın 44.maddesine göre ise;

"Devlet, yürürlükteki deklarasyonlarda, paktlarda, sözleşmelerde ve diğer milletlerarası belgelerde ilan edilen medeni, siyasi, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların özgür ve etkili bir biçimde kullanılmasını ve bunlardan yararlanılmasını, kadın-erkek, yetki alanı içindeki bütün bireyler için garanti eder."

1988 tarihli **Brezilya** Anayasasının 5.maddesinin LXXVII. fıkrasının 2.paragrafına göre;

"Anayasada öngörülen hak ve güvenceler, ...Federatif Brezilya Cumhuriyeti'nin taraf olduğu milletlerarası andlaşmalardan kaynaklanabilecek diğer hak ve güvenceler için engel teşkil etmez."

Milletlerarası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkiler konusunda başka hüküm içermeyen bu anayasalar açısından, sadece bu hükümlere bakarak milletlerarası hukukun iç hukuktaki yerini tespit etmek güçtür.

Belki şu söylenebilir; söz konusu hükümler, bu devletlerde yasama, yürütme, yargı organlarının milletlerarası hukuka açılması için alt yapıyı hazırlamakta, onlara bir kapı aralamaktadır. Bu konuda sağlıklı bir sonuç elde edebilmek için Anayasa hükümleri, bu devletlerin doktrin ve pratiği ile birlikte incelenmelidir.

b)Milletlerarası Hukuk-İç Hukuk İlişkileriyle Doğrudan İlgili Hükümler İçeren Anayasalar;

İncelenen 145 Anayasa arasında milletlerarası hukuk-iç hukuk ilişkileriyle doğrudan ilgili hükümler içeren 50 Anayasa aşağıdaki tabloda gösterilmiştir.

Bu tabloda;
Ülkelerin altında parantez içinde yer alan tarihler; anayasaların yürürlüğe giriş tarihlerini,
MHGP; Milletlerarası Hukukun Genel Prensiplerini,
MA, Milletlerarası Andlaşmaları,
(MHGP+MA), Hem Milletlerarası Hukukun Genel Prensiplerini, hem Milletlerarası Andlaşmaları içeren hükümleri,
m., Anayasa maddesini ifade etmektedir.

Milletlerarası hukuk-iç hukuk ilişkileriyle doğrudan ilgili hükümler içeren anayasalar şu üç grup altında toplanabilir;

I.grupta, milletlerarası hukuka ilişkin "tanıma, kabul, saygı, bağlılık" ifadesi içeren anayasalar yer almaktadır.

II. gruptaki anayasalarda, milletlerarası hukuk iç hukukun bir parçası olarak kabul edilmekte, ancak milletlerarası hukukun iç hukuktaki yerini belirleyen bir hükme yer verilmemektedir. III.gruptaki anayasalarda ise açık veya örtülü olarak, milletlerarası hukukun iç hukukun üzerinde olduğu hükme bağlanmaktadır.

MİLLETLERARASI HUKUK-İÇ HUKUK İLİŞKİLERİYLE DOĞRUDAN İLGİLİ
HÜKÜMLER İÇEREN ANAYASALAR (Tablo 1)

MHGP+MA	Tanıma, Kabul,Bağılılık, Saygı ifadesi	İç Hukukun Parçası	İç Hukukun Üzerinde	
			Açık olarak	Örtülüolarak
A.B.D. (1787)	-	m.VI/II MA	-	-
Afganistan (1990)	m.133 MHGP	-	-	-
Almanya (1990)	-	-	m.25 MHGP	-
Avusturya (1929)	-	m.9(1) MHGP	-	-
Birleşik Yemen (1989-Taslak)	m.5 MHGP	-	-	-
Bulgaristan (1991)	-	-	m.5(4) MA	-
Burkina-Faso (1990)	-	-	m.154 MA	-
Dominik Cum. (1966)	m.3/II MHGP	-	-	-
Ekvatorial Gine (1973)	m.4 MHGP	-	m.139/III MA	-
El Salvador (1983)	-	-	m.144/II MA	-
Estonya (1992-Taslak)	-	-	m.123 MA	m.3 MHGP

Fas (1972)	Başlangıç (MHGP+MA)	-	-	-
Fildişi Sahili (1960)	-	-	m.56 MA	-
Filipinler (1986)	-	m.2/2 MHGP	-	-
Fransa (1958)	-	-	m.55 MA	-
Gabon (1975)	-	-	m.55 MA	-
Guatemala (1985)	-	-	m.46 MA	-
Güney Kore (1987)	-	m.6(1) MHGP+MA	-	-
Haiti (1987)	-	-	m.276-2 MA	-
Hırvatistan (1991)	-	-	m.134 MA	-
Hindistan (1949)	m.51(c) (MHGP+MA)	-	-	-
Hollanda (1983)	-	-	m.91, m.94 MA	-
Honduras (1982)	-	-	m.18 MA	-
İrlanda (1937)	m.29/3 MHGP	-	-	-
İspanya (1978)	-	-	-	m.10/2 MA

İtalya (1947)	m.10 MHGP	–	–	–
Japonya (1946)	m.98/II MHGP+MA	–	–	–
Kolombiya (1991)	m.9 MHGP	–	–	–
Komorolar (1978)	–	–	m.15/XII MA	–
Kosta-Rika (1949)	–	–	m.7/I MA	–
Macaristan (1990)	m.7/I MHGP	–	–	m.7/I (MHGP+MA)
Malavi (1966)	m.2(1)(iii) (MHGP+MA)	–	–	–
Mali (1974)	–	–	m.64 MA	–
Meksika (1917)	–	m.133 MA	–	–
Namibya (1990)	m.95(d) MHGP+MA	m.144 MA	–	–
Nijer (1989)	–	–	m.103 MA	–
Panama (1972)	m.4 MHGP	–	–	–
Paraguay (1967)	m.9 MHGP	–	m.8 MA	–
Peru (1979)	–	–	m.101 MA	–

Portekiz (1976)	-	-	-	m.8 MHGP+MA
Romanya (1991-Taslak)	m.10-m.11(1) MHGP+MA	-	m.20 MA	-
Rusya (1992-Taslak)	-	-	m.3(4) MHGP+MA	-
Senegal (1963)	-	-	m.79 MA	-
Slovenya (1991)	-	-	m.8 MHGP+MA	-
Somali (1979)	m.19 MHGP	-	-	-
Türkiye (1982)	-	m.90/V MA	-	-
Türkmenistan (1992)	-	-	-	m.6 MHGP
Ukrayna (1992-Taslak)	m.8/I MHGP	-	-	m.8/II MA
Yunanistan (1975)	m.2/2 MHGP	-	m.28/1 MHGP+MA	-
Zaire (1990)	-	-	m.109/V MA	-

**I-Milletlerarası Hukuka İlişkin "Tanıma, Kabul, Bağlılık, Saygı" İfadesi
İçeren Anayasalar;**

Milletlerarası hukuk-iç hukuk ilişkileriyle doğrudan ilgili hükümler içeren 50 Anayasadan 19 tanesinde (%38), milletlerarası hukuka ilişkin "tanıma, kabul, bağlılık, saygı" ifadesi yer almaktadır (Afganistan, Birleşik Yemen, Dominik Cumhuriyeti, Ekvatorial Gine, Fas, Hindistan, İrlanda, İtalya, Japonya, Kolombiya,

Macaristan, Malavi, Namibya, Panama, Paraguay, Romanya, Somali, Ukrayna, Yunanistan).

A-İnceleme;

Bu grupta yer alan anayasalardan İrlanda, Kolombiya, Panama, Fas anayasalarında "kabul eder", "saygı gösterir" gibi fazla bağlayıcı olmayan ifadeler kullanılmıştır.

1937 tarihli **İrlanda** Anayasasının 29.maddesinin 3.fıkrasında, milletlerarası hukukun genel prensiplerine ilişkin şu ifade yer almaktadır;

"İrlanda, diğer devletlerle olan ilişkilerinde davranış kuralları olarak, milletlerarası hukukun genel kabul gören prensiplerini kabul eder."

1991 tarihli **Kolombiya** Anayasasının 9.maddesine göre;

"Devletin dış ilişkileri, milli egemenlik, ulusların kendi kaderini tayin hakkına saygı ve Kolombiya tarafından uygun bulunan milletlerarası hukuk prensiplerinin tanınmasına dayanır."

1972 tarihli **Panama** Anayasasının 4.maddesine göre ise;

"Panama Cumhuriyeti, milletlerarası hukukun, milli menfaatlere zarar vermeyen, evrensel olarak kabul edilmiş kurallarına saygı gösterir."

1972 tarihli **Fas** Anayasasının Giriş Bölümünde ise, milletlerarası kuruluşların kurucu andlaşmaları çerçevesinde ve dolaylı bir biçimde, milletlerarası hukukun genel prensiplerine ve milletlerarası andlaşmalara ilişkin "tanıma, kabul, bağlılık, saygı" ifadesi yer almaktadır;

"...Faaliyetlerini, aktif ve enerjik bir üyesi olmak durumunda bulunduğu, milletlerarası kuruluşların çatısı altında yürütme gerekliliğinin bilincinde olarak, Fas Krallığı, bu kuruluşların kurucu andlaşmalarından kaynaklanan prensip, hak ve yükümlülükleri kabul eder."

Bu gruptaki anayasalardan Dominik Cumhuriyeti, İtalyan ve Japon anayasalarında, "uyar", "uygular" gibi daha bağlayıcı ifadeler kullanılmıştır.

1966 tarihli **Dominik Cumhuriyeti** Anayasasının 3.maddesinin ikinci fıkrasına göre;

"Dominik Cumhuriyeti, yetkili mercilerin bunları kabul edip, Amerika ülkelerinin ekonomik dayanışması lehinde olduğunu bildirmesi şartıyla ...genel ve Amerikan milletlerarası hukuk kurallarını tanır ve uygular."

1947 tarihli **İtalyan** Anayasasının 10.maddesinin ilk fıkrasına göre;

"İtalya hukuk düzeni uluslararası hukukun genellikle kabul edilen kurallarına uyar."

1946 tarihli **Japon** Anayasasının 98.maddesine göre;

"Japonya tarafından imzalanan andlaşmalara ve mevcut milletlerarası hukuka iyi niyetle uyulacaktır."

Bu gruptaki anayasalardan Afganistan, Birleşik Yemen, Malavi ve Somali anayasalarında, milletlerarası hukukun genel prensipleri ile birlikte Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesine ilişkin "tanıma, kabul, bağlılık, saygı" ifadesine yer verilmiştir.

1990 tarihli **Afgan** Anayasasının 133.maddesine göre;

"Afganistan Cumhuriyeti, Birleşmiş Milletler Andlaşmasına, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesine ve milletlerarası hukukun kabul edilen diğer prensip ve normlarına saygı gösterir ve uyar."

1989 tarihli **Birleşik Yemen Devleti** Anayasa taslağının 5.maddesine göre;

"Devlet, Birleşmiş Milletler Andlaşması, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, Arap Birliği Andlaşması ve milletlerarası hukukun genel kabul gören normlarıyla bağlıdır."

1966 tarihli **Malavi** Anayasasının 2.maddesinin 1.fıkrasının iii.bendine göre;

"Malavi Devleti ve halkı, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde hüküm altına alınan kişisel özgürlüklerin ve milletlerarası hukuka bağlılığın kutsallığını tanımayı sürdürür."

1979 tarihli **Somali** Anayasasının 19.maddesine göre;

"Somali Demokratik Cumhuriyeti, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve milletlerarası hukukun genel kabul gören kurallarını tanır."

Bu gruptaki anayasaların bir kısmında ise, hem milletlerarası hukuka ilişkin "tanıma, kabul, bağlılık, saygı" ifadesi, hem de milletlerarası hukukun iç hukuktaki yerini belirleyen hükümler mevcuttur.

Ekvatorial Gine, Macaristan, Paraguay, Romanya, Ukrayna ve Yunanistan anayasaları milletlerarası hukuka ilişkin "tanıma, kabul, bağlılık, saygı" ifadesi yanında, milletlerarası hukukun iç hukukun üzerinde olduğunu belirten hükümlere de yer vermektedirler. Namibya Anayasası ise milletlerarası hukuka ilişkin "tanıma, kabul, bağlılık, saygı" ifadesi ile birlikte milletlerarası hukukun iç hukuka eşit olduğunu kabul etmektedir.

1973 tarihli **Ekvatorial Gine** Anayasası, 139.maddesinin III.fıkrasında milletlerarası hukukun iç hukukun üzerinde olduğunu milletlerarası andlaşmalar açısından açıkça kabul ederken 4.maddesinde şu hükmü getirmektedir;

"Ekvator Devleti, milletlerarası hukuk prensiplerine saygı gösterir; devletlerin hukuki eşitliğini ilan eder; devletler arasındaki uyuşmazlıkların barışçı yoldan

çözümüne; işbirliği ve halkların sosyo-ekonomik bütünleşmesi amacıyla devletlerin dostluğuna taraftar olur."

1990 tarihli **Macar** Anayasasının 7.maddesinin 1.fıkrasına göre;

"Macaristan Cumhuriyetinin hukuk sistemi, milletlerarası hukukun evrensel olarak kabul edilen kurallarına saygı gösterir ve ayrıca milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerle iç hukuk arasında uyum sağlar."

Buna göre Macaristan, Anayasasının 7.maddesinin 1.fıkrasının ilk cümlesi ile milletlerarası hukuka saygılı olduğunu ifade ederken, 1.fıkranın ikinci cümlesi ile örtülü olarak milletlerarası hukukun iç hukukun üzerinde olduğunu kabul etmektedir.

1967 tarihli **Paraguay** Anayasasının 8.maddesinde milletlerarası hukukun kanunlardan üstün olduğu belirtilirken, 9.maddesinde şu ifade yer almaktadır;

"Cumhuriyet, milletlerarası hukukun prensiplerini tanır; saldırı veya fetih amaçlı savaşı ve sömürgecilik veya emperyalizmin her şeklini kınar; milletlerarası uyuşmazlıkların hukuki anlamda barışçı yoldan çözümünü kabul eder; insan haklarına ve halkların egemenliğine saygılı olduğunu ilan eder. Diğer milletlerle barış içinde yaşamayı ve onlarla hukuki eşitlik, içişlerine karışmama ve halkların kendi kaderini tayin hakkı temeline dayalı dostane kültür ve ticaret ilişkilerini sürdürmeyi umut eder. Cumhuriyet, çok taraflı, milletlerarası gelişim, işbirliği ve güvenlik sistemlerinin bir parçası olabilir."

1991 tarihli **Romanya** Anayasa Taslağının 20.maddesinde milletlerarası hukukun iç hukukun üzerinde olduğu belirtilirken 10.maddesinde;

"Romanya, bütün devletler arasındaki barışçı ilişkileri ve bu bağlamda, milletlerarası hukukun prensipleri ve genel kabul gören hükümlerine dayanan iyi komşuluk ilişkilerini teşvik eder ve geliştirir." denilmektedir.

Taslağın 11.maddesinin 1.fıkrasına göre ise;

"Romanya Devleti, bu sıfatla ve iyi niyetle taraf olduğu andlaşmalardan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmeyi taahhüt eder."

1992 tarihli **Ukrayna** Anayasa Taslağının 8.maddesine göre;

"Ukrayna genel insani değerlerin önceliğini tanır ve milletlerarası hukukun ortaklaşa kabul edilen prensiplerine saygı gösterir.

Ukrayna'nın taraf olduğu usulüne uygun olarak onaylanan veya uygun bulunan ve resmi olarak yayınlanan milletlerarası andlaşmalar hukuk düzeninin bir parçası haline gelir ve devlet organlarının, tüzel kişilerin ve özel kişilerin faaliyetlerinde bağlayıcı olur."

Böylece, Ukrayna; Anayasasının 8.maddesinin 1.fıkrası ile milletlerarası hukuka saygılı olduğunu ifade ederken 11.fıkrası ile de milletlerarası hukukun örtülü olarak iç hukukun üzerinde olduğu kabul etmiştir.

1975 tarihli **Yunan** Anayasasının 28.maddesinin 1.fıkrasında milletlerarası hukukun genel prensipleri ve milletlerarası andlaşmalar açısından milletlerarası hukukun iç hukukun üzerinde olduğu belirtilirken, 2.maddesinin 2.fıkrasında da Yunanistan'ın milletlerarası hukukun genel prensiplerine bağlılığı ifade edilmektedir;

"Yunanistan, milletlerarası hukukun genel kabul gören kurallarına bağlı kalarak, barış ve adaleti güçlendirmeye, insanlar ve devletler arasındaki dostane ilişkileri geliştirmeye gayret eder."

Bu konuda farklı bir örnek olan **Namibya** Anayasasının 144.maddesinde milletlerarası hukukun iç hukuka eşit olduğu belirtilirken, 96.maddesinin d bendinde Hint Anayasasının 51.maddesinin (c) bendine benzer bir hüküm getirilmektedir;

"Devlet, milletlerarası ilişkilerinde milletlerarası hukuka ve andlaşmalardan doğan yükümlülöklere saygı gösterilmesini temin etmeye çaba gösterir."

Bu grupta yer alan anayasalardan 1949 tarihli **Hint** Anayasasında ise, 51.maddenin (c) bendinde "milletlerarası hukuk" ve "andlaşma taaahütleri" ifadeleriyle hem milletlerarası hukukun genel prensiplerine, hem de milletlerarası andlaşmalara ilişkin "tanıma, kabul, bağlılık, saygı" ifadesine yer verilmektedir. Ancak, maddede kullanılan "saygı göstermek için çaba harcar" şeklindeki ifade tereddütlere yol açabilecek bir ifadedir.

"Devlet, örgütlenmiş insan toplulukları arasındaki ilişkilerde, milletlerarası hukuka ve andlaşma taahhütlerine saygı göstermek için çaba harcar."

B-Sonuç;

Bu gruptaki anayasalardan, milletlerarası hukuka ilişkin "tanıma, kabul, bağlılık, saygı" ifadesi ile birlikte milletlerarası hukukun iç hukuktaki yerini belirleyen hükümlere yer verenler hariç (Ekvatorial Gine, Macaristan, Namibya, Romanya, Ukrayna, Yunanistan), sadece milletlerarası hukuka ilişkin "tanıma, kabul, bağlılık, saygı" ifadesi içeren anayasalar açısından, milletlerarası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkiler konusunda nasıl bir sistem tercih edildiğini ortaya koymak güçtür.

Bu ifadelere bakarak, milletlerarası hukukun iç hukukun bir parçası olduğu sonucuna varılabilir ancak milletlerarası hukukun iç hukuktaki yeri konusunda fikir yürütmek güçtür. Bu devletlerin doktrin ve pratiklerini de değerlendirerek bir sonuca ulaşmak daha doğru olur. Ayrıca Deener'ın belirttiği gibi;

"...Genellikle, 1960'ların ortalarında devletlerin yaygın uygulaması, anayasalarda yer alan "milletlerarası hukuk kuralları" kaydının andlaşmalara,

kendilerinden sonra gelen kanunlar üzerinde üstünlük tanıdığını göstermemektedir. Aslında, bazı anayasaların ifadeleri bu tür kaydın sadece yol gösterici (hortatory) bir nitelik taşıdığını açıkça ortaya koymaktadır. Örneğin, 1949 tarihli Hint Anayasası <<Devlet, örgütlenmiş insan toplulukları arasındaki ilişkilerde, *milletlerarası hukuka* ve *andlaşma taahhütlerine saygı göstermek* için çaba harcar.>> hükmünü getirmektedir. Bu hüküm, Anayasanın "Devlet Politikasının Yönlendirici Prensipleri" başlıklı bölümünde yer almaktadır ve Anayasanın bu bölümü 37.maddede belirtildiği üzere, <<hiçbir mahkeme tarafından uygulanamaz>>⁷¹

O halde, bu anayasalarda yer alan milletlerarası hukuka ilişkin "tanıma, kabul, bağlılık, saygı" ifadelerinin bazı devletler açısından yol gösterici (hortatory) nitelikte olduğu söylenebilir.

Herşeye rağmen, anayasalarında bu tür ifadelere yer veren devletlerin milletlerarası hukuka açılmaları, anayasalarında bu tür ifadelere yer vermeyen ülkelerden daha kolaydır.

II-Milletlerarası Hukuku İç Hukukun Bir Parçası Olarak Kabul Eden Anayasalar;

Milletlerarası hukuk-iç hukuk ilişkileriyle doğrudan ilgili hükümler içeren 50 Anayasadan 7 tanesinde (%14), milletlerarası hukuk iç hukukun bir parçası olarak kabul edilmektedir (A.B.D., Avusturya, Filipinler, Güney Kore, Meksika, Namibya, Türkiye).

A-İnceleme;

En eski yazılı Anayasa olan **A.B.D.** Anayasası milletlerarası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkiler konusunda, milletlerarası andlaşmalarla ilgili olarak VI.maddesinin II.fikrasında şu hükmü getirmektedir;

"Bu Anayasa ve Anayasa'ya göre yapılacak Birleşik Devletler Yasaları, Birleşik Devletlerin yapacağı tüm anlaşmalar, ülkenin üstün hukuk kurallarını oluştururlar ve her federe devletteki yargıçlar için o federe devlet yasalarındaki ve Anayasasındaki karşıt hükümlere rağmen bağlayıcı olur."

A.B.D Anayasasının VI.maddesinin II.fikrasına benzer bir hüküm **Meksika** Anayasasının 133.maddesinde yer almaktadır;

⁷¹David R.Deener, "Some Post World War II Trends in the Relationship of Municipal Law to Treaty Law," I.J.I.L.,1965, s. 286-287.

"Bu Anayasa, Birlik Kongresi'nden çıkan kanunlar ve Cumhurbaşkanının muvafakatıyla yapılmış ve yapılacak tüm andlaşmalar, Senato'nun onayıyla bütün Birliğin üstün hukuku olurlar."

1982 tarihli **Türkiye Cumhuriyeti** Anayasası'nın 90.maddesinin V.fıkrasında ise farklı bir düzenleme getirilmiştir;

"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz."

Filipinler ve Avusturya anayasalarında, sadece milletlerarası hukukun genel prensiplerinin iç hukukun bir parçası olduğu kabul edilmiştir.

1929 tarihli **Avusturya** Anayasasının 9.maddesinin 1981 yılında değiştirilmiş şeklinde şu ifade yer almaktadır;

"Milletlerarası hukukun genel olarak kabul edilen kuralları Federal hukukun meşru parçalarıdır."

1986 tarihli **Filipinler** Anayasasının 2.maddesinin 2.fıkrasına göre;

"Filipinler, savaşı milli politikanın bir aracı olarak kabul etmez, milletlerarası hukukun genel kabul gören prensiplerinin ülke hukukunun bir parçası olduğunu kabul eder ve bütün milletlerle olan ilişkilerinde, barış, eşitlik, adalet, özgürlük, işbirliği ve dostluk politikalarına bağlı kalır."

1987 tarihli **Güney Kore** Anayasasının 6.maddesinin 1.fıkrasında, hem milletlerarası hukukun genel prensiplerinin hem de milletlerarası andlaşmaların iç hukukla aynı etkiye sahip oldukları belirtilmekte ve böylece, milletlerarası hukukun iç hukuka eşitliği kabul edilmektedir;

"Anayasaya uygun olarak imzalanan ve ilan edilen andlaşmalar ve milletlerarası hukukun genel kabul gören kuralları Kore Cumhuriyeti'nin iç hukukuyla aynı etkiye sahiptir."

1990 tarihli **Namibya** Anayasasının 96.maddesinde milletlerarası hukuka ilişkin "tanıma, kabul, saygı, bağlılık" ifadesi yer alırken, 144.maddesinde de milletlerarası hukukun genel prensiplerinin ve milletlerarası andlaşmaların iç hukukun parçası olduğu belirtilmektedir;

"...Aksi Anayasa veya bir Parlamento kararı ile öngörülmediği takdirde, milletlerarası kamu hukukunun genel kuralları ve bu Anayasaya göre Namibya için bağlayıcı olan milletlerarası sözleşmeler, Namibya hukukunun bir parçasıdır."

B-Sonuç;

Bu gruptaki anayasalarda yer alan milletlerarası hukukun iç hukukun bir parçası olduğunu belirten hükümler sayesinde, milletlerarası hukuk kuralları başka bir işleme gerek olmaksızın iç hukukta etkili olurlar. Ancak, bu hükümlerden yola çıkarak, milletlerarası hukukun iç hukuktaki yerini belirlemek kolay değildir.

Milletlerarası hukukun iç hukuktaki yerini açıkça belirleyen Türkiye Cumhuriyeti Anayasası dışında, bu grupta yer alan diğer anayasalar açısından milletlerarası hukuk kurallarının kanunlara eşit ya da kanunlardan üstün olup olmadığı tartışma konusu olabilir.

Örneğin, A.B.D Anayasası için "Andlaşma-Yasa" çatışması bağlamında, milletlerarası hukukun üstünlüğü yolunda yorumlar yapılmaktadır;

"...6.maddenin yanlış anlaşılması ile, zaman açısından sonra gelenin üstün olacağı yolunda yüz yıl önce geliştirilen anayasal yorum nedeniyle, yargıçlarımız andlaşma ve kanunlara eşit statü tanımaktadırlar. Bu maddeyle, kurucular açıkça andlaşmalara, devletler ve devlet mahkemeleri üzerinde bağlayıcılık ve devlet kanunları karşısında üstünlük tanıma eğilimindedirler, bu yüzden 6.madde "üstünlük kaydı" (supremacy clause) olarak anlaşılmalıdır. Bu madde, kurucuların Birleşik Devletler kanunları ile andlaşmaların eşitliği konusunda tavır aldıklarına dair hiçbir delil içermemektedir. Aksine, başka yerlerde, genel olarak kurucuların Birleşik Devletlerin -bütün organlarının- andlaşmalardan doğan yükümlülükler de dahil olmak üzere, milletlerarası hukuka saygı göstermesinden yana olduklarına dair deliller bulunmaktadır. Kesin olan bir şey vardır; hukuk sistemimizde Anayasaya bağlı olarak, milletlerarası hukukun ve andlaşmaların üstünlüğüne dair bir tez mevcuttur."⁷²

A.B.D. Anayasası ile benzer bir hüküm içeren Meksika Anayasası içinse "Andlaşma-Anayasa" çatışması bağlamında, iç hukukun üstünlüğü yolunda yorumlar yapılmaktadır;

"Bu yorum şöyle temellendirilmektedir: 1 Anayasa, siyasal düzeni belirleyen genel kurallardır ve uzun tartışmalardan sonra sosyal faktörleri hesaba katarak yapılmıştır; oysa bir andlaşma, sadece, somut ve spesifik bir kural içerir, 2) Andlaşma, Anayasaya uygun olmalıdır.Bu Anayasa (m.133) ve pratikten çıkartılabilir, 3) Eğer andlaşmaya üstünlük tanınırsa, yürütme organına anayasal düzeni değiştirme konusunda meşru olmayan bir yetki tanınmış olur. Meksika'daki gibi erklerin ayrılığı sisteminde yürütme, kendi tasarruf alanının dışına çıkamaz ya da yasama işlevini

⁷²Louis Henkin, *Constitutionalism, Democracy, and Foreign Affairs* (New York, 1990: Columbia University Press), s.64.

üstelenemez. Sonuç olarak, andlaşmalar Anayasaya uyumlu olmalıdır; çünkü eğer çelişirse, bir sonraki adım yerine getirilemez; aynı Senato onaylamaz."⁷³

III-Milletlerarası Hukukun İç Hukukun Üzerinde Olduğunu Kabul Eden Anayasalar;

Milletlerarası hukuk-iç hukuk ilişkileriyle doğrudan ilgili hükümler içeren 50 Anayasadan 31 tanesi (%62) milletlerarası hukukun iç hukukun üzerinde olduğunu kabul etmektedir (Almanya, Bulgaristan, Burkino-Faso, Ekvatorial Gine, El Salvador, Estonya, Fildişi Sahili, Fransa, Gabon, Guatemala, Haiti, Hollanda, Honduras, Hırvatistan, İspanya, Komorolar, Kosta Rika, Macaristan, Mali, Nijer, Paraguay, Peru, Portekiz, Romanya, Rusya, Senegal, Slovenya, Türkmenistan, Ukrayna, Yunanistan, Zaire).

Bu anayasaların pek çoğu, özellikle milletlerarası andlaşmalar açısından milletlerarası hukukun (açık veya örtülü olarak) iç hukukun üzerinde olduğunu kabul etmektedir.

A-İnceleme;

1991 tarihli **Bulgar** Anayasasının 5.maddesinin 4.fıkrasına göre;

"Anayasada öngörülen usule uygun olarak onaylanan, resmen ilan edilen ve Bulgaristan Cumhuriyeti için bağlayıcı hale gelen milletlerarası andlaşmalar, ülkenin iç hukukunun bir parçası sayılırlar. Söz konusu andlaşmalar, kendileriyle çelişen herhangi bir iç hukuk düzenlemesinin yerine geçerler."

1990 tarihli **Burkino-Faso** Anayasasının 154.maddesine göre;

"Usulüne uygun olarak onaylanan andlaşmalar veya anlaşmalar, yayımlandıkları günden itibaren, her bir andlaşma veya anlaşma için, diğer akit tarafından uygulanmak kaydıyla kanunlara üstün bir otorite kazanırlar."

4.maddesinde milletlerarası hukukun genel prensiplerine ilişkin "tanıma, kabul, bağlılık, saygı" ifadesi yer alan **Ekvatorial Gine** Anayasasının 139.maddesine göre; "Hukukun kaynakları şunlardır:

a) Yazılı normlar,

b) Yazılı olmayan normlar,

...a) Hukukun yazılı kaynakları sırasıyla şunlardır;

Birinci sırada, Anayasa;

İkinci sırada, milletlerarası andlaşmalar;

⁷³Mehmet Semih Gemalmaz, *Latın Amerika'da İnsan Hakları* (İstanbul, 1991: Kavram Ajans Yayıncılık), s.257.

Üçüncü sırada, kanunlar ve kararnameler;
Dördüncü sırada, yönetmelikler."

1983 tarihli **El Salvador** Anayasasının 144.maddesinin II.fıkrasına göre;

"El Salvador Cumhuriyeti tarafından resmileştirilen, diğer devletlerle veya milletlerarası kuruluşlarla yapılan milletlerarası andlaşmalar, söz konusu andlaşmanın veya bu Anayasanın hükümlerine göre yürürlüğe girdikten sonra, Cumhuriyet kanunlarından sayılır.

El Salvador Cumhuriyeti tarafından yürürlüğe girmesi kabul edilen bir andlaşma kanunla değiştirilemez veya yürürlükten kaldırılamaz. Andlaşma ile kanun arasında çatışma çıkması durumunda, andlaşma üstündür."

1992 tarihli **Estonya** Anayasa taslağının 123.maddesinde milletlerarası andlaşmalar açısından; "Estonya Cumhuriyeti, Anayasa ile çatışan milletlerarası andlaşmalara imza koyamaz. Eğer Estonya kanunları ya da diğer hukuk kuralları [Meclis] tarafından onaylanan milletlerarası andlaşmalarla çatışırsa, milletlerarası andlaşmanın maddeleri uygulanır." hükmü yer alırken, milletlerarası hukukun genel prensiplerine ilişkin olarak, 3.maddesinde şu düzenleme bulunmaktadır;

"Milletlerarası hukukun evrensel olarak kabul edilen prensipleri ve normları, Estonya hukuk sisteminin ayrılmaz bir parçasıdır."

Milletlerarası andlaşmaların iç hukukun üzerinde olduğunu açıkça kabul eden Estonya, milletlerarası hukukun genel prensipleri açısından bunu açıkça ifade etmemiştir.

1960 tarihli **Fildişi Sahili** Anayasasının 56.maddesinde şu ifade yer almaktadır;

"Usulüne uygun olarak onaylanan andlaşmalar veya anlaşmalar, her bir andlaşma veya anlaşma için, diğer akit tarafından uygulanmak şartıyla kanunlardan üstündür."

1958 tarihli **Fransız** Anayasasının 55.maddesine göre;

"Usulüne uygun olarak onaylanan ya da uygun bulunan andlaşmalar ya da anlaşmalar yayınlanır yayınlanmaz -her andlaşma ya da anlaşma için diğer akitçe uygulanmak kaydıyla- kanunlara üstün bir otorite kazanırlar."

1975 tarihli **Gabon** Anayasasının 55.maddesine göre;

"Yayınlanır yayınlanmaz, usulüne uygun olarak onaylanan andlaşmalar veya anlaşmalar, her bir andlaşma veya anlaşma için diğer akit tarafından uygulanmak şartıyla kanunlardan üstündür."

1985 tarihli **Guatemala** Anayasasının "Milletlerarası Hukukun Önceliği" kenar başlıklı 46.maddesinde milletlerarası andlaşmalara ilişkin şu ifade yer almaktadır;

"Guatemala tarafından onaylanan insan hakları alanındaki andlaşma ve anlaşmaların iç hukuka üstünlüğü genel prensibi tesis edilmiştir."

1987 tarihli **Haiti** Anayasasının 276.maddesinin 2.fıkrasına göre;

"Milletlerarası bir andlaşma veya anlaşma Anayasanın öngördüğü biçimde uygun bulunduktan veya onaylandıktan sonra ülke mevzuatının bir parçası haline gelir ve kendisiyle çatışan kanunları yürürlükten kaldırır."

1983 tarihli **Hollanda** Anayasasının 94.maddesine göre;

"Krallık içinde yürürlükte olan kanuni düzenlemeler uygulandıklarında herkesi bağlayan milletlerarası andlaşma hükümleri veya milletlerarası kuruluşların kararlarıyla çatışıyorlarsa uygulanamazlar."

Hatta Hollanda daha da ileri giderek milletlerarası andlaşmalara belli şartlarda Anayasa-üstü değer tanımaktadır. Anayasanın 91.maddesine göre; Anayasa'ya aykırı hükümler içeren bir milletlerarası andlaşma, Parlamentonun 2/3 çoğunluğu ile onaylanabilir.

Ayrıca, 1983 Hollanda Anayasasının 90.maddesinde; "Hükümet, milletlerarası hukuk düzeninin gelişmesini destekler." şeklinde bir hükme yer verilmiştir.

1982 tarihli **Honduras** Anayasasının 18.maddesine göre;

"Andlaşma veya konvansiyon ile kanun arasında bir çatışma çıkması durumunda, andlaşma veya konvansiyon üstündür."

1991 tarihli **Hırvat** Anayasasının 134.maddesine göre;

"Anayasaya uygun olarak imzalanarak ve onaylanarak resmileştirilen milletlerarası andlaşmalar, Cumhuriyetin hukuk düzeninin bir parçası olurlar ve hukuki etki bakımından kanunların üzerindedirler. Bu andlaşmaların hükümleri bizzat kendileri tarafından belirlenen şartlar dahilinde veya milletlerarası hukukun genel kurallarına uygun olarak değiştirilebilir veya kaldırılabilir."

1978 tarihli **Komorolar Federal İslam Cumhuriyeti** Anayasasının 15. maddesinin III. fıkrasında şu ifade yer almaktadır;

"Cumhurbaşkanı ulusal bağımsızlığın, Cumhuriyetin birliğinin, adaların özerkliğinin, toprak bütünlüğünün ve milletlerarası taahhütlere saygının garantörü olacaktır."

Ayrıca, aynı maddenin XII.fıkrasına göre;

"...Usulüne uygun olarak onaylanan andlaşmalar veya anlaşmalar, yayınlanır yayınlanmaz, her bir andlaşma veya anlaşma için diğer akit tarafından uygulanmak şartıyla kanunlardan üstün olurlar."

1949 tarihli **Kosta Rika** Anayasasının 1968 yılında değiştirilen 7.maddesinin I.fıkrasına göre;

"Yasama Meclisi tarafından usulüne uygun olarak onaylanan kamu anlaşmaları, milletlerarası sözleşmeler ve konkordatolar resmen ilan edildikleri veya bildirildikleri günden itibaren kanunlara üstün bir otorite kazanırlar."

1974 tarihli **Mali** Anayasasının 64.maddesine göre;

"Usulüne uygun olarak onaylanan veya uygun bulunan anlaşma veya anlaşmalar, her bir anlaşma veya anlaşmanın diğer akit tarafından gözetilip gözetilmediğine bakılmaksızın, yayınlandığı tarihten itibaren kanunlara üstün bir otorite kazanırlar."

1989 tarihli **Nijer** Anayasasının 103.maddesine göre;

"Usulüne uygun olarak onaylanan anlaşmalar veya anlaşmalar, her bir anlaşma veya anlaşmanın diğer akit tarafından uygulanması şartıyla, yayınlandıkları günden itibaren kanunlara üstün bir otorite kazanırlar."

1967 tarihli **Paraguay** Anayasasının 8.maddesine göre;

"Bu Anayasa ülkenin üstün kanunudur. Onaylanan ve teati edilen milletlerarası anlaşmalar, konvansiyonlar, diğer milletlerarası sözleşmeler ve kanunlar bu maddedeki yazılış sıralarına uygun biçimde, önce yazılan sonra yazılardan üstün olmak üzere, pozitif milli hukuku oluştururlar."

1979 tarihli **Peru** Anayasasının 101.maddesine göre;

"Peru tarafından diğer devletlerle imzalanan milletlerarası anlaşmalar iç hukukun parçası haline gelirler. Anlaşma ve iç hukuk arasında bir çatışma söz konusu olursa üstünlük anlaşmadadır."

Peru Anayasasının 105.maddesinde ise insan haklarına ilişkin milletlerarası anlaşmalarla ilgili olarak şu hükme yer verilmektedir;

"İnsan hakları ile ilgili prensipler içeren anlaşmalar, anayasal önceliğe sahiptirler (jerarqia constitucional). Bu anlaşmalar ancak anayasa değişikliklerinde uygulanan yöntemle değiştirilebilirler."

1991 tarihli **Romanya** Anayasa taslağının 10.maddesi ve 11.maddesinin I.fikrasında milletlerarası hukuka ilişkin; "tanıma, kabul, bağlılık, saygı" ifadesi yer alırken, 11.maddesinin II.fikrasında şu düzenleme bulunmaktadır;

"Onaylanan veya kanuna uygun olarak kabul edilen anlaşmalar, iç hukukun bir parçası sayılırlar."

Romanya Anayasasının 11.maddesinin II.fikrasıyla milletlerarası anlaşmalar iç hukukun bir parçası sayılırken, 20. maddesinde insan haklarına ilişkin milletlerarası anlaşmalar açısından milletlerarası hukuk-iç hukuk ilişkileriyle ilgili bir hüküm getirilmiş ve bunların iç hukukun üzerinde olduğu kabul edilmiştir;

"(1) Vatandaşların, hak ve özgürlüklerine ilişkin Anayasa hükümleri, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve Romanya'nın taraf olduğu milletlerarası andlaşma ve anlaşmalara uygun olarak yorumlanır ve uygulanır.

(2) Romanya'nın taraf olduğu temel haklara ilişkin milletlerarası andlaşma va anlaşmalarla iç hukuk arasında uyumsuzluk çıkması durumunda, milletlerarası andlaşmalar iç hukuktan üstündür."

1963 tarihli **Senegal** Anayasasının 79.maddesine göre;

"Usulüne uygun olarak onaylanan andlaşma veya anlaşmalar, her bir andlaşma veya anlaşmanın diğer akit tarafından uygulanması kaydıyla, yayınlanmalarından itibaren kanunlara üstün bir otorite kazanırlar."

1992 tarihli **Ukrayna** Anayasa taslağının 8.maddesinin I.fikrasında milletlerarası hukukun genel presiplerine ilişkin "tanıma, kabul, bağlılık, saygı" ifadesi yer alırken, II.fikrasında, "...Ukrayna'nın taraf olduğu usulüne uygun olarak onaylanan veya uygun bulunan ve resmi olarak yayınlanan milletlerarası andlaşmalar hukuk düzeninin bir parçası haline gelir ve devlet organlarının, tüzel kişilerin ve özel kişilerin faaliyetlerinde bağlayıcı olur." denilmektedir.

Ayrıca, Anayasanın 65.maddesinde; "...Ukrayna yasama erki, anayasal prensipler, kişilerin doğal hak ve özgürlükleri ve milletlerarası hakların genel olarak kabul edilen prensipleri ile bağlıdır." hükmü yer almaktadır.

Böylece, 8.maddenin II.fikrası ile 65.maddenin III.fikrası birlikte ele alındığında, Ukrayna Anayasasında, milletlerarası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkiler açısından milletlerarası hukukun üstünlüğünün örtülü olarak kabul edildiği söylenebilir.

1978 tarihli **İspanyol** Anayasasının "Temel Hak ve Ödevler" başlıklı bölümünde yer alan 10.maddesinin I.fikrası şöyledir;

"Anayasa tarafından tanınan temel hak ve özgürlüklere ilişkin prensipler, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve İspanya tarafından onaylanan andlaşma ve anlaşmalara uygun olarak yorumlanır."

Anayasanın 96.maddesinin I.fikrasına göre ise;

"Usulüne uygun olarak yapılan andlaşmalar, İspanya'da resmi olarak yayımlandıkları andan itibaren iç hukuk düzeninin bir parçası haline gelirler. Bunların hükümleri sadece, bizzat andlaşmalarda öngörülen biçimde veya milletlerarası hukukun genel kurallarına uygun olarak kaldırılabilir, değiştirilebilir veya askıya alınabilir."

Böylece, İspanyol Anayasasının bu iki hükmü birlikte ele alındığında, milletlerarası andlaşmaların kanunlardan üstün olduğu söylenebilir. Hatta "uygun

yorum" esası, milletlerarası andlaşmaların Anayasadan dahi üstün olduğu izlenimini uyandırmaktadır⁷⁴.

1990 tarihli **Zaire** Anayasasının 109.maddesinin V.fıkrasına göre;

"Eğer Yüksek Mahkeme; Cumhurbaşkanı veya Millet Meclisi'nin başvurusuyla, bir andlaşmanın veya milletlerarası bir sözleşmenin Anayasaya aykırı bir kayıt içerdiğini bildirirse, bunun onaylanması ancak Anayasa değiştirildikten sonra mümkün olabilir.

Usulüne uygun olarak onaylanan andlaşmalar ve milletlerarası sözleşmeler, -her bir andlaşma veya sözleşmenin diğer akit tarafından uygulanması şartıyla- yayımlandıkları andan itibaren kanunlara üstün bir otorite kazanırlar."

Bu gruptaki anayasalardan Alman ve Türkmen anayasalarında sadece milletlerarası hukukun genel prensipleri açısından milletlerarası hukukun iç hukukun üzerinde olduğu kabul edilmiştir.

1990 tarihinde Doğu ve Batı Almanya birleştikten sonra, Doğu Alman Cumhuriyeti Anayasası askıya alınmış ve Batı Alman Cumhuriyeti Anayasası Birleşik Almanya'nın Anayasası olmuştur.

Buna göre **Alman** Anayasasında milletlerarası hukuk ile iç hukuk ilişkileri konusunda milletlerarası andlaşmalara ilişkin açık bir hüküm mevcut değildir. Ancak, milletlerarası hukukun genel prensiplerine ilişkin olarak 1949 tarihli Anayasanın 25.maddesinde şu hüküm yer almaktadır;

"Milletlerarası hukukun genel kuralları, federal hukukun ayrılmaz parçasıdır. Bu kurallar, kanunlardan önce gelirler ve Federasyon ülkesinde oturanlar için doğrudan doğruya hak ve yükümlülük doğururlar."

1992 tarihli **Türkmen** Anayasasının 6.maddesine göre ise;

"Türkmenistan, milletlerarası hukukun genel kabul gören standartlarının üstünlüğünü tanıyacak, dünya toplumunun eşit bir üyesi olacak ve dış politikada, barış içinde bir arada yaşama, kuvvet kullanımının reddi ve diğer devletlerin iç işlerine karışmama ilkelerine bağlı kalacaktır."

Bu gruptaki anayasalardan bir kısmında ise, hem MHGP hem de MA'lar açısından milletlerarası hukukun iç hukukun üzerinde olduğu kabul edilmiştir.

1990 tarihli **Macar** Anayasasının 7.maddesinin I.fıkrasının ilk cümlesinde, "Macaristan Cumhuriyetinin hukuk sistemi, milletlerarası hukukun evrensel olarak kabul edilen kurallarına saygı gösterir " ifadesiyle Macaristan'ın milletlerarası hukuka saygılı olduğu belirtilmektedir. Fıkranın ikinci cümlesinde ise örtülü olarak,

⁷⁴ Bu konuda bkz., aşağıda, "İspanya" bölümü, s.90-93.

milletlerarası hukukun, iç hukukun üzerinde olduğu izlenimini veren "...ve ayrıca milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerle iç hukuk arasında uyum sağlar." ifadesi yer almaktadır.

Buna göre, Macaristan, milletlerarası andlaşmalar ve milletlerarası hukukun genel prensipleri ayrımını yaparak milletlerarası hukukun iç hukukun üzerinde olduğunu belirtmek yerine, "milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerle iç hukuk arasında uyum sağlar." şeklinde bir ifadeyle, iç hukuku bir bütün olarak milletlerarası hukuka uygun hale getireceği taahhüdü altına girmekte, böylece milletlerarası hukukun üstünlüğünü kabul etmektedir.

1976 tarihli **Portekiz** Anayasasının 8.maddesi şöyledir;

"1.Milletlerarası hukukun genel ve sıradan kural ve prensipleri, Portekiz hukukunun bütünleyici bir parçasıdır.

2.Usulüne uygun olarak onaylanan veya uygun bulunan milletlerarası konvansiyonlarda öngörülen kurallar, resmen yayınlanmalarının ardından, Portekiz Devleti açısından milletlerarası bağlayıcılıkları devam ettiği sürece iç hukukta uygulanırlar.

3.Portekiz'in üyesi bulunduğu milletlerarası kuruluşların yetkili organları tarafından getirilen kurallar, kurucu andlaşmalar bu etkiyi doğuracak biçimde uygulanabilir olduğu oranda, iç hukukta doğrudan etkiye sahiptir."

Anayasanın "Aktif Anayasaya Aykırılık" kenar başlıklı 277.maddesinin 2.fıkrasına göre ise;

"Usulüne uygun olarak onaylanan milletlerarası andlaşmaların organik veya şekli Anayasaya aykırılığı, temel prensiplerin çiğnenmesinden kaynaklanan aykırılık halleri hariç, bu andlaşma hükümlerinin diğer akit tarafından da uygulanması şartıyla, Portekiz Hukukunda uygulanmasını engellemez."

1992 tarihli **Rusya Federasyonu** Anayasa taslağının 3.maddesinin 4.fıkrasına göre;

"Milletlerarası hukukun genel kabul gören prensipleri ve kuralları ve Rusya Federasyonu tarafından onaylanmış bulunan milletlerarası andlaşmalar, hukukunun bir parçasını teşkil eder. Eğer Rusya Federasyonu tarafından onaylanmış bulunan milletlerarası bir andlaşma kanunlardan farklı bir hüküm tesis ederse, milletlerarası andlaşma hükümleri uygulanır."

1991 tarihli **Slovenya** Anayasasının 8.maddesine göre;

"Kanunlar ve diğer düzenlemeler, milletlerarası hukukun genel kabul gören prensiplerine ve Slovenya'nın taraf olduğu milletlerarası sözleşmelere uygun olmalıdır. Onaylanan ve yayınlanan milletlerarası andlaşmalar doğrudan uygulanır."

Anayasanın 153.maddesinde yasama organının işlemleriyle ilgili olarak benzer bir hüküm yer almaktadır;

"...Kanunlar, milletlerarası hukukun genel kabul gören prensiplerine ve Meclis tarafından usulüne uygun olarak onaylanmış milletlerarası andlaşmalara, hukuki düzenlemeler ve diğer genel kanunlar, onaylanmış milletlerarası andlaşmalara uygun olmalıdırlar."

1975 tarihli **Yunan** Anayasasının 2. maddesinin 2. fıkrasında, MHGP açısından "tanıma, bağlılık, kabul, saygı" ifadesi yer alırken, 28.maddenin 1.fıkrasında hem MHGP, hem de MA açısından milletlerarası hukukun iç hukukun üzerinde olduğu kabul edilmektedir;

"Milletlerarası hukukun genel kabul gören kuralları ve aynı zamanda milletlerarası konvansiyonlar, kanunda gösterilen şartlar dahilinde uygulanabilir hale geldikleri andan itibaren, Yunan iç hukukunun bir parçası haline gelirler ve kendileriyle çatışan kanun hükümlerinden üstün olurlar."

B-Sonuç;

Bu gruptaki anayasaların çoğu, milletlerarası hukukun iç hukuka üstünlüğünü milletlerarası andlaşmalar ve kanunlar arasında çıkabilecek çatışmada üstünlüğü milletlerarası andlaşmalara vererek kabul etmiş, ancak bazı anayasalar, belli konularda daha da ileri giderek, milletlerarası andlaşmalara Anayasa-üstü değer tanınmasını sağlayacak düzenlemeler getirmiştir.

2)GENEL DEĞERLENDİRME;

İncelenen 145 Anayasadan iki önemli grup Anayasanın milletlerarası hukuk- iç hukuk ilişkileriyle doğrudan ilgili hükümler içermediği görülmektedir; eski İngiliz sömürgelerine ait anayasalar ve kapalı rejimlere sahip devletlerin anayasaları.

Bu 145 Anayasadan milletlerarası hukuk-iç hukuk ilişkileriyle doğrudan ilgili hükümler içeren anayasaların ise eski Fransız sömürgelerine ait anayasalar ve Sosyalist Blokun çökmesinin ardından dışa açılmaya çalışan devletlerin anayasaları olduğu görülmektedir.

a)İngiliz ve Fransız Modelinin Milletlerarası Hukuk ile İç Hukuk İlişkileri

Konusunda Yapılan Anayasal Tercihler Üzerindeki Etkisi;

Anayasaların tarihi dört döneme ayrılarak incelenmektedir;

İlk dönem, 1776-1812'ye kadar süren dönemdir. Bu dönemde, ilerde birçok Anayasaya kaynaklık edecek olan ilk örnekler ortaya çıkmıştır (modal constitutions).

Geleneksel İngiliz Anayasal Monarşisi, 1787 Amerikan Anayasası, 1791 Fransız Anayasası, 1812 İspanyol Anayasası gibi önemli örnekler bu dönem içinde incelenmektedir.

İkinci dönem, bir önceki dönemde ortaya çıkan örneklerden etkilenen 19.yy. anayasalarının dönemidir.

Yazılı anayasaların yayıldığı bu dönemde, özellikle, Avrupa ve Avrupa'nın sömürgeleri ard arda yazılı anayasalar kabul etmişlerdir. Örneğin, 1876 Türk Anayasası bu dönemde incelenmektedir.

Üçüncü dönem, 1918 yılından sonraki, yani I.Dünya Savaşı'nın sona ermesinden sonraki dönemdir. Bu dönemde mevcut anayasalar demokratikleşmiş ve ayrıca tümüyle yeni bir model olan Sovyet modeli ortaya çıkmıştır.

Dördüncü dönem ise, 1945 sonrası dönemdir. II.Dünya Savaşı sona erdikten sonra, Afrika ve Asya'da bulunan eski sömürgeler bağımsızlıklarını ilan etmişler ve ardından da teker teker anayasalarını yapmışlardır.⁷⁵

II.Dünya Savaşı sonrasında eski sömürgelerde ortaya çıkan bu Anayasa yapım sürecinde yapılan tercihleri çeşitli faktörler etkilemiştir.

Öncelikle, eski sömürgelerde anayasaları yapacak olan kişiler İngiltere, Hollanda ya da Fransa gibi ülkelerde eğitim gördükleri için Batı Avrupa Anayasa modellerini ülkelere taşımaya çalışmışlardır. Ayrıca sömürgeci güçlerden miras kalan siyasi yapı ve bu yapı içinde yer alan Batı tipi kurumlara aşina kişiler, yapılan anayasal tercihlerde etkili olmuşlardır.⁷⁶

Bağımsızlıklarına kavuşmuş olsalar da henüz eski efendilerinden tam anlamıyla kopamayan bu devletler, söz konusu faktörlerin etkisiyle yaptıkları anayasalarda Batı Avrupa tipi kurumlara yer vermişlerdir. Bu etkilenme, eski sömürgeler açısından, bazı kurumları alıp bunları kendi bünyelerine uydurarak anayasalarına aktarmanın ötesinde, tek tip anayasalardan söz edilebilecek boyutlara ulaşmıştır.

Eski sömürgelerin örnek aldıkları anayasal modellerin başında İngiliz ve Fransız modelleri gelmektedir. Bu bağlamda milletlerarası hukuk ile iç hukuk ilişkileri açısından da bu iki modelin etkileri eski sömürge anayasalarında açıkça tespit edilebilmektedir.

⁷⁵Anayasa tarihi konusunda bkz.; S.E.Finer, "Notes Towards a History of Constitutions," in *Constitutions in Democratic Politics*, ed. Vernon Bogdanor (Cambridge, 1988: Gower Publishing Company), s. 17-32.

⁷⁶Bu konuda bkz.; Fatma Mansur, *Process of Independence* (Bristol, 1962: Routledge & Kegan Paul), s. 99-131.

Eski İngiliz sömürgesi olan ülkelerin anayasalarında İngiliz Düalist modeline uygun olarak, milletlerarası hukuk-iç hukuk ilişkileriyle ilgili hüküm yer almamaktadır.

Eski Fransız sömürgesi olan ülkelerin anayasalarında ise, Fransız Monist modeline uygun olarak, milletlerarası hukuk-iç hukuk ilişkileriyle doğrudan ilgili hükümler yer almaktadır. Hatta bu ülkelerin anayasalarında yer alan milletlerarası anlaşmalara ilişkin hükümlerin Fransız Anayasasının 55.maddesiyle, ufak tefek ifade değişiklikleri dışında aynı olduğu söylenebilir.⁷⁷

b)Demokratikleşme ve Dışa Açılmanın Milletlerarası Hukuk ile İç Hukuk İlişkileri Konusunda Yapılan Anayasal Tercihler Üzerindeki Etkisi;

II.Dünya Savaşı sonrasında bağımsızlığına kavuşan eski sömürgelerde yaşanan yoğun Anayasa yapım sürecinin bir benzeri, Soğuk Savaş sonrasında dağılan Sosyalist Blokun eski üyelerinde yaşanmaktadır.

Ünlü Siyaset bilimci Samuel P. Huntington, "Üçüncü Dalga" adlı kitabında, üç demokratlaşma dalgasından söz etmektedir. Buna göre;

-Birinci uzun demokratlaşma dalgası	1828 - 1926
-Birinci ters dalga	1922 - 1942
-İkinci kısa demokratlaşma dalgası	1943 - 1962
-İkinci ters dalga	1958 - 1975
-Üçüncü demokratlaşma dalgası	1974 - ~

Üçüncü demokratlaşma dalgası ilk olarak Güney Avrupa'da kendini göstermiştir. 1974'te Portekiz'de diktatörlüğün sona ermesinin ardından Yunanistan ve İspanya'da demokrasiye geçilmiştir.

1970'lerin sonlarında demokrasi dalgası, Latin Amerika'ya geçmiş, Peru, Honduras, El Salvador ve Guatemala; Latin Amerika'da yaşanan demokratlaşma dalgasında demokrasiye geçen ülkeler arasında yer almıştır.

Daha sonra Asya'da belirtilerini gösteren demokrasi akımı, onyıllar sonlarında Komünist dünyayı kaplamıştır. Macaristan, Sovyetler Birliği, Romanya, Bulgaristan gibi eski Sosyalist Blok üyesi ülkelerde Komünist rejimler tek tek çökmüş ve demokrasiye geçiş çalışmalarına başlanmıştır.

Bu sırada Batı yarımkürede de demokratlaşma devam etmiş, örneğin, Haiti'de 1990 yılında demokratik bir yönetim seçilmiştir.

⁷⁷Bu konuda bkz.; Deener, a.g.m., s.282-290.

Yani demokrasi hareketi küresel bir nitelik göstermiştir. 1974'ten itibaren onbeş yıl içinde, Güney Avrupa'dan başlayıp Latin Amerika'yı kaplamış, Asya'ya geçmiş ve Sovyet Blokundaki diktatörlükleri yıkmıştır.⁷⁸

Böylece tüm dünyayı kaplayan demokratlaşma dalgası, demokratik olmayan ülkelerdeki rejimlerin çökmesine ve yerine daha demokratik rejimlerin kurulmasına yol açmıştır. Yeni kurulan bu demokratik rejimler çerçevesinde demokratik düzenlemelere yer veren anayasalar yapılmaya başlanmıştır.⁷⁹

Fikrimizce, anayasalarda yer verilen bu demokratik düzenlemelerden biri de milletlerarası hukukun üstünlüğünün tanınmasıdır.

Milletlerarası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkiler açısından milletlerarası hukukun iç hukukun üzerinde olduğunu kabul eden 31 Anayasadan 17 tanesinin (Bulgaristan, El Salvador, Estonya, Guatemala, Haiti, Honduras, Hırvatistan, Macaristan, Peru, Portekiz, Romanya, Rusya, Slovenya, Türkmenistan, Ukrayna, Yunanistan, İspanya) (% 54,83), Huntington'ın Üçüncü demokratlaşma dalgası olarak nitelendirdiği 1974 sonrası demokratlaşma sürecinin yaşandığı ülkelerde, demokratlaşma hareketleri neticesinde yapılmış olması dikkat çekicidir.

Özellikle, Üçüncü demokratlaşma dalgasının şiddetle yaşandığı eski Sosyalist Bloкта sürdürülen Anayasa yapım sürecinin birtakım ortak motifleri vardır. Bunlar; hukuk devletinin kurulması, temel insan haklarının etkin bir biçimde korunması, çok partili parlamenter demokrasinin ve özel mülkiyetin tesis edilmesidir. Bu motiflerin her biri, eski Sosyalist ülkelerde yaşanan son kırk-kırkbeş yıla yapılan esaslı bir reddiyedir.⁸⁰

Eski Sosyalist Blok üyelerinin anayasal tercihlerini şekillendiren geçmişe dönük bu faktörün yanında, geleceğe dönük bir faktör de gözardı edilmemelidir. Sosyalist Blok dağıldıktan sonra, yeni kurulan dünyada ve özellikle Avrupa'da kendilerine bir yer edinmeye çalışan, Avrupa'nın bir parçası olmayı düşleyen bu devletler, bunu yapabilmek için Avrupa'da etkin bir işbirliği gerçekleştiren milletlerarası kuruluşlara üye olmayı amaçlamaktadırlar.

Özellikle, söz konusu devletlerde yaşanan ekonomik çöküş, onları gelişmiş Batılı devletlere bağımlı kılmaktadır.⁸¹

⁷⁸Bu konuda bkz.; Samuel P. Huntington, *Üçüncü Dalga-Yirminci Yüzyıl Sonlarında Demokratlaşma*, Çeviren: Ergun Özbudun (Ankara, 1993: Türk Demokrasi Vakfı Yayınları), s.10-22.

⁷⁹Bu konuda bkz.; Ergun Özbudun, *Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı* (İstanbul, 1993: Bilgi Yayınevi).

⁸⁰Bu konuda bkz.; Herman Schwartz, "Constitutional Developments in East Central Europe," J.I.A., Vol.45, No.1, Summer 1991, s.71-89.

⁸¹Bu konuda bkz.; Gertrude E. Schroeder, "On the Economic Viability of New Nation States," J.I.A., Vol.45, No.2, Winter 1992, s.549-574.

Gelişmiş Batılı devletler bu devletleri eleştirmekte ve aralarına girmeleri için henüz erken olduğunu belirtmektedirler.

Batılı devletlerin eleştirileri iki noktada yoğunlaşmaktadır; insan hakları standartları ve ekonomik gelişmişlik düzeyi.

Batılı devletler, bu iki noktada yetersiz buldukları eski Sosyalist Blok üyesi devletlerin aralarına katılabilmeleri için demokratik kurum ve kuruluşları hayata geçirmelerini ve piyasa ekonomisi modelini uygulamalarını ön-koşul olarak ileri sürmektedirler.

İşte, bu yeni kurulan devletlerin anayasalarında yer alan milletlerarası hukukun üstünlüğüne dair hükümleri bir de bu açıdan yorumlamak gerekir.

Bu devletler anayasalarını ve hukuk sistemlerini milletlerarası hukuka açarak önce kendilerini milletlerarası camiaya ve özellikle Avrupa'ya kabul ettirmeyi, ardından da onların arasına girmeyi düşünmektedirler.

Yeni devletlerin reformcu kadroları tarafından yürütülen bu dışarı açılma politikasının anayasal yansımaları, Batı kaynaklı insan hakları standartlarının ve ekonomik kurumların bu ülkelere aktarılabilmesi için gereken altyapıyı hazırlamaktadır.

Demokratlaşma ve dışa açılma politikalarının etkisiyle milletlerarası hukukun üstünlüğünü benimseyen bu anayasaların karşısında, milletlerarası hukuktan anayasalarında söz etmeyen, demokrasiye geçememiş, kapalı rejimlerin hüküm sürdüğü bazı devletler yer almaktadır. Bu konuda, Afganistan, Arnavutluk, Çin, Küba gibi Komünist devletler ya da şeriat düzenini benimseyen İran örnek olarak gösterilebilir.

Ancak günümüzde, bu devletlerin bir kısmında da demokratlaşma ve dışa açılmanın başladığı söylenebilir.

Sonuçta;

Milletlerarası hukuk-iç hukuk ilişkileriyle doğrudan ilgili hükümler içeren anayasalarda, gittikçe artan bir milletlerarası hukuka üstünlük tanıma eğiliminin varlığından söz edilebilir.

Milletlerarası hukukun üstünlüğünü açık ya da örtülü olarak kabul eden anayasaların yürürlüğe giriş tarihlerine göre dağılımı şöyledir (Tablo 2);

1950-1959	1 (%3,2)
1960-1969	4 (%12,9)
1970-1979	8 (%25,8)
1980-1989	6 (%19,3)
1990 ve sonrası	12 (%38,7)

Söz konusu anayasaların yürürlüğe giriş tarihleri ise aşağıdaki tabloda gösterilmiştir (Tablo 3).

1950-1959	Fransa
1960-1969	Senegal, Fildişi Sahili, Paraguay, Kosta-Rika*
1970-1979	Gabon, Komorolar, Mali, Peru, Yunanistan, Ekvatorial Gine, İspanya, Portekiz
1980-1989	El Salvador, Guatemala, Haiti, Hollanda, Honduras, Nijer
1990 ve sonrası	Almanya**, Bulgaristan, Burkino-Faso, Estonya, Hırvatistan, Macaristan, Romanya, Rusya, Slovenya, Türkmenistan, Ukrayna, Zaire

*1949 tarihli Kosta-Rika Anayasasının ilgili hükmü 31 Mayıs 1968 tarihli, 4123 sayılı kanunla değiştirilmiştir.

**1990 tarihinde Doğu ve Batı Almanya birleştikten sonra, 1949 tarihli Federal Alman Cumhuriyeti Anayasası Birleşik Almanya'nın Anayasası olmuştur.

Bütün bunlar göstermektedir ki; II.Dünya savaşı sonrasında anayasalarda görülen milletlerarası hukuka açılma eğilimi günümüzde doruğa tırmanmıştır.⁸²

145 Anayasa üzerinde yaptığımız karşılaştırmalı analiz, milletlerarası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkiler açısından, günümüzde pratikte geliştirilen modeller hakkında önemli ipuçları içermektedir. Ancak, Milletlerarası Anayasa Hukuku, iki ayrı mekan teorisinin bittiği yerde kurulan hukuk olduğuna göre, iki ayrı mekan teorisinin sonunu hazırlayan gelişmeleri, hem milli hukuk hem milletlerarası hukuk penceresinden değerlendirip, sonuçta, bu iki ayrı mekan arasındaki duvarların nasıl yıkıldığını ortaya koymamız gerekir.

⁸²II.Dünya Savaşı sonrası Anayasalarında milletlerarası hukuka üstünlük tanıma eğilimi hakkında bkz.; Deener, a.g.m., s. 282-293.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

DEVLETLER PRATİĞİNDE MİLLETLERARASI HUKUK İLE İÇ HUKUK ARASINDAKİ İLİŞKİLER VE MİLLETLERARASI ORTAK MEKANLAR

A)DEVLETLER PRATİĞİNDE MİLLETLERARASI HUKUK İLE İÇ HUKUK ARASINDAKİ İLİŞKİLER

Klasik milletlerarası hukukun üzerine kurulu olduğu iki ayrı mekan teorisinin sonunu hazırlayan gelişmeleri milli hukuk penceresinden değerlendirdiğimizde karşımıza Milletlerarası Anayasa Hukukunun önemli problemlerinden biri olan "milletlerarası normu kabul yapıları"⁸³ problemi çıkmaktadır. Buna göre, milletlerarası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkiler konusunda devletlerin anayasalarında yer alan düzenlemeler, söz konusu devletlerin hukuk sistemleri içinde, doktrin ve pratikle birlikte ele alınmalıdır.

1)AMERİKA BİRLEŞİK DEVLETLERİ;

1787 tarihli A.B.D. Anayasasının VI.maddesinin II.fıkrasında, milletlerarası anlaşmalarla ilgili şu hüküm yer almaktadır;

"Bu Anayasa ve Anayasa'ya göre yapılacak Birleşik Devletler Yasaları, Birleşik Devletlerin yapacağı tüm anlaşmalar, ülkenin üstün hukuk kurallarını oluştururlar ve her federe devletteki yargıçlar için o federe devletin yasalarındaki ve anayasasındaki karşıt hükümlere rağmen bağlayıcı olurlar."

Ancak bu madde milletlerarası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkiler açısından açık bir düzenleme getirmemektedir. "...Birleşik Devletlerin yapacağı tüm anlaşmalar, ülkenin üstün hukuk kurallarını oluştururlar" ifadesi ile; Anayasa, kanun ve anlaşmaların aynı konumda mı olduğu anlatılmak istenmiştir? Yoksa, VI.madde, anlaşma ve kanunların eşit oldukları, ancak Anayasanın altında yer aldıkları şeklinde mi yorumlanmalıdır?

⁸³Bakır Çağlar'a göre; "Prosedürel Milletlerarası Anayasa Hukuku" nun ["Prosedürel Milletlerarası Anayasa Hukuku-Materiel Milletlerarası Anayasa Hukuku" ayrımı için bkz., yukarıda, dn.42] ilk problemi, Anayasalarda "Milletlerarası norm'u kabul yapıları" olmuştur, özellikle de İnsan Hakları Avrupa Konvansiyonu ve Topluluk Hukuku normlarını kabul yapıları, F.Ermacora'nın not ettiği gibi, bir "Hürriyet Mekanı"nın kurulmasında, Anayasaların milletlerarası normları kabul yapılarını uyusur duruma getirme önemli bir sorundur". Bu problemin, demokratikleşme sürecine giren "Öteki Avrupa"da da kritik bir önemi vardır. Ancak "kabul yapıları" sadece Anayasalarla getirilmez. İctihadi Anayasa Hukukları da "Milletlerarası norm"u kabul yapıları kurmuşlardır." Çağlar, Anayasal Demokrasi, s.25.

Bu konuda bir karar verebilmek için VI.maddeyi yargıç ve yazarların görüşleriyle birlikte ele almak gerekir.

Amerikan pratiğinde, Yargıç Marshall'ın, *Foster and Elam v. Neilson* davasında ortaya koyduğu, "kendiliğinden icra yeteneğine sahip olan andlaşmalar" ve "kendiliğinden icra yeteneğine sahip olmayan andlaşmalar" ayrımı milletlerarası andlaşmaların iç hukuktaki yerinin belirlenmesinde temel ölçüt olarak işlev görmektedir.⁸⁴

Buna göre, "kendiliğinden icra yeteneğine sahip olan andlaşmalar" yürürlüğe girdikten sonra, yürütme ve yargı organları tarafından otomatik olarak uygulanırlar. Bu tür andlaşmalar açısından uygulamada ortaya çıkan anayasal bir sınır vardır. Kongre'nin münhasır kanun yapma yetkisine (exclusive law-making power) giren konularda yapılacak milletlerarası andlaşmalar, ancak Kongre'nin bu konuda bir tasarruf yapmasıyla iç hukukta hüküm ifade ederler. Bütçeden harcama yapılmasını gerektiren, Birleşik Devletleri savaşa sokan, ülkede yeni bir vergi konulmasına neden olan milletlerarası andlaşmaların düzenlediği konuların Kongre'nin münhasır kanun yapma yetkisine girdiği kabul edilmektedir.⁸⁵

"Kendiliğinden icra yeteneğine sahip olan andlaşmalar"ın iç hukukta yürütme ve yargı yerleri tarafından otomatik olarak uygulanması sonucu, bu tür andlaşmaların hükümleriyle iç hukuktaki diğer düzenlemelerin çatışma olasılığı ortaya çıkmaktadır. Böyle bir durum söz konusu olduğunda, andlaşma ile iç hukuk kuralları arasındaki çatışma nasıl çözümlenecektir? A.B.D. pratiği bu konuda, farklı iç hukuk kuralları için farklı çözümler üretmiştir. Buna göre;

Milletlerarası andlaşmalar Federe devletlerin hukukunun üzerinde yer alırlar. Federal devletin imzaladığı bir milletlerarası andlaşmaya Federe devletlerin uymaması durumunda, birliğin tehlikeye düşmesini engellemek amacıyla getirilen ve VI.maddede yer alan "...Birleşik Devletlerin yapacağı tüm anlaşmalar, ülkenin üstün hukuk kurallarını oluştururlar ve her federe devletteki yargıçlar için o federe devletin yasalarındaki ve Anayasasındaki karşıt hükümlere rağmen bağlayıcı olurlar."

⁸⁴Yargıç Marshall'a göre; "Andlaşma niteliği itibariyle, bir teşrii tasarruf değil, iki devlet arasında bir akittir. Bu özellikle ülke içinde uygulanması söz konusu olduğu ölçüde, genel olarak, konusunu teşkil eden hususu kendiliğinden gerçekleştirmez ve fakat bunun, tasarrufa taraf olan hükümran kuvvet tarafından uygulamaya konulması gerekir... Amerika Birleşik Devletlerinde farklı bir esas kabul edilmiştir. Anayasamız andlaşmanın ülkenin hukuku olacağını beyan eder. Bundan ötürü, bunun herhangi bir teşrii tasarrufun yardımı olmaksızın kendiliğinden uygulanabildiği her halde, mahkemelerde, teşrii bir tasarrufa eşit bir muamele görmesi gerekir. Ancak ilgili hükmün ifadesi bir akdi tazammun ediyorsa, taraflardan biri belli bir davranışın yapılması yükümlünü yükleniyorsa, andlaşma kazai organlara değil siyasi organlara hitap eder ve mahkemelerce uygulanacak bir kural olması için, yasama organının akti icra etmesi gerekir." *"Foster and Elam v.Neilson"* 27 US (2 Pet.) 252, 311 (1829). Toluner, a.g.e., s.469-470.

⁸⁵Bu konuda bkz., Henkin-Pugh-Schachter-Smit, a.g.e., s.200.

ifadesinden bu sonuç çıkmaktadır. Buna göre, bir milletlerarası andlaşma hükmü ile bir Federe devlet kanunu ya da Anayasası çatıştığında milletlerarası andlaşma hükmü uygulanacaktır.

Ama aynı şeyi Federal devlet kanunları için söylemek mümkün değildir. Amerikan pratiğinde, genel olarak, VI.maddeden milletlerarası andlaşmaların Federal devlet kanunlarından üstün olduğu sonucunun çıkarılamayacağı, yasama organı katılmadan sadece yürütme organı tarafından yapılan milletlerarası andlaşmalar (executive agreements) hariç, diğer milletlerarası andlaşmaların kanunlarla eşit konumda olduğu kabul edilmektedir.⁸⁶ Bu durumda, bir milletlerarası andlaşma ile bir Federal devlet kanunu, yani Birleşik Devletler kanunu çatıştığı zaman "lex posterior derogat priori" kuralı geçerli olacak ve en yakın tarihli kanun uygulanacaktır.⁸⁷

Milletlerarası andlaşmalar ile Anayasa arasındaki ilişkiler açısından ise, genel olarak, milletlerarası andlaşmaların Anayasaya uygun olması gerektiği kabul edilmektedir. 1950'lerde, Birleşik Devletler tarafından imzalanan Birleşmiş Milletler Şartı ve diğer milletlerarası andlaşmaların Anayasa üzerinde bazı sınırlamalar getireceğinden korkan "soyutlanma politikası yanlıları"nın etkisiyle (isolationists), Senatör Bricker tarafından Anayasa ile çatışan milletlerarası andlaşma hükümlerinin hiçbir hukuki etkisi olamayacağını öngören bir Anayasayı tadil teklifi (amendment) verilmiştir. Bu teklif, Senato'da tek oy farkla reddedilmiştir ama daha sonra Yüksek Mahkeme (Supreme Court), *Reid v. Covert* davasında⁸⁸ verdiği kararla, hiçbir milletlerarası andlaşmanın Kongre'ye veya diğer bir organa Anayasa'da öngörülen sınırlamalardan bağımsız bir yetki bahşedemeyeceğini hükme bağlamıştır.⁸⁹ Ancak Bakır Çağlar'ın belirttiği gibi; "...andlaşmaların Anayasaya uygun olması gerektiği konusunda bir "dikta"nın varlığına rağmen Supreme Court bugüne kadar bir andlaşmanın Anayasaya aykırılığına karar vermiş değildir."⁹⁰

⁸⁶Milletlerarası andlaşmaların Birleşik Devletler kanunlarına üstünlüğünü savunan bir görüş için bkz. ; Henkin, *Foreign Affairs*, s.62-64.

⁸⁷Bu konuda Yüksek Mahkeme'nin verdiği en önemli kararlardan biri 1888 tarihli "*Whitney v. Robertson*", 124 US 190, 8 S.Ct.456, 31 L.Ed.386, karardır. Bu kararın metni için bkz.; Henkin-Pugh-Schachter-Smit, a.g.e., s.205-209.

⁸⁸"*Reid v. Covert*", 354 US.1, 16-17 (1957). Karar metni için bkz., *Constitutional Law*, Edward L. Barrett, Jr.-William Cohen (New York, 1981-6th Edition: The Foundation Press, Inc.), s.245-247.

⁸⁹Jethro K. Lieberman, *The Evolving Constitution*, (New York, 1992: Random House), s.544.

⁹⁰Bakır Çağlar, *Anayasa Bilimi* (İstanbul, 1989: BFS Yayınları), s.52.

"Kendiliğinden icra yeteneğine sahip olmayan andlaşmalar" ise, ancak yasama organının bu konuda yapacağı bir tasarrufla (implementing act) iç hukukta hüküm ifade edeceklerdir.

Sonuçta, yürütme organı, bir milletlerarası andlaşmanın iç hukukta hüküm ifade etmesi için bir yasama tasarrufuna ihtiyaç olup olmadığına karar verecektir. Yargı organı ise, bakmakta olduğu bir davada, bir andlaşma hükmünü kanun gibi uygulamak veya yasama organının bu konuda yapacağı tasarrufu beklemek arasında bir tercih ortaya koyarak benzer bir karar verecektir.

Amerikan mahkemeleri, eğer andlaşma metninden bir andlaşmanın kendiliğinden icra yeteneğine sahip olup olmadığı ya da tarafların bu andlaşmayı hangi amaçla imzaladıkları anlaşılmıyorsa, bu konuda karar verebilmek için, Başkanın andlaşmayı imzalarken veya onay için Kongre'ye, Senato'ya sunarken yaptığı açıklamaları, Kongre'de, Senato'da andlaşma konusunda yapılan görüşmeleri göz önüne almaktadırlar.⁹¹

A.B.D. Senatosu ve mahkemelerinde, milletlerarası andlaşmaları, "kendiliğinden icra yeteneğine sahip olmayan andlaşmalar" olarak yorumlama konusunda artan bir eğilimin varlığından söz edilmektedir.⁹²

Özellikle son yıllarda, milletlerarası insan hakları sözleşmeleri A.B.D.'de "kendiliğinden icra yeteneğine sahip olmayan andlaşmalar" olarak nitelendirilmektedir. Buna örnek olarak, Birleşmiş Milletler Şartı, Amerikan Devletleri Organizasyonu Şartı ve Mülteciler Protokolü gösterilebilir.⁹³

A.B.D.'nin, milletlerarası insan hakları sözleşmeleri karşısındaki tavrı konusunda yapılan bu pesimist değerlendirmeler, insan haklarına ilişkin milletlerarası örf ve adet hukuku konusunda yerini optimist değerlendirmelere bırakmaktadır.

A.B.D. Anayasasının VI.maddesinin II.fıkrasında, Birleşik Devletlerin yapacağı tüm anlaşmaların, ülkenin üstün hukuk kurallarını oluşturacağı belirtildiği halde, A.B.D. her zaman, milletlerarası insan hakları sözleşmelerini ya imzalamaktan kaçınarak ya da bunların kendiliğinden icra yeteneğine sahip olmadığı yolunda yorumlar yaparak bunların iç hukukta etkili olmasını engellemekte veya bunların

⁹¹Bu konuda Yüksek Mahkeme "Fujii v. State of California", 217 P.2d 481 (1950), davasında şu kararı vermiştir; "Bir andlaşmanın kendiliğinden uygulanma niteliğini haiz olup olmadığı hususunu tayin için mahkemeler, ilgili metnin ifadesinde açıklandığı biçimde, imzacı devletlerin maksadına bakarlar ve eğer metin açık değilse, bunun uygulanmasına ilişkin hal ve şartlara başvurabilirler..." Toluner, a.g.e., s.471.

⁹²Henkin, Foreign Affairs, s.63.

⁹³Bu konuda bkz.; Richard B. Lillich, "The Constitution and International Human Rights," A.J.I.L., Vol.83, No.4, s.851-862.

etkisini azaltmaya çalışmaktadır. Bu durum, milletlerarası örf ve adet hukuku (international customary law) açısından geçerli değildir. En azından oluşum sürecinde, A.B.D.'nin ısrarla karşı çıkmadığı milletlerarası örf ve adet hukuku kuralları, ipso facto, üstün federal hukuk (supreme federal law) haline gelir ve Birleşik Devletlerin faaliyet, ilişki ve menfaatlerinin düzenlenmesinde etkili olurlar.

VI.maddede, milletlerarası andlaşmaların aksine, milletlerarası örf ve adet hukukundan söz edilmediği halde, Yüksek Mahkeme, 1900 tarihli *The Paquete Habana* davasında verdiği kararda, milletlerarası örf ve adet hukukunun iç hukukun bir parçası olduğunu hükme bağlamıştır.⁹⁴

Günümüzde A.B.D. pratiğinde, milletlerarası örf ve adet hukuku çerçevesinde, insan haklarına ilişkin ileri adım sayılabilecek kararlar olduğu gibi, tam aksi yönde kararlar da mevcuttur.

Örneğin, işkenceden yakınları ölen iki Paraguaylı tarafından açılan *Filartiga v. Pena-Irala*⁹⁵ davasında, Temyiz Mahkemesi, söz konusu fiilin yerleşik milletlerarası insan hakları normlarına aykırı olduğuna karar vermiş ve böylece milletlerarası hukuk kavramını milletlerarası örf ve adet hukuku çerçevesinde yorumlamıştır.

Ama, Kübalı bir yabancının, keyfi olarak uzun süre tutuklu kalmasıyla ilgili *Garcia-Mir v. Meese*⁹⁶ davasında, Temyiz Mahkemesi, Başkanın ülke menfaatleri doğrultusunda milletlerarası örf ve adet hukukundan kaynaklanan yükümlülükleri göz ardı edebilme yetkisi olduğunu karara bağlamıştır.

Bütün bunlara rağmen, son yıllarda A.B.D.'de, pek çok Federal ve Federe mahkeme kararında, A.B.D. hukukunda garanti altına alınan hakların içerik ve sınırını tespit etmek için, Birleşmiş Milletler Şartı, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve diğer milletlerarası insan hakları belgelerine açıkça yollama yapılmaktadır. 1989 tarihli *Thompson v. Oklahoma*⁹⁷ davasında, Yüksek Mahkeme, anayasal standartları belirlemek için bu belgelerden yararlanmayı sürdüreceğini belirtmiştir.⁹⁸

⁹⁴"Hakim Gray, sahilde balıkçılık yapan gemilerin, harp ganimeti addedilmemesi yolunda bir örf ve adet kuralının yerleşmiş olduğunu göstermek için, kuralın ABD uygulamasında da kabul edildiğini belirtmeden önce, 1403'ten itibaren çeşitli devletlerin uygulamasını ve doktrini eleştirmiş ve şu sonuca varmıştır: Bu yoldaki bir milletlerarası hukuk kuralı, kendi hükümetinin taraf olduğu bir andlaşma veya bir tasarrufun bulunmaması halinde, milletlerarası hukuku uygulamakta olan bir deniz mahkemesinin, ilgili meselede göz önünde bulundurması ve uygulaması gereken kurallardan biridir." *"The Paquete Habana"* 175 US 676 (1900), Toluner, a.g.e., s.636.

⁹⁵"*Filartiga v. Pena-Irala*", 630 F.2d 876 (2d Cir.1980).

⁹⁶"*Garcia-Mir v. Meese*", 788 F.2d 1446, 1453 (11th Cir.), cert. denied 479 US 889 (1986).

⁹⁷"*Thompson v. Oklahoma*", 108 S.Ct. 2687 (1988)

⁹⁸Söz konusu mahkeme kararları için bkz.; Lillich, a.g.m., s.856-860.

2)İNGİLTERE;

Yazılı bir Anayasanın bulunmadığı İngiliz Hukuk sisteminde, milletlerarası andlaşmalar açısından düalist model çerçevesinde değerlendirilen bir uygulama söz konusudur.⁹⁹

Buna göre, genel kural olarak, andlaşma akdetme yetkisi yürütme organına aittir. Yürütme organının, yasama organından yetki almasına gerek olmadığı gibi, daha sonra bu andlaşmayı yasama organının onayına sunması da gerekli değildir. Böylece, yürütme organının münhasıran sahip olduğu yetkiye dayanarak akdettiği bir milletlerarası andlaşma Birleşik Krallık için, milletlerarası düzeyde bağlayıcı hale gelmektedir. Ancak, söz konusu milletlerarası andlaşmanın uygulanması, iç hukukta değişiklik yapılmasını gerektiriyorsa, bu durumda işin içine yasama organı girecektir. Bireyler açısından, yeni hak ve yükümlülükler yaratma veya mevcut hak ve yükümlülüklerde değişiklik yapma yetkisi sadece yasama organına aittir. Yani, milletlerarası bir andlaşmanın iç hukukta uygulanabilmesi için yasama organının bu konuda yapacağı bir tasarrufa (Act of Parliament) ihtiyaç vardır.¹⁰⁰

Eğer, yasama organı, milletlerarası andlaşmanın iç hukukta uygulanmasını mümkün kılacak bu tür bir tasarruf yapmazsa ne olacaktır?

Bu durumda, yürütme organının tasarrufuyla milletlerarası düzeyde bir taahhüt altına giren Birleşik Krallık, bu taahhüdü yerine getirmediği için milletlerarası hukuk açısından sorumlu olacak, ama yine de, milletlerarası andlaşma, iç hukukta herhangi bir etkiye sahip olmayacaktır.

Bu bağlamda, **A.T.** Hukukunun İngiliz Hukukundaki yerini doğru değerlendirebilmek için "Parlamentonun üstünlüğü prensibi" ile "Topluluk Hukukunun üstünlüğü prensibi" arasındaki ilişkiyi incelememiz gerekir.

İngiliz Anayasa Hukukunun temel prensiplerinden biri "Parlamentonun üstünlüğü prensibidir". Buna göre, yazılı bir Anayasanın bulunmadığı İngiliz hukuk sisteminde bütün kanunlar eşit konumdadır. Birinin diğerine üstünlüğü söz konusu değildir. Dolayısıyla, Parlamento, çıkaracağı sonraki tarihli bir kanunla, önceki tarihli bir kanunu geçersiz kılabilir. Ayrıca, İngiliz hukuk sisteminde, kanunların bir üst norma uygun olup olmadığını denetleyen bir organ da yoktur. Diğer pek çok Avrupa

⁹⁹Bu konuda bkz.; E.C.S. Wade-G. Godfrey Phillips, *Constitutional and Administrative Law* (New York, 1979-9th edition: Longman), s. 303-306.

¹⁰⁰Lord Atkin'e göre; "...İngiliz İmparatorluğunda iyice yerleşmiş bulunan kural, andlaşmanın akdi işleminin yürütmenin bir tasarrufu olduğu ve fakat, bundan doğan vecibelerin ifası, eğer mevcut olan iç hukukun değişmesi sonucunu doğuruyorsa, bunun için teşrii bir tasarrufun yapılmasının gerekli olmasıdır..." (Attorney General for Canada v. Attorney General for Ontario davası) Toluner, a.g.e., s.445.

ülkesinin aksine, İngiltere'de Parlamento tasarruflarının denetlenmesine imkan veren bir Anayasa yargısından söz edilemez.¹⁰¹

Buna göre, ancak Parlamantonun yapacağı bir tasarrufla iç hukukta uygulanması mümkün olan Topluluk Hukuku, iç hukuktaki sıradan kanunlarla aynı etkiye sahip olacak, hatta sonradan çıkarılacak bir kanunla geçersiz kılınabilecektir.

Bu durumda, özellikle A.T.A.D. içtihatlarıyla geliştirilen "Topluluk Hukukunun üstünlüğü" prensibi Birleşik Krallık'ta nasıl uygulanacaktır?

Birleşik Krallık'ta bu sorun, bir katılım ve icra kanunu niteliğindeki, 1972 tarihli "European Communities Act" ile çözülmeye çalışılmıştır.¹⁰²

Fazla ayrıntıya girmeden şu söylenebilir;

E.C. Act' e göre, hem Topluluğa katılma anında var olan, hem de sonradan ihdas edilecek Topluluk Hukuku kuralları, herhangi bir iç hukuk tasarrufu olmaksızın doğrudan geçerlik kazanabilmektedirler.

Ancak, Topluluk Hukukunun iç hukuka üstünlüğü sorunu E.C. Act ile tam olarak çözülememiştir. Bu sorunun çözümü büyük ölçüde İngiliz yargıçlarına bırakılmıştır. Yani, önceki tarihli Topluluk Hukuku kuralı ile iç hukuk kuralının çatışması durumunda Topluluk Hukuku kuralının üstünlüğü sorunu İngiliz Yargıcının somut olayda vereceği karara göre çözüme kavuşturulacaktır.¹⁰³

A.İ.H.S.'ni 1951 yılında onaylayan İngiltere, Sözleşmeyi iç hukukuna aktarmak için, A.T. Hukukunu iç hukuka aktaran E.C.Act gibi bir tasarruf yapmamıştır. Dolayısıyla, bireyler, A.İ.H.S. hükümlerini mahkemelerin önünde ileri sürememekte, bu hükümlerden doğrudan doğruya faydalanamamaktadırlar.

Bireyler açısından yeni hak ve yükümlülükler yaratma veya mevcut hak ve yükümlülüklerde değişiklik yapma yetkisinin yasama organına ait olduğu İngiltere'de, Sözleşme doğrudan sadece devlete hitap etmektedir.

Bu durumda A.İ.H.S.'nin İngiliz hukuk sistemindeki değeri nedir?

İngiliz hukuk sisteminde A.İ.H.S., ancak mevzuat hükümleri açık olmadığı, birden fazla anlam taşıdığı zaman devreye girmektedir.

Soloman davasında Yargıç Diplock bunu şöyle ifade etmiştir; "Mevzuat hükümleri açık değil ve birden fazla anlam vermek mümkün ise, Sözleşme devreye girer, çünkü Parlamento'nun uluslararası sözleşmelerden kaynaklanan hukuka ters düşmeyeceği karinesi geçerlidir; ve anlamlardan biri Sözleşme ile uyuyor, diğeri

¹⁰¹Bu konuda bkz.; George Winterton, "The British Grundnorm: Parliamentary Supremacy Re-examined," *L.Q.R.*, Vol.92, October 1976, s. 591-617.

¹⁰²Bu konuda bkz.; John Forman, "The European Communities Act 1972," *C.M.L.R.*, Vol.10, No. 1, February 1973, s. 39-55.

¹⁰³Bu konuda bkz.; Füsün Arsava, *Avrupa Toplulukları Hukuku ve Bu Hukukun Ulusal Alanda Uygulanmasından Doğan Sorunlar* (Ankara, 1985:A.Ü.S.B.F. Yayınları), s.414-415.

(ya da diğerleri ise) hiç uyuşmuyorsa, üstünlüğü Sözleşme lehinde olana vermek zorunludur. Dolayısıyla, mevzuatta yer alan hükümlerin açıklıktan yoksun olması durumunda, mahkemenin yorumlama yetkisi genişler."¹⁰⁴

Böyle bir belirsizlik durumunda yapılacak yorum konusunda ise, İngiliz hukuk düzeninde iki tez çatışmaktadır. Lord Justice Scarman'ın 1975 tarihli "Phansopkare" ve Lord Denning'in 1976 tarihli "Salamat" vak'alarında ileri sürdüğü tezler.

"Lord Justice Scarman'a göre, yargı yerleri hukuk kurallarının yorumunda [Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonunu] da dikkate almak mecburiyetindedir: Bu yorumun Magna Charta ve Avrupa Konvansiyonu'nda tanınan hakları geliştirici olması, en azından bu haklara aykırı düşmemesi gerekir. Lord Denning ise, Birleşik Krallık'ta Andlaşma ve Konvansiyonların İngiliz hukukunun bir parçası olabilmesi için Parlamento iradesi gerektiğini belirttikten sonra, yargıçların İngiliz hukukuna bağlı kalmaları ve ancak şüphe halinde, yön gösterici olarak Konvansiyon'a bakmalarının yerinde olacağını ileri sürmüştür. Kısaca, Scarman'a göre Konvansiyon, "ölçü-norm", Denning'e göre ise sadece "destek-norm"dur."¹⁰⁵

Ancak eğer, bir iç hukuk düzenlemesi açık ise, değişik anlamlar içermiyorsa, kanun her zaman Sözleşmenin yerine geçecektir.¹⁰⁶

3)FRANSA;

Fransız hukuk sisteminde, milletlerarası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkiler 1958 Anayasasında iki grup hüküm tarafından düzenlenmektedir.

Birinci gruptaki hükümler, 1958 Anayasasının, 1946 Anayasasının "Başlangıç" bölümüne yaptığı yollama çerçevesinde ele alınan hükümlerdir. Anayasa Konseyi'nin "Anayasallık Bloku" içinde kullandığı bu hükümler anayasal değerdedir.¹⁰⁷

1946 Anayasasının "Başlangıç" bölümünün 14.fıkrası şöyledir; "Geleneklerine bağlı olan Fransız Cumhuriyeti, milletlerarası kamu hukukunun kurallarına uymayı taahhüt eder."

¹⁰⁴Batum, a.g.e., s. 36.

¹⁰⁵Çağlar, a.g.e., s.44.

¹⁰⁶Bu konuda bkz.; S.H. Bailey-M.J. Gunn, *Smith and Bailey on The Modern English Legal System* (London, 1991: Sweet & Maxwell), s.347-350.

¹⁰⁷Robert Badinter-Bruno Genevois, "Anayasal Değerdeki Normlar ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi-Fransız Anayasa Konseyi Raporu," **VII.Anayasa Mahkemeleri Konferansı-3** (Ankara, 1990: Anayasa Mahkemesi Yayınları), s.160.

"Başlangıç" bölümünün 15.fıkrası ise şu şekildedir; "Karşılıklı olmak şartıyla, Fransa, barışın tesisi ve müdafaası için egemenlik sınırlamalarına rıza gösterir."

İkinci grupta yer alan hükümler ise, 1958 Anayasasının 54. ve 55. maddeleridir.

1958 Anayasasının 54.maddesine göre; "Eğer Anayasa Konseyi Cumhurbaşkanının, Başbakanın ya da Meclis Başkanlarından birinin başvurusu üzerine milletlerarası bir taahhüdün Anayasaya aykırı bir kayıt içerdiğini bildirirse, bunun onaylanması ya da uygun bulunması konusunda ancak anayasa değişikliğinden sonra yetki verilebilir."

1958 Anayasasının 55.maddesine göre ise; "Usulüne uygun olarak onaylanan andlaşma veya anlaşmalar, her andlaşma ya da anlaşma için diğer akit tarafından uygulanmak şartıyla yayımlandıkları andan itibaren yasalara üstün bir otorite kazanırlar."

Milletlerarası hukuk kurallarının Fransız hukukundaki yerini tespit edebilmek için bu iki grup hükmü ayrı ayrı değerlendirmek gerekir.

1958 Anayasasının yollama yaptığı 1946 Anayasasının "Başlangıç" bölümündeki, "Geleneklerine bağlı olan Fransız Cumhuriyeti, milletlerarası kamu hukukunun kurallarına uymayı taahhüt eder." şeklindeki hüküm açık bir hüküm değildir. Milletlerarası hukukun iç hukuktaki yerini belirlemekten ziyade, devlete milletlerarası hukuka uyması konusunda bir yükümlülük getirmektedir. Ayrıca bu hükmün milletlerarası andlaşmalarla değil, milletlerarası hukukun genel prensipleri ile ilgili olduğu ileri sürülmektedir. Öncelikle, "milletlerarası kamu hukukunun kuralları" ifadesi bu hükmün, Alman Anayasasının 25.maddesinde olduğu gibi, milletlerarası andlaşmalarla değil, diğer kaynaklara, özellikle geleneklerle oluşan milletlerarası hukuk kurallarına yönelik olduğu izlenimini uyandırmaktadır. Buna ek olarak, milletlerarası andlaşmalarla ilgili konular 1958 Anayasasının 54. ve 55.maddelerinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla milletlerarası andlaşmalar için 1946 Anayasasının "Başlangıç" bölümüne başvurulamaz.

1958 Anayasasının 54. ve 55.maddeleri ise, milletlerarası andlaşmaların iç hukuktaki yeri konusunda kurallar içermektedirler. 55.maddede, milletlerarası andlaşmaların yayınlanma ve karşılıklılık şartlarına bağlı olarak açıkça **kanunların** üzerinde olduğu belirtilmektedir. Ancak, milletlerarası andlaşmaların **Anayasa** karşısındaki konumu tartışmalıdır.

54.madde yazılış tarzı itibariyle, hiyerarşik bir ilişki kurmaktan çok, bir uyuşmazlık durumunu ele almaktadır. Bu bağlamda, madde iki şekilde yorumlanabilir; İlk olarak, milletlerarası andlaşma ile Anayasanın çatışması durumunda, milletlerarası andlaşmanın onaylanması için Anayasanın değiştirilmesi gerekliliği, milletlerarası andlaşmanın üstün olduğu şeklinde yorumlanabilir.

Anayasanın andlaşma ile çatışan hükmü, andlaşmanın getirdiği düzenleme doğrultusunda değiştirilmektedir. İkinci olarak, milletlerarası andlaşmanın onaylanması için Anayasanın değiştirilmesi gerekliliği, Anayasanın üstün olduğu şeklinde yorumlanabilir. Böyle bir zorunluluk andlaşmanın yürürlüğe girmesini engellemektedir. Dolayısıyla milletlerarası andlaşma karşısında Anayasanın üstünlüğü korunmaktadır.¹⁰⁸

Sonuçta, bu konuda kesin bir karara varabilmek için, Anayasa maddeleri ile birlikte, Fransız yargıçlarının bu konudaki tavrını da incelemek gerekir.

Fransız Anayasa Konseyi'nin, milletlerarası hukukun iç hukuktaki yeri konusundaki tavrı net değildir.

Fransa'da Anayasaya uygunluk denetimi Anayasasının 54. ve 61. maddelerinde belirlenen esaslar çerçevesinde Anayasa Konseyi tarafından yapılmaktadır. 54.maddeye göre, Anayasaya aykırı bir milletlerarası andlaşmanın onaylanması için önceden Anayasada değişiklik yapılması gerekir. 61.maddeye göre ise, kanunlar yayınlanıp ilan edilmeden önce, Cumhurbaşkanı'nın, Başbakanın ya da Meclis Başkanlarından birinin başvurusu üzerine Anayasa Konseyi'ne götürülebilir.

29 Ekim 1974 tarihinde 61.maddede yapılan değişiklik ile Cumhurbaşkanı, Başbakan ve Meclis Başkanlarına ek olarak 60 Senatör veya 60 Milletvekili de Anayasa Konseyi'ne başvurabilecek kişiler arasında sayılmış, ancak aynı ekleme 54.maddeye yapılmamıştır. Böylece, milletlerarası andlaşmaların Anayasaya uygunluk denetimi için Parlemlenterlere Anayasa Konseyi'ne başvurma hakkı tanınmamıştır.

Anayasa Konseyi, bu konuda verdiği 30 Aralık 1976 tarihli kararında, Parlemlenterlerin bir milletlerarası andlaşmanın onaylanmasına ilişkin kanun hakkında Anayasa Konseyi'ne başvurabileceklerini ve Konsey denetiminin, bu kanunla birlikte kanunun ilişkin olduğu milletlerarası andlaşmayı da kapsadığını ifade etmiştir.

Böylece, Anayasa Konseyi, milletlerarası andlaşmaların Anayasaya uygunluğunu denetlemiş olmaktadır.¹⁰⁹

Fransız Anayasa Konseyi'nin bir başka önemli kararı ise, 25 Ocak 1985 tarihli karardır.

Fransız Anayasa Hukukunda kanunların Anayasaya uygunluk denetimi 61.maddeye göre, a priori, yani kanunlar yürürlüğe girmeden önce yapılır. Konsey,

¹⁰⁸Bu konuda bkz.; Süheyl Batum, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri* (İstanbul, 1990: Yayınlanmamış Doktora Tezi), s.46-47.

¹⁰⁹Bu konuda bkz.; Çağlar, a.g.e., s.53. Süheyl Batum, Anayasa Konseyi'nin aynı doğrultudaki 18 Ocak 1978 ve 17 Temmuz 1980 tarihli kararlarını örnek olarak vermektedir. Batum, a.g.e., s.47-48.

yukarıda sözü edilen 1976 tarihli kararı ile milletlerarası andlaşmaların onaylanmasına ilişkin kanunu denetim kapsamına alarak, Anayasayı milletlerarası andlaşmaların üzerine çıkarmış olsa da, bu yorumun söz konusu karardan önce onaylanıp yürürlüğe giren milletlerarası andlaşmalar için geçerli olmayacağı düşünülebilir. Bu durumda, 1976 tarihli karar öncesinde onaylanıp yürürlüğe giren milletlerarası andlaşmaların, Anayasa Konseyi'ne gönderilmesi mümkün olmadığından Anayasa-üstü bir değer kazandıkları ileri sürülebilir.

Ancak Anayasa Konseyi'nin 25 Ocak 1985 tarihli kararı böyle bir yorum yapmayı da imkansız kılmaktadır. Çünkü Konsey, 61.maddeye göre, yürürlüğe girmeden önce denetlediği bir kanunun, daha önce yürürlüğe girmiş olan bir kanunda değişiklik yapması, bu kanunu tamamlaması ya da düzenleme alanını etkilemesi durumunda, itiraz yolu ile önceki kanunun Anayasaya uygun olup olmadığını denetleme yetkisini kendine tanımıştır.

Bu bağlamda, Fransız hukuk düzeninde, milletlerarası andlaşmaların Anayasa karşısındaki konumu tartışmalıdır. Konsey'in bugünkü içtihadları doğrultusunda milletlerarası andlaşmaların Anayasanın altında yer aldığı söylenebilir.¹¹⁰

Milletlerarası andlaşmaların kanunlar karşısındaki konumuna gelince; Fransız Anayasa Konseyi 15 Ocak 1975 tarihli "Gebeliğin İradi Kesintiye Uğratılmasına Dair Karar"ında kendini, kanunların milletlerarası andlaşmalara uygunluğunu denetleme konusunda yetkili görmemiştir. Konsey bu kararında, milletlerarası andlaşmaların kanunların üzerinde olduğunu kabul etmekle birlikte, milletlerarası andlaşmaları denetimde esas alacağı normlar arasına katmamış, yani "Anayasallık Bloku"na dahil etmemiştir.¹¹¹

Çağlar'a göre; "...Konsey bu kararında milletlerarası normu, Anayasallık Bloku içine sokmamakta ancak milletlerarası normun üstünlüğü prensibinin adli ve idari yargı yerlerince uygulanmasındaki engelleri de kaldırmaktadır."¹¹²

Batum'a göre de; "...Anayasa Konseyi, bu kararı ile, topu adli mahkemeler ile idari mahkemelerin önüne atmaktadır. Çünkü, Anayasallık denetimi konusunda, kendini yetkili görmemekle, genel yargı yerlerinin yetkisine göndermiş olmaktadır."¹¹³

¹¹⁰Batum, a.g.e., s.48-49.

¹¹¹Bu kararın metni ve yorumu için bkz.; Mauro Cappelletti-William Cohen, *Comparative Constitutional Law* (New York, 1979: The Bobbs-Merrill Company, Inc. Publishers), s.149-156.

¹¹²Çağlar, a.g.e., s.54.

¹¹³Batum, a.g.e., s.147.

Hatta Anayasa Yargıcı, kendisi sıradan bir yargıç gibi karar verdiği durumlarda, örneğin seçimle ilgili konularda, milletlerarası andlaşmaların kanunlardan üstün olduğuna karar verebilmektedir. 21 Ocak 1988 tarihli kararında, Seçim Kanununun A.İ.H.S.'ne uygunluğunu denetlemiştir.¹¹⁴

Anayasa Konseyi, yürüttüğü bu mantık çerçevesinde, 22 Ocak 1990 tarihli kararı ile, Kanun-koyucuya Fransa'nın taraf olduğu andlaşma ve bağitlara ve anayasal değerde temel hak ve hürriyetlere uygun davranma yükümlülüğü getirmiştir.¹¹⁵

Konsey, genel olarak milletlerarası andlaşmaları, özel olarak ta A.İ.H.S.'ni "Anayasallık Bloku"na dahil etmemekle birlikte, kararlarında, A.İ.H.M.'nin içtihadlarını dikkate almakta, onun kullandığı kavramları kullanmaktadır. Örneğin 28 Temmuz 1989 tarihli kararında, Savunma Hakkı Prensibini, A.İ.H.M. içtihadını belirgin bir biçimde göz önüne alarak tanımlamıştır.¹¹⁶

Anayasa Konseyi'nin bu tavrı yanında Devlet Şurası (Conseil d'Etat) ve Temyiz Mahkemesi'nin (Cour de Cassation) de tavırları ayrıca değerlendirilmelidir.

Fransa'da Anayasa Konseyi kadar önemli bir diğer Yüksek Mahkeme Devlet Şurası'dır (Coseil d'Etat).

Devlet Şurası'nın milletlerarası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkiler konusunda tavrını belirlediği ilk önemli karar, 1 Mart 1968 tarihli "Syndicat National de Fabricants de Femoule" kararıdır. Devlet Şurası'na göre; eğer idare yargıcı milletlerarası andlaşmalara aykırı olduğu iddia edilen sonraki tarihli kanunu ihmal edip, yerine milletlerarası andlaşmayı uygulayacak olursa bu durumda Anayasaya uygunluk denetimi yapmış olur. Oysa Devlet Şurası'nın böyle bir yetkisi yoktur. İdare yargıcının görevi kanunu uygulamaktır. İdare yargıcı, Kanun-koyucunun açık iradesine saygı göstermelidir.

İşte doktrinde "yasama perdesi" (ecran legislatif) olarak adlandırılan ve sonraki tarihli kanuna uygun fakat önceki tarihli milletlerarası andlaşmaya aykırı idari işlemlerin iptal edilemeyeceğini ifade eden uygulamanın temelinde bu mantık yatmaktadır.

Devlet Şurası uzun süre "yasama perdesi" teorisine bağlı kalmış, idarenin işlemlerini denetlerken, önceki tarihli kanun ve sonraki tarihli milletlerarası andlaşma söz konusu olduğunda milletlerarası andlaşmayı, önceki tarihli milletlerarası andlaşma ve sonraki tarihli kanun söz konusu olduğunda ise, kanunu dikkate alarak

¹¹⁴Badinter-Genevois, a.g.m., s.161.

¹¹⁵Bu konuda bkz.; Çağlar, Hukuk ve Demokrasi, s. 42-43.

¹¹⁶Badinter-Genevois, a.g.m., s. 162. Bakır Çağlar'a göre bu karar, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ni Anayasallık Bloku'na (Bloc de constitutionnalité) dahil etme istidadı taşıyan bir karardır. Bakır Çağlar, "Milletlerarası İchtihadı Anayasa Hukuku Üzerine Notlar ya da "Hürriyetler Mekanı'nın Yargıları (1)," İ.H.M.D., 1991, S. 2-3, s.20.

karar vermiştir. Kısacası, Devlet Şurası, Anayasanın 55.maddesine rağmen "lex posterior derogat priori" prensibini uygulamıştır.¹¹⁷

Temyiz Mahkemesi de aynı teoriyi benimseyip uygulamış, ancak 15 Ocak 1975 tarihli "Société Cafes Jacques Vabre" kararı ile "yasama perdesi" teorisini terkederek, Topluluk Hukuku bağlamında, milletlerarası andlaşmaların kendilerinden sonra yapılan kanunlardan dahi üstün olduğuna karar vermiştir. Temyiz Mahkemesi, bu kararında, A.T.A.D. içtihadlarıyla geliştirilen Topluluk Hukukunun üstünlüğü prensibini esas almakla birlikte, Anayasanın 55.maddesine de yollama yapmıştır.¹¹⁸

Devlet Şurası, Temyiz Mahkemesi'nin bu tavır değişikliği karşısında çeşitli gel-gitlerle geleneksel tavrını korumuş, ancak 20 Ekim 1989 tarihli "Nicolo" kararı ile o da Temyiz Mahkemesi'nin açtığı yola girmiş ve milletlerarası andlaşmalara aykırı, önceki veya sonraki tarihli bir kanun söz konusu olduğunda, milletlerarası andlaşmanın uygulanacağı yolunda karar vermiştir.¹¹⁹

Bu karar, Temyiz Mahkemesi'nin 15 Ocak 1975 tarihli kararından farklıdır. Çünkü, Devlet Şurası bu kararını, Topluluk Hukukunun üstünlüğü prensibine değil, Anayasanın 55.maddesinin farklı bir yorumuna dayandırmaktadır. Dolayısıyla bu içtihat, yalnızca Topluluk Hukuku için değil, bütün milletlerarası andlaşmalar ve özellikle A.İ.H.S. için geçerli olacaktır.¹²⁰

Bu gelişme, Fransız hukuk sisteminde milletlerarası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkiler açısından önemli bir değişikliğin habercisidir.

Fransız Hukuk sisteminde, Anayasada yer alan düzenlemelere rağmen Yüksek Mahkemelerin benimsediği tutucu yaklaşım, bugün yerini, milletlerarası hukuka daha açık bir yaklaşıma bırakmaktadır. Çağlar'a göre, "...Fransız Devlet Şurası ve Anayasa Konseyi yargıçları, önce, kurulmakta olan "Hürriyetler Mekanı"nın yargıçlarıdır."¹²¹

¹¹⁷Bu konuda bkz.; Batum, a.g.e., s.50-51.; Arsava, a.g.e., s.378-379.; İzzettin Doğan, *Türk Anayasa Düzeninin Avrupa Toplulukları Hukuk Düzeniyle Bütünleşmesi Sorunu* (İstanbul, 1979: İ.Ü.H.F. Yayınları), s.168-169.

¹¹⁸Bu kararın metni ve yorumu için bkz.; Cappelletti-Cohen, a.g.e., s.156-170.

¹¹⁹Bu konuda bkz.; Phillippe Manin, "The Nicolo Case of the Coseil d'Etat: French Constitutional Law and Supreme Administrative Court's Acceptance of the Primacy of Community Law Over Subsequent National Statute Law," *C.M.L.R.*, 1991, Vol.28, s.500

¹²⁰Bu konuda bkz.; Roger Errera, "Recent Decisions of the French Conseil D'Etat-Nicolo Case," *P.L.*, Spring 1990, s.136.; Çağlar, *Hürriyetler Mekanı*, s. 17.

¹²¹Çağlar, "Hürriyetler Mekanı," s.20.

4)ALMANYA;

Alman hukuk sisteminde milletlerarası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkiler genel olarak düalist model çerçevesinde değerlendirilir.

1949 tarihli Federal Alman Anayasası'nda milletlerarası andlaşmaların iç hukuktaki yerini belirten bir hüküm mevcut değildir. Ancak, doktrin ve uygulamada milletlerarası andlaşmaların bir kanunla iç hukuka aktarıldıktan sonra milli mahkemeler tarafından uygulanabileceği kabul edilmektedir. Anayasanın 59.maddesinin 2. fıkrasına göre, "Federasyonun siyasal ilişkilerini düzenleyen ya da federal yasamaya ait hususları ilgilendiren andlaşmalar Federal kanunları kabule yetkili organların, federal bir kanunla tasvip ya da müdahalesini gerektirir."

Bu iç hukuk tasarrufunun iki işlevi vardır; "...İlk olarak bu tasarruf Devletler Hukuku andlaşmalarının onaylanması için, devlet başkanlarının Parlamento tarafından yetkili kılınması fonksiyonunu yerine getirmektedir. Bu bağlamda bu tasarruf, fonksiyonu sebebiyle "uygun bulma kanunu" olarak isimlendirilmektedir. İkinci olarak ulusal yasama tasarrufu, düalist görüş muvacehesinde Devletler Hukuku normlarını iç hukuk normlarına çevirme fonksiyonunu yerine getirmektedir. Bu bağlamda ulusal yasama tasarrufu transformasyon kanunu olarak nitelendirilmektedir."¹²²

Öyleyse Alman hukuk sisteminde, milletlerarası bir andlaşma bir kanunla iç hukuka aktarılmakta, böylece iç hukukta kanunlara eşit bir değer kazanmakta, bunun doğal sonucu olarak ta "lex posterior" kuralı gereği sonraki tarihli bir kanunla, bir milletlerarası andlaşma tadil edilebilmektedir.

Ancak, özellikle temel milletlerarası andlaşmalara dayanan Avrupa hukuk düzeni karşısında, Alman hukukunda Anayasanın belli maddelerinden¹²³ yola çıkılarak "Milletlerarası hukuka açıklık" prensibi ortaya konulmuştur. Buna göre, yargıçlar tarafından kanunların önceki kanunlara uygun yorumu yapılmakta ve böylelikle, anlaşımlara pratik bir üstünlük tanımaktadır.¹²⁴

Üç temel milletlerarası andlaşmaya dayanan A.T. Hukukunun en önemli iki özelliği "doğrudan etki" ve "üstünlük"tür.

Buna göre, milletlerarası andlaşmaların kanun değerinde olduğu Almanya'da, Topluluk Hukukunun bu özellikleri nasıl korunacaktır?

¹²²Arsava, a.g.e., s.278.

¹²³Bu maddeler Anayasanın, "Kollektif Güvenlik Sistemine Katılma" başlıklı 24., "Federal Hukukun Tamamlayıcı Parçası Olarak Milletlerarası Hukuk" başlıklı 25. ve "Saldırı Savaşı Yasağı" başlıklı 26.maddesidir.Bu maddeler için bkz.; Gürbüz, a.g.e., s.55-56.

¹²⁴Bu konuda bakınız, Çağlar, a.g.e., s. 52-53.

Alman doktrin ve pratiği sorunu çözmek amacıyla klasik yaklaşımını terk etmiş ve Topluluk Hukukunun üstünlüğü teorisini geliştirmeye başlamıştır. 1949 tarihli Federal Alman Anayasasının 24. maddesinin 1. fıkrasında Federasyonun egemenlik haklarını kanunla milletlerarası kuruluşlara devredebileceğine dair bir hüküm yer almaktadır

İşte Alman doktrin ve pratiği kimi zaman 24. maddeyi geniş yorumlayarak, kimi zaman Topluluğun hukuki niteliğini gözönüne alarak, Topluluk Hukukunun "doğrudan etki" ve "üstünlük" özelliklerini korumaya çalışmıştır.¹²⁵

Ancak, Alman mahkemeleri, son zamanlara kadar temel haklar söz konusu olduğunda, Topluluk Hukuku karşısında iç hukuktan yana tavır almaktaydılar. Yani, A.T. organlarının Alman vatandaşlarının anayasal haklarına müdahale edemeyeceğini, A.T. Hukukunun Federal Almanya Anayasasının geçerliğini etkilemeyeceğini savunmaktaydılar.¹²⁶

Almanya, özellikle A.T.A.D.'nin "Costa v. Enel" kararından sonra bu konudaki tavrını değiştirmiş ve A.T. Hukukunun üstünlüğünü kabul etmiştir.

Bakır Çağlar, Alman Anayasa Mahkemesi'nin buna örnek teşkil edebilecek 22 Ekim 1986 tarihli kararı hakkında şu yorumu yapmaktadır; "Alman Federal Anayasa Mahkemesi 1974 yılında verdiği karardan dönerek verdiği bu kararla, Topluluk kurumları ve özellikle de Mahkeme jürisprüdansı, Topluluğa tanınan yetkilere karşı teminat altına alındığı sürece, derive hukuku Anayasanın tanıdığı hak ve hürriyetler çerçevesinde denetleyemeyeceğini hükme bağlamıştır."¹²⁷

Alman Anayasa Mahkemesi'nin bu tavır değişikliğinin nedenleri "Anayasal Değerdeki Normlar ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi-Alman Federal Anayasa Mahkemesi Raporu"nda şöyle açıklanmaktadır; "Bunun en önemli nedenleri Avrupa İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesinin artık bütün A.T. üyesi ülkeler tarafından ve herşeyden önce A.T. organları tarafından bağlayıcı olarak kabul edilmesi ve Avrupa Mahkemesinin temel haklar içtihatlarının özellikle alışılmamış ölçüde olumlu gelişmesidir."¹²⁸

¹²⁵Bu konuda bkz.; Doğan, a.g.e., s.173.; 24.madde hakkındaki tartışmalar için bkz.; Arsava, a.g.e., s.278-306.

¹²⁶Bu konuda Federal Anayasa Mahkemesi'nin en önemli kararı 29 Mayıs 1974 tarihli "Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr- & Vorratsstelle Für Getreide & Futtermittel" karardır. Bu kararın metni ve yorumu için bkz.; Cappelletti-Cohen, a.g.e., s. 178-189. Bu kararın yorumu için ayrıca bkz.; J.P. Warner, "The Relationship Between European Community Law and the National Laws of Member States," *L.Q.R.*, Vol.93, July 1977, s. 363-364.

¹²⁷Bakır Çağlar, "Anayasa Yargısı ve Normatif Devreler Analizi," *Anayasa Yargısı* (Ankara, 1989: Anayasa Mahkemesi Yayınları), s. 127. Ayrıca bu konuda bkz.; Çağlar, a.g.e., s.143-144.

¹²⁸Roman Herzog, "Anayasal Değerdeki Normlar ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi-Alman Federal Anayasa Mahkemesi Raporu," *VII.Anayasa Mahkemeleri Konferansı-3* (Ankara, 1990: Anayasa Mahkemesi Yayınları), s. 21.

Sonuçta bugün için Almanya'da Topluluk Hukuku büyük ölçüde kendine özgü nitelikleri korunarak uygulanmaktadır.

Federal Almanya A.İ.H.S.'ni ise 1952 yılında onaylamıştır. Bu onay işlemi Anayasanın 59. maddesine uygun olarak gerçekleştirilmiş ve böylece Sözleşme "federal kanun değeri" kazanmıştır.¹²⁹

Almanya'da A.İ.H.S.'nin bu konumu, yani sonraki tarihli bir kanunla Sözleşmenin tadil edilebilme olasılığı, doktrin ve pratiğin temel insan hak ve özgürlüklerinin korunması alanındaki boşluğu doldurmak amacıyla çözümler üretmesine yol açmış, örneğin Anayasanın 25. maddesi insan haklarının milletlerarası korunmasına dayanak yapılmıştır.

Herzog'un belirttiği gibi; "Anayasa'nın 25.maddesine göre, bugün insan haklarının korunmasının da içinde yer aldığı devletler hukukunun genel kuralları Federal Almanya Cumhuriyeti'nde doğrudan etkili hukuk olarak geçerlidir ve bundan ötürü herhangi bir iç hukuka nakil fiiline gerek olmadan mahkemeler tarafından uygulanabilir. Bir zamanlar bunların iç devlet hukukunda hangi konumu alacakları tartışmalı idi. Başlangıçta bunların Anayasa ile federal kanun arasında bir konumları olduğu doğrultusundaki kabul artık hakim değildir. Şüphesiz doğru olan, bir başka hukuk normuna dayandırılan -burada anayasa- hukuk kuralı mantıksal olarak dayandırıldığı hukuk ilkesinin konumunda olmak zorundadır. Devletler hukukunun genel ilkeleri bu açıklamaya uygun olarak Federal Almanya Cumhuriyeti'nde Anayasa Hukuku şeklinde geçerlidir."¹³⁰

Ancak herşeye rağmen, Alman Anayasası'nın demokratik karakteri ve tanıdığı temel hak ve özgürlüklerin milletlerarası insan hakları hukukunda tanınan özgürlüklerle ayniyeti gözönüne alındığında A.İ.H.S.'nin kanun değerinde olması pratikte büyük bir sorun yaratmamaktadır.

5)İTALYA;

İtalyan hukuk düzeni, milletlerarası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkiler açısından Alman hukuk düzeniyle benzerlikler taşımaktadır.

İtalyan hukuk sisteminde de milletlerarası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkiler genel olarak düalist model çerçevesinde değerlendirilmektedir.

¹²⁹Batum, a.g.e., s.51-52.

¹³⁰Herzog, a.g.m., s.20.

1947 tarihli İtalyan Anayasası'nda da 1949 tarihli Federal Alman Anayasası'nda olduğu gibi, milletlerarası andlaşmaların iç hukuktaki yeri konusunda herhangi bir hüküm mevcut değildir.

Buna göre, milletlerarası bir andlaşmanın iç hukukta uygulanabilmesi için bu konuda yetkili organlar tarafından ihdas edilecek bir iç hukuk tasarrufuna ihtiyaç vardır.

İtalyan Anayasası'nda bu iç hukuk tasarrufunu yapmaya yetkili organların yetkileri açıkça düzenlenmemiştir. Bu yüzden bu konuda, genel kurallar ve ihdas edilecek tasarrufun içeriği göz önüne alınmaktadır. Buna göre; eğer milletlerarası hukuktan kaynaklanan bir yükümlülüğün yerine getirilmesi bir anayasa değişikliğini gerektiriyorsa Anayasa seviyesinde bir düzenleme yapılması gerekir. Yok eğer, milletlerarası hukuktan kaynaklanan yükümlülük bir kanun konusu ise kanun şeklinde bir düzenlemeye ihtiyaç vardır.

İşte milletlerarası andlaşmaların iç hukuktaki konumu bu iç hukuk tasarrufunun mahiyetine göre tespit edilir. Eğer milletlerarası andlaşma kuralları, iç hukuka basit bir kanun şeklinde girmişse, iç hukukta diğer kanunlara eşdeğer olacak ve sonraki bir kanunla tadil edilebilecektir (lex posterior kuralı).¹³¹

Bu bağlamda, A.T. Hukukunun "doğrudan etki" ve "üstünlük" özelliklerinin korunması Almanya'da olduğu gibi İtalya'da da sorun yaratmıştır.

Topluluk andlaşmalarını basit kanunlarla iç hukukuna aktaran İtalya'da, doktrin ve pratik, Topluluk Hukukunun söz konusu özelliklerini korumak için Alman Anayasasının 25. maddesinin benzeri olan İtalyan Anayasasının 10. maddesine başvurmuşlardır. 1947 tarihli İtalyan Anayasasının 10.maddesine göre; "İtalyan hukuk düzeni uluslararası hukukun genellikle kabul edilen kurallarına uyar."

İtalyan doktrininde, bu hüküm şöyle yorumlanmaktadır; milletlerarası hukukun genel prensipleri arasında "pacta sunt servanda" prensibi de vardır. İtalya'nın 10. madde bağlamında bu prensibe saygı göstermesi demek, milletlerarası andlaşmalara da uyması demektir. Yani 10. madde hükmü sadece milletlerarası hukukun genel prensiplerinin değil, milletlerarası andlaşmaların da otomatik olarak İtalyan hukuk düzenine uyumunu sağlamaktadır.¹³²

Ancak bu görüş uygulamada, özellikle Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilmiştir.¹³³

¹³¹Bu konuda bkz.; Arsava, a.g.e., s. 339-340.

¹³²Bu konuda bkz.; Arsava, a.g.e., s.341-341.

¹³³Massimo Luciani, "Anayasal Değerdeki Normlar ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi-İtalya Anayasa Mahkemesi Raporu," VII.Anayasa Mahkemeleri Konferansı-3 (Ankara, 1990: Anayasa Mahkemesi Yayınları), s.311.

İtalya'da Topluluk Hukukunun üstünlüğünü sağlamak amacıyla başvuru bir başka önemli Anayasa maddesi de Alman Anayasasının 24.m./1.fıkrasının benzeri olan 11. maddedir.

Buna göre; "İtalya diğer halkların hürriyetine saldırı ve uluslararası anlaşmazlıkların çözüm aracı olarak savaşı reddeder; uluslararası barış ve adaleti sağlayan bir düzen için kendi egemenlik haklarının sınırlandırılmasına -diğer devletlerle karşılıklı koşullar çerçevesinde- razı olur; böyle bir amaç taşıyan uluslararası kuruluşlara yardım eder ve onları teşvik eder."

Aslında İtalya'nın B.M.'e katılmasını kolaylaştırmak amacıyla Anayasaya alınan bu hükme, Anayasaya-koyucunun hiç düşünmediği bir konuda, Avrupa Topluluğu hukukunun üstünlüğünü sağlama konusunda başvurulmaktadır.¹³⁴

1955 yılında bir kanunla iç hukuka aktarılan **A.İ.H.S.** ise, İtalya'da sıradan kanunlarla aynı konumda bulunmaktadır.

A.İ.H.S. temelde milletlerarası bir andlaşma olduğundan 10. madde kapsamına girmediği gibi, Topluluk düzenine dahil olmadığı için, 11. madde kapsamına da girmemektedir.

Sonuçta, A.İ.H.S. İtalya'da yasama organı tarafından yapılacak sonraki tarihli bir iç hukuk tasarrufu ile tadel edilebilecektir.

Buna rağmen, A.İ.H.S.'nin İtalyan hukuku üzerinde Topluluk Hukuku vasıtasıyla etkili olması mümkündür. Son zamanlarda, A.T.A.D., sadece üye ülkelerin ortak anayasal geleneklerinden değil, A.İ.H.S.'den de doğrudan yararlanma yoluna gitmektedir. İşte Sözleşme böyle dolaylı bir yoldan İtalyan hukuk düzenini etkileyebilir. Ancak özellikle Anayasa Mahkemesi, üye ülkelerin ortak anayasa geleneklerinin ve Sözleşmenin etkisinin sınırlı olduğunu, çünkü söz konusu kaynaklarda tanınan hakların İtalyan Anayasası tarafından zaten tanınmış bulunduğunu ifade etmektedir.¹³⁵

6)İRLANDA;

İrlanda hukuk düzeni, İngiliz hukuk düzeninin bir benzeridir. Ancak aralarındaki fark, İngiliz hukuk düzeninde yazılı bir Anayasa olmamasına karşın İrlanda hukuk düzeninde yazılı bir Anayasanın olmasıdır.

Buna göre; İrlanda, milletlerarası hukuk ile iç hukuk ilişkileri açısından İngiltere gibi düalist bir model benimsemiştir. Hatta bunu Anayasasının 29.

¹³⁴Bu konuda bkz.; Luigi Ferrari Bravo, "The Relationship Between International and Domestic Law," **European Commission for Democracy Through Law-Report, Topic III**, Strasbourg, 26 April 1993, s. 5-6.

¹³⁵Luciani, a.g.m., s. 313.

maddesinin 6. fıkrasında açıkça hükme bağlamıştır; "Hiç bir uluslararası andlaşma Parlamento tarafından kabul edilmedikçe devletin iç hukukunun parçası olamaz. Avrupa Parlamentosunun kararları (kanun hükmünde), Avrupa Komisyonunun düzenlemeleri, kabul edildiklerinde İrlanda'yı dolaysız olarak etkilerler ancak normal olarak (Parlamento) yasası ile iç hukukun parçası haline gelirler."

29. maddenin 3. fıkrasında; "İrlanda, diğer devletlerle olan ilişkilerinde davranış kuralları olarak, milletlerarası hukukun genel kabul gören prensiplerini kabul eder." şeklinde bir hüküm yer alsa da, bu, milletlerarası hukukun iç hukuk karşısında üstünlüğünü sağlamaya yetmemektedir.

İrlanda'nın Avrupa Bütünleşmesi içinde yer alması söz konusu olduğunda doktrinde ve pratikte tartışmalar ortaya çıkmış, bu tartışmalar sonucunda özellikle İrlanda Anayasasının **A.T.** Hukuku için engel teşkil ettiği, bir anayasa değişikliğinin şart olduğu noktasında birleşmiştir. Bu doğrultuda hazırlanan anayasa değişikliği halk oyuna sunulmuş ve kabul edilmiştir.

İrlanda Anayasası'na eklenen hükme göre; "Devlet Avrupa Kömür Çelik Birliği (18 Nisan 1951 tarihinde Paris'te imzalanan andlaşma ile kurulmuştur), Avrupa Ekonomik Topluluğu (25 Mart 1957 tarihinde Roma'da imzalanan andlaşma ile kurulmuştur) ve Avrupa Atom Enerjisi Topluluğuna (25 Mart 1957 tarihinde Roma'da imzalanan andlaşma ile kurulmuştur) üyeliği kabul edilebilir. Bu Anayasanın hiçbir hükmü, devlet tarafından topluluklara üyelik başvurusunun gereği olarak kabul edilen tedbirleri veya yapılan andlaşmaları ve yürürlükteki kanunları iptal edemez veya devlet içinde kanun gücüne sahip olduğundan dolayı, topluluklar veya kurumlar tarafından kabul edilen tedbirleri, yapılan andlaşmaları ve yürürlükteki kanunları engelleyemez."

Bu anayasa değişikliği, İrlanda'nın Topluluğa girmesini sağlamış olsa da, 29.m. 6. fıkrasında korunan düalist model, "Parlamentonun üstünlüğü" prensibinin geçerli olduğu bu ülkede Topluluk Hukukunun üstünlüğünü tehlikeye sokmaktadır.

Aslında, 29.m.'nin 6. fıkrasında yer alan "Bu Anayasanın hiçbir hükmü" ifadesi ile özellikle, kanun yapmaya münhasıran yetkili tek organın İrlanda Parlamentosu (Oireachtas) olduğunu hükme bağlayan Anayasanın 15. maddesi kastedilmektedir.¹³⁶

Böylece "Parlamentonun üstünlüğü" prensibi bir ölçüde sınırlanmıştır. Ancak, 29.m.'nin 6. fıkrasında korunan düalist model gereği, 1972 tarihli E.C. Act'in Topluluk Hukukunun İrlanda hukuku üzerindeki etkisini belirlemek üzere Topluluk andlaşmalarına yollama yapan maddesi, sonraki tarihli bir kanunla değiştirildiğinde, bu, İrlanda'nın Topluluk üyeliğinin feshi anlamına gelecektir.

¹³⁶Bu konuda bkz.; Warner, a.g.m., s.360.

Bu olmadığı takdirde İrlanda Yargıcının E.C. Act gereği, iç hukuk karşısında Topluluk Hukukuna öncelik tanınması gerekir.¹³⁷

İrlanda A.İ.H.S. konusunda da düalist doktrini katı bir biçimde uygulamaktadır. İrlanda Yüksek Mahkemesi'nin kararları da bu doğrultudadır.

İrlanda Yüksek Mahkemesi'nin bu konuda verdiği en önemli kararlardan biri, 1957 tarihli "Lawless" kararıdır. Daha sonra A.İ.H.M. önüne de gelen bu davada mahkeme, A.İ.H.S.'nin iç hukuktaki konumunu şöyle tespit etmektedir;

"Parlamento (Oireachtas), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, Devletin iç hukuk düzenine girmesi yönünde, bir karar vermemiştir (Anayasa m.29/6), dolayısıyla, Yüksek Mahkeme, bu Sözleşme iç mevzuata aykırı olduğu takdirde, Sözleşmeyi uygulamaya, ya da iç hukuk düzeninde yer alanlardan daha fazla hak ve yükümlülükler tanımağa yetkili değildir. Bu konuda hiçbir gerekçe Anayasa ve yasaları uygulamakla yükümlü olan yargıçlar önünde, Anayasa'nın 29/6.maddesinin emredici hükmünün göz ardı edilmesini haklı gösteremez. Bu nedenle, mahkeme, Devlet'in Avrupa Sözleşmesine taraf olması ile, iç hukuk düzeninin üstünlüğünün ortadan kalkacağı düşüncesini kabul edemez."¹³⁸

7)BELÇİKA;

En eski yazılı anayasalardan biri olan 1831 tarihli Belçika Anayasasında milletlerarası hukuk-iç hukuk ilişkileriyle ilgili hüküm mevcut değildir.

Bu yüzden, Belçika'da milletlerarası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkiler sorunu mahkemeler tarafından çözümlenmiştir.

Belçika'da doktrin ve pratik uzun zaman milletlerarası andlaşmaların kanunlara eş değerde olduğunu kabul etmiştir. Bu bağlamda bir iç hukuk kuralı ile milletlerarası hukuk kuralının çatışması durumunda "lex posterior derogat priori" kuralı uygulanmıştır. Ayrıca, Kuvvetler Ayrılığı prensibi, Parlamentonun yaptığı kanunların, milletlerarası andlaşmalara uygunluğunu denetleme yetkisinin yine Parlamenteoya ait olduğu, mahkemelerin herhangi bir kanunu milletlerarası andlaşmalara aykırı olduğu gerekçesiyle uygulamaktan kaçınamayacağı şeklinde yorumlanmıştır.

Bu görüş özellikle Temyiz Mahkemesi'nin 27 Mayıs 1971 tarihli "S.A. Fromagerie Franco- Suisse Le Ski" kararıyla terk edilmiş ve iç hukukta doğrudan

¹³⁷Arsava, a.g.e., s.427-428.

¹³⁸Batum, a.g.e., s. 37. Bu konuda başka bir karar için bkz.; "In re O'Laighleis davası," Walter F. Murphy-Joseph Tanenhaus, *Comparative Constitutional Law* (New York, 1977: St. Martin's Press, Inc.), s.255-258.

uygulanabilir (self-executing) nitelikte olan milletlerarası hukuk kurallarının önceki ve sonraki tarihli iç hukuk kurallarından üstün olduğu sonucuna varılmıştır.

Bu kararda "Bir iç hukuk normu ile iç hukuk düzeninde doğrudan hüküm doğuran bir Uluslararası Hukuk kuralı arasında çatışma olduğu takdirde, Sözleşme ile düzenlenen kural önce gelir (uygulanır) ...Bu kuralın üstünlüğü (önceliği), aynı zamanda Uluslararası Sözleşme Hukuku'nun doğasından da kaynaklanmaktadır." şeklinde bir formül kullanıldığından söz konusu iç hukuk normlarına Anayasanın dahil olup olmadığı açık olmamakla birlikte, genellikle, Belçika Yargıcının, kamu düzenine ilişkin olsalar dahi, iç hukuk kurallarını, ancak "doğrudan uygulanabilir" nitelikteki milletlerarası andlaşmalara uygun oldukları ölçüde uygulayabileceği kabul edilmektedir.¹³⁹

1831 tarihli Belçika Anayasasının bütün egemenlik yetkilerinin ulustan kaynaklandığını ve Anayasada öngörülen şekilde icra edileceğini hükme bağlayan 25. maddesinin A.K.Ç.T.'na üyeliği engellediği ileri sürülmüş, ancak onay kanunu Parlamento tarafından büyük bir çoğunlukla kabul edilince tartışma sona ermiştir.

Daha sonra, Avrupa Savunma Topluluğu ile ilgili olarak yeniden alevlenen tartışma Roma Andlaşmaları için de gündeme gelmiş, ancak bu andlaşmalar da A.K.Ç.T. andlaşması gibi Parlamento'da çoğunlukla kabul edilmiştir.

Fakat buna rağmen, bir anayasa değişikliği gereği kendini hissettirmiş ve 1970 yılında, 25. madde ile, belli egemenlik yetkilerinin kullanılmasının andlaşma veya kanunlarla uluslararası kuruluşlara devredilebileceği hükme bağlanmıştır.¹⁴⁰

Böylece A.T.'na giren Belçika, öncelikle Yüksek Mahkeme'nin 27 Mayıs tarihli kararı ile **A.T.** Hukunun kendine özgü niteliğini göz önüne alarak, bu hukukun "doğrudan uygulanabilirliği" ve "üstünlüğü" prensiplerini tanımış ve güvence altına almıştır.¹⁴¹

Belçika **A.İ.H.S.**'ni ise 1955 yılında onaylamıştır. Doktrin ve pratikte Sözleşmenin pek çok hükmünün iç hukukta doğrudan uygulanabilir nitelikte olduğu ve Sözleşmenin doğrudan uygulanabilir bir hükmü ile bir iç hukuk kuralının çatışması durumunda Sözleşme hükümlerine öncelik verilmesi gerektiği kabul edilmektedir.¹⁴²

¹³⁹Bu konuda bkz.; Jacques Velu, "Anayasal Değerdeki Normlar ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi-Belçika Yargıtay'ı Raporu," VII.Anayasa Mahkemeleri Konferansı-4 (Ankara, 1990: Anayasa Mahkemesi Yayınları), s.183.

¹⁴⁰Bu konuda bkz.; Arsava, a.g.e., s. 400-403.

¹⁴¹Bu konuda bkz.; Velu, a.g.m., s. 182; Doğan, a.g.e., 165-166.

¹⁴²Bu konudaki örnekler için bkz.; Batum, a.g.e., s. 158-159.

Sonuçta, Belçika'da kanunların Anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi mevcut olmadığı halde, mahkemeler milli kanunların A.İ.H.S.'nin doğrudan uygulanabilir hükümlerine uygunluğunu denetleyebilmektedirler.¹⁴³

8)HOLLANDA;

Hollanda hukuk düzeninde milletlerarası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkiler, Hollanda'nın dış ilişkilerine bağlı olarak gelişmiştir. Önceleri, Almanya ve İtalya gibi Hollanda'da da bu ilişkiler Düalist model çerçevesinde değerlendirilmiştir. Ancak Hollanda'nın Avrupa bütünleşmesinin ilk yıllarında, bu bütünleşmenin içinde yer alması milletlerarası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkiler açısından geleneksel uygulamayla çözülemeyecek sorunları gündeme getirmiştir. Bu sorunların çözülmesi amacıyla 1953 ve 1956 yılında yapılan anayasa değişiklikleri ile, Hollanda Monist bir model benimseyerek kapılarını milletlerarası hukuka açmıştır. 1983 Anayasasında da eski düzenlemeye paralel bir düzenleme getirilmiştir.

Eski Hollanda Anayasasında milletlerarası andlaşmaların iç hukuktaki yerine ilişkin iki temel madde mevcuttur. Anayasanın 66. maddesine göre; "...krallık içinde yürürlükte olan yasal hükümlerin, yürürlüğe girişlerinden önce veya sonra onaylanmış olsun, kişilere hak ve yükümlülükler getiren bir Sözleşmenin hükümleri ile çelişmeleri durumunda uygulanma imkanı kalmaz." 1983 tarihli Anayasanın 94.maddesine göre ise; "Krallık içinde yürürlükte olan kanuni düzenlemeler uygulandıklarında herkesi bağlayan milletlerarası andlaşma hükümleri veya milletlerarası kuruluşların kararlarıyla çatışıyorsa uygulanamazlar."

Buna göre, Hollanda hukuk sisteminde kişilere hak ve yükümlülük getiren, yani doğrudan uygulanabilen andlaşmalar önceki ve sonraki tarihli kanunlardan üstündür.

Böylelikle, milletlerarası andlaşmaların kanunların üzerinde olduğunu kabul eden Hollanda, daha da ileri giderek belli koşullarda milletlerarası andlaşmaların Anayasanın da üzerinde olduğunu kabul etmektedir.

Eski Anayasanın 63. maddesine göre; "Uluslararası hukuk düzeninin gelişmesinin gerekli kıldığı durumlarda, Anayasa'nın hükümlerine, bir uluslararası andlaşma ile aykırı kurallar getirilebilir. Bu andlaşma Parlamentonun iki Meclisi tarafından, kullanılan oyların 2/3 çoğunluğu tarafından onaylanmalıdır." 1983 tarihli

¹⁴³Bu konuda bkz.; Françoise Tulkens, "Belgium," in *The European Convention for the Protection of Human Rights, International Protection versus National Restrictions*, ed. by Mireille Delmas-Marty (Netherlands, 1992: Kluwer Academic Publishers), s.106-107.

Anayasanın 91.maddesinde de Anayasaya aykırı bir milletlerarası andlaşmanın Parlamentonun en az 2/3 çoğunluğuyla onaylanabileceği hükme bağlanmaktadır.

Buna göre, milletlerarası hukuk düzenin bunu gerektirmesi ve Parlamentonun 2/3 çoğunluğu tarafından onaylanması şartıyla milletlerarası bir andlaşma Anayasa-üstü değer kazanmaktadır. Eski Anayasanın 1983 Anayasası ile eş hükümlerini değerlendiren Arsava'ya göre, "...63.madde ...Anayasaya ters düşen etkilere sahip Devletler Hukuku andlaşmalarının onaylanması ile basitleştirilmiş bir anayasa değişikliği yöntemi kabul etmiştir."¹⁴⁴ Anayasanın 60. maddesine göre ise, "...mahkemeler Sözleşmelerin Anayasaya uygun olup olmadığını denetleme yetkisine sahip değildir." Bu madde de milletlerarası andlaşmaların iç hukuktaki üstün konumunu sağlamlaştırmaktadır.

Ayrıca, Hollanda, 1983 Anayasasının 90.maddesinde; "Hükümet, milletlerarası hukuk düzeninin gelişmesini destekler." hükmüne yer vermiştir.

Eski Anayasanın 63. ve 66.maddeleri, **A.T.** Hukukunun Hollanda'da tam olarak uygulanabilmesine imkan vermiştir. Bu maddeler, Topluluk Hukukunun "doğrudan uygulanabilirlik" ve "üstünlük" özelliklerini teminat altına alırken, Anayasanın 67. maddesi, Avrupa Topluluğu organlarının ve bu organların işlemlerinin meşruiyetini anayasallaştırmış olmaktadır.

67.m. 1. fıkrasına göre, 63. maddede yer alan koşullara uyularak, milletlerarası kuruluşlara yasama, yürütme ve yargı yetkileri devredilebilir. 1983 Anayasasının 92.maddesinde bu fıkra paralel bir düzenleme getirilmiştir.

67. m. 2. fıkrasına göre ise; "Milletlerarası kuruluşların kararları için de 65. ve 66. madde hükümleri aynen uygulanır."

Bunun anlamı, kanunlarla milletlerarası kuruluşların kararları çatıştığında, milletlerarası kuruluşların kararlarına üstünlük tanınmasıdır. 1983 Anayasasında ise, milletlerarası kuruluşların kararlarına tanınan üstünlük, 94.maddede yer alan; "Krallık içinde yürürlükte olan kanuni düzenlemeler uygulandıklarında... milletlerarası kuruluşların kararlarıyla çatışıyorsa uygulanamazlar." şeklinde açıkça ifade edilmiştir.

Sonuçta, Hollanda'da milli mahkemeler, herhangi bir zorlukla karşılaşmadan Topluluk Hukukunu bütünüyle uygulama imkanına sahip olmaktadır.¹⁴⁵

A.İ.H.S. ise, Hollanda tarafından 1954 yılında onaylanmıştır. Temelde milletlerarası bir andlaşma olan A.İ.H.S., Hollanda hukuk düzeninin tümü göz önüne alındığında, iç hukukta oldukça önemli bir yere sahiptir.

¹⁴⁴Arsava, a.g.e., s.389.

¹⁴⁵Bu konuda bkz.; Doğan, a.g.e., s. 167.

Hollanda'da, bu konuda diğer Avrupa ülkelerine göre oldukça ileri adımlar atılmış, hatta Sözleşmeye belli koşullarda Anayasa-üstü bir değer tanınmıştır. Bununla da yetinilmemiş, 1983 Anayasasının 94.maddesine paralel olan eski Anayasanın 67/2 maddesi, mahkemeler tarafından, A.T. yanında A.İ.H.S. için de uygulanmış, Divan kararlarına iç hukukta öncelik tanınmıştır.¹⁴⁶ Buna göre, Hollanda'da, Sözleşme hukuk sistemindeki en üstün kurallar bütünü olarak ele alınıp uygulanabilmektedir.¹⁴⁷

9)LUXEMBOURG;

Luxembourg Anayasasında milletlerarası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkiler konusunda herhangi bir hüküm mevcut değildir. Bu yüzden milletlerarası andlaşmaların iç hukuktaki konumunu belirleme görevi mahkemelere düşmektedir.

Luxembourg Danıştay Başkanı Goerens'in belirttiği gibi, "1950'den bu yana Luxembourg yargı yerleri, uluslararası andlaşmaların (Belçika-Luxembourg Ekonomik Birliği Andlaşması türünde), sonradan da çıkarılmış olsa, milli yasaya önceliğini ve çelişme durumunda milli yasanın andlaşma yararına bertaraf edileceğini kabulde kararlı görünmektedirler."¹⁴⁸

Kendisi de milletlerarası bir andlaşma ile kurulan Luxembourg'un bu kararlılığı, milletlerarası hukuk karşısındaki genel tavrından kaynaklanmaktadır. Luxembourg milletlerarası hukuka açık ve saygılı tavrıyla tanınmaktadır. Bu bağlamda mahkemeler, milletlerarası hukukun üstünlüğüne karar verirken, milli yasama organının sonraki tarihli bir kanunla milletlerarası andlaşmayı ihlal etmek amacıyla olmadığı noktasından hareket etmektedirler.¹⁴⁹

Luxembourg, A.K.Ç.T. andlaşmasına imza koyduktan sonra, andlaşmanın Anayasaya uygunluğu konusunda tartışmalar çıkmıştır. Bu tartışmalar sonucunda Anayasa'da değişiklik yapılması noktasında birleşilmiş ve Hollanda anayasa değişikliği örnek alınarak bir tasarı hazırlanmıştır. Aslında daha kapsamlı olan tasarının ancak iki maddesi kabul edilerek yürürlüğe girmiştir.

1956 yılında değiştirilen 49. maddeye göre; yasama, yürütme ve yargı organına ait yetkilerin kullanılması milletlerarası andlaşmalar ile geçici olarak milletlerarası kuruluşlara devredilebilmektedir.

¹⁴⁶Batum, a.g.e., s.164-165.

¹⁴⁷Batum, a.g.e., s.46.

¹⁴⁸François Goerens, "Lüksemburg Raporu," VII.Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Anayasa Yargısı (Ankara, 1988: Anayasa Mahkemesi Yayınları), s. 178.

¹⁴⁹Bu konuda bkz.; Arsava, a.g.e., s.394.

Yeni konulan 37. maddenin 2. fıkrasına göre ise; Anayasaya aykırı hükümler içeren milletlerarası andlaşmaların onaylanması için, 114. maddenin 5. fıkrasında öngörülen ve anayasa değişikliği için gereken yasama yöntemine başvurulmalıdır.

İşte Luxembourg'ta **A.T.** Hukukuna kapıları açan bu iki maddedir. Ancak yine de, bu anayasa değişiklikleri ile Topluluk Hukukunun iç hukuktaki konumu belirlenmemiştir.

Bu durumda, Topluluk Hukukunun iç hukuktaki yeri mahkemeler tarafından belirlenecektir. Luxembourg mahkemeleri bu konuda üzerlerine düşen görevi yerine getirmekte ve Topluluk Hukukunun üstünlüğü yönünde karar vermektedirler.

A.I.H.S.'nin Luxembourg hukuk düzenindeki konumu da Luxembourg Yargıcının milletlerarası hukuk karşısındaki genel tavrı çerçevesinde ele alınmalıdır.

Luxembourg Yargıcının milletlerarası hukuka tanıdığı üstünlük, Anayasa yargısının olmadığı bu ülkede A.I.H.S. gibi milletlerarası andlaşmalara dayanılarak Anayasa Yargısı yolunun açılmasını gündeme getirmiştir.¹⁵⁰

10)DANİMARKA;

Danimarka Anayasasında milletlerarası hukuk-iç hukuk arasındaki ilişkilerle ilgili hüküm mevcut değildir. Ancak milletlerarası andlaşmalar açısından yerleşik uygulama, andlaşmanın bir kanunla iç hukuka aktarılması yönündedir.

Danimarka'da düalist olarak nitelendirilebilecek bu model çerçevesinde, milletlerarası andlaşmaların iç hukukta sonuç doğurabilmesi için, icrai bir iç hukuk tasarrufuna ihtiyaç vardır. Söz konusu andlaşmalar, bireyler açısından da, ancak iç hukuka aktarıldıktan sonra hüküm ifade ederler.

Bu bağlamda, Danimarka'da milletlerarası andlaşmaların iç hukuktaki yeri, andlaşmayı iç hukuka aktaran tasarrufun Danimarka hukuk düzenindeki yerine göre belirlenir.

Danimarka **A.T.**'na girebilmek için 1953 yılında bir anayasa değişikliği yapmıştır. Bu değişiklikle getirilen Anayasanın 20. maddesine göre, Kraliyet mercilerine ait yetkilerin milletlerarası hukuk düzeninin ve işbirliğinin teşviki için milletlerarası mercilere devredilebilmesi mümkündür.

İşte, 1972 tarihli Katılma Kanununun 2. maddesinde, bu maddeye de atıf yapılmış ve bu kanunun diğer maddelerinde Danimarka'nın Topluluğa katılmasını sağlayacak düzenlemelere yer verilmiştir. Ancak yine de Katılma Kanunu Topluluk

¹⁵⁰Bu konuda bkz.; Goerens, a.g.m., s. 179.

Hukuku ile iç hukuk arasındaki ilişkilerden kaynaklanan sorunları tam olarak çözememiştir.¹⁵¹

Danimarka, **A.İ.H.S.**'ne ise 1953 yılında imza koymuş ancak 1992 yılına kadar, iç hukuka aktarmak için gereken kanunu yapmamıştır.

1953 yılından sonra, Danimarka hukukunun, **A.İ.H.S.** ile uyumunu sağlamak amacıyla Adalet Bakanlığı bünyesinde özel bölüm kurulması ya da Hükümet içinde özel komiteler oluşturulması yoluna gidilmiş, bu özel organlar yasama işlemlerinin Anayasaya ve milletlerarası hukuka uygunluğunu sağlama konusunda önemli görevler üstlenmişlerdir.

1989 yılında Yüksek Mahkeme verdiği üç kararda, Danimarka mahkemeleri ve diğer otoritelerin, Danimarka hukukunu **A.İ.H.S.**'ne uygun yorumlamakla yükümlü oldukları sonucuna varmıştır.

Ancak buna rağmen Uzmanlar Komitesi, Sözleşmenin Danimarka hukukuna aktarılması (incorporation) gerektiğini belirtmiş ve Parlamento Sözleşmeyi 1 Temmuz 1992'den itibaren iç hukukun bir parçası haline getiren kanunu kabul etmiştir.¹⁵²

11)YUNANİSTAN;

Yunan Anayasası genel olarak milletlerarası hukuka açık bir Anayasadır. Anayasanın 2. ve 28. maddelerinde milletlerarası hukuk-iç hukuk ilişkileriyle ilgili hükümler yer almaktadır.

Yunan Anayasasının 2. maddesinin 2. fıkrasında; Yunanistan'ın milletlerarası hukukun genel olarak kabul edilen kurallarına bağlı olduğu belirtilmekte, barış ve adaleti, halklar ve devletler arasındaki dostane ilişkileri güçlendirme isteği vurgulanmaktadır.

Anayasanın 28. maddesinin 1. fıkrasında; milletlerarası hukukun genel kabul gören kurallarının ve aynı zamanda milletlerarası andlaşmaların, onaylanıp yürürlüğe girdikten sonra Yunan iç hukukunun bir parçası haline geldiği ve kendileriyle çatışan kanun hükümlerinden üstün olduğu ifade edilmektedir.

Görüldüğü gibi Yunan hukuk düzeninde, milletlerarası andlaşmalar doğrudan uygulanabilir ve üstün kurallar niteliğindedir.

Yunanistan, **A.T.**'na ikinci genişlemesi sırasında, 1981 yılında girmiştir.

28. madde, Yunanistan'ın Topluluğa üyeliğinin anayasal temelini teşkil etmektedir.

¹⁵¹Bu konuda bkz.; Arsava, a.g.e., s. 431-435.

¹⁵²Carl Aage Norgaard, "The Relationship Between International and Domestic Law," European Commission for Democracy Through Law-Report, Topic-I, Strasbourg, 23 April 1993, s. 5-8.

28. maddenin 2. fıkrasına göre; önemli milli çıkarlarına hizmet edilmesi ve diğer devletlerle işbirliğinin desteklenmesi amacıyla Anayasada öngörülen yetkiler, bir milletlerarası andlaşma veya anlaşma ile milletlerarası kuruluşların organlarına devredilebilir. Bunun için Parlamentonun 3/5 çoğunluğunun onayı gereklidir.

28. maddenin 3. fıkrasına göre ise; önemli bir milli çıkarın gerekli kılması, kişi hakları ve demokratik devletin temellerini ihlal etmemesi, eşitlik ve karşılıklılık prensibinin korunması şartıyla, Parlamentonun salt çoğunluğunu gerektiren bir kanunla egemenlik hakları sınırlandırılabilir.

Burada tartışmalı olan husus, üyelik konusunda hangi fıkranın esas alınacağıdır. 3/5 gibi nitelikli bir çoğunluğu öngören 2. fıkra mı yoksa salt çoğunluğu öngören 3. fıkra mı uygulanacaktır?

Bu konuda Yunan hükümeti, 3. fıkranın uygulanmasının daha uygun olacağı yolundaki görüşü benimsemekle beraber onay kanunu Parlamentoda siyasi nedenlerle, ilerisi için bir örnek teşkil etmemek kaydı ile 28. maddenin 2. fıkrasına dayanılarak nitelikli çoğunlukla kabul edilmiştir.¹⁵³

Bunun dışında Topluluk Hukukunun "doğrudan etki" ve "üstünlük" özellikleri 28.m. 1. fıkrası tarafından korunmaktadır.

A.İ.H.S.'nin Yunan Hukukundaki yerini değerlendirmek içinse üç dönemi birbirinden ayırdetmek gerekir.

Yunanistan, A.İ.H.S.'ne ilk imza koyan ülkelerden biridir. Sözleşmenin onaylanma tarihi olan 1953 ile ilk askeri darbenin yapıldığı 1967 tarihine kadar olan dönemde; Sözleşme sıradan kanunlara eşdeğerdir.

1967 tarihinden 1969 tarihine kadar Yunanistan, askeri dikta rejimi ile yönetilir ve bu dönemde Avrupa Konseyinden çekilir.

1974'de ise, Yunanistan demokrasiye geçer ve 1975'te yeni Anayasa ilan edilir. Bu son dönemde, Sözleşmenin kanunların üzerinde olduğu kabul edilmektedir.

Yunanistan'da doktrin ve pratik, genel olarak A.İ.H.S.'nin kanunların üzerinde ancak Anayasanın altında olduğunu kabul etmektedir. Önceki veya sonraki tarihli kanunlar Sözleşmeye uygun olmalıdır.¹⁵⁴

¹⁵³Bu konuda bkz.; Arsava, a.g.e., s. 435-436.

¹⁵⁴Bu konuda bkz.; Georgia Bechlivanou, "Greece," in *The European Convention for the Protection of Human Rights, International Protection versus National Restrictions*, ed. by Mireille Delmas-Marty (Netherlands, 1992: Kluwer Academic Publishers), s.151-170.

12)İSPANYA;

İspanya Anayasasında milletlerarası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkiler esas olarak 3. Bölümde yer alan 93-96. maddelerde düzenlenmiştir.

1978 tarihli İspanyol Anayasası'nın 96. maddesine göre; "Usulüne uygun olarak yapılan andlaşmalar, İspanya'da resmi olarak yayınlandıkları andan itibaren iç hukuk düzeninin parçası haline gelirler. Bunların hükümleri sadece, bizzat andlaşmalarda öngörülen biçimde veya milletlerarası hukukun genel kurallarına uygun olarak kaldırılabilir, değiştirilebilir veya askıya alınabilir."

Bu maddeden de anlaşılacağı üzere, milletlerarası andlaşmalar İspanya'da kanunlardan üstündür. "Bunların hükümleri sadece, bizzat andlaşmalarda öngörülen biçimde veya milletlerarası hukukun genel kurallarına uygun olarak kaldırılabilir, değiştirilebilir veya askıya alınabilir." şeklindeki ifadedden kanunla milletlerarası andlaşmaların kısmen ya da tamamen geçersiz kılınamayacağı sonucu çıkmaktadır. Yani, milletlerarası andlaşmalar önceki ve sonraki tarihli kanunlardan üstündür.¹⁵⁵

İspanya A.T.'na Topluluğun üçüncü genişlemesi sırasında Portekiz'le birlikte girmiştir.

İspanyol Anayasasının 95. maddesinin 1. fıkrasına göre; "Anayasaya aykırı hükümler içeren milletlerarası andlaşmaların onaylanması için önceden Anayasa'da değişiklik yapılması gerekir."

Milletlerarası andlaşmalarla ilgili bu genel hükmün istisnası 93. maddede düzenlenmiştir. Buna göre; organik bir kanun¹⁵⁶ ile Anayasadan kaynaklanan yetkilerin milletlerarası bir kurum veya kuruluşta toplanması yolunda andlaşmalar yapılmasına izin verilebilir. Cortes Generales (Millet Meclisi) ve hükümet, gerektiğinde, bu andlaşmalara ve söz konusu yetkilerin toplandığı milletlerarası ve milletler-üstü kuruluşların kararlarına uygunluğu güven altına almakla yükümlüdür.

İşte İspanya'da Topluluk Hukukunu uygulanabilir kılan bu hükümdür. İspanyol doktrini ve pratiğinde, hakkında çeşitli tartışmalar yapılsa da, son zamanlarda, Topluluk Hukukunun Anayasa dahil, iç hukukun üzerinde olduğu kabul edilmektedir.

¹⁵⁵İspanya, "Hukuk Yoluyla Demokrasi Avrupa Komisyonu"nun 1993 tarihli, "Milletlerarası Hukuk ile İç Hukuk Arasındaki İlişkiler" konulu raporunda da, milletlerarası andlaşmaların kanunlardan üstün olduğu ülkeler arasında sayılmıştır. Constantin Economides, "The Relationship Between International and Domestic Law," European Commission for Democracy Through Law-Report, Topic IV, Strasbourg, 10 May 1993, s. 11.

¹⁵⁶İspanyol hukuk düzeninde "organik yasa"larla temel hak ve özgürlükler, özerklik, genel seçim sistemi gibi önemli konuları düzenlemektedir. Anayasanın 81. maddesinin 2. fıkrasına göre; bu tür yasaların konulması, değiştirilmesi veya kaldırılması için, önerenin bütünü üzerinde yapılan son oylamada, Kongre üyelerinin salt çoğunluğu gerekmektedir.

Özellikle temel haklar konusunda, kimi yazarların iç hukuka öncelik tanınması gerektiği yolundaki görüşlerine karşın, A.T.A.D. kararları çerçevesinde, İspanyol Anayasa Mahkemesi'nin Topluluk Hukukunu denetlemekten kaçındığı görülmektedir.¹⁵⁷

İspanya A.İ.H.S.'ni ise 1979 yılında imzalamıştır. A.İ.H.S., İspanyol Anayasasının 96/ 1. maddesine göre, iç hukukun bir parçasıdır. Anayasanın 9.m/ 1. fıkrasına göre de vatandaşlar ve kamu otoriteleri Anayasa ve diğer bütün yasal düzenlemelerle bağlı olduğuna göre, Sözleşme İspanya'da kendiliğinden uygulanabilir niteliktedir. Sözleşmenin iç hukuktaki yeri, 96. maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesinden çıkarılabilir. Bu cümleden çıkan sonuç, A.İ.H.S.'nin önceki veya sonraki tarihli kanunlardan üstün olduğudur; A.İ.H.S. ile bir kanun hükmü çatıştığında İspanyol mahkemeleri Sözleşmeye üstünlük tanımak zorundadır.

A.İ.H.S.'nin iç hukuktaki yeri konusunda 96. madde kadar önemli bir diğer madde de 10. maddedir. 10. maddenin 1. fıkrasına göre; "Anayasa tarafından tanınan temel hak ve özgürlüklere ilişkin prensipler, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve İspanya tarafından onaylanan andlaşma ve anlaşmalara uygun olarak yorumlanır."

Bakır Çağlar bu maddeden A.İ.H.S.'nin İspanya'da Anayasa-üstü değer taşıdığı sonucunu çıkarmaktadır.¹⁵⁸

"Anayasal Değerdeki Normlar ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi-İspanya Anayasa Mahkemesi Raporu"nda ise; bu hükümden, temel haklarla ilgili milletlerarası Sözleşmelerin anayasal norm değerinde oldukları sonucunun çıkarılamayacağı belirtilmektedir. Yani İspanyol Anayasa Yargıcı, A.İ.H.S.'ne, değil Anayasa-üstü bir değer, Anayasa'ya eşit bir değer bile tanımamaktadır.¹⁵⁹

Ayrıca bu konuda akla şöyle bir soru gelmektedir; Anayasa'da yorumu yer bırakmayacak kadar açık bir hükümle bir milletlerarası andlaşma çatıştığında durum ne olacaktır?

Anayasa, bu sorunu 95. maddenin 1. fıkrasında bir ölçüde çözmüştür. Anayasa ile çatışan bir milletlerarası andlaşma onaylanmadan önce anayasa değişikliği yapılacaktır. Böylece Anayasa ile milletlerarası andlaşmanın çatışması önleneyecektir. Ancak, 95.maddenin 2.fıkrasına göre, Anayasa Mahkemesi, Hükümet veya Meclislerden birinin isteği üzerine, bir milletlerarası andlaşma ile Anayasa

¹⁵⁷Bu konuda bkz.; D. Miguel Rodriguez Pinero-Bravo Ferrer-D. Jesus Leguina Villa, "Anayasal Değerdeki Normlar ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi-İspanya Anayasa Mahkemesi Raporu," VII.Anayasa Mahkemeleri Konferansı-3 (Ankara, 1990: Anayasa Mahkemesi Yayınları), s.222-224.

¹⁵⁸Çağlar, a.g.e., s.50-51.

¹⁵⁹Pinero-Ferrer-Villa, a.g.m., s.225.

arasında uyuşmazlık olup olmadığına karar verir. Bu inceleme, Anayasa Mahkemesi tarafından otomatik olarak değil de Hükümet veya Meclislerden birinin isteği üzerine yapıldığına ve Anayasada, Hükümet veya Meclislerden birine yönelik, bir milletlerarası andlaşma ile Anayasa arasında uyuşmazlık olup olmadığına karar vermesi için Anayasa Mahkemesine başvurulması gerektiği yolunda bir hüküm bulunmadığına göre; Hükümet veya Meclislerden biri tarafından böyle bir istekte bulunulmadığı takdirde Anayasa ile çatışan bir milletlerarası andlaşma onaylandıktan sonra İspanya iç hukukuna girecektir. Buna göre, Anayasa Yargıcının önüne, yorumu yer bırakmayacak kadar açık bir Anayasa hükmü ile çatışan böyle bir milletlerarası andlaşma geldiğinde durum ne olacaktır? Yani, yargıcın söz konusu Anayasa hükmünü milletlerarası andlaşmaya uygun olarak yorumlaması mümkün değilse, yine, İspanyol Anayasasının, Anayasa tarafından tanınan temel hak ve özgürlüklere ilişkin prensiplerin, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve İspanya tarafından onaylanan andlaşma ve anlaşmalara uygun olarak yorumlanması gerektiğini belirten 10.maddesine dayanılarak milletlerarası andlaşmaların ve dolayısıyla A.İ.H.S.'nin Anayasa-üstü bir değer taşıdığı savunulabilecek midir? Ayrıca, sonradan yapılacak bir anayasa değişikliği ile yürürlükteki bir milletlerarası andlaşma ile çatışan bir hüküm getirilmesi de mümkündür. Bu durumda, söz konusu hüküm yorumu yer bırakmayacak kadar açık olduğu takdirde, Anayasa Yargıcı Anayasanın bu hükmünü ihmal edip milletlerarası andlaşmayı uygulayabilecek ya da bu anayasa değişikliğinin milletlerarası andlaşmaya uygunluğunu denetleyebilecek midir? Bir başka deyişle, bu durumda yine 10.maddeye dayanılarak milletlerarası andlaşmaların, dolayısıyla A.İ.H.S.'nin Anayasa-üstü değer taşıdığı savunulabilecek midir?

Cavagna ve Monteiro bu konuda şunları yazmaktadır; "...Andlaşmalar ve bu arada A.İ.H.S., Anayasanın altındadır. Andlaşmaların a priori (İspanyol Anayasası m. 95.1) ya da a posteriori (İspanyol Anayasası 161/1.a) denetimle Anayasaya uygunluğuna Anayasa Mahkemesi karar vermektedir."¹⁶⁰

Anayasanın 161/1.a maddesine göre, Anayasa Mahkemesi, kanunların ve kanun gücündeki düzenlemelerin Anayasaya aykırılıkları iddiasıyla yapılan başvuruları dinlemeye yetkilidir.

¹⁶⁰Eliette Cavagna-Evelyne Monteiro, "Iberian Peninsula : Spain and Portugal," in *The European Convention for the Protection of Human Rights, International Protection versus National Restrictions*, ed. by Mireille Delmas-Marty (Netherlands, 1992: Kluwer Academic Publishers), s. 174.

13)PORTEKİZ;

Portekiz Anayasası'nda milletlerarası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkiler esas olarak 8. maddede düzenlenmiştir;

"1.Milletlerarası hukukun genel veya ortak kural ve prensipleri, Portekiz hukukunun bütünleyici bir parçasıdır.

2.Usulüne uygun olarak onaylanan veya uygun bulunan milletlerarası Sözleşmelerde öngörülen kurallar, Portekiz Devleti açısından milletlerarası planda bağlayıcı olmakla birlikte, iç hukukta resmen yayınlanmalarının ardından uygulanırlar..."

8. madde üzerindeki tartışmalar milletlerarası hukukun genel prensiplerini iç hukukun parçası sayan 1. fıkra hükmü üzerinde değil, milletlerarası andlaşmalarla ilgili 2. fıkra üzerinde yoğunlaşmaktadır.

Portekiz'de çoğu yazar, bu hükmü "otomatik resepsiyon kaydı" olarak değerlendirmekte, azınlıkta kalan bir kısım yazar ise, Cumhurbaşkanı tarafından imzalanan bir işlemin resmi olarak yayınlanması gerekliliğini "transformasyon sistemi"nin kabul edildiği biçiminde yorumlamaktadır.¹⁶¹

Milletlerarası andlaşmaların iç hukuktaki yeri konusunda da fikir birliği yoktur. Çoğu yazar, 8.maddenin 2. fıkrasından milletlerarası andlaşmaların iç hukukta yer alan kanun ve düzenlemelerin üzerinde olduğu sonucunu çıkarırken, bir kısım yazar, milletlerarası andlaşmaların kanunlara eş değer olduğu görüşünü savunmaktadır. Ama genel olarak, andlaşmaların Anayasanın altında, iç hukukun üzerinde olduğu kabul edilmektedir.¹⁶² Konu, bonolar ve çekler hakkındaki Cenevre Sözleşmesi ile düzenlenen ve Portekiz'in 1934 yılında onayladığı tek tip kanun ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesinin önüne gelmiş; 1. Daire, milletlerarası andlaşmaların kanunlardan üstün olduğu sonucuna varırken, 2.Daire, kanunlarla milletlerarası andlaşmaların eş değer olduğuna karar vermiştir. Ancak Portekiz Anayasa Mahkemesi Başkanının bu konudaki kişisel görüşüne göre; "...Anayasa'nın, Portekiz devletini uluslararası planda bağladıkları ölçüde sözleşmesel normların iç düzende yürürlükte olduklarını belirten 8.madde 2 nolu bölümünün yönergesi, yalnızca yorumcuya ve yargıca değil, aynı zamanda da Kanun-koyucuya seslenerek, bir Sözleşmenin devleti uluslararası planda bağlaması ölçüsünde, bu Sözleşmede yer alan normların yürürlükte kalmasını engellemeyi Kanun-koyucuya yasaklayan bir

¹⁶¹Bu konuda bkz.; Cavagna-Monteiro, a.g.m., s. 173-174.

¹⁶²Bu konuda bkz.; Cavagna-Monteiro, a.g.m., s.174-175; J.M. Cardoso da Costa, "Anayasal Değerdeki Normlar ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi-Portekiz Anayasa Mahkemesi Raporu," VII.Anayasa Mahkemeleri Konferansı-3 (Ankara, 1990: Anayasa Mahkemesi Yayınları), s.345-347.

talimattır. Dolayısıyla Anayasaya aykırılık dolaylı değil, doğrudandır; ve Anayasa Mahkemesi de bunun teşhisi bakımından yetkisiz değil, yetkilidir."¹⁶³

Portekiz de İspanya gibi 3. genişleme sırasında A.T.'na girmiştir. 1982 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile getirilen 8. maddenin 3. fıkrası, A.T. Hukukuna Portekiz hukuk düzeninde etkinlik ve geçerlik kazandırmıştır. Bu hükme göre; Portekiz'in üyesi bulunduğu milletlerarası kuruluşların yetkili organları tarafından alınan kararlar, doğrudan etkileri kurucu andlaşmalarda öngörüldüğü takdirde, iç hukukta doğrudan uygulanırlar. Portekiz doktrinde, bu tür kararların Anayasa hariç iç hukuktan üstün olduğu kabul edilmektedir.¹⁶⁴

Portekiz Anayasa Mahkemesi Başkanı Armando M. Marques Guesdes'e göre ise; "Bu hüküm, 1982 yılında A.E.T. ile bütünleşme amacıyla yapılan değişiklik sırasında konulmuştur. 8.maddenin sözleşmesel normlara iç düzende tanınması gereken yürürlük ile ilgili 2 nolu madde varken, konulması çok da gerekli değildi. Bununla birlikte bu hükmün olası tereddütlerin giderilmesi gibi bir yararı vardır."¹⁶⁵

Portekiz'de A.İ.H.S.'nin iç hukukta doğrudan uygulanabilirliği ve yeri konusunda ise doktrindeki tartışmalar bir yana, pratikte de fikir birliği yoktur. Aslında, birçok mahkeme üstü kapalı da olsa Sözleşme açısından transformasyon sisteminin benimsendiğine karar vermiştir. Ancak "otomatik resepsiyon" sisteminin benimsendiği yolunda verilen kararlar da vardır. Lizbon İstinaf Mahkemesinin 17 Ekim 1978 tarihli kararı bu konuda örnek olarak gösterilebilir.¹⁶⁶

A.İ.H.S.'nin iç hukuktaki yeri konusunda hakim görüş ise, Sözleşmenin Anayasanın altında iç hukukun üzerinde olduğudur.

Sözleşmenin Anayasa-altı konumu hakkında çeşitli kanıtlar ileri sürülmektedir. Bu konuda ileri sürülen kanıtlardan en önemlisi, milletlerarası andlaşmaların a priori veya a posteriori olarak Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasaya uygunluk denetimine tabi tutulabilmesidir. Pek çok Anayasacıya göre, bunun mantıki sonucu olarak, Sözleşme Anayasanın altında yer alır.¹⁶⁷

Portekiz Anayasasının 16.maddesinin 1.fıkrasına göre; "Anayasada yer alan temel haklar, ne kanunlardan ne de milletlerarası hukuk kurallarının

¹⁶³Armando M. Marques Guesdes, "Portekiz Anayasa Mahkemesi," *Anayasa Yargısı*, (Ankara, 1987: Anayasa Mahkemesi Yayınları), s. 98.

¹⁶⁴da Costa, a.g.m., s. 346.

¹⁶⁵Guesdes, a.g.m., s. 97.

¹⁶⁶Bu konuda bkz.; Cavagna-Monteiro, a.g.m., s. 174. Aynı görüş, "Anayasal Değerdeki Normlar ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi-Portekiz Anayasa Mahkemesi Raporu"nda da dile getirilmektedir. da Costa, a.g.m., s. 345.

¹⁶⁷Bu konuda bkz.; Cavagna-Monteiro, a.g.m., s. 174.

uygulanmasından doğan diğer temel haklar için engel teşkil etmez." Bu fıkra, anayasal temel haklarla, A.İ.H.S.'den kaynaklanan temel haklar arasındaki ilişki konusunu gündeme getirmektedir.¹⁶⁸

16.maddenin 2.fıkrası ile ise İspanyol Anayasasının 10/2. maddesine benzer bir hüküm getirilmiştir;

"...Temel haklarla ilgili Anayasa ve kanun hükümleri İ.H.E.B.'ne uygun olarak okunur ve yorumlanır."

Bu hükmün İspanyol Anayasası m.10/ 2 'den farkı, burada sadece İ.H.E.B.'nin zikredilmiş olmasıdır. Portekiz'de ilk anayasa değişiklikleri sırasında bu hükme, İ.H.E.B. yanında A.İ.H.S.'nin de ilave edilmesi önerilmiş, ancak öneri sol kanat partileri tarafından, Portekiz Anayasasının temel hak ve özgürlükler konusunda Sözleşmeden daha ileri olduğu, anayasal haklar yorumlanırken Sözleşmeye yapılacak yollamaların bu hak ve özgürlüklerin kullanımı üzerinde sınırlamalara neden olacağı gerekçesiyle reddedilmiştir.

Sonuçta A.İ.H.S.. m.16/ 2 bağlamında, temel hak ve özgürlüklerin yorumlanmasında başvurulacak bir kaynak olarak Anayasaya girememiştir.¹⁶⁹

Bakır Çağlar ise, İspanyol ve Portekiz anayasalarını birlikte değerlendirerek, "Anayasanın andlaşmalara uygun yorum formülü" çerçevesinde, Portekiz açısından da A.İ.H.S.'nin Anayasa-üstü değer taşıdığını belirtmektedir.¹⁷⁰

14)MACARİSTAN;

Soğuk savaş ertesinde, Sosyalist Blokun dağılmasının ardından liberal-demokratik bir sistem kurma konusunda en hızlı adımları atan ülkelerden biri Macaristan'dır.¹⁷¹

Milletlerarası hukuk ile iç hukuk ilişkileri konusunda, 1989-90 yıllarında önemli ölçüde değiştirilen Macar Anayasasında yer alan tek hüküm 7. maddenin 1. fıkrasıdır.

Buna göre; "Macaristan Cumhuriyetinin hukuk sistemi, milletlerarası hukukun evrensel olarak kabul edilen kurallarına saygı gösterir ve ayrıca milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerle iç hukuk arasında uyum sağlar."

¹⁶⁸Bu konuda bkz.; da Costa, a.g.m., s.346.

¹⁶⁹Cavagna-Monteiro, a.g.m., s. 180-181.

¹⁷⁰Çağlar, a.g.e., s.50-51.

¹⁷¹Macaristan'ın demokrasiye geçişi konusunda bkz.;Özbudun,Anayasa Yapımı,s.103-108.

Bu hüküm, milletlerarası hukuk ile iç hukuk arasındaki hiyerarşik bağı kurmaktan çok, yazılış itibariyle devlete yol gösteren, hatta ödev yükleyen bir hüküm niteliğindedir.

Ancak, sadece bu hükme bakarak, Macar hukuk sisteminde, milletlerarası hukukun iç hukukun üzerinde olduğu sonucuna varmak mümkün değildir.

Bu yüzden, sosyalizm sonrası liberal-demokratik sistemin temel taşlarından olan Macar Anayasa Mahkemesi'nin yetkilerini de göz önüne almak gerekir.

Macar Anayasa Mahkemesi Avrupa Anayasa Mahkemeleri içinde en genç olanlarından biridir. 1989 tarihli ve XXXII sayılı kanunla kurulan mahkeme 1 Ocak 1990'dan beri faaliyettedir.

XXXII sayılı kanun "Milletlerarası andlaşmalara uygunluğun denetlenmesi" başlıklı kısmında (44-47.maddeler) Anayasa Mahkemesi' nin iç hukuk kurallarının andlaşmalara uygunluğunu denetleme yetkisi düzenlenmiştir.

44. maddeye göre, Anayasa Mahkemesi kendiliğinden veya başvuru üzerine, iç hukuk kurallarının milletlerarası andlaşmalara uygunluğunu denetler.

45. maddeye göre, eğer Anayasa Mahkemesi, milletlerarası andlaşmayı iç hukuka aktaran hukuki düzenleme ile hiyerarşik olarak aynı veya daha altta yer alan bir hukuki düzenlemenin, milletlerarası andlaşmayı ihlal ettiği sonucuna varırsa, milletlerarası andlaşma ile çatışan bu düzenlemeyi kısmen veya tamamen yürürlükten kaldırabilir.

46. ve 47.maddeye göre ise; eğer Anayasa Mahkemesi, milletlerarası andlaşmayı iç hukuka aktaran hukuki düzenlemeden hiyerarşik olarak daha üstün bir hukuki düzenlemenin milletlerarası andlaşmayı ihlal ettiği sonucuna varırsa, milletlerarası andlaşmayı imzalayan organ veya kişiden veya Kanun-koyucudan bu uyuşmazlığın belli bir süre içinde giderilmesini talep eder.

İşte, XXXII sayılı kanuna göre oldukça geniş yetkilere sahip olan Anayasa Mahkemesi, içtihatlarıyla Macar hukuk sistemini, milletlerarası hukuka açmaktadır.

B)MİLLETLERARASI ORTAK MEKANLAR;

Klasik milletlerarası hukukun üzerine kurulu olduğu İki ayrı mekan teorisinin sonunu hazırlayan gelişmeleri milletlerarası hukuk penceresinden değerlendirdiğimizde ise karşımıza Milletlerarası Anayasa Hukukunun önemli problemlerinden bir başkası, "İç hukukta uygulanabilir Hukuk Kaynakları" problemi çıkmaktadır.¹⁷² Buna göre, milletlerarası ortak mekanların, özellikle Avrupa Ortak

¹⁷²Bakır Çağlar'a göre, "Prosedürel Milletlerarası Anayasa Hukuku"nun ["Prosedürel Milletlerarası Anayasa Hukuku-Materiel Milletlerarası Anayasa Hukuku ayrımı için bkz., yukarıda, dn. 42] ikinci problemi; "...İç hukukta uygulanabilir Hukuk Kaynakları" problemidir. Özellikle İnsan

Mekanı'nın nasıl kurulduğunu ve bu mekanda hukuki standartların nasıl geliştirildiğini incelememiz gerekir.

1)AVRUPA KAMU HUKUKU KAVRAMI;

Tarih boyunca, ekonomik, siyasi ve kültürel açıdan birbirine yakın devletler arasında birlikler kurulmuş, birliği oluşturan devletlerin menfaatleri çakışmadığı zaman da bu birlikler dağılmıştır.

Ulus-devletin beşiği olan Avrupa'da bu süreç yoğun bir biçimde yaşanmış ve Avrupa tarihi, bir araya gelen ve ayrılan devletlerin tarihi olmuştur.

Özellikle II.Dünya Savaşı sonrasında birkaç devlet arasında gerçekleştirilen işbirliği, Avrupa Topluluklarını kuran çok taraflı andlaşmaların imzalanması ile kapsamlı bir birliğe dönüşmüştür. Ekonomik birlikten siyasi birliğe doğru yaşanan bu süreç, tek bir Avrupa devletinin kurulmasına kadar gidecektir.

Ekonomik birliğini büyük ölçüde tamamlayan Avrupa, günümüzde siyasi birliğini tamamlamaya çalışmaktadır. 7 Şubat 1992 tarihinde Hollanda'nın Maastricht kentinde imzalanan Avrupa Birliği Andlaşması ile bu yolda önemli mesafe katedilmiş, Avrupa devletleri henüz hedefledikleri bütünleşmeyi tam olarak gerçekleştirememişlerse de, Avrupa Ortak Mekanı'nın sınırları hemen hemen ortaya çıkmıştır.

Kuruluş aşamasındaki bu tek Avrupa devletinin, kendini oluşturan devletlerden ayrı, kendine özgü bir hukuk düzeni vardır. Bu çerçevede, Avrupa Ortak Mekanı'nda gelişen bir anayasal düzenin varlığından söz edilebilir.

Şekli anlamda bir Anayasa şeması ile, Avrupa Ortak Mekanı'nda gelişen anayasal düzen değerlendirildiğinde, bu düzenin gerçek niteliğini ortaya koymak kolaylaşır.

Genelde, şematik olarak bakıldığında, şekli anlamda bir Anayasada; devletin temel yapısı ve işleyişine ilişkin kurallar ve bir temel haklar kataloğu bulunduğu söylenebilir.

Buna göre, kurulmakta olan tek Avrupa devletinin anayasal düzenini, hipotetik olarak bu şemayla açıklayabiliriz;

Avrupa anayasal düzeninde, devletin temel yapısına ve işleyişine ilişkin kurallar, Avrupa birliğini kuran çok taraflı andlaşmalarda yer almaktadır. Avrupa Kömür Çelik Topluluğunu (A.K.Ç.T.) kuran 1951 tarihli Paris Andlaşması ve Avrupa Ekonomik Topluluğu (A.E.T.) ile Avrupa Atom Enerjisi Topluluğunu (Euratom) kuran

Roma Andlaşmaları, Avrupa devleti organlarının kuruluşunu, işleyişini, görev ve yetkilerini ve aralarındaki ilişkileri düzenlemektedirler.

Avrupa anayasal düzeninin temel haklar kataloğu ise, Avrupa devletleri tarafından 1950 yılında Roma'da imzalanan ve 1953 yılında yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde yer almaktadır.

Cappelletti ve Cohen'in, "Üstün hukukun milletlerarası kaynakları" (International sources of higher law) olarak nitelendirdikleri¹⁷³ bu kurallar bütünü, etkin bir denetim mekanizması getirmektedir.

Çağımızda anayasaları siyasi iktidarlar tarafından sürekli ihlal edilen değersiz kağıt parçaları olmaktan çıkaran Anayasa mahkemelerinin işlevini, Avrupa Ortak Mekanı'nda, söz konusu andlaşmalarla kurulan Avrupa Topluluğu Mahkemesi (Luxembourg Mahkemesi) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Strasbourg Mahkemesi) yerine getirmektedir.

Bakır Çağlar'ın belirttiği gibi; "Avrupa eski yargıcı, anayasa hukukçusu Eduardo Garcia de Enterría'ya göre, Strasbourg yargılama sistemi, Komisyona ferdi başvuru hakkını (m.25) ve Mahkemenin mecburi kaza yetkisini (m.46) tanıyan bağıtlı devletler için anayasa yargılaması değerindedir. Konvansiyon normlarının ihlali, Avrupa Mahkemesi önünde milli bir yasayla meşrulaştırılmaz ve yasaların üstünde yer alan bir mahkeme de anayasa yargısının çekirdeğini meydana getirir. Bu mantık çerçevesinde Topluluk Mahkemesi de, Anayasa yargılaması yapan bir mahkemedir."¹⁷⁴

Luxembourg ve Strasbourg Mahkemeleri tarafından etkinliği sağlanan bu iki temel andlaşma yanında, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı (A.G.İ.K) Sürecinde kabul edilen Helsinki Nihai Senedi, Paris Şartı gibi, daha zayıf denetim mekanizmaları getiren milletlerarası belgeler de Avrupa Ortak Mekanı'nda geliştirilen hukuki standartları pekiştirmektedir.

Avrupa Anayasa mahkemelerinin katkısıyla gelişen bu konvansiyonel ve jürisprüdansiyel kuralların tümü Avrupa Kamu Hukukunu meydana getirmektedir.¹⁷⁵

Buna göre, Avrupa Ortak Mekanı'nda geliştirilen hukuki standartların gerçek niteliğini ortaya koyabilmek için Avrupa Toplulukları Hukuku, A.İ.H.S. ve kurduğu sistem, A.G.İ.K süreci ve kurduğu sistem üzerinde durmamız gerekir.¹⁷⁶

¹⁷³Cappelletti-Cohen, a.g.e., s.113-196.

¹⁷⁴Bakır Çağlar, "Anayasa'nın Hukuku ve Anayasa'nın Yargıcı Yenilenen Anayasa Kavramı Üzerine Düşünceler," Anayasa Yargısı (Ankara, 1991: Anayasa Mahkemesi Yayınları), s.33-34.

¹⁷⁵Bu konuda bkz.; T.Koopman, "European Public Law: Reality and Prospects," P.L., Spring 1991, s.53-63.

2)AVRUPA TOPLULUKLARI HUKUKU;

Avrupa Topluluğu esas olarak üç andlaşmaya dayanmaktadır. Avrupa Kömür Çelik Topluluğunu (A.K.Ç.T.) kuran 1951 tarihli Paris Andlaşması ve Avrupa Ekonomik Topluluğu (A.E.T.) ile Avrupa Atom Enerjisi Topluluğunu (Euratom) kuran Roma Andlaşmaları. Bu andlaşmalar temelde çok taraflı milletlerarası andlaşmalardır, ancak kendilerini klasik anlamda milletlerarası andlaşmalardan ayıran birtakım özellikleri vardır.

Doktrinde "milletler-üstü" (supra-national) hukuk olarak nitelendirilen Avrupa Toplulukları Hukuku, üye devletlerin egemenliklerini sınırlandıran ve hem devletleri hem de vatandaşları bağlayan kendi kendine yeterli bir hukuk düzenidir. Ancak bu, A.T. Hukukunun üye devlet hukuklarının dışında, onlardan tamamen ayrı olduğu anlamına gelmez. A.T. Hukuku ile üye devletlerin hukuku bir arada yaşamakta ve birbirlerini karşılıklı olarak etkilemektedirler.

Topluluk Hukukuna supra-national karakterini veren temel iki özelliği, yani doğrudan uygulanabilirliği ve iç hukuka üstünlüğü, Avrupa Topluluğu Adalet Divanı (A.T.A.D.) içtihatlarıyla geliştirilmiştir.

Topluluk Hukukunun doğrudan uygulanabilirliği konusunda mahkemenin ilk önemli kararı, 5 Şubat 1963 tarihli, *Van Gend en Loos* kararıdır.

Mahkemeye göre, Avrupa Topluluklarını kuran andlaşmanın nihai amacı bütün vatandaşları içine alan dolayısıyla bütün vatandaşları ilgilendiren bir Ortak Pazar kurmaktır. Söz konusu andlaşma hem devletlere hem de vatandaşlara hak ve ödevler yüklemektedir. Topluluğa katılan devletler, egemenlik haklarının bir kısmından vazgeçmişler, bu haklarını Topluluğa devretmişlerdir. Böylece, egemenliği sınırlandırılan üye devletler, milli mahkemelerde Topluluk Hukukunun vatandaşlar tarafından ileri sürülebileceğini kabul etmişler, Topluluk Hukukuna bu etkinliği tanımışlardır. Sonuçta, Topluluk andlaşması sadece devletlere değil vatandaşlara da seslenmektedir.¹⁷⁷

A.T.A.D., bu konuda verdiği ikinci önemli karar olan 15 Temmuz 1964 tarihli *Costa c.Enel* kararında *Van Gend en Loos* kararındaki içtihadını geliştirmiştir.

¹⁷⁶Bakır Çağlar'a göre; "...Avrupa mekanında ortak hukuk düşüncesini şekillendiren sadece, İnsan Hakları Avrupa Konvansiyonu (ve Hukuku), Topluluk Hukuku gibi, milletlerarası hukukun "katı" ya da yaptırımlı kuralları değildir. Bu mekan şekillendiren, 1 Ağustos 1975 tarihli Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı Nihai Belgesi ve İzleme Toplantıları belgeleri gibi, yumuşak yasalar da vardır. Ortak hukuk mekan ve ortak hukuk düşüncesinin kurulmasında, yargıç-yapısı ya da "içtihadı yazımlı anayasalar" arasında görülen yakınlaşmalar da büyük rol oynar." Çağlar, Milletlerarası Anayasa Hukuku, s.14.

¹⁷⁷Bu konuda bkz.; Selim Kaneti, "Avrupa Topluluğu Hukukunun Üstünlüğü Karşısında Türkiye Cumhuriyeti Anayasası," *Anayasa Yargısı* (Ankara, 1990: Anayasa Mahkemesi Yayınları), s. 132-133.

Mahkemeye göre, diğer milletlerarası andlaşmaların aksine, Avrupa Ekonomik Topluluğu Andlaşması, kendi hukuk düzenini inşa eder. Bu hukuk düzeni, andlaşma yürürlüğe girer girmez iç hukuk düzenlerine dahil olur ve üye devlet mahkemelerini bağlar. Aslında, devletler; kendine özgü kurumlara, kişiliğe, hukuki kapasiteye, milletlerarası düzeyde temsil kabiliyetine ve özellikle devletlerin yetki alanlarının sınırlanması veya yetkilerinin Topluluğa devrinden kaynaklanan gerçek yetkilere sahip, süresi belirsiz bir Topluluk kurmakla, sınırlı alanlarda da olsa, egemenlik haklarından feragat etmiş ve böylece, kendilerine ve vatandaşlarına uygulanabilecek bir hukuk sistemi yaratmışlardır.¹⁷⁸

A.T.A.D.'ın, bu konudaki bir başka önemli kararı ise, 9 Mart 1978 tarihli Simmenthal kararıdır. A.T.A.D.'na göre;

"Topluluk Hukukunun doğrudan uygulanabilirliğinin anlamı, bu hukukun kurallarının bütün üye devletlerde eşdüzen olarak bütün sonuçlarıyla birlikte etkili olması ve bu etkinin yürürlüğe girme tarihinden başlayarak, yürürlük süresi boyunca devam etmesidir. Bu kurallar, gerek üye devletler gerekse Topluluk Hukukunun kapsamındaki hukuksal ilişkilere taraf olanlar için doğrudan doğruya hak ve yükümlerin kaynağıdır. Topluluk Hukuku kurallarının doğrudan etkinliği, bu hukukun vatandaşlara tanıdığı hakları korumakla görevli olan üye ülkelerin bütün yargı yerlerini kapsar."¹⁷⁹

Bu üç temel karar, aynı gerçeğin farklı biçimlerde ifade edilmesidir; Topluluk Hukuku, hem devletlere hem vatandaşlara hak ve ödevler yükler.

Avrupa Topluluğu andlaşmalarında, Topluluk Hukukuyla iç hukuk arasında bir çatışma çıktığında bunun nasıl çözüleceğine dair hüküm yoktur. Bu yüzden, Topluluk Hukukunun doğrudan uygulanabilirliği prensibi gibi Topluluk Hukukunun üstünlüğü prensibi de A.T.A.D. içtihadlarıyla kurulmuştur.

Mahkemenin bu konudaki temel kararlarından ilki, Topluluk Hukukunun doğrudan uygulanabilirliğinin de vurgulandığı *Costa c. Enel* kararıdır.

İtalya'da 1962 yılında, elektrik enerjisinin üretimi ve dağıtımı millileştirilmiş ve elektrik işletmelerinin bütün hakları kısa adı ENEL olan "Ente Nazionale per l'Energia Elettrica" isimli kuruluşa devredilmiştir. Bundan zarar gördüğünü iddia eden Edisonvolta şirketinin pay sahiplerinden Milanolu avukat Flaminio Costa, Millileştirme Kanununun İtalyan Anayasası ve Topluluk Hukukuna aykırı olduğu gerekçesiyle dava açmıştır. Davanın açıldığı Milano Mahkemesi, uyuşmazlığı hem Anayasa Mahkemesine hem de A.T.A.D.'na götürmüştür.

¹⁷⁸Costa c. Enel kararı için bkz.; Cappelletti-Cohen, a.g.e., s.117-132.

¹⁷⁹Kaneti, a.g.m., s.133.

İtalyan Anayasa Mahkemesi'ne göre, andlaşma kanun ile onaylandığından herhangi bir kanun niteliğindedir. Bu yüzden "lex posterior derogat priori" kuralının uygulanması gerekir. A.T.A.D. önünde yaptığı savunmada İtalyan Hükümeti de Anayasa Mahkemesinin bu konudaki görüşlerine katılmıştır.

A.T.A.D. ise, İtalya'nın bu tavrının Topluluğa zarar verebileceğini, birliğin dağılmasına neden olabileceğini düşünerek, kararında Topluluk Hukukunun Anayasa hükümleri de dahil olmak üzere iç hukuk kuralları üzerinde olduğuna karar vermiştir.¹⁸⁰

Cappelletti ve Cohen, *Costa c. Enel* kararını, Anayasa mahkemelerinin münhasır yetki alanlarının sınırlanması, Topluluk Hukukundan kaynaklanan yeni bir tür üstün hukuk sorununun ortaya çıkması ve A.T.A.D.'nin Topluluk Hukukunun, sonraki yasalar da dahil olmak üzere, iç hukukun üzerinde olduğunu açıkça teyid etmesi açılarından son derece önemli bulmaktadırlar.¹⁸¹

Bakır Çağlar ise kararı şöyle değerlendirmektedir; "Mahkeme, önüne getirilen davada normlar çatışmasını çözmek yerine milli mahkemelere Topluluk Hukukunun üstünlüğünü tanıma borcu getirmiş, öncelik prensibinin alanını genişletmiştir: Costa kararı, klasik milletlerarası üstünlük "primauté internationale" prensibine iç uygulamada üstünlük ya da iç üstünlük "primauté interne" prensibini eklemiştir. Costa'nın yeniliği, milli hukuk içinde Topluluk Hukukunun hiyerarşik değerini tesbit etmiş olmasındadır."¹⁸²

A.T.A.D., *Costa c. Enel* kararında ortaya koyduğu Topluluk Hukukunun üstünlüğü tezini 9 Mart 1978 tarihli *Simmenthal* kararında da açıkça dile getirmiştir.

A.T.A.D.'na göre; "Topluluk Hukukunun üstünlüğü ilkesi uyarınca, kurucu Sözleşmenin hükümleri ve Topluluk organlarının doğrudan uygulanabilir işlemleri, üye devletlerin ulusal hukuklarının bu düzenlemelere aykırı hükümlerinin uygulanma gücünü kendiliğinden ortadan kaldırır ve her bir üye devletin ülkesinde uygulanacak hukuk düzeninin üstün sırada kuralları kimliğini kazanır. Bu nitelikleriyle, Topluluk Hukuku kurallarına aykırı olabilecek yasama işlemlerinin geçerliğini önler... Ulusal yargıç Topluluk Hukukunu bütünüyle uygulamak, bu hukukun vatandaşlara tanıdığı hakları korumak, ulusal hukukun Topluluk Hukukundan ister önce, ister sonra konulmuş bulunan aykırı hükümlerini uygulamamak ödevi altındadır."¹⁸³

¹⁸⁰Bu konuda bkz.; Doğan, a.g.e., s.177-183.

¹⁸¹Bu konuda bkz.; Cappelletti-Cohen, a.g.e., s.131

¹⁸²Çağlar, a.g.e., s.49.

¹⁸³Kaneti, a.g.m., s.136.

A.T.A.D., son zamanlarda verdiği kararlarda da, Topluluk Hukukunun üstünlüğü yolundaki içtihadını sürdürmektedir. Hatta mahkeme bu konudaki içtihadını öylesine genişletmiştir ki, üye devlet mahkemelerinin Topluluk Hukukuna üstünlük tanınmasını yeterli görmemektedir. Mahkeme, *Repayment of Illegal Taxes* davasında milli kanunların hukuken uygulanmamasının yeterli olmadığına, aynı zamanda bunların yürürlükten kaldırılması gerektiğine karar vermiştir. Bu tür kurallar kanun metinlerinde yer aldığı takdirde, bireyler Topluluk Hukukundan kaynaklanan gerçek haklarını bilemeyeceklerdir. Bu da Topluluk Hukukunun üstünlüğünü zedeleyecektir.¹⁸⁴

3)AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ;

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 1950 yılında Avrupa devletleri tarafından imzalanmış ve 1953 yılında yürürlüğe girmiştir. A.İ.H.S.'ne ek olarak, değişik tarihlerde çeşitli protokoller de söz konusu devletler tarafından imzalanmıştır.

A.İ.H.S., klasik anlamda milletlerarası andlaşmalardan farklıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (A.İ.H.M.) *Ireland v. The United Kingdom* kararında, Sözleşmenin objektif vecibeler yarattığını ve bu vecibelerin Sözleşme tarafından "ortak güvence" altına alındığını belirtmiştir. Bu bağlamda A.İ.H.S., karşılıklılık esasına dayanan klasik anlamda milletlerarası andlaşmalardan farklıdır.¹⁸⁵

A.İ.H.S., objektif niteliktedir.

A.İ.H.S.'nin 24.maddesine göre;

"Her Yüksek Sözleşen Taraf, başka bir Yüksek Sözleşen Tarafın bu Sözleşme hükümlerine herhangi bir aykırı davranışta bulunduğu iddiası ile, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri aracılığıyla Komisyona başvuruda bulunabilir."

Buna göre, Sözleşmeye taraf olan herhangi bir devlet, Sözleşme hükümlerinin ihlal edildiği gerekçesiyle bir diğer devlet aleyhine şikayette bulunma hakkına sahiptir. Bu durumda söz konusu ihlalin şikayet eden devletin menfaatleriyle doğrudan ilgili olması gerekmez. Bu ihlalden, şikayet eden devletin vatandaşı, başka bir devletin vatandaşı veya vatansız bir kişi zarar görebilir. 25. madde uyarınca, herhangi bir devlet, belli bir kişi söz konusu olmaksızın, bir diğer devletin iç hukuk

¹⁸⁴Bu konuda bkz.; Andrew Bell, "Current Developments: EC Law-Constitutional Aspects," *I.C.L.Q.*, Vol.40, January 1991, s.214.

¹⁸⁵Bu konuda bkz.; Feyyaz Gölcüklü, "Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi-Avrupa İnsan Hakları Divanı Raporu," *VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı-Cilt IV* (Ankara,1990: Anayasa Mahkemesi Yayınları), s.271.

düzenlemelerinin veya idari uygulamalarının Sözleşmeye aykırı olduğu iddiasıyla şikayette bulunabilir.

Örneğin Komisyon, *Pfunders* olayında, Sözleşmenin getirdiği bu "ortak güvence" sistemini vurgulamaktadır.¹⁸⁶

Ayrıca Sözleşmenin objektif niteliğinin bir sonucu olarak, Komisyon, bireyler tarafından yapılan başvurularda, ihlalin var olup olmadığını araştırırken kendini başvurudaki iddiayla bağlı hissetmemektedir. Buna ek olarak, başvuruda bulunanın davadan çekilmesi veya davada menfaati kalmaması durumunda dahi, kamu menfaati söz konusu ise davaya devam edilmektedir.¹⁸⁷

A.İ.H.S.'nin 25.maddesinin II.fıkrasına göre;

"Bu Sözleşmede tanınan hakların Yüksek Sözleşen Taraflardan birince ihlalden zarar gördüğü iddiasında bulunan her gerçek kişi, devlet dışı her kuruluş veya özel kişilerden oluşan her topluluk, hakkında şikayet vaki olan Yüksek Sözleşen Tarafın bu konuda Komisyonun yetkisini tanıdığını bildirmiş olması halinde, Avrupa Konseyi Genel Sekreterine sunulacak bir dilekçe ile Komisyona başvuruda bulunabilir. Yüksek Sözleşen Taraflardan böyle bir bildirimde bulunmuş olanlar, bu hakkın etkin bir biçimde kullanılmasına hiçbir suretle engel olmamayı taahhüt ederler."

Bu bağlamda, A.İ.H.M. de, 25. maddedeki "mağdur" kavramını geniş yorumlayarak *in abstracto* denetimin yollarını açmıştır.

Örneğin, Mahkeme, 6 Eylül 1978 tarihli *Klass* kararında, kural olarak, 25.maddeye göre, bireylerin *actio popularis* türü bir dava açamayacaklarını, ayrıca bir hukuki düzenleme hakkında *in abstracto* şikayette de bulunamayacaklarını belirtmiştir. Mahkeme, ardından "etkililik prensibi"nin kuralın istisnasını teşkil ettiğine karar vermiştir. A.İ.H.M.'ne göre, kişisel başvuru sisteminin etkili bir biçimde işleyebilmesi için açılan davada Sözleşmeye aykırılığı iddia edilen işlemin davayı açan kişiye uygulanmış olması gerekmez. 25.madde anlamında başvuruyu yapan kişinin "potansiyel mağdur" olması yeterlidir.

Mahkeme, *Klass* kararındaki görüşünü *Marckx* kararında geliştirmiştir. Belçika Hükümeti'nin mahkemenin *in abstracto* denetim yapamayacağı iddiasına

¹⁸⁶Bu konuda bkz.; Ömer Madra, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı* (Ankara, 1981: A.Ü.S.B.F. Yayınları), s.57.

¹⁸⁷Bu konuda bkz.; P.van Dijk-G.J.H. van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* (Deventer, 1990-2nd Edition: Kluwer Law and Taxation Publishers), s.33-34.

karşılık, Mahkeme, kişisel uygulama işleminin yokluğunda, eğer doğrudan etkilene riski varsa, bireyi 25.madde anlamında mağdur saymaktadır.¹⁸⁸

Sözleşmenin objektif niteliğinin bir sonucu da, Komisyon ve Mahkemenin, A.İ.H.S.'nin 64.maddesinin 1.fıkrası uyarınca getirilen çekincelerin hukuken geçerli olup olmadığını inceleme yetkisini kendisine tanımasıdır.

A.İ.H.S.'nin 64.maddesinin 1.fıkrasına göre;

"Bu Sözleşmenin imzası veya onaylama belgesinin sunulması sırasında her devlet Sözleşmenin belirli bir hükmü hakkında, o sırada kendi ülkesinde yürürlükte olan bir yasanın bu hükme uygun olmaması ölçüsünde bir çekince kaydı koyabilir. Bu madde genel nitelikte çekinceler koyulmasına izin vermez."

Avrupa Komisyonu, 5 Mayıs 1982 tarihli Temeltasch olayında verdiği raporda, Komisyonun çekince ve yorumların Sözleşmeye uygun olup olmadığını denetleme yetkisine sahip olduğunu belirtmiştir.

Temeltasch raporuna paralel olarak A.İ.H.M.'nin 29 Nisan 1988 tarihinde verdiği Bellios kararında, İsviçre Hükümeti'nin getirdiği çekinceyi geçersiz saymıştır. Mahkemeye göre, 64.madde anlamındaki genel nitelikte çekince, gerçek anlam ve uygulama alanını belirlemeyi engelleyecek derecede belirsiz ve geniş kavramlarla ifade edilen çekincelerdir.¹⁸⁹

Türkiye, 28 Ocak 1987 tarihinde A.İ.H.S. çerçevesinde kişisel başvuru hakkını, 25 Eylül 1989 tarihinde ise A.İ.H.M.'nin zorunlu yergi yetkisini tanımıştır. Ancak, Türkiye'nin kişisel başvuru hakkını tanıırken zaman, yer ve öze ilişkin koyduğu çekinceleri Sözleşmenin genel karakteri ve uygulaması ile bağdaştırmak mümkün değildir.¹⁹⁰

A.İ.H.S., etkili bir denetim mekanizması getirmiştir. Söz konusu mekanizma, A.İ.H.S.'ni diğer milletlerarası andlaşmalardan ayıran en önemli özelliğidir. A.İ.H.S.'nde düzenlenen bireysel başvuru mekanizması insan hakları temeline dayanan "Avrupa Kamu Düzeni"nin en önemli güvencesidir.

Bu denetin mekanizması çerçevesinde, A.İ.H.S.'ni yorumlama yetkisi Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (A.İ.H.S. m.31) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (A.İ.H.S. m.45) aittir.

A.İ.H.S.'nin 31.maddesine göre;

¹⁸⁸Söz konusu kararlar için bkz.; Vincent Berger, *Case Law of the European Court of Human Rights-Vol.I: 1960-1987* (Dublin, 1989: The Round Hall Press), Klass and others davası-s.100-103, Marckx davası-s.114-119.

¹⁸⁹Bu konuda bkz.; Bakır Çağlar, *Yenilenen Anayasa*, s.50-51.

¹⁹⁰Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.; Kapani, *İnsan Hakları*, s.54-58; Çağlar, *Yenilenen Anayasa*, s.50-52; Özellikle bkz.; Iain Cameron, "Turkey and Article 25 of the European Convention on Human Rights," *I.C.L.Q.*, Vol.37, October 1988, s.887-925.

"1. Bir çözüm yolu bulunamadığı takdirde Komisyon olayları saptayan bir rapor düzenler ve bu olayların ilgili devlet tarafından Sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlal edildiğini gösterip göstermediği konusunda görüşünü bildirir. Bu nokta hakkında bütün üyelerin görüşleri raporda açıklanabilir.

2. Rapor Bakanlar Komitesine ve ayrıca ilgili devletlere gönderilir. Bu devletler raporu yayımlama yetkisine sahip değildirler.

3. Komisyon, Bakanlar Komitesi'ne gönderdiği raporda uygun bulduğu önerilere de yer verebilir."

A.İ.H.S.'nin 45.maddesine göre ise;

"Mahkemenin yetkisi, bu Sözleşmenin yorumu ve uygulanmasıyla ilgili olarak Yüksek Sözleşen Taraflar veya Komisyon tarafından 48'nci madde uyarınca kendisine arz olunacak bütün hususları kapsar."

45.madde çerçevesinde yorumlama yetkisini kullanan Mahkeme, Sözleşmede soyut olarak tanımlanan kavramları somut olaya uygulamakta ve böylece Sözleşmenin soyut bir normu somutlaştırılmaktadır.

A.İ.H.S.'ni yorumlarken, kendisini klasik anlamda milletlerarası andlaşmalardan ayıran objektif niteliği dolayısıyla klasik anlamda milletlerarası andlaşmaların yorumunda kullanılan yorum yöntemleri kullanılamaz. Bu bağlamda, Mahkeme Sözleşmeyi yorumlarken Sözleşmenin amacını ve konusunu göz önüne almaktadır. Strasbourg Mahkemesi kullandığı amaçsal yorum yöntemi sayesinde, Sözleşmeye iç hukukta "kamu düzenine ilişkin kural" kuvvetini kazandırmıştır. Soering kararında Mahkeme görüşünü şöyle ifade etmiştir;

"Sözleşme, <<haklar ve temel özgürlükler alanında ortak güvence andlaşması>> sıfatıyla sahip bulunduğu özel nitelik daima göz önünde tutularak okunmalıdır... İnsanın korunmasına ilişkin bu belgenin konusu ve amacı, içerdiği hükümlerin, sözü geçen konu ve amacın gereklerini somut ve gerçek kılacak şekilde anlaşılmasını ve uygulanmasını icap ettirir... Ayrıca öngörülmüş bulunan hak ve özgürlüklerin her türlü yorumu, (Sözleşmenin) demokratik bir toplumun ideallerini ve değerlerini korumaya ve yüceltmeye yönelik <<genel ruhu>> ile uyum halinde olmalıdır."¹⁹¹

Ayrıca, A.İ.H.M.'nin kullandığı amaçsal yorum yöntemi sayesinde, Sözleşme bireyler arasında da, yani yatay olarak ta uygulanmaya başlanmıştır. Sözleşmenin getirdiği denetim mekanizması çerçevesinde, Sözleşmenin ihlal edildiği gerekçesiyle sadece devletlerin şikayet edilebilmesi mümkündür. Ancak Mahkeme, çeşitli kararlarında, devletin sorumluluğundan hareket ederek, Sözleşmeyi bireyler arasındaki ilişkilerde de uygulamıştır (Drittwirkung).

¹⁹¹ Bu konuda bkz.; Gölcüklü, a.g.m., s.271.

Örneğin, x & y v. Netherlands davasında Mahkeme şu kararı vermiştir;

"...8.madde, devlete bu tür müdahalelerde bulunmaktan kaçınmayı emretmekle yetinmemektedir (devletin keyfiliği). Daha ziyade negatif nitelikteki bu taahhüde, özel hayatın yahut aile hayatının fiilen korunması gereğinden olan pozitif vecibeler de eklenmektedir... Bu cümleden olmak üzere özel kişiler arasındaki ilişkilere kadar özel hayatın korunmasını sağlayıcı tedbirlerin alınması zorunluluğu ortaya çıkabilir."¹⁹²

A.İ.H.M., Sözleşmedeki kavramları yorumlarken ne Sözleşmenin ifade biçimiyle, ne de herhangi bir mevzuatta bu kavrama verilen anlamla kendini bağlı hissetmektedir (Otonom kavramlar doktrini). Ancak, Mahkeme, Sözleşmede yer alan bir kavramı somutlaştırırken bazı kaynaklardan da yararlanmaktadır. Sözleşmeye taraf olan devletlerin anayasaları, Anayasa Mahkemesi kararları, içtihat ve mevzuatları, diğer milletlerarası kuruluşların kararları ve hukukun genel prensipleri, A.İ.H.M.'nin yararlandığı kaynaklardır.¹⁹³

4)A.İ.H.S.'NİN KURDUĞU SİSTEM;

A.İ.H.S.'nde iki tür başvuru yolu düzenlenmiştir. Birincisi, devletler arası başvuru, ikincisi ise kişisel başvurudur.

Devletler arası başvuruda, bir veya birkaç devlet, taraf devletlerden biri aleyhine; kişisel başvuruda ise, bir kişi ya da kişiler topluluğu bir devlet aleyhine Sözleşmede yer alan hakların çiğnendiği iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvurabilir.

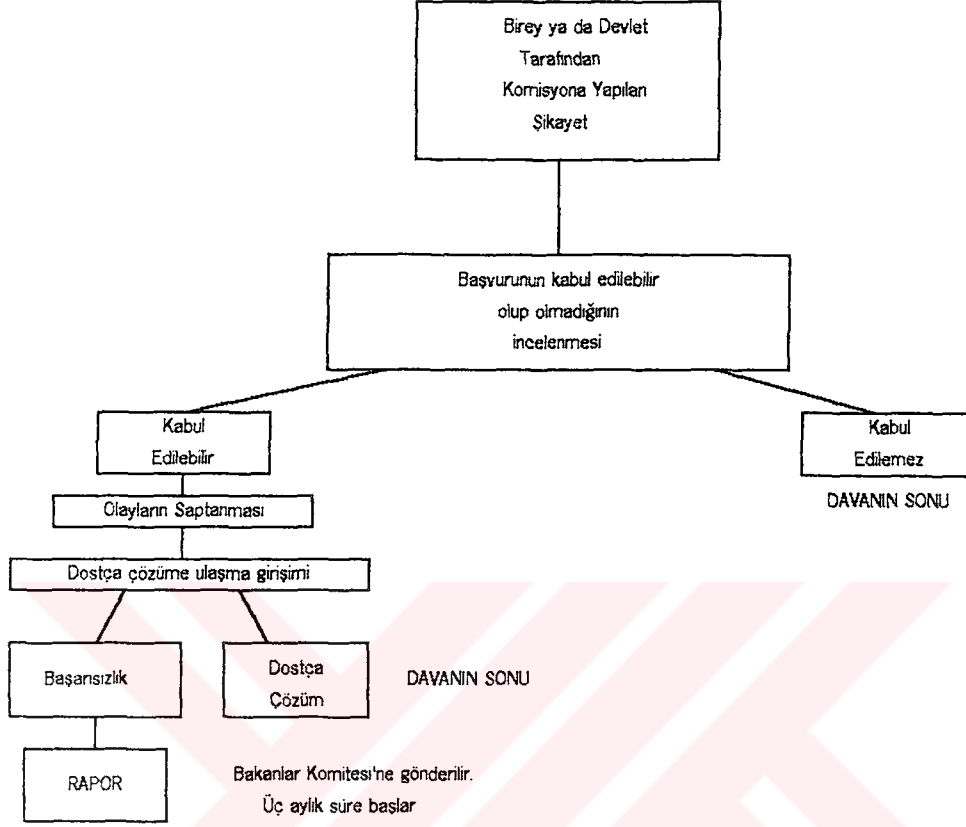
Kişisel başvuru hakkının bir devlete karşı kullanılabilmesi için, bu devletin kişisel başvuru hakkını düzenleyen 25.maddeyi kabul etmiş olması gerekir. Bunun yanında kişisel başvurunun yapılabilmesi için; başvuru konusunun Sözleşme kapsamına girmesi, iç hukuk yollarının tüketilmiş olması, altı aylık süre içinde başvurulmuş olması, başvurunun açıkça dayanaktan yoksun, Sözleşme hükümleriyle bağdaşmaz ya da başvuru hakkının kötüye kullanılması niteliğinde olmaması, başvurunun dah önce Komisyona ya da milletlerarası başka bir soruşturma ya da çözüm mercine sunulmuş bir olayla aynı olmaması, şikayette bulunan kişinin ihlalden bizzat zarar görmesi ve ihlalin Sözleşmenin yürürlüğe girmesinden sonra meydana gelmiş olması gibi şartlar aranır.

¹⁹²Kararın Türkçe metni için bkz.; Gölcüklü, a.g.m., s.273. Ayrıca bu konuda bkz.; van Dijk-van Hoff, a.g.e., s.15-20.

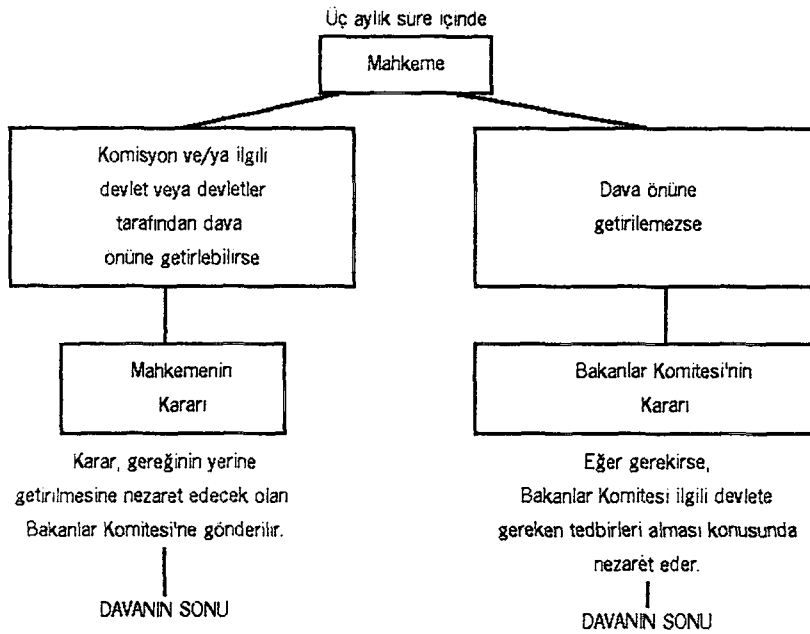
¹⁹³Bu konuda bkz.; Gölcüklü, a.g.m., s.267-269.

AİHS'NİN KURDUĞU SİSTEM (Şekil 1)

1) Başlangıç



2) Sonuç



Komisyon öncelikle, kendisine yapılan başvurunun kabul edilebilir olup olmadığını inceler. Eğer öngörülen şartların bulunmadığı, başvurunun kabul edilemez olduğu sonucuna varırsa dava sona erer. Bu karar kesindir.

Eğer başvurunun kabul edilebilir olduğu sonucuna varırsa, bir yandan tarafların yazılı ve sözlü görüşlerini alarak olayları saptamaya çalışırken, bir yandan da konuyu taraflar arasında dostça bir çözüme bağlamanın yollarını arar.

Eğer taraflar arasında dostça bir çözüm bulunursa dava sona erer, bulunamazsa, Komisyon saptadığı olayları ve Sözleşmenin ihlal edilip edilmediğine ilişkin kendi görüşünü içeren bir raporu, Bakanlar Komitesi'ne ve ilgili devletlere gönderir.

Komisyonun bu raporu göndermesiyle üç aylık bir süre başlar. Üç aylık süre içinde ilgili devletlerin A.İ.H.M.'nin yargı yetkisini tanıyıp tanımamalarına göre iki ihtimal ortaya çıkar.

Eğer A.İ.H.M.'nin yargı yetkisi kabul edilmişse, uyuşmazlık, Komisyon ve/ya devlet veya ilgili devletler tarafından A.İ.H.M.'ne götürülebilir. Bugün için kişilerin doğrudan Mahkemeye başvurma hakları yoktur.

Yazılı kanıt ve hukuki görüşlerin incelenmesi-duruşma-gizli oturum safhalarından sonra Mahkeme kararını verir. Bu karar, gereğinin yerine getirilmesine nezaret edecek olan Bakanlar Komitesi'ne gönderilir ve dava sona erer. Karar kesin ve bağlayıcıdır.

Eğer A.İ.H.M.'nin yargı yetkisi kabul edilmemişse, uyuşmazlık hakkında Bakanlar Komitesi karar verecektir. Komite, Komisyon raporunu inceledikten sonra şikayet edilen devletin Sözleşmeyi ihlal edip etmediğini araştırarak karara bağlar. Komite, Sözleşmenin ihlal edildiği sonucuna varırsa, ilgili devlete alması gereken tedbirleri bildirir ve belli bir süre tanır. Eğer gerekiyorsa ilgili devletin bu tedbirleri almasına nezaret eder. İlgili devlet buna rağmen gerekli tedbirleri almazsa Komite, Komisyonun raporunu yayınlar.¹⁹⁴

5) İKİ HUKUK DÜZENİNİN GEÇİŞMESİ;

Avrupa Kamu Hukuku çerçevesinde, Avrupa Topluluklarını kuran andlaşmaların ve A.İ.H.S.'nin getirdiği mekanizmalar iç içe geçmekte ve Avrupa Ortak Mekanı'nda ortaya çıkan bu gelişmeler, Avrupa Toplulukları hukuk düzeninde insan haklarının korunması konusunu gündeme getirmektedir.

¹⁹⁴Bu konuda bkz.; Kapani, İnsan Hakları, s. 46-51.

Avrupa Topluluklarını kuran andlaşmalarda insan haklarının korunmasıyla **doğrudan** ilgili herhangi bir hüküm yer almamaktadır.¹⁹⁵

Ancak, A.T. kurucu andlaşmalarında yer alan bazı hükümler, **dolaylı** olarak insan haklarının korunmasına yöneliktir. Bu konuda örnek olarak, A.E.T. andlaşmasının uyruklığa dayalı ayrımcılığı yasaklayan 7.maddesi ile aynı işte çalışan kadın ve erkeklere eşit ücret verilmesini öngören 119.maddesi gösterilebilir.

Kurucu andlaşmaların yanında, A.T. hukuk düzeninde ikinci derecede kaynaklar da insan haklarıyla ilgili hükümler içermektedir. Bu konuda örnek olarak, işçilerin haklarını eşitlik, ayrımcılık yasağı ve serbest dolaşım açılarından güvence altına alan ve sendikal haklara ilişkin düzenlemeler getiren 1612/68 sayılı ve 15 Ekim 1968 tarihli tüzük ve polis denetimi sürecinde, yabancıların temel haklarının korunması ile ilgili 64/221 sayılı ve 25 Şubat 1964 tarihli direktif gösterilebilir.¹⁹⁶

A.T. hukuk düzeninde, bu normatif düzenlemelerden ziyade A.T.A.D.'nin içtihatları, insan haklarının korunması açısından büyük önem taşımaktadır.

A.T.A.D., 1960'lı yıllarda verdiği kararlarda, temel hakların Topluluk Hukuku bağlamında açıkça düzenlenmediği gerekçesiyle, insan hakları konusunda çekingen bir tavır takınmıştır.¹⁹⁷

1970'li yıllarda verdiği kararlarda ise insan hakları konusundaki bu çekingen tavrından vazgeçmiş ve 1969 tarihli "Stauder v. City of Ulm" kararında; temel insan haklarının Topluluk Hukuku genel prensiplerinin bir parçası olduğunu belirtirken, 1970 tarihli "Internationale Handelsgesellschaft" kararında, bu hakların temel kaynağının "üye devletlerin ortak anayasal gelenekleri" olduğu sonucuna varmıştır. Ayrıca, her iki kararda da bu hakların Divan tarafından korunacağı hükme bağlanmıştır.¹⁹⁸

A.T.A.D., daha sonra verdiği 1974 tarihli "Nold" kararında ise¹⁹⁹, ilk kez A.İ.H.S.'ne yollama yapmıştır.²⁰⁰

¹⁹⁵Ancak, Hüseyin Pazarcı'nın belirttiği gibi; "AT üyesi devletler, Topluluk kurucu andlaşmalarının bir tamamlayıcısı olarak gerçekleştirdikleri...[Avrupa Tek Senedi'nin]Giriş bölümünde bu konudaki kararlıklarını şu cümleyle belirtmektedirler; "Üye devletlerin anayasaları ve yasalarında, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşmede ve Avrupa Sosyal Yasasında tanınan temel haklara dayanarak ve özellikle özgürlük, eşitlik ve sosyal adaletin birlikte gerçekleştirilmesine kararlı olarak..." Hüseyin Pazarcı, Avrupa Toplulukları Hukuk Düzeninde İnsan Haklarının Korunması ve Türkiye," *Bahri Savcı'ya Armağan* (Ankara, 1988: Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları), s.394.

¹⁹⁶Bu konuda bkz.; Mehmet Semih Gemalmaz, "Ulusaltistü Hukuk Düzeni: Avrupa Topluluğu ve İnsan Hakları," *A.Ü.S.B.F.D.*, Ocak-Haziran 1991, s.206-208.

¹⁹⁷ATAD'nın bu yolda verdiği kararlara örnek olarak, 1959 tarihli "Stork" ve 1965 tarihli "Sgarlata" kararları gösterilebilir. Bkz.; Gemalmaz, a.g.m., s.209.

¹⁹⁸Bu konuda bkz.; Pazarcı, a.g.m., s.395; Gemalmaz, a.g.m., s. 210-211.

¹⁹⁹Bu kararın metni ve yorumu için bkz.; Cappelletti-Cohen, a.g.e., s.192-196.

A.T.A.D., A.İ.H.S.'ne, hem Topluluk organlarının hem de Topluluğa üye devletlerin, insan haklarına aykırı davranışlarını denetlemek için başvurmaktadır.

A.T.A.D.'nın A.İ.H.S.'ne yollama yaptığı ve **Topluluk organlarının** düzenlemeleriyle ilgili kararlara örnek olarak, 1976 tarihli "Prais v. Council," 1979 tarihli "Hauer v. Land Rheinland-Pfalz," 1980 tarihli "National Panasonic (UK) Ltd. v. Commission" ve 1991 tarihli R. v. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food ex parte Fédération Européenne de la Santé Animale" kararları gösterilebilir.

Divan, **Topluluğa üye devletlerin** düzenlemeleriyle ilgili kararlarının bir kısmında, üye devletlerin Topluluk Hukukunu uygularken sahip oldukları hareket serbestisini kısıtlamak için Sözleşmeye başvurmuş, bir kısmında ise, "Topluluk Hukuku alanına" girmesi şartıyla, A.İ.H.M.'nin yaptığı gibi, üye devletlerin iç hukuk düzenlemelerinin Sözleşmeye uygun olup olmadığını denetlemiştir.

İlk grup kararlara örnek olarak, 1975 tarihli "Rutili v. Minister of the Interior," 1984 tarihli "R. v. Kirk," 1986 tarihli "Johnston v. Chief Constable of the R.U.C.," 1987 tarihli "U.N.E.C.T.E.F. v. Heylens" ve "E.C. Commission v. Germany" kararları gösterilebilir.

İkinci grup kararlara örnek olarak ise, "Cinéthèque v. Fédération Nationale des Cinémas Français," 1987 tarihli "Demirel" kararları gösterilebilir.²⁰¹

Sonuçta;

Avrupa Toplulukları, A.İ.H.S.'ne taraf olmadığı halde²⁰², Sözleşme Topluluk Hukuku içinde önemli bir yer işgal etmektedir. Özellikle A.T.A.D.'nın 1970'lerden başlayarak insan hakları konusunda verdiği kararlarda A.İ.H.S.'ne yollama yapması, Sözleşmenin getirdiği mekanizmanın daha da güçlenmesini sağlamıştır. Bu gelişmeler bir yandan insan hakları alanındaki boşlukları doldururken bir yandan da, Avrupa Mekanı'nda geliştirilen ortak değerlerin standartizasyonuna katkıda bulunmaktadır.

²⁰⁰Gemalmaz'a göre; "...bu bir sıradan yollamadan ibaret değildir. Divan, bu hükmü ile, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin, Topluluk Hukuku çerçevesi içerisinde de dikkate alınacak bir yol gösterici kaynak olduğunu vurgulamış olmaktadır. Başka söyleyişle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, Avrupa Toplulukları Hukuku içerisine çekilmekte, onunla bitştirilmektedir." Gemalmaz, a.g.m., s. 211.

²⁰¹Bu kararların özetleri ve yorumu için bkz.; Nicholas Grief, "The Domestic Impact of the European Convention on Human Rights as Mediated Through Community Law," P.L., Winter 1991, s. 555-567.

²⁰²Günümüzde, hem AT içinde hem de doktrinde, Topluluğun AİHS'ne taraf olması gerektiği yolunda görüşler ileri sürülmektedir. Bu konuda bkz.; Henry G. Schermers, "The European Communities Bound by Fundamental Human Rights," C.M.L.R., Vol.27, 1990, s. 249-258.

6)A.G.İ.K;

Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı (A.G.İ.K), 1 Ağustos 1975 tarihinde Helsinki'de imzalanan "Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı Sonuç Belgesi"nden, 21 Kasım 1990 tarihinde Paris'te imzalanan "Yeni bir Avrupa için Paris Şartı"na kadar uzanan bir dizi çok taraflı milletlerarası belge çerçevesinde tanımlanabilecek bir süreçtir.

I.Dünya Savaşı sonrasında, 1919 yılında toplanan Paris Barış Konferansı ile savaşın sona erdiği resmen ilan edilmiş ve Avrupa'nın sınırları yeniden çizilmiştir. İmzalanan barış andlaşmaları Avrupa'nın İkinci Dünya Savaşı'na kadar geçerli olan temel düzenini belirlemiştir.

Bu düzeni alt üst eden İkinci Dünya Savaşı sonrasında, Avrupa'nın yeni düzenini belirlemek için Paris Barış Konferansı'nda olduğu gibi, çok taraflı andlaşmalar imzalanmamış, dolayısıyla fiili durum geçerli olmuştur. İşte, 1975'ten 1990'a uzanan A.G.İ.K süreci, yeni bir Avrupa'nın temellerini atarak bu boşluğu doldurmuştur.

İkinci Dünya Savaşı sonrasında böyle bir barış andlaşması imzalanamamasının temel nedeni, ortamın elverişsizliğidir. Savaş sonrasında karşıt iki kampa bölünen Avrupa'da, Doğu ve Batı Blokları arasında yaşanan ideolojik çatışma ve Soğuk Savaş stratejilerinin yarattığı güvensizlik ortamı, bu devletleri aynı masaya oturmaktan alıkoymuştur.

Ancak özellikle, Federal Alman Başbakanı Willy Brandt'ın "Doğuya Açılma Politikası" (ostpolitik) ile Doğu-Batı ilişkilerinde yumuşama dönemine girilmiş ve altmışlı yılların sonlarından itibaren Sovyetler Birliği'nin de ısrarıyla bir Avrupa Konferansı toplanması gündeme gelmiştir.

Böyle bir konferansın toplanmasında Doğu ve Batı'nın farklı çıkarları olduğu söylenebilir.

Sovyetler Birliği, İkinci Dünya Savaşı sonrasında ortaya çıkan statükonun korunmasını istemekte ve kendi çıkarları doğrultusunda bunu meşrulaştırmanın yollarını aramaktaydı.

Batılı devletler ise, Doğu Avrupa'da kurulan Sosyalist rejimlerin kısa vadede değişmeyeceği düşüncesinden hareket ederek, insan hakları konusunda elde edecekleri ödünlerle uzun vadede bir liberalleşmenin başlayacağı umudunu taşımaktaydılar.

İşte bu düşüncelerle bir araya gelen otuzbeş devletin temsilcileri, Helsinki'de 1 Ağustos 1975'te "Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı Sonuç Belgesi"ne imza koymuşlardır.

Helsinki Sonuç Belgesi'nin imzalanmasının ardından, 1990 yılına kadar; Belgrad (4 Ekim 1977-9 Mart 1978), Madrid (11 Kasım 1980-9 Eylül 1983) ve Viyana'da (4 Kasım 1986-19 Ocak 1989) olmak üzere üç kez İzleme Toplantısı yapılmış ve bu toplantılarda çeşitli belgeler kabul edilmiştir.

A.G.İ.K sürecinde bütün kararlar oybirliğiyle alındığından, Helsinki Sonuç Belgesi'ne imza koyan devletler arasındaki görüş ayrılıkları, önemli konularda karar alınmasını engellemiş ve seksenlerin sonunda pek çok kimse A.G.İ.K konusunda hayal kırıklığına uğramıştır.

Ancak Viyana'da yapılan Üçüncü İzleme Toplantısı'nın sonunda Doğu-Batı ülkeleri arasında diyalog kurulmuş ve konvansiyonel silahların azaltılması, insan haklarının geliştirilmesi ve Avrupa'da daha etkili bir ekonomik işbirliğinin sağlanması gibi konularda görüş birliğine varılmıştır.

Viyana Konferansı'nda temelleri atılan bu değişim, 1989 yılından başlayarak Doğu Blokundaki Sosyalist rejimlerin çökmesiyle hız kazanmış ve 21 Kasım 1990 tarihinde otuzdört devlet tarafından imzalanan "Yeni bir Avrupa için Paris Şartı" ile sonuçlanmıştır.²⁰³

7)A.G.İ.K'İN KURDUĞU SİSTEM;

A.G.İ.K sürecinin üç önemli özelliği olduğu söylenebilir;

-A.G.İ.K süreci, devletler arasında gelişen bir süreçtir. A.G.İ.K belgeleri ise, B.M. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve A.İ.H.S. gibi bireylere birtakım haklar tanımaz, aksine taraf olan devletlere birtakım ödevler yükler, yani devletlere hitap eder.

-A.G.İ.K süreci, esas olarak Avrupa güvenlik ve işbirliğini tesis etmek amacıyla yönelik bir süreçtir. A.G.İ.K belgeleri ise, temelde Avrupa güvenlik ve işbirliği konusunda hükümler içermektedir. Bunun yanında, belgelerde insan haklarına ilişkin prensiplere de yer verilmektedir. Ancak insan hakları, özellikle son zamanlarda ortaya çıkan dinamiklerin de etkisiyle, belgelerde ve uygulamada daha fazla önemsenebilmeye başlamıştır.

-A.G.İ.K süreci, oybirliğine dayalı diplomatik bir faaliyet olarak geliştiğinden devletlerin iyiniyet ve karşılıklı güvenleri esastır. A.G.İ.K belgeleri de, teknik anlamda hukuki bağlayıcılığı olan milletlerarası andlaşmalar değildir. Bu yüzden katılan devletlerin Parlamentolarının onayına sunulmamıştır.

²⁰³"AGİK'in Aşamaları" konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.; Emmanuel Decaux, AGİK, Çeviren: Gökçen Tunah Alpaya (İstanbul, 1993: İletişim Yayınları), s.12-36.; ayrıca bkz.; Kapani, İnsan Hakları, s.71-80.

İşte, A.G.İ.K sürecinin temel belgelerini ve kurdukları sistemi bu çerçevede değerlendirmek gerekir.

A.G.İ.K sürecinin temel belgesi olan 1975 tarihli Helsinki Sonuç Belgesi'nde, "Katılan devletlere birbirleriyle olan ilişkilerinde yol gösterecek prensipler bildirisi" başlığı altında, sürecin ilk kuşak siyasi prensipleri açıklanmaktadır. Bu prensipler şunlardır;

1. Egemen eşitlik, egemenliğin özündeki haklara saygı;
2. Tehdit veya kuvvet kullanmaya başvurmama;
3. Sınırların dokunulmazlığı;
4. Devletlerin ülke bütünlüğü;
5. Anlaşmazlıkların barışçı yoldan çözümü;
6. İçişlerine karışmama;
7. Düşünce, vicdan, din ve inanç özgürlüklerini de kapsamak üzere, insan haklarına ve temel özgürlüklerine saygı;
8. Halkların hak eşitliği ve kaderlerini kendilerinin saptamaları hakkı;
9. Devletler arasında işbirliği;
10. Devletler Hukuku uyarınca üstlenilmiş yükümlülüklerin iyi niyetle yerine getirilmesi.

"Barış İçinde Birarada Yaşamının Prensipleri" olarak nitelendirilebilecek bu on prensibe, Paris Zirvesi'nin ardından "Galip Liberalizmin Prensipleri" de ikinci kuşak siyasi prensipler olarak eklenmiştir.

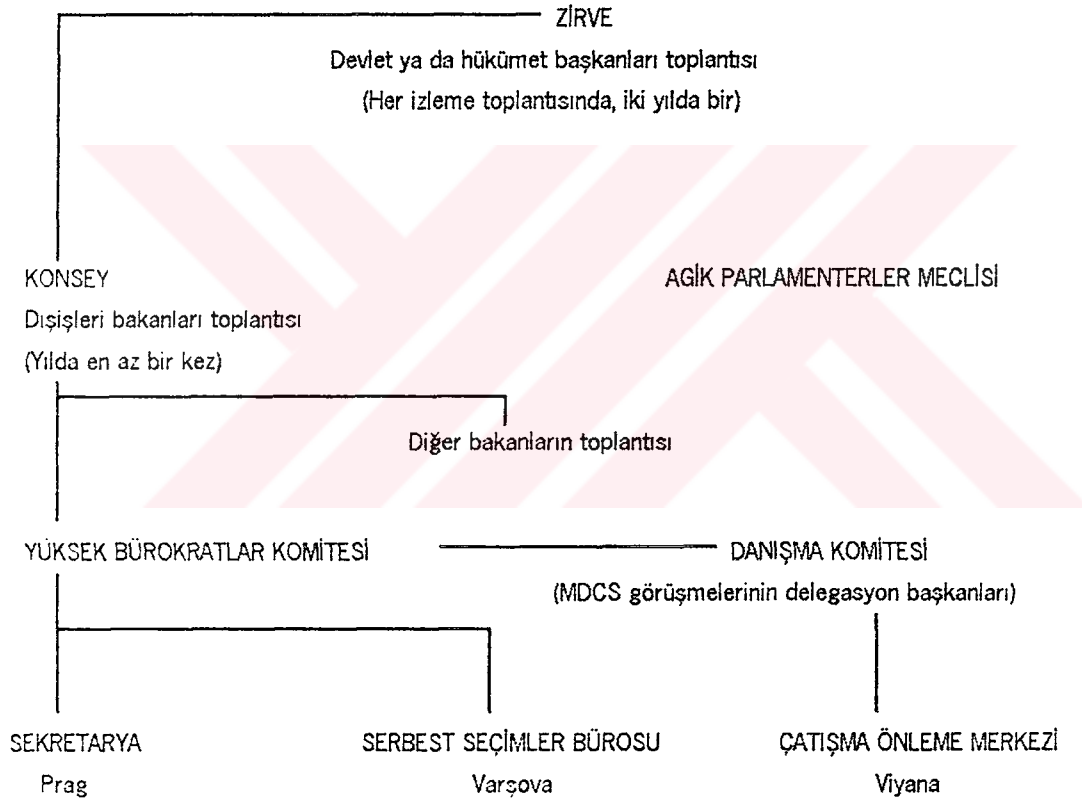
A.G.İ.K sürecinin üç ayağından (Güvenlik, Ekonomik işbirliği ve İnsan hakları) birini oluşturan insan hakları, özellikle Viyana Konferansı'ndan sonra üç kez toplanan "A.G.İ.K insani Boyut Konferansı" ile sürecin gündeminde önemli bir yer işgal etmeye başlamıştır. 30 Mayıs-23 Haziran 1989'da Paris'te, 5 Haziran-29 Haziran 1990'da Kopenhag'da, 10 Eylül-4 Ekim 1991'de Moskova'da toplanan İnsani Boyut Konferansı, süreç dahilinde insan hakları konusunda daha somut adımlar atılması için gerekli altyapıyı hazırlamıştır.

A.G.İ.K, günümüzde hala gelişmekte olan bir süreçtir. Doksanların başında silkinip ayağa kalkan süreç, Avrupa'da ortaya çıkan yeni yapılanmada üstüne düşen göreve uygun olarak 1990 Paris Zirvesiyle kendini yenilemiştir.

Sürece eklenen siyasi kurumların başında, A.G.İ.K'in başlıca toplantısı olan ve izleme toplantılarının ardından iki yılda bir yapılması gereken "A.G.İ.K'e Katılan Devlet ve Hükümet Başkanları Konferansı" gelmektedir. Paris Belgesi bu toplantıları "Zirve" olarak nitelendirmektedir.

Bunun yanında, resmi adı "Konsey" olan ve yılda en az bir kez toplanan "Dışişleri Bakanları Toplantısı" da sürece eklenmiştir.

AGİK'İN KURDUĞU SİSTEM (Şekil 2)



Zirve ve Konsey'in toplantıları, diplomatlardan oluşan "Yüksek Bürokratlar Komitesi" tarafından hazırlanmaktadır.

Bu siyasi kurumlara ek olarak, "Diğer Bakanların Toplantıları" tasarı halinde kalmış, "A.G.İ.K. Parlamenterler Meclisi"nin oluşturulması düşüncesi ise bir temenniden öteye gidememiştir.

A.G.İ.K sürecine siyasi kurumlarla birlikte birtakım idari yapılar da eklenmiştir. Bu yapılar; Konsey ve Yüksek Bürokratlar Komitesi'ne yardımcı olan "Sekreteryâ", temel faaliyeti güven ve güvenlik artırıcı önlemlere ilişkin görüşmelere bağlı olan "Çatışma Önleme Merkezi" ve bu görüşmelerdeki delegasyon başkanlarının oluşturduğu "Danışma Komitesi" ve son olarak ta Yüksek Bürokratlar Komitesi aracılığıyla Konsey'e karşı sorumlu olan "Serbest Seçimler Bürosu"dur.²⁰⁴

8)MİLLETLERARASI ORTAK MEKANLARDA GELİŞTİRİLEN HUKUKİ STANDARTLARIN İÇ HUKUKA ETKİSİ;

Buraya kadar yaptığımız değerlendirmeler bize göstermektedir ki; milli hukuk ile milletlerarası hukuk arasındaki duvar tümüyle yıkılmasa da çatlamıştır. Milletlerarası ortak mekanlarda (özellikle Avrupa Ortak Mekanı'nda) geliştirilen hukuki standartlar (özellikle insan haklarına ilişkin olanlar) bu çatlaktan ortak mekanlarda yer alan devletlerin iç hukuklarına nüfuz etmektedir. Söz konusu standartların üzerine inşa edilen liberal-demokratik toplum modeli ise, kendini ortak mekanlarda yer alan devletlere kabul ettirmekte, bu devletlerin iç hukuklarını liberal-demokratik değerlere uygun olarak yeniden şekillendirmektedir.²⁰⁵

Bu bağlamda, Avrupa Ortak Mekanı'nda geliştirilen hukuki standartlar en başta Avrupa devletlerini etkilemektedir;

1)Pek çok Avrupa devleti, A.T.'na girebilmek için ya Anayasasını değiştirmiş ya da yeni Anayasasında Topluluk Hukukunun gereklerini yerine getirmesine imkan verecek hükümlere yer vermiştir.

²⁰⁴"AGİK'in Yöntemleri" ve "AGİK'in Üstlenimleri" konusunda ayrıntılı bilgi için bkz.; Decaux, a.g.e., s.37-101.

²⁰⁵Bakır Çağlar'a göre, Matériel Milletlerarası Anayasa Hukuku ["Prosedürel Milletlerarası Anayasa Hukuku-Matériel Milletlerarası Anayasa Hukuku" ayrımı için bkz., yukarıda, dn.42] önce bir "Toplum Modeli" ve bu modele bağlı "İKTİDARLAR" anlayışını kuran normlar bütünüdür. "Strasbourg organlarına göre, bir anayasal normun varlığı, Konvansiyonun ihlal edildiğine karar verilmesini engelleyemez ise, ki öyle, Anayasayı, Strasbourg Mahkemesinin Konvansiyonu yorumladığı anlamda değiştirmek gerekecektir. Ve eğer, bir Anayasayı Konvansiyonla uyumlu hale getirmek için değiştirmek gerekiyor ise, "Matériel Milletlerarası Anayasa Hukuku" gerçektir." Çağlar, Anayasal Demokrasi, s.25.

Örneğin;

-Avrupa bütünleşmesinde, sosyal-ekonomik-kültürel alt yapısı ve hukuki-siyasi üst yapısı ile sancı çeken ülkelerden biri olan²⁰⁶ İrlanda, Avrupa Toplulukları'na girebilmek ve Topluluk Hukukunu iç hukuka aktarabilmek için Anayasasını 1972 ve 1987 yıllarında iki kez değiştirmiştir. 1972 yılındaki değişiklik ile A.T.'ye giren İrlanda, 1987 yılındaki değişiklik ile de Tek Avrupa Senedi'ne (Single European Act) imza koymuştur.

-Belçika, A.T.'nin gereklerini yerine getirebilmek için köklü bir anayasa değişikliğine gitmemiş ancak 25. maddeye yaptığı eklemeye egemenlik haklarının devrini mümkün kılmıştır. Daha sonra Topluluk Hukukunun iç hukuktaki konumu Belçika Yargıcının kararlarıyla şekillenmiştir.

-Avrupa bütünleşmesinin ilk yıllarında; 1953 ve 1956 yıllarında, yaptığı anayasa değişiklikleri ile milletlerarası hukuka kapılarını açan Hollanda, 1983 Anayasası ile de milletlerarası hukuk karşısındaki bu tavrını muhafaza etmiş, pekiştirmiştir.

-Luxembourg 1956, Danimarka 1953 yılında yaptıkları anayasa değişiklikleri ile egemenlik yetkilerinin milletlerarası kuruluşlara devredilebileceğini kabul etmişlerdir.

-Portekiz Anayasasının milletlerarası kuruluşların kararlarına iç hukukta üstünlük tanıyan 8.m. 3. fıkrası, 1982 yılında A.E.T. ile bütünleşme amacıyla yapılan değişiklik sırasında konulmuştur.²⁰⁷

-İspanya 1978, Yunanistan ise 1975 tarihli yeni anayasalarında yer alan milletlerarası andlaşmalarla ilgili bölümleri Topluluk Hukukunun gereklerini göz önüne alarak kaleme almışlardır.

2) Pek çok Avrupa Anayasa Mahkemesi (ve/ya Yüksek Mahkeme), Avrupa Toplulukları hukukunun üstünlüğünü kabul etmiştir. Bu konuda direnen mahkemeler de, günümüzde bu hukukun üstünlüğünü kabul etmiş görünmektedirler.

Örneğin;

-Uzun süre, Topluluk andlaşmalarının sonraki kanunlar karşısında üstünlüğünü kabul etmeyen Fransız Devlet Şurası, 20 Ekim 1989 tarihli "Nicolo" kararıyla bu içtihadını değiştirmiş ve Topluluk Hukukunun üstünlüğünü kabul

²⁰⁶Avrupa hukuku ve İrlanda, AİHM ve İrlanda konusunda bkz.; Neil Collins and Franck McCann, *Irish Politics Today* (Manchester, 1991, 2nd Ed.: Manchester University Press), s. 88-91.

²⁰⁷Guesdes, a.g.m., s. 97.

etmiştir. Şura, bu içtihat değişikliği sonrasında, 24 Ekim 1990 tarihli "Ragusi" ve 11 Kasım 1990 tarihli "Raso" kararlarında A.T.A.D. içtihadına yollama yapmıştır.²⁰⁸

-Geçmişte Topluluk Hukukundan kaynaklanan temel hakların Anayasa'da yer alan temel haklar karşısında üstünlüğünü kabul etmeyen Federal Alman Anayasa Mahkemesi, bu tavrından vazgeçerek, Topluluk Hukukundan kaynaklanan temel hakların üstünlüğünü kabul etmiştir.

-Alman Anayasa Mahkemesi gibi İtalyan Anayasa Mahkemesi de uzun süre Topluluk Hukuku karşısında iç hukukun üstünlüğünü savunmuş, ancak son zamanlarda bu tavrından vazgeçmiştir. "Costa v. Enel" kararıyla Topluluk Hukuku açısından kötü bir başlangıç yapan İtalya, Topluluk Hukukunun kendine özgü nitelikleri karşısında fazla direnememiştir.

1973 tarihli "Frontini" kararından 1984 tarihli "Granital" kararına uzanan çizgide İtalyan Anayasa Mahkemesi Topluluk Hukukunun doğrudan etki ve üstünlük özelliklerini tanımıştır. Ancak bir Topluluk Hukuku kuralının İtalyan Anayasasında tanınan temel haklara aykırı olması durumunda Anayasa Yargıcı, Topluluk Hukukuna değil iç hukuka öncelik tanımak konusunda kararlı görünmektedir. Hatta 1989 tarihli "Fragd" kararı göstermiştir ki, Anayasa Mahkemesi, İtalyan Anayasasında bulunan insan haklarının korunmasına ilişkin temel prensiplerle Topluluk Hukukunun bireysel kurallarının birbirine uygunluğunu sınaama arzusundadır.²⁰⁹

-İrlanda'da kürtaj hem ceza hukuku hem de Anayasa tarafından yasaklanmıştır. İrlanda Yüksek Mahkemesi de birçok kararında kürtajın kanun-dışı olduğunu belirtmiştir. İrlanda Yargıcı uzun süre A.İ.H.M. ve A.T.A.D. karşısında direnmiş ancak sonunda tecavüze uğrayan bir genç kızın gebeliğinin iradi kesintiye uğratılmasını yasaklayan mahkeme kararı ile başlayan davada Yüksek Mahkeme, 26 Şubat 1992 tarihli kararı ile üstün hukuka kapılarını açmıştır.²¹⁰

3)Pek çok Avrupa Anayasa Mahkemesi (ve/ya Yüksek Mahkeme), kararlarında A.İ.H.S.'ne ve A.İ.H.M. içtihatlarına yollama yapmaktadır.

Örneğin;

-Fransız Anayasa Konseyi, genel olarak milletlerarası andlaşmaları, özel olarak ta A.İ.H.S.'ni "Anayasallık Bloku"na dahil etmemekle birlikte, kararlarında,

²⁰⁸Bu konuda bkz.; Roger Errera, "Recent Decisions of the French Conseil D'Etat-Ragusi, Raso cases," P.L., Spring 1991, s.136-137.

²⁰⁹Bu konuda bkz.; Giorgio Gaja, "New Developments in a Continuing Story: The Relationship Between EEC Law and Italian Law," C.M.L.R., Vol.27, 1990, s.95. Ayrıca bkz.; Çağlar, Normatif Devreler, s.127.

²¹⁰Bakır Çağlar'a göre, "İrlandalı Kız Vak'ası, Avrupa yeni mekanı değerler sisteminin sosyal dokuya nüfuzunun tipik örneklerinden sadece biridir." Çağlar, Hukuk ve Demokrasi, s. 4.

A.İ.H.M.'nin içtihadlarını dikkate almakta, onun kullandığı kavramları kullanmaktadır. Örneğin 28 Temmuz 1989 tarihli kararında, Savunma Hakkı Prensibini, A.İ.H.M. içtihadını belirgin bir biçimde göz önüne alarak tanımlamıştır.²¹¹

Devlet Şurası ise, özellikle kanunlar karşısında milletlerarası andlaşmaların üstünlüğünü kabul ettiği 20 Ekim 1989 tarihli "Nicolo" kararından sonra, 9 Haziran 1990 tarihli "Chardonneau", 7 Kasım 1990 tarihli "Serwah" ve 21 Aralık 1990 tarihli "Association Pour l'Objection a Toute Participation a l'Avortement" kararları ile A.İ.H.S.'nin Fransız Hukuk sisteminde doğrudan uygulanabilirliğini teyid ederken²¹², 18 Ocak 1991 tarihli "Beldjoudi" ve 19 Nisan 1991 tarihli "Belgacem" ve "Mme. Babas" kararlarında yabancıların sınır dışı edilmeleriyle ilgili işlemlerin hukuki denetiminde A.İ.H.S.'nin 8.maddesini ölçü-norm olarak kullanmıştır.²¹³

-Federal Alman Anayasa Mahkemesi, Anayasa-koyucuyu da bağlayan supra-pozitif bir hukukun varlığını kabul etmektedir.²¹⁴ Ancak A.İ.H.S.'ni Anayasa'ya uygunluk denetiminde doğrudan kullanılacak pozitif bir metin olarak (referans-norm) değerlendirmemekte, dolaylı bir biçimde Anayasallık Blokuna dahil etmektedir. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi Yargıcı A.İ.H.S.'den Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlükleri yorumlarken yararlandığı gibi, bazı kararlarında Sözleşmeyi "destek-norm" olarak da kullanmıştır.

Federal Anayasa Mahkemesi'nin dolaylı tavrına karşılık, alt derece mahkemeleri kararlarında A.İ.H.S.'ni aynı konuda bir ulusal hukuk işlemi olup olmadığına bakmaksızın doğrudan kullanmaktadırlar.²¹⁵

²¹¹Badinter-Genevois, a.g.m., s. 162. Bakır Çağlar'a göre bu karar, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ni Anayasallık Bloku'na (Bloc de constitutionnalité) dahil etme istidadı taşıyan bir karardır. Çağlar, Hürriyetler Mekanı, s.20.

²¹²Bu konuda bkz.; Roger Errera, "Recent Decisions of the French Conseil D'Etat-Chardonneau, Serwah, Association Pour l'Objection a Toute Participation a l'Avortement cases," P.L., Spring 1991, s.134-136.

²¹³Bu konuda bkz.; Roger Errera, "Recent Decisions of the French Conseil D'Etat-Beldjoudi, Belgacem and Mme. Babas cases," P.L., Autumn 1991, s.458-459.

²¹⁴Bakır Çağlar, P. Chenut'un 1956 tarihli, "La justice constitutionnelle en Allemagne et le Tribunal Constitutionnelle de Karlsruhe" isimli tezine atfen; "...Alman Federal Anayasa Mahkemesi[nin], Anayasa koyucuyu da bağlayan "supra-pozitif hukuk"un varlığını tanıırken, Anayasanın yazılı prensipleri yanında "yazılı olmayan bir Anayasa hukuku"nun varlığını da kabul etmiş [olduğunu]... " belirtmektedir. Çağlar, a.g.e., s.139 ve dn. [1]. Ancak, Roman Herzog'un "Anayasal Değerdeki Normlar ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi-Alman Federal Anayasa Mahkemesi Raporu"nda belirttiği gibi; "...anayasa zaten alışılmamış ölçüde bir hürriyet dostu temel haklar kataloğuna sahiptir. Bundan dolayı, şimdiye değin "pozitif üstü" hukuka başvurmak gerekli olmamıştır. Buna rağmen, Federal Anayasa Mahkemesi bir seferinde bu tür "pozitif-üstü" normların olabileceğinden bahsetmiştir. Fakat, yine yürürlükteki anayasa sayesinde bu tür normlarla yürürlükteki anayasa arasında bir çatışma olamayacağını belirtmiştir." Herzog, a.g.m., s.15.

²¹⁵Bu konudaki örnekler için bkz.; Batum, a.g.e., 156-157.

Ayrıca Alman mahkemeleri çeşitli kararlarında, A.İ.H.M.'nin kararlarına da atıf yapmışlardır.²¹⁶

-A.İ.H.S. İtalya'da sıradan kanunlarla aynı konumdadır. Ancak, İtalyan Anayasa Mahkemesi Anayasanın yorumunda insan haklarının korunmasına ilişkin milletlerarası sözleşmelere başvurmaktadır. Massimo Luciani'nin belirttiği gibi; "Anayasa Mahkemesi birçok kararında, temel hakların Anayasaya ve yasama teminatlarının bugünkü anlam ve değerini açıklamada, söz konusu normlardan, daha da önemlisi uluslararası camianın genelde en geniş mutabakatını ifade eden insan haklarına ilişkin sözleşmelerden yararlanılabileceğini ifade etmektedir... Öte yandan, en azından lehte comunis opinio'nun bulunduğunu göstermek için insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelere başvurulmasının gerekçeyi kuvvetlendirmek amacıyla yapıldığına sıkça rastlanmaktadır..."²¹⁷

-A.İ.H.S., Belçika'da temel hak ve özgürlükler açısından bir tür "ek anayasa" işlevi görmektedir.

Velu'nun belirttiği gibi; "...uygulamada kullanılan temel haklar sadece Anayasa'nın 1,5 yüzyıl önce tanıdığı haklardan ibaret kalmayıp, Sözleşme ve [Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nde], modern, çağdaş insanın tüm istemlerini dile getirmek amacıyla yer alan tüm temel hakları içermektedir."²¹⁸

-Hollanda Yüksek Mahkemesi pek çok kararında A.İ.H.S.'ni doğrudan uygulamıştır.²¹⁹ Hatta daha da ileri giderek, Anayasanın 67.maddesinin 2. fıkrasını A.İ.H.S.'ni de içine alacak şekilde yorumlamış ve örneğin, 18 Ocak 1980 tarihli kararında A.İ.H.M.'nin "Marckx" kararına atıfta bulunmuştur.

-A.İ.H.S. Yunan iç hukukunda fazla etkili değildir. Ne Sözleşmenin kendisi ne de A.İ.H.M. içtihadları, Yunanistan'da etkin bir rol oynamaktadır.

Günümüzde, özellikle kişisel başvuru hakkının tanınmasından sonra, Yunan jurisprüdansı ile A.İ.H.M. jurisprüdansı arasında uyum sağlanması gerekliliğinden söz edilmektedir.²²⁰

-A.İ.H.S., İspanya'da temel hak ve hürriyetlerin korunması konusunda etkili bir mekanizmanın kurulmasına katkıda bulunmuştur.

²¹⁶Bu konudaki örnekler için bkz.; Batum, a.g.e., s.163-164.

²¹⁷Luciani, a.g.m., s. 312.

²¹⁸Velu, a.g.m., s. 181.

²¹⁹Bu konudaki örnek kararlar için bkz.; Batum, a.g.e., s. 157-158.

²²⁰Bechlivanou, a.g.m., s. 167.

Her ne kadar Anayasanın 102. maddesi, Sözleşmenin Anayasa-üstü değer kazanmasını sağlamasa da, Anayasada tanınan temel hak ve hürriyetlerin milletlerarası andlaşmalara uygun yorumu formülü, insan haklarının korunması konusunda Anayasa Mahkemesi'ni daha güçlü kılmaktadır. Anayasa Mahkemesi birçok kararında A.İ.H.S.'ne ve Strasbourg Mahkemesi içtihatlarına atıfta bulunmakta Üstün hukuku İspanya'ya taşımaktadır.²²¹

-Portekiz Anayasa Mahkemesi,²²² 1982 yılından beri A.İ.H.S.'ne açıkça yollama yapmamıştır. Ancak yine de Anayasa Mahkemesi milletlerarası normlara başvurulabileceğini kabul etmektedir.²²³

4)Pek çok Avrupa devleti, iç hukukunu Avrupa Ortak Mekanı'nda geliştirilen hukuki standartlara uydurmaya çalışmakta, bunun için söz konusu standartlarla çatışan iç hukuk düzenlemelerini değiştirme yoluna gitmektedir.

Örneğin;

-Milletlerarası hukuk iç hukuk ilişkileri açısından düalist bir model benimsemiş olan İngiltere, milletlerarası hukuk kurallarının ve özellikle Avrupa Ortak Mekanı'nda geliştirilen ortak standartların İngiliz hukukuna nüfuz etmesini engelleyememiştir.

İngiltere'de, A.İ.H.S.'nin 25 Nisan 1978 tarihli "Tyre" kararından sonra kırbaç cezası kaldırılmış, 26 Nisan 1979 tarihli "Sunday Times" kararından sonra ise mahkemeyi tahkir (contempt of court) ile ilgili kanunlar değişikliğe uğramıştır.

A.İ.H.M.'nin 5 Kasım 1981 tarihli "X/İngiltere" kararı sonucunda Sağlık Yasası yeniden düzenlenmiş, 22.Ekim.1981 tarihli "Dudgeon" kararından sonra homoseksüellik ile ilgili bir kanun yapılmıştır.²²⁴

-İrlanda'da evli çiftlerin boşanmasına ilişkin hukuki düzenlemeyle ilgili olarak A.İ.H.M., 9 Ekim 1979 tarihli "Airey" kararında Sözleşmenin ihlal edildiği sonucuna varmış ve bunun üzerine İrlanda'da söz konusu düzenleme değiştirilmiştir.²²⁵

İrlanda vatandaşı David Norris, haklarının homoseksüellik ile ilgili ceza kanunları tarafından ihlal edildiğini iddia etmiş, dava A.İ.H.M.'nin önüne gelmiş ve

²²¹Bu konuda bkz.; Pinero-Ferrer-Villa, a.g.m., s.231., Çağlar, a.g.e., s. 144-145., Cavagna-Monteiro, a.g.m., s. 183-187.

²²²Cavagna-Monteiro, a.g.m., s. 179.

²²³da Costa, a.g.m., s.346.

²²⁴Bu konuda bkz.; Batum, a.g.e., s.122-123.

²²⁵Bu konuda bkz.;Batum, a.g.e., s.122.Bu kararın özeti için bkz.; Berger, a.g.e., s.120-124.

sonuçta A.İ.H.M.'nin 26 Ekim 1988 tarihli "Norris" kararı, İrlanda'nın bu konudaki düzenlemeleri değiştirmesine neden olmuştur.²²⁶

-Belçika'da A.İ.H.M.'nin 13 Haziran 1979 tarihli "Marckx" kararından sonra gayri meşru çocukların tanınmasına ilişkin mevzuat, 18 Haziran 1971 tarihli "De Wilde, Ooms ve Versyp" kararından sonra serserilerin gözetiminde tutulmalarına ilişkin mevzuat, değiştirilmiştir.²²⁷

-A.İ.H.S. ve özellikle A.İ.H.M. kararları, Hollanda iç hukukunu önemli ölçüde etkilemiştir. Örneğin, 1988 yılında idari başvuru hakkı konusunda yapılan düzenlemeler, A.İ.H.M.'nin 1985 tarihli "Bentham" davasında verdiği karar doğrultusunda gerçekleşmiştir.²²⁸

Avrupa Ortak Mekanı'nda geliştirilen hukuki standartlar sadece Avrupa devletlerini değil Avrupa-dışı devletleri de etkilemektedir;

-Macaristan Anayasa Mahkemesi, 24 Ekim 1990 tarihli ölüm cezası ile ilgili kararında, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Milletlerarası Sözleşmenin 6. maddesine, 23 Nisan 1983 tarihli, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşmeye ek 6. protokolün 1. maddesine ve Avrupa Parlamentosu'nun 12 Nisan 1989 tarihli bildirisinin 22. maddesine yollama yapmış ve ölüm cezasının Anayasaya aykırı olduğu sonucuna varmıştır.²²⁹

Macaristan Medeni ve Siyasî Haklara İlişkin Milletlerarası Sözleşmeyi 1976 yılında onaylamıştır. Ancak, A.İ.H.S.'ni imzalamakla birlikte Temmuz 1992 itibariyle henüz onaylamamıştır. Dolayısıyla, A.İ.H.S. ve Sözleşmeye ek 6. protokol, Macaristan için bağlayıcı değildir.²³⁰

Macaristan, ölüm cezasının kanunlardan çıkarılmasına ilişkin milletlerarası bir taahhüt altına girmediği halde, Anayasa Mahkemesi milletlerarası platformda ve özellikle Avrupa'da ortaya çıkan konsensus karşısında, ölüm cezasını muhafaza

²²⁶Bu konuda bkz.; Clive R. Symmons, "International Treaty Obligations and the Irish Constitution," *I.C.L.Q.*, Vol.41, s. 341.

²²⁷Bu konuda bkz.; Batum, a.g.e., s.122-123, Ayrıca "Marckx" kararı için bkz.; Çağlar, Yenilenen Anayasa, s. 47-48.

²²⁸Bu konuda bkz.; "The Netherlands-Constitutional Chronology 1982-1990, s.3" in "Constitutions of the Countries of the World" ed. by Albert P.Blaustein and Gisbert H.Flanz, Oceana Publications, Inc., 1992.

²²⁹Decision No.23/1990 (X.31.) AB of the Constitutional Court on the unconstitutionality of capital punishment.

²³⁰Kapani, İnsan Hakları, s. 44.

etmenin mümkün olmadığını anlamış ve Anayasaya aykırı olduğu sonucuna varmıştır.²³¹

-A.İ.H.S., Afrika'da bağımsızlıklarına kavuşan eski İngiliz sömürgeleri için bir temel haklar kataloğu modelidir. Kronolojik sırayla, Nijerya, Sierra Leone, Uganda, Kenya, Malawi, Gambiya, Botswana, Lesotho, Mauritius, Swaziland, Şeyssel Adaları ve Zimbabwe anayasalarında Sözleşmedeki prensiplere yer vermişlerdir. Bu ülkelerde yargıçlar, yasama ve yürütmenin A.İ.H.S.'den kaynaklanan standartlara aykırı işlemlerini Anayasaya uygunluk denetimine tabi tutabileceklerdir.²³²

Nitekim bu konuda bir örnek Zimbabwe'den verilebilir. 1988 tarihli "State v. Ncube" davasında Yüksek Mahkeme, kırbaç cezasının, İ.H.E.B.'nin 5., A.İ.H.S.'nin 3. ve Amerikan Anayasasının 8.eki ile paralel olan Zimbabwe Anayasasının 15.maddesine aykırı olup olmadığını incelemiştir. Yargıç Gubbay, Anayasa maddesiyle paralel kaynakları inceledikten sonra, A.İ.H.M.'nin "Tyrer v. UK" davasına yollama yaparak kırbaç cezasının Anayasaya aykırı olduğu sonucuna varmıştır.²³³

Avrupa Ortak Mekanı'nda geliştirilen söz konusu hukuki standartların iç hukuka aktarılmasında Anayasa Mahkemelerinin rolü büyüktür.

Siyasi iktidarı sınırlayarak, bireyin temel hak ve özgürlüklerini garanti altına alma düşüncesi ilk çağlardan beri insanları meşgul etmiş, doğal hukuk- pozitif hukuk çatışmasında ifadesini bulan bu çabalar tarih boyunca çeşitli hukuk sistemlerinde yapılan tercihleri büyük ölçüde etkilemiştir.

Ancak, özellikle II. Dünya Savaşı ertesinde, sınır tanımaz bir pozitivizmle karakterize edilen Faşist-Nazi tecrübesi, siyasi iktidarı üstün bir hukuka tabi kılarak birey için dokunulmaz bir alan yaratma çabalarını hızlandırmıştır.

Bu bağlamda ilk olarak, bireysel ve sosyal değerler "yazılı anayasalarda" tedvin edilmiş, daha sonra bu anayasalara "sertlik" kazandırılmış, son olarak ta söz konusu anayasalar "garanti" altına alınmıştır. İşte Anayasa Yargısı, bu son aşamada;

²³¹Bu konuda bkz.; Stephen I. Pogany, "Human Rights in Hungary," I.C.L.Q., Vol.41, July 1992, s.681.

²³²Amerikan Anayasasının insan haklarına ilişkin milletlerarası belgelere kaynaklık ettiği görüşünü benimseyen Franck Moderne'e göre, insan hakları konusundaki Amerikan düşüncesi, Afrika'da bağımsızlıklarına kavuşan eski sömürgeler arasında Fransızca konuşan ülkelere ziyade İngilizce konuşan ülkeler arasında destek görmüştür. ABD ile bu ülkeler arasındaki dil bağı sayesinde Amerikan Anayasa hukuku, söz konusu ülkelerin insan haklarına ilişkin doktrin ve pratiğinin şekillenmesinde etkili olmuştur. Bu konuda bkz.; Franck Moderne, "Human Rights and Postcolonial Constitutions in Sub-Saharan Africa," in *Constitutionalism and Rights-The Influence of the United States Constitution Abroad*, ed. by Louis Henkin and Albert Rosenthal (New York, 1990: Columbia University Press), s.315-348.

²³³Bu konuda bkz.; Lillich, a.g.m., s.854-855.

anayasaları, yaşayan metinler haline getirmiş ve "üstün hukuk"u gerçekten etkin kılmıştır. Yani, modern Anayasa Hukukunda, anayasalar, üstün değerlerin pozitifleştirilmesini ifade ederken; yargısal denetim, bu değerleri etkin kılan yöntem olmuştur.²³⁴

Anayasa Yargısının temelleri A.B.D.'de atılmıştır. Yargıç Marshall, 1803 tarihli "Marbury v. Madison" davasında 1787 tarihli A.B.D. Anayasasının VI. maddesinin II. paragrafında yer alan "Bu Anayasa ve Anayasa'ya göre yapılacak Birleşik Devletler Yasaları, Birleşik Devletlerin yapacağı tüm anlaşmalar, ülkenin üstün hukuk kurallarını oluştururlar ve her federe devletteki yargıçlar için o federe devletin yasalarındaki ve Anayasasındaki karşıt hükümlere rağmen bağlayıcı olurlar." (a.b.ç.) ifadesine dayanarak yaptığı yorumla, Anayasanın üstünlüğü ve kanunların Anayasaya uygunluğunun denetimi prensiplerini ortaya koymuştur.²³⁵

Amerikan modeli Anayasa Yargısı uzun süre, Avrupa'nın ilgisini çekmiş, bu tür bir sistemin kurulması için çalışmalar yapılmıştır. Ancak Amerikan modeli, farklı özelliklere sahip Avrupa hukuk düzeninde başarısız olmuş ve I. Dünya Savaşı sonrasında Avusturya Anayasa Mahkemesi ile başlayan Avrupa modeli pek çok Avrupa ülkesinde uygulanmaya başlamıştır.

Bu bağlamda, kanunların Anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi şüphesiz Amerikalıların fikridir, ama Avrupa'da bu fikir hayata geçirilirken farklı yollar izlenmiştir.²³⁶

Amerikan ve Avrupa modelleri arasındaki temel fark, kanunların Anayasaya uygunluğunun denetiminde izlenen yöntemden kaynaklanmaktadır.

Amerikan modelinde, Anayasaya uygunluk denetimi, bütün genel mahkemelerin doğal yetkisi içindedir; söz konusu denetimi yapmak için özel bir mahkeme kurulmamıştır. Buna merkezileşmiş (centralized) sistem denir. Avrupa modelinde ise, Anayasaya uygunluk denetimi, bu amaçla kurulan özel bir mahkeme tarafından yapılır. Buna da merkezileşmemiş (decentralized) sistem denir.

Amerikan modelinin ardından gelen Avrupa modeli Anayasa Yargısının gelişiminde üç dalgadan söz edilebilir:

²³⁴Bu konuda bkz.; Mauro Cappelletti, *Judicial Review in the Contemporary World* (New York, 1971: The Bobbs-Merrill Company, Inc.), s. vii-x.

²³⁵"Marbury v. Madison davasının" özeti ve yorumu için bkz.; Murphy-Tanenhau, a.g.e., s.108-110.

²³⁶Amerika ve Avrupa modeli konusunda karşılaştırmalı bir analiz için bkz.; Louis Favoreu, "Constitutional Review in Europe," in *Constitutionalism and Rights-The Influence of the United States Constitution Abroad*, ed. by Louis Henkin and Albert Rosenthal (New York, 1990: Columbia University Press), s.38-62.

Birinci dalga, I. Dünya Savaşı sonrasına rastlar; 1920 tarihli Anayasa ile kurulan ve fikir babalığını Kelsen'in yaptığı "Avusturya Yüksek Anayasa Mahkemesi" ve 1931 tarihli Anayasa ile kurulan İspanyol "Anayasal Teminatlar Mahkemesi" bu dönemde incelenir.

İkinci dalga, II. Dünya Savaşı sonrasına rastlar; 1947 tarihli Anayasa ile kurulan İtalyan Anayasa Mahkemesi ve 1949 tarihli Temel Yasa ile kurulan Alman Federal Anayasa Mahkemesi bu dönemde incelenir. 1958 tarihli Anayasa ile kurulan Fransız Anayasa Konseyi ile 1961 tarihli Anayasa ile kurulan Türk Anayasa Mahkemesi de bu döneme dahil edilebilir.

Üçüncü dalga ise, Güney Avrupa'da yaşanan demokrasiye geçiş süreciyle eş zamanlıdır. 1975 tarihli Anayasa ile kurulan Yunan Özel Yüksek Mahkemesi, 1978 tarihli Anayasa ile kurulan İspanyol Anayasa Mahkemesi ve 1982 Anayasa değişikliği ile kurulan Portekiz Anayasa Mahkemesi bu dönemde yer alan Anayasa Mahkemeleridir.²³⁷

Soğuk Savaş sona erdikten sonra, eski Sosyalist Blok üyelerinin demokrasiye geçiş sürecinde ilk olarak yaptıkları işlerden biri, merkezileşmiş bir sistem benimseyerek Anayasa Mahkemelerini kurmak olmuştur. Rusya, Ukrayna, Arnavutluk, Macaristan, Çekoslovakya Anayasa Mahkemeleri buna örnektir.²³⁸

Günümüzde kurulmuş ve kurulmakta olan demokratik-liberal sistemlerin hemen hepsinde siyasi ve hukuki mekanizmanın merkezinde yer alan Anayasa Mahkemelerini bu kadar önemli kılan, diğer işlevleri yanında temel hakları koruma işlevidir. Anayasa Mahkemeleri bu işlevi yerine getirirken, Anayasada mevcut temel hakları somutlaştırmakta, genişletmekte hatta Anayasada yazılı olmayan haklar tanıyarak temel haklar kataloğunu tamamlamaktadırlar.

Halkın iradesini temsil eden Parlamento ve bu iradeyi yansıtan pozitif hukuk kuralları karşısında Anayasa Yargıçlarına tanınan bu yetkinin meşruiyeti tartışılmakta, Parlamentolar ve Anayasa Mahkemeleri arasındaki gerilim, günümüzde Anayasa Hukukunun temel sorunlarından birini teşkil etmektedir.

Avrupa demokrasilerinin çoğunda Hukuk Devletinin teminatı olan Anayasa Mahkemeleri, ölçü-norm olarak hukukun genel prensiplerine, haklar bildirilerine ve milletlerarası andlaşmalara başvurmaktadırlar.

Avrupa Anayasa Mahkemelerinin kullandığı temel ölçü-normlardan biri olan milletlerarası andlaşmalar, Soğuk Savaş ertesinde demokrasiye geçen eski Sosyalist Blok üyelerinin kurduğu Anayasa Mahkemeleri için de oldukça önemlidir. Öyle ki,

²³⁷Bu konuda bkz.; Bakır Çağlar, "Yeni-Anayasacılık Üzerine Notlar," *İ.H.İ.D.*, 1985, c.6, S.1-3, s.33-35.

²³⁸Bu konuda bkz.; Özbudun, *Anayasa Yapımı*, s.158-168.

bu mahkemelere, kuruluş kanunları veya ilgili Anayasa hükümleriyle, kanunların Anayasa yanında milletlerarası andlaşmalara da uygun olup olmadığını denetleme görevi verilmektedir. Bu konuda Macar, Çekoslovak ve Bulgar Anayasa Mahkemeleri örnek olarak gösterilebilir.²³⁹

İşte bütün bu özellikleriyle Anayasa Mahkemeleri, Milletlerarası Anayasa Hukukunun kilit kavramlarından biridir.

C) GENEL DEĞERLENDİRME;

Sonuçta, özetleyecek olursak (Şekil 3);

Avrupa Ortak Mekanı'nda, A.İ.H.S., ATS gibi katı (yani yaptırımlı) çok taraflı milletlerarası andlaşmalar konvansiyonel milletlerarası standartlara; söz konusu andlaşmaların kurduğu sistem içinde yer alan Anayasa Mahkemesi niteliğindeki A.İ.H.M. ve A.T.A.D. gibi milletlerarası mahkemelerin içtihadları ise jürisprüdansiyel milletlerarası standartlara vücut vermektedir. Helsinki Nihai Senedi, Paris Şartı gibi yumuşak (yani yaptırımsız) çok taraflı milletlerarası belgelerle pekiştirilen bu konvansiyonel ve jürisprüdansiyel milletlerarası standartlar, liberal-demokratik bir toplum modelinin altyapısını hazırlamaktadır.

Böylece, Avrupa Ortak Mekanı'nda üretilen hukuki standartlar, Avrupa devletlerine ve Avrupa-dışı devletlere ihraç edilmektedir.

Söz konusu standartlar, esas olarak iki kanaldan; [Anayasa] ve/ya [Anayasa Mahkemesi (ve/ya Yüksek Mahkeme)] kanalından Avrupa devletlerine ulaşmaktadır.

Milletlerarası hukukun üstünlüğünü tanıyan ya da milletlerarası hukukun üstünlüğünü tanımasa da getirdiği belli düzenlemelerle milletlerarası hukuka açık olarak nitelendirilebilecek anayasalar, Anayasa Yargıcının ve/ya Yüksek Mahkeme Yargıcının da katkısıyla hukuki standartların iç hukuka aktarılmasına imkan vermektedir. Anayasası milletlerarası hukuka kapalı olan devletlerde ise, Anayasa Yargıcına ve/ya Yüksek Mahkeme Yargıcına bu konuda daha fazla iş düşmektedir.

Bu kanallardan Avrupa devletlerine ulaşan standartlar Avrupa devletleri tarafından birinci elden tüketilmektedir.

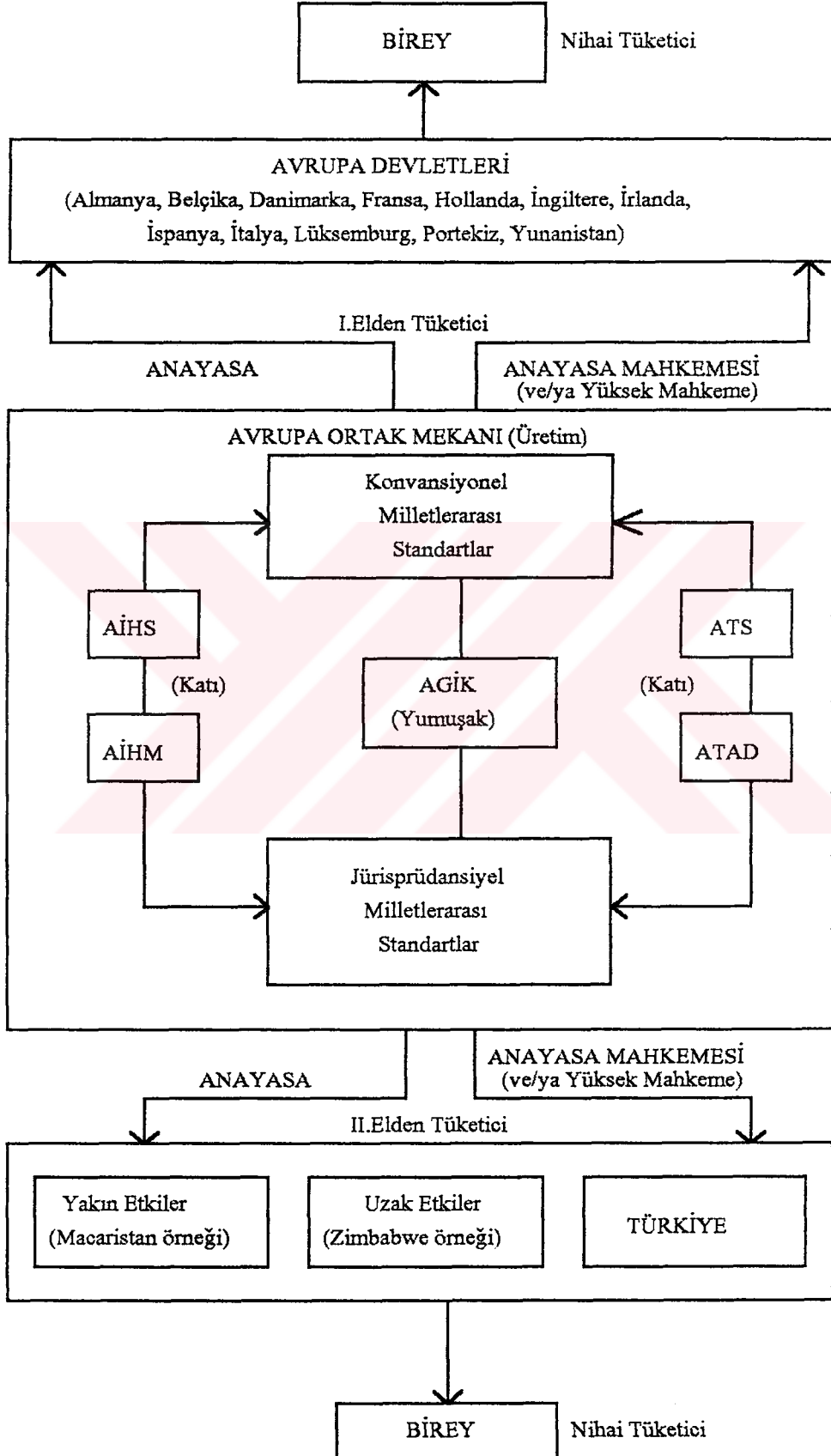
Aynı kanallardan Avrupa-dışı devletlere de ulaşan standartlar, Avrupa-dışı devletler tarafından ise ikinci elden tüketilmektedir.

İkinci elden tüketici olan Avrupa-dışı devletler, Macaristan gibi Avrupa Ortak Mekanı'na yakın olabileceği gibi, Zimbabwe gibi bu mekana uzak ta olabilir.

Türkiye'de ikinci elden tüketiciler arasında yer almaktadır.

²³⁹Bu konuda bkz.; Özbudun, Anayasa Yapımı, s.162-164, 167.

AVRUPA ORTAK MEKANI, GELİŞTİRİLEN HUKUKİ STANDARTLAR VE ETKİLERİ (Şekil 3)



Avrupa Ortak Mekanı'nda üretilen, birici elden Avrupa devletleri tarafından ve ikinci elden Avrupa-dışı devletler tarafından tüketilen hukuki standartların nihai tüketicisi ise bireydir.

Çünkü, bu standartların temelinde insan hakları vardır.

Bütün bu değerlendirmelerin ardından Milletlerarası Anayasa Hukuku karşısında Türkiye'nin durumunu ortaya koyabilmek için milletlerarası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkilerin Türk hukukunda nasıl düzenlendiği, doktrin ve pratikte nasıl ele alındığı ve milletlerarası ortak mekanlarda geliştirilen hukuki standartların Türk hukukunu nasıl etkilediği üzerinde durmamız gerekir.



DÖRDÜNCÜ BÖLÜM TÜRKİYE

Türk Anayasa tarihine baktığımızda, bütün anayasalarda milletlerarası andlaşmalarla, dolayısıyla milletlerarası hukuk ile ilgili hüküm bulunduğunu görmekteyiz.

Osmanlı İmparatorluğu döneminde, milletlerarası andlaşmalar Padişah adına; Vezir, Sadrazam, Reisülküttap, Kadıasker ya da memur edilen temsilciler tarafından müzakere ve imza edilmekte ancak Padişah tarafından onaylanmaktaydı. Bu onay işlemi, andlaşmanın oluşumunu tamamlayan bir işlem değil, Padişah'ın vekilin vekalet sınırları içinde kalıp kalmadığını denetlemesini sağlayan bir işlemdi. Yani, Padişah adına yapılan andlaşma, temsilci yetki sınırlarını aşmamışsa, imza anından itibaren geçerlik kazanmaktaydı.

1876 Kanun-ı Esasisi'nde milletlerarası andlaşmalarla ilgili tek hüküm, Padişahın yetkilerini düzenleyen 7.maddede yer almaktaydı. Buna göre; "...düveli ecnebiye ile muahedat akdi ...hukuku mukaddesei Padişahi cümlesindendir."²⁴⁰ Milletlerarası andlaşmaların iç hukuktaki konumunu belirlemekten ziyade andlaşmaların nasıl yapılacağını belirten bu hüküm, Osmanlı İmparatorluğu dönemindeki sistemi muhafaza etmiştir.

II. Meşrutiyetin ilanından sonra Kanun-ı Esasi'nin birçok maddesiyle birlikte 7.Maddesi de değiştirilmiştir. Değiştirilmiş 7.maddeye göre; "...alelumum muahedat akdi hukuku mukaddesei Padişahidendir. Ancak sulhe ve ticarete ve terk ve ilhakı araziye ve tebayi Osmaniye'nin hukuku asliye ve şahsiyesine taalluk eden ve devletçe masarifi mucip olan muahedatın akdine Meclis-i Umumi'nin tasdiki şarttır."²⁴¹

Görüldüğü gibi, ilk defa bu maddeyle, yasama organına, yani Meclis-i Umumi'ye milletlerarası andlaşmaları onaylama yetkisi verilmiştir. Ancak, burada söz konusu olan, gerçek anlamda bir onaylama değil, onaylamayı uygun bulmadır. Onaylamayı yine Padişah yapacaktır.

1876 Kanun-ı Esasisi ve 1908 değişikliği ile milletlerarası hukukun iç hukuktaki konumunu belirleyen bir hüküm getirilmemiştir.

1921 Anayasasında milletlerarası andlaşmalarla ilgili tek hüküm Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin yetkilerinin sayıldığı 7.maddede yer almaktadır. Buna göre; "...muahede ve sulh akdi gibi hukuku esasiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir."²⁴²

²⁴⁰Suna Kili-Şeref Gözübüyük, *Türk Anayasa Metinleri* (Ankara,1985: İş Bankası Yayınları), s.32.

²⁴¹Kili-Gözübüyük, a.g.e., s.75.

²⁴²Kili-Gözübüyük, a.g.e., s.92.

Maddede geçen "muahede ve sulh akdi" ifaresiyle, andlaşma yapma konusunda, ilk hazırlıktan andlaşmanın yürürlüğe girmesine kadar, bütün aşamalarda Büyük Millet Meclisi yetkili kılınmıştır. Dönemin olağanüstü koşullarında, bütün yetkileri elinde toplayan Büyük Millet Meclisi, milletlerarası andlaşmalar konusunda da oldukça geniş bir yetkiye sahiptir.

Ancak 1921 Anayasasında da milletlerarası hukukun iç hukuktaki yerini belirleyen bir hüküm mevcut değildir.

Cumhuriyet'in ilanından sonra yapılan 1924 Anayasasının 26. maddesinde milletlerarası andlaşmalarla ilgili şu hüküm yer almaktadır; "Büyük Millet Meclisi, Devletlerle mukavele, muahede ve sulh akdi ...gibi vezaifi bizzat kendi ifa eder."²⁴³

Görünüşte, andlaşmaların yapılması konusunda 1921 Anayasası ile 1924 Anayasası arasında bir fark yoktur. Ancak konuyu rejimin genel çerçevesi içinde ele almak gerekir. 1924 Anayasası ile getirilen sistem tam anlamıyla Parlamenter Sistem olmasa da yasama-yürütme ikiliğinden söz edilebilir. Gerçekten, Meclis, yürütme yetkisini kendi seçtiği Cumhurbaşkanı ve onun tayin edeceği Bakanlar Kurulu eliyle kullanır. Bu yasama-yürütme ikiliğinin andlaşmalar açısından sonucu; görüşme ve imzalama aşamalarıyla onaylama aşamalarının birbirinden ayrılmasıdır. Bunlardan ilk ikisi yürütmeye, onaylama ise yasamaya ait yetkilerdir.

Fakat uygulamada 1924 Anayasasının bu prensibinden sapılmış ve bu konudaki yetkiler Hükümet tarafından kullanılarak Meclis devre dışı bırakılmıştır.²⁴⁴

1876 ve 1921 Anayasalarında olduğu gibi 1924 Anayasasında da milletlerarası hukukun iç hukuktaki konumunu belirleyen bir hüküm bulunmadığı, fakat doktrinde bu konuda farklı görüşlerin savunulmaya başlandığı görülmektedir;

Orhan Arsal'a göre; "Türk sisteminde muahede ve kanun ayrı ayrı hukuk sahalarına ait bulundukları için muahede hiçbir zaman esas teşkilattan üstün olamaz... Muahede adi kanunlardan üstün değildir. Bu yüzden sonraki bir muahede milli kanunu tadil edemez... Kabul edilmiş bir muahede adi kanunla bir ayarda değildir. Bu itibarla lex posterior kaidesini ancak kanun lehine tatbik mümkündür... Kabul edilmiş bir muahede kanundan aşağı bir derecededir. Binaenaleyh sonraki kanun önceki muahedeyi ta'dil, hatta tamamen feshedebilir. Fakat diğer tarafın rızası olmadan yapılan fesih uluslararası bir suç teşkil eder ve bu hareketin mes'uliyeti devlete teveccüh eyler."²⁴⁵

²⁴³Kili-Gözübtüyük, a.g.e., s.115.

²⁴⁴"Andlaşmaların Yapılışı Konusunda Türk Sistemi" hakkında bkz.; Çelik, a.g.e., s.94-117.

²⁴⁵Orhan Arsal, *Dahili Hukukda Muahede Kanun mudur?*, İstanbul Barosu Mecmuası'nın 9.sayısından ayrı bası (İstanbul, 1937: İstanbul Halk Basımevi), s. 5562.

Mustafa Reşid Belgesay'a göre; "...Büyük Millet Meclisinin Teşkilatı Esasiye Kanunundan aldığı salahiyet ile Türkiye ile ecnebi Devlet arasında veyahut bir Türk ile ecnebi arasında münasebeti tanzim etmek üzere kaide koyan iradesi bir kanundur... Binaenaleyh adi bir kanuna muhalif bir hükmü ihtiva eden muahedenin tercihen tatbik edileceği hiç mesele teşkil edemez. Çünkü sonradan neşredilen bir kanun evvelki kanunu tadil eder... Şüphe yok ki bir Devlet, istiklal ve hakimiyetinin icabı olarak Devletler Hukukunun umumiyetle kabul edilmiş bir kaidesini değiştirme, yahut, akdettiği muahede hükümlerini ortadan kaldırmak gayesiyle bir kanun yapabilir. Fakat, bu gayeyi istihdaf eden bir kanunun sarıh olması lazımdır. Bir kanunda, bu kanun hükmüne muhalif olan muahedenin artık hükümsüz kalacağı tasrih edilmemişse kanunun muahede hükümlerini zımnen mahfuz bulundurduğu kabul edilmek lazımdır... Muahede ile kanundan herbirinin tatbik sahası ayrı olduğundan, kanunun kabul ettiği hükümler bir muahede hükümlerine aykırı ise, muahede milletlerarası münasebette, kanun da milli münasebetlerde tatbik edilir."²⁴⁶

Yavuz Abadan'a göre; "...Devletler Umumi Hukuku esaslarının Türk vatandaşları hakkında vasıtasız mer'i ve muteber olması, kanun vaz'ının sarıh müdahale ve tasarrufuna bağlıdır. Anayasamız bilhassa 26. maddesi, gerek devleti gerek vatandaşları ilzam edecek mühim dış siyasete ait karar ve kanunlara ait tasarrufları sadece Büyük Millet Meclisi'nin yetki sahasına inhisar ettirmekte, böylece iç hukukun öncelik ve üstünlüğü prensibini benimsemektedir."²⁴⁷

Seha Meray'a göre ise; "...1924 Anayasası'nın getirdiği sistemle, anlaşmalar da kanun şeklini ve mahiyetini almaktadırlar. İngiliz sisteminde veya Fransız ve Alman anayasalarında olduğu gibi, Devletler Hukukunun memleket hukuk sisteminin bir parçasını teşkil ettiği Anayasada sarıh olarak belirtilmediği veya bu konuda teamüli sarıh bir kaide bulunmadığı halde, usul ve şekil bakımından anlaşmaların kanun mahiyetini alması meseleyi nispeten basite irca etmektedir: Türk mahkemeleri her kanunu olduğu gibi, anlaşmaları da uygulamak durumundadır. Bir kanunla bir anlaşmanın çatışması halinde lex posterior veya lex specialis kaidelerine göre hareket etmek gerekecektir."²⁴⁸

1924 Anayasası döneminde farklı görüşler savunulmuş olmakla birlikte, genellikle milletlerarası andlaşmaların kanunlara eşdeğer olduğu kabul edilmiştir.

²⁴⁶Mustafa Reşid Belgesay, "Kanun ile Muahede Arasında Münasebet," Cemil Bilsel'e Armağan (İstanbul, 1939: İ.Ü.H.F. Yayınları), s.108-109.

²⁴⁷Yavuz Abadan, "Devletler Umumi Hukuku ve Anayasalar," A.Ü.S.B.F.D., c.11, S.3, s.25.

²⁴⁸Meray, a.g.c., s.108.

1961 ve 1982 Anayasasında yer alan milletlerarası hukuka ilişkin düzenlemeler birbirinin aynıdır. 1961 Anayasası ile getirilen düzenleme ihtiyaca cevap verdiği gerekçesiyle 1982 Anayasasında da aynen kabul edilmiştir.

1982 Anayasasının, milletlerarası hukukla ilgili maddeleri esas olarak, 90. ve 104. maddelerdir.

90.maddenin I.fıkrasına göre; "Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, TBMM'nin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır."

Anayasanın 104.maddesine göre ise; "Milletlerarası andlaşmaları onaylamak ve yayınlamak" Cumhurbaşkanı'nın görevleri arasında sayılmıştır.

Görüldüğü gibi, andlaşmaları onaylama yetkisi yasama ve yürütme organları arasında paylaştırılmış, Cumhurbaşkanı'nın onay yetkisini kullanabilmesi, kural olarak, TBMM'nin önceden bir kanunla vereceği izne bağlanmıştır.

90.maddenin II.fıkrasında şu hüküm yer almaktadır; "Ekonomik, ticari veya teknik ilişkileri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan andlaşmalar, Devlet Maliyesi bakımından bir yüklenme getirmemek, kişi hallerine ve Türkler'in yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak şartıyla, yayımlanma ile yürürlüğe konabilir. Bu takdirde bu andlaşmalar, yayımlarından başlayarak iki ay içinde TBMM'nin bilgisine sunulur."

Bu madde ile, belli nitelikteki ve konudaki andlaşmalar için, Meclisin onaylamayı bir kanunla uygun bulması şartı kaldırılmıştır. Hatta Anayasa-koyucu bir adım daha ileri giderek aynı maddenin III.Fıkrasında, bazı andlaşmalar için Meclise bilgi verme yükümlülüğünü kaldırmakta, bazıları için de yayımlanmadan yürürlüğe konabilme imkanını getirmektedir.

90.maddenin III.fıkrasına göre; "Milletlerarası bir andlaşmaya dayanan uygulama andlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticari, teknik veya idari andlaşmaların TBMM'ce uygun bulunması zorunluluğu yoktur; ancak, bu fıkraya göre yapılan ekonomik, ticari veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren andlaşmalar, yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz."

Ancak şunu unutmamak gerekir ki, II.ve III.Fıkırada sayılan istisnai durumlarda, sadece, Meclisin onaylamayı bir kanunla uygun bulması şartı kaldırılmıştır. Yoksa, istisnasız her andlaşma Cumhurbaşkanı'nca onaylanacaktır.

Nihayet, 90.maddenin IV.fıkrasına göre; "Türk kanunlarına değişiklik getiren her türlü andlaşmaların yapılmasında da I.fıkra hükmü uygulanır."

90.maddenin V.fıkrasına göre ise; "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz."

Bu fıkrayla ilk defa Türk Anayasa Hukukunda milletlerarası hukukun iç hukuktaki konumuna ilişkin bir düzenleme getirilmiş olmaktadır. Ancak getirilen bu düzenleme, sadece milletlerarası andlaşmalara ilişkindir. 1961 ve 1982 anayasaları MHGP konusunda suskun kalmaktadır.

A)DOKTRİN

Gerek 1961 Anayasası döneminde, gerekse 1982 Anayasası döneminde doktrinde, milletlerarası andlaşmaların iç hukuktaki konumu üzerinde fikir birliğine varılamamıştır.

Bu konuda doktrinde savunulan görüşleri şöyle ortaya koyabiliriz;

Türk doktrininde bir kısım yazar, milletlerarası andlaşmaların kanunlara eşdeğer olduğunu savunmaktadır.

Seha L. Meray'a göre; "...usulüne uygun olarak yapılmış andlaşmalar kanun hükmünde sayılınca, bu andlaşmaların iç hukuk düzeninde geçerli ve bağlayıcı olacağı kesin olarak belirtilmiş olmaktadır. Öte yandan, bir kanunla bir andlaşmanın çatışması halinde, gene lex posterior veya lex specialis kurallarının uygulanması söz konusu olabilecektir. Başka bir deyimle, 1961 Anayasasına göre, Türk sisteminde, andlaşmalar, iç hukukun bu andlaşmalarla çelişir ve çatışır tasarruflarına karşı hukuken gereği gibi korunmamış görünmektedir. Anayasamız göre, bir andlaşmaya aykırı bir kanun çıkarma yolu -Devletin milletlerarası sorumu söz konusu olsa bile- kapanmış değildir. Böyle bir kanun, bir başka kanunla, ya da sonradan yapılacak bir andlaşmanın getireceği hükümle kaldırılmış ya da değiştirilmiş olmadıkça, iç hukuk düzeninde bağlayıcı olacaktır."²⁴⁹

1961 Anayasası döneminde Meray tarafından savunulan bu görüş, 1982 Anayasası döneminde Pazarcı tarafından benimsenmiştir. Ancak, Pazarcı, Anayasa tarafından milletlerarası hukuka açıkça yollama yapılan konularda, milletlerarası andlaşmaların kanunlardan üstün olduğunu kabul etmektedir.

Hüseyin Pazarcı'ya göre; "...Türk hukuk düzeninde andlaşmalar ile yasalar eşdeğerli olarak kabul edilip, ilke olarak, birinin ötekine üstünlüğü yoktur. Bunun tek kural dışılığı Anayasamızın 15., 16., 42. ve 92. maddelerinde düzenlenen konularda var olan ya da yapılacak andlaşmalar oluşturmaktadır. Zira, bu konulardaki andlaşmalar, Anayasa'da öngörülen koşul ve sınırlamalar içerisinde, bir anayasal hüküm değerini kazanmaktadır."²⁵⁰

²⁴⁹Seha L. Meray, *Devletler Hukukuna Giriş-Birinci Cilt* (Ankara, 1968-Üçüncü Bası: A.Ü.S.B.F. Yayınları), s. 132.

²⁵⁰Pazarcı, a.g.e., s.32.

Anayasanın milletlerarası hukuk kurallarına açıkça yollama yaptığı 15.maddede "milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler"den, 16.maddede "milletlerarası hukuk"tan, 42.maddede "milletlerarası andlaşma hükümleri"nden ve 92.maddede, hem "milletlerarası hukuk"tan, hem de "milletlerarası andlaşma"lardan söz edilmektedir. Buna göre, 15. ve 16.madde açısından milletlerarası andlaşmalar ve milletlerarası örf ve adet kuralları, 42.madde açısından sadece milletlerarası andlaşmalar, 92.madde açısından ise, milletlerarası andlaşmalar ve milletlerarası andlaşmalarla birlikte milletlerarası örf ve adet kuralları Türk hukuk düzeninde anayasal hüküm değerini kazanacaktır.

Milletlerarası andlaşmaların kanunlara eşdeğer olduğu yolundaki görüş 1961 Anayasası döneminde Balta tarafından da, A.İ.H.S. açısından dile getirilmiştir.

Tahsin Bekir Balta'ya göre; A.İ.H.S.'nin Türk yasaları ile çatışması durumunda, yetkili yönetici ya da yargıcın ikisini bağdaştırabilecek bir yorum olanağı yoksa iki kanun arasındaki çatışmanın çözümünde uygulanacak kuralların uygulanması gerekir.²⁵¹

Türk doktrininde bir kısım yazar ise, milletlerarası andlaşmaların kanunlardan üstün olduğunu savunmaktadır.

1961 Anayasası döneminde bu görüşü savunan Akipek, ilk olarak Anayasanın Başlangıcına dayanır;

Ömer İlhan Akipek'e göre; "<<Milletin>>, milletlerarası camianın (topluluğun) bir unsuru olduğu gerçekliği, 1961 Anayasasının <<Başlangıç>>ında da sarahaten ifadesini bulmuştur. Filhakika, bu <<Başlangıç>>a göre milletimiz, <<dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi>>dir. Milletlerarası camianın şerefli bir üyesi olmak, milletlerarası camianın düzenine uymağı icap ettirir. Milletlerarası camianın asgari düzenini sağlayan hukuk ise, devletler hukukudur."²⁵²

Devletler hukukuna üstünlük tanınması fikrinin, Anayasanın nihai metninin çeşitli maddelerinde; 13, 65 ve 66 ncı maddelerinde, dolayısıyla de ifadesini bulduğunu, milletlerarası andlaşmaların, Anayasaya aykırı olduğunun iddia edilememesini, devletler hukukunun üstünlüğü tezinin teyidi olarak gördüğünü belirten yazara göre; 1961 Anayasası, devletler hukukunun iç hukuka üstünlüğünü açıkça değilse bile, zımnı benimsyen bir Anayasadır ve havi olduğu muhtelif hükümler bu kanaatini teyit eder mahiyettedir.

²⁵¹Pazan'dan naklen, a.g.e., s. 31-32.; Tahsin Bekir Balta, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye," *Türkiye'de İnsan Hakları* (Ankara, 1970), s.278.

²⁵²Akipek, a.g.e., 28, 30.

1982 Anayasası döneminde Akipek'e yakın bir görüş savunan **Hamza Eroğlu**'na göre; "1961 ve 1982 anayasaları ile Devletler Hukukuna açıkça üstünlük tanınmamışsa da dolaylı olarak, usulüne göre yürürlüğe konmuş milletlerarası andlaşmaların, Anayasaya aykırılıklarının tesbiti için Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağını kabulle milletlerarası andlaşmalara kanunlardan farklı bir yer ve değer vermiştir. Bu hükümle devletlerin müşterek iradelerinin mahsulü olan bir tasarrufun bir iç hukuk organı vasıtası ile iptal edilemeyeceği kabul edilmiştir. Devletler Hukukunun yazılı kuralına yalnız bu yönü ile üstünlük tanınmıştır."²⁵³

1961 Anayasası döneminde insan haklarına ilişkin milletlerarası andlaşmalar açısından aynı görüşü savunan **Bahri Savcı**'ya göre; "...Türk iç hukuku, belgelerin bütün olumlu yönlerini, geliştirerek kabul etmiştir. Belgelerin bizzat kendilerini iç hukukun bir parçası saymıştır. Onları, yasa hükmünde saymıştır. Hatta, uluslararası normların, Türk Anayasasına aykırılığının ileri sürülemeyeceğini bile kabul etmiştir. Kanımca, bu suretle, uluslararası normları, Anayasanın bir parçası değilse de, Anayasa düzeyinde bir değere kavuşturmuştur. Her hal ve karda, uluslararası belgelerde zikredilen insan hak ve özgürlükleri, Türk iç hukukunda önce yasa durumundadır; ve fakat yasaları da aşan bir düzeye sahiptir. çünkü, yasalar, Anayasaya aykırılık nedeniyle geri çevrilebilirlerken, Uluslararası normların Anayasaya aykırılıkları ileri bile sürülemez. Demek ki, burada anayasal düzeye bir yükseliş var. (Her ne kadar, Anayasa içinde yer almamakla beraber, bir normun anayasal düzeyde olduğu, bir faraziye den ibaret sayılır ise de, kamu hukuku geleneğinde, bunun izleri bulunabilir: Vaktile, insan hakları bildirgeleri, Anayasa yapısı içinde olmadıkları halde, o düzeyde geçerlik (mutaiyet) görürlerdi.)" ²⁵⁴

Burada dikkatimizi çeken nokta, Savcı'nın uluslararası normların Anayasanın bir parçası haline gelmediğini, ancak, Anayasa düzeyinde bir değere kavuştuğunu belirtmesidir. Bu yerinde bir tespit olabilir, ama fikrimizce, uluslararası normların Anayasanın bir parçası olması ile Anayasa düzeyinde bir değere kavuşması arasında, iç hukuktaki etkileri bakımından bir fark yoktur.

1982 Anayasası döneminde, milletlerarası andlaşmaların, kanunlardan üstün olduğunu savunan yazarlardan, **Muzaffer Sencer**'e göre; "...Anayasada geçen yasa hükmünde sözü yasa gücünde olarak anlaşıldığında ve uluslararası andlaşmalar için anayasal yargı yolunun kapalı olduğu gözönüne alındığında, T.C. Anayasasında uluslararası hukukun en azından yasalar üstü, daha uygun bir yorumla anayasal bir konumda bulunduğu yargısına kolayca varılabilir. Özetle belirtmek gerekirse, Türk

²⁵³Eroğlu, a.g.e., s. 23.

²⁵⁴Bahri Savcı, "İnsan Hakları Üzerine, Uluslararası Alanda, "Norm-İlke"ler ve Türk İç Hukuku," A.Ü.S.B.F.D., 1980, c.35, s.18.

Anayasa düzeninde uluslararası hukuk, iç hukukun bir parçası olmaktan öte, Anayasa ve yasalar gibi kendiliğinden hüküm yaratan, dolayısıyla yargı uygulamasında uyulması gereken bir hukuktur. Yine bu hukuk yasalar üstünde ve anayasal geçerlikte olduğu için, tüm devlet organlarını bağlayıcı güçtedir."²⁵⁵

Yine 1982 Anayasası döneminde, genel olarak milletlerarası andlaşmaların kanunlardan üstün olduğunu savunan Gözübüyük, daha sonra, A.İ.H.S. açısından da aynı görüşü genişleterek savunmaya devam etmiştir.

Şeref Gözübüyük'e göre; "...Anayasaya uygunluğu aranmadan, uygulanması gereken andlaşmanın, kendisinden önce, ya da sonra çıkmış olan yasalara aykırılığı, ya da sonradan çıkan yasanın andlaşma kurallarını değiştirdiği ileri sürülerek, uygulanması savsaklanamaz. Kısaca belirtmek gerekirse, Andlaşma ile Anayasa'nın, ya da herhangi bir yasanın çatışması durumunda Andlaşma uygulanır. Anayasa, 1961 Anayasası gibi, iç hukuk yönünden anlaşmaların üstünlüğü ilkesini benimsemiştir."²⁵⁶

Bu bağlamda, A.İ.H.S.'ni değerlendiren yazara göre; "...a) Sözleşme iç hukukun bir parçasıdır; ayrıcalıklı bir yere sahiptir. b) Sözleşme iç hukukta kendiliğinden uygulanır; ayrıca bir düzenleme yapılmasına gerek yoktur. c) Sözleşmenin Anayasaya aykırılığı ileri sürülemez. Bunun doğal sonucu, Sözleşme Anayasaya aykırı olsa bile uygulanır. d) Anayasaya aykırılığı ileri sürülemeyen Sözleşmenin yasaya aykırılığı nedeniyle uygulanamaması, Anayasanın getirdiği sisteme ters düşer. Sözleşmeden sonra yürürlüğe giren Anayasa, Sözleşmeyi değiştiremeyecek, buna karşın, Sözleşmeden sonra yürürlüğe giren bir yasanın Sözleşmeyi değiştirebileceğini kabul etmek çelişkili bir yaklaşım olur. e) Andlaşmaların yasa değerinde olduğunu söylemek, andlaşmanın yasa olduğu anlamına gelmez. Andlaşma, yasaya göre olan özelliklerini korur. Uluslararası hukuk bakımından da Sözleşme Türkiye'yi bağlayan bir andlaşmadır. Sözleşme bu yönden de bir yasa ile değiştirilemez. Andlaşmalar, kendi koyduğu kurallara göre bozulabilir ya da değiştirilebilir. Sözleşme bozulmadıkça, bir yasa ile tek yanlı olarak değiştirilemez. Kaldı ki, bir devlet uluslararası andlaşmayı tek yanlı olarak da değiştiremez... Sözleşmeden sonra çıkan Anayasa, ya da yasa ile, ne açıkça ne de üstü kapalı bir biçimde Sözleşmede değişiklik yapma olanağı yoktur. Bu gibi durumlarda Sözleşme yürürlükte; hukuksal sonuçlarını hem ulusal hukukta, hem de uluslararası hukukta doğurmaya devam eder. f) İnsan haklarının anayasal niteliği göz önünde tutulursa Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin "özellliği olan bir

²⁵⁵Muzaffer Sencer, "Uluslararası Hukukun Türk Hukukundaki Yeri," M.B.D., Mart 1988, S.93, s.12.

²⁵⁶Şeref Gözübüyük, *Anayasa Hukuku* (Ankara,1986: "S" Yayınları), s.201.

andlaşma olduğu görülür." Sözleşmenin yasalara göre durumunu değerlendirirken bu noktayı da gözden uzak tutmamak gerekir. Bütün bunlardan, Sözleşmenin Ulusal hukuk kurallarına üstün olduğu ve yargı yerlerince özellikle ve öncelikle uygulanması gerektiği sonucu çıkarılabilir."²⁵⁷

Milletlerarası andlaşmaların kanunlardan üstün olduğunu savunan yazarlardan Çelik ve Teziç, 90.maddenin son fıkrasında yer alan "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir" hükmünü farklı yorumlamaktadırlar;

Edip Çelik'e göre; "...1961 ve onu izleyen 1982 sisteminde, andlaşmalar yürütme organınca onaylanmakta ve kimi andlaşmalar için yasama organının bir kanunla onaylamayı uygun bulması bile aranmamaktadır. Ulusal mahkemeler bunları uygulamak konusunda kuşkuya düşebilir. "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir" denilmekle bu kuşku ortadan kaldırılmak istenmiştir... milletlerarası hukukla iç hukuk arasındaki ilişkiler gibi çok önemli ve o ölçüde tartışmalı bir sorunun bir çırpıda çözüldüğünü ve İkinci ve Üçüncü Cumhuriyet anayasalarıyla İkinci (dualiste) sistemin benimsendiği; bunun sonucu olarak da andlaşma ile kanunun eşdeğerde tutulduğunu sanmıyoruz."²⁵⁸

Erdoğan Teziç'e göre ise; "Anayasadaki (m.90/son f.) "Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir" kuralı, kanun ile milletlerarası andlaşmanın eş düzeyde oldukları anlamına gelmemektedir. Bu ifadeden böyle bir sonuç çıkarmak hukuken doğru değildir ve asıl anlamı, bir milletlerarası andlaşmaya dayanarak uyuşmazlığı çözme durumunda kalan mahkemeleri kuşkudan kurtarmaktır... 1924 Anayasasından farklı olarak, 1961 ve 1982 anayasalarına göre, Milletlerarası andlaşmalar bir kanun ile değil, fakat yürütmenin işlemi olan kararname ile onaylanmakta ve iç hukuk düzenine girmektedirler. Öte yandan, kanun ile andlaşma arasında bir çatışma olduğunda, mahkemeler milletlerarası andlaşma hükümlerine göre karar vermelidirler. Bu bakımdan Türk hukuk düzeninde milletlerarası andlaşmalar kanunlara eş değerde değil, fakat kanunlardan üstün bir durumdadırlar."²⁵⁹

Fikrimizce, burada üzerinde durulması gereken nokta, "kanun hükmünde" ifadesinden ne anlaşılması gerektiğidir.

²⁵⁷A. Şeref Gözübüyük, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri," *İnsan Hakları Kurallarının İç Hukukta Uygulanması* (Ankara, 1992: A.Ü.S.B.F. Yayınları), s.26-27.

²⁵⁸Edip Çelik, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulanması," *İ.H.D.*, 1988, S.1-3, s.50.

²⁵⁹Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku* (İstanbul, 1991-İkinci Baskı: Beta Yayınları), s.9.

Anayasamız, bir başka maddesinde; "Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisi Verme" başlıklı 91.maddesinde de "kanun hükmünde" ifadesine yer vermiştir. Buna göre, 91.maddeye dayanılarak çıkarılan kararnameler aslında kanun olmadıkları halde, kanunlara eşit hukuki güce sahiptirler. Yani, kendilerinden önce yapılmış olan bir kanunu değiştirebilir ya da kaldırabilirler veya kendilerinden sonra yapılacak bir kanunla değiştirilebilir ya da kaldırılabilirler. İşte, aslında kanun olmayan milletlerarası andlaşmalar açısından "kanun hükmünde" kavramını değerlendirirken bu noktanın da göz önüne alınmasının yararlı olacağı inancındayız.

Milletlerarası andlaşmaların kanunlardan üstün olduğunu savunan Çelik, bu bağlamda A.İ.H.S.'nin de anayasal değerde olduğunu belirtmektedir. Yazar bu fikri geliştirirken, aynı zamanda, Sözleşmenin kendine özgü niteliklerini de göz önüne almaktadır.

"Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ek protokolleriyle birlikte içerdiği ve korumaya aldığı hak ve özgürlüklerin tümü, Avrupa Konseyi üyelerinin "ortak malvarlığı" ve "gerçekten demokratik bir rejimin temeli" sayıldığı için taraf devletler Sözleşme'deki hak ve özgürlükleri yargıları altındaki bütün kişilere tanımayı kabul ettikleri gibi iç hukuk düzenlerinde Sözleşme'ye aykırı hukuk kuralları koymamayı ve varolan bu nitelikteki kuralları da Sözleşme ile uyum sağlayacak biçime sokmayı yükümlenmişlerdir. Kısacası, iç hukukta Sözleşme ile bağdaşmayan hüküm kalmayacaktır... Avrupa Konseyi üyeleri için Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki hak ve özgürlüklere ilişkin kurallar, olağan hukuksal yükümler olmaktan öteye, bu devletler toplumunun anayasal niteliğindeki kurallarıdır. Bu yargı geçerli ise, Avrupa Konseyi üyesi olan ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf bulunan Türkiye için de, doğal olarak, geçerlidir."²⁶⁰

A.İ.H.S.'nin, kanunlardan üstün olduğunu belirten Batum da, Çelik gibi Sözleşmenin kendine özgü nitelikleri üzerinde durmaktadır.

Süheyl Batum'a göre; "...Ulusal üstü İnsan Hakları Hukukunun bir kaynağı olarak Sözleşme, tekçi (Monist) görüşün benimsendiği Türk iç hukuk düzenine dahildir ve bir iç hukuk kuralı niteliği taşımaktadır. Ayrıca, Sözleşme'nin, iç hukuk düzeninde doğrudan uygulanabilir olduğu, diğer bir söyleyişle, ulusal makamlar önünde doğrudan doğruya ileri sürülebilecek bir kural niteliğinde olduğu da tartışmasızdır. Nitekim, Sözleşme'nin, nitelikleri ve içeriği gereği, doğrudan uygulanabilir olduğu, tekçi görüşü benimseyen taraf ülkelerin tümünde kabul edilmektedir. 1982 Anayasası'nın 90.maddesi, Sözleşme'nin, tüm "usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası Antlaşmalar (gibi), kanun hükmünde" olacağını belirtmektedir. Dolayısıyla, bu hükümden, Sözleşme'nin iç hukuk düzeninde,

²⁶⁰Çelik, a.g.m., s.51, 55.

kurallar kademelenmesindeki yerinin "yasalara eşit" olduğu ileri sürülebilir. Ancak, bir Devletin, bilerek imzaladığı, "ortak kültürel miras" çerçevesinde tanıdığı kurallardan, daha sonra yapacağı bir iç hukuk işlemi olan yasa ile kurtulabileceğini ileri sürmek, hem Sözleşme kavramına ters düşer, hem de "tekçi düzeni" benimseyen ülkeler için, mümkün değildir. Bu nedenle, Sözleşme'den sonra yapılan yasaların denetiminde, Türk Anayasa Mahkemesi, Anayasallık Bloku içinde, Sözleşmeleri de kullanabilmek durumundadır. Ve uygulamada da, Anayasa Mahkemesi, yasaların denetiminde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni, "destek-norm" olarak kullanmaktadır. Bu uygulama ile, iç hukuk düzeninde, Sözleşme'lerin, özellikle doğrudan Ulusal üstü nitelik taşıyan İnsan Hakları Sözleşme'lerinin, olağan yasalardan üstte yer aldığı Türk Hukukunda da kabul edilmektedir."²⁶¹

Türk doktrininde konuya farklı bir açıdan yaklaşan **Bakır Çağlar**, milletlerarası andlaşmaların Türk hukukundaki yeri konusunu tartışırken, öncelikle çeşitli ülkelerde uygulanan sistemlerden söz etmekte ve bir tiplleme denemesi yapmaktadır. Buna göre; "Bu tiplleme içinde ilk formül, Birleşik Devletler sisteminin andlaşma eşit yasa, klasik formülüdür. Anayasada açık bir çatışma normunun yer almaması karşısında, uygulamada "sonraki norm" ya da "lex posterior derogat prior kuralı" geçerli sayılmıştır... İkinci formül Federal Alman Anayasa Hukukunda uygulanan formüldür. Temel Yasa, andlaşmalara tanınması gereken hukuki değeri belirtmemiş ve bu bağlamda bir çatışma normu getirmemiştir ama, jürisprüdansiye hukukta, Anayasa kurallarından çıkarılan, "Milletlerarası hukuka açıklık prensibi" yasanın andlaşmaya uygun yorumuna imkan vermiştir... Üçüncü formül, 1958 Fransız Anayasası'nın 55.maddesi ve Anayasa Konseyi jürisprüdansı ile kurulmuştur. Fransız Anayasa Hukukunda, 55.maddeye göre andlaşmalar yasalara üstündür. Fransız Anayasa Konseyi bu yazılı çatışma normunun uygulanmasında genel mahkemeleri yetkili kılmıştır... Dördüncü formül, Portekiz ve İspanyol anayasaları ile getirilen hak ve hürriyetler alanında Anayasanın andlaşmalara uygun yorumu formülüdür. Kısaca, bu andlaşmalar Anayasa-üstü sayılmıştır..."²⁶²

Daha sonra Çağlar, 1982 sisteminin bu formüllerden biri içine sokulup sokulamayacağını sormakta ve üzerinde durulması gereken iki problemden söz etmektedir;

"...Üzerinde durulması gereken ilk problem 15.maddenin "kapalı" (ésotérique) rolü probleimidir. Anayasa madde 90/son'a göre andlaşmalar kanun hükmündedir, bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz. Ancak Anayasa'nın temel hak ve hürriyetlerin

²⁶¹Batum, a.g.e., s.261.

²⁶²Çağlar, a.g.e., s.50.

kullanılmasının durdurulmasını düzenleyen 15.madde kuralından "Milletlerarası hukuka açıklık prensibi"ni -yazısız çatışma normu- çıkarmak mümkündür. Bu durumda yasaların andlaşmalara uygun yorumu genel mahkemelerce yapılabilecektir. Bu çözüm, 82 formülünü Alman Formülüne yakınlaştırmaktadır. Anayasa düzenlemeleri içinde bazıları, kamu iktidarlarının organizasyonu ve işleyişi ile ilgili teknik bir probleme özel bir çözüm getirmek gibi "açık" (exotérique) bir rol yerine getirirken, diğerleri, sistemin genel tanımında kullanışlı bir kriter getirmek gibi "kapalı" (ésotérique) ikinci bir rol de üstlenirler. 1982 Anayasasının 15.maddesi bu ikinci kategori ezoterik düzenlemelerin tipik örneklerinden biridir."²⁶³

Fikrimizce, Çağlar'ın ortaya koyduğu ilk problemle ilgili olarak sorulması gereken ilk soru, bu prensibin 15.madde dışındaki diğer Anayasa maddeleri için de uygulanıp uygulanmayacağıdır. Yani 15.madde kuralından çıkarılan "Milletlerarası hukuka açıklık prensibi" bütün Anayasayı milletlerarası hukuka açacak mıdır?

Bu problemle ilgili olarak sorulması gereken ikinci soru ise, "yasaların andlaşmalara uygun yorumu"nın milletlerarası andlaşmaların üstünlüğünü sağlamaya yetip yetmeyeceğidir. Anayasamızda, kanunların milletlerarası andlaşmalara uygun yorumlanacağı yolunda, yargıçlara yönelik açık bir hüküm yer almadığına göre, söz konusu yorumu yapıp yapmamak yargıcın takdirine kalacaktır.

Çağlar'a göre, üzerinde durulması gereken; "ikinci problem, proje halindeki temel haklar ya da Anayasa'nın 12.maddesinin Anayasada öngörülme durumu anayasal etki alanına çekme gücüne sahip olup olmadığı problemidir. 12.maddenin, İtalyan Anayasası'nın 2.maddesi gibi çekimleme alanına sahip olduğu düşünülürse, farklı tarihi durumlarda siyasi ve hukuki bilinçte maddileşen hak ve hürriyetler de 12.maddenin etki alanına girecektir. Maddileşmenin şekillerinden biri, onaylanmamış olsa da, milletlerarası konvansiyonlardır. Bu düşünce tarzı içinde konvansiyonlarda maddileşen hak ve hürriyetleri "dokunulmazlık" seviyesine çıkarmak, anayasallaştırmak mümkün olabilecektir."²⁶⁴

Çağlar'ın ortaya koyduğu ikinci problemi değerlendirebilmek için, öncelikle yazarın sözünü ettiği İtalyan sistemi hakkında fikir sahibi olmak gerekir.

1947 tarihli İtalyan Anayasasının 2.maddesine göre; "Cumhuriyet, gerek tek halde, gerekse kişiliğinin geliştiği sosyal kuruluşlar içinde olsun, insanın dokunulmaz haklarını tanır ve bu hakları garanti altına alır ve siyasi, iktisadi ve sosyal dayanışmadan doğan asli ödevlerinin yapılmasını ister."

İtalya'da doktrin ve pratikte, bu maddeden yola çıkılarak, Anayasada açıkça öngörülme temel hakların tanınabileceği fikri gündeme gelmiştir. Anayasanın

²⁶³Çağlar, a.g.e., s.50-51.

²⁶⁴Çağlar, a.g.e., s. 51.

dinamik bir yorumunu yapan Anayasa Mahkemesi de, 2.maddeden yola çıkarak pratikte yeni haklar keşfetmiş ve bunları "dokunulmaz" haklar olarak nitelendirmiştir.

Ancak, Anayasa Mahkemesi bunu yaparken hep Anayasayı esas almış, yani, Anayasada yer alan haklardan yeni haklar çıkarmıştır.

Peki, Anayasa Mahkemesi, 2.maddeden yola çıkarak, Anayasa-üstü kaynaklardan da Anayasada açıkça öngörülme-yen haklar çıkarabilecek midir? Bu bağlamda, milletlerarası hukuk tarafından tanınan ama iç hukuk tarafından tanınmayan haklar, Anayasa Yargıcının yaptığı yorumla haklar katalogunu tamamlayabilecek ya da değiştirebilecek midir?

Bu sorunun cevabını verebilmek için, İtalyan Anayasasının 2.maddesini bir başka maddesiyle, 10.maddesiyle birlikte düşünmek gerekir. İtalyan Anayasasının 10.maddesine göre; "İtalyan hukuk düzeni uluslararası hukukun genellikle kabul edilen kurallarına uyar."

Bu madde, İtalyan hukukunu milletlerarası hukuka açmaktadır. Ancak, Anayasanın hazırlık çalışmalarında belirtildiği ve doktrin ve pratikte genel olarak kabul edildiği üzere; sadece milletlerarası örf ve adet kuralları 10.maddenin kapsamına girmektedir. Milletlerarası andlaşmalar ise, pratikte bir kanunla iç hukuka aktarıldığından kanun değerindedir.

Sonuçta, İtalyan hukuk sisteminde, Anayasa Yargıcı sadece, Anayasada yer alan haklardan Anayasada yer almayan hakları çıkarırken 2.maddeye başvurmuştur.²⁶⁵

Çağlar'ın İtalyan Anayasasının 2.maddesiyle paralel düşündüğü 1982 Anayasasının 12.maddesine göre; "Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir."

İtalyan Anayasasının 2.maddesiyle Türk Anayasasının 12.maddesini karşılaştırdığımızda, İtalyan Anayasasının 2.maddesindeki "Cumhuriyet ..tanır ve ...garanti altına alır" ifadesine karşılık Türk Anayasasının 12.maddesinde "Herkes ...sahiptir" ifadesinin yer aldığını görmekteyiz. İtalyan Anayasasının 2.maddesinde devlete ödev yükleyen bir ifade tarzı kullanılmış olduğu halde, Türk Anayasasının 12.maddesinde devletten hiç söz edilmemektedir. 12.maddenin bu pasif ifade tarzı, Türk Anayasa Yargıcının, Anayasada açıkça öngörülme-yen hakları keşfedip bunları Anayasa düzeyine çıkarmasını güçleştirmektedir.

Ayrıca, Türk Anayasasında, milletlerarası hukukla ilgili İtalyan Anayasasının 10.maddesine benzer bir hüküm de yoktur. Dolayısıyla, İtalya'da 10.madde hükmünden yola çıkarak milletlerarası andlaşmaların üstünlüğünü savunmak mümkünken, Türkiye'de bu dahi mümkün değildir.

²⁶⁵Bu konuda bkz.; Luciani, a.g.m., s.301-314.

Son olarak, Çağlar, onaylanmamış olsa da, milletlerarası konvansiyonlarda maddileşen hak ve hürriyetleri "dokunulmazlık" seviyesine çıkarmanın, anayasallaştırmanın mümkün olabileceğini belirtmektedir.

Buna göre, Anayasa Yargıcı onaylanmamış bir milletlerarası andlaşmada yer alan bir hakkı 12.maddeden yola çıkarak iç hukuka aktardığında ve Anayasa düzeyine çıkardığında, "Kuvvetler Ayrılığı" prensibine aykırı davranmış olmayacak mıdır? Bir hak Anayasada yer almıyorsa ve Kanun-koyucu da kanun yaparak ya da bir milletlerarası andlaşmaya taraf olarak söz konusu hakkı iç hukukta tanımamışsa, Anayasa Yargıcının bu hakkı tanınması, üstelik onaylanmamış bir milletlerarası andlaşmayı esas alarak tanınması, yargıcın Kanun-koyucunun hatta Anayasa-koyucunun yetkilerine tecavüzü anlamına gelmeyecek midir?

Türk doktrininde, 1982 Anayasasının, milletlerarası hukuka açık bir Anayasa olduğunu savunan ve buna dayanarak milletlerarası hukukun, dolayısıyla milletlerarası andlaşmaların üstünlüğünü kabul eden bir başka yazar Yüzbaşıoğlu'dur.

Necmi Yüzbaşıoğlu'na göre; "1982 Anayasası uluslararası hukuka açıklık yönünden, 1961 Anayasası'na göre çok daha elverişli kurallar koymuştur. Herşeyden önce, 1961 Anayasasının uluslararası hukuk-ulusal hukuk ilişkilerini düzenleyen... bütün kuralları 1982 Anayasası'nda da yer almaktadır. Nitekim, Anayasa'nın, Başlangıç bölümünde, "dünya milletler ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi" olmak; Cumhuriyet'in niteliklerini belirleyen 2'nci maddesinde "İnsan haklarına saygılı" olmak ve "hukuk devleti" olmak; "yabancıların durumu" başlıklı 16'ncı maddesinde ve "savaş hali ilanı ve silahlı kuvvetler kullanılmasına izin verme" başlıklı 92'nci maddesinde "uluslararası hukuka" açıkça yollama yapmak; 90/son'da, "andlaşmaların, kanun hükmünde olması ve bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile A.Y.M.'ne başvuramamak"; 138'nci maddede, hakimler tarafından "Anayasa, kanun ve hukuka göre hüküm verilebiliyor" olmak, aynen 1961 Anayasası'nda olduğu gibi düzenlenmiştir."²⁶⁶

Daha sonra, 15., 42. ve 92.maddeler üzerinde duran yazar, 15.maddeden yola çıkarak, "Olağanüstü dönemlerde uluslararası hukuka bağlı olan bir Anayasal düzenin olağan dönemlerde öncelikle bağlı olacağı en basit bir hukuk mantığı gereği..." olduğunu belirtirken, aynı hukuki mantığı 92.madde için de yürüterek, "...savaş hali ilanı gibi, bir ülkenin en önemli egemenlik haklarına ilişkin bir konuda, uluslararası hukuka yollama yapan bir anayasal düzenin, diğer konularda uluslararası

²⁶⁶Necmi Yüzbaşıoğlu, *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku* (İstanbul, 1991: Yayınlanmamış Doçentlik Tezi), s. 2.

hukuka kapalı olduğunu savunma[nın] oldukça zor..." olduğu sonucuna varmaktadır.²⁶⁷

Fikrimizce, burada, 15.madde açısından, olağanüstü dönemlerde milletlerarası hukukun Anayasanın da üzerinde olduğu doğrudur. Ancak, maddeye bir başka açıdan yaklaşıldığında Yüzbaşıoğlu ile farklı bir sonuca varmak mümkündür.

Buna göre; olağanüstü dönemlerde Anayasanın, temel hak ve özgürlüklerin korunması için yeterli olmadığı bir gerçektir. Çünkü, bu dönemlerde, Anayasa yok farzedilip, Anayasaya aykırı tedbirler almak olasıdır. İşte, "Anayasa-koyucunun, bu durum karşısında temel hak ve özgürlüklerin tümüyle güvencesiz kalmaması için milletlerarası andlaşmalara yollama yaptığı, ancak, olağan dönemlerde, Anayasayı temel hak ve özgürlükler için yeterli bir güvence olarak gördüğünden milletlerarası hukuka yollama yapmadığı" şeklinde bir mantık yürütülecek olursa 15.maddeden yola çıkarak, milletlerarası hukukun üstün olduğu sonucuna varmak güçleşecektir.

Fikrimizce, 92.maddeye de farklı bir açıdan yaklaşılabılır.

Buna göre; savaş hali ilan etmek ve Türk Silahlı Kuvvetleri'nin yabancı ülkelere gönderilmesine ya da yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye'de bulunmasına izin vermek, Türkiye'nin iç işleriyle ilgili olduğu kadar dış işleriyle de ilgilidir. Söz konusu durumlarda, Türkiye yabancı devletlerle karşı karşıya gelecek, ilişkiye girecektir. Dolayısıyla, bu maddede milletlerarası hukuka yollama yapılması doğaldır.

Yüzbaşıoğlu, Türk Anayasasını milletlerarası hukuka açan maddeler arasında, Başlangıcı, 16., 90. ve 92.maddeyi sayarken, 1961 Anayasası döneminde, Anayasanın, Başlangıcına, 13., 65. ve 66.maddelerine dayanarak milletlerarası hukukun üstünlüğünü savunan Akipek'e yaklaşımakta, 42.madde ile milletlerarası hukuka daha kısıtlı biçimde yollama yapıldığı, Türkçe'den başka hiçbir dilin, eğitim ve öğretim kurumlarında Türk vatandaşlarının ana dili olarak okutulamayacağı ve öğretilmeyeceği belirtilirken sadece "milletlerarası andlaşma hükümleri'nin saklı tutulduğu böylece bu kuralın aksini öngören ve Lozan Andlaşması gibi Türkiye'yi bağlayan andlaşma hükümleri dışındaki milletlerarası hukukun öteki kurallarının, milli hukuk düzeninde doğrudan etkili olamayacağı tespitini yaparken Pazarcı'nın fikrine katılmaktadır.

Ayrıca, fikrimizce, Toluner'in 1961 Anayasası döneminde 132.maddeye ilişkin yaptığı yorum, Yüzbaşıoğlu'nun 1982 Anayasasını milletlerarası hukuka açan maddeler arasında saydığı ve 1961 Anayasasının 132.maddesine paralel olan 138.maddeyi değerlendirirken de göz önüne alınmalıdır.

²⁶⁷ Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s.3.

Sevin Toluner'e göre; "...1961 Anayasası düzeninde ise, Anayasaya uygunluğun denetlenmesi usulü kabul edilmiş ve fakat andlaşmalara ilişkin olan işlemlerden ötürü denetim imkanı kaldırılmıştır. Ancak, bu konuda da karma bir düzen getiren Anayasa-koyucu, 65 inci maddeyi bu biçimde düzenlerken, yine, Anayasanın diğer maddelerini, bu arada 132 nci maddesinin, "Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna, hukuka ve vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler." hükmünü unutmuşlardır.. Andlaşmaların, iç hukuka, bu arada, Anayasaya üstünlüğü prensibinin bir Anayasa hükmü ile teyid edilmediği bir düzende, Mahkemeyi, Anayasaya aykırı bir andlaşmayı, 132 nci maddenin bu sarıh hükmüne rağmen, uygulamaya icbar edecek ne gibi bir hukuki esasa dayanılacaktır? 65 inci madde düzeni altında, Anayasaya aykırı bir andlaşmayı sadece milletlerarası alanda yürürlüğe sokmak imkanı sağlanmıştır. Bu tür bir andlaşma hükmünün, iç hukukta uygulanması ise, Anayasayı uygulamakla görevli hakim için imkansızdır. Bir andlaşma hükmü uygulanmadıktan sonra, anlamı da kalmaz. Bu nedenle, Anayasaya aykırı hükümler getiren andlaşmaların, iç hukuk alanında etkili kılınması isteniyorsa, 155 inci maddede öngörülen usule uyulmak suretiyle akdedilmesi veya bir Anayasa tadili ile bu imkanın açıkça sağlanması gerekir."²⁶⁸

1961 ve 1982 anayasalarındaki, "usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir" kuralı ile güdülen amacın, Türk hukukunda kurallar kademelenmesinde andlaşmaların yerini belirlemek olmadığını, bu kuralla asıl ulaşılmak istenen amacın, Türk hukuk düzeninde uluslararası hukuk-ulusal hukuk ilişkilerinde Tekçi görüşün benimsendiğini vurgulamak ve dolayısıyla andlaşmaların ayrıca bir ulusal hukuk işlemi gerekmez, ulusal hukuk düzeninde doğrudan uygulanabileceğine ilişkin kuşku ortadan kaldırmak olduğunu belirten Yüzbaşıoğlu, 90.maddenin son fıkrası açısından Çelik ve Teziç ile aynı fikri paylaşmaktadır.

Bu bağlamda, Anayasa'nın özellikle 2.nci ve 15.nci maddelerini birlikte yorumlayarak, insan haklarına ilişkin uluslararası andlaşmaların, uluslar-üstü hukuk kuralı olarak, Türk hukuk düzeninde de en üstte yer aldığı, başka bir ifade ile, Türk hukuk düzeninde, kurallar kademelenmesinde, Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve bu nitelikteki insan hakları belgelerinin Anayasa-üstü değer taşıdığı sonucuna varan Yüzbaşıoğlu'na göre; "uygulamada da uluslararası hukukun üstünlüğü ilkesi çerçevesinde, artık, önceki kanun-sonraki andlaşma-önceki andlaşma-sonraki kanun, hatta önceki andlaşma-sonraki Anayasa ya da -önceki Anayasa-sonraki andlaşma gibi lex posterior kuralı uygulamanın da anlamı ve değeri yoktur. Çünkü, İnsan hakları hukukuna ilişkin andlaşmalar, ister önce ister sonra yapılsın, kurallar

²⁶⁸Toluner, a.g.e., s.600.

kademelenmesinde Anayasa ve kanunların üstündedir... sonuç olarak, andlaşma ile Anayasa'nın açıkça çatıştığı durumlarda, 1982 Anayasası'na göre Anayasa Mahkemesi, andlaşmayı ihmal edip, Anayasa'yı uygulamak; sorunun nihai çözümü ve uluslararası ya da uluslararası hukukun üstünlüğünü sağlama yetkisini, varsa uluslararası yargı yerlerine bırakmak durumundadır."²⁶⁹

Bu noktada, Yüzbaşıoğlu, Sözleşmeden sonra çıkan Anayasa ile ne açıkça ne de üstü kapalı bir biçimde Sözleşmede değişiklik yapma olanağı olmadığını belirten Gözübüyük'e yaklaşmaktadır.

Milletlerarası hukukun üstünlüğü kabul edildiğinde böyle bir sonuca varmak olasıdır. Ancak, fikrimizce, "Sözleşmeden sonra çıkan Anayasa" ile ilgili bir problem üzerinde düşünmek gerekir. "Sözleşmeden sonra çıkan Anayasa" ile, asli kurucu iktidar tarafından yapılan Anayasada belirlenen usullere uyularak, tali kurucu iktidar tarafından kısmen veya tamamen değiştirilen Anayasa mı, yoksa; asli kurucu iktidarın, hiçbir pozitif hukuk kuralına bağlı olmaksızın, ihtilal, hükümet darbesi, ülkedeki yabancı işgaline son verilmesi gibi kesintilerin ardından yapılan Anayasa mı kastedilmektedir?

Eğer, burada kastedilen asli kurucu iktidar tarafından yapılan Anayasa ise, bu Anayasa ile milletlerarası andlaşmaların değiştirilemeyeceği kabul edilerek, asli kurucu iktidar pozitif bir hukuk normuyla bağlanmış ve asliliği tartışmalı hale getirilmiş olmayacak mıdır?

Fikrimizce, Yüzbaşıoğlu'nun insan haklarına ilişkin milletlerarası andlaşmaların Anayasa-üstü değer taşıdığı sonucuna varırken dayandığı en önemli Anayasa maddesi, Türkiye Cumhuriyeti'nin insan haklarına saygılı bir hukuk devleti olduğunu belirten 2.maddesidir.

Aslında, milletlerarası andlaşmaların kanunlara eşdeğer olduğunu savunan Özbudun da, 2.maddeye dayanarak insan haklarına ilişkin milletlerarası andlaşmaların Anayasa-üstü olmasa bile, Anayasa değerinde olduğunu belirtmektedir.

Ergun Özbudun'a göre; "...Anayasamız, milletlerarası hukukun iç hukuka üstünlüğü ilkesini kabul etmiş değildir. Dolayısıyla, andlaşmaların Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülememekle birlikte, anlaşmalara aykırı kanuni düzenlemelerde bulunmak, diğer bir deyimle anlaşmanın iç hukuktaki etkilerini sonradan çıkarılacak bir kanunla değiştirmek veya kaldırmak mümkündür."²⁷⁰

²⁶⁹Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 50

²⁷⁰Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku** (Ankara, 1993-Üçüncü Baskı: Yetkin Yayınları), s.186

Ancak, "...Günümüzde insan haklarının sadece milli hukukların konusu olmaktan çıkıp evrensel karakter aldıkları ve milletlerarası hukukça da korundukları düşünülürse, taraf olduğu bir milletlerarası insan hakları sözleşmesinden doğan yükümlülüklerine uymayan bir devletin, Anayasamızın 2.maddesi anlamında "insan haklarına saygılı" bir devlet olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Bu düşünceyle, milletlerarası insan hakları sözleşmelerinin, Anayasaya uygunluk denetiminde diğer milletlerarası andlaşmaları aşan biçimde, Anayasa değerinde ölçü normlar olarak kullanılmaları gerekir. Dikkat edilirse, bu yorumun dayanağı, Türk pozitif hukukuna göre milletlerarası hukukun iç hukuka üstünlüğü değil, iç hukuktaki "insan haklarına saygı" ilkesinin, insan hakları alanındaki milletlerarası sözleşmelere de saygıyı içermesidir."²⁷¹

Görüldüğü gibi, Özbudun, genel kural olarak milletlerarası andlaşmaların kanunlara eşdeğer olduğunu, ancak insan haklarına ilişkin milletlerarası andlaşmaların Anayasa değerinde olduğunu belirtmektedir. Bu durumda yazar, Anayasada kabul edilen genel kurala Anayasada öngörülmeleyen bir istisna mı getirmiş olmaktadır?

Türk doktrininde insan haklarına saygı prensibinden yola çıkarak insan haklarına ilişkin milletlerarası andlaşmaların Anayasa değerinde olduğunu savunan bir başka yazar da Akıllıoğlu'dur.

Tekin Akıllıoğlu'na göre; "İnsan Haklarına Saygı ilkesi Anayasada birkaç kez yinelenmiş (Başlangıç, m.2 ve 3) ve Anayasa Mahkemesince de çeşitli kararlar nedeniyle önemi vurgulanmıştır. Buna göre, ilke aynı zamanda "hukuk devleti"nin temelini ve "demokratik düzen"in içeriğini oluşturur. "Saygı", "sorumluluk" ile bileşik bir yapıdır ve sonuncu terim "uygun davranış", "koruma" ve "uygulama" öğelerini içerir. Bunlara "geliştirme"yi de eklemek gerekir, aksi halde "saygı" ilkesinin evrimci/devingen niteliği ihmal edilmiş olur. Başka bir anlatımla insan haklarına saygı ilkesi iç hukukun özünü/eksenini oluşturmaktadır. Bu ilke ayrılmaz biçimde "uluslararası insan hakları kurallarına saygı"yı da içermektedir. Buradan şu sonuca varılması olanaklıdır: uluslararası insan hakları kuralları "Anayasaya uygunluk ölçütleri" bağlamında bütünleşmektedir, iç hukukta anayasal değer taşımaktadırlar."

"...Anayasadaki bağlantı noktaları (m.15, 16 ve 42) sınırlı ve sadece öngörüldüğü hususlara ilişkin olsa bile Anayasa'nın eksenini oluşturan "insan haklarına saygı" ilkesi sadece A.İ.H.S.'nin değil fakat bütün uluslararası insan hakları normlarının anayasal değerde sayılmasını zorunlu kılmaktadır."²⁷²

²⁷¹Özbudun, Anayasa Hukuku, s. 356-357

²⁷²Tekin Akıllıoğlu, "Uluslararası İnsan Hakları Kurallarının İç Hukukta Yeri ve Değeri," İ.H.M.D., Mayıs-Eylül 1991, c.I, S.2-3, s.39, 41.

Genel olarak milletlerarası andlaşmaların kanunlara eşdeğer olduğunu kabul eden Soysal da, insan haklarına ilişkin milletlerarası andlaşmalar söz konusu olduğunda bu andlaşmaların üstünlüğü lehinde bir yorum yapmaktadır.

Bir andlaşmanın iç hukukta Anayasa'ya aykırı bir durum yarattığı görülürse bunu önlemenin en sağlam yolunun Anayasa'ya aykırılığı gideren ve andlaşmanın iç hukuktaki etkilerini düzelteren başka bir yasa çıkarmak olduğunu, çünkü, Anayasanın andlaşmalara yasalardan üstün bir güç değil, onlara eşit bir güç kazandırdığını belirten²⁷³ **Mümtaz Soysal**'a göre; "...bir devlet uluslararası bir sözleşmeyi imzalayıp onaylayarak kendisi açısından da hüküm ifade eder duruma getirirken, koyduğu çekinceler dışında, sözleşme hükümlerinin iç hukuktaki etkilerini bilerek ve öngörerek bunu yapıyor demektir. Bu, uluslararası sözleşmelere yasalardan biraz farklı, Anayasaya yaklaşıcı, en azından Anayasaya yeni bir anlam ve yorum kazandırıcı bir ağırlık tanımak oluyor. Uluslararası sözleşme hükümlerinin Anayasaya aykırılığı ileri sürülemeyeceğine göre, o hükümleri de Anayasayla birlikte düşünmek ve Anayasayı onlarla birlikte yorumlamak gerekecektir." "...Devlet, sözleşmeyi kabul ederken, Anayasanın o sözleşmeden daha sınırlayıcı olmadığını varsayarak, Anayasasını öyle yorumlayarak kabul etmiştir. Daha sınırlayıcı olan yasa, devletin bu iradesiyle, yani - andlaşmaların onaylanmasının uygun bulunuşuna ilişkin Anayasa hükümleri anımsanacak olursa- yasama ve yürütme organlarının ortak tercihlerinden oluşan iradeyle çatışıyor demektir. Anayasa Mahkemesi'nin Anayasaya uygunluk denetimi yaparken bu iki irade arasında tercihte bulunması ve sözleşmenin gerisindeki genişletici iradeyi yasanın gerisindeki sınırlayıcı iradeye üstün sayarak daha özgürlükçü bir Anayasa yorumu getirmesi hem uluslararası andlaşmalara özel bir yer tanıyan Anayasanın ruhuna uygun düşecek, hem de insan hakları konusundaki uluslararası gelişmelerin iç hukuka yansımaları çabuklaştırarak Anayasaya yeni bir dinamizm kazandıracaktır."²⁷⁴

Milletlerarası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkiler konusunda Türk doktrinde ileri sürülen görüşler ve bu görüşler üzerine yaptığımız değerlendirmeler ışığında, kendi fikrimizi ortaya koyabiliriz.

Fikrimizce;

-Genel kural olarak; Türk hukuk düzeninde milletlerarası andlaşmalar kanunlara eşdeğerdir. Bir milletlerarası andlaşma ile bir kanunun çatışması söz konusu olduğunda "lex posterior derogat priori" kuralı uygulanır.

²⁷³Mümtaz Soysal, *Anayasanın Anlamı* (İstanbul, 1987-Yedinci Baskı: Gerçek Yayınevi), s.307.

²⁷⁴Mümtaz Soysal, a.g.m., s.16-17.

-Milletlerarası andlaşmalar hakkında Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaması milletlerarası andlaşmaların kanunlardan üstün olduğu anlamına gelmez, usulüne uygun olarak yürürlüğe giren bir milletlerarası andlaşma, Anayasaya aykırı olsa da, sonradan yapılacak bir kanunla değıştirilmediğı ya da kaldırılmadığı sürece geçerli olmaya devam eder.

Anayasanın 90.maddesinin son fıkrasının açık hükmü karşısında, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmaların Anayasa Mahkemesi'nce denetlenemeyeceğı açıktır. Ancak, uygun bulma kanunu ve onay kararnameleri hakkında doktrinde farklı görüşler ileri sürölmektedir.

Onaylamayı uygun bulma kanunu bakımından, bazı yazarlar, Anayasa Mahkemesi'ne başvurulabileceğini savunmaktadırlar.²⁷⁵ Ancak bu kabul edildiğı takdirde Anayasa Mahkemesi, Anayasaya aykırılık iddiasını araştırmak için, söz konusu andlaşmanın hükümlerini inceleyecek ve gerçekten aykırı hükümler varsa doğrudan doğruya bunların iptaline gidemeyecek, fakat onaylamayı uygun bulma kanunun iptaline karar verebilecektir.

Yapılan bu denetim, usul saptırması yoluyla, andlaşmaların yargısal denetimi anlamına gelmeyecek midir?

Bakanlar Kurulu'nun onay kararnameleri açısından da, bunların organik bakımdan birer idari işlem olmaları dolayısıyla, Danıştay'ın denetimine tabi oldukları ileri sürölmektedir. Bu görüşe göre, yolsuz onay söz konusu olduğunda, Danıştay, Bakanlar Kurulu kararnamesini iptal edebilecektir. Ancak bu kabul edilemez. Çünkü, onay kararnamesi ile andlaşma birbirinden ayrılmaz niteliktedir. Dolayısıyla onay kararnamesinin iptali, andlaşmanın da yürürlükten kalkması sonucunu doğuracaktır. Bu da Danıştay'a, kanun hükmünde bir işlemi ortada kaldırma yetkisinin tanınması anlamına gelecektir.

Bu durum karşısında, milletlerarası bir andlaşmanın Anayasaya uygunluğunun tek denetim yolu, onay kanunun görüşölmesi sırasında Meclis'in yapabileceğı denetimdir.²⁷⁶

-Anayasanın milletlerarası hukuka açıkça yollama yaptığı konularda, milletlerarası hukuk kuralları kanunlardan üstündür.

Vardığımız bu sonuçlar çerçevesinde, çeşitli olasılıklar üzerinde durmak gerekir.

İlk olarak, yürürlükteki Anayasaya aykırı bir milletlerarası andlaşmanın iç hukuktaki konumunu inceleyelim.

²⁷⁵Örneğin Bakır Çağlar'a göre; ayrılabilir işlem (acte détachable) teorisi çerçevesinde onay kanunlarının Anayasaya uygunluk denetimi yapılabilecektir. Çağlar, a.g.e., s.50, dn.[4].

²⁷⁶Bu konuda bkz.; Özbudun, Anayasa Hukuku, s.186-187.

Örneğin; 1982 Anayasasının yürürlükte olduğu dönemde, 1990 yılında Türkiye Cumhuriyeti'nin bir milletlerarası andlaşmaya taraf olduğunu ve 1982 Anayasasında "A" şeklinde bir düzenleme, 1990 tarihli milletlerarası andlaşmada ise "B" şeklinde bir düzenleme yer aldığını düşünelim. Yani, milletlerarası andlaşma açıkça Anayasaya aykırı olsun.

Türkiye Cumhuriyeti, bu andlaşmaya imza koyarken, söz konusu aykırılığı gidermek için ya andlaşmanın ilgili maddelerine çekince koyar ya da anayasa değişikliği yoluna gider. Bunları yapmadığı takdirde, TBMM tarafından bir kanunla uygun bulunan ve Cumhurbaşkanı tarafından onaylanan milletlerarası andlaşma kanun hükmünde olacak ve açıkça Anayasaya aykırı olduğu halde Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayacaktır.

Bu durumda, bu haliyle, Anayasaya aykırı olduğu halde milletlerarası andlaşma iç hukukta geçerli olacaktır.

Eğer; milletlerarası andlaşmadan önce, örneğin 1985 yılında, aynı konuda yapılmış bir kanun varsa, milletlerarası andlaşma bu kanunu, "lex posterior derogat priori" kuralı gereği yürürlükten kaldıracaktır.

Eğer; 1990 tarihli milletlerarası andlaşmadan sonra aynı konuda bir kanun yapılmazsa, doğrudan uygulanabilir olmak koşuluyla, kişiler bu andlaşmaya dayanarak hak ve yükümlülük sahibi olabilecektir.

Yani bu durumda, bir tür "kolaylaştırılmış anayasa değişikliği" söz konusu olacaktır. Ancak bu değişiklik askıdadır. Çünkü 1990 tarihli milletlerarası andlaşmadan sonra yapılacak, örneğin 1993 tarihli bir kanunla milletlerarası andlaşmanın aksi bir düzenleme getirilebilecek ve bu da "lex posterior derogat priori" kuralı gereği milletlerarası andlaşmayı yürürlükten kaldıracaktır.

Bu durumda, genel mahkemelerin önüne önceki tarihli bir milletlerarası andlaşmaya açıkça aykırı bir kanun geldiğinde, yargıç kanunu uygulamak zorundadır. Çünkü bu durumda, Kanun-koyucu, milletlerarası platformda sorumluluğu göze alarak daha önce girdiği bir taahhütten vazgeçmiş ve bu konuda kendi yeni bir düzenleme getirmiş demektir. Yargıç, Kanun-koyucunun bu yöndeki iradesini görmezden gelerek milletlerarası andlaşmayı uygulayamaz.

Eğer, 1990 tarihli milletlerarası andlaşmadan sonra yapılan 1993 tarihli kanun, milletlerarası andlaşmaya açıkça aykırı olmayan ama aykırı olma ihtimali bulunan bir düzenleme getirirse durum ne olacaktır?

Bu durumda, yargıç, önceki tarihli milletlerarası andlaşmaya uygun olarak kanunu yorumlamalı ve öyle uygulamalıdır. Çünkü, daha önce belli bir konuda milletlerarası bir taahhüde giren Kanun-koyucunun, bu taahhüde uygun davranması beklenir. Bir milletlerarası taahhüde girerken nasıl bir taahhüde girdiğini bilen Kanun-koyucu, daha sonra yapacağı düzenlemelerde milletlerarası andlaşmaya açıkça aykırı

bir kanun yaparak bu taahhütten vazgeçmedikçe, taahhüdün gereklerine uygun davranacaktır.

İkinci olarak, Anayasada düzenlenmeyen bir konuyu düzenleyen milletlerarası andlaşmaların iç hukuktaki konumunu inceleyelim.

Örneğin; 1982 Anayasasının yürürlükte olduğu dönemde; 1990 yılında Türkiye Cumhuriyeti'nin bir milletlerarası andlaşmaya taraf olduğunu ve bu milletlerarası andlaşma ile Anayasanın düzenlemediği bir konunun düzenlendiğini düşünelim.

Eğer; bu milletlerarası andlaşmadan önce bu konuda farklı bir düzenleme getiren bir kanun varsa, milletlerarası andlaşma "lex posterior derogat priori" kuralı gereği, bu kanunu yürürlükten kaldıracak ve milletlerarası andlaşmanın getirdiği düzenleme geçerli olacaktır.

Eğer, böyle bir kanun yoksa, bu konu milletlerarası andlaşma tarafından düzenlenmiş olacaktır.

Söz konusu milletlerarası andlaşma ile, Anayasada düzenlenmeyen bir temel hak ve özgürlük te düzenlenebilir. Çünkü, temel hak ve özgürlüklerin mutlaka Anayasada düzenlenmesi gerekmez, Anayasa dışındaki kaynaklarda da temel hak ve özgürlükler tanınabilir.

Buna göre; temel hak ve özgürlükler açısından, milletlerarası andlaşmalar bir tür "ek Anayasa" görevi görecektir. Ancak, bu da askıdadır. Aynı konuda milletlerarası andlaşmadan sonra yapılacak bir kanunla bu durum ortadan kalkacaktır.

Aykırlık ihtimalleri dışında, Türk hukuk düzeninde gerek Anayasa Yargıcının, gerekse diğer yargıçların; Anayasa ve kanunları yorumlarken, maddelerin içeriğini tespit ederken milletlerarası andlaşmalara uygun yorum yapmaları gerekir. Bu, Türkiye Cumhuriyeti'nin milletlerarası sorumluluğunun gereğidir.

B)PRATİK

Türk Anayasa Mahkemesi, kararlarında, milletlerarası hukuk kurallarına sık sık yollama yaptığı halde, milletlerarası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkiler konusunda suskun kalmıştır. Ancak, Mahkeme, son zamanlarda verdiği 1988/3 karar sayılı kararında bu konuyu ele almış ve önemli noktalar üzerinde durmuştur.²⁷⁷

Söz konusu kararın verildiği davada, 3346 sayılı "Kamu İktisadi Teşebbüsleri ile Fonların Türkiye Büyük Millet Meclisince Denetlenmesinin Düzenlenmesi

²⁷⁷A.Y.M.. E.1987/12, K.1988/3, K.T. 28.1.1988, A.Y.M.K.D., S.24, s.49-71.

Hakkında Kanun"un 2.maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "milletlerarası andlaşmalar gereğince özel teşebbüsün idaresine bırakılan kurumlar, bu kanunla konulan denetime tabi değildirler." hükmü ile aynı maddenin son fıkrasındaki "sermayesinin yarısından fazlası yukarıda anılan kişi ve kurumlar tarafından sağlanan kamu bankaları ve bu kanun kapsamına dahil olup da bankacılık alanında da faaliyette bulunan kurumların bu faaliyetleri bu kanunla konulan denetime tabi değildir. Sözü geçen bankaların Türkiye Büyük Millet Meclisince denetlenmesi Anayasa'nın 162.maddesinde söz konusu milli bütçenin incelenmesi yoluyla yapılır." hükmünün ve fonların denetlenmesine ilişkin 12.maddesinin Anayasanın Başlangıç bölümüyle 6., 10., ve 165.maddelerine aykırı olduğu iddia edilmiştir.

Mahkeme, ilk olarak, milletlerarası bir andlaşmaya atıfta bulunan bir kanun hakkında Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde dava açılıp açılmayacağı konusunu ele almaktadır. Mahkemeye göre; Anayasanın 90.maddesinin son fıkrası, usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmalar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yapılamayacağını hükme bağlamıştır. Dava konusu edilen kural, "...milletlerarası andlaşmalar gereğince özel teşebbüsün idaresine bırakılan kurumlar..." dan söz ettiğine göre, bu kuralın iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayacağı ileri sürülebilirse de olayda iptal davasına konu olan uluslararası bir andlaşma bulunmayıp yasa hükmü olması karşısında bu kuralın iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayacağı yönündeki görüş yerinde değildir.

Mahkeme, daha sonra, Anayasanın 90.maddesinin birinci fıkrasına göre, Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanmasının, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlı olduğunu vurgulamaktadır. Buna göre, Anayasa Mahkemesi, uluslararası andlaşmayı yapanların ve andlaşmayı bir yasayla uygun bulan Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin, Anayasanın Başlangıcı'nda yer alan ilkelere bağlı kalacağı, Türk milli menfaatlerini, Türk varlığının devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasını gözetceklerinin varsayılması gerektiği görüşündedir.

Daha sonra; Anayasanın 90.maddesine göre, uluslararası andlaşmaların onaylanmasının Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlı olduğunu belirten Anayasa Mahkemesi, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onayından geçen karşılıklı çıkarları gözetken uluslararası andlaşmalarla kimi kısıtlamalar ve düzenlemelerin kabul edilmesinin Anayasanın 6.maddesindeki "Egemenlik... kayıtsız şartsız milletindir." ilkesine aykırı düşmeyeceği sonucuna varmaktadır.

Mahkeme, bu konuda son olarak, milletlerarası andlaşma-kanun ilişkisi üzerinde durmaktadır;

"Bir kamu iktisadi teşebbüsüne salt yabancıların ortaklığı, dava konusu edilen kuralın uygulanması için yeterli değildir. Bu kuralın uygulanabilmesi için kurumun uluslararası andlaşmalarla özel teşebbüsün idaresine bırakılması gerekir. Yabancı bir ülkeden ya da uluslararası bir kuruluştan sağlanan ekonomik, teknik ya da mali destek ve işbirliği nedeniyle bir devlet kuruluşunun uluslararası andlaşma gereğince öteki devlet kuruluşlarından ve ortaklarından ayrı bir işleme tabi tutulması ayrıcalık olarak nitelendirilemez. Anayasa'nın 90.maddesinin birinci fıkrasında, Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve uluslararası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanmasının, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onaylamayı bir yasayla uygun bulmasına bağlı olduğu belirtildikten sonra, dördüncü fıkrasında "Türk kanunlarına değişiklik getiren her türlü andlaşmaların yapılmasında birinci fıkra hükmü uygulanır." denilmektedir. Bu fıkra hükmünden yasalarda değişiklik getiren andlaşmaların yapılabileceği sonucu çıkmaktadır. (a.b.ç.) Maddenin son fıkrasında, "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir." denilmektedir. Bu durumda yasa hükmündeki (a.b.ç.) bir andlaşmaya dayanarak bir Devlet kurumunun özel sektörün idaresine bırakılmasında Anayasa'nın 10.maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine aykırı bir yönü bulunmamaktadır."

Bakır Çağlar'a göre; "Anayasa Mahkemesi'nin 1988/3 karar sayılı kararı, üzerinde belki de yeterince düşünülmemiş bir karardır, ama milletlerarası hukuk nasıl kapıyı çalar sorusuna getirilen bir cevaptır." Bu karar; "...tartışmaya açık olsa da, jürisprüdansiyel Anayasa Hukukunda "milletlerarası hukuka açıklık" prensibinin ilk unsurları ile kabul edildiğini gösteren bir karardır."²⁷⁸

Fikrimizce bu karar, Anayasa Mahkemesi'nin 90.madde bağlamında milletlerarası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkiler konusunu tartışmaya başlamış olması bakımından önemlidir.

Bunun dışında Anayasa Mahkemesi çeşitli kararlarında milletlerarası hukuk kurallarına (hem milletlerarası hukukun genel prensiplerine, hem de milletlerarası andlaşmalara) yollama yapmıştır.

Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hukukun Genel Prensipleri;

Anayasa Mahkemesi, çeşitli kararlarında "hukukun genel prensipleri"ne yollama yapmış, "destek-ölçü norm" olarak kullanmış, özellikle, "Hukuk devleti" ve "Anayasa düzeni" kavramlarını tanımladığı bir kısım kararında, hukukun genel prensiplerine Anayasa-üstü değer tanıyan ifadelerle yer vermiştir.

1964/76 karar sayılı kararında²⁷⁹; "Devletimiz, Anayasa'nın 2nci maddesinde ifade edildiği gibi, bir Hukuk Devletidir. Kanunlarımızın, Anayasa'nın

²⁷⁸ Çağlar, Yenilenen Anayasa, s. 37, 38.

²⁷⁹ A.Y.M., E.1963/166, K.1964/76, K.T.22.12.1964, A.Y.M.K.D., S.2, s.237.

açık hükümlerinden önce hukukun, bilinen ve bütün uygar memleketlerde kabul edilen, prensiplerine uygun olması şarttır." şeklinde bir ifade kullanırken, 1986/11 karar sayılı kararında²⁸⁰ "Hukuk devletin, Anayasa'nın açık hükümlerinden önce hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerin benimseyip uyduğu ilkelere uygun olması gerekir." biçiminde bir ifadeyle birlikte "Hukuk devleti her eylem ve işlemi hukuka uygun, insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinden uzaklaştığında geçersiz kalacağını bilen devlettir." biçiminde bir ifadeye de yer vermiştir.

Daha sonra 1992/20²⁸¹ ve 1992/39²⁸² karar sayılı kararlarında da "Hukuk devleti, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla (da) kendini bağlı sayan devlettir" formülünü kullanmıştır.

1975/87²⁸³, 1976/19²⁸⁴ ve 1976/46²⁸⁵ karar sayılı kararlarında ise, "Anayasa düzeni"ni tanımlarken "Anayasa Devlet yapısının temelidir. Devlet kuruluşlarının yapıları ve düzenleri, bu kuruluşların yetkileri, görevleri, birbirleriyle olan ilişkileriyle karşılıklı durumları, Devletin ve kişilerin haklarıyla ödevleri, bu hukuksal yapının bütünü oluştururlar. Anayasa düzeni diye adlandırabileceğimiz bu yapının öyle kuruluşları hak ve ödev kuralları vardır ki, bunların, hukukun üstün kurallarına çağdaş uygarlığın gereklerine aykırı düşen nitelikte yeni ilkelere bağlanması, sözü geçen düzenin bütünlüğünü bozabilir." şeklinde bir ifade kullanarak "hukukun üstün kuralları"nı Anayasa düzeninin esaslı unsurlarından biri saymıştır.

Anayasa Mahkemesi, bugüne kadar, hukukun genel prensiplerinin tanımını yapmamış olmakla birlikte, bazı prensipleri hukukun genel prensipleri olarak tespit etmiş ve bunları Anayasaya uygunluk denetiminde destek-ölçü norm olarak kullanmıştır.

²⁸⁰A.Y.M., E.1985/31, K.1986/11, K.T..27.3.1986, A.Y.M.K.D., S.22, s.119-120.

²⁸¹A.Y.M., E.1991/18, K.1992/20, K.T.31.3.1992, R.G. 27.1.1993, S. 21478-Mükerrer, s.56.

²⁸²A.Y.M., E.1992/8, K. 1992/39, K.T. 16.6.1992, R.G. 6.10.1992, S.21367, s.15.

²⁸³A.Y.M., E.1973/19, K.1975/87, K.T..15.4.1975, A.Y.M.K.D., S.13, s.428.

²⁸⁴A.Y.M., E.1975/167, K.1976/19, K.T..23.3.1976, A.Y.M.K.D., S.14, s.130.

²⁸⁵A.Y.M., E.1976/38, K.1976/46, K.T..12.10.1976, A.Y.M.K.D., S.14, s.262-263.

Yüzbaşıoğlu 1982 Anayasası döneminde Mahkemenin verdiği kararlarda tespit ettiği hukukun genel prensiplerine örnek olarak, "Devletler hukukunun iç hukuka üstünlüğü, İyi niyet, ahde vefa, Kazanılmış hakları korumak ya da kazanılmış haklara saygı, Kanunların geriye yürümezliği ya da aksine hüküm olmadıkça kanunların yürürlüğe girdiği günden itibaren meydana gelen olaylara uygulanması, Kesin hükme saygı, Devlete güven, Yeni kurallara aykırı önceki kuralların kendiliğinden geçersiz duruma gelmesi, Özel kural-genel kural çatışmasında özel kuralın uygulanacağı" prensiplerini saymaktadır.²⁸⁶

Anayasa Mahkemesi, Fransız Profesör Charles Rousseau'nun sınıflandırmasına göre²⁸⁷ çoğu milletlerarası hukuk ve iç hukukta ortak olan bu genel prensiplere yollama yaparken aynı zamanda milletlerarası hukukun genel prensiplerine de yollama yapmış olmaktadır.

Ancak Mahkeme, bir kısım kararlarında, sadece milletlerarası hukuka özgü genel prensiplerden söz etmektedir. Örneğin, 1993/1²⁸⁸ karar sayılı Siyasi Parti Kapatma Kararında devletin bağımsızlığı ve sürekliliği prensibinden; 1985/7²⁸⁹ ve 1986/24²⁹⁰ karar sayılı kararlarında ise, "milletlerarası hukukun iç hukuka üstünlüğü" prensibinden söz etmektedir.

Burada, milletlerarası hukukun iç hukuka üstünlüğü prensibinden söz eden kararlarla milletlerarası hukukun Türk hukukuna üstünlüğünün açıkça tesis edilip edilmediği ve milletlerarası hukuk kurallarına "Anayasa-üstü ölçü norm" değeri kazandırılıp kazandırılmadığı sorusu akla gelmektedir.

²⁸⁶Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s.20-21.

²⁸⁷"Rousseau'nun sınıflandırması ve verdiği kimi hukuk genel ilkeleri örnekleri şunlardır:

i) İç hukuk ile uluslararası hukukta ortak hukuk genel ilkeleri

-Sözleşme yükümlülükleri ile ilgili ilkeler: Bu ilkeler yükümlülüklerin doğmasına ilişkin olabilecekleri gibi, yükümlülüklerin yerine getirilmesi, gecikme faizi ödenmesi ya da sözleşmeden sağlanan hakların kullanılması konularında olabilmektedir;

-Cezai yükümlülüklerle ilgili ilkeler;

-Usule ilişkin ilkeler;

ii) Uluslararası hukuka özgü hukuk genel ilkeleri

-Uluslararası hukukun yeri ile ilgili (örneğin, uluslararası hukukun iç hukuka üstünlüğü ilkesi) ilkeleri;

-Devlet yetkilerinin kullanımı ile ilgili (örneğin, Devletin bağımsızlığı ilkesi; devletin sürekliliği ilkesi) ilkeleri;

-Uluslararası sorumlulukla ilgili (örneğin, iç başvurma yollarının tüketilmesi ilkesi) ilkeleri;

-Deniz savaşı ile ilgili (örneğin, savaşın yasal savunma nedeniyle tarafsızlara verecekleri zarardan sorumlu tutulmaları) ilkeleri." Pazarcı, a.g.e., s.215-216.

²⁸⁸A.Y.M., E.1992/1, K.1993/1, K.T. 14.7.1993, R.G. 18.8. 1993, S.21672, s.187-188.

²⁸⁹A.Y.M., E.1984/14, K.1985/7, K.T. 13.6.1985,, A.Y.M.K.D., S.21, s.168.

²⁹⁰A.Y.M., E.1986/18, K.1986/24, K.T. 9.10.1986, A.Y.M.K.D., S.22, s.255.

Özbudun'a göre; "...Mahkeme, milletlerarası hukukun milli hukuka üstünlüğü ilkesini, Türk hukuku bakımından geçerli bir ilke olarak ilan etmemiş, bu ilkeye sadece milletlerarası hukukun kaynaklarını sayarken değinmiştir. Anılan kararlarda aynen şöyle denilmektedir: "Milletlerarası hukuku, Devletlerin taraf oldukları iki veya çok taraflı andlaşmalar, milletlerarası teamüller (örf ve adet), medeni milletlerce kabul edilen ve temel hukuk prensiplerinde bulunan, iyiniyet, ahde vefa, kazanılmış haklara saygı, Devletler hukukunun iç hukuka üstünlüğü ilkeleri ve yardımcı kaynak sayılan ilmi ve kazai içtihatlar oluşturmaktadır" ...Nihayet, milletlerarası hukukla iç hukukun ilişkisi gibi son derece temel bir sorunun, Anayasa Mahkemesince değil, doğrudan doğruya Anayasa-koyucu tarafından çözülmesi gerektiğinde kuşku yoktur. Çağdaş demokratik anayasalardaki genel eğilime uygun olarak Türk Anayasasında da milletlerarası hukukun milli hukuka üstünlüğü yolunda açık bir hükme yer verilmesi elbette temneni edilir. Ancak böyle bir hüküm olmadığı sürece ve Anayasa'nın 90'ıncı maddesinin milletlerarası hukukun başlıca kaynağı olan andlaşmalara ancak kanunlara eşit değer tanıdığı düşünülürse, milletlerarası hukukun iç hukuka üstünlüğü ilkesinin Anayasa Mahkemesi kararlarıyla tesis edilmesi savunulamaz."²⁹¹

Biz de Özbudun'un görüşüne katılıyoruz.

Anayasa Mahkemesi kararlarında milletlerarası andlaşmalar;

Anayasa Mahkemesi kararlarında, milletlerarası hukukun genel prensiplerine olduğu kadar milletlerarası andlaşmalar da yollama yapmıştır

Özellikle Türkiye'nin taraf olduğu İ.H.E.B. ve A.İ.H.S.'ne yollama yapan Mahkeme, bu milletlerarası andlaşmaları tek başına bağımsız ölçü-norm olarak değil, destek-ölçü norm olarak kullanmıştır. Mahkeme, İ.H.E.B. ve A.İ.H.S. yanında, Türkiye'nin taraf olduğu başka milletlerarası andlaşmalara ve klasik milletlerarası hukuk anlamında milletlerarası andlaşma olmasa da birçok devletin imza koyduğu milletlerarası belgeler de başvurmuştur.

Örneğin;

-1965/40²⁹², 1977/4²⁹³ karar sayılı kararlarında A.İ.H.S.'ne;

-1980/1²⁹⁴ karar sayılı (Parti Kapatılması) kararında İ.H.E.B.'ne;

-1967/49²⁹⁵ karar sayılı kararında A.İ.H.S. ve Sözleşmeye Ek Protokol'e;

²⁹¹Özbudun, *Anayasa Hukuku*, s.355-356.

²⁹²A.Y.M., E. 1963/173, K. 1965/40, K.T. 26.9.1965, A.Y.M.K.D., S. 4, s.268.

²⁹³A.Y.M., E.1976/43, K.1977/4, K.T. 27.1.1977, A.Y.M.K.D., S.15, s.117.

²⁹⁴A.Y.M., E.1979/1, K.1980/1, K.T..8.5.1980, R.G.26.7.1980, S.17059, s.26.

²⁹⁵A.Y.M., E.1967/10, K.1967/49, K.T..28.12.1967, A.Y.M.K.D., S.6, s.89.

-1981/22²⁹⁶ ve 1987/18²⁹⁷ karar sayılı kararlarında İ.H.E.B. ve Avrupa Sosyal Haklar Temel Yasası'na;

-1975/87²⁹⁸, 1977/82²⁹⁹, 1980/11³⁰⁰ ve 1992/39³⁰¹ karar sayılı kararlarında İ.H.E.B. ve A.İ.H.S.'ne;

-1991/5³⁰² karar sayılı kararında İ.H.E.B., A.İ.H.S., Çocuk Hakları Bildirgesi, Avrupa Sosyal Haklar Temel Yasası ve Türkiye tarafından imzalanan ancak kararın verildiği tarih itibarıyla TBMM tarafından onaylanıp Resmi Gazete'de yayımlanmamış olan B.M. Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne;

-1991/1³⁰³ karar sayılı (Siyasi Parti Kapatma) kararında Paris Şartı'na;

-1993/1³⁰⁴ karar sayılı (Siyasi Parti Kapatma) kararında İ.H.E.B., A.İ.H.S., Helsinki Nihai Senedi ve Paris Şartı'na;

-1977/20³⁰⁵ karar sayılı kararında uyuşturuıcı maddelere ilişkin 23.1.1912 Lahey, 11.2.1925, 13.7.1931, 26.6.1936 Cenevre, 22.11.1971 Bangkok andlaşmaları ve 30.3.1961 tarihinde New York'da imzalanan "Uyuşturuıcı Maddelere Dair Tek Sözleşme"ye;

yollama yapmıştır.

-1988/15³⁰⁶ karar sayılı kararında ise, "Devletimizin taraf olduğu uluslararası andlaşmalarda da genel müsadere cezasına yer verilmemiştir." ifadesiyle Türkiye'nin taraf olduğu bütün milletlerarası andlaşmalara destek-ölçü norm olarak yer vermiştir.

²⁹⁶A.Y.M., E.1980/29, K.1981/22, K.T..21.5.1981, A.Y.M.K.D., S.19, s.108.

²⁹⁷A.Y.M., E.1987/1, K.1987/18, K.T..11.9.1987, A.Y.M.K.D., S.23, s.305-306.

²⁹⁸A.Y.M., E.1973/19, K.1975/87, K.T..15.4.1975, A.Y.M.K.D., S.13, s.440.

²⁹⁹A.Y.M., E.1977/19, K.1977/82, K.T. 24.5.1977, A.Y.M.K.D., S.15, s.388.

³⁰⁰A.Y.M., E.1979/38, K.1980/11, K.T. 29.1.1980, A.Y.M.K.D., S.18, s.97.

³⁰¹A.Y.M., E.1992/8, K.1992/39, K.T..16.6.1992, R.G. 6.10.1992, S.21367, s.18-20

³⁰²A.Y.M., E.1990/15, K.1991/5, K.T..28.2.1991, R.G.27.3.1992, S.21184, s.26-29.

³⁰³A.Y.M., E.1990/1, K.1991/1, K.T..16.7.1991, R.G.28.1.1992, S.21125, s.84.

³⁰⁴A.Y.M., E.1992/1, K.1993/1, K.T..14.7.1993, R.G.18.8.1993, S.21672, s.212-214.

³⁰⁵A.Y.M., E.1977/1, K.1977/20, K.T..5.4.1977, A.Y.M.K.D., S.15, s.259-260.

³⁰⁶A.Y.M., E.1987/28, K.1988/16, K.T..3.6.1988, R.G. 20.8.1988, S.19905, s.58.

Türk Anayasa Mahkemesi'nin milletlerarası hukuka yollama yaptığı kararları bir bütün olarak ele aldığımızda, Mahkeme'nin milletlerarası hukuka açılırken çağdaş bir insan hakları anlayışı geliştirdiğini söyleyebiliriz.

Mahkemeye göre; "İnsanın, içinde yaşadığı ulusun bireyi olması kadar aynı zamanda insanlığın da üyesi bulunması, çağımızda, insan hak ve özgürlüklerini yalnızca ulusal bir hukuk sorunu olmaktan çıkarmış ve ona evrensel bir anlam ve içerik kazandırmıştır."³⁰⁷

Yine Mahkemeye göre; "İnsan artık yalnızca yaşama hürriyetine sahip olmakla kalmayarak, aynı zamanda insan haysiyetine yaraşır yaşama şartlarını da bir hak olarak isteyebilmektedir; yalnız çalışma hürriyetine, öğrenme hürriyetine değil, fakat çalışma hakkına, öğrenim hakkına da sahip olacaktır. Hürriyet kağıt üzerinde kalan teorik bir kavram olmaktan çıkmakta, kişiler ve kitleler için erişilebilir, gerçekleştirilebilir, kullanılabilir, pozitif haklar haline gelmektedir."³⁰⁸

Yani, bugün Mahkeme, temel hak ve özgürlükleri bireyler için somutlaştırabilecek, hayata geçirebilecek bir anlayış geliştirmektedir.

Bu bağlamda, günümüzde insan haklarına ilişkin milletlerarası andlaşmalara kararlarında daha fazla yer veren Anayasa Mahkemesi, bu kararlarda, milletlerarası andlaşmaları kanunların, hatta Anayasanın üzerine çıkarma eğilimi taşıyan birtakım ifadeler kullanmaktadır.

1960'larda; "Anayasamızı tefsir ve tatbik ederken bu sözleşmeler ahkâmını da daima göz önünde bulundurmak mecburiyetindeyiz."³⁰⁹ diyen Mahkeme, 1980'lerde bu milletlerarası andlaşmaların "buyurucu ve bağlayıcı" içeriğinden söz etmekte³¹⁰, 1990'larda ise söz konusu andlaşmaları "Anayasa-üstü normlar" olarak nitelendirmektedir.³¹¹

Mahkeme, geliştirmekte olduğu çağdaş insan hakları anlayışı çerçevesinde kurduğu Anayasa düzeninde özellikle Avrupa Ortak Mekanı'nda geliştirilen insan hakları standartlarını göz önüne almaktadır. Öyle ki, 1992/39 karar sayılı kararında³¹² A.İ.H.M. içtihadına yollama yapmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin milletlerarası hukuka ilişkin bu tavrını son zamanlarda genelleştirdiği, sadece norm denetimi yaparken değil, siyasi partilerin

³⁰⁷A.Y.M., E.1979/38, K.1980/11, K.T..29.1.1980, **A.Y.M.K.D.**, S.18, s.97.

³⁰⁸A.Y.M., E.1990/15, K.1991/5, K.T. 28.2.1991, **R.G.**27.3.1992, S.21184, s.23.

³⁰⁹A.Y.M., E.1967/10, K.1967/49, K.T..28.12.1967, **A.Y.M.K.D.**, S.6, s.89.

³¹⁰A.Y.M., E.1979/38, K.1980/11, K.T..29.1.1980, **A.Y.M.K.D.**, S.18, s.98.

³¹¹A.Y.M., E.1990/15, K.1991/5, K.T. 28.2.1991, **R.G.**27.3.1992, S.21184, s.25.

³¹²A.Y.M., E.1992/8, K.1992/39, K.T..16.6.1992, **R.G.** 6.10.1992, S.21367, s.21.

kapatılması davalarına bakarken ve Yüce Divan sıfatıyla yargılama yaparken de benimsediği görülmektedir.

Mahkeme, Halkın Emek Partisinin kapatılması kararında "Devlet, ülke, ulus konuları, her devlette farklılık gösteren, tarihsel süreçle ulaşılan, yeniden değiştirilip biçimlendirilmesi olanaksız olgulardır. Ulusal ve uluslararası hukuk düzeninde insanlığın mutluluğu için bu temel olguları korumak üzere getirilen düzenlemelere siyasi partilerin uyma zorunluluğu tartışılmaz"³¹³ görüşünü dile getirmiştir. Otoyol ihalelerinde görevlerini kötüye kullanarak devleti zarara uğrattıkları gerekçesiyle eski bakanlar Safa Giray ve Cengiz Altinkaya'nın Yüce Divan'da yargılanmaları sırasında Mahkeme Başkanı Yekta Güngör Özden; "...Mahkemenin Yüce Divan olarak çalışırken de, uluslararası hukuk kurallarında yer alan adil yargılanma düzenine özen göstereceğini..."³¹⁴ söylemiştir.

Sonuç olarak; Anayasa Mahkemesi, içtihat kapısını açarak Anayasa kapısından girmekte zorlanan "Üstün Hukuk"u iç hukuka taşımaktadır.

Türk Pratiği konusundaki açıklamalarımıza son vermeden, bir diğer Yüksek Mahkeme'nin; Danıştay'ın bu konudaki tavrı üzerinde durmak istiyoruz.

Danıştay'ın 1970/1310³¹⁵ karar sayılı kararı, milletlerarası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkiler konusunda önemli bir karardır.

Söz konusu kararda şöyle bir cümle yer almaktadır; "Bu durum andlaşmaların iç hukuk kurallarına takdimen uygulanacağı yolundaki genel prensibin çiğnenmesi anlamına da gelmez."

Ancak bu cümleye bakarak, Danıştay'ın milletlerarası andlaşmaların üstünlüğü prensibini benimsediği sonucuna varmak yanlış olur. Çünkü, kararda hemen ardından; "Ancak, bu hükmün (andlaşma hükmünün) mutlak olarak uygulanması, berat veren memleketleri, berat sahibi memleketin pazarı durumuna getirebileceğinden maddenin iç hukuk kuralları da göz önünde bulundurularak yorumlanması gerekir. Berat veren memleketin mevzuatında ithal yasağı koyan bir hüküm mevcut ise evvela ona itibar edilmesi zaruridir." denilmektedir.

Dolayısıyla, Pazarcı'nın da belirttiği gibi; "...Danıştay bu kararında andlaşmaların yasalara üstünlüğü ilkesini sonuçta, ülke çıkarları ve yorum kurallarını gözönünde tutarak, tersine çevirmektedir."³¹⁶

³¹³A.Y.M., E.1992/1, K.1993/1, K.T..14.7.1993, R.G.18.8.1993, S.21672, s.207-208.

³¹⁴Cumhuriyet, 11.3.1993, s.14.

³¹⁵Danıştay, 12.Daire, E. 1968/1117, K.1970/1310, K.T. 15.6.1970, Danıştay Dergisi, S.2, s.306.

³¹⁶Pazarcı, a.g.e., s.31.

Danıştay'ın bu konudaki bir diğer önemli kararı 1991/933 karar sayılı karardır³¹⁷. Danıştay, bu kararında, 1970/1310 karar sayılı karardaki çelişkili tavrından vazgeçerek milletlerarası andlaşmaların üstünlüğünü açıkça benimsemiştir.

Danıştay'a göre; "Uluslararası sözleşmelerin Anayasaya aykırılığı ileri sürülemeyeceğine ve bu sözleşmelerle bir devlet diğer devletlere karşı sözleşmede yer alan hak ve hürriyetlerden kendi vatandaşlarını da yararlandırmak konusunda diğer devletlere karşı uluslararası yükümlülük altına girmiş olduğuna göre, usulüne uygun şekilde onaylanarak yürürlüğe konulmuş bu nitelikte bir sözleşmenin Anayasaya aykırı bir hüküm taşısa bile uygulanmaktan alıkonulamayacağı, kendisinden önce veya sonra çıkmış yasalara aykırılığı, ya da sonradan çıkan yasanın sözleşme kurallarını değiştirdiği ileri sürülerek uygulanmasının savasaklanamayacağı Türk hukukunda genellikle kabul edilmektedir. Anayasa, andlaşmaların Anayasaya aykırılığının ileri sürülemeyeceğini açıklamak suretiyle, iç hukuk yönünden andlaşmaların üstünlüğü ilkesini benimsediğini belirtmiş olmaktadır. Nitekim uygulamada Devletin bir andlaşma yaparken, eğer andlaşma ile Anayasa çatışıyorsa, bunu önlemek için çekince koyduğu, iç hukuk ile dış hukuk arasındaki çelişkiyi bu şekilde önlediği bilinmektedir. Örneğin Türkiye, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin Birinci Protokolünü onaylarken, çekince koyarak 430 sayılı Tevhidi Tedrisat Kanununun uygulanmasını sağlamıştır. Anayasa'nın 90.maddesinin son fıkrasında yer alan "kanun hükmünde" sözcüklerinin, usulüne göre onaylanarak yürürlüğe konulan sözleşmelerin hukuksal değerinin ve bağlayıcılığının gösterilmesine yönelik olduğunu da belirtmek gerekir. Söz konusu hükme göre iç hukukta doğrudan hukuksal sonuçlar yaratan uluslararası sözleşmelerin yukarıda belirtilen niteliği ve bunlara karşı Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaması ve böylece bu sözleşmelerin sonradan yapılacak ulusal yasal düzenlemelerle etkisiz kılınması yolunun kapatılmış olması bu sözleşmelerin iç hukukta yasalar üstü bir konumda olduğunu ve yürütme ve yargı organları için bağlayıcı nitelik taşıdığını apaçık ortaya koymaktadır."

Az sayıdaki kararında kurduğu, milletlerarası andlaşmaların iç hukuktaki yeri konusundaki içtihadıyla, Anayasa Mahkemesi'nin bir adım önünde olan Danıştay, Anayasa Mahkemesi gibi ve Anayasa Mahkemesi'ne paralel olarak, çağdaş bir insan hakları anlayışı geliştirmekte ve bu bağlamda, insan haklarına ilişkin milletlerarası andlaşmalara ve klasik milletlerarası hukuk anlamında milletlerarası andlaşma olmasa da birçok devletin imza koyduğu milletlerarası belgelere yollama yapmaktadır.

³¹⁷Danıştay, 5.Daire, E.1986/1723, K.1991/933, K.T. 18.7.1991.s.9-10.

1978/955 karar sayılı kararında³¹⁸ A.G.İ.K Nihai Belgesi'ne, 1989/4 karar sayılı kararında ise İ.H.E.B. ve A.İ.H.S.'ne yollama yapan Danıştay, 1989/4 karar sayılı kararında³¹⁹; "Yasa tasarı ve teklifleri yasa haline geldikten sonra gerekçelerinden soyutlanarak objektif bir kimlik kazandıklarına göre, yasalar da yer alan kuralların da toplumun gereksinimlerine cevap verecek biçimde, toplumsal gelişmeye ve üst hukuk kurallarına uygun olarak yorumlanıp uygulanması gerek[tiği]" sonucuna varmıştır.

Çağlar'ın belirttiği gibi; "Sonuç olarak söylenmesi gereken, belki de şudur. Danıştay ve Anayasa Mahkemesi'nin yeni kararları, Türk anayasal sisteminde, iç hukukun tartışılmaz üstünlüğünün sonu ve milletlerarası norma açılma sürecinin başlangıcıdır. Milletlerarası içtihadî Anayasa Hukuku yeni mekanında, Danıştay ve Anayasa Mahkemesi de vardır."³²⁰

³¹⁸Danıştay, 12.Daire, E.1977/1349, K.1978/955, K.T..24.4.1978. Bu kararın özeti ve yorumu için bkz. Pazarıcı, a.g.e., s.26-27.

³¹⁹Danıştay, İ.B.K. kararı, E.1988/6, K.1989/4, R.G.9.2.1990, S.20428, s77.

³²⁰Çağlar, Anayasal Demokrasi, s. 13.

BEŞİNCİ BÖLÜM

SONUÇ

"Anayasa Hukukunda Yeni Eğilimler; Milletlerarası Anayasa Hukuku" konulu çalışmamızda, bir Anayasa Hukukçusu olarak görmezden gelemeyeceğimiz vakıaları tespit ederek, son zamanlarda Anayasa Hukuku doktrinde sıkça kullanılmaya başlanan Milletlerarası Anayasa Hukuku kavramının içeriğini ve sınırlarını netleştirmeye çalıştık.

Milletlerarası Anayasa Hukuku kavramı, Anayasa Hukuku doktrinde henüz çok yeni olduğundan üzerinde düşünülmesi gereken pek çok problemi içinde barındırmaktadır. Bu yüzden çalışmamızın sonunda, başında olduğu gibi, bir tanım vermek yerine tespit edebildiğimiz problemleri ortaya koyarak Milletlerarası Anayasa Hukuku konusundaki tartışmalara katkıda bulunmanın daha doğru olacağı fikrindeyiz.

Milletlerarası Anayasa Hukukuna ilişkin problemleri iki kategoride inceleyebiliriz; Teorik problemler ve Pratik problemler.

A)TEORİK PROBLEMLER;

Milletlerarası Anayasa Hukukuna ilişkin teorik problemlerin ilki, özellikle Avrupa Ortak Mekanı'nda geliştirilen hukuki standartlara bu mekanda yer alan devletler tarafından niçin uyulduğu, söz konusu standartların bağlayıcılığını nereden aldığı konusu ile ilgilidir.

Milletlerarası Anayasa Hukukuna ilişkin teorik problemlerden ikincisi ise; özellikle Avrupa Ortak Mekanı'nda ortaya çıkan hukuki yapıyı açıklamak için nasıl bir model tercih edileceği konusuyula ilgilidir.

Bu iki problemi çözmek için klasik milletlerarası hukuk doktrinde milletlerarası hukukun mesnedini ve milletlerarası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkileri açıklamak için geliştirilen kuram ve modellere başvurabiliriz.

Milletlerarası hukukun mesnedini devletlerin iradelerini esas alarak açıklayan İradeci kuramlar, Milletlerarası Anayasa Hukukunun bağlayıcılığı açısından da birtakım doğrular içermektedir.

Milletlerarası Anayasa Hukuku kurallarının milletlerarası ortak mekanlarda yer alan devletlere kendini kabul ettirdiği, söz konusu devletlerin bu kurallara sırt çeviremediği bir gerçektir. Ancak devletlerin iradelerini de tümüyle göz ardı etmek mümkün değildir. Milletlerarası ortak mekanlarda yer alan devletler her zaman kendi istekleriyle bu mekanlardan çekilebilme ve Milletlerarası Anayasa Hukuku kurallarına sırt çevirebilme imkanına sahiptirler.

Bu bağlamda; bazı devletlerin Milletlerarası Anayasa Hukuku karşısındaki tavırları da İradeci yazarların milletlerarası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkileri açıklamak için geliştirdikleri Düalist modele uygundur. Avrupa Ortak Mekanı'nda yer alan bazı devletlerin hukuk sistemlerinde dahi, Milletlerarası Anayasa Hukuku kuralları aynı konuda yapılacak bir iç hukuk tasarrufuyla iç hukuka aktarılmaktadır.

Milletlerarası hukukun mesnedini devletlerin iradeleri dışında arayan Objektivist kuramlar ve Objektivist yazarların geliştirdikleri Monist model ise, Milletlerarası Anayasa Hukuku kavramını açıklamak için daha uygun görünmektedir.

Buna göre;

Kelsen'in Normativist kuramının ve Monist modelinin bizim açımızdan en önemli yanı, normların hiyerarşik bir yapılanma içinde olduklarının tespit edilmiş olmasıdır. Kelsen'in kuramının temel taşlarından olan Normlar hiyerarşisi, Milletlerarası Anayasa Hukuku kuralları açısından da geçerlidir. Bu kurallar kimi zaman kanunların üzerinde, yani Anayasaya eşit bir konumda yer alırken, kimi zaman Anayasa-üstü bir konuma yükselebilmektedir.

Ayrıca, Kelsen'in milletlerarası hukuk ile iç hukuk ilişkileri konusunda yaptığı bir değerlendirme konumuz açısından önemlidir.

Milletlerarası hukuk ile iç hukukun tek bir sistem oluşturduğunu söyleyen Kelsen, milletlerarası hukuka mı yoksa iç hukuka mı üstünlük verileceği konusunda yapılacak tercihte etik ve siyasi eğilimlerin rol oynayacağını belirtmiştir.

Gerçekten günümüzde bu konuda etik ve siyasi tercihlerin rol oynadığı düşünülebilir. Örneğin Soğuk savaş sonrasında dağılan Sosyalist Bloktaki kurulan pek çok mini-devletin Anayasası milletlerarası hukuka üstünlük tanıyan hükümler içermektedir. Ayrıca demokratikleşme yolundaki devletlerde de milletlerarası hukuka üstünlük tanınması yolunda eğilimler olduğu gözlenmektedir.

Sosyal dayanışmayı hukukun tek kaynağı olarak gören Scelle ise, bunun milletlerarası hukuk açısından da geçerli olduğunu savunmaktadır. Devletleri aşan ve onları içine alan evrensel bir milletlerarası topluluğun varlığından söz eden Scelle, bu topluluğun devamı için milletlerarası sosyal dayanışmanın korunması gerektiğini belirtmektedir. Milletlerarası hukuk, sosyal dayanışmaya uygun olduğu ölçüde bağlayıcıdır. Ayrıca Scelle'e göre, milletlerarası platformda, yabancı ve farklı olandan uzaklaştırıcı bir etki yapan Benzeyiş dolayısıyla dayanışmadan ziyade, sosyal dayanışmayı sağlamlaştıran İşbölümü dolayısıyla dayanışma birleştirici bir bağ işlevi görmektedir.

Scelle'in görüşlerini konumuz açısından değerlendirecek olursak, pek çok açıdan isabetli olduğunu görürüz.

Gerçekten, bugün, Scelle'in ortaya koyduğu biçimde evrensel bir milletlerarası toplum vardır. Globalleşen dünyamızda bu evrensel milletlerarası

toplumun sınırları gün geçtikçe genişlemektedir. Özellikle ekonomik alanda yaşanan globalleşme devletler arasında daha grift ilişkilerin kurulmasına yol açmakta, devletleri, daha doğrusu milletlerarası toplumun üyelerini birbirine daha bağımlı hale getirmektedir. Ayrıca sanayi sonrası toplumunda insanların gün geçtikçe çeşitlenen ihtiyaçları, işbölümü dolayısıyla dayanışmanın daha ön plana çıkmasına neden olmaktadır. Bu global ilişkiler ağı bütün devletleri az ya da çok etkilemekte ve milletlerarası camianın dışında bir devletin varlığını sürdürmesi güçleşmektedir.

Örneğin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine taraf olan devletler için en ağır yaptırım Avrupa Konseyi üyeliğinden çıkarılmaktır. Bir devletin Avrupa Konseyi üyeliğinden çıkarılması, sadece milletlerarası bir örgütün dışında kalmak demek değildir. Bu aynı zamanda, o devletin milletlerarası camiadan dışlanması, diğer devletlerin ona sırt çevirmesi demektir. Diğer devletlerle siyasi, sosyal, ekonomik ilişkileri kesilen bu devletin tek başına ayakta kalması zordur. İşte bu yüzden devletler Milletlerarası Anayasa Hukuku kurallarına saygı göstererek hem kendilerine hem de milletlerarası topluma zarar verecek davranışlardan kaçınmaktadırlar.

Ayrıca Scelle'e göre; evrensel milletlerarası topluluktan önce gelen ve aralarında daha sıkı bir dayanışma olan bölgesel milletlerarası topluluklar, evrensel milletlerarası topluluk içinde varlıklarını korurlar. Yazar bu bağlamda, Amerikan Milletlerarası hukukundan, Avrupa Milletlerarası hukukundan söz etmektedir.

Aynı şekilde bu bölgesel milletlerarası toplulukların hukukları da, milletlerarası hukuk içinde eriyip kaybolmazlar. Bu bağlamda, Evrensel bir İnsan Hakları Hukuku (örneğin İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi) yanında, bir Avrupa İnsan Hakları Hukukundan da (örneğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi) söz edilebilir.

Son olarak Scelle'in ortaya koyduğu "Görev ikileşmesi kanunu"nın da yürürlükte olduğu fikrindeyiz. Yani, milletlerarası toplumda yasama, yürütme ve kısmen yargı görevlerini devlet organ ve müesseseleri yerine getirmektedir. Ama bizim konumuz açısından milletlerarası toplumda yargı işlevini yerine getirmek için kurulan mahkemelerin gün geçtikçe daha etkin bir hale geldiği ve bu işlevi gerçek anlamda yerine getirmeye başladıkları söylenebilir. Örneğin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa Topluluğu Mahkemesi etkin bir biçimde yargı işlevlerini yerine getirmektedirler.

Scelle, sosyal dayanışmayı esas alarak ortaya koyduğu Bio-sosyolojik kuramı çerçevesinde, milletlerarası hukuk ile iç hukuk ilişkileri açısından Kelsen gibi Monist bir model geliştirmiştir. Ancak Scelle'in kurduğu Monist modelde milletlerarası toplumda var olan sosyal dayanışmanın sürmesi için milletlerarası hukuk ile iç hukuk arasında sürekli bir çatışmanın olmaması gerekir.

Scelle bundan yola çıkarak "Milletlerarası norm kendisiyle çatışan ulusal normu, *ipso facto* değiştirir ya da kaldırır" demektedir.

Milletlerarası Anayasa Hukuku kuralları açısından bu tespit abartılıdır. Ancak, milletlerarası ortak mekanlarda yer alan devletlerin milletlerarası toplumda var olan sosyal dayanışmayı sürdürmek amacıyla milletlerarası hukuk ile iç hukuk arasındaki çatışmayı asgariye indirmeye çalıştıkları da bir gerçektir.

Görüldüğü gibi, klasik milletlerarası hukuk doktrininde geliştirilen kuram ve modeller; ve özellikle Objektivist kuramlar ve Monist model, Milletlerarası Anayasa Hukuku kavramını açıklamak için kullanılabilir tezler içermektedir.

Ancak, özellikle Objektivist kuramlar ve Monist model açısından şunu da göz ardı etmemek gerekir; Kelsen ve Scelle, Pozitivisttir. Dolayısıyla, milletlerarası hukuka ilişkin geliştirdikleri kuram ve modeller de Pozitivist bir temel üzerine inşa edilmiştir. Oysa milletlerarası ortak mekanlarda geliştirilen hukuki standartların temelinde insan hakları vardır. İnsan haklarına dayanan ve birey yararına sürekli gelişen Milletlerarası Anayasa Hukukunu Pozitivizmin dondurulmuş kalıpları içinde açıklamak güçtür.³²¹ Doğal hukukla Pozitif hukuk arasındaki ezeli çatışma, bir başka kimlikle burada da karşımıza çıkmaktadır. Bu yüzden, Doğal hukuk ve Pozitif hukuku insan hakları bağlamında evrensel bir zeminde uzlaştırmaya çalışan teoriler üzerinde düşünmek gerekir.³²²

B)PRATİK PROBLEMLER

Milletlerarası Anayasa Hukukuna ilişkin pratik problemlerin ilki; Milletlerarası Anayasa Hukukunun milletlerarası kimliğine ilişkindir.

³²¹Bakır Çağlar'a göre; "Kelsen'in tipik örneğini verdiği, Hukuku kapalı bir düzen sayan ve bu anlayış çerçevesinde, "Hukukun saf teorisi"ni kurmaya imkan hazırlayan "Hukuki pozitivizmden sonra bugün, farklı bir "pozitivizm" üzerinde düşünülmektedir: "Sosyolojik pozitivizm". Sosyolojik Pozitivizm, Doğal Hukuk metafizik kurgusunu kullanmadan, belli zaman ve mekanlarda insan haysiyetine saygı için gerekli görülen ve insan hakları deklarasyonları, anayasalar, milletlerarası sözleşmelerde, ya da "Yargıçlar Hukuku"nda tanınan hak ve hürriyetleri "doğal haklar" saymak yerine "sübjektif haklar" olarak görmektedir.Hukuku sosyal "background"u ile birlikte düşünen "Sosyolojik pozitivizm", Milletlerarası İnsan hakları ve Anayasa Hukuklarını, kurulmakta olan "Milletlerarası Sivil Toplum" çerçevesinde düşünmeyi kolaylaştırmaktadır. Başka bir ifade ile, "Sosyolojik Pozitivizm", metafizik kurgulara gitmeden, "Hukuk"un yeni şekillenmekte olan yapısını kavramakta operasyonel bir cihazdır. Çağlar, Anayasal Demokrasi, s.1-2.

³²²Bu konuda Carleton Üniversitesi Profesörlerinden John O'Manique'in geliştirdiği teori ilginçtir. O'manique, "Human Rights Quarterly" dergisinin 12.cildinde yayınladığı; "Universal and Inalienable Rights: A Search for Foundations," ve aynı derginin 14.cildinde yayınladığı "Development, Human Rights and Law" isimli makalelerinde, "Milletlerarası Gelişme" (International development) kavramını esas alarak insan hakları ve Pozitif hukuk için evrensel bir temel kurmaya çalışmaktadır. John O'manique, "Universal and Inalienable Rights: A Search for Foundations," H.R.Q., Vol.12, s.465-485. ve "Development, Human Rights and Law," H.R.Q., Vol.12, s.383-408.

Yukarıda yaptığımız çözümlerler göstermektedir ki; Milletlerarası Anayasa Hukuku kuralları özellikle Avrupa kaynaklıdır. Avrupa Ortak Mekanı'nda geliştirilen Milletlerarası Anayasa Hukuku kuralları sadece Avrupa'ya değil tüm dünyaya ihraç edilmektedir. Bunun en büyük nedeni, Avrupa'da kurulan hukuki yapının bir benzerinin evrensel düzeyde kurulamamış olmasıdır. Bugünkü haliyle, Birleşmiş Milletlerin, gerek yapısı gerek işleyişi açısından evrensel düzeyde hukuki standartlar üretilip, ihraç edecek durumda olduğu söylenemez.

Buna göre; Milletlerarası Anayasa Hukukunun gerçekten milletlerarası olup olmadığını düşünmek gerekir.

Milletlerarası Anayasa Hukukuna ilişkin pratik problemlerin ikincisi; Milletlerarası Anayasa Hukukunun Anayasa kimliğine ilişkindir.

Anayasa kuralları, çoğunluğun üzerinde uzlaştığı, uyulması zorunlu kurallardır. Bu kuralların mutlaka yazılı olması gerekmez, ancak çoğunluğun üzerinde uzlaşması şarttır. Çünkü çağdaş anlamda Anayasa bir "toplum sözleşmesi"dir. Anayasa kurallarına muhatap olanların bir kısmı belli kuralları benimseyip bunlara uyuyor, bir kısmı ise tersini yapıyorsa Anayasanın varlığından söz etmek güçleşir. Aynı şekilde, milletlerarası toplumun Anayasası da üzerinde çoğunluğun uzlaştığı kurallar bütünü olmalıdır.

Buna göre, Milletlerarası Anayasa Hukuku kurallarının gerçekten bütün devletler tarafından benimsenip benimsenmediğini düşünmek gerekir.

Milletlerarası Anayasa Hukukuna ilişkin pratik problemlerin üçüncüsü; Milletlerarası Anayasa Hukukunun hukuk kimliğine ilişkindir.

Bugünkü haliyle, milletlerarası ortak mekanlarda geliştirilen hukuki standartların müeyyide unsurunu içerdiği söylenebilir; bu standartlara uymayan devlet milletlerarası camianın dışında kalır. Milletlerarası camianın dışında kalan bir devletin tek başına ayakta kalması zordur. Ancak, kısmen veya tamamen milletlerarası camianın dışında kaldığı halde yaşayabilecek devletlerin olduğunu da düşünmek gerekir.

Buna göre; Milletlerarası Anayasa Hukuku kurallarının içerdiği bu müeyyidenin tek başına ayakta durabilecek kadar güçlü veya cesur (!) devletler açısından gerçekten bir müeyyide olup olmadığını düşünmek gerekir.

Sonuçta, Milletlerarası Anayasa Hukuku konusunda sorulması gereken soru şudur;

Milletlerarası Anayasa Hukuku; ne kadar milletlerarası, ne kadar Anayasa, ne kadar hukuktur?

C)TÜRKİYE

Türkiye'ye gelince;

1982 Anayasası Milletlerarası Anayasa Hukukuna kapalı bir Anayasadır. Avrupa Topluluklarına girebilmek için radikal bir anayasa değişikliğine ihtiyaç vardır. Ayrıca, Türk hukukunu bir bütün olarak Avrupa Toplulukları hukukuna uygun kılmak başlı başına bir problemdir. Henüz Topluluk üyesi olmadığımız için bu konuda pratikte önemli bir problemle karşılaşılmamaktadır. Ancak, insan hakları açısından durum farklıdır. Türkiye, A.İ.H.S.'ne taraftır. Ayrıca, A.İ.H.M.'ne kişisel başvuru hakkını tanımıştır. Ama, A.İ.H.S. Anayasaya göre, kanunlara eşdeğerdir. Öte yandan, Sözleşme, Türkiye'nin A.İ.H.M.'ne kişisel başvuru hakkını tanıırken koyduğu çekincelerle yara almıştır.

İşte Türk hukuk düzeninde Anayasanın bu eksikliğini Anayasa Mahkemesi ve Danıştay gidermektedir. Anayasa Mahkemesi ve Danıştay, içtihatlarıyla Milletlerarası Anayasa Hukuku kurallarını iç hukuka aktarmaktadır.

Milletlerarası ortak mekanlarda geliştirilen hukuki standartların her zaman iç hukukun önünde olacağını söylemek güçtür. İç hukukta geliştirilen standartlar bireyin daha lehinde olabilir. Bu durumda, milletlerarası standartlar birey için yararlı değil zararlı hale gelir.³²³

Ancak, Türkiye gibi, insan hak ve özgürlüklerinin Anayasada yeterince güvence altına alınmadığı, hayata geçirilmediği ülkelerde toplum, bu demokrasi eksikliğinin giderilmesi için talepte bulunur, hatta sivil bir baskı kurar. İşte zaman zaman pozitif düzenlemeleri zorladıkları için eleştirilen Anayasa Mahkemesi ve Danıştay toplumdan gelen bu talebi karşılamaktadır.

Bugünkü haliyle, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın tavrı olumlu görülebilir. Ancak, bu, içinde bir tehlikeyi de barındırmaktadır; Anayasa Mahkemesi ve Danıştay tarafından bugün demokrasi eksikliğini gidermek için zorlanan kanallar, ilerde şartlar değiştiğinde başka amaçlar için zorlanabilir.

Gelecekte, yerleşik bir Milletlerarası Anayasa Hukuku kurulabilir ya da kurulmayabilir. Başdöndürücü bir hızla değişen/ilerleyen dünyamızda, siyasi, sosyal ve ekonomik altyapının hukuki üstyapıyı nasıl etkileyeceğini kestirmek kolay

³²³Bu konuda İspanya'dan bir örnek verilebilir. İspanyol Anayasa Mahkemesi 62/1982 tarihli kararında, ifade özgürlüğünün, genel ahlakın korunması amacıyla sınırlanmasının mümkün olduğunu hükme bağlamıştır. Temel haklarla ilgili 20. maddede genel ahlak bir sınırlama sebebi olarak yer almadığı halde, Mahkeme söz konusu sınırlama sebebinin İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (m.29/2), Sivil ve Politik Hakların Korunmasına ilişkin Sözleşme (m.19/3b) ve AİHS (m.10/2) de bulunduğunu belirtmiş ve Anayasadaki temel hak ve özgürlükleri milletlerarası andlaşmalara uygun yorumlayarak hak ve özgürlüklerin alanını daraltmıştır. Temel hak ve özgürlükle için bir dayanak teşkil eden AİHS, bu örnekte sınırlamanın yasallığını gerekçelendirmek ve haklı çıkarmak için kullanılmıştır. Cavagna-Monteiro, a.g.m., s.178-179.

değildir. Ancak, Türkiye açısından önemli olan, bu konuda ortaya çıkabilecek gelişmelere hazırlıklı olmaktır.

O halde, bu konuda ilk yapılması gereken, milletlerarası hukukun iç hukuka üstünlüğü prensibinin Anayasada açıkça kabul edilmesidir.



BİBLİYOGRAFYA

- Abadan, Yavuz. "Devletler Umumi Hukuku ve Anayasalar," A.Ü.S.B.F.D., c.11, S.3.
- Akipek, Ömer İlhan. **Devletler Hukuku-I.Kitap** (Ankara, 1963: İstiklal Matbaası).
- Akılhoğlu, Tekin. "Uluslararası İnsan Hakları Kurallarının İç Hukukta Yeri ve Değeri," İ.H.M.D., Mayıs-Eylül 1991, c.I, S.2-3.
- Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Çeşitli Sayılar.**
- Anzilotti, Dionisio. **Devletler Hukuku-I.Cilt**, Çeviren: Sahir Erman (İstanbul, 1946: İ.Ü. Yayınları).
- Aral, Vecdi. "Kelsen'in Hukuk Anlayışı," İ.Ü.H.F.M., 1969, c.34.
- Arias, Oscar. "Silahsızlanma ve Zengin Ülkeler," NPQ, c.1, S. 2.
- Arsal, Orhan. "Dahili Hukukda Muahede Kanun mudur?," İstanbul Barosu Mecmuası'nın 9.sayısından ayrı bası (İstanbul, 1937: İstanbul Halk Basımevi), s. 5562.
- Arsava, Füsün. **Avrupa Toplulukları Hukuku ve Bu Hukukun Ulusal Alanda Uygulanmasından Doğan Sorunlar** (Ankara, 1985: A.Ü.S.B.F. Yayınları).
- Arsel, İlhan. **Anayasa Hukukunun Umumi Esasları** (Baskı yeri ve tarihi belirsiz).
- Attali, Jacques. "Avrupa'nın Kabileciliğe Dönüşü," NPQ, c.1, S. 4.
- Badinter, Robert-Genevois, Bruno "Anayasal Değerdeki Normlar ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi-Fransız Anayasa Konseyi Raporu," VII.Anayasa Mahkemeleri Konferansı-3 (Ankara, 1990: Anayasa Mahkemesi Yayınları).
- Bailey, S.H.-Gunn, M.J. Smith and Bailey on The Modern English Legal System (London, 1991: Sweet & Maxwell).
- Barrett, Edward L.-Cohen, William. **Constitutional Law** (New York, 1981-6th Edition: The Foundation Press, Inc.).
- Batum, Süheyl. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri** (İstanbul, 1990: Yayınlanmamış Doktora Tezi).
- Bechlivanou, Georgia. "Greece," in **The European Convention for the Protection of Human Rights, International Protection versus National Restrictions**, ed. by Mireille Delmas-Marty (Netherlands, 1992: Kluwer Academic Publishers).
- Belgesay, Mustafa Reşid. "Kanun ile Muahede Arasında Münasebet," Cemil Bilsel'e Armağan (İstanbul, 1939: İ.Ü.H.F. Yayınları).
- Bell, Andrew. "Current Developments: EC Law-Constitutional Aspects," I.C.L.Q., Vol.40, January 1991.
- Berger, Vincent. **Case Law of the European Court of Human Rights-Vol.I: 1960-1987** (Dublin, 1989: The Round Hall Press).
- Berlin, Isaiah. "Volksgeist'in Dönüşü," NPQ, c.1, S. 3.
- Bilsel, Cemil. **Devletler Hukuku-Giriş** (İstanbul, 1940-İkinci Baskı: İ.Ü. Yayınları).
- Bravo, Luigi Ferrari. "The Relationship Between International and Domestic Law," European Commission for Democracy Through Law-Report, Topic III, Strasbourg, 26 April 1993.

Cameron, Iain. "Turkey and Article 25 of the European Convention on Human Rights," *I.C.L.Q.*, Vol.37, October 1988, s.887-925.

Camillieri, Joseph. "Rethinking Sovereignty in a Shrinking, Fragmented World," in *Contending Sovereignties-Redefining Political Community*, ed. by R. B. J. Walker-Saul H. Mendlovitz, (Colorado, 1990: Lynne Rienner Publishers Inc.).

Cappelletti, Mauro-Cohen, William. *Comparative Constitutional Law* (New York, 1979: The Bobbs-Merrill Company, Inc. Publishers).

Cappelletti, Mauro. *Judicial Review in the Contemporary World* (New York, 1971: The Bobbs-Merrill Company, Inc.).

Cavagna, Eliette-Monteiro, Evelyne. "Iberian Peninsula : Spain and Portugal," in *The European Convention for the Protection of Human Rights, International Protection versus National Restrictions*, ed. by Mireille Delmas-Marty (Netherlands, 1992: Kluwer Academic Publishers).

Collins, Neil-McCann, Franck. *Irish Politics Today* (Manchester, 1991, 2nd Ed.: Manchester University Press).

da Costa, J.M. Cardoso. "Anayasal Değerdeki Normlar ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi-Portekiz Anayasa Mahkemesi Raporu," *VII.Anayasa Mahkemeleri Konferansı-3* (Ankara, 1990: Anayasa Mahkemesi Yayınları).

Crozat, Charles. *Devletler Umumi Hukuku-Cilt I*, Çeviren: Edip Çelik (İstanbul, 1950: İ.Ü. Yayınları).

Çağlar, Bakır. *Anayasa Bilimi* (İstanbul, 1989: BFS Yayınları).

....."Avrupa Yeni Mekanında Kurumsallaşma: Hukuk ve Demokrasi," Anayasa Mahkemesi'nin 30. kuruluş yıldönümü nedeniyle düzenlenen Uluslararası Sempozyumda sunulmak üzere hazırlanan tebliğ, Çoğaltma, [Hukuk ve Demokrasi].

....."Milletlerarası Anayasa Hukuku Kurulurken Anayasa Yazmak," Mülkiyeliler Birliği İstanbul Şubesi'nin, 13-18 Mayıs 1991 tarihinde İstanbul'da düzenlediği "Anayasa Forumu"na sunulmak üzere hazırlanan tebliğ, Çoğaltma, [Milletlerarası Anayasa Hukuku].

....."Hukukla Kavranan Demokrasi ya da Anayasal Demokrasi," Anayasa Mahkemesi'nin 31.Kuruluş Yıldönümü nedeniyle düzenlenen Anayasa Yargısı konulu Sempozyuma sunulan tebliğ, Ankara, 1993, Çoğaltma, [Anayasal Demokrasi].

....."Milletlerarası İçtihadı Anayasa Hukuku Üzerine Notlar ya da "Hürriyetler Mekanı"nın Yargıları (1)," *İ.H.M.D.*, 1991, S.2-3.

....."Anayasa'nın Hukuku ve Anayasa'nın Yargıcı Yenilenen Anayasa Kavramı Üzerine Düşünceler," *Anayasa Yargısı* (Ankara, 1991: Anayasa Mahkemesi Yayınları). [Yenilenen Anayasa].

..... "Anayasa Yargısı ve Normatif Devreler Analizi," *Anayasa Yargısı* (Ankara, 1989: Anayasa Mahkemesi Yayınları). [Normatif Devreler].

Çelik, Edip. *Milletlerarası Hukuk-I.Kitap* (İstanbul, 1987-İkinci Baskı: Filiz Kitabevi).

....."Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulanması," *İ.H.İ.D.*, 1988, S.1-3.

Decaux, Emmanuel. *AGİK*, Çeviren: Gökçen Tunalı Alpkaya (İstanbul, 1993: İletişim Yayınları).

Deener, David R. "Some Post World War II Trends in the Relationship of Municipal Law to Treaty Law," *I.J.I.L.*, 1965, s.267-305.

van Dijk, P.-van Hoof, G.J.H. **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights** (Deventer, 1990-2nd Edition: Kluwer Law and Taxation Publishers).

Doğan, İzzettin, **Türk Anayasa Düzeninin Avrupa Toplulukları Hukuk Düzeniyle Bütünleşmesi Sorunu** (İstanbul, 1979: İ.Ü.H.F. Yayınları).

Easton, David. **The Political System-An Inquiry into the State of Political Science** (New York, 1981: Reprint of the 2nd. ed. Published by Knopf).

Economides, Constantin. "The Relationship Between International and Domestic Law," **European Commission for Democracy Through Law-Report, Topic IV**, Strasbourg, 10 May 1993.

Elazar, Daniel. **Federal Systems of the World-A Handbook of Federal, Confederal and Autonomy Arrangements** (1991, Exeter: Longman Current Affairs).

Elekdağ, Şükrü. "ABD'nin Küresel Strateji Arayışları (I)," **Milliyet**, 19.5.1992.

Eroğlu, Hamza. **Devletler Umumi Hukuku** (Ankara, 1991-Üçüncü Baskı: Adım Yayıncılık).

Errera, Roger. "Recent Decisions of the French Conseil D'Etat-Nicolo Case," **P.L.**, Spring 1990.

..... "Recent Decisions of the French Conseil D'Etat-Ragusi, Raso cases," **P.L.**, Spring 1991.

..... "Recent Decisions of the French Conseil D'Etat-Chardonnean, Serwah, Association Pour l'Objection a Toute Participation a l'Avortement cases," **P.L.**, Spring 1991.

..... "Recent Decisions of the French Conseil D'Etat-Beldjoudi, Belgacem and Mme. Babas cases," **P.L.**, Autumn 1991.

Falk, Richard "Evasions of Sovereignty" in **Contending Sovereignities-Redefining Political Community**, ed.by R.B.J.Walker-Saul H. Mendlovitz, (Colorado, 1990: Lynne Rienner Publishers Inc.).

Favoreu, Louis. "Constitutional Review in Europe," in **Constitutionalism and Rights-The Influence of the United States Constitution Abroad**, ed. by Louis Henkin and Albert Rosenthal (New York, 1990: Columbia University Press).

Finer, S. E. "Notes Towards a History of Constitutions," in **Constitutions in Democratic Politics**, ed. Vernon Bogdanor (Cambridge, 1988: Gower Publishing Company).

Forman, John "The European Communities Act 1972," **C.M.L.R.**, Vol.10, No. 1, February 1973.

Fuentes, Carlos. "Milletlerin Çözülüşü," **NPQ**, c.1, S. 3.

Gaja, Giorgio. "New Developments in a Continuing Story: The Relationship Between EEC Law and Italian Law," **C.M.L.R.**, Vol.27, 1990.

Gardels, Nathan. "Ulus Devlet Sonrasında Demokrasi," **NPQ**, c.1, S. 4.

Gemalmaz, Mehmet Semih. **Latin Amerika'da İnsan Hakları** (İstanbul, 1991: Kavram Ajans Yayıncılık).

..... "Ulusalist Hukuk Düzeni: Avrupa Topluluğu ve İnsan Hakları," **A.Ü.S.B.F.D.**, Ocak-Haziran 1991, s.205-223.

Gibson, John S. **International Organizations, Constitutional Law, and Human Rights** (1991, New York: Praeger Publishers).

Goerens, François. "Lüksemburg Raporu," VII.Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, **Anayasa Yargısı** (Ankara, 1988: Anayasa Mahkemesi Yayınları).

Gottfried, Paul Edward. **Carl Schmitt-Politics and Theory** (New York, 1990: Greenwood Press).

Gölcüklü, Feyyaz. "Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi-Avrupa İnsan Hakları Divanı Raporu," VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı-Cilt IV (Ankara,1990: Anayasa Mahkemesi Yayınları).

Gözübüyük, Şeref. **Anayasa Hukuku** (Ankara,1986: "S" Yayınları).

....."Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri," **İnsan Hakları Kurallarının İç Hukukta Uygulanması** (Ankara, 1992: A.Ü.S.B.F. Yayınları).

Grief, Nicholas. "The Domestic Impact of the European Convention on Human Rights as Mediated Through Community Law," **P.L.**, Winter 1991.

Guesdes, Armando M. Marques. "Portekiz Anayasa Mahkemesi," **Anayasa Yargısı**, (Ankara, 1987: Anayasa Mahkemesi Yayınları).

Gürbüz, Yaşar. **Anayasalar** (İstanbul, 1981: Filiz Kitabevi).

Henkin, Louis. **The Rights of Man Today** (Boulder,Colorado, 1978: Westview Press).

..... **Constitutionalism, Democracy, and Foreign Affairs** (New York, 1990: Columbia University Press). [Foreign Affairs].

Henkin-Pugh-Schachter-Smit, **International Law-Cases and Materials** (St.Paul, Minn., 1987-Second Edition: West Publishing Co.).

Herzog, Roman. "Anayasal Değerdeki Normlar ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi-Alman Federal Anayasa Mahkemesi Raporu," VII.**Anayasa Mahkemeleri Konferansı-3** (Ankara, 1990: Anayasa Mahkemesi Yayınları).

Hinsley, F.H. **Sovereignty** (London, 1966: C.A.Watts & Co.Ltd.).

Huntington, Samuel P. **Üçüncü Dalga-Yirminci Yüzyıl Sonlarında Demokratlaşma, Çeviren: Ergun Özbudun** (Ankara, 1993: Türk Demokrasi Vakfı Yayınları).

Kaneti, Selim. "Avrupa Topluluğu Hukukunun Üstünlüğü Karşısında Türkiye Cumhuriyeti Anayasası," **Anayasa Yargısı** (Ankara, 1990: Anayasa Mahkemesi Yayınları).

Kapani, Münci, **Politika Bilimine Giriş** (Ankara, 1988-4.Basım: Bilgi Yayınevi) [Politika Bilimi].

.....**İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları** (Ankara, 1991-İkinci Basım: Bilgi Yayınevi) [İnsan Hakları].

Keyman, Selahattin. **Hukuka Giriş ve Metodoloji** (Ankara, 1981: Doruk Yayınları).

Kili, Suna-Gözübüyük, Şeref.**Türk Anayasa Metinleri** (Ankara,1985: İşBankası Yayınları).

Koopman, T. "European Public Law: Reality and Prospects," **P.L.**, Spring 1991.

Kuzu, Burhan. **Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat** (İstanbul, 1988: Filiz Kitabevi).

Lapidoth, Ruth. "Sovereignty in Transition," **J.I.A.**, Vol.45, Winter 1992, No.2.

Levi, Werner. **Contemporary International Law-A Concise Introduction** (Boulder, 1991-Second Edition: Westview Press).

Lieberman, Jethro K. **The Evolving Constitution** (New York, 1992: Random House).

Lillich, Richard B. "The Constitution and International Human Rights," **A.J.I.L.**, Vol.83, No.4.

Luciani, Massimo. "Anayasal Değerdeki Normlar ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi-İtalya Anayasa Mahkemesi Raporu," VII.Anayasa Mahkemeleri Konferansı-3 (Ankara, 1990: Anayasa Mahkemesi Yayınları).

Lütem, İlhan. **Devletler Hukuku Dersleri-I.Kitap** (Ankara, 1959-İkinci Baskı: Balkanoğlu Matbaacılık Ltd.Şti.).

..... **Egemenlik Kavramı ve Devletlerarası Hukuk** (Ankara, 1947: Sakarya Basımevi).

Madra, Ömer. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı** (Ankara, 1981: A.Ü.S.B.F. Yayınları).

Manin, Phillippe. "The Nicolo Case of the Coseil d'Etat: French Constitutional Law and Supreme Administrative Court's Acceptance of the Primacy of Community Law Over Subsequent National Statute Law," **C.M.L.R.**, 1991, Vol.28.

Mansur, Fatma. **Process of Independence** (Bristol, 1962: Routledge & Kegan Paul).

Meray, Seha L. **Devletler Hukukuna Giriş-I.Cilt** (Ankara, 1960-İkinci Baskı: A.Ü.S.B.F. Yayınları).

de Michelis, Gianni. "Newton'cu Demokrasinin Ötesine Doğru," **NPQ**, c.1, S. 4.

Mirkine-Guetzévitch, B. **Droit Constitutionnel International** (Paris, 1933: Librairie du Recueil Sirey).

Moderne, Franck. "Human Rights and Postcolonial Costitutions in Sub-Saharan Africa," in **Constitutionalism and Rights-The Influence of the United States Constitution Abroud**, ed. by Louis Henkin and Albert Rosenthal (New York, 1990: Columbia University Press).

Murphy, Walter F.-Tanenhaus, Joseph. **Comparative Constitutional Law** (New York, 1977: St. Martin's Press, Inc.).

Nickel, James. **Making Sense of Human Rights** (California, 1987: University of California Press).

Norgaard, Carl Aage. "The Relationship Between International and Domestic Law," **European Commission for Democracy Through Law-Report, Topic I**, Strasbourg, 23 April 1993.

NPQ, "Son Çağdaş Yüzyıl Özel Sayısı," c.1, S.1.

O'manique, John. "Universal and Inalienable Rights: A Search for Foundations," **H.R.Q.**, Vol.12.

..... "Development, Human Rights and Law," **H.R.Q.**, Vol.12, s.383-408.

Okandan, Recai G. **Umumi Amme Hukuku** (İstanbul, 1976: İ.Ü. Yayınları).

Özbudun, Ergun. **Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı** (İstanbul, 1993: Bilgi Yayınevi). [Anayasa Yapımı].

..... **Türk Anayasa Hukuku** (Ankara, 1993-Üçüncü Baskı: Yetkin Yayınları). [Anayasa Hukuku].

Özman, Aydoğan. "Devletlerin Egemenliği ve Milletlerarası Teşekküller," A.Ü.H.F.D., c.21, s.53-121.

Pazarcı, Hüseyin. **Uluslararası Hukuk Dersleri-I.Kitap** (Ankara, 1989-İkinci Basım; Turhan Kitabevi).

..... Avrupa Toplulukları Hukuk Düzeninde İnsan Haklarının Korunması ve Türkiye," Bahri Savcı'ya Armağan (Ankara, 1988: Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayınları).

Pinero, D. Miguel Rodriguez-Ferrer, Bravo-Villa, D. Jesus Leguina. "Anayasal Değerdeki Normlar ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi-İspanya Anayasa Mahkemesi Raporu," VII.Anayasa Mahkemeleri Konferansı-3 (Ankara, 1990: Anayasa Mahkemesi Yayınları).

Pogany, Stephen I. "Human Rights in Hungary," I.C.L.Q., Vol.41, July 1992.

Poggi, Gianfranco. **Çağdaş Devletin Gelişimi**, Türkçesi: Şule Kut-Binnaz Toprak (İstanbul, 1990: Hürriyet Vakfı Yayınları).

..... **The State-Its Nature, Development and Prospects** (UK, 1990: Polity Press).

Renner, Michael. "Preparing for Peace," in **State of the World 1993** (USA, 1993: Worldwatch Institute).

Sandel, Michael. "Ulus Sonrası Demokrasi Elektronik Bonapartizme Karşı," NPQ, c.1, S. 4.

Savcı, Bahri. "İnsan Hakları Üzerine, Uluslararası Alanda, "Norm-İlke"ler ve Türk İç Hukuku," A.Ü.S.B.F.D., 1980, c.35.

Schermers, Henry G. "The European Communities Bound by Fundamental Human Rights," C.M.L.R., Vol.27, 1990.

Schroeder, Gertrude E. "On the Economic Viability of New Nation States," J.I.A., Vol.45, No.2, Winter 1992.

Schwartz, Herman "Constitutional Developments in East Central Europe," J.I.A., Vol.45, No.1, Summer 1991.

Sencer, Muzaffer. "Uluslararası Hukukun Türk Hukukundaki Yeri," M.B.D., Mart 1988, S.93.

Shaw, Malcolm N. **International Law** (Cambridge, 1986-Second Edition: Grotius Publications Limited).

Soysal, Mümtaz. "Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler," **Anayasa Yargısı** (Ankara, 1986: Anayasa Mahkemesi Yayınları).

..... **Anayasanın Anlamı** (İstanbul, 1987-Yedinci Baskı: Gerçek Yayınevi).

Starke, J. G. **Introduction to International Law** (London, 1984-Ninth Edition: Butterworths).

..... **Studies in International Law** (London, 1965: Butterworths).

Symmons, Clive R. "International Treaty Obligations and the Irish Constitution," I.C.L.Q., Vol.41.

Teziç, Erdoğan. **Anayasa Hukuku** (İstanbul, 1991-İkinci Baskı: Beta Yayınları).

The International Institute for Strategic Studies, **The Military Balance 1992-1993** (UK, 1992: Halstan & Co.Ltd).

The Netherlands-Constitutional Chronology 1982-1990 in "Constitutions of the Countries of the World" ed. by Albert P.Blaustein and Gisbert H.Flanz, Oceana Publications, Inc., 1992.

Toffler, Alvin ve Heidi. "21.Yüzyıl Demokrasisi: Zamanı Gelen Bir Görüş," NPQ, c.1, S. 4.

Toluner, Sevin. *Milletlerarası Hukuk ile İç Hukuk Arasındaki İlişkiler* (İstanbul, 1973: İ.Ü. Yayınları).

Triepel, H. "İç Hukukla Arşulusal Hukuk Arasındaki Münasebetler," Çeviren:Orhan Arsal, İ.Ü.H.F.M., c.3, Yıl 3, 1937.

Tulkens, Françoise. "Belgium," in *The European Convention for the Protection of Human Rights, International Protection versus National Restrictions*, ed. by Mireille Delmas-Marty (Netherlands, 1992: Kluwer Academic Publishers).

Velu, Jacques. "Anayasal Değerdeki Normlar ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi-Belçika Yargıtay'ı Raporu," *VII.Anayasa Mahkemeleri Konferansı-4* (Ankara, 1990: Anayasa Mahkemesi Yayınları).

Von Hippel, Franz. "Danger: warheads being dismantled," *The World in 1993-The Economist Publications*.

Wade, E.C.S.-Phillips, G. Godfrey. *Constitutional and Administrative Law* (New York, 1979-9th edition: Longman).

Warner, J.P. "The Relationship Between European Community Law and the National Laws of Member States," *Law Quarterly Review*, Vol.93, July 1977.

Winterton, George . "The British Grundnorm: Parliamentary Supremacy Re-examined," *L.Q.R.*, Vol.92, October 1976.

Yetkin, Murat. *Ateş Hattında Aktif Politika* (İstanbul, 1992: Alan Yayıncılık).

Yüzbaşıoğlu, Necmi. *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku* (İstanbul, 1991: Yayınlanmamış Doçentlik Tezi).

SUMMARY

Today, the human being stands at the dawn of a new era which is depicted by stunning changes and unprecedented improvements. As the humanity moves toward the 2000's, certain compelling facts which cannot be neglected, are encountered in social, economic and political areas. In this context, International Constitutional Law is, first a phenomenon, and then, a brand new concept in Constitutional Law theory which is a product of changing conditions.

Some of the concepts, such as state, sovereignty, human rights and international law, are being redefined.

The state, has more opportunity to provide the individual's wealth and happiness in post-cold war era. It can be compelled to fulfill this duty by the individuals as well as the international actors who put pressure on the state for individual's benefit. The individual is one of the subject of international law by reason of international protection of human rights and the human rights problem is not the only problem of domestic law anymore, but also the problem of international law.

Most of the areas being international through the internationalization process which has economic, social and political dimensions and the International Constitutional Law takes place at the legal dimension of this process. Classical international law is established upon "Two different space theory; national space, international space." International Constitutional Law is constructed upon the ruins of this theory.

Especially, in European Common Space, multilateral international conventions, such as European Convention on Human Rights and European Communities Agreements, as the rigid (sanctioned) law of international law, create conventional international standards; and the decisions of international courts which functions as a constitutional court, such as European Court on Human Rights and Court of Justice, create jurisprudential international standards. These standards which are reinforced by the multilateral international declarations, such as CSCE, as the soft law of international law, prepare the underlying conditions of a liberal-democratic model of society.

These standards, which is produced in European Common Space are being exported to European states and the others. They penetrate into domestic law, mediated through two essential channels; Constitutions and Constitutional (or Supreme) Courts.

The European states are the first hand, and the other states are the second hand consumers of these standards while Turkey is one of the second hand consumer.

Last consumers of these standards are individuals, because human rights take place at the basis of them.

Since, the International Constitutional Law is a brand new concept in Constitutional Law Theory, it includes many problems (theoretical and practical) which have to be deliberated on meticulously.

Three questions should be asked about International Constitutional Law; to what extent International Constitutional Law, international, constitutional, and law?

From the perspective of Turkey, it can be said that, implementation of International Constitutional Law standards has some difficulties because of the closed system of 1982 Turkish Constitution. The Constitution must be amended radically to become a member of EEC. Since, we are not member of EEC, serious problems are not seen on this subject in practice, but Turkey has different position before the ECHR. It can not be applied in Turkey as it should be, because the reservations devaluate the effectiveness of the Convention. In addition, it has force of law in Turkish legal system.

Constitutional Court and Council of State are trying to fill the gap of the Constitution and transporting the International Constitutional Law rules into domestic law.

Today, attitude of Constitutional Court and Council of State, can be assess positively, but it includes a risk, the channels which are exerted today by the Constitutional Court and Council of State, can be exerted to obtain different goals in the future.

Consequently, Turkey has to be ready to the future developments on this subject. The first thing should be done by Turkey, to amend the Constitution and accept the principle of supremacy of international law in the Constitution explicitly.

T.C. YÜKSEKÖĞRETİM KURULU
DOKÜMANTASYON MERKEZİ