

DÖRDÜNCÜ OTURUM

OTURUM BAŞKANI : *Prof. Dr. Fazıl SAĞLAM*^(*)

“TÜRK ANAYASASI’NIN AVRUPA ANAYASASI’NA UYUM SORUNU”

KONUŞMACILAR : 1) *Prof. Dr. Necmi YÜZBAŞIOĞLU*

“Türk Anayasası’nın Avrupa Anayasası’na
Uyum Sorunu Üzerine Bir Değerlendirme”

: 2) *Prof. Dr. Alain BOCKEL*

“Türk Anayasasının Avrupa Anayasasıyla
Uyum Sorunu – Değerlendirme”

: 3) *Doç. Dr. Zühtü ARSLAN*

“İki Anayasa İki Tarz-ı Demokrasi: Avrupa
Anayasası ve Türk Anayasası Üzerine
Notlar”

: 4) *Prof. Dr. Turgut TARHANLI*

“Anayasa ve Gelecek“

: 5) *Doç. Dr. Oktay UYGUN*

“Avrupa ve Türk Anayasası: Temel İlkeler
Yönünden Genel Bir Değerlendirme”

^(*) Anayasa Mahkemesi Emekli Üyesi

TÜRK ANAYASASININ AVRUPA ANAYASASINA UYUM SORUNU ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME

Prof. Dr. Necmi YÜZBAŞIOĞLU^()*

Sayın Başkan, değerli dinleyiciler. Ben öncelikle böylesine güncel konuyu ele alan bir sempozyum düzenledikleri için Anayasa Mahkememizin değerli başkanına ve bu sempozyumu düzenlemede katkıları olan üyelerine teşekkür etmek istiyorum.

İki gündür Avrupa Birliği Anayasası'nın oluşum sürecini ve içeriğini değişik yönleri ile irdeleyen tebliğler dinledik. Ben özellikle genç meslektaşlarımı sundukları kapsamlı ve derinliği olan tebliğleri için kutluyorum. Hepsi oldukça aydınlatıcı ve doyurucu idi. Doğrusu ben kendilerinden çok yararlandım. Hepsinin sunuşları ile ilgili ayrıntılı notlar aldım. Bana ayrılan süre bunları tek tek yorumlayıp değerlendirmem için yeterli değil. Kaldı ki, sanıyorum kendileri de tebliğlerin tümünü sunamadılar. Söyleyecekleri daha çok şeyler vardı. Ancak, Avrupa Birliği Anayasası'nı tanıtabildiler. Özellikle bu toplantının konusunu teşkil eden Türk Anayasası'nın Avrupa Anayasası'na uyum sorunu üzerinde yeterince duramadılar.

Bu nedenlerle, ben sunulan tebliğleri ayrı ayrı değerlendirmek yerine, bunlardan çıkarılabilecek ortak noktaları ya da sonuçları belirlemeye çalışacağım ve daha sonra da eksik kaldığını düşündüğüm ve bu toplantının asıl konusunu teşkil eden, Avrupa Anayasası'na uyum sağlamak için Türk Anayasası'nda yapılması gereken somut öneriler üzerinde duracağım.

1950'lerde Avrupa'da ekonomik işbirliği amacı doğrultusunda Avrupa Ekonomik Topluluğu ile başlayıp, değişik aşamalar katetikten sonra, bu dayanışmanın Avrupa'da siyasal birlik sürecine dönüşerek, en son 2004'te Avrupa Birliği Anayasası olarak karşımıza çıkan bu belgenin, birçok yönden tartışmaya açık olduğu anlaşılmaktadır.

1- Öncelikle bu belge nitelik olarak bir Anayasa mıdır, yoksa uluslararası belge midir? Uluslararası belge niteliğini değerlendirmek benim uzmanlık alanım dışında kalmaktadır. Anayasa niteliği bakımından değerlendirdiğimizde, Avrupa Birliği organlarının ve üye devletlerin egemenliğin kullanılmasına ilişkin yetki paylaşımlarını belirlemesi ve Avrupa Birliği vatandaşlarının temel hak ve özgürlüklerini güvence altına almış olması nedeniyle, maddi anlamda bir Anayasa özellikleri taşıdığı söylenebilir. Başka bir ifadeyle, içerik olarak Anayasa özellikleri taşımaktadır. Ancak, bunu bir Anayasa olarak nitelendirmek gerekirse, dörtüç küsür maddelik ayrıntılı hükümleriyle bunun normatif, düzenleyici bir Anayasa olduğunu da vurgulamak gerekir.

2- Keza, bu Anayasa ile Avrupa'da oluşturulmaya çalışılan bu yeni örgütlenme modeli bir federal yapılanma türü müdür, yoksa yeni bir yapılanma mıdır sorusuna verilecek cevap da pek kolay değildir.

3- İki gündür izlediğimiz tebliğlerle tanımaya çalıştığımız AB Anayasası'nın bir sorunlar yumağı olduğu anlaşılıyor. Bu sorunlar yetki paylaşımı ile başlıyor, münhasır yetkiler, paylaşılan yetkiler, üye ülkelerin yetkileri, örtülü yetkiler, boşluk doldurma, AB organlarının yetki aşımı, ikincillik, orantılılık sorunları diye sürüp gidiyor. Keza, Avrupa Anayasa düzeni ile ulusal anayasa düzenleri arasındaki ilişkiye sadece normlar düzeyinde bakmamak, içtihadî hukuka ve uygulamadaki farklı duyarlılıklara da bakmak gerekir.

4- Yine, temel hakların korunması bakımından, Temel Haklar Şartı'nın yetersizliği, aynı mekanda iki koruyucu hukuk düzeninin çatışması bir başka sorundur: AB hukuku ile AİHS hukuk çatışması. Esasen bu çatışma, çekişme hep vardı. AB Hukuku biraz da bu çatışma ve çekişme ile beslendi, gelişti. Bu çekişmede AİHS Hukuku hep bir adım önde idi. AB Anayasası'nın onaylanıp yürürlüğe girmesiyle öyle anlaşılıyor ki, bu çekişme daha da artacak

^(*) Galatasaray Üniversitesi Rektör Yardımcısı

gibi görünüyor. Ancak, AİHS daha koruyucu, daha sistematik ve yerleşik uygulamaları ile bu çekişmede yine bir adım önde olacak gibi. Bu doğrultuda Temel Haklar Şartı'nda özgürlükler için neden genel sınırlama sebepleri öngörüldüğü gerçekten anlamlı bir soru. Bu soru aynı zamanda, temel hak ve özgürlüklerin korunmasında AB Anayasası'ndan sonra da AİHS düzeninin bir adım önde olacağına cevabı.

5- Avrupa Anayasası kavramı ile esasen yeni karşılaşmıyoruz. Biz Anayasacılar, kamu hukukçuları hep AİHS'ni Avrupa liberal kamu hukuku şartı, Avrupa kamu düzeninin Anayasal belgesi olarak nitelendirirdik. Bu nedenle, biz öteden beri Avrupa Anayasası ile uyum çabası içindeyiz. Bu nedenle iki belgeyi bütün olarak Avrupa norm ve standartlarıyla uyum olarak ele almalıyız ve bunun için de bizim Anayasamızda ne yapmalıyız sorusuna cevap aramalıyız.

Bu toplantının konusu çerçevesinde, Anayasamızı Avrupa normları ile uyum yönünden incelediğimizde sorunları üç grupta toplamak mümkündür.

1. Grup: Temel haklar ve özgürlükler rejimi

2. Grup: Egemenlik yetkisinin Avrupa kurumları organları ile paylaşımı ve bununla doğal illiyet bağı içinde ulusalüstü hukuk-ulusal hukuk ilişkisi bağlamında kurullar kademelenmesi

3. Grup: Hukukun üstünlüğü ya da hukuk devleti

- Bunlardan 2. grubun Türkiye AB'ne tam üye oluncaya kadar aciliyeti yoktur, denebilir. Çünkü, Türkiye, egemenlik yetkisinin paylaşımı sorunuyla, esas olarak, AB'ne tam üye olduğunda karşılaşacaktır. Bu nedenle, bu sorunun çözümünün AB'ne tam üyeliğe kadar tahammüllü olduğu söylenebilir. Ancak, egemenlik yetkisini sağlıklı paylaştırmadan ulusalüstü hukuk-ulusal hukuk ilişkisini sağlıklı kurabilmek ve bunun uygulaması olarak kurullar kademelenmesindeki sorunları aşabilmek pek kolay olmayacaktır.

- Avrupa norm ve standartlarına uyum bakımından olduğu kadar Türkiye'nin ihtiyaçları bakımından da öncelikli sorunlar 1. ve 3. Grup sorunlardır.

A- 1. Grupta yer alan "Temel hak ve özgürlükler" rejiminin Avrupa norm ve standartları ile uyumu bakımından 1995 ve özellikle 2001 Anayasa değişikliklerinde önemli mesafeler katedilmiştir. 13. maddede yapılan değişiklikle, genel sınırlama sebeplerinden kademeli, farklılaştırılmış, özel sınırlama sebeplerine geçiş; sınırlamanın sınırı olarak demokratik toplum düzeninin gereklerinin yanında "öze dokunma yasağı" (çifte korse) getirilişi ve böylece sınırlama rejiminden özgürlükleri koruma rejimine geçiş, Avrupa norm ve standartlarına uyum bakımından hiç kuşkusuz en temel ve somut bir ilerlemedir.

Keza, 14. maddede yapılan değişiklikle özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağı bakımından daha sınırlı ve somut çerçeve belirlenmesi de önemlidir.

Ancak, böyle bir sistem değişikliğinde, tutarlı, uyumlu ve bütüncül olabilmek bakımından, Anayasa'da yer alan bütün hak ve özgürlükler tek tek gözden geçirilmeli ve her bir hak ve özgürlüğün düzenlendiği ilgili maddesine, o temel hak ve özgürlüğün koruduğu nesnel yaşam alanının içeriği ve niteliğine uygun sınırlama sebepleri konulmalı idi. 2001 değişikliğinin en büyük eksiği bunun bütün olarak değil, bazı hak ve özgürlükler için, yani kısmen yapılmasıdır. Bu da doğal olarak, bu doğrultuda değişiklik yapılmayan temel hak ve özgürlükler bakımından belirsizliklere, boşluklara ve dolayısıyla da temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması sisteminde tutarsızlıklara yol açmıştır. Bu durum Avrupa norm ve standartları ile de uyumsuzdur. Bazı hak ve özgürlüklerin sınırlama sebepleri bakımından Avrupa normlarının altında kalınırken, bazılarında da aşılmıştır.

Bunlara birkaç örnek vermek gerekirse:

a) Yerleşme ve seyahat hürriyeti

Anayasa madde 23'e göre sınırlama sebepleri, "suç işlenmesini önlemek, sosyal ve ekonomik gelişmeyi sağlamak, sağlıklı ve düzenli kentleşmeyi gerçekleştirmek ve kamu mallarını korumak" olarak sayılmış.

AIHS Ek 4 Nolu Protokol madde 2'ye göre ise sınırlama sebepleri "ulusal güvenlik, kamu güvenliği, kamu düzeni, suçların önlenmesi, sağlık ve ahlakın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması" olarak sayılmış.

Genel sağlığın, kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel ahlakın korunması bizde yer almıyor. Bu durumda, salgın hastalıktan, yangın veya inşaat tehlikesi gibi hallerden korunmak için bir bölgenin karantina altına alınmasının anayasal bir dayanağı bulunmamaktadır.

b) Hak arama hürriyeti

Anayasa'nın 36. maddesi hak arama hürriyeti bakımından hiçbir sınırlama sebebi öngörmemiştir. Bu durumda bazı mahkeme kararlarına karşı temyiz yolunun kapatılmasının bir Anayasal dayanağı bulunmamaktadır.

Buna karşın AIHS'ne Ek 7 Nolu protokolün 2. maddesine göre, "Cezai konularda, üst derece mahkemeye başvuru hakkına, kanunun öngördüğü hafif suçlar için veya ilgilinin ilk derecede en yüksek dereceli mahkemede yargılanmış olması halinde veya beraat kararı verilmesi halinde" istisna getirilebilmektedir. Başka bir ifadeyle, bu hallerde kanunla temyiz yolu kapatılabilmektedir. Bizim Anayasamızın 36. maddesine de benzer sınırlama sebepleri konulabilir.

c) Çalışma ve sözleşme hürriyeti

Anayasa'nın çalışma ve sözleşme hürriyetini düzenleyen 48. maddesinde bu özgürlüğü sınırlamak için hiçbir sebep öngörülmemiştir.

Bu durumda, "Bir sözleşmenin konusu ahlaka aykırı ise batıl" olmayacak mıdır; ya da "bir kimsenin özgürlüğünü tümüyle ortadan kaldıran ya da ölçüsüz şekilde veya umumi adaba aykırı şekilde sınırlayan sözleşme yapılabilecek midir? Oysa "konusu ahlaka aykırı sözleşmenin batıl olacağı" ve "kimsenin özgürlüğünden tümüyle vazgeçemeyeceği" temel hukuk ilkelerindedir. Medeni Kanun veya Borçlar Kanunun'daki bu temel hukuk ilkelerine aykırı sözleşmeleri yasaklayan hükümlerin Anayasal dayanağı bulunmamaktadır. Genel ahlak, kamu düzeni ve kamu yararının korunması amacıyla sınırlanabilmesi bu özgürlüğün içeriğine ve niteliğine uygun sınırlama sebepleridir. Bunlar Anayasa'nın 48. maddesine konulabilir.

Aynı şekilde, sıkça karşı karşıya geldiğimiz, istediği yerde "kurban kesme" veya "kapalı yerde sigara içme" yasaklarının da açık bir anayasal dayanakları bulunmamaktadır.

Bunlar için şimdilik, ancak pratik uyum formülü ile anayasal dayanak aranabilir. Bu noktada en ideal hak Anayasa'nın 56. maddesinde düzenlenen "sağlıklı ve dengeli çevrede yaşama" hakkı ve bu doğrultuda devlete yüklenen "çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek" ödevidir. Keza, Anayasa'nın 5. maddesindeki, Devletin, "insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlama" görevi de bu tür sınırlamalara Anayasal dayanak oluşturabilir. Ancak, böylesi bir yaklaşımın da, bu tür genel hükümlerin, giderek bütün hak ve özgürlükler için bir tür genel sınırlama sebebine dönüştürülmesi gibi, özgürlükler için son derece tehlikeli bir uygulamaya yol açabilme olasılığı vardır.

-Anayasamızda bazı hak ve özgürlükleri sınırlama sebepleri ise AIHS'nden daha kapsamlı, soyut ve muğlaktır.

Örneğin, Anayasa'nın 26. maddesinde sayılan ifade özgürlüğünü sınırlama sebepleri, AIHS'nin 10. maddesinde sayılanlara göre; keza, Anayasa'nın 68. ve 69. maddelerindeki siyasi parti faaliyetlerine ilişkin sınırlama ve yasaklamalar AIHS'in örgütlenme özgürlüğüne ilişkin 11. maddesine göre özgürlükleri sınırlayıcı olmak bakımından daha kapsamlı, soyut ve muğlaktır.

Bütün bu sorunların sağlıklı bir şekilde çözülebilmesinin yolu, Anayasanın 17. maddesinden 74. maddesine kadar bütün hak ve özgürlüklerin tek tek gözden geçirilerek,

Avrupa norm ve standartları da dikkate alınarak, her bir hak ve özgürlük için içerik ve niteliklerine uygun sınırlama sebepleri konulması, uygun olmayanların ayıklanmasıdır.

B- 3. Grup sorunlar olarak yer verdiğimiz hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti sorunsalı, bugün geldiğimiz noktada, Anayasa hukukumuzun belki de en yumuşak karnıdır. 2001 Anayasa değişikliğinde 12 Eylül tasarruflarını koruyan Anayasa'nın Geçici 15. maddesinin son fıkrasının yürürlükten kaldırılması dışında, bu konuda Anayasa'da hiçbir iyileştirme yapılmamıştır. Hukukun üstünlüğünü sağlamak ve hukuk devletini etkin kılmak bakımından Anayasa'da bu yönde ciddi bir reform paketine ihtiyaç vardır. Bu pakette öncelikle ele alınması gereken hususlar şöyle özetlenebilir:

-Bağımsız yargı önündeki engellerin kaldırılarak yargı bağımsızlığının sağlanması (AY. Md 159, 144)

-Yargı denetimi dışında bırakılan alanın daraltılması; idari eylem ve işlemlere karşı en azından şekli ya da biçimsel denetime olanak tanınması (olağanüstü KHK'ler, HSYK kararları, Yüksek Askeri Şura kararları en azından biçimsellikle sınırlı denetime açılmalı.)

-Yasama dokunulmazlığı ve Meclis soruşturması kurumları hem amaçlarına uygun işlevlerini sağlayacak, hem de siyasilere haksız olarak korunmalarını önleyecek şekilde yeniden düzenlenmelidir.

C- 2. Grup sorunlar olan egemenliğin kullanılmasının Avrupa kurumları organları ile paylaşımı, bu toplantının konusu ile doğrudan ve daha yakın ilgili olmakla birlikte, yukarıda da ifade ettiğim üzere, çözümü bakımından zaman tahammülü olan AB'ne tam üyelik ile paralelliği bulunan sorunlarıdır. Bu nedenle, bu sorunun çözümünü daha çok düşünmeli, tartışmalı ve toplum olarak hazmedebilmeliyiz.

İki gündür izlediğimiz tebliğlerde de ifade edildiği gibi, Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin düzenlemeleri ve uygulamaları dikkate alındığında, Avrupa Birliği ile üye ülkeler arasındaki egemenlik yetkisinin kullanılmasının paylaşımı ve Avrupa Birliği hukuku ile ulusal hukuk arasındaki çatışmanın, çoğunlukla bu konudaki genel ve/veya özel Anayasa hükümleri ile çözüldüğü ve bazılarında da sorunun yüksek mahkeme içtihatları ile aşıldığı görülmektedir. Keza, Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin bir çoğunda, yetki devrine ilişkin andlaşma ya da kanunların, parlamentoda üçte iki çoğunlukla kabul edilmesi ya da referanduma sunulması gibi, Anayasa değişikliklerine paralel bir usul ve prosedür uygulandığı gözlenmektedir.

Türkiye'de 2004 Anayasa değişikliği ile Anayasa'nın 90. maddesine eklenen, "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır" şeklindeki hüküm, konuluş amacı olan ulusalüstü hukuk ile ulusal hukuk kuralları arasında sağlıklı bir kademelenme kurmak bakımından yetersiz kaldığı gibi; günümüzde ulusalüstü yapılanmalar ve onun yarattığı değişen egemenlik anlayışı doğrultusunda, egemenlik yetkilerinin bu tür ulusalüstü örgütlerin organlarıyla paylaşılması sorununa hiçbir çözüm getirmemektedir. Daha somut bir ifadeyle, bu düzenleme, Avrupa Birliği'ne üyelik sürecinde olan Türkiye bakımından, daha bir önemi ve önceliği bulunan AİHS hukuku ve özellikle de Avrupa Birliği Hukuku ile Türk Hukuku arasındaki kurallar kademelenmesi sorununu sağlıklı çözemediği gibi; Avrupa Birliği organlarının kullanmakta olduğu ve kullanacağı yetkilere de Anayasal bir dayanak kazandırmamaktadır. Aralarında illiyet bağı bulunan bu iki sorunun birlikte çözülmesi için, 1982 Anayasası'nda bazı değişikliklerin yapılması gerekmektedir.

Bu doğrultuda, öncelikle Anayasa'nın egemenlik yetkilerinin kullanılmasına ilişkin 6 ve 7. maddeleri yeniden düzenlenerek, Avrupa Birliği gibi ulusalüstü yetkiler kullanan örgütlerin bu yetkilerine Anayasal dayanak kazandırılmalıdır. Ayrıca, bu tür yetkiler kullanan örgütlere üyeliği sağlayan ulusalüstü andlaşmalara Anayasal değer kazandırmak ve bunların Anayasa ile muhtemel çatışmasını önlemek için, bu tür andlaşmaları uygun bulma kanununun, bazı Avrupa Devletlerinde olduğu gibi, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde kabulü ve yürürlüğe girmesi bakımından, Anayasa değişiklikleri ile paralellik kurulmalıdır. Hatta, yine de

çıkabilecek muhtemel ulusalüstü andlaşma-Anayasa çatışmasını daha baştan önlemek için, ulusalüstü yetkiler kullanan örgütlere üyeliği sağlayan andlaşmaların Anayasa'ya uygunluğu için, Anayasa Mahkemesi'nde öndenetim yolu açılması da düşünülebilir.

Keza, ulusalüstü/uluslararası hukuk ile Türk hukuku arasında kurallar kademelenmesini belirlemeyi amaçlayan, 1982 Anayasası'nın 90. maddesine 2004 Anayasa değişikliğinde eklenen mevcut çatışma hükmü, daha somut ve belirgin içerikle yeniden düzenlenmelidir.

Bu amaçla, 1982 Anayasası'nda birbirini tamamlayan şu değişiklikler yapılmasında yarar vardır.

1- 1982 Anayasası'nın 6. maddesinin 2. fıkrasında yapılması önerilen değişiklik:

"Türk milleti egemenliğini Anayasa'nın koyduğu esaslara göre yetkili organları eliyle kullanır. Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu ulusalüstü yetkiler kullanan örgüt ya da kuruluşlara ilişkin andlaşmalar bakımından Türk Milleti egemenliğini, diğer milletlerle eşit koşullarda, bu örgüt veya kuruluşların yetkili organları eliyle kullanır."

2- 1982 Anayasası'nın 7. maddesine eklenmesi önerilen hüküm:

"Bu yetki devredilemez; Anayasa ve Anayasa'nın değiştirilemez hükümleri ile uyum içinde, milletlerarası yükümlülüklerle uygun olarak kullanılır." Ya da "Bu yetki devredilemez. Anayasa ve Anayasa'nın değiştirilemez hükümleri ile uyum içinde olmak koşuluyla, ulusalüstü yetkiler kullanan örgüt ya da kuruluşlara üyeliğin gerektirdiği yükümlülükler saklıdır."

3- 1982 Anayasası'nın 67. maddesinin 1. fıkrasına eklenmesi öngörülen hüküm:

"Avrupa Birliği vatandaşlarının, Avrupa Parlamentosu seçimlerinde ve mahalli seçimlerde kullanacakları seçme ve seçilme hakları saklıdır."

4- 1982 Anayasası'nın 90. maddesinin birinci fıkrasına eklenmesi önerilen hüküm:

"Ulusalüstü yetkiler kullanan örgüt ya da kuruluşlara üyeliği sağlayan andlaşmaları uygun bulma kanununun Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde kabulü ve yürürlüğe girişinde, Anayasa'nın 175. maddesi hükümleri uygulanır."

5- 1982 Anayasası'nın 90. maddesinin son fıkrasının son cümlesinde yapılması önerilen değişiklik:

"Ulusalüstü yetkiler kullanan örgüt ya da kuruluşlara üyeliğin gerektirdiği andlaşma hükümleriyle kanunların çatışması halinde andlaşma hükümleri uygulanır."

6- Ulusalüstü yetkiler kullanan örgüt ya da kuruluşlara üyeliği sağlayan andlaşmalarla, Anayasa arasında muhtemel çatışmayı daha baştan önlemek için, bu tür andlaşmalar bakımından öndenetim yolunun açılması da düşünülebilir. Ancak, bunun için, Anayasa'nın özellikle 146. ve takip eden bazı maddelerinde köklü değişiklikler yapmak gerekecektir.