

DEVLETLER ÖZEL HUKUKUNUN KONUSUNA GİREN UYUŞMAZLIKLARDA ANAYASAL DENETİM

Prof. Dr. Aysel ÇELİKEL*

GİRİŞ

Uluslararası İlişkilerin gelişmesi, çeşitli devletlere bağlı olan gerçek ve tüzel kişilerin birbirleri ile özel hukukun konusuna giren çeşitli ilişkiler kurmaları sonucunu doğurmuştur. Yabancılık unsuru taşıyan ve özel hukukun konusuna giren ilişkiler ve bunlardan doğan uyuşmazlıkların çözümü milletlerarası özel hukukun konusuna girmektedir. Hukuksal İşlem ve uyuşmazlıkların bir ülkenin vatandaşları arasında doğması ve o ülkede sonuç doğurması halinde uygulanacak hukuk bellidir. Ancak bu olay ve ilişkilerin yabancı bir unsur taşıması halinde uygulanacak hukukun, hangi devletin hukuku olacağı tartışmalıdır. Yabancı unsur taşıyan ilişkilerin, davanın açıldığı mahkemenin iç maddi hukukuna tabi olması, tarafların o ilişkiden olan beklentilerine ve adaletin gerçekleşmesine uygun olmayabilir. Ayrıca bu uygulama, sonucun tarafların kendi ülkelerinde ve üçüncü ülkelerde geçersiz sayılması tehlikesini de beraberinde getirmektedir.

Milletlerarası özel hukukun, konusuna giren uyuşmazlıklara kural olarak mahkemenin hukukunun uygulanması, orta çağın hukuk ve hakimiyet anlayışından kalmıştır. Gerektiğinde yabancı hukukun uygulanması, çağımızda bir hakimiyet sorunu olmaktan çıkmıştır. Bu uygulama tarafların o olay ve ilişkiye ait haklı beklentilerine cevap vermenin, uluslararası işlemlerin ve ticaretin güvenilirliğini sağlamanın gereği olarak kabul edilmektedir.

Yabancı unsur taşıyan olay ve uyuşmazlıklara uygulanması gereken milletlerarası özel hukuk kuralları, maddi çözüm getirmeyen gösterici kurallar niteliğindedir. Bir uyuşmazlığa hangi devletin hukukunun uygulanacağını gösteren bu kurallara göre, uygulanacak hukuk Türk hukuku olabildiği gibi, yabancı hukuk da olabilir, örneğin, bir Türk ile bir trlandahmın Türkiye’de evlenmesi olayında, evlenme manileri hakkında tarafların milli hukuku uygulanır (MÖ-HUK m. 12). Ya da bir Türk İle Suudi Arabistanlı arasında yapılan

(*) İ.Ü. Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

sözleşmede Suudi hukukunun uygulanması kabul edilmişse, bu hukuk tarafların İsteği nedeni İle (MÖHUK m. 24/1) uygulanır.

MÖHUK m. 5'e göre,

"Hakim, Türk kanunlar ihtilafı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku resen uygular. Hakim yetkili yabancı hukukun muhtevasının tesbitinde tarafların yardımını isteyebilir.

Yabancı hukukun olaya ilişkin hükümlerinin bütün araştırmalara rağmen tesbit edilememesi halinde Türk hukuku uygulanır."

Maddenin ifadesinden anlaşılacağı gibi, kanunlar ihtilafı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan hukuku uygulama, yargıcın görevidir. Yargıç bu kuralları, tarafların İstemine bağlı olmaksızın resen uygulamakla yükümlüdür. Kuşkusuz yargıcın yabancı hukuku bildiği farazıyesinden hareket edilemez. Bu nedenle de madde yargıca bu konuda tarafların yardımını isteme hakkını tanımıştır. Söz konusu yabancı hukukun uygulanmasından yaran olan tarafın ilgili hukukun onaylı tercümesini getirmesi ve hukuku ispat etmesi de alışla gelmiş bir uygulamadır. Ayrıca yargıcın tarafların getirdiği kurallarla bağlı olması zorunluluğu yoktur.

Bir kanunlar ihtilafı kuralı gereğince yabancı hukukun uygulanması gerekiyorsa bu, gerçekten o yabancı hukukun uygulanması anlamını taşır. Çünkü yabancı hukuk norm karakterini kendi hukukundan almıştır. Yabancı hukuk o ülkede nasıl uygulanıyorsa, mevzuat, doktrin ve mahkeme kararları ile birlikte nazara alınmalı ve uygulanmalıdır. Yabancı hukuk hakkında Anayasa Mahkemesine gidilmişse, bu olayın ve sonucunun da aynı şekilde ispatı gerekir. Özetle, yargıç yabancı hukuku yabancı yargıcın onu uyguladığı biçimde uygulamak zorundadır.

Yabancı hukukun ispatı konusundaki güçlükler, Avrupa Konseyine üye devletler arasında "Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Verilmesi Hakkında Sözleşme'nin imzalanmasını sağlamıştır. Yabancı hukukun tespit ve ispatında Türkiye'nin de taraf olduğu bu Sözleşme'den (1) ve Türkiye'deki yabancı temsilciliklerden ya da o ülkedeki Türk temsilciliklerinden, bilim kuruluşlarından yararlanılır.

I- Yabancı Hukukun Kamu Düzenine Aykırılığı

Bütün hukuk sistemlerinde, yabancı "hukukun uygulanması, kamu düzenine aykırı sonuçlar doğurmama ilkesi ile sınırlandırılmış-

(1) Sözleşme metni için Bkz. RG. 26.8.1975-15338.

tır. Türk hukukunda da aynı kural MÖHUK m. 5’de açıkça kabul edilmiştir. Hükme göre,

“Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde bu hüküm uygulanmaz, gerekli görülen hallerde Türk hukuku uygulanır.”

Kamu düzeni kavramı iç hukukta da tarafların uymaları gereken kurallar olarak yer almıştır. İç maddi hukukta kamu düzeni anlayışı kural olarak emredici kurallarla örtüşür. Ancak kamu düzenine aykırılığın emredici kurallarla uyum içinde olması veya olmaması mümkündür. Çünkü kamu düzenine ilişkin düşünceler zamanın değişmesi ile değişikliğe uğrar. Her toplumun kamu düzeni anlayışının farklı olması da kaçınılmaz bir olgu. Milletlerarası özel hukukun konusuna giren olaylara gelince; yabancı unsur taşımayan ilişkiler için kamu düzeninden kabul edilen ve emredici kurallara bağlanan hususların yabancı unsurlu olaylarda da aynı nitelikleri koruyacaklarını söylemek mümkün değildir. Örneğin Medenî Kanunda evlenme yaşı, evlenme manileri, boşanma nedenleri ya da nesep konulan ile ilgili olan ve emredici nitelik taşıyan kurallar, yabancı unsurlu olayların çözümünde bu özelliklerini kaybetmişlerdir.

Özetle, toplumun temel yapısı ve temel çıkarlarını koruyan kurallar olarak açıklanabilen kamu düzenine aykırılık özellikle aile hukuku ve borçlar hukuku alanlarında karşımıza çıkmaktadır.

II- Yabancı Hukukun Anayasa Aykırılığı

Yabancı hukukun uygulanmasının for hakiminin kamu düzenine aykırı sonuçlar doğurması, bazı hallerde temel haklara aykırılık da teşkil edebilir. Örneğin ırk, din, renk eşitliği esasına aykırı hükümler taşıyan yabancı hukukun uygulanması hem kamu düzenine, hem de temel haklardan yararlanmada eşitlik ilkesine aykırı sonuçlar doğurur. Ancak durum her zaman bu şekilde gelişmez. Yabancı kanunun uygulanması yalnız kamu düzenine, ya da yalnız temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasına aykırı olabilir. Durumu bir kaç örnekle açıklayalım: Küçük yaşta evlenmeye izin veren, bir kimsenin farazi evlenme niyetini nazara alarak ölümünden sonra evlenmesine izin veren, yakın kan hısımlarının evlenmesine izin veren, temsilci yolu ile evlenmeye İzin veren, evlenme tellallığına dava hakkı tanıyan, kumar borcunun dava edilmesine izin veren, bir kişinin eşinin oğlu veya kızı ile

evlenmesine izin veren, cinsiyet değiştiren kişilerin mevcut evliliğinin devamına izin veren yabancı hukukların uygulanmasına kamu dñzeni ya da doğrudan uygulanan kanunlar metodu ile engel olunabilir. Özellikle aile hukuku alanında ortaya çıkan bu sorunlar borçlar hukuku alanında da çıkabilir. Bu konuda BK'nun m. 19/20 maddeleri kamu dñzeni ve ahlaka aykırılık kavramları olarak yabancı hukukun uygulanmasına engel olabilirler. Ancak bazı durumlarda yabancı hukukun ilgili hükmünün uygulanması kamu dñzenine aykırı sonuçlar doğurmaz, fakat temel hakların özüne ve kullanılmasına aykırı olabilir. iřte bu takdirde, yabancı hukukun anayasaya aykırılığı sorunu gündeme gelebilir. Örnek olarak, boşanmış kişinin yeniden evlenmesini yasaklayan yabancı hukuk, kamu dñzenine aykırı olmadığı halde, evlenme özgürlüğünü ve evlenme temel hakkını ortadan kaldıran niteliktedir. Benzer şekilde, evlenmenin bir kamu makamının iznine bağlı tutulması, belirli sosyal sınıftan olanların halktan kişilerle evlenmesinin yasaklanması, farklı dinlere bağlı olanların ya da beyaz ırk ile siyah ırdan olanların evlenmelerinin yasaklanması, İktidarsızlık nedenine ya da üstün ırk düşüncesine dayalı evlenme engelleri temel haklara aykırı bulunmaktadır. Konu; millileştirme, denizcilik, dış ticaret gibi mal varlığı unsurunun ağır bastığı konularda da ortaya çıkabilir. Yabancı hukukun anayasaya aykırılığı yolu ile bu hukukun uygulanmasından kaçınmak olanağı daha da önem taşıyabilir (2). Borçlar hukuku alanından da örnek vermek mümkündür: Sözleşme özgürlüğünün kısıtlanmasına izin veren, uzun süreli rekabet etmeme taahhüdüne, satış akdinin feshinden feragate, sözleşme özgürlüğünü uzun süreli ortadan kaldıran kayıtlara izin veren yabancı hukukların uygulanmasının temel haklara aykırı olacağı açıktır (3). Hatta bu hükümler Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelere aykırı da olabilirler. Anayasanın temel hak ve özgürlüklerin durdurulmasını düzenleyen 15. maddesi olağanüstü durumlarda dahi milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerin İhlal edilmemesi ilkesini saklı tuttuğuna göre ve bu ilkeler Anayasa Mahkemesince de ölçüt normlar olarak nazara alınacağına göre uluslararası sözleşmelere aykırılık İddialarının ileri sürülmesi mümkündür.

Temel hak ve özgürlüklere aykırı olan yabancı hukukun bu haliyle Türk mahkemelerince uygulanmaması gerektiği iddiaları insan hakla-

(2) Millileştirme olayları nedeni ile verilen kararlar için Bkz. **Morgenstera**, International Law Quarterly, 4 (1950), 326.. 330; Amerikan mahkemelerinin kararları hakkında Bkz. **Ehrenzweig**, Private International Law, 1967.

(3) Bkz. **Serozan**, Sözleşmeden Dönme, 1975, İst. 214, 402, 445, 446.

rının evrensel korunması kavramı ile uygunluk arz etmektedir. Anayasal temel haklar yalnız siyasi iktidara karşı etkili bulunmamakta aynı zamanda toplumsal yaşamın düzenleyici ilkeleri olarak da kabul edilmektedir. Temel hak ve özgürlüklere aykırılık sorunu ile Anayasaya aykırılık gündeme geldiğine göre, yabancı hukukun uygulanması sırasında ortaya çıkacak böyle bir sorunun anayasal denetime tabi tutulması doktrinde tartışmalı, kesin çözüme ulaştırılamamış, uygulanması zengin olmayan bir konu görünümündedir.

1- Anayasa'ya Aykırılığın Hukuksal Çözüm Yolları

Anayasa'ya aykırılık konusunun incelenmesinde yabancı hukukun kendi anayasasına aykırılığı ile hakimın anayasasına aykırı olması biçiminde bir ayırım yapılmaktadır.

A- Yabancı Hukukun Kendi Anayasasına Aykırı Olması

Bu konu yabancı hukukun kendi anayasasına göre geçerli olup olmadığı, başka bir ifade ile, aykırı olup olmadığıdır. Bu aykırılık şekli ve maddi bakımdan olabilir. Örneğin bir konunun yasa ile düzenlenmesi gerekiyorken, kararname ile düzenlenmiş olması ya da hakları sınırlayan bir yönetmeliğin mevcut yasaya aykırı olarak kabul edilmiş olması gibi konular da anayasanın maddi kurallarının yanında anayasaya aykırılık sorunu olarak incelenebilir.

Yabancı hukukun kendi anayasasına aykırılığı konusunda yazarlar şu ayırımlardan hareket ediyorlar:

a) Yabancı hukukun bağlı olduğu devlette bir anayasal kontrol sözkonusu değilse, yabancı mahkemenin de böyle bir sorunu olamaz.

b) Yabancı hukuk sistemi anayasaya aykırılığın yalnız Anayasa Mahkemesi gibi özel bir mahkemenin yetkisinde olduğunu kabul ettiği takdirde, for hakiminin bu yetkiyi kullanması ciddi tereddütler uyandırmaktadır. GenelEkle kabul edilen görüş, Anayasa Mahkemesi bu aykırılığı tespit edinceye kadar yabancı mahkemenin böyle bir yetkisinin olmaması gerektiği şeklindedir (4), Bu görüş bu incelemenin yapılmasının yabancı yasama gücünün yetkisine tecavüz edildiği noktasından hareket eder. Bu yetkinin kullanılmasında, bu kontrolün

(4) **Kahn-Freund**, General Problems of PİL, 1976, 303; **Carbone**, Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale, 1, 1965, 689; Bkz. **Lipstien**, Proof of Foreign Law, Scrunity of its Constilutionality and Validity, 42 BYIL, 1967, 266, dn. 7.

hukuksal olmaktan çok siyasal olacağı meselesi üzerinde durulmaktadır (5).

c) Üçüncü ihtimal, yabancı hukuk siteminde anayasaya aykırılıkları incelemeye yetkili bir mahkeme bulunmakla birlikte, bu kontrolün mahkemelerce de yapılabilmesi haline aittir. Bu sistemde davanın esasını çözmeye yetkili olan mahkeme Anayasa'ya aykırılık defii ile karşılaştığında, davayı durdurarak iddiayı kendisi çözer. Anayasa'ya aykırılık çözüldükten sonra davaya devam edilir. Mahkemenin verdiği karar yalnız tarafları bağlayıcı niteliğe sahiptir, iptal sonucunu doğurmaz. Böyle bir yetki 1961 Anayasa sisteminde de, Anayasa Mahkemesinin kendisine gönderilen konuyu 6 ay içinde kararlaştırmaması halinde dava mahkemesinin konuyu çözmesi biçiminde bu ve bu şarta bağlı olarak kabul edilmişti. Bu hukuksal olarak 1982 Anayasasında kaldırılmıştır.

Uygulanacak yabancı hukukun bağlı bulunduğu anayasal sistem böyle bir esası kabul ettiği takdirde, genel eğilimin bu kontrolün yabancı mahkeme tarafından da yapılmasından yana olduğu görülüyor. örneğin, Amerika Birleşik Devletlerinde mahkemelerin böyle bir yetkisi bulunmaktadır. Amerikan mahkemelerinin sahip olduğu bu yetkinin gerektiğinde, Amerikan hukukunu uygulayacak olan yabancı mahkemelerce de kullanılabilir olduğu görüşü, yazarların en fazla yakın oldukları hal tarzı olmaktadır (6).

Yabancı hukuka göre yasa ile getirilmesi gereken kural, bir kararname ile kabul edilmişse for hakimi bunu uygulamaktan kaçınabilir. Ayrıca yabancı hukuk hangi hukuksal nedenlerle o ülkede uygulanmayacaksa, aynı nedenlerle red edilmelidir. İngiliz mahkemesi sürgündeki Hollanda hükümetinin verdiği bir emrin Hollanda Anayasasına aykırı olduğuna karar vermiştir. II. Dünya savaşı sırasındaki fevkalade bir duruma ait olan bu karardan genel bir sonuç çıkarmanın doğru olmayacağı da belirtilmektedir (7).

Bu konu yalnız kişi hakları açısından değil, fakat uluslararası ticaret ve işlemler açısından da ekonomik sonuçlar doğuracak nitelik

(5) **Battifol**, Traitè Elementaire, de Droit International Prive, 1, 1981, 389-390; Bkz. Lipstien, 266'daki yazarlar; **Ehrenzweig**, PIL, 1967, 34.

(6) **Kahn-Freund**, 303-304; Woiff, Private International Law, 1950, 214; **Battifol**, 389-390. **Neuhaus**, Die Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts, 2. Auf, 1976, 378.

(7) Bkz. **Kahn-Freund**, 304; **Lipstien**, 268.

taşımaktadır. Örneğin Roma mahkemesi 1955 tarihli kararında Anglo Iranian Oil Co. u. SUPOR kararında İran'ın yaptığı millileştirme İşleminin İran Anayasasına uygunluğunun araştırılması gerektiğine karar vermiş ve aykırı olmadığına hükmetmiştir (8).

B- Yabancı Hukukun Lex Foranın Anayasasına Aykırı Olması

Yukarıda belirttiğimiz gibi yabancı hukukun uygulanmasının kamu düzenine aykırı olması halinde bu hüküm uygulanmayacağı, gerekli hallerde hakimın hukukunun uygulanacağı bütün MÖH sistemlerinde kabul edilmiştir. Sorunların kamu düzeni çerçevesinde çözülmesi halinde problem doğmaz. Ancak yabancı hukukun uygulanması ile temel hakkı ihlal edilen taraf bu hukukun Lex Forı'nın Anayasa hükümlerine aykırı olduğunu iddia edebilir mi?

İngiliz mahkemesi 1958 tarihli kararında İngiltere'de boşanmış olan İrlandalı'nın İngiltere'deki evliliğini geçerli sayarken, İrlanda Anayasasının “.. başka bir devlet mahkemesinden alman evliliğın çözümü kararına dayanılarak yeni bir evlenme yapılamaz” diyen hükmünü temel haklara aykırı saymıştır. İngiliz mahkemelerinin aynı doğrultuda başka kararları da vardır (9).

Aynı konu 1971 yılında Alman Anayasa Mahkemesi tarafından boşanmış bir Alman ile bekar bir İspanyolun evlenmesinde İspanyol hukukunun boşanmayı evlenme engeli sayan hükmü dolayısıyla gündeme geldi. Bu tarihe kadar eşlerden birinin daha önce boşanmış olması evlenme engeli sayılarak bu evliliklere Alman makamlarınca izin verilmiyordu. Konu Alman doktrininde tartışılırken İki görüş kendi içinde haklı gerekçelerle savunuldu (10).

Bu konudaki birinci görüşe göre,

a) Anayasadaki temel hak ve özgürlükler Alman hukukunun tatbiki oranında dikkate alınabilir. Kanunlar ihtilafı kurallarına göre yabancı bir hukuk tatbik ediliyorsa bu taktirde anayasa hükümleri dikkate alınmaz.

(8) Bkz. **Lipstein**, 268.

(9) Bkz. **Kahn-Freund**, 85 vd.

(10) Görüşler İçin bkz. **Nomer**, Anayasa ve Yabancı Kanun, Osman F. Berki'ye Armağan, Ank., 1977, 549 vd; **Kahn-Freund**, 86-87; **Neuhaus**, GrundbergrifTe des Internationalen Privatrechts, 1976, 378.

İkinci görüşe göre,

b) Anayasadaki temel hak ve özgürlükler sadece kanun koyucu-ya hitap etmemekte aynı zamanda hukuku uygulama ile görevli olanları da temel hak normlarına uygun olmayan bir hukuk kuralını uygulamaktan da men etmektedir. Buradaki konu, anayasa normlarının yabancı hukuku uygulama ile görevli olan makamlar içinde bağlayıcı olup olmadığı sorunudur. Örneğin Anayasada ceza kararlarının geriye etkili olmayacağı ya da medeni nikah şartının ya da evlenme maa-nileri ve boşanmanın dini esaslara dayandır ila mayacağı konuları, bir anayasa normu olarak yer almışsa, bu düzenleme bu kuralların özel hukukun düzenlemesine bırakılmayacağı anlamını taşımaktadır (11).

Alman Anayasa Mahkemesine göre, temel hakların geçerliliği kanunlar ihtilafı kurallarına bırakılmaz. Temel haklar anayasanın ayrılmaz parçasını teşkil ettiklerinden bunların etkileri, tamamen farklı bir konuyu düzenleyen anayasa dışı bir hukuk düzenlemesine bırakılmaz. Temel hakların etki alanı ancak doğrudan anayasa normlarından çıkarılabilir. Yabancı hukukun uygulanmasına temel hakların etkili olması, yabancı hukukun Alman Anayasasına uygunluğu halinde söz konusu olur (12).

III- Yabancı Hukukun Türk Anayasasına Aykırılığı

Anayasal denetim konusu, Türk Anayasa hukukuna 1961 Anayasası ile girmiş, 1982 Anayasası ile de bazı değişikliklerle yerini almıştır. Yabancı kanunun Türk Anayasal Sistemine aykırılığının, düzenleniş biçimi açısından Anayasa Mahkemesinin inceleme alanı içinde olmasının, 1961 Anayasasında daha kolay cevaplanabilir bir konu olduğunu söylemek mümkün.

Anayasa kuralları uluslararası belgelerde kabul edilmiş olan temel hak ve özgürlüklerin ülke içinde güvenceye kavuşturulmasını ve Devletin demokratik hukuk devleti niteliğinin korunmasını sağlayan normlar hiyerarşisinin en üstünde yer alan hukuk kurallarıdır. Demokrasilerin yaşamasının insan haklarının etkili bir biçimde korunması ile bağlantılı olduğu bilinmektedir. II. Dünya Savaşından sonra gelişen insan hakları kavramı ve özgürlükler rejimi, kanunların anayasalar-

(11) Bkz. **Vengler, JZ**, 1965, 102. **Nomer** 557'den naklen.

(12) Bkz. **Nomer**, 559.

da yerini bulan temel haklara aykırı olmaması zorunluluğunu gündeme getirmiştir.

Anayasa Mahkemesinin yargısal denetim yaparken dayandığı hukuk kaynaklarını anayasa hukukçuları şöyle sıralıyorlar (13): 1- Anayasa normları ve Başlangıç hükümleri, 2— Devrim Yasaları, 3— Hukukun genel ilkeleri, 4- Uluslararası hukuk kuralları. Anayasa normları, Başlangıç hükümleri, Devrim Yasalarının yanında, milletlerarası özel hukukun konusuna giren uyumsuzluklarda hukuk genel ilkeleri ve uluslararası hukuk kuralları Önemli kaynak oluşturmaktadırlar. Anayasa Mahkemesi iki kararında hukukun genel ilkelerinin anayasa yargısında kaynak oluşturduğunu açıkça belirtmiştir (14).

Uluslararası hukuk kurallarının anayasa yargısında kaynak olarak kullanılması, Anayasasının 15. ve 16. maddelerinde yerini almıştır. 16. madde yabancıların temel hak ve özgürlüklerinin ancak milletlerarası hukuka uygun olarak sınırlanabileceğini, 15. madde İse, temel hak ve özgürlüklerin durdurulmasının ancak milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler saklı tutularak yapılabileceğini bildiren, bu kurallara atıf yapmıştır. Bu kurallar, Uluslararası Adalet Divanının kaynakları bildiren 38. maddesine göre, uluslararası sözleşmeler, uluslararası Örf ve adet, uluslararası hukukun genel ilkeleridir. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin de artık bütün anayasalarda yer alan hukukun genel ilkelerine dönüştüğü ve uluslararası hukukun bir parçası olduğu kabul edilmektedir.

Yabancı unsurlu davalarda yabancı hukukun uygulanmasının Anayasaya aykırılığı sorunu, ilk olarak Türk Anayasasında yer alan “Kanunların Anayasaya aykırı olmayacağı” kuralının yalnız TBMM’de kabul edilen kanunları mı içine aldığı sorusunun cevabı ile bağlan-

(13) **Aliefendioğlu**, Türk Anayasa Hukukunda İptal Davası ve İtiraz Yolu, Anayasa Yargısı, 1984, 131 vd; **Teziç**, Anayasa Mahkemesinin Esasa İlişkin Denetimi, Anayasa Yargısı, 1986, 21 vd; **özden**, Kanun Koyucu Gibi Hareketle Yeni bir Uygulamaya Yol Açacak Biçimde Hüküm Tesisinin Anlamı, Anayasa Yargısı, 1986, 60 vd.

(14) kanunların Anayasaya uygunluğu denetimi sırasında, Anayasa ilkelerine ve bu ilkelerin dayandığı genel hukuk kurallarına uygun olup olmadığı araştırması gerekir.” Anayasa Mahkemesinin 19.6.1968 tarihli karar için Bkz. **Aliefendioğlu**, age, 131; “...Kanunlarımızın Anayasasının açık hükümlerinden ziyade hukuku bilinen ve bütün uygar memleketlerde kabul edilen prensiplere uygun olması şarttır.” Anayasa Mahkemesinin bu kararı için Bkz. **Teziç**, age 28 vd.

tıdır. Anayasamızda bu konuda açık bir hukuk yoktur. Olmaması da bir eksiklik değildir. Ancak engelleyici bir hükmün de bulunmadığını belirtmek gerekir. Anayasanın 152. maddesindeki “Bir davaya bakmakta olan mahkeme **uygulanacak bîr kanun...** hükümlerini Anayasaya aykırı görürse...” ifadesinin mahkemelerce uygulanacak herhangi bir kanun hükmü anlamını taşıdığı ve sınırlayıcı nitelikte olmadığı sonucuna varılabilir. Ayrıca, temel hak ve özgürlüklerin korunma-

sında uluslararası hukukun kaynaklarının ölçü norm özelliği taşıdığı kabul edildiği göz önünde bulunduğulduğunda Anayasa Mahkemesinin böyle bir yetkisinin bulunduğu konusunda olumlu sonuca varmak mümkün gözükmemektedir. Evrensel insan hakları ve temel Özgürlüklerinin ülke içinde ve uluslararası bağlamda güvenceye kavuşturulması ilkesi ve Türkiye’nin de dahü bulunduğu yeni Avrupa Hukuk Düzeni çerçevesinde; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kararları doğrultusunda böyle bir denetimin yapılması hukuksal bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır.

A- Anayasa Kurallarının Doğrudan Uygulanması

Türk mahkemesinde görülmekte olan davada uygulanması gerekli yabancı kanunun Anayasaya uygunluğunun bizzat o mahkeme tarafından denetlenip denetlenemeyeceği konusunun ilk olarak ele alınması gerekiyor. Böyle bir imkanın olması, anayasal denetimin davayı gören mahkemece yapılması anlamını taşır ki, bu elimizdeki problemin en kolay çözüm yolunu teşkil eder. Yukarı da belirttiğimiz gibi Amerikan Mahkemelerinin böyle bir denetim yetkisi 1803’den beri (Marbury v. Madison) kabul edilmektedir. Böyle bir denetimin yapılabileceği kabul edildiği takdirde, sorunun hangi hukuksal yollarla çözüleceğinin tayini gereklidir. Temel haklara uygunluk konusunun davayı gören mahkemece nazara alınması gerektiği kanunlar ihtilafı kuralları tarafından da düzenlenmiş olabilir. Bu konu anayasal denetim anlamını taşımamakla birlikte, böyle bir hüküm, Anayasada yerini alan ve ulusal hukukun bir parçası olan uluslararası İnsan Hakları Sözleşmelerindeki ilkelerin mahkemelerce denetlenebileceği anlamını taşır. Örneğin Alman kanunlar ihtilafı kuralları, yabancı hukukun uygulanmasının temel haklarla uyum içinde olmasını aramıştır (EGBGB m. 6 25.7.1986’da yapılan değişiklik) (15). Bu durumda te-

(15) EGBGB m. ö’ya göre “Diğer bir derletin hukuk kurallarının uygulanması Alman hukukunun temel esastan ile aşık bir uyumsuzluk doğuruyorsa, uygulanmaz. Bu hukuk kurallarının uygulanması **temel haklarla** uyummadığı takdirde özellikle uygulanmaz.”

kel temel haklarla uyum içinde olup olmadığı mahkemelerce denetlenebilecek demektir. Türk hukukunda böyle bir hüküm yoktur. Mahkemelere yalnız kamu düzenine aykırılık denetimi yetki ve görevi verilmiştir (MÖHUK m. 5).

Anayasada yer alan temel hak ve özgürlükler somut olarak yasalarda yerini almıştır. Anayasanın üstünlüğünü ve bağlayıcılığını ifade eden 11. maddeye göre, “Anayasa hükümleri... **yargı organlarını bağlayan** temel hukuk kurallarıdır.” ve maddenin gerçekçesindeki” “...yargı kuvveti gerektiğinde Anayasa’yı diğer kanunlar gibi uygular.” (16) diyen hüküm ve açıklamaları mahkemelere öyle bir olanağın tanındığı izleniminin' vermektedir. Ancak anayasa hukukçularının kabul ettikleri yorum biçiminin, böyle bir uygulamaya olanak vermediğini göstermektedir. Çünkü Anayasa, anayasaya aykırılık iddialarının çözüme bağlanması yetkisini yalnız Anayasa Mahkemesine vermiş bulunmaktadır. Anayasanın bir konuyu açık ve ayrıntılı olarak düzenlediği durumlarda bu hükümlerin doğrudan uygulanabileceği, böyle doğrudan uygulanabilecek nitelikte kuralın bulunmadığı halde Anayasaya aykırılık sorununun çözümü için Anayasada gösterilen şartlara uygun olarak Anayasa Mahkemesine gidilmesi gerektiği kabul edilmektedir (17). Anayasanın uygulanmasında karar ahenginin sağlanması için böyle bir çözümün mantıklı olduğu görülmektedir. Özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklarda temel hak sorunu ile ilgili olarak çalışma özgürlüğü, sözleşme Özgürlüğü, aile kurma hakkı gibi ve özellikle açık bir hüküm olması nedeniyle belirtiyorum, m. 174’de yer alan medeni nikah zorunluluğunu getiren Anayasanın açık hükümleri üzerinde durulabilir. Bu durumda yabancı hukukun Anayasamızın açık olan ve doğrudan uygulanabilir nitelik gösteren hükümlerine aykırı olan hükümlerinin mahkemelerce doğrudan uygulanabileceği sonucunu çıkarmak mümkün olur diyorum. Özellikle taraftardan birinin Türk vatandaşı olduğu uyuşmazlıklarda böyle olması gerekir. Anayasa’nın 174. maddesinde yer alan ve Devrim Yasası hüviyetini taşıyan medeni nikah esası, kanunlar ihtilafı kurallarımız ile de uyum içindedir. Şöyle ki; Milletlerarası özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakmdaki 2675 sayılı yasa (MÖHUK), ilgili maddesinde yabancı unsur taşıyan evlenmelerin şekil açısından Locus Regit Actutn (LRA) kuralına tabi olduğunu, yani Türkiye’de yapılan evlenmeler için Türk Medeni Kanunun’daki evlenme şeklinin uygulanacağını kabul et-

(16) TC Anayasası Komisyon Raporları ve Madde gerekçeleri, Ank-, 1983, 12.

(17) **Teziç**, Anayasa Hukuku, 50-51.

miştir. Doktrindeki bu kuralın ihtiyari biçimde uygulanması, konusundaki eğilimlerin anayasa hukuku bakımından problemler yaratacağını belirtmek gerekir.

Anayasa Mahkemesinin yabancı kanunun Anayasaya aykırılığını inceleme konusunda kendisini yetkisiz görmesi halinde, bir ihtimal olarak; Anayasa'nın 138. maddesi gereği, dava mahkemesinin karar verme yetkisinin olduğu doktrinde ileri sürülmektedir. Teziç (18) bu görüşünü ilgili maddenin, mahkemelerin bağımsız olduğu, kararlarını Anayasa ve yasalara ve hukuka uygun olarak verme yükümlülüğü altında olduğu, kuralına dayandırmaktadır. Bu sonuç, Anayasa Mahkemesinin kendisini yetkisiz gördüğü bir konuda, aynı görevi dava mahkemesinin yapmasının, Anayasanın İlgili hükümlerine rağmen yapabilmek yapamayacağı sorusunun cevaplandırılmasına bağlı bulunmaktadır.

B- Anayasaya Uygun Yorum

İkinci olarak yabancı kanunun Anayasaya uygun olarak yorumlanabilmesinin mümkün olup olmadığı ine el en m elidir. Ancak yorumun yabancı kanunun ilgili hükmünün anlamının kaybolması sonucunu doğurmaması gereklidir. Aksi halde olaya Türk Hukukunun uygulanması sonucu doğar ki, bu yetki yargıcın değil Anayasa Mahkemesinin İndir (19). Bu yol uygulanabilirliği zayıf olan bir çözüm görüşümündedir.

C- Anayasa Mahkemesi Kararlarının Kaynak Oluşturması

Üçüncü Sorun, Anayasa Mahkemesinin özel hukuka ilişkin olarak verdiği kararların mahkemelerde kaynak olarak kullanılıp kullanılmayacağı konusudur. Örneğin, zina mahsubu olan ev dışı çocuklar hakkında babalığa hü km edilmesini Önleyen yabancı hukuku, Anayasa. Mahkemesinin bu esasın temel haklara aykırı olduğunu bildiren karar karşısında uygulama alanı bulabilir mi? Anayasa Mahkemesinin 21.8.1981 tarihli kararı İle TMK m. 310/II'yi iptal eden kararının gerekçesinde "evlilik dışında doğan çocuk toplum içinde yalnızlığa İtilerek, horlanarak, ekonomik açıdan güçsüz bırakılarak koruna-

(18) Teziç, *Anayasa Hukuku*, 211, 3.

(19) Bkz. *Sayman*, *Türk Devletler Hususi Hukukunda Evlenme Kuruluşu*, İst... 1982, 96.

mayacağına göre, yargı yolu ile babaları belirlenen zina mahsulu çocukların babalarına bağlanmalarını engelleyen itiraz konusu kuralın, Anayasanın çocuğun korunmasına İlişkin Anayasa buyruğu ile çeliştiği açıktır.” ifadesini kullanmıştır. Anayasa Mahkemesi 11.9.1987 tarihli karar ile TMK m. 443/lc, 2 ve II’yi iptal ederek nesebi sahih ve sahih olmayan çocukların eşit şekilde miras almalarını kabul etti. Maddelerin iptal kararındaki gerekçelerin, yabancı vatandaş ayırımı olmadan Türkiye’de uygulanması için geçerli olacağı kuşkusuzdur.

Anayasa Mahkemesi kararlarının yasama, yürütme, yargı organları ve idare makamlarını bağlayacağını emreden m. 153/son gereğince, mahkemelerin uygulayacağı yabancı kanunun bu ilkelere aykırı olan hükümlerini, Anayasa Mahkemesi kararlarını uygulayarak red etme olanağı vardır. Bu sonuca, sözleşme özgürlüğünü kısıtlayan yabancı hukukun “herkes dilediği alanda sözleşme özgürlüğüne sahiptir” diyen Anayasa Mahkemesinin bir kararına dayanarak da varılabilir. Örnekler kuşkusuz çoğaltılabilir (20). Anayasa Mahkemesinin iç tih atların Adayan ar ak yabancı hukukun bu yolda denetiminin mahkemelerce yabancı hukukun uygulanmasına her vesile ile engel olunacağı gerekçesi ile eleştirilmesi de mümkündür. Hatta, yabancı yasanın uygulanmasına, Anayasa’ya aykırılık nedeni ile engel olunmasının, bir nevi kanuna karşı hile olduğu da iddia edilmiştir (21).

D- Anayasa Mahkemesinin Somut Norm Denetimi Yetkisi

Yabancı kanunun anayasaya aykırılık iddialarının iptal davası yolu ile değil ancak itiraz yolu ile yapılması mümkündür. Yabancı kanunun bir hükmünün Türk Anayasa Mahkemesince iptal davası yolu ya da mahkemelere yapılacak İtiraz yolu ile iptali kuşkusuz mümkün değildir. İptal davası yolu yabancı kanun iç İn davanın kabul şartları açısından da kapalıdır. Bu nedenle yabancı kanunun Anayasaya ya da temel haklara aykırılığı ancak görülmekte olan bir dava nedeniyle ileri sürülebilir. Davanın esasını çözmeye yetkili mahkeme Anayasaya aykırılık sorunu İle karşılaştığında, bu konuda bir karar veremez, davayı durdurarak Anayasaya aykırılık sorununu bekletici mesele olarak Anayasa Mahkemesine göndermek yetkisine sahiptir. Ana-

(20) Bkz. Kanetî, Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasanın özel Hukuk Alanındaki Etkileri, Anayasa Yargısı, 1989, 29.

(21) Bkz, Neuhaus, 382, d.n. 1050-1051.

yasa mahkemesinin vereceği karara gorede dava sonuçlandırılır. Bu mekanizma tarafların itirazı üzerine ya da resen nazara alınabileceğinden “Anayasa itirazı” olarak adlandırılmaktadır. Özellikle resen nazara alınma olgusunun kamu düzeni İle ilgisi üzerinde durulmaktadır (22). Anayasa Mahkemesi Anayasaya aykırı bulduğu yabancı kanun hükmünü iptal yetkisine sahip olmadığı gibi yerine yenisini de koyamaz. Yetkisi ancak ilgili hükmün Anayasaya aykırılığını tespit edip, açıklamaktan ibaret olabilir.

Anayasanın m. 152 göre, davaya bakmakta olan mahkeme uygulanacak kanunun hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin İleri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır. Anayasa Mahkemesi işin kendisine gelişinden başlamak üzere 5 ay içinde kararını verir. Bu süre İçinde karar verilmezse dava, kanunun o şekli ile sonuçlandırılacaktır. Yargıç taraflardan biri tarafından ileri sürülen Anayasaya aykırılık iddiasını ciddi bulmamışsa davaya devam eder. Anayasaya aykırılık iddiası bu kez temyiz safhasında da ileri sürülebilir. Temyiz mercii bu İddiayı esas hükümle birlikte karara bağlar. Yani ya mahkemenin kararını yerinde bulur ya da kendisi konuyu Anayasa Mahkemesine götürür (m. 152/2).

1961 Anayasasında konunun, yabancı kanunun anayasal denetimine daha müsait bir biçimde düzenlenmiş olduğunu görüyoruz. 1961 Anayasasının m. 152/4’e göre, Anayasa Mahkemesi, diğer mahkemelerden gelen Anayasaya aykırılık iddiaları üzerine verdiği hükümlerin olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı olacağına da karar verme yetkisine sahipti. Yine aynı Anayasanın m. 151 /3 ve 4’e göre, Anayasa Mahkemesi işin kendisine gelişinden başlamak üzere altı ay içinde kararını vermediği takdirde, mahkeme, Anayasaya aykırılık iddialarını kendi kanısına göre çözümleyerek yürütme yetkisine sahipti, tik hüküm, yani olayla sınırlı karar verme yetkisine 1982 Anayasasında yer verilmemiş, ikinci husus da yani beş ay içinde Anayasa Mahkemesinin iddiayı sonuçlandırmaması halinde, mahkemenin bu iddiayı nazara alarak davayı sonuçlandırma yetkisi de kaldırılmış ve mahkemenin davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandıracağı kabul edilmiştir. Konuya değinen **Teziç** (23), 1982 Anayasasının Ana-

(22) **Teziç**, Anayasa Hukuku, 203.

(23) **Teziç**, Anayasa Hukuku, 21 L cin. 3,

yasa Mahkemesine ve dava mahkemesine konuyu inter partes inceleme yetkisini tanımadığını, ancak yasaklayıcı bir hüküm de getirmediğini, uygulamada mahkemelerin kendilerini böyle bir davada karar vetmede zorunlu görmeleri halinde , dava mahkemesinin olayla sınırlı ve taraflar arasında bağlayıcı karar verme yetkisini istisnai hallerde kullanabileceğini son bir çözüm olarak önermektedir. §

Bu durumda yabancı kanunun Anayasaya aykırılık iddialarının -Bu konuda Anayasa Mahkemesinin yetkisi bulunduğu kabul edilerek nasıl sonuçlanacağı konusu üzerinde düşünmek gerekiyor, Yukarıda da belirtildiği üzere yabancı hukuk hakkında soyut norm denetimi mekanizması işletilemeyeceğine göre, sorun ancak mahkemelerden **itiraz** yolu ile gelecek aykırılık iddialarının Anayasa Mahkemesince incelenerek kararlaştırılması biçiminde çözüme ulaşabilir. İlgili hükümlerin iptali olanağı yoktur. Şimdi sorun Anayasa Mahkemesinin ilgili kanunun hükmünü iptal etmeden böyle bir karar verebilir veremeyeceğinin cevaplandırılmasına bağlı bulunmaktadır.

Davayı gören mahkeme 152. maddedeki usul içerisinde konuyu Anayasa Mahkemesine götürdüğünde, kanımca Anayasa Mahkemesi ilgili kanunun söz konusu hükümlerinin Anayasamız ile uyum içinde olup olmadığını inceleyebilecektir. Yabancı hukukun Anayasamızda yerini alan temel hak ve özgürlüklere aykırılığına karar verdiğinde, karar, o hükümlerin o olayda uygulanmayacağı anlamını taşıyacaktır. Anayasa Mahkemesi iptal kararı vermeden, fakat konuyu ihmal ederek ya da yorumlu red olarak adlandırılan türde kararlar verdiği bazı kararlarından anlaşılmaktadır. örneğin Anayasa Mahkemesi, “Yüksek Öğretim Kurumlarında kılık kıyafetin serbest” olduğunu bildiren yasa hükmünü iptal ederken, aynı konuyla ilişkin 7 Mart 1989 tarihli kendi kararına atıf yaparak yorumlu red yöntemini izlemiş ve Yüksek Öğretim Kurumlarında türbanın yasak olduğuna karar vermiştir. Konumuzla ilgili davalarda da aynı yöntemin kullanılma olanağının olduğunu düşünüyoruz. Üçüncü bir olasılık, Anayasa Mahkemesinin iptal yetkisi olmadığı bazı özel hallerde Anayasaya aykırı normları, Anayasa hükmünü doğrudan uygulayarak karar verme İmkanıdır (24). Anayasa Mahkemesinin iptal yetkisinin olmadığı bazı özel durumlarda, Anayasayı doğrudan uygulayarak karar verebileceği kabul edildiği takdirde, bu yetkinin yine özel bir durum olan yabancı yasa İçin de -İptal kararı vermeden- uygulanabilmesinin mümkün olduğunu

(24) Bu konuda Bkz. **Özbudun**, Türk Anayasa Hukuku, 2. Bası, 1989, 402 vd.

düşünebilir. Böyle bir sonuca varabildiği takdirde, Anayasa Mahkemesinin bir normu iptal etmeden, Anayasaya aykırılık sorununu çözebileceği sonucuna varmak mümkün gözükmektedir. Bilindiği gibi siyasi partilerin kapatılması (m. 69/6), yüce divan (m. 148/3), milletvekili dokunulmazlığının kaldırılması, üyeliğin düşmesi (m. 85) gibi dialarda m. 152 anlamında davaya bakmakta olan mahkeme yoktur. Anayasa Mahkemesi dava mahkemesi olarak görev yaparken, uygulayacağı kanun hükümlerinin Anayasaya aykırılığı öne sürüldüğünde, önce bu İddiaları karara bağlar. Burada mahkemenin verdiği karar iptal kararı değildir. Anayasa Mahkemesi Anayasaya aykırı gördüğü fakat iptal edemediği bir normu, Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesinin karşısında doğrudan Anayasa hukukunu uygulaması gerekir (25). Tabii bu konuda en doğru yorumun Anayasa hukukçularına düştüğünü düşünüyorum.

(25) Anayasa Mahkemesinin ilgili kararları için Bkz. **Özbudun**, 406'407.