

ULUSLARARASI HUKUK VE ULUSLARARASI ANTLAŞMALARIN NORMLAR HIYERARŞİSİNDEKİ YERİ



Bu yazımızda uluslararası hukukun unsurlarından bahsedip uluslararası hukuku genel hatlarıyla tanıttık ve bilahare uluslararası antlaşmaların Türk hukukundaki yerini irdeleyip AY m.90/5' e ilişkin azınlıkta kalan bir yorumu tekrar deklare edeceğiz. Son tahlilde normlar arasında hiyerarşinin nasıl tespit edileceğini teorik düzlemde açıklayacak ve bu izahı kanunlar, uluslararası antlaşmalar ve temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası antlaşmalar arasında tatbik edeceğiz.

1. ULUSLARARASI HUKUKUN KAYNAKLARI

Uluslararası hukukun “asıl kaynaklar” ve “yardımcı kaynaklar” olmak üzere iki nevi şekli vardır. Asıl kaynaklar klasifikasyonuna, yazılı kaynaklar, yazısız kaynaklar ve içtihat (yargı kararları) dahildir. Yazılı kaynaklardan kastımız antlaşmalardır. Yazısız kaynaklar ise teamül ve hukukun genel ilkelerinden meydana gelmektedir. Yardımcı kaynaklara gelecek olursak, bunlar ise doktrin (en vasıflı kamucuların öğretileri) dir. Uluslararası antlaşmalar asgari olarak iki devletin hukuki sonuç doğurmaya yönelik karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıdır. Bu antlaşmaların ülkemizde hukuki olarak yapıma sürecini yazımızın son merhalelerinde ele

alacağız. Yazısız kaynaklardan teamül, diğer bir deyişle yapılageliş hukuku, devletlerin uzun zamandan beri ve kesintisiz olarak uyguladığı ve bunun doğru olduğuna inandığı yazısız kurallardır. Her ne kadar yazısız kural olsalar da bunlar uluslararası hukukun asıl kaynağıdır. Yani teamülün iki amili mevcuttur. Bunlar, opinio iuris (manevi unsur) ve sürekli olarak bu davranışların tekrarlanması olması hali (maddi unsur) dur. Hukukun genel ilkelerine örnek verecek olursak bunların başında “pacta sunt servanda” yer alacaktır. Bu “ahde vefa” ilkesidir ve uluslararası antlaşmaların temelini inşa eder. “İlhak- ı haktan imtina yasağı”, “iç başvuru yollarının tüketilmesi ilkesi” vb. örnekler çoğaltılabilir. İchtihat, yargı kararlarından müteşekkildir.

2. ULUSLARARASI HUKUKUN KAYNAKLARI ARASINDA ÇATIŞMA PROBLEMİ VE JUS COGENS

Uluslararası hukukun asıl kaynakları arasında çatışma çıkarsa nasıl bir yol izlenecektir? Uluslararası hukukun kaynakları arasında bir hiyerarşi tesis edilebilir mi? Bu suale cevap verebilmek için ilkin “jus cogens” mefhumunu ele almak gerekir. Jus cogens’in kelime

anlamı emredici kurallar demektir. Nasıl ki iç hukukta “emredici kurallar”, “yorumlayıcı kurallar”, “tamamlayıcı kurallar” ve “tanımlayıcı kurallar” varsa uluslararası hukukta da iç hukuktaki emredici kuralların aksedilmesi jus cogens olarak hasıl olur. Lakin biz bu düşünceye eleştirel yaklaşmaktayız. Zira bütün hukuk kuralları emredicidir. Emredici olmayan bir hukuk kuralı tahayyül edilemez. Bütün hukuk kuralları belirli bir insan veya insan kümesinin davranışları üzerinde bir yükümlülük bildirir ve bunların hepsi emredicidir. Bunu görmezden gelerek “jus cogens” kavramını irdelemeye devam edelim. Jus cogens “1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi” ile instrumentum’a sahip olmuştur. Bu kurallara örnek olarak “köle ticareti yapma yasağı”, “soykırım yasağı” verilebilir. Bazı yazarlar jus cogens’in bahsi geçen antlaşmadan bağımsız olarak ve önce var olduğunu savunmaktadırlar. Jus cogens uluslararası hukukun anayasası olarak görülür. Jus cogens’in var olup olmaması sorununun yanında eğer var olduğuna kanaat getirsek bile bunların neler olduğunu tespit etme sorunu bizi karşılamaktadır. Şayet onları tespit etsek bile bir devlet jus cogens’e aykırı bir antlaşma yaptığında bunun jus cogens’ e aykırı olup olmadığına karar verecek makam kim olacaktır? O antlaşmayı yapan devletin tarafları mı yoksa diğer bütün devletler mi? Burada bu soruların cevabını bulmaya çalışmayacağız zira bunlar apayarı derinliği olan ve bu çalışmamızın temel objesi olmayan konulardır. Biz sadece jus cogens kavramı içerisinde bunun gibi birçok tartışılabilir sorunların olduğundan bahsediyoruz. jus cogens kavramını kabul edip etmemize göre yukarıda sorduğumuz “uluslararası hukukun kaynakları arasında bir çatışma çıkarsa nasıl yol izlenmelidir?” sorusunun cevabı değişecektir. Bazı yazarlar uluslararası hukukun bütün kaynaklarının eşit hiyerarşik seviyede olduğunu zira bunların hepsinin “egemen devletlerin eşitliğine dayalı” olduğunu savunurlar. Ne var ki, bu gerekçelendirme kabul edilesi değildir. Zira iç hukukta da bütün normlar tek bir devletin elinden çıkmaktadır. Sadece arada belli başlı nüanslar vardır. Örneğin Anayasa değişikliği kanunun normal kanunlardan daha büyük bir kabul oyu alması gerekmesi, belirli bir nitelikli çoğunluğun oyunun aranması gibi durumlar mevcuttur. Lakin nihai tahlilde iki norm da tek bir elden çıkmaz. Bunlar arasındaki fark saydığımız nüanslar haricinde muhtevalarına ilişkindir. Hiyerarşi kuramayız diyen yazarları izleyecek olursak bu soruya olan cevabımız “lex specialis derogat legi generali” ilkesi olacaktır. Uluslararası hukuka ilişkin iki norm çatıştığında hangisi daha özel nitelikli ise o, durum karşısında uygulanacaktır. Lex posterior ilkesini uygulamamızın sebebi ise uluslararası hukukun kaynaklarının var olma zamanını tespit etmenin bir hayli zor olmasıdır. Örneğin teamüli kurallar ne zaman vuku buldu, jus cogens kuralları ne zaman vuku buldu? Bunları saptamak neredeyse imkansızdır. Jus cogens’i kabul eden ve hiyerarşi kurmak isteyen yazarlar ise “lex superior derogat legi inferiori” ilkesinden yararlanacaklardır.

Zira onların üst-alt norm ilişkisi mevcuttur. Örneğin eğer ki jus cogens kuralları ile teamül kuralları çatışırsa “lex superior” ilkesi gereği jus cogens kuralları uygulanacaktır.

3. TEORİK DÜZLEMDE HİYERARŞİ TESİS ETME

Hukuk sistemi normlardan oluşur. Bu önermenin sahibi Hans Kelsen’dir. Biz de normcu hukuki pozitivizm savunucusu olarak Hans Kelsen’i takip edeceğiz. İlk olarak norm kavramını ele almamız gerekir. Norm nedir? Norm bize neyi ifade eder? Normatiflik ne demektir? Norm kelimesini etimolojik olarak incelersek “gönye” anlamını taşır. Norm bir olması gerekeni ifade eder. Norm bir şeyi emreder veya bir şeyi yasaklar. Hukukun üzerine yaslandığı, hukuku hukuk yapan üç unsur vardır. Bunlar, hukukun beşer tarafından yaratılması, bu kuralların insanın eylemleri üzerine olması yani konusunun insanın davranışları olması ve son olarak normativite özelliği taşımasıdır, yani insanın eylemleri üzerinde gereklilik bildirmesidir. Bazı yazarlar hatta Hans Kelsen bu unsurlara bir başka eleman daha eklerler: Hukuk kurallarının müeyyidesinin olması. Bu yazarlara göre eğer bir normun müeyyidesi var değilse o norm bir hukuk normu olma özelliğine sahip değildir. Özellikle merkezileşmiş bir müeyyide sistemi gözetirler. Bu demek oluyor ki her hukuk normunun belli başlı bir müeyyidesi olacak ve bunlar önceden bilinecek. Ne var ki, biz burada Hart’ı takip etmeliyiz. Hart’a göre bir hukuk normunun müeyyidesi olmak zorunda değildir. Zira insan hukuk normuna uyarken, adeta hukuk uygulayıcısı pozisyonundayken her daim o hukuk normunu müeyyidesi olduğu için uygulamaz. Bunun arkasında başka motivatörler olması muhtemeldir ve hatta vardır. Örneğin bir insan o hukuk normuna kendi ahlak anlayışına uygun bulduğu için uymak istemiş olabilir. Veyahut bir hukuk normu bir insanın kişisel çıkarını maksimize ettiğinden, o zat bu hukuk normuna uygun davranmak isteyebilir. Veyahut bir insan müthiş derecede omurgalıdır ve hukuka uygun davranmaktan içinde fevkalade bir iyilik hali cereyan eder. Belki de o kişi hukuk normlarını adeta bir postulat olarak zanneder. Bu gibi sonsuza yakınsayan sebepler insanların hukuk normuna uyma gerekçesini açıklayabilir. Dolayısıyla neden salt olarak müeyyide bir normun hukuk normu olmasının olmazsa olmazı olsun? Arkasında binlerce sebep varken neden müeyyide olmazsa olmaz? Nihai tahlilde biz hukuku hukuk yapan temellerin üç elemana sahip olduğunu ve müeyyidenin bu kapsama girmediği sonucuna ulaşmaktayız. Burada bir kavrama daha göz atmalıyız: Geçerlilik. Geçerlilik hukuki olarak ne anlama gelir? Geçerlilik bir hukuk normunun bir hukuk sistemi içerisindeki varlığıdır. Dolayısıyla geçerlilik bir hukuk normunun varlık sebebidir. Geçersiz hukuk normu diye başlayan bir cümle yanlış bir cümle olur. Zira bir hukuk normunun var olabilmesi için geçerli olması şarttır. Hiyerarşi ise üstteki normun alttaki norma geçerlilik

ihdas etmesinden ibarettir. Peki herhangi iki norm arasında nasıl hiyerarşi tesis edilir? Bunları adım adım inceleyelim: Elimizde N1 ve N2 diye iki tane hukuk normumuz mevcut olsun:

A.N1 ve N2 HARİCİNDE BİR ÜST NORM BU NORMLAR ARASINDA BİR HİYERARŞİ TESİS EDİYORSA

Şayet bir hukuk sisteminde N1 ve N2 normlarından bir başka üst norm bunlar arasında bir hiyerarşi belirliyorsan N1 ve N2 arasında hiyerarşi kurulmuş olacaktır. Zira bunlar geçerliliğini üst normlardan alır ve seviyeleri de o normun demesine göre şekillenir. Örneğin Deokistan Anayasası, tüzüklerin yönetmeliklerden üst hiyerarşik seviyede olduğunu beyan etmişse artık bu iki norm arasında hiyerarşi kurulmuştur.

B.N1 ve N2 NORMU ARASINDA AYKIRILIK CEREYAN ETTİĞİNDE İKİSİNDEN BİRİ İLGA OLUYORSA

Eğer ki N1 normu N2'ye aykırı olduğunda ilga oluyorsa, bu demektir ki N2 normu N1 normundan üst bir hiyerarşik seviyeyi haizdir. Örneğin Deokistan devletinde, yönetmelikler tüzüklere aykırı olduğunda yönetmelikler ilga oluyorsa, o halde tüzükler yönetmeliklerden üst bir hiyerarşik seviyeyi haizdir .

C. N1 ve N2 NORMLARINDAN BİRİ DİĞERİNİN İÇERİĞİNİ BELİRLİYORSA

Şayet N2 normu N1 normunun içeriğini belirliyorsan, bu demektir ki N2 normu N1 normundan daha yüksek bir hiyerarşide yer alır. Örneğin Deokistan Devletinde, tüzükler yönetmeliklerin muhtevasını belirliyorsan tüzükler yönetmeliklerden üst seviyededir.

D.N1 ve N2 NORMLARINDAN BİRİ DİĞERİNİN USULÜNÜ BELİRLİYORSA

Eğer ki N2 normu N1 normunun usulünü belirliyorsan, bu demek oluyor ki N2 normu N1 normundan ulu bir hiyerarşiye sahiptir. Misalen Deokistan Devletinde, Deokistan Büyük Meclisi İç Tüzüğü kanunların yapılış usulüne ilişkin bir belirlemede bulunuyorsa, bu demek oluyor ki Deokistan Büyük Meclisi İç Tüzüğü kanunlardan üst bir hiyerarşik seviyeyi haizdir. Açıkçası yukarıdaki hallerden biri mevcutsa N1 ve N2 normu arasında hiyerarşi tesis edebiliriz. Ancak bunlar dışındaki haller bize hiyerarşi tespiti için yardımcı bir yöntem sunmaz.

4.ULUSLARASI ANTLAŞMALARIN TÜRK HUKUKUNDAKİ YERİ VE AY M.90'IN İNCELENMESİ

AY m.90/1: Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak

andlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır. Bu maddeden bir yetki kanunu istihraç etmekteyiz. Uluslararası antlaşmayı yürütme organı akdeder fakat bu anlaşmanın onaylanması işlemini TBMM onaylamayı uygun bulma kanunuyla gerçekleştirir. AY m.90/2: Ekonomik, ticari veya teknik ilişkileri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan andlaşmalar, Devlet Maliyesi bakımından bir yüklenme getirmemek, kişi hallerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak şartıyla, yayımlanma ile yürürlüğe konabilir. Bu takdirde bu andlaşmalar, yayımlarından başlayarak iki ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinin bilgisine sunulur. Bu fıkra tartışmaya mahal vermeyecek kadar açıktır. AY m. 90/3: Milletlerarası bir andlaşmaya dayanan uygulama andlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticari, teknik veya idari andlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisince uygun bulunması zorunluğu yoktur; ancak, bu fıkraya göre yapılan ekonomik, ticari veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren andlaşmalar, yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz. Keza bu fıkra da aynı şekildedir. AY m.90/4: Türk kanunlarına değişiklik getiren her türlü andlaşmaların yapılmasında birinci fıkra hükmü uygulanır. AY m.90/5: Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz.(Ek cümle: 7/5/2004- 5170/7 md.) 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. İşte asıl bitmez tükenmez tartışmaların cirit attığı fıkraya gelmiş bulunmaktayız. Burada bir sürü görüş mevcuttur, ne var ki, bu denli muhtelif görüşlerin ve yorumların olmasının sebebi maalesef ki bu fıkranın gerekçesinin hazırlanmasında, Aybay'ın deyişle, tasarruflu davranılmış olmasıdır. Fıkra'yı çözümlenmeye başlayalım: Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Bazı yazarlar bu fıkradan Milletlerarası andlaşmaların kanunlardan üst bir hiyerarşik seviyeye sahip olduğunu çıkarırlar. Gerekçeleri ise bu andlaşmalar hakkında AYM'ye müracaat edilememesidir. Lakin yukarıda biz hiyerarşi nasıl tespit edilir, açık seçik bir şekilde açıkladık. İzah edilen durumlardan hiçbirisi burada mevcut değildir üstelik anayasa koyucu özellikle "kanun hükmündedir" diye belirtmiştir. Kanımca burada pek de tartışılacak bir şey yoktur. Burada Anayasa Mahkemesine başvurulamaz hükmünden başka tartışmalar da çıkmıştır. Bazı yazarlar anlaşmanın kendisinin Anayasa Mahkemesi'ne taşınamayacağını fakat yetki kanunlarını uygularken usule aykırı bir şekilde kanun var olmuştaysa bu yüzden bu kanunun Anayasa Mahkemesi'ne taşınabileceğini savunmuşlardır. Bazıları ise onların da AYM'nin denetimine tabi olmadığını savunmuşlardır. Bizce ilk görüş isabetlidir. Bu maddenin siyasi olarak



diğer ülkelerle kafa kafaya çarpışmamızı engellemek gayesiyle çıkartıldığı bellidir. 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. Burada “esas alınır” ifadesi epey muğlak bir ifadedir. Zira bu ifadeden iki nevi yorum saptanmaktadır. Birincisi esas alınır dediği için usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanunlardan üst bir hiyerarşik seviyeyi haizdir diyen çoğunluk bir görüş vardır. İkinci görüş, bizim savunduğumuz görüş, ise aralarında hiyerarşik olarak bir fark yok, ikisi de aynı hiyerarşik basamakta fakat aralarında bir uygulama önceliği vardır diye savunma yapar. Uygulama önceliği kavramını biraz irdeleyelim. Kural olarak üst norm alt norm karşısında uygulama önceliğine sahiptir. Üst norm alttaki normun uygulama önceliğine sahip olacağını kararlaştırabilir fakat bu istisnadır. İkinci olarak ise bu gibi durumlarda uygulama önceliği mevcuttur. Yani aynı hiyerarşik seviyedeki iki norm çatışırsa şu norma öncelik vererek şu normu uygula gibi bir formüle sahiptir. Bu fıkrada biz “esas alınır” ifadesinden uygulama önceliği olduğunu istihraç etmekteyiz. Zira aralarında bir hiyerarşi var olsaydı Anayasa koyucu bu iki norm çatışamaz derdi, daha açık bir ifadeyle hiyerarşiyi

belirlerdi. Burada bizim yapmamız gereken aynı “lex posterior” ilkesi gibi diğer kanunu geçersiz kılmamak fakat temel hak ve hürriyetlere ilişkin milletlerarası andlaşmaları uygulama önceliğine sokmaktır. Bütün iş bundan ibarettir.

5. KANUNLAR, USULÜNE GÖRE YÜRÜLÜĞE KONULMUŞ MİLLETLERARASI ANDLAŞMALAR VE USULÜNE GÖRE YÜRÜLÜĞE KONULMUŞ TEMEL HAK VE HÜRRIYETLERE İLİŞKİN MİLLETLERARASI ANDLAŞMALAR ARASINDAKİ HİYERARŞİ TESPİTİ

Anayasa koyucu milletlerarası andlaşmaların kanun hükmünde olduğunu açıkça belirtmiştir. Dolayısıyla kanunlar ile milletlerarası andlaşmalar aynı hiyerarşik seviyededir. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve hürriyetlere ilişkin milletlerarası andlaşmalar ile kanunlar arasında ise bir hiyerarşi farkının bulunmadığını, iki normun da aynı hiyerarşik basamakta yer aldığını, aralarında sadece bir uygulama önceliğinin bulunduğunu yukarıda izah ettik. Nihai tahlilde bu üç normu hiyerarşik olarak sıralarsak durum şöyle olacaktır: Kanunlar= usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar = usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve hürriyetlere ilişkin milletlerarası andlaşmalar