

T.C
ÇAĞ İNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

ANAYASASI'NIN 90. MADDESİNDEKİ DEĞİŞİKLİK İŐİĐİNDA İLO
SÖZLEŞMELERİNİN İ HUKUKA VE MAHKEME KARARLARINA ETKİSİ

Mustafa ÇİNKİLİÇ

Tez Danışmanı Doç. Dr. Burhan ÖZDEMİR

Adana

2006

Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne,

Bu çalışma jürimiz tarafından Kamu Hukuku Anabilim Dalında YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak kabul edilmiştir.

.....
Başkan: Prof. Dr. Yücel ERTEKİN

.....
Üye: Doç. Dr. Burhan ÖZDEMİR

.....
Üye: Yrd. Doç. Dr. Türker YALÇINDURAN

Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim elemanlarına ait olduklarını onaylarım.

ONAY

...../...../.....
Prof. Dr. Süleyman TÜRKEL
Enstitü Müdürü

Not: Bu tezde kullanılan özgün ve başka kaynaktan yapılan bildirişlerin, çizelge, şekil ve fotoğrafların kaynak gösterilmeden kullanımı 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndaki hükümlere tabidir.

İÇİNDEKİLER

	Sayfa No:
ÖZET	III
ABSTRACT.....	V
ÖNSÖZ.....	VII
KISALTMALAR.....	IX
GİRİŞ.....	1
I – EGEMENLİK KAVRAMI.....	4
A- Egemenliğin Tanımı	4
B- Egemenlik Anlayışının Gelişimi.....	6
1. Teokratik Egemenlik Anlayışları.....	6
2- Modern Egemenlik Anlayışları	8
C- Egemenlik Kavramının Boyutları.....	11
1- İç Egemenlik – Dış Egemenlik.....	11
a) İç Egemenlik ve Sonuçları.....	11
(1)- Egemenlik Bölünmezdir. (Birdir).....	11
(2)- Egemenlik Mutlaktır	12
(3)- Egemenlik Devredilmez	13
(4)-Egemenlik Devlet İçerisindeki En Üstün Güçtür	14
(5)- Meşru Güç Zor Kullanma Tekeline Sahiptir	15
b) Dış Egemenlik ve Sonuçları	16
2- İnsan Haklarının Gelişimi Nedeni ile Egemenlik Kavramındaki Değişim ...	18
II- ULUSAL HUKUK- ULUSLARARASI HUKUK	23
A- Uluslararası Hukukun Ulusal Hukuku Etkilemesi.....	24
1- Tekci (Monist) Görüş	24
a)- İç Hukuka Öncelik Tanıyan Tekçi (Monist) Görüş.....	25
b)- Uluslararası Hukuka Öncelik Tanıyan Tekçi (Monist) Görüş	25
2- İkici (Dualist) Görüş.....	28
3- Karma Görüş	31
B- 1982 Anayasasına Göre Uluslararası Hukuk- Ulusal Hukuk İlişkisi	34
III- ULUSLARARASI ÇALIŞMA ÖRGÜTÜ (ILO) METİNLERİNİN ULUSAL HUKUKA YANSIMASI.....	41
A- Uluslararası Çalışma Örgütü	41
1- ILO'nun Yapısı.....	46

2- ILO Tarafından Üretilen Belgelerin Türleri ve Niteliği	48
a) ILO Anayasası ve İçerdiği Temel İlkeler	50
b) Sözleşme ve Tavsiyeler	51
B- Üye Devletlerin Sözleşme ve Tavsiyeleri Kendi Yetkili Organlarına Sunma Yükümlülüğü	53
C- ILO Normlarının (Standartlarının) Özellikleri	54
1- Evrensellik	54
2- Esneklik	55
3- Kabul Edilebilirlik	56
4- Geçerlilik	56
5- Sosyal Adaleti Sağlama	57
6- İnsan Haklarına Saygı	58
D- ILO Belgelerinin Anayasa 90. Madde Karşısında Konumu	58
1- Anayasa Değişikliği Öncesi Mahkeme Kararlarında Ulusal Hukuk- Uluslararası Hukuk İlişkisinin Değerlendirilişi	58
a) Anayasa Mahkemesinin Bakışı	59
b) Danıştay'ın Bakışı	60
c) Yargıtay'ın Bakışı	61
2- Anayasa Değişikliği öncesi Mahkeme Kararlarında ILO Belgelerinin Değerlendirilişi	63
3- Anayasa Değişikliği Sonrası Mahkeme Kararlarında ILO Belgelerinin Değerlendirilişi	68
a) Kararın Değerlendirilmesi ve Çıkarılabilecek Sonuçlar	69
IV- HAKİMİN HUKUK YARATMASI	71
A- Yasa Boşlukları	71
B- Yasa Boşluklarının Hakim Hukuk Yaratması ile Doldurulması Pratiği	72
C- ILO Belgelerinin Uygulanmasında Hakim Hukuk Yaratması	73
D- Yaşanabilecek Olası Sorunların Değerlendirilmesi	75
SONUÇ	85
KAYNAKÇA	88
KİŞİSEL BİLGİLER	92

ÖZET

Egemenlik; mutlak, sınırsız ve bölünmez sayılan nitelikleri ile 20. yy'ın ikinci yarısına kadar Ulus devletler ile doruk noktasına ulaşmış ve anayasalarla kendini görünür metinlere dönüştürmüştür. Ancak, başta ekonomi ve insan hakları alanında olmak üzere, bir çok alanda meydana gelen gelişmeler sonucunda egemenliğin bu nitelikleri zayıflamaya hatta bazı alanlarda kaybolmaya başlamıştır.

Uluslararası ikili ya da çok taraflı sözleşmelerle oluşturulan ulusüstü kurumların ürettiği belgelerin niteliği ve bu belgelerin, Uluslararası Hukuk- Ulusal Hukuk ilişkisinde değerlendirileceği yer tartışmaları süreci, bu gün, bu belgelerin iç hukuktan önce uygulanması noktasına gelmiştir. Hemen, hemen her çağdaş anayasada 1982 Anayasasını 90. maddesine benzer düzenlemelerin yer alması giderek bir zorunluluk olmaya başlamıştır.

Anayasanın 90. maddesinde 07/05/2004 tarihinde 5170 sayılı Yasanın 7. maddesi ile yapılan değişiklikle; temel hak ve özgürlüklere ilişkin olmak koşuluyla usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası sözleşme metinlerinin, iç hukukla aynı konuda farklı hükümler bulunması nedeniyle, çıkabilecek uyumsuzluklarda, uluslararası sözleşme hükümlerinin esas alınacağı kuralı getirilmiştir. Bu yeni kural, daha önce öğretilen ve yargı kararlarında karşılaşılan sorunların bir kısmını ortadan kaldırmıştır. Ancak, hem öğretinin hem de yargı organlarının önüne, çözülmesi gereken birçok yeni sorun alanları çıkardığını da belirtmek gerekir.

Bu değişiklikten sonra Temel Hak ve Özgürlüklere ilişkin olan Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) nün ürettiği sözleşmelerin iç hukukumuzu daha fazla etkileyeceği açıktır. ILO sözleşmelerinin iç hukukta uygulanabilmesi için, başka hiçbir düzenlemeyi gerektirmeyecek kadar açık, kesin, somut, olaya doğrudan uygulanabilecek nitelikte bir hüküm getirmiş olması durumunda sözleşmelerinin doğrudan uygulanmasında subjektif olumsuz algılamalar dışında sorun görülmemektedir. Ancak, hakların tanımlanmasına ilişkin olarak çerçeve belirleyen, daha çok ekonomik ve sosyal haklara ilişkin olan ILO sözleşmelerinin uygulanmasında sorunlar yaşanacağı açıktır. Zira, yargı geleneğimizde pek fazla örneği bulunmayan hakimin hukuk yaratması gibi, olağan yargı süreçlerinde görülmeyen ancak, bu tip sözleşmelerin uygulanması için zorunlu bir irade gerekmektedir. Bu iradenin oluşumu için başta hukukçular olmak üzere tüm yargı organlarına, uluslararası

sözleşmeleri ve Ulusalüstü Mahkeme kararlarını daha fazla izleme ve inceleme görevi düşmektedir.

Bu nedenlerle; çalışmamızda öncelikle, Egemenlik kavramının kısaca evrimini, insan haklarını gelişimi ile egemenlik kavramındaki erozyonu, Ulusal Hukuk ve Uluslararası Hukuk ilişkilerini incelemeye ve bir özetini vermeye çalıştık.

Uluslararası Hukukun iç hukukumuza giriş kapısı diye nitelendirdiğimiz 1982 Anayasasının 90 maddesinin iç hukuktaki gelişimini ve değişimini ele aldık.

Anayasanın 90 maddesi kapsamında iç hukukumuzun bir parçası olan usulüne göre onanmış uluslararası sözleşmelerden ILO belgelerinin oluşumu, ILO'nun yapısı ürettiği belgelerin niteliğini ve Anayasa Mahkemesi'nin, Danıştay'ın ve Yargıtay'ın ILO sözleşmelerine bakışını inceledik.

Anayasa değişikliği öncesi ve sonrası mahkeme kararlarına yansıyan ILO sözleşmelerini ve mahkemelerin bu sözleşmeleri nasıl değerlendirdiğini ortaya koymaya çalıştık.

Anayasa değişikliğinin sadece “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar” ile sınırlı olmasının yaratacağı olası sorunları ve çözüm önerilerini irdeledik.

Sonuç bölümünde de yapılan değişiklikle, İş Hukuku'nun uluslararası kaynağı olan ILO sözleşmelerinin iç hukukumuzu daha kolay etkileyebileceği olanakların oluştuğunu ve bu etki ile Uluslararası Çalışma Standartlarının iç hukukumuzda yerleşmesi için yapılması gerekenlere yer vermeye çalıştık.

Anahtar Kelimeler: Egemenlik, Uluslararası Hukuk, İç Hukuk, Anayasa 90. madde, ILO, Yasa boşlukları.

ABSTRACT

The notion of absolute, infinite and indivisible sovereignty that was closely related to the idea of “nation-state” mentioned in the constitutions until the mid 20th century. After the changes and developments in the economy and the field of human rights sovereignty started to lose this status.

The conventions, documents prepared by supranational institutions founded in accordance with international agreements, the quality of those documents, the discussions on the effect of these documents on the relation between national and international laws made these international conventions to be over national laws. Article like Article 90 of the Constitution is, so to speak, an obligation for every modern constitution.

The amendments made in the Article 90 of the Constitution with the Article 7 of the Law No 5170 on 7 May 2004 international laws and conventions raised into national laws as far as they are concerned with fundamental rights and freedoms: “International agreements duly put into effect carry the force of law”. In the case of a conflict between international agreements in the area of fundamental rights and freedoms duly put into effect and the domestic laws due to differences in provisions on the same matter, the provisions of international agreements shall prevail. Even though after this amendment some problems related to judicial doctrine and procedures were solved we have to stress that some other problems came out.

It is certain that after this amendment the conventions of International Labour Organisation (ILO) on fundamental rights and freedoms is going to affect our national law. Besides subjective, negative interpretation there will be no need for further arrangement or changes in implementation of ILO conventions within the national judicial procedures so far the convention is clear and distinct single incidents. But there will be certainly some problems in the implementation of ILO conventions on the grounds that the conventions are mainly on economic and social rights. At this point the judges should make decisions relying on their opinions, but the tradition of Turkish judiciary excluded giving the judges such an authority in the past. In order to make judges able to act within this new framework all the lawyers, organs of judiciary, jurist and all persons related to law should deal with and follow the decisions of international courts taken in accordance with the international laws.

Within this framework we firstly dealt with and tried to give a summary of the definition, history, and evolution of the notion sovereignty, development of the idea of human rights, changes in and erosion of the notion sovereignty, the relation between national law and international law.

Then we focussed on changes in the Article 90 of the 1982 Constitution that regulates the relation between national law and international law.

After this we examined ILO convention which is one of the ratified international laws, formation of ILO conventions, and the interpretations of Constitutional Court and Highest Administrative Court of ILO conventions.

We also tried to expose how these conventions were interpreted by the court before the amendment made in the Article 90 of the Constitution.

Since constitutional amendment was restricted as “international agreements duly put into effect carry the force of law” we tried to deal with the possible future problems and suggested some solutions.

In the conclusion part of the thesis we focussed on the truth that as being the source of international labour rights ILO conventions will affect our national law after the amendment in the Constitution and steps to be taken in order to make international labour standards to be a part of life in Turkey.

Key Words: Sovereignty, International Law, National Law, Constitution Article 90, ILO, Silence of the Law

ÖNSÖZ

Bu çalışmanın amacı; mutlak, sınırsız ve bölünmez sanılan egemenlik anlayışının insan hakları alanındaki gelişmeler sonucunda nasıl etkilenip değiştiğini ve bu değişim sonucunda, insanlığın giderek en azından temel hak ve özgürlükler alanında tüm dünyada geçerli bir hukuk yaratma evresine geldiğini, bu evrede Uluslararası Çalışma Örgütü'nün ürettiği sözleşmelerin, TBMM'nin 7.5.2004 tarihinde kabul ettiği 5170 sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun" un 7. maddesi ile Anayasamızın 90. maddesinin son fıkrasına eklediği *"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."* düzenlemesinin iç hukukumuzu ve mahkeme kararlarını nasıl etkileyebileceğini, etkilemesi gerektiğini saptamaktır.

Beni böyle bir konuyu seçmeye iten temel neden, yıllardır bir insan hakları aktivisti olmam ve pratikte yoğun olarak iş davalarına bakmam nedeni ile, temel hak ve özgürlükleri düzenleyen belgelerden olduğunu düşündüğüm ILO sözleşmelerinin, Anayasanın son değişikliği temelinde iç hukukta uygulanmasına bir açılım sağlama gereksinimidir.

Bu çalışmayı hazırlarken, Anayasa değişikliğinin daha yeni sayılacak bir tarihte gerçekleşmiş ve doktrinde de yeterince değerlendirilmemiş olması nedeniyle kaynak bulmakta, mahkeme kararlarına yansımaları konusunda da karar bulmakta oldukça zorlandığımı belirtmeliyim.

Ancak tüm bu zorluklara rağmen ilk anda kaynak bulmamda yol gösterici olan ve sıcak ilgisini esirgemeyen dost sıcaklığını her zaman yanımda hissettiğim Prof. Dr. M.Semih GEMALMAZ'a, tezin her aşamasında hazırladıklarımı büyük bir titizlikle inceleyen, kenar notlar koyarak tezin belirli ekseninde gitmesini sağlayan ve en sıkıntılı anlarımda yeni kaynaklarla beni heveslendiren tez danışmanı hocam Doç. Dr. Burhan ÖZDEMİR'e minnet ve şükran borcumu ifade etmeliyim.

Yine çalışmanın araştırma bölümünde bulunduğu yayınlanmamış tezlerle, makalelerle, ulaşamadığım kaynakları bana ulaştırmakla tezimin zenginleşmesine katkı sunan değerli meslektaşlarım Av. Saime DALYAN'a, Av. Abbas BİLGİLİ'ye, Av.

Çağrı BAĞATUR'a ve Av. Yakup BULUT'a ve Ç. Ü. Eğt. Fak. Öğr. Gör. Andaç ÇUHADAR'a dayanışma duyguları için teşekkür borcum var.

Derslere devam etmem ve tez hazırlamam için gerekli zamanı bana kazandırmak için büyük bir özveri ile günlük işleri yürüten Ortak Avukatlık Bürosundaki meslektaşlarım ve çalışan elemanlara sonsuz teşekkürlerimi sunuyorum.

Birlikte olacağımız zamanlarından eksiltip tez çalışmasını yapmama rağmen gözlerindeki gülücüğü eksik etmeyerek beni motive eden çocuklarım Coşku ve Tutku'ya sevgilerimi sunuyorum.

Hiç şüphe yok ki, en büyük övgüyü ve teşekkürü, beni yüksek lisans programına katılmaya cesaretlendiren, onlardan aldığım zamanı iki yıl boyunca çocuklarımıza hissettirmemeye çalışan, derslerin ve tez çalışmasının her aşamasında beni motive eden ve destekleyen sevgili eşim Av.Rukiye ÇİNKİLİÇ hak etmektedir. Ona sevgi ve minnettarlığımı sunuyorum.

Mustafa ÇİNKİLİÇ

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
a.g.k	: Adı Geçen Karar
a.g.m.	: Adı Geçen Makale
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Koruma Sözleşmesi (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi)
Any	: Anayasa
Any. Mah	: Anayasa Mahkemesi
AYD	: Anayasa Yargısı Dergisi
BM	: Birleşmiş Milletler Örgütü
Bkz	: Bakınız
CGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
CD.	: Yargıtay Ceza Dairesi
D.	: Danıştay Dairesi
DMK	: Devlet Memurları Kanunu
E	: Esas
ESKH	: Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi
HGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
HD	: Yargıtay Hukuk Dairesi
ILO	: Uluslararası Çalışma Örgütü
K	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KSHS	: Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi
md	: Madde
sf	: Sayfa
sY	: Sayılı Yasa.
T	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TİSK	: Türkiye İşverenler Sendikası Konfederasyonu
WTO	: Dünya Ticaret Örgütü

vb : ve benzeri
Y/D : Yürütmeyi Durdurma Kararı
YKD : Yargıtay Kararları Dergisi
yy : Yüzyıl

GİRİŞ

20. Yüzyılın ikinci yarısına kadar yaşananlar, tek, mutlak, bölünmez, ülke içerisinde en üstün ve meşru güç kullanma tekeline sahip olma şeklinde nitelendirilebilecek “egemenlik” kavramına körü körüne sarılmanın kimi durumlarda bireylerin özgürlüğünü yok ettiğinin bilince çıkmasını sağlamıştır. Bu bilinç, yaşananların yinelenmesini önlemek ve insanlık ailesinin barış içerisinde yaşamasını sağlamak amacıyla, öncülleri var olan ulusalüstü, kurumlar ve belgeler oluşturmaya başlamıştır.

Egemen devletlerin kendi yurttaşları bile olsa, insanların hak ve özgürlüklerini ihlal etmesinin engellenmesi için üzerlerinde bağlayıcı bir otoriteye ihtiyaç duyulmuş ve bireylerin özgürlüğüne verilen öneme bağlı olarak, demokratik rejimlerde egemenliğin sınırlı olması bir zorunluluk halini almıştır.

Günümüzde devletlerin egemenliği, artık uluslararası hukukun belirlediği kurallar içerisinde, sınırlı bir yapıdadır. İnsan hakları da devletlerin iç sorunu olmaktan çıkıp uluslararası alana kaymıştır. Bu aşamadan sonra egemenliğin aşınmaya, eski önemini yitirmeye başladığını söylemek olanaklı olsa da, tamamen ortadan kalkmaya başladığı söylenemez. Bu gidişin, egemenliğin ortadan kalkmasına doğru değil, ancak bir dönüşüm sürecine işaret ettiğini belirtmek gerekir.

20. Yüzyılın ikinci yarısında kurumsallaşan ve 21.Yüzyılın başında gerek uluslararası ve gerekse bölgesel insan hakları sistemlerinin işlemekte olduğu ve Türkiye Cumhuriyetinin de bu sistemlere şu yada bu boyutta dahil olduğu dikkate alındığında, insan haklarının bir iç hukuk sorunu olduğunu “kol kırılır yen içinde kalır” yaklaşımıyla savunmak zaten kolay değildi. Hele, Anayasanın 90. maddesinde 07.05.2004 tarihinde 5170 sayılı Yasa ile yapılan değişiklik ile Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasına eklenen cümleden sonra, ‘insan haklarının bir iç hukuk sorunu olduğu’görüşünü savunmak artık iyice olanaksız hale gelmiştir, çünkü eklenen bu son cümleinin getirdiği en önemli yenilik, ulusalüstü kurumlara değişiklikle kabul edilen alanlarda egemenlik aktarılması noktasında odaklanmaktadır.¹

Temel hak ve özgürlüklerden olan çalışma hakkı ve bu hakkın insana yaraşır şekilde kullanılmasının yaratacağı sosyal adalet duygusunun, dünya barışını sağlayacağı

¹ GÜLMEZ, Mesut, “Anayasanın 90. maddesi TİS ve Grev Hakkı”, KESK Yayınları, Konferans, Ankara, Kasım 2006 (TİS ve Grev Hakkı), sf. 15

bilinciyle tavsiye kararları ve sözleşmeler² formatında belgeler üreten ILO'nun, ürettiği bu belgelerin iç hukukumuzda etkisi ve doğrudan uygulanıp uygulanmayacağı geçmişten beri önemli bir sorun oluşturmaktaydı.

Bu sorun karşısında hukukçular; ILO sözleşmelerinin doğrudan uygulanmasının olanaksız olduğunu savunanlar, hiçbir düzenlemeyi gerektirmeyecek kadar açık, kesin, somut, olaya doğrudan uygulanabilecek nitelikte bir hüküm getirmiş olanların doğrudan uygulanabileceğini, bu koşulları sağlamayan sözleşmelerin doğrudan uygulanamayacağını savunanlar ve her koşulda doğrudan uygulanabileceğini savunanlar şeklinde ayrılmıştır.

Usulüne göre onaylanan ILO Sözleşmelerinin iç hukukumuzda doğrudan uygulanması sorunu, daha açık ifade etmek gerekirse, bireylerin usulüne göre onaylanmış Sözleşme hükümlerine dayanarak iç hukukumuzda, idari makamlar ve özellikle yargı organları önünde hak talep edip edemeyecekleri, bir hak talep ettiklerinde özellikle yargı organlarının bu talepler karşısında ulusal mevzuatla sözleşmelerin çatışması durumunda, temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından, nasıl karar vermelerinin hukukumuzu geliştireceği tartışması bu çalışmanın da temel konusudur.

Ancak, bu çalışmada genel tartışmalardan farklı olarak, ILO sözleşmelerinin doğrudan uygulanabilirliğinin sağlanması açısından hemen, hemen tüm hukuk sistemlerinde var olduğu düşünülen ve hukuk sistemimizde de yer olan “hakimin hukuk yaratması” konusu ele alınarak bu yolla sözleşmelerde var olan boşlukların da doldurulabileceği savunulmuştur.

Uluslararası Hukuk- Ulusal Hukuk ilişkisinde zaten net belirlemeler taşımayan 1982 Anayasasının 90. maddesindeki bu son değişiklik, durumu daha da karışık hale getirmiştir. Bu nedenle, genel olarak tekçi (monist), yada ikici (dualist) görüşlere göre tanımlanmaya çalışılan Uluslararası Hukuk- Ulusal Hukuk ilişkisi bu çalışmada “karma görüş” adı altında üçüncü bir kategoride tanımlanmaya çalışılmıştır.

Bu çalışma, bir yönüyle insan haklarının korunması geliştirilmesi ve ihlalleriyle de doğrudan bağlantılı olan egemenlik kavramının, oluşturulan uluslararası hukukun insan hakları kolundaki gelişim ile nasıl sınırlandırıldığıının genel bir değerlendirmesini ve egemenlik kavramındaki değişimin kısa bir özetini sunmasının yanında, diğer

² Anayasa 90. maddede her ne kadar “andlaşma” dan bahsediliyorsa da ILO metinleri “sözleşme” olarak bilindiğinden bu çalışma içerisinde doğrudan anayasal metinler ve alıntılar dışında, “andlaşma”, “anlaşma”, “antlaşma” sözcükleri yerine terim bütünlüğü açısından ayırım yapılmaksızın “sözleşme” terimi kullanılmıştır.

yönüyle de, bu sınırlamaların ve değişimin mahkeme kararlarında nasıl ifadesini bulduğunun/bulması gerektiğinin, Anayasa değişikliği öncesi ve sonrası somut mahkeme kararlarından yola çıkarak kavramsal düzeyde olabilirliğini, en azından tartışılabilirliğini ortaya koymayı amaçlamaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

I – EGEMENLİK KAVRAMI

A- Egemenliğin Tanımı

Egemenliğin doğuşu, gelişimi ve kavramsal çerçevesinin oluşumu süreci içerisinde farklı tanımları bulunmaktadır.³ Egemenlik, ülke içerisindeki ve ülke dışındaki etkisiyle şöyle tanımlanabilir. Egemenlik; ülke içerisinde yapılması gerekenler yönünden, en son sözü söylemek bakımından üstünlüğü ve orantılı güç kullanma tekeline sahip olmayı; uluslararası alanda ise haklara sahip olma ve yükümlülükler alabilme konumunda, özne olarak yer alabilmeyi ve diğer devletlere eşit bir üye olarak kabul edilmeyi gerektirir.

Günümüzdeki (demokratik) anlamını kastederek egemenliği, “bir devletin vatandaşlarının, ülkesel sınırları içerisinde aslen sahip olduğu ve bir siyasal varlık olarak bu sınırlar dahilinde özgürce kullanabildiği, meşru, sürekli ve nihai nitelikteki üstün emretme gücü yanında, o devletin, uluslararası alanda diğer devletlerle hukuken eşit haklara sahip bir özne olarak, onların müdahalelerinden muaf biçimde, kendi rızası ile girmiş olduğu uluslararası taahhütleri de dikkate alarak, kendi ilişkileri bağlamındaki tüm konularda tek başına karar verme yetkisine sahip olmak” biçiminde tanımlayabiliriz.⁴ Yalnız, egemenliğin bu şekilde tanımlanmasının, egemenliğe ilişkin olarak tüm sorunları kapsadığı ve ortaya atılacak her soruna cevap verdiği anlamına gelmez. Değişen dünya koşullarındaki algılanış biçimi ile egemenliğin bu tanımda belirtilen üstün niteliği, her zaman sınırsız ve keyfi biçimde bireyler üzerinde tasarrufta bulunma hakkı doğurmaz. Tam tersine günümüz koşullarında düşünüldüğünde, egemenliğin her durumda “sınırsız” bir biçimde olamayacağını özellikle belirtmek gerekir. Özellikle insan hak ve özgürlüklerinin açık ihlali söz konusu olduğunda, bir devletin iç işlerine müdahale edilebileceği, başka bir anlatımla, insan hak ve özgürlüklerinin açık ihlali karşısında hiçbir devletin, iç işlerine müdahale edilmemesini ileri sürerek ihlalleri devam ettiremeyeceği genel kabul gören bir yaklaşımdır.

³ Ayrıntılı bilgi için HAKYEMEZ, Şevki Yusuf, Mutlak Monarşiden Günümüze Egemenlik Kavramı Seckin Yayınları, Ankara, Mayıs/2004, sf.20-62

⁴ HAKYEMEZ, sf. 59

Yapılan tanımlardan egemenliğin kapsamı ile ilgili bazı tespitlerin yapılması gerekir: İlk olarak, egemenliğin, iç hukuk bağlamında pragmatik olarak siyasal kontrolü ve düzeni rahatça sağlama işlevi gördüğü görülür. Hatta ekonomik ve askeri yönden güçlü olan devletlerin diğerlerine yönelik olarak doğurabileceği ciddi tehlike ve tehditler düşünüldüğünde, uluslararası alanda da, egemenliğin “devletlerin egemen eşitliği” ilkesi sayesinde bir güvenlik ve barış ortamı yaratacağı söylenebilir.

İkinci olarak, egemenliğin, “yasal” ve “en üst emretme gücü” niteliklerinin iç egemenlik bağlamında mutlaka bir üstünlüğü vardır.⁵

Egemenlikle ilgili olarak yapılan tanımlarda bir diğer konu ise; hemen, hemen tüm egemenlik tanımlarında egemenliğin en üstün güç olduğuna vurgu yapılması ile ilgilidir. Bu, sınırsız, hiçbir otoriteden emir ve talimat almaksızın bir hukuk yaratma gücü olarak da düşünülebilir. Egemenliğin doğuşunda hemen ön plana çıkan bu durum, aslında yeni bir olgu değildi. Geçmiş dönemlerde de kaynağını farklı olgulardan alsa da böyle sınırsız güç kullanımı vardı.

Günümüzde geline nokta ise, egemenin hiçbir otoriteden emir ve talimat almaksızın sınırsız hukuk yaratması noktasında bazı kısıtlama alanları karşımıza çıkmaktadır. Egemenliğin doğası konusunda, kısıtlanabilir olup olmaması noktasında iki farklı görüş ortaya çıkmış bulunmaktadır. Bunlardan klasik egemenlik teorisini savunan ve “monist egemenlik” olarak adlandırılan birinci anlayışa göre egemenlik, mutlak, zorlayıcı güç kullanır, sınırsız ve bölünmezdir.

Bunun karşısındaki “düalist egemenlik” görüşüne göre ise egemenlik sınırsız değildir. “Düalist egemenlik” anlayışını savunanlara göre, bireyin özgürlüğü tüm güçlü devletlere karşı bile korunması gereken kıymetli bir şeydir. Bu görüşü temsil edenler, mutlakçılığa karşıdır ve örgütlü siyasal mücadeleyi desteklerler.

Sonuçta, bir kavram olarak egemenliğin hem iç hukuk hem de uluslararası hukuk boyutu olduğu görülmektedir.⁶

⁵ HAKYEMEZ, sf. 59

⁶ HAKYEMEZ, sf. 60

B- Egemenlik Anlayışının Gelişimi

1. Teokratik Egemenlik Anlayışları

Aslında egemenlik kavramı, modern siyaset teoride yer alan bir kavram olduğu için, modern düşünce tarihi öncesinde egemenlik kavramının karşılığını modern siyaset teorideki biçimi ile bulmak mümkün değildir. Aristo “devletin üstün gücü” kavramını kullanırken, aynı şekilde Orta Çağda hukukçular, ilahiyatçılar ve diğer yazarlar “summa potestas” (devletin en yüksek gücü) veya “plenitudo potestatis” (devletin üstün yetkisi) gibi kavramları kullanırken bir yönüyle günümüzde kullandığımız egemenlik kavramını çağrıştıran yaklaşımlar içerisindediler. Ancak, bu çağrışımlar şüphesiz ki bugün bu kavramdan algıladığımızdan daha farklı anlamlara gelmekteydi. Bu düşünürler, yazarlar, ilahiyatçılar ve hukukçular devletin “üstün, yüksek gücünü ve üstün yetkisini” bugünkü kullandığımız anlamdan farklı kullanmışlardır.⁷

Orta Çağ düşüncesindeki devlet kudretinin iki temel özelliğine vurgu yapmak gerekir: Bunlardan birincisi, bu dönemdeki insanları yönetme yetkisinin insan ötesi, üstün ve çoğu kez kutsal bir kaynaktan geldiğine yönelik inanıştır. “Kral” veya “sultan” gibi yöneticiler, bu kutsal güçten gelen iktidarı kullanan kişilerdir. Diğerisi ise, bununla bağlantılı olarak, devletin, onun başında bulunan kralın fiziksel varlığından ayrı bir varlığı olduğu esasının kamu hukuku alanında henüz yerleşmemiş olmasıdır. Başka bir ifade ile, devlet ve kral (ya da hükümdar) aynı şeyler olarak algılandığından, devlet ifadesini tek kişinin varlığında bulmaktaydı. Ancak Orta Çağ düşüncesinden farklı olarak, Yeni Çağla birlikte, kısa zamanda, düşünce alanında farklı ve birbirine eşit olmayan dünyevi güç ilişkileri tartışılmaya başlamıştır.⁸

Teokratik nitelikli egemenlik teorileri, aslında ikiden fazla olmasına rağmen genel olarak iki başlık altında toplanabilir⁹ ve bunlardan özellikle ikinci olarak ele alınan teori, demokratik egemenlik anlayışına geçişte önemli ipuçlarını içerisinde barındırmaktadır.

⁷ HAKYEMEZ, sf.20

⁸ AKAL, Cemal Bali, İktidarın Üç Yüzü II. Baskı, Dost Yay, Ankara, 2003 sf. 67.

⁹ Devlet gücünün kaynağı ve sahibi hakkında ileri sürülen teokratik görüşlerin sayısının aslında ikiden fazla olduğunu tespit eden HAKYEMEZ, sadece önemli gördüğü iki görüşe çalışmada yer vermiştir.

a) İlahi Hukuk Doktrini

Bu görüşe göre iktidarın sahibi ilahi bir güçtür ve bu ilahi güç aynı zamanda iktidarın kullanıcılarını da belirleme yetkisine sahiptir. Yani hükümdarlar da Tanrı tarafından seçilmişlerdir. Bundan dolayısıyla, bu kişiler kullandıkları egemenlik yetkilerini Tanrıdan aldıkları için, halka karşı değil, doğrudan doğruya Tanrıya karşı sorumludurlar.¹⁰ Doğüstü ilahi hukuk doktrinine göre Tanrı, toplum düzeninin oluşması ve oluşan bu düzenin sürmesi amacı ile siyasal iktidarı yaratırken, aynı zamanda bu yarattığı iktidarı kullanacak olanları da belirler.¹¹

Dolayısıyla, bu egemenlik anlayışında, yöneticilerin halk tarafından belirlenmemesi nedeniyle halka karşı sorumluluğun da olmadığı kolayca görülmektedir. Bu özelliği nedeniyle kimi diktatörler, halka rağmen baskıcı yönetimler kurmak için bu doktrini kullanma olanağı bulabilmişlerdir. Aslında bu teori Orta Çağ Hıristiyan dünyasındaki siyasal iktidar tipine oldukça uygundur. Yukarıda belirtilen özelliği ve bu özelliğin tartışılmaz kutsallığı nedeniyle, yani egemenlik yetkisini kullanan kişilerin bu yetkilerini tanrıdan almış olduklarının kabulü ve bu kabulün doğal sonucu olarak halka değil tanrıya karşı sorumlu olmaları ve sadece tanrıya hesap verir konumda olmaları, günümüze kadar hatta günümüzde, değişik zamanlarda, farklı ülkelerde, iktidarını halka rağmen elinde tutmak isteyen kişiler tarafından kullanılagelmiştir.

b) Providansiyel İlahi Hukuk Doktrini

Bu görüş, devlet gücünün kaynağı ve kullanımı konusunda, yukarıda açıklanan görüşten farklı olarak, topluma da yönetenlerin belirlenmesinde belli ölçüde yer vermeye çalışmıştır. Buna görüşe göre; egemenlik yetkisi yine Tanrıya aittir. Ancak, Tanrı sahip olduğu bu yetkiyi topluma vermekte ve yönetenler halkın aracılığı ile bu gücü elde etmektedirler. Bu teoriye göre iktidarın kaynağı Tanrıdır, ama devlet yöneticileri doğrudan Tanrı tarafından seçilmemiştir.¹² Bunun sonucu olarak bu gücü fiilen kullananlar onu toplumun arzusuna göre kullanmalıdırlar. Dolayısıyla, bu yönde hareket etmeyenlerin toplum tarafından yerlerinden uzaklaştırılabilmeleri mümkündür.

¹⁰ GÖZLER, Kemal, Anayasa Hukukuna Giriş, www.anayasa.gen.tr (5.2.2006)

¹¹ TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku, Onuncu Bası, Beta Yay., İstanbul, 2005, sf. 87

¹² TEZİÇ, sf. 89.

Bu açıdan bakıldığında, providansiyel ilahi hukuk doktrininin, adeta demokratik endişeye benzer biçimde kurgulandığı görülmektedir.¹³

Devlet gücünün kaynağını bu biçimde Tanrı aracılığıyla bir ölçüde topluma dayandıran görüş, aslında Orta Çağdan önceki toplumlarda da vardı. Ama asıl önemli temsilcisi Orta Çağda yaşayan Aqino'lu Thomas'tır.¹⁴ Thomas'a göre siyasal iktidarın kaynağı ilahi olmakla birlikte, toplum iktidarı kullanacakları kendisi seçer. Böylece toplum yönetimin niteliğini belirleme görevini eline geçirmiş olur. Yani, Thomas'ın modelinde kişiler eliyle kurulup işletilen bir iktidar öngörülmüştür.

Kökü Tanrıda olmakla birlikte, her iktidarın, dayandığı kurumlar bakımından insanların eseri olduğu anlamına gelen Aqino'lu Thomas'ın modeli, bu nedenle, kişinin içinde yaşadığı topluma adanmasını savunan Aristoteles düşüncesi ile, kişinin Tanrıya adanmasını savunan Hıristiyan görüşünü bağdaştırmaktadır. Bunda, Thomas'ın, din adamı yönü de olan bir filozof olmasının etkisi vardır. Bu noktada, Thomas'a göre, her yasanın kaynağı sonsuz yasadır ve sonsuz yasa da Tanrısal aklı temsil etmektedir. Bundan dolayı dünya üzerindeki her türlü iktidarın yaptığı yasalara uyma noktasında zorlayıcı güç, kaynağını Tanrıdan almaktadır. Ancak bu noktada Thomas, Kilisenin devlet üzerindeki üstünlüğü fikrine ise uzaktır. Bu bağlamda, iktidar Tanrıdan gelmekle birlikte, onun kullanımı noktasında, doğal olarak, kiliseden ayrı bir varlık olarak devlet karşımıza çıkmaktadır.

Görüldüğü gibi önderliğini Orta Çağda Aqino'lu Thomas'ın yaptığı bu görüş, bir sonraki çağın temel özelliklerine vurgu yapmaya çalışan ve Orta Çağın görüşlerini yavaş yavaş silmeyi amaçlayan bir özelliğe sahiptir ve bu özelliği ile laik bir süreci de başlatmaya adaydır. Bu nedenle providansiyel ilahi hukuk doktrininin, insanlara iktidarı belirlenmede önemli yetki verdiği dikkate alındığında, egemenliğin "teokratik" nitelikten "demokratik" niteliğe geçişinde bir "eşik" görevi üstlendiği söylenebilir.¹⁵

2- Modern Egemenlik Anlayışları

Aqino'lu Thomas henüz egemenliği yeryüzüne indirebilmiş değildir. Çünkü, O'na göre egemenliğin sadece kullanımını yeryüzü belirler; ama ilkesini değil. Bununla beraber Thomas'ın teokratik egemenlik anlayışından demokratik egemenlik anlayışına

¹³ HAKYEMEZ, sf.22

¹⁴ Duguit, Kamu Hukuku Dersleri .sf. 63 aktaran HAKYEMEZ, sf.22

¹⁵ HAKYEMEZ, sf. 23

geçişteki katkısı da göz ardı edilmemelidir. Bu düşünür gibi, siyasal iktidarın kaynağının halkta olduğunu ileri sürerek Orta Çağda Padova'lı Marsilius'un, felsefi düzeyde rasyonel bir temel olarak "halkın rızası"nı da gündeme getirerek, meşruluğun laik temelini ifade edenlerden birisi olduğu unutulmamalıdır. Benzer biçimde yine Orta Çağ düşünürlerinden Ockham'lı William, devlet ile kilise ayrımı yaparak laikliğe vurgu yapmıştır. William, devlet ile kilise ayrımına paralel olarak, akıl ile inancı da ayırmaya özen göstererek, yeryüzü işlerini insan aklına bağlamakla, pozitif hukuku Tanrısal kaynaklı olmaktan kurtarmayı amaçlamıştır.

Bununla birlikte bu düşünürlerin yine de Orta Çağda kaldığı savunulmaktadır. Çünkü Geç Orta Çağ düşüncesinde Marsilius ve William'ın ve hatta Thomas'ın ileri sürdüğü görüşler, modern (laik) egemenliğe geçişte önemli ama yeterli olmayan bir aşama olarak kalmışlardır. Modern dönem öncesi düşünürlerde, devlet yönetiminin sadece iktidar kullanımı boyutu vardır ve bu devlet yönetimi, meşruluğunu demokratik açıdan kendi içinde arama ihtiyacı taşımaz. Oysa modern devletin egemen olarak belirmesi için siyasal iktidarın "ilkesi" ve "kullanılışı" biçimindeki iki boyutunun da bir bütün içerisinde birleştirilmesi gerekir.¹⁶

Bu aşamadan sonra, artık modern devlet ile birlikte karşımıza çıkan Yeni Çağ düşüncesi ile Orta Çağ düşüncesi arasındaki farklara bakmak ve böylece iki dönem arasındaki en temel ayırt edici noktaları ortaya koymak gerekir. Bu konuda en öznlü ifadelerle Akal'ın yaptığı ayırım, farklılığı çok net biçimde göstermektedir: Orta Çağdaki geçici hayat karşısında sonsuz (uhrevi) hayata verilen ağırlığın yerini Yeni Çağda dünyevi hayat almıştır. Böylece, Yeni Çağla birlikte laikleşme ve dünyevileşme süreci de artmıştır. Yine, Orta Çağdaki eşitsiz (dünyevi ve geçici) siyasal iktidar ilişkileri kaynağını Tanrısalılıktan alırken, Yeni Çağ düşüncesinde eşitsiz (dünyevi ve sürekli) güç ilişkileri kaynağını süreklilik kazandıran Tanrısalılık-dışı bir ilkede bulmaktadır.¹⁷

Görüldüğü gibi, Orta Çağı Yeni Çağdan ayıran ve birincisinin modern olarak nitelendirilmesini engelleyen en önemli özellikler olarak ortaya dünyevileşme ve laikleşme eğilimi noktasındaki sorunlar çıkmaktadır. Bunun sonucu olarak da Orta Çağda modern egemenlik anlayışı yoktur. Çünkü merkezi, ulusal, laik bir meşruiyet temeline dayalı bir modern devlet ve siyasal örgütlenme biçimi bu dönemde karşımıza çıkmamaktadır. Orta Çağdan Yeni Çağa geçişle birlikte Skolastik kavramsal alandan

¹⁶ HAKYEMEZ, sf. 24

¹⁷ AKAL, sf. 69-70.

“modern” kavramsal alana sıçrayış gerçekleşmektedir. Bu biçimde ortaya çıkan yeni kavramlar, o tarihten günümüze dek kullanılagelen kavramlar olacaktır. Ancak, egemenlik örneğini incelediğimizde fark edileceği gibi, bu kavramlar üzerinde de zamanla bazı değişiklikler ve aşınmalar yaşanacaktır. Batıda rasyonel hukuk sistematığının temelinde ve laik siyasal merkezlerin ortaya çıkmasında bireyin keşfi önemli bir etken olmuştur. Nitekim modern devletle birlikte bu özellikler kendilerini açıkça göstermeye başlamışlardır. Bu bağlamda Yeni Çağdan itibaren devlet düşüncesinin “modern” anlamıyla doğabilmesi için, dünyevi iktidarın ruhani iktidarı içinde erittiğini görebilmek gerekir.

Modern devletin ortaya çıkmasında laikleşme süreci önemli rol oynamıştır. Modern dünya bugün bu alandaki rahatlığını 16. ve 17. yüzyıllarda yaşanan din savaşları ve reform sürecine borçludur. Din savaşları sonrasında kilise, siyasal iktidara karışmaktan elini çekmek zorunda kalınca, dünyevi otorite bütün gücü ile kendi yetki alanına hakim olmaya başlamış ve bu otorite ruhanilerin etkisini dünyevi alanın dışında tutmaya özen göstermiştir. Bundan böyle kilise ancak siyasal iktidara karışmaktan kaçınarak özgürlüğünü kullanabilmiştir.

Bu bağlamda modern egemenlik kavramının ortaya çıkışının 16.yy. sonlarına denk düştüğü söylenebilir. Bunun en önemli nedeni, modern devlet kuramının bu dönemde ortaya çıkmasıyla ilgilidir. Aslında modern egemenliğin doğuşu ile birlikte, yönetilenlerde, yönetenin kararlarına uyma zorunluluğu şeklinde yaygın bir inanış gündeme gelmiştir. Böylece egemenlik bir anlamda iktidarı meşrulaştırma işlevi görmeye başlamıştır. Modern devlette bu biçimdeki meşruluk önemlidir ve bu da ancak toplumda, yönetme sıfatına haklılık sağlayan yaygın bir düşünce varolduğunda kazanılabilir. Bu noktada meşruluk, yönetmek ve hükmetmek hakkıyla ilgili bir “oydaşma” biçimi olarak karşımıza çıkar. Bu sayede, modern egemenlikle beraber, halkın yönetimi etkileme, denetleme, beğenme ve benzeri etkinliklerinin de önü açılmıştır.

Egemenlik, modern siyasal teoriyle birlikte hem devletlerin iç işlerinde, hem de uluslararası ilişkiler alanında adından sıklıkla bahsedilen ve Avrupa’da kamu hukukunun ve siyaset biliminin en temel kavramı haline gelmiştir.¹⁸

¹⁸ HAKYEMEZ, sf. 25

C- Egemenlik Kavramının Boyutları

1- İç Egemenlik – Dış Egemenlik

Egemenlik kavramının içerisinde yer alan iç ve dış egemenlik, aslında birbirini tamamlayan unsurlardır. Bunların birbirinden bağımsız biçimde kabulü mümkün değildir. Çünkü gerçekte tek bir egemenlik vardır ve iç ve dış egemenlik, bu tek egemenliğin iki boyutu olmaktan başka bir özelliğe sahip değildir. Bu açıdan egemenliğe bakıldığında, kavramın içte üstünlük, dışta ise bağımsızlık boyutu olan bir madalyonun iki yüzüne benzediği görülür.

a) İç Egemenlik ve Sonuçları

Egemenlik kavramının ilk ortaya çıkışı, iç egemenlik boyutu bağlamında gerçekleşmiştir ve bu süreçte en önemli özelliği, bir devletin içerisinde en üstün güç olmasıdır. Bu en üstün gücün nitelikleri ve yetkileri gibi konular, uzunca bir süre kamu hukukunu meşgul etmiştir. Bu bakımdan iç egemenlik, daha ziyade anayasa hukuku ile ilgilidir.

En basit anlamıyla iç egemenlik; devletin siyasal iktidarının, diğer iktidar sahibi gerçek ve tüzel kişilerin üzerinde olmasını ve bu siyasal organizasyonun ülke içerisindeki tüm vatandaşları, grupları ve kurumları bağlayıcı nitelikte, kesin, nihai ve bağımsız kararlar alabilen ve üstün emretme gücünü kullanabilen otoriteye sahip olmasını ifade eder.¹⁹

Kavramın iç egemenlik bağlamında ortaya çıkan ayırt edici özellikleri şu başlıklar altında özetlenebilir.

(1)- Egemenlik Bölünmezdir. (Birdir)

Egemenliğin bir toplumda belli bir kişiye, zümreye veya sınıfa değil, bir bütün olarak tüm topluma ait olması, günümüzde demokratik egemenliğin bölünmez niteliği ile açıklanmaya çalışılır. Bu noktada, devletin egemen olarak belirebilmesi için, siyasal iktidarın iki boyutu olan ilkesi (auctoritas) ve kullanımının (potestas) birleştirilmesi gerekir. Bundan dolayı egemenliğin “bir” olması gereğine vurgu yapılır. Günümüzde,

¹⁹ HAKYEMEZ, sf. 79

bunun bir gereği olarak, egemenliğin kaynağı ya da sahibi tüm toplumdur ve egemenliği, sahibi adına belli bir dönem için seçilen temsilciler kullanırlar.

Bu noktada, özellikle halk egemenliği anlayışı olarak belirttiğimiz ve egemenliğin belli bir toplumda, belli bir dönemde yaşayan insanların bütününe ait olduğu durumlarda da yine egemenliğin bölünmezliği esasının var olduğunu belirtmek gerekir. Çünkü herkes, Rousseau'nun deyiimiyle, toplam nüfusa bağlı olarak belli bir oranda egemenliğin sahibidir. Ama, burada egemenlik sadece bireyin kendisine değil; yine de toplumun tümüne aittir. Bu nedenle egemenliğin kaynağı ya da sahibi açısından bir bölünme söz konusu değildir. Kaldı ki, birey “genel irade”de belirenin dışında bir görüşe sahip olsa dahi bu önemli değildir. Önemli olan “genelin iradesi”dir. Bu da egemenliğin bölünmezliğini destekleyen bir husustur.

Egemenliğin bölünmezliği, genellikle egemenliğin “bir” olması anlamını da içerisinde barındırır. Yani egemenlik, kaynak olarak sadece tek bir kökene dayandırılabilir. Egemenin bir olması, onun yalnızca bir toplumda, bir sistem olarak tüm siyasal ve hukuksal otoriteyi elinde tutan tek bir egemen gücün var olması zorunluluğu demektir. Ya da Duguit'nin belirttiği gibi, egemenliğin bölünmezliği, belli bir toprak parçası üzerinde, aynı fertlere yönelmiş olarak, sadece bir egemen gücün hakim olabileceği anlamına gelmektedir.²⁰

Egemenliğin bölünmezliği, aslında onun yapısının ve niteliğinin bir gereğidir. Çünkü, siyasal bir toplumda bir kudretin en üstün güç olduğunu açıklamaya çalışan egemenlik, bir nitelik olarak sahip olduğu üstünlüğü, aynı zamanda aynı toprak parçası üzerinde üstün başka bir güç ile paylaşmayı kesinlikle kabul etmez. Bu niteliği dolayısıyla egemenlik, bir toplumdaki tek üstün güç durumundadır ve üstün güç olarak etkisini gösterdiği ülkesel sınırlar üzerinde başka bir otoriteyi kesinlikle dışlayan bir niteliğe sahip olmak zorundadır.²¹

(2)- Egemenlik Mutlaktır

Klasik egemenlik, bir yönüyle, egemenliğin mutlaklığı ve sınırsızlığı ile eş anlamlı olarak kabul edilmiş ve kullanılmıştır.

Egemenliğin “mutlak” niteliği, özellikle 20. yy.ın başlarına kadar, çok aşırı biçimde anlaşılmıştır. Hatta bu, hem iç, hem de uluslararası hukuk açısından böyle

²⁰ HAKYEMEZ, sf . 80

²¹ HAKYEMEZ, sf .81

olmuştur. Uluslararası hukuk açısından, özellikle Alman ekolü, Georg -Wilhelm Hegel ve Albert Haenel'in öncülüğünde bu mutlaklığı geliştirmiştir. Ancak, uluslararası alanda egemenliğin mutlaklığının ya da başka bir ifade ile devletin dış ilişkilerinde tam bir serbestiye sahip olmasının ciddi sakıncalar doğuracağı düşünülmüş ve yine Alman ekolünden G. Jellinek'in geliştirdiği formülle bu sakıncaları giderilmeye çalışılmıştır. "Auto-limitation" adı verilen bu doktrine göre, egemenliğinin sınırlanması ancak devletlerin kendi kendini sınırlaması ile gerçekleşebilir. Bu doktrin yoğun eleştirilere tabi tutulmuştur.²²

Egemenlik konusunda, günümüzde gelinen nokta açısından bakıldığında, onun "mutlak" niteliğinin geçerliliğini yitirdiğini rahatlıkla söylemek mümkündür. Olaya devletlerin birbirleriyle olan ilişkileri açısından bakıldığında, günümüzde uluslararası hukuk ile mutlak egemenliği birbiri ile bağdaştırmanın mümkün olmadığı görülür. Uluslararası ilişkiler açısından günümüzde açıkça varlığını hissettiren "global bağımlılık", egemenliğin mutlaklığını ciddi biçimde aşındırmaktadır.

İç hukuk açısından da günümüzde egemenliğin mutlak niteliğinin, klasik egemenlik anlayışında olduğu gibi, sınırsızlık anlamına geldiği söylenemez. Bu nedenle günümüzde klasik egemenliğin yerine, bazı temel ilke ve kurallarla kayıtlı bir egemenlik anlayışına geçilmiştir. Bu yeni anlayış, "sınırlı" bir egemenlik anlayışını gündeme getirmiştir. Günümüzde insan hakları ve hukuk devleti açısından yaşanan önemli gelişmelerin egemenliğin mutlaklığını değiştirdiğine tanık olunmaktadır²³.

(3)- Egemenlik Devredilmez

Egemen gücün bir diğer niteliği, devredilemez olmasıdır. Bu özellik egemenlik açısından önemlidir. Çünkü egemenlik, devletin kişiliğinin olmazsa olmaz bir unsurudur. Bu nedenle egemenliğin devredilmesi, devletin ortadan kalkması gibi ağır bir sonucu doğurabilir.

Ancak, burada egemenliğin devredilemez niteliğini, egemenliğin temsilciler aracılığı ile kullanılamayacağı hususu ile karıştırmamak gerekir. Egemen gücün kesinlikle devredilmesi mümkün değildir, ama temsili demokratik rejim nedeniyle, egemenliğin, halk adına temsilciler aracılığıyla kullanılması fiili bir zorunluluktur. Bundan başka bir formül, günümüzün nüfus olarak büyük toplumlarında henüz

²² HAKYEMEZ, sf 85

²³ HAKYEMEZ, sf 86

keşfedilebilmiş değildir. Ancak, buradaki temsilci egemenliğin sahibine karşı sorumlu olmalıdır. Egemenliğin devredilemezliğinde önemli olan egemenliğin sahibinin, ondan başkası lehine vazgeçememesidir; yoksa onu temsilciler aracılığıyla kullanması değil. *Zaten* temsilde bu biçimde bir vazgeçme yoktur; sadece belli bir süre boyunca egemenliğin sahibinden aldığı yetkiyi onun adına kullanma söz konusudur. Yani, burada önemli olan “egemenliğin devri”nin mümkün olmamasıdır. Yoksa, “egemenlikten kaynaklanan yetkilerin devri” farklı bir şeydir ve bu, egemenliğin devredilmezliği ilkesi ile çelişmez.

Egemenlik hiçbir biçimde zamanaşımı ile de kaybolmaz. *Zaten* temsil konusunda da belli bir süre söz konusudur. Egemenliği sahibi adına kullananlar, bunu belli bir süre için kullanırlar. Sürenin bitiminde, egemenliği kullanım yetkisi, tekrar belli bir süre için, seçimle belirlenen yeni temsilcilere verilir.

Egemenlik, bir devletin tüzel kişiliğinin olmazsa olmaz koşulu olduğuna göre, egemenliğin devri ya da ondan vazgeçilmesi, gerçekte devletin kişiliğinin ortadan kalkması gibi bir sonucu doğurur. Hem iç hukuk hem de uluslararası hukuk açısından egemenliğin devri gibi bir husus, kesinlikle söz konusu olamaz. Özellikle ulusalüstü örgütlerin kurulmaya başlamasıyla birlikte, bunlara üye devletlerin egemenlikten kaynaklanan yetkilerinin bir kısmı bu tür kuruluşlara devredilmeye başlanmıştır. Bu noktada devredilenin egemenlik değil, egemenlikten kaynaklanan kimi yetkiler olduğunu özellikle vurgulamak gerekir. Ancak, burada da devredilen yetkilerin çok fazla olması durumunda, ilgili devlet uluslararası hukuk düzeni içerisinde bir özne olma özelliğini yitirebilir.²⁴

(4)- Egemenlik Devlet İçerisindeki En Üstün Güçtür

Egemen irade, devlet içerisinde üstün emretme gücüne sahip tek otoritedir. Nitekim, bu özelliğini ön plana çıkaracak biçimde, yapılan egemenlik tanımlarında bu husus vurgulanmaya çalışılır ve egemenliğin “üstün emretme gücü” olduğu belirtilir. Örneğin, Johari’nin bu bağlamda yaptığı tanıma göre egemenlik, devletin oluşumu ve devamı için en üst otoritedir. Bu yönüyle egemenlik, bir devletin ülkesi üzerindeki birey ve gruplara karşı en üst otoriteye (*summa potestas*) sahip olması anlamına gelir. En üst güç olma, devletin içerisindeki değişik kamusal ilişkilerin tümü için geçerlidir. Bu noktada kural koymada, zor kullanmada, ülke içerisindeki yönetimi belirlemede ve

²⁴ HAKYEMEZ, sf. 86

idare etmede hep egemen güç tek ve en üst söz sahibidir. Egemen güç, yetkilerini kullanırken, kendisinden üst başka bir otorite tanımadığı gibi, kendisine eşit bir başka otoriteyi de kabul etmez. Aksi durumda bu güç, zaten “egemen” değildir. Egemen irade, devlet içerisinde en üst otorite olarak eylemini belirleme tekeline sahiptir; egemen iradeyi hiçbir zaman bir başka irade istediği yöne doğru harekete geçiremez. Bu yönüyle egemen irade; buyurucu, hiçbir yükümlülüğü olmayan, sadece hakları olan bir iradedir.²⁵

Ancak, bu noktada, klasik egemenlikten günümüzdeki “sınırlı” egemenlik anlayışına geçişle birlikte, egemen irade, en üst irade olarak, her türlü kuralı istediği biçimde yürürlüğe sokabilme imkanına sahip değildir. Artık egemen irade kurallar koyarken , hukuk devleti ve insan hakları konusunda, Anayasada belirtilen kurallarla ve taraf olunan uluslararası belgelere uyumlu olmak durumundadır.²⁶

(5)- Meşru Güç Zor Kullanma Tekeline Sahiptir

Toplum içerisinde değişik odakları ve değişik güç kullanma türleri olabilir. Bunların bir kısmı gerçek, bir kısmı tüzel kişilerden gelebilir. Ancak egemen gücün kullandığı şiddet ya da güç, onun egemen olma özelliğinin bir gereğidir. Bu noktada, egemen güç olabilmek için şiddet kullanmaya karar vermede ve yaptırım uygulamada, kendisinden başka ve daha üstün bir gücün olmaması gerekir.

Yine, gerçek kişilerin kullandığı güçten farklı olarak egemen güç, zor kullanmada bir tekele sahiptir. Ancak bu tekel niteliğindeki güç kullanma, gerçek kişilerin kullandığı, meşru müdafaa koşullarındaki güç kullanmadan farklıdır. Gerçek kişilerin kullandığı gücün meşru olup olmadığı, meşru müdafaa koşullarının oluşup oluşmadığına bağlıdır. Ancak, hiç kimse egemen gücün zor kullanması durumunda, kullanılan bu gücün “meşru” bir niteliğe sahip olup olmadığı ve bunu hangi yetkiye dayanarak kullandığını sorgulama ihtiyacı bile duymamaktadır. Bir hukuk devletinde, belki sadece bu gücün yerinde, zamanında ve ölçülü biçimde kullanılıp kullanılmadığı sorgulanabilir.

Bu noktada, kullanılan zor veya gücün, “meşru” niteliğinin sınırlarına işaret etmek gerekir. Çünkü bu nitelik, güç kullanma imkanına her *zaman* ve her *fırsatta* sahip olabilen devleti, gerçek kişilerden ayırt etmektedir. Zira, gerçek kişiler her zaman ve her

²⁵ Duguit, "Egemenlik ve Özgürlük", sf. 383-385 den aktaran HAKYEMEZ, sf. 86

²⁶ HAKYEMEZ, sf. 86

fırsatta zor veya güç kullanma hakkına sahip değildirler. Günümüzde meşruluk denildiğinde, akla gelen ve hakim olan anlayış “demokratik meşruluk” anlayışı olduğuna göre, toplumda yönetme, hükmetme sıfatına haklılık sağlayan yaygın bir düşünce varsa, ancak bu biçimdeki yönetimin meşru olduğu kabul edilir

Sonuç olarak meşruluk, kaba güce (zora) yasal sınırlar içerisinde kaldığı, orantılı olduğu sürece haklılık sağlayan bir inanç halini alır. Zaten günümüzde, devletin kişilere ve özellikle de yasadışı silahlı güçlere karşı verdiği mücadelede bu çok önemli bir husustur. Devlet yetkilileri, zor kullanırken, yasal sınırlar içerisinde hareket etmek zorundadırlar ki, meşru zor kullanmış kabul edilebilsinler.²⁷

b) Dış Egemenlik ve Sonuçları

Dış egemenlik açısından düşünüldüğünde, bir devletin ülkesi üzerinde kendisinden başka hiçbir hukuksal otorite veya siyasal gücün üstün bir yetki kullanamayacağı anlamına gelmektedir. Yani hukuksal anlamda dış egemenlik, bir devlete, uluslararası hukuk tarafından tanınan o devletin kendi ülkesel sınırları içerisinde, kendisinden başka hiçbir devlet ya da uluslararası örgütün hukuksal denetim yetkisi olmamasını gerektirir. Bu bakımdan dış egemenlik, bir devletin başka devletlerin askeri güç ve siyasal müdahalelerinden uzak olması anlamına gelir. Ya da farklı biçimde belirtmeye çalışılırsa, bir devletin dış egemenliği, kendi ülkesinde, kendisinden başka hiçbir otoritenin hareket özgürlüğünün bulunmaması demektir. Sözleşmelerle bazı uluslararası kuruluşlara yada uluslararası organizasyonlara tanınan yetkiler bu egemenliği ortadan kaldırmaz, bazı koşullarla sadece sınırlar.

Bu noktada dış egemenlik konusunda, devletlerin kendi egemenlik yetkisi altında bulunan alanlarda, tek başına düzenleyici yetkiler bütünü kullanma imkanına sahip olduğuna özellikle işaret etmek gerekir. Bir devletin düzenleme konusundaki hukuksal yetkisi, bu ülkesel alandaki kişilerin gündelik işlerini de düzenlemeye yarayacaktır. Sonuçta, bunun, diğer devletlerin etkisinden kurtarılıp egemen devlete verilmesi ile uluslararası ortamda barış ve düzen sağlanmış olacaktır. Bu bağlamda, egemenliğin gereği olarak devletin, kendi egemenlik yetkisi alanında kendi yurttaşlarının menfaatinin gerektirdiği biçimde, demokratik bir toplum için gerekli olduğu kadar düzenleme yapması mümkündür.²⁸

²⁷ HAKYEMEZ, sf. 87

²⁸ HAKYEMEZ, sf. 91

Uluslararası hukuk açısından bakıldığında, vurgulanması gereken önemli bir husus, devletin egemenlik yetkisini sadece kendi ülkesel sınırları içerisinde kullanmasıdır. Yani, ne bir başka devlet onun ülkesi üzerinde egemenlik yetkisini kullanma imkanına sahiptir; ne de egemen devletin kendisi egemenlikten kaynaklanan yetkisini gerekçe gösterip, bunu başka devletlerin ülkesel sınırları içerisine kayacak biçimde kullanabilmektedir. Bunlar, uluslararası alanda barışın tesis edilebilmesi için gerekli hususlardır.

Bir devletin “egemen” niteliğine bağlı olarak, iç hukukta siyasal üstünlük sahibi olması tek başına bir anlam ifade etmez. Bu nedenle, uluslararası alanda da o devletin tam bağımsız olması gerekir ki, egemenlik açısından o devlet yetkin bir niteliğe kavuşabilsin. Ancak, burada, devletin dış ilişkiler alanındaki “tam bağımsız” olması koşulunu, kesinlikle uluslararası alanda diğer egemen devletlere göre daha üstün bir niteliğe sahip olması biçiminde algılamamak gerekir. Böyle bir durum dış egemenliğin tüm özellikleri ile çelişir.²⁹

Uluslararası hukuk açısından bakıldığında, bir devletin egemenliği, Shen’e göre, şu hususları mutlaka kapsamalıdır: Devletlerin egemen eşitliği, siyasal bağımsızlık, ülke bütünlüğü, ülke üzerinde tek bir düzenleyici otoritenin bulunması ve sürekli bir ulusun varlığı, dış devletlerin müdahalesinden uzak olma, siyasal, toplumsal, ekonomik ve kültürel sistemini seçme özgürlüğü ve devletin kendi onayına bağlı olarak uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerle tabi olabilme imkanının bulunması. Aslında bunlar, bir anlamda dış egemenliğin sonuçları niteliğindedir. Gerçekten, bir devletin egemenliğinin uluslararası alanda var olduğunun ispatı, bu gereklerin sağlanması ile yapılabilir.³⁰

Ancak bu aşamada temel bir soruna işaret etmek gerekir: Acaba bu koşullara sahip bir devletin egemen devlet olarak kabulü nasıl gerçekleşecektir? Ya da devletlerin egemen eşitliğine saygı duyulmaması durumunda ne olacaktır? Bu biçimdeki soruların cevaplandırılabilmesi için, öncelikle tüm devletlerin kabul ettiği bir uluslararası hukuk düzeninin varlığı gerekir. Nitekim, egemen devletler, egemenliklerinin sonucu olarak zaten bu amaçla ve zorunlu biçimde uluslararası hukuku oluşturmuşlardır.³¹

²⁹ HAKYEMEZ, sf.92

³⁰ SHEN jianming den aktaran HAKYEMEZ, sf. 92

³¹ HAKYEMEZ, sf. 93

2- İnsan Haklarının Gelişimi Nedeni ile Egemenlik Kavramındaki Değişim

Anayasalar, iktidarın sınırlanma anlayışından hareketle devletin işleyişini düzenleyen ve kuvvetler ayrılığı ilkesi ile insan haklarına ilişkin güvenceleri içeren yazılı belgelerdir. Anayasacılık hareketlerinin temelinde, iktidar sahiplerinin mutlak gücünü sınırlama çabalarının yattığı görülür. Bir bakıma anayasacılık hareketlerinin tarihi, iktidarı çeşitli yöntemlerle sınırlama arayışlarının tarihidir denebilir.³²

Egemen devletlerin insan haklarını ihlal etmesini, ancak o devletlerin üzerinde bir hukuksal engel ya da başka bir otorite oluşturarak engellemek mümkündür. Kelsen'in monist görüşünü ilham alan bu çıkış yolunun bir anlam ifade edebilmesi, bunun bir yaptırım ile desteklenmesi sayesinde mümkün olabilir. Dolayısıyla bu noktada, devletlerin üzerinde bağlayıcı bir otoriteye ihtiyaç duyulmaktadır. İşte bu durum, uluslararası alanda bağlayıcı insan hakları metinlerinin varlığının gereğine işaret etmektedir.³³

Devletlerin egemenliklerine körü körüne sarılmaları, kimi durumlarda, bireyin özgürlüğünü ve dolayısıyla egemenliğini yok etmekle özdeş olabilir.³⁴ Devletlerin "mutlak" egemen olmaları iç hukukta egemenliğin günümüzde kazandığı boyutla bağdaşmamaktadır. Bireyin özgürlüğüne verilen önem ölçüsünde demokratik rejimlerde egemenliğin sınırlı olması bir zorunluluk halini almıştır. Hukuk devleti ilkesinin etkisi ile birlikte iç hukukta karşımıza çıkan bu yeni özellik ve bu noktada egemenliğin yaşadığı dönüşüm, II. Dünya Savaşından sonra dış egemenlik alanında da kendisini göstermiş ve o tarihten bu yana devletlerin egemenliği, artık eski anlamından farklı olarak, insan hakları gibi alanlarda hem sınırlandırılmakta, hem de devletlerin bu alanlardaki bağımsızlığı ciddi biçimde aşınmaya başlamaktadır.

II. Dünya Savaşı'ndan sonra insan haklarının uluslararası boyutu çok net biçimde kendisini göstermeye başlamış ve özellikle soğuk savaşın bitmesi ve Sovyetler Birliğinin dağılmasının ardından uluslararası politikada insan hakları, önceki dönemden çok daha yoğun biçimde gündemi meşgul etmeyi sürdürmüştür. Bu durum, insan haklarının, özellikle bu tarihten sonra, uluslararası ilişkileri belirlemede temel bir konuma sahip olduğunu göstermektedir.

³² SANCAR, Mithat, "Devlet Aklı" Kısacasında Hukuk Devleti, İletişim Yayınları, 3. baskı, İstanbul 2004, sf.134

³³ HAKYEMEZ, sf. 267

³⁴ EROĞUL, Cem, "Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklerin Korunmasına ve Anayasa Yargısına Etkileri", AYD 20. www.anayasa.gov.tr/ayargi2f.htm (05.02.2006)

İnsan haklarının uluslararası alandaki öneminin artması ile birlikte, şimdiye kadar olmayan biçimde, devletin eylem alanındaki egemenliği daralmıştır. Böylece insan hakları uluslararası kurumsal yapının bir parçası halini alırken, artık devletler buna saygı için kendilerini kısıtlamak durumunda kalmışlardır.³⁵

Dolayısıyla, insan haklarının uluslararası alana taşınmasıyla birlikte devletlerin bu alandaki egemenliklerinde de bir daralma ortaya çıkmaya başlamıştır. İnsan haklarının devletlerin iç sorunu olmaktan çıkması sonucu, günümüzde devletlerin egemenliği, ancak uluslararası hukukun çizdiği sınırlar içerisinde, sınırlı bir yapıdadır ve insan hakları da artık bu noktada devletlerin iç sorunu olmaktan çıkıp uluslararası alana kaymıştır.³⁶

İnsan haklarının gelişimiyle iç egemenliğin sınırları ve koşulları demokrasi ve birey lehine değişim gösterirken, dış egemenliğin sınırları ve koşulları yani bağımsızlık anlayışı uluslararası hukuk lehine değişim göstermeye başlamıştır.³⁷

Uluslararası hukukun “uluslararası insan hakları hukuku” diye adlandırılan öyle bir dalı vardır ki, oradaki gelişme son derece ilginç ve anayasa hukuku bakımından, ulusların egemenliğinin billurlaşmış ifadesi olan anayasaların aşınması bakımından son derece önemlidir.³⁸ İnsan haklarının II. Dünya Savaşı sonrasında uluslararası alana taşınması, adeta bir devrim niteliğindedir. İnsan hakları konusunda yaşanan bu gelişme ile birlikte, artık bir devletin, kendi vatandaşları ile kurduğu ilişkinin niteliği konusunda uluslararası toplumun yönelteceği sorulara yanıt vermesi adeta bir zorunluluk halini almaktadır. Nitekim bununla doğrudan ilgili olarak 1945 yılında, BM Şartının 1. maddesinde insan haklarına vurgu yapılması, o zamana göre radikal bir adım olarak görülmelidir. Çünkü uluslararası hukukta bireylerin hakkının etkili biçimde korunmasının kabulü, devletlerin vatandaşlarını yargılama noktasındaki münhasır yetkisinin bir anlamda sona ermesinin başlangıcı olmuştur. Bugün gelinen noktada ise, insan hakları açısından uluslararası hukukun iç hukuktan daha etkili olduğu söylenebilir. Dolayısıyla artık uluslararası hukuk, bir devlete yönelik olarak daha etkin, denetimci ve karışmacı bir görev üstlenmiş durumdadır.

³⁵ HAKYEMEZ, sf. 267

³⁶ UYGUN, Oktay "Küreselleşme ve Değişen Egemenlik Anlayışının Sosyal Haklara Etkisi", AYD 20, www.anayasa.gov.tr/ayargi2f.htm (05.02.2006)

³⁷ BEYRİBEY, Kurtuluş, “AİHM Kararlarının ‘Yargılanmanın Yenilenmesi’ Nedeni Olarak Kabulünün Ulusal Egemenlik Üzerindeki Etkisi” Ankara,2004 sf. 54 (TODAIÉ- Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi)

³⁸ SOYSAL,Mümtaz, “Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler” sf.9, AYD, 2.cilt 1985 www.anayasa.gov.tr/ayargi2f.htm (05.02.2006)

Yirminci yüzyılın ikinci yansından itibaren insan haklarının uluslararası alanda öneminin artırması ile birlikte birey de, doğrudan ulus devletlerin taraf olduğu insan hakları koruma mekanizmalarına başvuru imkanına sahip olmaya başlamış ve böylece uluslararası insan hakları hukuku bağlamında özne konumuna gelmiştir. Ancak, bu süreçte devletin önemi aynı hızla ortadan kalkmış değildir. Çünkü insan hakları noktasında, uluslararası veya ulusalüstü yargının verdiği kararlarla ilgili asıl muhatap yine devletin kendisidir. Çünkü oluşturulmuş olan koruma sistemleri sorunu çözme görevini devlete vermektedirler.

Yaşanan gelişmeler, insan hakları alanında devletlerin egemenliğinin eskiye nazaran daraldığını açıkça göstermektedir.

İnsan haklarının uluslararası boyuta taşınması ile birlikte, ulus devletin evrime uğrayan egemenliğinde de yeni bir “meşrulaştırma” ilkesi olarak insan hakları ortaya çıkmaktadır. Bu açıdan bakıldığında insan haklarını, devlete ve onun egemenliğine yönelik bir tehdit olarak değil, devletin egemenliğini meşrulaştıran bir ilke olarak görmek gerekir. Gelineen yeni aşamada devlet yine de egemendir, ancak kendisi egemenliği meşrulukla donatılmış biçimde sağlamak durumundadır. Unutulmamalıdır ki, artık uluslararası kamuoyu yoğun biçimde bu niteliği dikkate almaktadır.³⁹

Dolayısıyla egemenlik, insan haklarının önem kazanmasına paralel olarak, artık eski durumuna göre aşınmaya, eski önemini yitirmeye başlamıştır. Fakat bu yok olmaya doğru gidişten ziyade, bir dönüşüm süreci olarak değerlendirilmelidir.⁴⁰ Bunun sonucu olarak günümüzde ulus devletler, uluslararası toplumdan kendilerine yönelik olarak gelebilecek insan hakları ihlali ile ilgili eleştiri ve suçlamalara karşı hassasiyet göstermekte ve bunu tüm politikalarında dikkate almaktadırlar.

İnsan haklarının uluslararası alana taşınması ile birlikte gelinen yeni aşamada, artık egemen bir varlık olarak devletin yok olacağı kesinlikle iddia edilemez. Fakat insan hakları bağlamında devlet, uluslararası alanda sayıları artan öznelerden sadece bir tanesi olarak kalacaktır. Bu dönüşümle birlikte devlet, artık kendi vatandaşları üzerinde otorite sağlamaya çalışan tek kişilik değildir.

Eskiden tamamen devletin ulusal yetki alanı içerisinde düşünülebilecek konular, artık 20. Yüzyılın ikinci yarısında kurumsallaşan ve yarım asırlık deneyim ve birikimi ile 21. Yüzyılın başında gerek uluslararası gerekse bölgesel insan hakları sistemlerinin

³⁹ HAKYEMEZ, sf. 269

⁴⁰ HAKYEMEZ, sf. 270

işlemekte olduğu dikkate alındığında, insan haklarının aslında bir iç-hukuk sorunu olduğu görüşü büyük ölçüde eskimiştir.⁴¹

Artık günümüzde gelinen noktada, uluslararası hukuk, bir devletin gerçekleştirdiği insan hakları ihlallerini, ülkelerin iç ulusal egemenliği bağlamında, bir egemenlik uygulaması ya da ulusal yetkisi olarak göstermesini kesinlikle kabul etmemektedir

Bu aşamadan sonra devletler, insan hakları noktasındaki egemenlikten kaynaklanan yetkilerini, bir anlamda değişik uluslararası örgütler aracılığıyla, adeta paylaşarak kullanmaktadırlar.⁴²

Uluslararası örgütler, ulusalüstü örgütler ve ulus-aşırı örgütler, ulus devletle birlikte uluslararası alanda temel aktör konumuna gelmişlerdir. Bu çerçevede, uluslararası alandaki temel aktörlerden biri olan uluslararası örgütler, doğrudan ulus devletlerin üye olabildiği ve onları aşan bir nitelik taşımayan örgütler olmasına rağmen, ulusalüstü kuruluşlar, adından da anlaşılacağı gibi, ayrı ayrı kendisini oluşturan ulus devletlerin iradelerinin üzerinde, onları aşan bir özelliğe sahiptir. Dolayısıyla egemenlik, bir anlamda üye devletler ile onların oluşturduğu ulusalüstü örgüt tarafından birlikte kullanılmaktadır.⁴³

Klasik uluslararası örgütlerin asıl amacı, üyeleri arasındaki işbirliğini geliştirmektir. Ulusalüstü örgütlerde ise öngördükleri alan ya da alanlarda işbirliğinden öte, bir bütünleşme amacı ön plandadır. Fakat, unutulmamalıdır ki, hem uluslararası örgütler hem de ulusalüstü örgütler uluslararası alanda gerçekleştirilen sözleşmelerle oluşturulmaktadırlar. Ancak bu noktada sözleşmelerin amaçlarına bakmak gerekir. Bu bağlamda her uluslararası sözleşme, taraf devletin egemenlik kullanımında bir kısıtlama içerebilir; ancak bu kısıtlama egemenliğin tamamen terki anlamına gelmez.

Bazı sözleşmeler vardır ki, taraf devletlere yükümlülükler yüklemenin ötesinde, bu devletlerde yaşayan bireylere de doğrudan haklar sağlar. Başka bir ifade ile bu tür sözleşmeler, tıpkı bir ulusal hukuk kuralı gibi bireylere doğrudan uygulanabilir niteliktedirler. Bu tür sözleşmeler doğal olarak ulusal hukuk düzeninin bir parçası olarak kurallar kademelenmesinde önem taşırlar ve ulusal yargı yerlerinin konusu olurlar.⁴⁴

⁴¹ GEMALMAZ, M. Semih, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, 5. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2005, sf. 682

⁴² HAKYEMEZ, sf. 275

⁴³ HAKYEMEZ, sf. 214

⁴⁴ YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, “Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine”, *İnsan Hakları Merkezi Dergisi*, Mayıs 1994, sf. 31

Sonuç olarak, artık günümüzde insan haklarının devletlerin egemenliğini etkilediği açıktır. Bu sayede, zaten iç hukukta sınırlandırılmış olan egemenlik, aynı zamanda dış egemenlik alanında da uluslararası insan hakları hukuku ile sınırlandırılmaktadır. Artık, insan hakları, 1945 öncesinde olduğu gibi, kesinlikle bir devletin iç sorunu olarak görülemez ve insan hakları ihlalleri nedeni ile yapılacak eleştiriler içişlerine karışma olarak değerlendirilemez.⁴⁵

⁴⁵ HAKYEMEZ, sf. 276

İKİNCİ BÖLÜM

II- ULUSAL HUKUK- ULUSLARARASI HUKUK

Uluslararası hukuk ve ulusal hukuk arasındaki karşılıklı etkileşim, devlet egemenliği ve uluslararası hukuk düzeni arasındaki mücadeleyi açıkça ortaya koymaktadır. Uluslararası hukuk; uluslararası toplumun genel çıkarlarına uygun bir şekilde uluslararası ilişkileri düzenlemeye çalışırken, devlet egemenliği; devleti, uluslararası hukukun ulusal hukuk sistemine müdahalesine karşı korumaya çalışmaktadır. Modern demokratik toplumlarda iki hukuk düzeni arasındaki bu çatışmayı önlemek anayasaların görevidir. İlgili devletin resmi makamları ve özellikle yargı organları, anayasalarını ve ulusal hukuk normlarını yorumlayarak, uluslararası hukukun iç hukuktaki yerini belirlemeye ve bu iki hukuk düzeni arasındaki muhtemel çatışmaları önlemeye çalışmaktadır. Devletlerin yapıları, anayasaları ve hukuk sistemleri farklı olduğundan, uluslararası hukukun ulusal hukuk düzenlerinde uygulanması devletten devlete farklılıklar göstermektedir.⁴⁶

Uluslararası hukukun en önemli ve en sorunlu (belki de anlaşılması en zor) konularından biri uluslararası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkidir. Bu sorununun net olarak anlaşılabilmesi için cevaplaması gereken sorular şöyle özetlenebilir:

- Uluslararası hukuk kuralları, iç hukukta hiçbir işleme gerek olmaksızın, kendiliğinden iç hukuk kuralı haline alabilir mi?
- Bu kuralların, iç hukukta, kişiler ve mahkemeler bakımından doğrudan hukukî etkileri olabilir mi?
- Uluslararası hukuk kurallarının iç hukukta uygulanmaları söz konusu olduğunda, bu kurallar ile bir iç hukuk kuralının çatışması halinde hangi kural öncelikli olarak uygulanacaktır?⁴⁷

Uluslararası hukukta, bir uluslararası sözleşmenin, sözleşmeye taraf olan devletin iç hukukundaki yeri konusundaki bu sorulara verilecek cevaplarda ikili bir ayırım yapılmaktadır. Bunlar; ya iki hukuk düzeninin birbirinden bağımsız, ayrı iki

⁴⁶ ÜNAL Şeref, Uluslararası Hukuk, Yetkin yay. Ankara 2005 sf. 81

⁴⁷ ARIKOĞLU, sf. 72

düzeni oluşturdukları, ya da birtakım farklılıklara rağmen her iki hukuk düzeninin bir bütünün parçalarını oluşturdukları ihtimalleridir.⁴⁸

A- Uluslararası Hukukun Ulusal Hukuku Etkilemesi

Uluslararası hukukun geçerliliği konusunda olduğu gibi, uluslararası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişki konusunda da bir görüş birliği yoktur. Bu konudaki farklı görüşleri en kapsayıcı şekilde şöyle sınıflandırmak mümkündür.

1- Tekci (Monist) Görüş

Monist görüş her iki hukuk düzeninin sosyal ilişkiler bakımından nitelik farkının olmadığını ve kişilerinin de aynı olduğunu ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, uluslararası hukuk ile iç hukuk tek bir hukuki yapının parçalarıdır. Düalizme bir eleştiri olarak ortaya çıkan bu teoride, uluslararası hukukla iç hukuk arasında kişiler ve kaynaklar bakımından ileri sürülen farklılıklar kabul edilmez.⁴⁹

Bu görüşün öncüleri Georges Scelle ve Hans Kelsen'dir. G. Scelle, monist görüş içerisindeki gerçekçi okul görüşünü savunmaktadır. Scelle, uluslararası hukuk ile ulusal hukukun sürekli bir çatışma içinde olmayacağını, aksi takdirde, uluslararası toplum çerçevesinde toplumlararası dayanışmanın sağladığı ortak yaşam olanağının ortadan kalkacağını savunmaktadır. Oysa, toplumsal yaşam insanın doğasında var olduğuna göre, bu iki hukuk düzeninin sürekli çatışması olanağı yoktur. Bu nedenle, uluslararası hukuk kuralları ulusal hukukun üstünde yer alacak ve ulusal hukuk uluslararası hukuka bağımlı olacaktır.

Monist görüş içerisindeki normcu okul görüşünü savunan H. Kelsen ise ahde vefa 'pacta sunt servanda' ilkesine dayanmaktadır. Böyle olunca, aynı temel kurala dayanan uluslararası hukuk ile ulusal hukuk tek bir hukuk düzenini oluşturmaktadır. Böylece, tek bir hukuk düzeni söz konusu olunca, bu bütünü oluşturan parçalardan hangisinin ötekisine üstün geleceği sorusuna kuramsal düzeyde iki cevap verebilme olanağı vardır.⁵⁰ Bu cevaba göre de iki farklı tekçi (Monist) görüş ortaya çıkmaktadır.

⁴⁸ ODAMAN, Serkan, Sosyal Hukuk Alanında Uluslararası Sözleşmeler Işığında Evrensel Hukuk –Ulusal Hukuk İlişkisi, Legal, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi 3/2004. sf. 818

⁴⁹ ARIKOĞLU, sf. 73

⁵⁰ ÇINAR, Özgür Heval, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk Hukukuna Etkisi İHD İstanbul Şubesi Yayınları Temmuz/2005, sf. 97

a)- İç Hukuka Öncelik Tanıyan Tekçi (Monist) Görüş

Bu görüşe göre, uluslararası hukuk, devletin iç hukukundan başka bir şey olmayıp onun uzantısıdır. Bu hukuk dalı, devletin özgür iradesi sonucu oluşmuştur. Bu görüş, hukuki yükümlülüğün temeli olarak sadece iç hukuku tanımaktadır. Bu nedenle, uluslararası hukuk bağımsız bir hukuk dalı değildir; kaynağı iç hukuktur.

Bu görüş, George Jelinek tarafından geliştirilen, “yükümlülük öğretisine” dayanmaktadır. Buna göre, hukukun yaratılması ve bağlayıcılığının kaynağı egemen devletin kendi iradesidir.⁵¹

Bu görüş devletin hukuktan önce mevcut olduğu varsayımına dayanmaktadır. İç hukuk düzeninin kurulmasıyla devlet kendi yarattığı kurallara bağlı olarak yükümlülükler üstlenir ve yetki sahibi olur. Devlet bu yetkiye dayanarak kendi iradesiyle uluslararası hukuk düzenine katılır veya çıkarı gerektirdiği durumlarda da uluslararası bir sözleşmeyle üstlendiği bir yükümlülüğe son verebilir. Yine bu görüşün savunucularından Bergbohm’a göre, uluslararası hukuk, egemen iradenin kendi kendisini sınırlandırmasının (auto limitation) açığa vurulmasından başka bir şey değildir. Devlet uluslararası topluluktan önce gelir, ona üstündür ve hukuk yaratan tek birim kimliğini korur.⁵²

Bu görüşe göre; Uluslararası Hukuk Kuralı, kendiliğinden İç Hukuk düzenine girer ve uygulanır. Devlet’in, bu Kural’ın niteliğini değiştirmesi ve Ulusal Hukuk Kuralı durumuna sokması zorunlu değildir.⁵³

Bu durumda, İç hukukta geçerli olan, bir İç Hukuk işlemi değil, usulüne göre yürürlüğe konulmuş bir Uluslararası Hukuk İşlemi olan Sözleşme’dir (Dolayısıyla, sözleşme ortadan kalkarsa, işlemle birlikte bağıllık da ortadan kalkar).⁵⁴

b)- Uluslararası Hukuka Öncelik Tanıyan Tekçi (Monist) Görüş

Bu anlayışa göre, uluslararası hukuk ve iç hukuk tek bir hukuk sisteminin parçalarıdır. Aksinin iddia edilmesine rağmen, uluslararası hukuk yaptırımı olan bir hukuk dalıdır. Çünkü iç hukukla birlikte, tek ve yeknesak bir hukuk kavramı altında

⁵¹ ÜNAL Şeref, Uluslararası Hukuk, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, sf. 81

⁵² ÜNAL, sf. 81

⁵³ BATUM Süheyl, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sisteme Etkileri, İÜHF Yayınları no:702, İstanbul 1993, sf. 29

⁵⁴ BATUM, sf. 30

toplanmıştır. Böylece, uluslararası hukuk ve iç hukuk, sonuçta yaptırıma bağlanmış bir hukuk normları sisteminin parçalarını oluşturmaktadır.

Hans Kelsen'in başlıca savunucusu olduğu bu görüş, uluslararası hukuka öncelik tanımaktadır. Bu görüşe göre, asıl hukuk düzeni uluslararası hukukun düzenidir. İç hukuk ise ondan kaynaklanmıştır. Aslında her iki hukuk düzeni tek ve aynı normlar sisteminin birer parçasıdır. Devletin, uluslararası hukukun bir sujesi olarak, bu hukukun tanıdığı hak, yükümlülük ve yetkileri vardır. İç hukuk düzeni ise devletin organları olarak onun adına hareket eden bireylerin, devletin üstlendiği bu hak ve yükümlülükleri nasıl yerine getireceğini belirlemektedir. Dolayısıyla, her iki hukuk sistemi tek ve evrensel bir hukuk düzenini oluşturmaktadır. Kelsen'e göre, uluslararası hukukun geçerliliği, normun kendisinden kaynaklanır. Devletler tarafından yaratılan bu norma uyulmak gerekir. Bu hukuk düzenindeki bütün normların ortak kaynağı olan temel norm, bütün diğer normların geçerlik sebebidir. Uluslararası hukukun temel normu "sözünde durma" (ahde vefa) ilkesidir. Uluslararası hukuk, kendi etkinlik ilkesiyle iç hukukun dayanağını oluşturarak onun kapsamını belirlediğinden, bizatihi içeriği iç hukuka üstünlüğünü zorunlu kılmaktadır.⁵⁵

Hans Kelsen'in geliştirdiği bu evrensel hukuk anlayışının altında, ideal bir uluslararası düzen yaratma arzusu yatmaktadır. Bu düzende, yetkin uluslararası kuruluşlar, uluslararası hukuk sujesi olarak bireyler, bütün yaptırım gücünü tekeline almış bir dünya teşkilatı ve uluslararası ilişkilerde hukukun üstünlüğünü sağlayacak, zorunlu yargı yetkisi ile donatılmış uluslararası bir yargı organının varlığı tahayyül edilmektedir.⁵⁶

H. Kelsen için uygulanan hukukun varlığı, uluslararası hukukun ulusal hukuka üstün olması ile olanaklıdır. Zira, birbiriyle eşit bir biçimde varolan çeşitli ulusal hukuk düzenlerinin uygulanma alanlarını düzenleyebilmek ve onların çatışmalarını ortadan kaldırmak ancak bu ulusal hukuk düzenlerinin üstünde yer alan bir hukuk düzeninin varlığı ile gerçekleşebilecektir. İşte bu hiyerarşi bakımından üstün olan hukuk uluslararası hukuktur. Sonuç olarak da, ulusal hukuk uluslararası hukuka bağımlı bulunmaktadır.

Bu görüş, hukukun birliği ve üstünlüğü ilkesinden hareketle, iki hukuk düzeni içerisinde hiyerarşik bir bağın olduğunu savunmaktadır. Monist görüşe göre sözleşme, taraf devletçe onaylanır onaylanmaz, otomatik olarak ulusal hukukun bir parçası haline

⁵⁵ ÜNAL, sf. 82

⁵⁶ ÜNAL, sf. 83

gelmektedir. Yani, sözleşmeye taraf olmakla, yasama organının ekstra bir işlemine gerek kalmadan, sözleşme ulusal hukukta etkisini doğurmaya başlamaktadır.

Tekçi görüşü savunan yazarlara göre, gerek uluslararası hukukun, gerekse iç hukukun sükeleri bireylerdir. Her iki hukuk sistemi de sonuç olarak, bireylerin hukuki ilişkilerini düzenlemektedir. Bu anlamda, uluslararası hukuk alanında yaratılan kural, ulusal kurallar arasında yerini alır ve aldığı yere göre uygulanır.⁵⁷

Kıta Avrupası'nda hakim olan monist teoriye göre, uluslararası hukuk ve ulusal hukuk tektir. Sözleşme onaylanmakla iç hukukun bir parçası haline gelmiş sayılır ve doğrudan sonuç doğurur.

Bu görüşün kabul edildiği ülkeler açıkça uluslararası sözleşmelere diğer yasaların üzerinde bir yer tanırlar. Yani iç hukuka dahil edilen bir sözleşme ile iç hukuka ait diğer bir hukuk normu arasında çatışma durumunda uluslararası norm uygulanır. Bu ülkelere örnek olarak Avusturya, İtalya, Portekiz, Yunanistan ve Fransa gösterilir. Hollanda Anayasası ise daha da ileri giderek "uluslararası hukuk düzeninin gelişmesinin gerekli kıldığı durumlarda, Anayasanın hükümlerine, bir uluslararası andlaşma ile aykırı kurallar" getirilebileceğini öngörmüş bulunmakla (md. 63), uluslararası hukuka açıkça Anayasa üstü bir yer tanımış olmaktadır.⁵⁸ Benzer bir anlayışla 1987 İspanya Anayasasının 10 maddesiyle getirilen "Anayasanın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne uygun yorumu" formülü ile İspanya'da da AİHS kapsamında da olsa uluslararası hukuka Anayasa üstü değer verilmiştir.⁵⁹ Yine aynı şekilde , Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'nın 2.maddesinin "insan haklarına" yollama yaptığı da göz önüne alındığında; Anayasa'nın özellikle bu 2. ve 15. maddelerinin birlikte yorumundan çıkan sonuç, insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin, ulusal-üstü hukuk kuralı olarak, Türk hukuk düzeninde de en üstte yer aldığıdır. Başka bir ifade ile, Türk hukuk düzeninde, kurallar kademelenmesinde, Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve bu nitelikteki insan hakları belgeleri Anayasa- üstü değer taşır.⁶⁰

⁵⁷ ODAMAN, sf.819

⁵⁸ TUNCAY, Can, "87 Sayılı ILO Sözleşmesi'nin Uyumu" ILO Normları ve Türk İş Hukuku, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 20.Kuruluş Yılı Kutlama Semineri, Ankara, 1997 (ILO) sf. 82 (87 uyumu) TUNCAY, sf. 513 (Sözleşmeler uyumu)

⁵⁹ YÜZBAŞIOĞLU, sf. 28

⁶⁰ YÜZBAŞIOĞLU, sf.34

2- İkici (Dualist) Görüş

Heinrich Triepel tarafından ortaya konulan bu görüşe göre, uluslararası hukuk ve iç hukuk farklı alanlarda birbirinden bağımsız hukuk düzenleridir. Bu nedenle, aralarında bir bağımlılık, altlık-üstlük ilişkisi kurmak mümkün değildir. Her iki hukuk alanında hak ve yükümlülükler birbirinden bağımsız olarak oluşur. Hukukun görevi, yükümlülük konusunda çıkacak çatışmalardan kaçınmayı sağlamak ve bu alanda çıkabilecek uyuşmazlıkları çözmektir.⁶¹

Bu iki hukuk düzeninin normları arasında bir çelişki düşünülebilirse de, bunun gerçekte ortaya çıkması güçtür. Çünkü, uluslararası hukuk, iç hukukun da kaynağı olarak ondan önce geldiğinden, aralarında bir çelişki olması durumunda, uluslararası hukuk normuna öncelik tanınarak onun uygulanması ve iç hukuk normunun da geçerliliğini yitirmemesi için değiştirilerek ona uygun duruma getirilmesi gerekir.

Hegel felsefesinden kaynaklanan bu görüş, hukuku egemen iradenin bir tasarrufu saymaktadır. İç hukuk, uluslararası hukuktan farklı olarak bu iradenin içe karşı açıklanmasıdır. Uluslararası hukuk alanında ise, egemen irade, kolektif bir tasarrufa katılmak suretiyle, diğer egemen güçlere karşı bazı yükümlülükler üstlenmektedir. Böylece hukukî kaynak, konular ve sujeler açısından iki farklı hukuk düzeni ortaya çıkmaktadır. İç hukukun muhatabı bireyler, uluslararası hukukun muhatabı ise egemen devletlerin kendileridir. Egemen güç, iç hukuktaki bir tasarrufuyla uluslararası hukuk alanındaki bir yetkisini aşarsa, bu iç hukuku geçersiz kılmaz, sadece uluslararası hukukun ihlâl edildiği anlamına gelir.⁶²

Bir devletin sözleşmeyi onaylamış olması sadece uluslararası alanda yükümlülük altına girmesi sonucunu doğurur. Bunun iç hukukta geçerli olabilmesi ancak yasal bir düzenlemeyle iç hukukta da kabul edilmesi ile mümkün olur.

Hukukçular arasında ağırlıklı olarak “ılımlı ikici görüş” kabul edilmekle birlikte, bu görüşlerden hangisi benimsenirse benimsensin, bir uluslararası hukuk normunun iç hukukta uygulanabilmesi ve sonuç doğurabilmesi için, o normun iç hukuka maledilmesi gerekmektedir.⁶³

İkici görüşü kabul eden devletlere göre, uluslararası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişki ancak bir dönüşüm işlemi ile kurulabilir. Bunun sonucu olarak,

⁶¹ ÜNAL, sf. 83

⁶² ÜNAL, sf. 83

⁶³ ÜNAL, sf. 84

uluslararası hukuk normlarının uygulanabilmesi için ilgili devletin iç hukuk sistemine dönüştürülmesi ve bu bağlamda özde bazı değişikliklere uğraması zorunludur. Bu görüş başta İngiltere olmak üzere bazı ülkeler tarafından benimsenmiştir. Örneğin, İngiliz hukukuna göre, uluslararası bir sözleşme ancak iç hukukta bir yasa çıkarmak suretiyle İngiliz hukukuna dönüştürülebilir ve iç hukukta değişiklik yapabilir. Böyle bir sözleşme bir yasayla iç hukuka dönüştürülerek onun bir parçası yapılmadığı sürece, İngiliz Mahkemeleri o sözleşme hükümlerini uygulama yetkisine sahip değildir.

Uluslararası hukukun geçerliliğinin ilgili devlet tarafından kabul edilme önkoşuluna bağlı olması, uluslararası hukuk sisteminin böyle bir önkoşuldan bağımsız olarak zaten mevcut olduğunun bir kanıtıdır. Bu varsayımın anlamı, iç hukukta olduğu gibi uluslararası hukukun da ancak ilgili devlet tarafından kabul edilmekle geçerli olacaktır. Yani uluslararası hukuk, o devletin iç hukuk düzeninin temel bir normuna dayanarak geçerlik kazanmaktadır. Bu temel norm, o devletin kendi iç hukukunun da geçerlilik sebebi olan iradesidir. Eğer uluslararası hukuk geçerli ise, o devlet iradesi öyle istediği için geçerlidir. Devletin iradesi açık bir tanıma şeklinde açığa vurulur. Bu tür bir tanıma ile devlet zaten mevcut olan uluslararası hukuk sistemi normlarını kendi iç hukukunun bir parçası yapmaktadır. Anglo-Sakson anlayışında bu öğretiyi geçerlidir. Ayrıca, uluslararası hukukun ancak iç hukukun bir parçası olarak geçerli olabileceğini kabul eden bu görüş, iç hukukunda uluslararası hukukun devlet organlarınca uygulanacağına ilişkin açık hüküm bulunan devlet tarafından da uygulanmaktadır. Örneğin, ABD, Alman ve Fransız Anayasalarında bu doğrultuda hükümlere yer verilmiştir.

Buna karşılık icraî görüş giderek ağırlık kazanmaktadır. Bu görüşe göre de, uluslararası hukuk normlarının iç hukukta uygulanabilmesi için bir hukuki işlem gerekmektedir. Ancak bu işlem, uluslararası hukukun iç hukukta uygulanabilirliğini açıklayan bir işlemdir. Bu nedenle, uluslararası hukuk normunun içeriğinde herhangi bir değişiklik söz konusu değildir.⁶⁴

Kelsen'e göre, uluslararası hukuk ve iç hukuk birbirinden ayrı normlar sistemi olarak kabul edilecek olursa, devlet organlarının ve özellikle mahkemelerin, uluslararası hukuk normlarını doğrudan uygulaması mümkün değildir. Bu anlayış sonucu, bir uluslararası hukuk normunun, örneğin bir sözleşme hükmünün devlet mahkemelerince uygulanabilmesi için, o sözleşmenin aynı içerikteki bir yasa ile iç hukuka

⁶⁴ ÜNAL, sf. 85

dönüştürülmesi gerekir. Uluslararası hukukun geçerliliğini iç hukuka transfer edilmesi şartına bağlayan bu görüş yetersizdir. Çünkü uluslararası hukuk böyle bir işlem yapılmadan da mevcuttur. Transfer zorunluluğu sadece ilgili devlet anayasasının bunu öngörmesi halinde vardır ve geçerlilik şartı değildir. Uluslararası pozitif hukukun geçerliliği devletler tarafından böyle bir işlemle tanıma şartına bağlanamaz. Çünkü, yeni bir devlet kurulduğunda, o devlet zaten mevcut olan uluslararası hukuk düzeninde yerine almakta ve bu hukuk düzeninin öngördüğü hak ve yükümlülüklerle sahip olmaktadır. Bunun için yeni devletin uluslararası hukuk düzenini önceden tanıması şart değildir.

Bir devletin uluslararası hukuka karşı olan tavır ve tutumu, o devletin anayasası, kurumları, gelenek ve değerlerinde yansımaları bulur. Bir uluslararası sözleşme kabul edildiği takdirde, içeriğinin o devlet iç hukukunun öngördüğü yöntemle iç hukuka yansıtılması gerekir. Böylece, iç hukukun bir parçası olan bir sözleşme, elbette ki o devletin kurum ve kuruluşlarınca uygulama alanına sokulacak ve günlük yaşamda yankı bulacaktır.

Uluslararası hukukun iç hukuka üstünlüğü ilkesi, bu hukukun iç hukukta doğrudan uygulanacağı anlamına gelmez. Aynı şekilde, bu anlayış uluslararası hukukun iç hukuk düzeninde daima tanınacağı ve yaptırımını olacağı tarzında da algılanmamalıdır.

Viyana Sözleşmesi'nin 26. maddesinde devletlerin "ahde vefa" ilkesi uyarınca uluslararası sözleşmelere uymakla yükümlü oldukları ve 27. maddesinde de; uluslararası hukukun iç hukuka üstün olduğu belirtilmiş olsa da, Sözleşme'de uluslararası sözleşmelerin ulusal hukuk düzenlerinde nasıl uygulanacağı konusunda açık ve kesin kurallar yoktur. Bu durum uluslararası kuruluşların tasarrufları açısından da geçerlidir. Bu tasarrufların iç hukuk düzeninde nasıl etki doğuracağı devletlerin takdirine bırakılmıştır.⁶⁵

Özetle, düalist görüş, "uluslararası hukuk kurallarının oluşumunu, özellikle, sözleşmelerin akdi ile bunların ulusal hukuklarda uygulanması safhalarını birbirinden ayırması nedeniyle hukuki düşünceye damgasını vurmuştur. Bunu, uluslararası toplumun teşkilattan yoksun görünümüne uygun bir varsayım olduğu için yadırganmayan, devletin iki ayrı hukuki kişiliği olduğunu savunarak başarmıştır."⁶⁶

Bu görüşe göre; Uluslararası Sözleşme Hükümlerinin, bir yasa ya da idari işlem haline getirilmesi zorunludur. Bu durumda, İç Hukuk açısından, söz konusu olan,

⁶⁵ ÜNAL, sf. 84-85

⁶⁶ ÇINAR, sf. 96

sözleşme değil, İç Hukuk'un işlemidir (Bunun sonucunda, sözleşme yürürlükten kalksa bile, tekçi görüşün tersine burada , İç Hukuk işleminin etkisi devam edecektir).⁶⁷

Böylece, düalist görüş uyarınca iki farklı hukuk sisteminin olmasından dolayı, bu hukuk sistemleri arasında herhangi bir çatışma olasılığı yoktur. Bir hukuk düzenindeki kuralın diğerinde geçerli olabilmesi için, açıkça yollamada bulunulması ya da aktarma yapılması gerekir.⁶⁸

3- Karma Görüş

Yukarda açıklanan temel iki görüşten hangisine üstünlük tanınacağı konusunda farklı yaklaşımlar sürmektedir. Uluslararası yargı mercilerinin bu görüşlerden hangisine uygun kararlar verdiği, hangi görüşü benimsediği yönünde de bir görüş birliği bulunmamaktadır.

Uluslararası Adalet Divanının, 21 Şubat 1925 tarihli “geçerli olarak, uluslararası yükümlülükler altına girmiş (sözleşme ile) bir Devlet’in, bu yükümlülükleri yerine getirebilmek için, iç hukukunda gerekli değişiklikleri yapması zorunluluğunun” var olduğunu yönündeki görüş bildirisini değerlendirenler; bu ilkenin zorunlu sonucu olarak, Divanın, bir Devlet’in kendi iç mevzuatını gerekçe göstererek, bir Sözleşme hükümlerini yerine getirmekten kaçınamayacağını açıkladığını ileri sürerek “Bir sözleşmenin tarafları arasındaki ilişkilerde, bir iç hukuk kuralı (yasa) hükmü, Sözleşmenin hükümleri üzerine çıkamaz”, hatta Anayasa söz konusu olduğunda dahi, “Bir devlet, Uluslararası Hukukun ya da yürürlükteki sözleşmelerin kendine yüklediği yükümlülüklerden kaçmak amacıyla, kendi Anayasası’nı, başka bir Devlet’e karşı, gerekçe gösteremez” diyerek, “Tekçi Görüş “ mü yoksa “İkinci Görüş” mü sorusuna, Uluslararası yargı mercilerinin verdiği kararın “Tekçi Görüş” yönünde olduğu sonucuna varmışlardır.⁶⁹

Kimi yazarlar ise⁷⁰, Avrupa Toplulukları Adalet Divanının, 1960’lardan beri vermiş olduğu kararlarında, “Topluluk Hukuku ile üye devletler hukukunun birbirlerinden ayrı ve farklı iki hukuk düzeni olduğunu” belirttiğini ileri sürerek uluslararası yargı mercilerinin “İkinci Görüş” ü benimsediği düşüncesindedirler.

⁶⁷ BATUMAN, sf. 30

⁶⁸ GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref, “Uluslararası Adlaşmaların İç Hukuka Etkisi”, (Yayına Hazırlayan Mesut GÜLMEZ), İnsan Hakları ve Kamu Görevlileri, Sempozyum ve Açık Oturum Bildiriler ve tartışmalar, TODAİE Yayınları No:243, Ankara 1992, sf. 11

⁶⁹ BATUM, sf. 29

⁷⁰ ODAMAN, sf. 818

Bu farklı değerlendirmelere rağmen, giderek temel hak ve özgürlükler bağlamında uluslararası hukukun üstünlüğüne doğru bir eğilim varsa da, uluslararası hukuk ile iç hukuk düzenleri arasında birinin diğerine üstün tutulacağına ilişkin, uluslararası hukukla anayasa hukuku arasında genel geçerli bir kademelenme açısından evrensel bir ilke yoktur.⁷¹ Hatta bu görüşlerin dışında, her iki görüşün yasal zemininin olduğu ve tek başlarına ne tekçi görüşün, ne de ikici görüşün açıklamaya yetmediği, her iki görüşü de anayasa normları haline getirmiş ülkemiz gibi devletlerin varlığı, her iki görüşün karışımından oluşan 3. karma bir görüşün de en azından tartışılmasını zorunlu kılmaktadır. Çünkü, devletlerin çoğundaki durumlar, ikici yada tekçi kuramlardan birini kesinlikle benimsemiş ülkelerdeki kadar açık değildir.⁷² Bu bağlamda Uluslararası sözleşmelerin norm kademelendirilmesindeki yerinin belirlenmesi uygulama açısından hayati öneme sahiptir. Ulusalüstü belgelerin iç hukukumuza giriş kapısını oluşturan 1982 Anayasasının 90, 1961 Anayasasının 65. maddeleri incelendiğinde;

1961 Anayasası'nda olduğu gibi 1982 Anayasası'na göre de, kural olarak, bir uluslararası sözleşmelerin “usulüne göre yürürlüğe konulmuş” sayılması için iki koşulun yerine getirilmiş olması gerekir. Birincisi, sözleşmenin onaylanmasının, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir yasayla uygun bulmasına bağlı” tutulmuş olmasıdır (m. 90/1). İkincisi de, uluslararası sözleşmenin Cumhurbaşkanı'nca “onaylanması ve yayımlanması “dır (m. 104/b-5).

Anayasa'ya göre, bu iki iç hukuksal işlemin yerine getirilmesiyle usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmeler “kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz” (m. 90/son).

Kimi yazarlara göre; Anayasanın 90. maddesi gereğince anlaşmalar TBMM'nin onayından geçmek zorundadır. Bundan sonra kanun hükmünde bir nitelik kazanır ve uygulaması zorunlu bir duruma gelir.⁷³

Bir anayasanın uluslararası sözleşmelerin “Usulüne göre yürürlüğe konmuş” olmasına bir sonuç bağladığına göre, uluslararası sözleşmelerin iç hukuktaki etkisinin ancak “Usulüne göre yürürlüğe konma” şeklinde bir işleme tabi tutulduktan sonra “yasa hükmünde” işlem göreceğini kabul etmesi bu anayasanın ikici görüşü benimsediğini göstermektedir. Ancak, “yasa hükmündeki” bu sözleşmelerin, yürürlükte bulunan diğer yasaların aksine “Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi” önüne

⁷¹ TAŞKENT, Savaş, “İş Güvencesi Hükümlerinin Gemi Adamlarına Uygulanması” A.Can Tuncay'a Armağan, Legal Yayıncılık, 1.Baskı, Mayıs,2005,sf. 588 , YÜZBAŞIOĞLU, sf.28

⁷² SOYSAL, sf.15

⁷³ ANDAÇ,Faruk, İş Hukuku (Türk Çalışma Hukuku Uygulaması) Yargı Yayınevi, Ankara, 2006,sf. 27

götürülemediği dikkate alındığında, yasa hükmüne dönüştürülmüş “Usulüne göre yürürlüğe konmuş milletlerarası andlaşmalar” ın yasa hükmünde sayılmasının bir anlamının olmadığı, pek ala anayasaya aykırı da olabileceğinin kabulünün gerektiği açıktır.

Bazı yazarlara göre, Anayasa, öngördüğü koşullara uyularak yürürlüğe konulan uluslararası sözleşmelerin “kanun hükmünde” bir hukuksal değer taşıdığını belirtmekle, onların “Türk hukuk düzeninde yasa gücünde ve *doğrudan hüküm doğurduğunu*” kabul etmiştir. Dolayısıyla, onay ve yayımlama işlemleriyle iç hukukun bir parçasına dönüşen ve onunla bütünleşen sözleşme, yürütme ve yargı organlarını yasalar gibi bağlar; bunun için de bir “iç hukuk düzenlemesi” yapılmasına gerek yoktur. Kısacası Anayasa, uluslararası sözleşmelerin ulusal hukuktaki yeri konusunda “tekçi” görüş yada yaklaşımı benimsemiştir.⁷⁴

Ancak, unutmamak gerekir ki, devlet o sözleşmeyi bu durumu bile bile imzalamış, onaylamış ve yürürlüğe koymuştur. Çoğu zaman, kendi anayasasıyla çatışır gördüğü hükümler için sözleşmeye çekince koymak ve iç hukukla dış yükümlülük arasındaki çelişkiyi görüp iç hukuktaki sonuçları bu yolla önlemek devletin elindedir.⁷⁵ Bunu yapmama sonucu ortaya çıkan çelişkiyi yukarıdaki ikici yada tekçi görüşle kolayca açıklamak mümkün değildir.

Hele 07.05.2004 tarih ve 5170 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Yasa” nın 7. maddesiyle; “usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla yasaların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır” cümlesinin eklenmesiyle bu fıkrada Anayasanın- en azından, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmeler kapsamında- tekçi görüşü benimsediğini söylemek mümkün hale gelmiştir.

İfade etmek gerekir ki; uluslararası ve ulusal yargı ya da hakemlik organları kararları ile devletlerin anayasaları başta olmak üzere, ulusal yasaları üzerine oturtulan uluslararası düzeydeki incelemeler, bu hukuk görüşlerinden hiçbirinin tümüyle tek başına kabul edilip uygulanmadığını göstermektedir.⁷⁶

⁷⁴ GÜLMEZ, (Sendikal Haklar) sf. 215,216

⁷⁵ SOYSAL, sf.16

⁷⁶ KAYA, P. Ali.: Uluslararası Çalışma Normları ve Türk İş Hukuku Üzerine Etkileri, Ankara, 1999, sf.55-56

Bu durum bize göre; Anayasamız ve anayasamıza benzer anayasaların karma bir yapıyı benimsediğini göstermektedir.⁷⁷

B- 1982 Anayasasına Göre Uluslararası Hukuk- Ulusal Hukuk İlişkisi

“Milletlerarası andlaşmaları uygun bulma” başlığını taşıyan 1961 Anayasası’nın 65. maddesi ile 244 sayılı “Milletlerarası Andlaşmaların Yapılması, Yürürlüğü ve Yayınlanması ile Bazı Andlaşmaların Yapılması için Bakanlar Kuruluna yetki Verilmesi Hakkında Yasa”nın yasalaştığı 1960’lı yılların ilk yarısı, uluslararası sözleşmelerin uygun bulunması, onaylanması, yürürlüğe girmesi ve Türk hukukundaki yeri konusunda hukukçular arasında yoğun tartışmaların yaşanmasına sahne olmuştur. Bu tartışmalar, Türkiye İşçi Partisi’nin açtığı bir iptal davası sonucu Anayasa Mahkemesinin 1965 tarihli bir kararıyla, 244 sayılı Yasanın bütün maddelerini Anayasa’ya uygun bulmasının ardından da devam etmiştir. 1960’lı yıllara uluslararası hukuk açısından damgasını vuran ve dönemin önemli isimlerinin katıldığı bu tartışmalarda dile getirilen aksaklıklar giderilmemiştir. 1982 Anayasasının 90. maddesi bazı kelimelerin eşanlamlılarıyla değiştirilmesi dışında 1961 Anayasasının 65. maddesi ile aynıdır.⁷⁸

“Milletlerarası Hukuk ile İç Hukuk Arasındaki İlişkiler” adlı kitabında Sevin Toluner şöyle demektedir:

“Anayasanın 65 inci maddesi kötü hazırlanmış bir maddedir: Kendi içinde çelişme halindedir; Anayasanın diğer hükümleriyle bağdaştırılması mümkün olmayan bir düzen getirir. Değiştirilmediği takdirde andlaşma akdetme yetkisi ya, yürütmeye sınırsız yetkilerin tanınması yoluyla biçimlenecek veya dış ilişkilerin yürütülmesini imkansız kılan bir biçim alacaktır. Bunlardan her ikisinin de kabul edilemez bir çözüm olduğu açıktır. Eski düzene ve alışkanlıklara sadakat, öze değinen mahzurlar ortaya çıkarıyorsa, yobazlık niteliğini taşır... Uluslararası ilişkilerin yürütülmesi işinin, niteliği itibariyle bir yürütme fonksiyonu olduğu göz önünde bulundurularak, yürütmeden hareket eden bir esasın kabulü ve fakat yasama organının vazgeçilmez yetkilerinin

⁷⁷ Farklı görüş için bkz. TUNCAY, (Sözleşmeler uyum) sf. 511, Gürsoy Uğur Milletlerarası Anlaşmaların İç Hukuka Etkisi, Hukuk Gündemi Dergisi Sayı 3. Aralık 2005, sf.67, 21. HD, E. 1996/2261, K 1996/5790 sayılı kararı.

⁷⁸ BAŞLAR, Kemal, "Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Denetimi Üzerine", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni:Prof.Dr. Sevin Toluner'e Armağan, 24/1-2, (2004) makale www.anayasa.gen.tr (5.2.2006)de yayımlanmıştır. sf.1-2

açıkça saklı tutulması, hareket etmekte olduğu esası reddeden, bir 65 inci madde düzeninden, daha rasyonel bir çözüm getirir.

Bu yapılmadığı takdirde, bu görev Türk hakimine düşecektir. Bu son derece güç olan görevin, gereği gibi yapılabilmesinde metinlerin kalıpları içinde kalmayıp, öze ve vakıaya inilmesi, bu fonksiyonun kurucu niteliği öngörüldüğünde bir zorunluluktur, sanırız.”⁷⁹

Türk hakimine düşen bu görev, 5170 sayılı Yasayla Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasına eklenen cümlesi ile daha da anlamlı hale gelmiştir. Şöyle ki; Temel Hak ve Özgürlüklere ilişkin sözleşmeler söz konusu olduğunda; yasama sözleşmeyi uygun bulmakla, yürütmeye sözleşmeyi resmi gazetede yayınlamakla sorunu çözmüş olmayacak asıl sorun bundan sonra başlayacak ve yargıçlar, Anayasanın 138. maddesindeki “...hukuka uygun olarak... hüküm ver(me)” yükümlülüğü altında karar verirken, Anayasa maddesindeki “hukuk” un artık, sadece iç hukuk değil aynı zamanda onayladığımız temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmelerin oluşturduğu “ulusalüstü hukuku” da içerdiğini bilerek karar vermek durumunda kalacaklardır.⁸⁰

Anayasanın sözleşmelerin onaylanması konusunda kabul ettiği genel kural, Türkiye Büyük Millet Meclisinin bir yasayla önceden verdiği yetkiye dayanılarak onay işleminin Cumhurbaşkanınca yapılması olmakla beraber, Anayasanın 90’ıncı maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları, bu kurala iki tür istisna getirmektedir. İkinci fıkraya göre “ekonomik, ticarî veya teknik ilişkileri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan andlaşmalar, Devlet Maliyesi bakımından bir yüklenme gerektirmemek, kişi hallerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak şartıyla, yayımlanma ile yürürlüğe konulabilir. Bu takdirde bu sözleşmeler, yayımlarından başlayarak iki ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinin bilgisine sunulur.” Sözleşmelerin Türkiye Büyük Millet Meclisinin bilgisine sunulması, Türkiye Büyük Millet Meclisine sözleşme üzerinde herhangi bir işlem yapma yetkisini vermez; yasama organı, sözleşmeyi uygun bulmazsa, ancak Bakanlar Kurulu üzerindeki siyasal denetim mekanizmasını harekete geçirebilir. Bunun da, sözleşmenin uluslararası geçerliğini ve bağlayıcılığını etkilemeyeceği açıktır.

Anayasanın 90’ıncı maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan istisna ise, yürütme organını Türkiye Büyük Millet Meclisine bilgi verme yükümlülüğünden kurtarmakta, hattâ bazı durumlarda bir sözleşmeyi yayımlanmadan da yürürlüğe koyma imkanı

⁷⁹ TOLUNER, Sevin den aktaran, BAŞLAR, sf. 8

⁸⁰ GÜLMEZ, (TİS ve Grev Hakkı), sf.17

vermektedir. Bu fıkraya göre, “milletlerarası bir andlaşmaya dayanan uygulama andlaşmaları ile yasanın verdiği yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticarî, teknik veya idari sözleşmelerin Türkiye Büyük Millet Meclisince uygun bulunması zorunluluğu yoktur; ancak, bu fıkraya göre yapılan ekonomik, ticari, veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren sözleşmeler, yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz.” Görülüyor ki, bu fıkradaki istisna: sözleşmenin, daha önce yapıp yürürlüğe konulmuş başka bir uluslararası sözleşmeye dayanması veya diğer bir deyimle onun uygulanmasını sağlayıcı nitelikte olması; sözleşmenin, daha önce yasayla yürütme organına verilmiş yetkiye dayanılarak yapılması gibi iki ayrı durumu kapsamaktadır.⁸¹

90’ıncı maddenin üçüncü fıkrasındaki iki istisnanın, benzer bir yanı olduğu, her ikisinin de Türkiye Büyük Millet Meclisinin bir ön denetimine veya iznine dayandığı söylenebilir. Gerçekten, uygulama sözleşmelerinin dayandığı ana sözleşmenin, sözleşmelerin onaylanmasındaki genel kural uyarınca, Meclisçe bir yasayla daha önce uygun bulunmuş olması gerekir. Meclis, ana sözleşmeyi uygun bulduğuna göre, onun uygulanmasını sağlamaya yönelik sözleşmeler konusunda da peşin bir onay vermiş olduğu varsayılabilir. Yasanın verdiği yetkiye dayanılarak yapılan sözleşmelerde ise yasama organı, bir veya birkaç kategori andlaşma hakkında yürütme organına yine önceden yetki vermektedir. Bu nedenle, her iki tür sözleşmenin de, son tahlilde, yasama organının dolaylı iradesine dayandığı savunulabilir. Nihayet, 90’ıncı maddenin gerek ikinci, gerek üçüncü fıkralarındaki istisnaların, ancak Türk yasalarına değişiklik getirmeyen sözleşmeler bakımından geçerli olacağı da unutulmamalıdır. Maddenin dördüncü fıkrasına göre, “Türk yasalarına değişiklik getiren her türlü andlaşmaların yapılmasında birinci fıkra hükmü uygulanır.” Yani bunların bir yasayla uygun bulunmaları zorunludur.⁸²

Bazı yazarlara göre, Anayasanın 90’ıncı maddesinin son fıkrasındaki “usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası sözleşmeler yasa hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz.” düzenlemesi, sözleşmelerin Anayasa uygunluğunun, gerek soyut gerek somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilmesine imkan vermemektedir. Bu yasaklayıcı hükmün, bir yandan devletin uluslararası sorumluluğuna meydan vermemek; öte yandan Türkiye’nin, devletlerüstü nitelik taşıyan, dolayısıyla

⁸¹ÖZBUDUN, Ergun Türk Anayasa Hukuku. 8.Baskı Yetkin yay.Ankara 2005 sf. 208

⁸²ÖZBUDUN, sf. 209

Anayasamızın bazı hükümleriyle çelişebilecek olan uluslararası kuruluşlara girebilmesini sağlamak gibi iki düşünceden kaynaklandığı söylenebilir.⁸³

Ancak, açıkça belirtmek gerekir ki; “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar yasa hükmündedir” ibaresinin anlam ve normatif değeri konusunda 1961-2004 yılları arasında farklı görüşler ortaya atılmıştır. Geride kalan 44 yıl boyunca akademisyen ve uygulamacılar arasında üç farklı görüş hakim olmuştur. Bunlardan ilki, 90. maddenin sözel yorumundan hareketle, uluslararası sözleşmelerin yasayla eşdeğerde olduğu görüşüdür, ikincisi, anılan hükmün monist sisteme işaret ettiği, hiyerarşi konusunda herhangi bir hüküm içermediğini savunarak oluşan boşluğu uluslararası sözleşmelere üstünlük tanıyarak dolduran görüştür. Sonuncusu, sadece insan haklarına ilişkin olan sözleşmelerin yasalardan üstün olması gerektiğini savunan görüştür.⁸⁴

Kanımcıca, Anayasa’daki “kanun hükmünde” sözcükleri, usulüne göre onaylanan uluslararası sözleşmelerin kurallar kademelenmesindeki yerinin belirlenmesine değil, hukuksal değerinin ve bağlayıcılığının gösterilmesine yöneliktir. Bu nedenle “kanun hükmünde” sözcüklerini dar ve sözel bir yorumla “kanun seviyesinde” biçiminde anlayıp, onaylanan uluslararası sözleşmeleri yasalar ile eşit değerde sayan, böylece de iç hukukun parçası niteliği kazanan bu sözleşmelerin sonradan yapılacak ulusal yasal düzenlemelerle etkisiz kılınmasına olanak veren görüş benimsenemez. “Kanun hükmünde” sözcükleri, koşulları yerine getirilerek yürürlüğe konulmuş bir uluslararası sözleşmenin ulusal yasalar gibi yürütme ve yargı için bağlayıcı nitelik taşıdığı ve doğrudan doğruya uygulanması gerektiği biçiminde anlaşılmalıdır.⁸⁵

5170 sayılı Yasayla temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmelerin Türk hukukundaki normatif değeri konusunda süregelen belirsizliklere bir açıklık getirilmesine rağmen, bu değişiklik bazı yeni sorunları da beraberinde getirmiştir.

Bu nedenle, 1982 Anayasasında kendi içerisinde bu kadar çelişen bir başka madde bulmanın zor olduğu söylenebilir.⁸⁶

Ancak net olan şu ki; bu düzenleme ile Uluslararası sözleşmelerin tamamı yerine, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmelere üstünlük tanınmıştır.

Avrupa Birliğine giriş süreci içerisinde Anayasa’nın 90. maddesi ile ilgili temel sorun, anılan maddenin AT hukukunun üstünlüğünü kabul edecek bir hüküm

⁸³ÖZBUDUN, sf. 212

⁸⁴BAŞLAR, sf. 18

⁸⁵GÜLMEZ, (Sendikal Haklar) sf. 217

⁸⁶BAŞLAR, sf. 18

içermemesiydi. 5170 sayılı Yasanın gerekçesinde, değişikliklerin temel amacının AB normlarına uyum sağlanması olarak gösterilmiştir. Avrupa Birliğine girişte AT hukukunun doğrudan etkisi ve üstünlüğünün benimsenmesi tam üyeliğin zorunlu bir sonucu olduğundan, yapılan değişiklikliğin AT hukukunun üstünlüğünün tanınmasına yönelik bir düzenleme olması beklenirdi. Nitekim, 1982 Anayasasının bazı hükümlerini 2001 yılında değiştiren 4709 sayılı Yasanın hazırlık sürecinde 288 milletvekili tarafından verilen ve Anayasa Komisyonu tarafından aynen kabul edilen yasa teklifinin 32. maddesine göre, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 90. maddesinin sonuna şu tımcenin eklenmesi öngörölmüştü: *“Yasalar İle milletlerarası andlaşmaların çatışması halinde milletlerarası andlaşmalar esas alınır.”* Değişiklik gerekçesi olarak aynen şu ifadeler kullanılmıştır: *“Yasalar ile Milletlerarası andlaşmaların çatışması halinde milletlerarası andlaşmaların esas alınması öngörülmektedir. Bu hüküm Avrupa Birliğine uyum çerçevesinde hukuksal alt yapının sağlanması için gerekli görölmüştür”*⁸⁷

3 Ekim 2001 tarihinde Meclis Genel Kurulunda, Anayasa'nın 90. maddesine yapılacak ilave ile ilgili olarak üç değişiklik önergesi verilmiş olsa da, bunlardan hiçbirisi uluslararası sözleşmelerin kapsam itibarıyla sınırlandırılmasını içermemekteydi. Uluslararası sözleşmelerin tamamına üstünlük tanınmasının verdiği rahatsızlık ve oluşan olumsuz kamuoyu, bu değişikliği Meclis gündemine taşıyan milletvekillerinin geri adım atmasına neden olmuştu.

Sonuç olarak, uluslararası sözleşmelerin yasalarla çatışması halinde “bütün” uluslararası sözleşmelerin yasalardan üstün tutulacağına ilişkin değişiklik yeterli oyu alamayarak. Anayasa değişikliği paketinin dışarısına çıkarılmıştır.⁸⁸

Mayıs 2004 öncesi, madde ile ilgili değişikliklerin ilk gündeme geldiği 2001 yılında olduğu gibi, bütün uluslararası sözleşmelerin üstünlüğünün sağlanması düşünölmüyordu.

Anayasa değişikliği paketinde yer alan Anayasa'nın 90. maddesinde değişiklik öngören ilk düzenleme şu şekildeydi: *“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar ile yasaların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkacak uyumsuzluklarla milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.”* şeklindeydi.

Yasa tasarısının parlamentoda tartışılması sırasında; uluslararası sözleşmelerin tek tip olmadıklarına işaret eden, insan haklarına ilişkin sözleşmelerin yanında ticari

⁸⁷ BAŞLAR, sf. 21

⁸⁸ BAŞLAR, sf. 21

sözleşmelerin de bulunduğunu vurgulayanlar olmuştur. Bunlara göre, insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmeler zaten yasaların üstündedir ve tüm uluslararası sözleşmelere Anayasadan üstün bağlayıcılık tanınmaya kalkışılması, “Egemenlik kayıtsız şartsız milletindir” hükmünün ortadan kaldırılması anlamına gelir. Yine kişilerin “Bu değişiklikte ticari antlaşmalar ile insan haklarına ilişkin antlaşmalar eş tutulmuş oluyor. Eğer uluslararası antlaşmalar yasanın üzerindedir dersiniz, bütün uluslararası antlaşmaları eşdeğer tutarsınız. Düzenleme yapılırken bu farklılığın belirtilmesi lazım.” şeklindeki eleştirilerinden sonra, uluslararası sözleşmelerin tamamının yasalardan üstün tutulacağı şeklinde oluşan ilk düzenlemeden vazgeçilerek, sadece temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerin üstünlüğü ilkesi benimsenmiştir.⁸⁹

Sonuç olarak, Anayasa’nın 90/5. maddesinin değişiklik gerekçesinde ifade edilen “dünyada gelişen yeni demokratik açılımlara uyum sağlanması ve bu açılıma uygun bir şekilde temel hak ve hürriyetlerin, evrensel düzeyde kabul edilmiş standart ve normlar ile Avrupa Birliği kriterleri seviyesine çıkarılması amacıyla” temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerin üstünlüğünün kabul edilmiş olması son derece önemli bir gelişme olmasına rağmen, bazı yazarlar tarafından; bu hükmün Avrupa Birliği’ne uyum çerçevesinde hukuksal alt yapının sağlanması için yapılması gerekli olan bir değişiklik olmadığı ve uluslararası sözleşmelere kayıtsız ve şartsız üstünlük tanınmasının doğuracağı anayasal sakıncalar ve devletin uluslararası sorumluluğu göz önüne alındığında bugün için gelinen noktanın *sadece* geleceğe yönelik *olumlu bir adım* olarak değerlendirilmiştir.⁹⁰

Bazı yazarlar ise, temel hak ve özgürlükler alanında uluslararası normların yalnızca temel ve özgürlüklere ilişkin olan uluslararası sözleşmelerle sınırlı olarak da olsa, iç hukuka önceliğinin Anayasada açık biçimde yer almasının ve bu önceliğin sadece Topluluk hukuku kurallarına değil de, tüm uluslararası sözleşmelere tanınmış olmasının oldukça ilginç gelişmelere yol açacak nitelikte olduğu kanaatindedir.⁹¹

Bizce de, 44 yıllık uygulamadan sonra, temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan uluslararası sözleşmeler kapsamında sınırlı da olsa çok net olarak uluslararası sözleşmelere üstünlük tanıyan bu düzenleme, şüphesiz ki hem düşünsel alanda hemde, mahkeme kararlarında oldukça ilginç gelişmelere yol açacaktır. Ancak, unutmamak

⁸⁹ BAŞLAR, sf. 23

⁹⁰ BAŞLAR, sf. 30

⁹¹ TEZCAN, sf.719

gerekir ki, sadece ülkemizde değil, diğer bir çok ülke anayasalarında da benzer düzenlemeler var ve benzer sorunlar yaşanmaktadır.⁹²

Uluslararası hukuk, genel olarak, kendisine aykırı olan iç hukuk normlarının ilgasını sağlayacak herhangi bir usul veya kural öngörmüş değildir. Uluslararası hukukun bugünkü görünümünde, uluslararası hukuka aykırı işlemlerin oluşturacağı sorunların iç hukuklardaki kaderi, veya bir başka deyişle bu hukuka aykırı işlemlerin iç hukuka yansımaları, ilgili iç hukuk düzenlerinin kabul etmiş bulunduğu sisteme göre değişiklik gösterecektir. Bu yolda olabilecek her gelişmenin olağan koşullarda devletlerin iradesine dayanması gerekir. Uluslararası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişki ve bu sistem konusunda getirilecek olan düzenin, devletlerin kendi toplumunda, uluslararası hukuka verdikleri önemi yansıtan siyasi tercihe dayandığı açıktır.⁹³

Geleceğe yönelik olarak ister ‘sadece olumlu bir adım’ şeklinde değerlendirilsin, isterse ‘ilginç gelişmelere yol açacak bir olgu’ olarak bakılsın, gelinen noktada yapılan bu siyasi tercihin sonucu olarak açılan bu kapıdan iç hukukumuza giren “temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalar” ın belirlenmesi çok kolay değildir. Ancak, bazı yazarların aksi görüşlerine karşın,⁹⁴ ILO tarafından üretilen tüm belgeler şu ya da bu biçimde aslında, geniş anlamında insan hakları ile ilgilidir ve bu belgeler insan haklarının korunmasına ve geliştirilmesine katkıda bulunan nitelik taşımaktadır.⁹⁵ Bu haliyle temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmeler kapsamında değerlendirdiğimiz ILO sözleşmelerinin oluşumu, niteliği, özellikleri ve iç hukukumuzda uygulanışı, Anayasa değişikliği öncesi ve sonrası mahkeme kararları ışığında aşağıda tartışılacaktır.

⁹² Ayrıntılı bilgi için bkz; ÜNAL , sf. 89, BAŞLAR, sf. 24-28

⁹³ ARIKOĞLU, sf. 76

⁹⁴ Bkz , TAŞKENT, sf. 592

⁹⁵ GEMALMAZ, sf. 647

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

III- ULUSLARARASI ÇALIŞMA ÖRGÜTÜ (ILO) METİNLERİNİN ULUSAL HUKUKA YANSIMASI

A- Uluslararası Çalışma Örgütü

Uluslararası çalışma hukuku fikrinin ilk kararlı savunucusu ve ILO'nun ilk habercisi, çalışma hukuku konusunda uluslararası bir sözleşmeye varılması için 1840 ile 1853 yılları arasında İngiliz, Fransız, Alman ve İsviçreli devlet adamları ile kamu görevlilerine sürekli çağrıda bulunan Fransız sanayici Daniel le Grand (1783-1859) olmuştur. Le Grand, bir ülkenin refahının, çalışan sınıfın fiziksel rahatlığı ve morali ile yakından bağıntılı olduğunu savunmuştur.⁹⁶

I. Dünya Savaşı sonrası barış şartlarını görüşmek üzere Paris'te bir araya gelen taraf devletler, uluslararası düzenlemeler yapabilmek için işçilerin çalışma koşullarını uluslararası düzeyde etüt edecek kalıcı, sürekli bir örgütün kurulması ve statüsünün hazırlanması amacıyla "Uluslararası Çalışma Mevzuatı Komisyonu" adı altında bir komisyon oluşturmuştur.⁹⁷

Oluşan komisyonun çalışmaları sonucunda, birbirini takip eden 04/06/1920 tarihli Trianon Andlaşmasının, 28/06/1919 tarihli Versailles Andlaşmasının, ve 10/09/1919 tarihli Saint Germain Andlaşmasının "Çalışma" başlıklı XIII. Bölümü ile 27/11/1919 tarihli Neuilly Andlaşmasının XII. Bölümü hükümlerine dayanılarak Uluslararası Çalışma Örgütü oluşturulmuştur. Kurulduğu sırada ILO'nun üye sayısı 45 tir.⁹⁸

ILO, birçok uluslararası örgüt gibi kendi başına bir varlığa, diğer bir deyişle "uluslararası bir kişiliğe" sahip olmakla beraber amaçları Birleşmiş Milletlerin amaçları ile bağdaştığı için 1919'da "Milletler Cemiyeti"ne bağlı bir örgüt haline gelmiştir.

İkinci Dünya Savaşının bitimiyle, savaş sürecinde ortaya çıkan yeni olgular dikkate alınarak, önce ILO Statüsünün Eki niteliğini taşıyan ve ILO Filedelfiya da yapılan Genel Konferansının 26. oturumunda 10/05/1944 tarihinde kabul edilen ve kabul edildiği yer nedeniyle "**Filedelfiya Bildirisi**" adıyla anılan, "**ILO'nün Gaye ve**

⁹⁶ ATEŞOĞULLARI, Kamil, Uluslararası Çalışma Örgütü ve Türkiye, Petrol İş Sendikası Yayınları 44, İstanbul 1997, sf.11

⁹⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, İş Hukuku 2. Baskı Turhan Kitapevi Ankara,2005, sf. 69

⁹⁸ ATEŞOĞULLARI, sf.17

Hedeflerine İlişkin Bildiri⁹⁹ (*Declaration concluding the Aims and Purposes of the ILO*) de dahil olmak üzere, bir dizi belge üretilerek Örgütün amaç ve hedefleri yeniden tanımlanmıştır.¹⁰⁰

Başlangıçta olduğu gibi, 1946'da da "Birleşmiş Milletler" ile özel işbirliği ilişkisi içine girmiştir. Birleşmiş Milletler ile işbirliği ilişkileri ise iki taraf arasında yapılan sözleşmeler ile düzenlenmiştir. ILO, Birleşmiş Milletlere bağlı bir uzmanlık kurumu haline getirilmiştir.¹⁰¹ Bu nedendir ki, BM, çalışma hayatına ilişkin sorunları doğrudan ele almamış 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi'nin (İHEB) 23. maddesinde ve Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesinin 6. maddesinde genel olarak ele almış ayrıntılı düzenlemeyi ILO'ya bırakmıştır.¹⁰²

ILO, yeryüzünde evrensel ve sürekli bir barışın ancak, "sosyal adalet" ilkesinin gerçekleşmesi durumunda mümkün olabileceği inancı ile, sosyal adaleti ve daha iyi yaşama koşullarını sağlamak üzere, hükümet, işveren ve işçi örgütlerini bir araya getirerek ortak hareket etmelerini gerçekleştirmek amacındadır. Bu nedenle, kuruluş aşamasında komisyonda tartışılan en önemli konulardan birisi de örgütteki oylama biçiminin nasıl olacağı ile ilgili olmuştur. Konferansa katılan devletlerin temsilcileri, ILO' da hükümetlerin işçi ve işveren temsilcileri karşısında eşit sayıya sahip olmasını istemişler ve sonunda da, tüm kurullarda işçi ve işveren kuruluşları birer kişi ile temsil edilirse, hükümetlerin toplam iki kişi ile temsili (%50) esası kabul edilmiştir. Böylece hükümet-işçi-iş-veren temsiline dayalı *üçlü yapı* içinde çalışacak bir ILO ortaya çıkmıştır.¹⁰³ Üçlü bir yapıya sahip olan ILO'da yapılan bütün çalışmalarda işveren ve işçi temsilcileri hükümetlerle eşit statüdedir.

ILO'nun oluşturduğu, uluslararası çalışma standartlarının hukuksal etkileri, hem yereldir hem de uluslararasıdır. Bu durum örgütün kuruluş felsefesinde ve yapısında çok net olarak ortaya konulmuştur. ILO'nun kuruluş felsefesinde çoğulcu bir toplum yaratmaya yönelik çabalar vardır.¹⁰⁴

Bu nedenle, iş hukukunun uluslararası kaynağı denilince akla ilk gelen, Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) ve onun ürettiği hukuksal metinlerdir.¹⁰⁵

⁹⁹ Bildiri metni için bkz. www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/ilo_filadelfiya.html(15.09.2006)

¹⁰⁰ GEMALMAZ, sf. 645, ANDAÇ, sf. 296

¹⁰¹ KAYA, Pir Ali, Uluslararası Çalışma Normları ve Türk İş Hukuku Üzerine Etkileri, Türk Ağır Sanayi ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası Yayınları, Ankara, 1999, sf. 1, GEMALMAZ, sf. 645

¹⁰² AĞER, İlker, Türk Çalışma Yaşamında İş Güvencesi, Adalet Yayınları, Ankara, 2006, sf. 18

¹⁰³ ATEŞOĞULLARI, sf. 17

¹⁰⁴ KAYA, sf. 24

¹⁰⁵ EYRENCİ- TAŞKENT- ULUCAN, Bireysel İş Hukuku 2. Baskı Legal Yayıncılık, İstanbul 2005, sf. 30

ILO, ilk kuruluş yıllarında, çalışma hayatının temel sorunları üzerinde durmuştur. Günlük çalışma sürelerinin sekiz saat olarak benimsenmesi, işsizlikle mücadele, sosyal güvenliğin sağlanması, kadın ve çocukların çalışma koşullarının iyileştirilmesi gibi temel konularda sözleşme ve tavsiye kararları kabul etmiştir. Ancak, örgütün tüm çalışmalarına yön veren, örgütün hedef ve amaçlarını yeni baştan ve daha kesin olarak belirleyen Filadelfiya Bildirisinde “sosyal adalet”, “düşünce ve örgütlenme özgürlüğü”, “yoksulluğun toplumların refahı için bir tehlike oluşturduğu” ve “dünya barışının gerekliliği” üzerinde ağırlıklı olarak durulmuştur.

Filedelfiya Bildirisinde, Uluslararası Çalışma Örgütünün bütün ülkelerde tam çalışma ve asgari ücret, işçilerin sağlığının korunması, anaların ve çocukların korunması, yeterli gıda ve temiz konut ve tatil, kollektif sözleşme hakkı, herkes için daha iyi yetişme ve daha üstün bir meslek eğitimi görme olanakları, sosyal güvenlik önlemlerinin genişletilmesi gibi önlemler almakla görevli olduğu belirtilmektedir.¹⁰⁶

Bildiri, ILO’yu iş hukuku alanında bu şekilde görevlendirmekle kalmamıştır. İş hukuk alanındaki bu hakların sağlanabilmesi için, ırk, inanç ve cinsiyetlerine bakılmaksızın bütün insanların maddi ilerleme ve manevi gelişmelerini, özgür ve onurlu bir şekilde, ekonomik güvence altında ve eşit koşullarda sürdürme hakkına sahip oldukları gerçeğinin kabul edilerek, ulusal ve uluslararası siyasetin ana hedefinin bu neticeyi sağlayacak koşulları gerçekleştirmek olduğunu ve ulusal ve uluslararası özellikle; ekonomik ve mali önlem ve programların bu hedefi kolaylaştıracak nitelikte kabul edilmesi gerektiği ifade edildikten sonra, uluslararası düzeyde mali ve ekonomik önlem ve programların bu temel hedef ışığında düşünülmesi ve incelenmesinin Örgüt’ün bir görevi olduğunu; Örgüt’ün, görevlerini yerine getirirken uygun ekonomik ve mali tüm faktörleri göz önüne almak suretiyle karar ve tavsiyeleri bakımından uygun bulunduğu tüm kuralları alabilme yetkisine sahip bulunduğunu da belirtmektedir.¹⁰⁷

Türkiye tarafından 27.05.1946 tarih ve 4907 sayılı yasa ile onaylanan¹⁰⁸ Uluslararası Çalışma Örgütü anayasasının başlangıç kısmında ifade edildiği gibi ILO’nun kuruluşu üç temel nedene dayandırılmıştır. Bunlardan birincisi, bütün dünyayı kapsayabilecek sürekli bir *barışın* ancak *sosyal adalet* temeli üzerine kurulabileceği gerçeğidir. Diğerleri, dünyada çok sayıda insan için adaletsizlik ve sefalet yaratan *çalışma*

¹⁰⁶ ÇELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 16.Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2003, sf. 30

¹⁰⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU, sf. 70

¹⁰⁸ AKTAY-ARICI-KAPLAN/SENYEN, sf. 53

koşullarının ivedilikle *iyileştirilmesi* gereğidir. Sonuncusu ise, çalışanların ekonomik ve sosyal durumunu geliştirmek isteyen bir ülkenin, bu ekonomik ve sosyal durumun geliştirilmesinin yarattığı ekonomik maliyetler yüzünden, başka ülkeler aynı önlemleri almadıkları takdirde, uluslararası pazarda *rekabet gücünü kaybedeceği* gerçeği ve endişesiyle bu maliyete katlanmaktan kaçınabileceği, bu nedenle de çalışanların ekonomik ve sosyal durumunun geliştirilmesi için bütün ülkelerin bu konuda ortak hareket etmek zorunda olduğudur.¹⁰⁹

Öte yandan ILO, bütün faaliyetlerinde uluslararası düzeyde barışın sağlanması ile sosyal adalet arasında bir bağ kurmaktadır. ILO'nun en temel işlevi, evrensellik ve sosyal adalet ilkeleri doğrultusunda uluslararası çalışma standartları oluşturmaktır. ILO'nun oluşturduğu bu standartlar, asgari standartlardır. Bölgeden bölgeye, ülkeden ülkeye ya da gelişmişlik düzeyine göre farklılıklar göstermezler. Dolayısıyla ulusal yasama organları bu belgeleri onayladıktan sonra belirlenen standartların altına inmeleri mümkün bulunmamaktadır. Ancak bu standartların üzerine çıkabilirler. Söz konusu standartlar, pek çok ülkenin üzerinde görüşbirliğine vardığı ortak bir seviyeyi ifade ederler.¹¹⁰

ILO'nun, önemle üzerinde durulabilecek bir özelliği de Birleşmiş Milletler Örgütü'ne rağmen, karar alma sürecinin farklı olmasıdır. Birleşmiş Milletler Örgütü'nün karar alma sürecinde, oylama sisteminde oybirliği ve üye ülkelerin katılım ve rızası olmadan kararların kendileri için bağlayıcılığı söz konusu değildir. Oysa ILO, kendi Anayasası'na göre yetkilendirilmiş ve üye ülkeler için bağlayıcı yükümlülükler getiren kararları oy çokluğu ile alabilmektedir. Bu farklılık ILO'nun oluşumunun anlamını ifade etmektedir. ILO kuruluşundan itibaren ulusal ve uluslararası düzeyde, işlevlerini, amaçlarını ve yetkilerini belirlemede bağımsız bir yasal statüye sahip olmuştur. Böylece Örgüt, uluslararası tüzel kişiliğe sahip olmuştur.

Ancak bu tüzel kişiliğin anlamı, Örgütün yasal statüsü ile aynı zamanda bir devletin sahip olduğu egemenlik hakkını kullanabilme yetkisi ile eşdeğerli değildir. Aynı şekilde, bu yasal statü söylendiği gibi devlet-üstü karakter de içermemektedir. Bu yetkinin anlamı; Örgütün kurulma nedeni olan hedef ve amaçlarını etkin bir şekilde sağlayabilmesi için örgütün otonom işlevlere ve güçlere sahip olması demektir. Daha önceleri, tamamen üye devletlerin yargı yetkisi altında olan bazı sorunları çözmek için örgüte yetki tanınması, açıkça üye devletlerin egemenliğine bir sınırlama getirmiştir.

¹⁰⁹ SÜZEK, sf. 70

¹¹⁰ KAYA, sf. 2

Fakat bu sınırlama, tüm dünyadaki çalışma koşullarının iyileştirilmesi ve çalışma barışının sağlanması için, sınırlı aynı zamanda özerk olan yasal statüsü, işlevleri ve yetkileri olan özerk bir organ sayesinde uluslararası kolektif bir hareketle daha iyi ve daha etkin bir şekilde sağlanabileceği gerçeğine dayanan akılcı ve gönüllü bir sınırlamadır.¹¹¹

Üye ülkeleri Uluslararası Çalışma Örgütü sözleşmelerini imzalamaya, onaylamaya ve bunlara uymaya zorlayan nedenler, geniş ölçüde moral ve politik niteliktedir ve bu nedenler, hiç bir üye ülke tarafından hafife alınmamaktadır.¹¹²

Dünya Ticaret Örgütü bile (WTO) 1996 da Singapur'da toplanan Bakanlar Konseyi sonuç bildirgesinin 4. maddesinde ILO tarafından oluşturulan çalışma standartlarına doğrudan atıf yaparak ILO 'nun bu standartları oluşturmaya yetkili kuruluş olduğunu kabul etmiştir.¹¹³

ILO sekreteryası, merkez büroları ve basım evi Cenevre'deki Uluslararası Çalışma Bürosunda faaliyet göstermesine rağmen, ILO nun 40'a yakın ülkede bölge alan ve ülke ofisleri bulunmaktadır.¹¹⁴

Türkiye 1932 yılında Milletler Cemiyetine üye olduğu zaman otomatik olarak 1919 yılında Birleşmiş Milletler Cemiyetine bağlı olarak kurulan Uluslararası Çalışma Örgütüne de üye olmuştur.¹¹⁵ 04.06.2003 tarihinde 4872 sayılı yasayla uygun bulunan protokole dayalı olarak yer tahsisi yapılmış ILO'nun Ankara'da da bir ülke ofisi kurulmuştur.¹¹⁶

Uluslararası Çalışma Örgütünün amacı, ürettiği uluslararası standartlara evrensel bir nitelik kazandırmak, diğer bir deyişle farklı hukuki sistemlerin yeknesak hale getirilmesi suretiyle iş hukuku ilke ve kurallarının mümkün olduğu ölçüde tüm ülkelerde özdeş olmasını sağlamaktır. Bu nedenle ILO, amaçlarına ulaşabilmek için dünya ülkelerince mümkün olduğu kadar fazla sayıda uluslararası çalışma sözleşmesinin onaylanmasını ve uygulanmasını sağlamaya çalışmaktadır.¹¹⁷

¹¹¹ KAYA, sf. 4

¹¹² IŞIKLI, Alpaslan, İş Hukuku 6. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara , 2005,sf. 36

¹¹³ ÖZDEMİR, Burhan, "ILO Temel Haklar ve İlkeler Bildirgesi" Türk Ağır Sanayi ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası (TÜHİS) Bülteni Şubat-2002, sf.20

¹¹⁴ SAKAR, Müjdat, İş Hukuku Uygulaması 5. Baskı, Der Yayınları, İstanbul,2005, sf.29

¹¹⁵ ANDAÇ, sf.296, ÇELİK, sf. 30

¹¹⁶ 07.06.2003 tarih ve 25131 sayılı Resmi Gazete.

¹¹⁷ SÜZEK, sf. 71

1- ILO'nun Yapısı

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün yapısı örgüt Anayasasında belirtilmiştir.¹¹⁸ Örgüt Anayasasının 2. maddesinde, örgütün üç “daimi”, temel organı olduğu belirtilmektedir. Bunlar, “Dünya Çalışma Parlamentosu” yada “Uluslararası Çalışma Konferansı” diye de adlandırılan “Genel Konferans”, “Yönetim Kurulu” ve Yönetim Kurulu'nun denetimi altında bir “Uluslararası Çalışma Bürosu” dur.

ILO'nun bu temel, “daimi” organlarından başka; Bölgesel Konferanslar, Endüstri Komiteleri, Aplikasyon Komitesi, Sosyal Güvenlik Uzmanlar Komitesi, Ortak Uzmanlar Komitesi, Kamu Hizmetleri Ortak Komitesi, Ortak Denizcilik Komisyonu ve Sendika Özgürlüğü Komitesi gibi sürekli olmayan organlara da bulunmaktadır.¹¹⁹

Uluslararası Çalışma Konferansı, her bir üye ülkenin ikisi hükümet, biri işçi diğeri işverenleri temsilen dört delegeden oluşan ulusal delegasyonlarının katılımıyla yani ulusal delegelerden oluşan ve gerekli görüldükçe zaman, zaman ve en az yılda bir kez olmak üzere toplanan bir organdır.(ILO Any. md.3/1) Konferansa katılan üye ülkeler, ulusal delegasyonlarında yer alacak işçi ve işveren temsilcilerini, yani hükümet dışı temsilcileri, ülkelerinin en fazla temsil yetkisine sahip meslek kuruluşlarıyla anlaşarak belirleme yükümlülüğündedirler (ILO Any. md.3/5). Diğer taraftan her delege Konferansta bireysel oy verme hakkına sahiptir (ILO Any. md.4/1). Bu itibarla işçi ve işveren delegeleri, hükümetlerinin değil mensup oldukları grupların çıkarlarına göre oy kullanma olanağına sahiptirler.

Uluslararası Çalışma Konferansı: örgütün yasama meclisidir. ILO Anayasası'nın işleyişe ilişkin kuralları düzenleyen II.Bölümdeki görevleri yapar. (ILO Any., md.14 vd.) Konferans, Yönetim Kurulunun, üye ülkelerden birinin hükümeti veya 3. maddede belirtilen herhangi bir temsili örgüt veya uluslararası kamu hukuku örgütü tarafından gündeme konulacak maddeler konusunda yapılan öneriyi dikkate alarak, oluşturacağı gündeminde yer alan maddelere ilişkin önerileri görüşmek üzere toplanır. Ancak , Konferans da, herhangi bir konuda inceleme yapmak ve rapor hazırlamak üzere komiteler belirleyebilir.(ILO Any. md.17/1) Gündemde olan öneriler, eğer konferans sırasında oluşturulmuşsa komitelerin yaptıkları inceleme ve hazırladıkları raporlar da dikkate alınarak, Konferansta son oylamada hazır olan delegenin üçte iki çoğunluğuyla, bu önerilerin: bir uluslararası Sözleşme şeklinde mi yoksa, Sözleşme Kabulü için

¹¹⁸ Anayasa metni için bkz. www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/ilo_anayasa.html(15.09.2006)

¹¹⁹ ATEŞOĞULLARI, sf. 26

zamanın uygun ve elverişli olmadığı konu ve durumda ortaya çıkan koşulları karşılamak üzere bir Tavsiye Kararı şeklinde mi olacağı belirlenmektedir. (ILO Any. md.19/1-2)

Bu belirleme ve kabulle birlikte Uluslararası İş Hukuku kuralları demek olan sözleşme ve tavsiye kararları doğmaktadır.¹²⁰

Yönetim Kurulu: örgütün yürütme organıdır. Anayasanın 7 maddesinde yapısı tanımlanan ve -1986'da kabul edilen anayasa değişikliğine kadar,- yirmi sekizi hükümet, on dördü işçi, on dördü işveren temsilcisi olmak üzere elli altı kişiden oluşur. (ILO Any. md.7/1) Uluslararası Çalışma Örgütünün yürütme organı olan Yönetim Kurulu, ILO'nun tüm faaliyetlerini koordine etmekle ve konferansın aldığı kararları yürütmekle görevlidir. Yönetim Kurulu seçimleri, üç yılda bir yenilenmektedir. Anayasaya göre, hükümetleri temsil eden yirmi sekiz üyeden on'u büyük sınai önemi olan üye ülkeler¹²¹ tarafından, on sekizi ise diğer üye ülkeler hükümet delegeleri tarafından seçilen, üye ülkeler tarafından atanıyorlardı. (ILO Any. md.7/2). Değişiklikle birlikte, Yönetim Kurulu üye sayısı elli altısı hükümet temsilcileri olmak üzere, yüz on ikiye çıkarılmıştır. Değişiklik öncesi Anayasanın 7/2 maddesi ile büyük sınai önemi olan ülkelere tanınan ayrıcalığa da son verilmiştir.

Uluslararası Çalışma Bürosu ise; örgütün sekreteryasıdır. Endüstriyel yaşam ve çalışma koşullarına ilişkin uluslararası Sözleşmeler akdetmek amacıyla Konferansta görüşülmesi önerilen konuların incelenmesi ve Konferans veya Yönetim Kurulunca istenilen özel araştırmaların yürütülmesi ile ilgili konularda bilgilerin toplanıp dağıtıldığı, örgüt'ün sekreteryası işlerini yürüten ve sürekli görev yapan bir organdır.(ILO Any. md.10) ¹²²

Görüldüğü üzere Uluslararası Çalışma Örgütü'nün temel organları, Anayasası'na göre üye ülkelerin hükümet, işçi ve işveren temsilcilerinden oluşmaktadır ki bu üçlü katılım, yukarda da belirtildiği gibi, ILO'ya üç taraflı bir yapı karakteri vermektedir. Üç taraflılık bu Örgüt'ü uluslararası orijinal bir kuruluş haline getirmektedir. Şu halde Uluslararası Çalışma Örgütü, diğer uluslararası resmi örgütlerden farklı olarak salt hükümetlerarası bir örgüt değildir. Bu üçlü yapı sayesinde hükümetlerle birlikte iş ilişkilerinin tarafları, temsilcilerinin kişiliklerinde dünya ölçeğinde bir araya gelmiş olmakta; emeğin problemlerinin birinci dereceden bileşenleri olarak da uluslararası düzeyde çözümüne katılma olanağı bulmaktadırlar.

¹²⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU, sf.71, KAYA, sf. 2, SÜZEK, sf. 71

¹²¹ Bu ülkeler ABD, Çin, F.Almanya, Fransa, Hindistan, İngiltere, İtalya, Japonya, Kanada ve Rusya'dır. Bkz. ATEŞOĞULLARI, sf.24

¹²² MOLLAMAHMUTOĞLU, sf.71, KAYA, sf. 2, SÜZEK, sf. 71

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün diğer uluslararası kuruluşlardan farklı ve özgün yanı üçlü bir yapıya sahip olmasıdır. Bir başka deyişle sadece hükümet temsilcilerinden değil, hükümet temsilcilerinin yanında işçi ve işveren temsilcilerinin de eşit katılımıyla oluşmaktadır. Bu yapı, örgütü uluslararası orijinal bir kuruluş haline getirmektedir. Örgüt'e 1919'da kuruluşunda verilen bu üçlü yapı, uluslararası planda esaslı bir yeniliği ifade etmektedir. Üçlü yapılanma ilkesi sayesinde, çalışma yaşamıyla doğrudan ilgisi olan ve üretimin asli unsurlarını oluşturan işçi ve işveren kesiminin hükümet temsilcileriyle bir araya getirilmesi sağlanmıştır. Üçlü yapılanma modeli, çalışma yaşamıyla ilgili kararların sadece teknokratik düzeyde verilmesini önleyerek daha demokratik bir katılım sonucu oluşmasını sağlamaktadır.

Bu katılım, işçi ve işveren kesimde birbirlerine ve kendilerine karşı bir güvenin doğmasına yardımcı olmakta, kararların alınmasında onların da sorumluluk yüklenmesini sağlamakta sosyal adalete ve sosyal barışa ulaşmak için hükümetlerle işbirliği yapmaları sonucunu yaratmaktadır.¹²³

2- ILO Tarafından Üretilen Belgelerin Türleri ve Niteliği

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün amaç ve hedeflerini gerçekleştirebilmesi bakımından en önemli hukuksal araçları Genel Konferanslarda üretilen Sözleşme ve Tavsiye kararlarıdır.

Örgüt'ün bir yasama organı olarak faaliyet gösteren Genel Konferansı'nda hazır bulunan delegelerin üçte iki oy çokluğuyla (ILO Any. md.19/2) yani nitelikli çoğunlukla kabul edilen sözleşme ve tavsiye kararları, Uluslararası İş Hukuku kurallarını oluştururlar. Bugüne değin iki yüze yakın sözleşme ve bir o kadar da tavsiye kararının oluşturduğu düzenlemeler bütününe uluslararası iş kodu gözüyle bakılmaktadır.

Ancak Örgüt'ün İş Hukuku alanını aşan konulardaki sözleşme ve tavsiye kararları da dikkate alındığında, sözleşme ve tavsiye kararlarını salt uluslararası iş kodu gözüyle değil aynı zamanda, sosyal politikaların uluslararası esaslarını belirleyen hukuksal metinler olarak da değerlendirilebilmesi olanaklıdır.¹²⁴

Zira, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün öngördüğü ve geliştirdiği uluslararası çalışma standartlarını kabul eden, sözleşmelerini onaylayan ve çalışma hayatı için

¹²³ SÜZEK, sf. 70

¹²⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU, sf.72

üreteceği politikalarda tavsiye kararlarını dikkate alan ülkeler, bu sözleşmeleri iç hukuk düzenlerinde uygulama yükümlülüğü altına girmektedirler. Bu yükümlülük uluslararası denetime tabi tutulmayı kabul etmek anlamına gelmektedir.¹²⁵ (ILO Any. md.19/5)

ILO Sözleşme ve Tavsiyelerinin içerdiği hükümler, aşamalı olarak ve özellikle II. Dünya Savaşı'ndan sonra Fransızca'da "normes internatinales du travail" uluslararası çalışma normları biçiminde adlandırılmaya ve İngilizce'deki "standard" terimi karşılığı olarak kullanılmaya başlanmıştır. Bu kullanış biçimleri ile, hukuk metinlerinde öngörülen ve üye devletlerin yetkili organlarına, yasa ya da başka hukuki araçlarla kabul edilmesi için sunulması yükümlülüğünü getiren kuralları ifade eden Sözleşme ve Tavsiyeler genel niteliktedirler. Aynı zamanda, genel nitelikteki bu kuralların zorlayıcı gücü, Sözleşme ya da Tavsiye içinde yer almasına göre değişkenlik göstermektedir. Sözleşmeler, bazı durumlarda üye devlet tarafından onaylanma yükümlülüğünü, diğer durumlarda ise uyum gösterme ya da referans açısından model olma işlevini üstlenir.¹²⁶ Tavsiyeler ise, üye devletler için yükümlülük doğurma amacına yönelik olmayıp, sadece hükümetlerin çalışma yaşamına ilişkin politika üretme durumunda kaldıklarında üretilen normatif standartlara, izlenen siyasa ve uygulamaya ilişkin rehber kurallar olarak onlara yol gösterici bir işleve sahiptir.¹²⁷

Bu sözleşme ve tavsiyeler ile getirilen düzenlemeler, iş hukuku ve sosyal güvenlik hukukunun tamamını değilse de tamamına yakın bir alanını kapsar. Sözleşme ve tavsiyelerle çalışma yaşamı için getirilmek istenen hukuksal düzenin, tüm dünya için gerçekleştirilmesi arzu edilen *asgari sosyal standartları* olduğu unutulmamalıdır. Üye devletlerin, iç hukuk düzenlerinde uluslararası sözleşmelere ve tavsiye kararlarına göre çalışanlar için daha elverişli düzenlemeler getirmeleri mümkündür. Onaylanan sözleşmeler ve üretilen politikalarda rehber olarak alınan tavsiye kararları, ulusal yasama organlarının altına inemeyecekleri fakat üstüne çıkabilecekleri standartları göstermektedir.¹²⁸

¹²⁵ SÜZEK, sf. 69, MOLLAMAHMUTOĞLU, sf.73

¹²⁶ GÜZEL Ali, "ILO Normlarının İç Hukuka Etkisi ve Türk İş Hukukunun Gelişmesine Katkısı", ILO Normları ve Türk İş Hukuku, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 20.Kuruluş Yılı Kutlama Semineri, Ankara, 1997 (ILO) sf.5

¹²⁷ GEMALMAZ, sf. 647

¹²⁸ SÜZEK, sf. 72, MOLLAMAHMUTOĞLU, sf. 72

a) ILO Anayasası ve İçerdiği Temel İlkeler

ILO Anayasası, Örgütün kurumsal yapısına ilişkin hükümler yanında, bazı temel ilkeleri de içerir. Bu temel ilkeler, sadece ILO organlarının Sözleşme ve Tavsiye kararlarını oluşturma yönünde direktifler olmayıp, bunun yanında Uluslararası İş Hukukunun doğrudan kaynağı olma işlevini de yerine getirmektedir. Bu haliyle bakıldığında uluslararası çalışma normları esas olarak ILO'nun Sözleşme veya Tavsiye kararları olmasına rağmen ILO Anayasasının da, doğrudan hukuki sonuç doğurucu bazı temel ilkeleri düzenlediği görülmektedir.

ILO Anayasasının “başlangıç” metninde yer alan “günlük ve haftalık maksimum çalışma saatlerinin düzenlenmesi”, “yeterli yaşam koşullarını sağlayacak bir ücretin güvence altına alınması”, “işçilerin genel ve mesleki hastalıklara ve iş sırasında meydana gelen kazalara karşı korunması”, “eşit işe eşit ücret ilkesinin tanınması” ve “sendikal özgürlük ilkesinin sağlanması” gibi ilkeler ile, Anayasanın bir eki konumuna gelen 1944 Filedelfiya bildirisinde ifadesini bulan, “Dernek kurma”, “ifade özgürlüğü” “İrk, inanç ve cinsiyetleri ne olursa olsun, bütün insanların maddi ilerlemelerini ve manevi gelişmelerini, hür ve haysiyetli bir şekilde, ekonomik güvence altında ve eşit şartlarda sürdürmek hakkı”, “iş sahibi olan ve korunmaya muhtaç olan kimselere asgari yaşam koşulları sağlayacak bir ücret verilmesi”, ve “Eğitim ve meslek alanlarında eşit şanslar sağlanması” gibi temel ilkeler, sözleşme ve tavsiyelerin aksine ayrıca bir onay işlemine gerek kalmadan, devletlerin ILO'nun üyesi olmasıyla, bu Anayasada ve eki olan Bildirideki temel ilkeleri de kabul etmiş olurlar. Bir başka deyişle, bu normlar onay işlemine gerek olmaksızın üye devletler için bağlayıcı etki doğurur.¹²⁹

Kimi yazarlar bu görüşe, Anayasanın Başlangıcında ve Filedelfiya Bildirisinde yer aldığı çerçevede sendikal özgürlük ve toplu sözleşme hakkının tanınması açısından isabetli görmesine rağmen, bu hareket noktasından çıkılarak ILO'nun bir sözleşmesinin henüz onu onamamış devletleri de sanki onamış gibi bağlayacağı sonucuna varılmasını kabul etmenin bir çelişkiye düşmek olacağı eleştirisi ile karşı çıkmaktadırlar.¹³⁰

Ancak, ILO'nun yetkili organlarının yerleşik karar ve uygulamaları, özel denetim mekanizmasının oluşturulduğu 1950'li yılların başından beri bir sözleşmesinin

¹²⁹ GÜZEL, sf. 6

¹³⁰ Bkz, OĞUZMAN, Kemal, “2821 Sayılı Sendikalar Kanunu ile 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Hükümlerinin Milletlerarası Çalışma Teşkilatı (ILO) İlke ve Sözleşmelerine Aykırılığı Konusunda Bir İnceleme” TİSK, Yayınları no:81, sf.11,EKONOMİ, Münir, “2821 ve 2822 Sayılı Kanunların Uluslararası Normlara Uygunluğu” TİSK, Yayınları no:81, sf. 38-39

henüz onu onamamış devletleri de sanki onamış gibi bağlayacağı olacağı yöndedir. Kaldı ki, temelde Sendika Özgürlüğü Komitesi'nce gerçekleştirilen özel denetim mekanizması da, sözleşmelerin onaylanması koşuluna bağlı olmaksızın işletilmek üzere oluşturulmuştur. Komite, Türk hükümetinin “üye devletleri bağlayan tek yükümlülüğün onayladıkları sözleşmelerden doğduğu, bunlar dışında üye devletlere başka yükümlülükler maledilemeyeceği” yolunda 1957 yılında ileri sürdüğü bir itirazını reddetmiş ve onaylamamış olmasına karşın 87 sayılı sözleşmenin çiğnendiği yolundaki savları incelemiştir. 4 Mart 1958 tarihli 28. raporunda da, Türk hükümetine yürürlükteki sendikal mevzuatını 87 sayılı sözleşmeyi *uygulama* ve onaylama olanağını araştırmak ereğiyle, bu sözleşmede açıklanan ilkeler ışığında incelemesini “telkin” etmiştir.

Böylece Komite, Türkiye'nin -1993'e değin- onaylamadığı 87 sayılı sözleşmeden “üye devlet” olarak sorumlu bulunduğunu, bu belgede güvenceye alınan ilkeleri çiğnemesi durumunda özel denetim mekanizması çerçevesinde sorgulanacağını açıkça ortaya koymuştur. Kısacası, kimi bilim adamlarının, işveren çevrelerin ve hükümetin, salt onaylanmamış olmasına dayanarak 87 sayılı sözleşmenin Türkiye'yi bağlayıcı bir yönü bulunmadığını öne sürmelerinin hiçbir dayanağı olmamıştır. Kaldı ki, ILO üyesi devletlerin onaylamadıkları sözleşmeler için uygun aralıklarla rapor vermesi ILO anayasasına göre bir yükümlülüktür.¹³¹

b) Sözleşme ve Tavsiyeler

ILO Sözleşme ve Tavsiyeleri, Uluslararası İş Hukukunun başlıca kaynağını oluşturmaktadır. Sözleşme ve Tavsiyeler, uygulanma şekilleri ve ortaya çıkardıkları hukuki sonuçlar bakımından birbirinden kesin çizgilerle ayrılırlar. Sözleşmeler, bazı durumlarda üye devlet tarafından onaylanma yükümlülüğünü doğuran ve onaylandıktan sonra da onaylayan ülkeler açısından uluslararası yükümlülük doğuran, diğer yandan ise uyum gösterme ya da referans açısından model olma işlevini üstlenen belgeler olmasına karşın, (ILO Any. md.19/5) Tavsiye kararları, örgüt anayasasına göre, üye ülkeler tarafından yasa veya bir başka düzenleme haline getirilmesini sağlamak amacıyla yetkili makam veya makamlara sunulması gerekmektedir birlikte,(ILO Any. md.19/6) üye devletler için onaylama yükümlülüğü doğurma amacına yönelik olmayan, sadece

¹³¹ GÜLMEZ, (Sendikal Haklar) sf. 223

hükümetlerin çalışma yaşamına ilişkin politika üretme durumunda kaldıklarında onlara yol gösterici bir işleve sahip metinlerdir.

Ancak, örgüt'ün tavsiye kararları, henüz bir sözleşme şeklinde kabulü erken olan konulardaki öneriler olmasına, Konferans'ta tavsiye kararı biçiminde kabul edilmesi suretiyle oluşan ve üye ülkelere ilgili olduğu konularda bir temenni niteliğinde, bağlayıcılığı bulunmayan kararlar olmasına rağmen, kimi tavsiye kararları örneğin 1963 tarihli işverenin girişimiyle iş ilişkisinin sona ermesi hakkında 119 sayılı tavsiye kararı, 1964 tarihli istihdam politikası hakkında 122 sayılı tavsiye kararı, içerikleri bakımından bazı sözleşmelerden daha fazla dikkat çekici ve yararlı olmuşlardır.¹³²

Üye devletler açısından uluslararası yükümlülük getiren sözleşmeleri kabul etmek her zaman kolay olmamaktadır. Bir konunun sözleşme ile düzenlenmesinin yukarıda açıklandığı gibi, henüz yeterli olgunluğa ulaşmadığı anlaşılıyorsa veya üye devletler arasında farklılıklar önemli boyutta ise sözleşme olarak düzenleme yapılması uygun düşmeyebilir. Çünkü, ilk aşamada kabul edilmeme tehlikesini beraberinde getirir; ikinci aşamada ise ya hiç onaylanmama ya da çok az sayıda üye devlet tarafından onaylanması söz konusu olabilir. Örneğin, üye devletlerin hukuk sistemleri arasındaki farklılıklar nedeniyle, işveren kesiminin konuya sempati ile yaklaşmaması sonucu, 1982 yılına kadar iş güvencesi konusunda herhangi bir sözleşme kabul edilememiştir. Sadece 1963 yılında 119 sayılı Tavsiye kararı oluşturulmuştur. Yukarıda değinildiği gibi, bu tavsiye kararları da bazı sözleşmelerden daha fazla dikkat çekici ve yararlı olmuştur. Tavsiye, genellikle ileride o alanda bir sözleşmenin kabul edilmesi amacıyla gerekli ortamı hazırlama işlevini görür. Kimi durumlarda ise bir sözleşmeyle aynı anda kabul edilir. Sözleşme daha çok genel ilkeleri belirler; Tavsiye ise aynı konuya ilişkin ayrıntıları içerir ve sözleşmenin uygulanma esaslarını belirgin kılar. Bu yönüyle tavsiyeler, üye devletler açısından, belirli bir süre içinde, olası bir iç hukuk düzenlemesine konu yapılmak amacıyla, yetkili organlara sunma ve bu konuda ILO'ya bilgi verme dışında herhangi bir yükümlülük doğurmamaktadır.¹³³

Uluslararası Çalışma Örgütü bünyesinde 2005 yılı itibarıyla 185 adet sözleşme ve 195 adet tavsiye kararı kabul edilmiştir. Türkiye'nin onayladığı sözleşme sayısı 56'dır.¹³⁴

¹³² MOLLAMAHMUTOĞLU, sf. 74

¹³³ GÜZEL, sf. 7

¹³⁴ İŞIKLI, sf. 36, AKKUŞ-ARICA-KAPLAN, sf.55, SAKAR, sf. 29

B- Üye Devletlerin Sözleşme ve Tavsiyeleri Kendi Yetkili Organlarına Sunma Yükümlülüğü

ILO normları, geleneksel diplomatik sözleşmelerden farklı bir biçimde ortaya çıkarlar; öncelikle ILO sözleşmeleri iki taraflı değil, çok taraflı sözleşmelerdir. Devletler arasında karşılıklı pazarlık süreci mevcut değildir. Sözleşmeler; diplomatik sözleşmeler gibi devletler temsilcileri arasında müzakere yoluyla değil, ilk taslak metinleri, Uluslararası Çalışma Bürosunun yaptığı ön araştırmalarla ve hükümetlere gönderilen anket soruları ve gerektiğinde üye devletlerde yapılan incelemeler sonucunda hazırlanan ve normun oluşum aşamasından önce, mutlaka ulusal sistemlere yönelik olarak, bir yandan üye devletlerin hukuk sistemleri, öbür yandan uygulamadaki durumlar araştırılarak hazırlanan sözleşme taslak metinleri, Genel Konferans gibi bir yasama organı niteliğinde genel kurulda kabul edilerek oluşturulurlar. Bir devlet oylamaya katılmasa veya olumsuz oy kullansa bile Konferansta kabul edilen bir sözleşme bakımından örgüt anayasasına göre (ILO Any. md.19/5) yükümlülükleri söz konusudur. Ayrıca kabulü için üye ülkeler tarafından imzalanması ve karşılıklı olarak onaylanması gibi bir formaliteye de tabi olmadıklarından hukuken kendisine özgü (sui generis) nitelikte bir sözleşme; bir sözleşme-yasa olarak nitelenebilirler. Bir başka anlatımla sözleşmeler, devletlerarasında akdedilmeyip devletlerin iradeleriyle katıldıkları bir örgütün Genel Konferansında kendi temsilcilerinin de bulunduğu bir toplantıda nitelikli bir çoğunlukla kabul edilerek üye ülkelerin onayına sunulduklarından “açık” (ouvert) sözleşmelerdendir. Bu nitelikleri gereği sözleşmeler, üye ülkelerin yetkili makamlarınca çekinceli olarak da onaylanamaz. Ayrıca yorumu da yapılamaz. Örgüt’ün Anayasası ve onaylanan sözleşmelerin yorumlanmasına ilişkin her türlü sorun, Uluslararası Adalet Divanı tarafından değerlendirilir. (ILO Any. md.37/1).¹³⁵

Sözleşmelerin Konferans tarafından kabul edilmiş olması tek başına üye devletler için bir yükümlülük doğurmaz. Bu tür bir yükümlüğün doğması için Sözleşmenin üye devlet tarafından ayrıca onaylanması gerekir. Ancak, Konferansta kabul edilen sözleşmeleri, konferans oturumunu takiben bir yıl içinde,(olağanüstü koşullar nedeniyle bir yıl içinde bu işlemi gerçekleştirmek olanaklı değilse, olanaklı hale gelir gelmez, fakat herhalde Konferans döneminin sona ermesinden itibaren 18 ayı geçmemek koşuluyla) kendi yetkili ulusal makam veya makamlarına onaylanmak üzere

¹³⁵ GÜZEL, sf.7, MOLLAMAHMUTOĞLU, sf. 73-74

sunma, sonucunu Örgüt'e bildirme yükümlülüğü vardır. Yetkili makama sunma ile izlenen temel amaç, parlamentonun Sözleşme ya da Tavsiye için bir karar almasını teşvik etmektir. Yetkili makam veya makamlar sözleşmeyi yasa veya diğer bir düzenleme haline getirme yetkisi olan makamlar olup, bunların sözleşmeyi onaylama zorunluluğu söz konusu değildir. Dikkat edilirse, üye devletin Sözleşmeyi onaylama değil, sadece onay prosedürünü başlatma yükümlülüğü bulunmaktadır. Sözleşmenin yetkili makam tarafından onaylanmaması halinde, ilgili üye devlet için başka bir yükümlülük söz konusu olmayacaktır. Sadece onaylanmamış sözleşmeler hakkında Genel Direktöre uygun aralıklarla ve ILO Yönetim Kurulunun kararlaştıracığı biçimde rapor gönderecektir. Buna karşılık onaylanan sözleşme, ilgili ülke bakımından bağlayıcı olur; o sözleşme hükümlerinin uygulanmasını sağlayacak önlemleri alma yükümlülüğü doğar. (ILO Any. md.19/5) Bu anlamda üye devletlerin egemenlik hakları, sözleşmeyle bağlanma ya da bağlanmama konusundaki özgür iradelerine üstünlük tanınarak korunur.¹³⁶

Ancak, sözleşmeyi ulusal yasalarına göre yetkili kıldığı makam tarafından usulüne uygun olarak onaylayan her üye devlet, *yasalarını ve uygulamasını* sözleşme hükümleriyle *uyumlu hale getirmek* zorunluluğu altındadır.¹³⁷

C- ILO Normlarının (Standartlarının) Özellikleri

I- Evrensellik

ILO, ister sözleşme niteliğinde olsun, isterse sözleşme niteliğine dönüşmeden tavsiye niteliğinde kalsın bütün standartlarını oluştururken evrenselliği temel felsefe olarak alır. ILO'nun kendine özgü iki farklı yapısal özelliği bu düşüncüyü kaçınılmaz kılmaktadır. Birincisi, ILO'nun üçlü yapısı nedeniyle sözleşmelerin Konferansta kabulü aşamasında; hükümet, işçi ve işveren örgütlerinin en azından salt çoğunluğunun uzlaşması gerekmektedir. İkincisi ise onay aşamasında; üye ülkelerin sözleşmeleri kabul edip etmemeleri kendi iradelerine bırakılmakta ve bağlayıcılık unsuru onaydan sonra devreye girmektedir. Dolayısıyla, ILO sözleşmeleri, çok derin tartışmalardan sonra onay aşamasına gelmektedir. Bir defa kabul edildi mi, artık politik, sosyal, ekonomik sistemleri, sanayileşme ve gelişmişlik düzeyleri ne olursa olsun tüm ülkelerde

¹³⁶ GÜZEL, sf. 8, MOLLAMAHMUTOĞLU, sf. 73

¹³⁷ SÜZEK, sf. 72, MOLLAMAHMUTOĞLU, sf. 73

uygulanabilirler. Bu nedenle, ILO uluslararası standartların değişik gelişmişlik düzeyine göre değişik düzeylerde olması gerektiği düşüncesini kabul etmez. Bu temel ilke ile, ILO'nun amacı, taraflara kabul edebilecekleri sosyal sistemler önermek değil, aynı zamanda hükümetlere ve bütün ülkelerin insanlarına, kendi özel koşulları içinde karşılaştıkları çalışma sorunlarına çözümler geliştirerek yardım etmektir.¹³⁸

Üye devletler açısından ILO sözleşmelerinden etkilenme, daha sözleşmelerin taslak metinlerinin hazırlanması sırasında hükümetlerin görüşü alınırken başlar, sözleşmelerin onaylanmasından sonra bağlayıcı olarak devam eder. Üye devletler sözleşmeleri onaylamasalar bile, onlardan etkilenirler.¹³⁹

Sonuç olarak, ILO, standartlarının uygulanması ile ilgili gerek bölgesel gerekse de ülke düzeyinde farklı ekonomik gelişmişlik düzeyi, siyasi rejim farklılığı ve sosyal kültürel yapıdan kaynaklanan sorunlara dikkat çekerek, sözleşmelerin evrensel nitelikte kalması gerektiği, ancak özel ihtiyaçları olan ülkelerin bu durumlarını dikkate alan bazı düzenlemelere yer verilebileceği benimsenmektedir.¹⁴⁰

2- Esneklik

ILO Anayasası'nın 19. maddesinin 3. paragrafında; “Genel olarak uygulanacak bir sözleşme veya tavsiye hazırlanırken, konferans; iklimin, endüstriyel örgütlenme veya diğer özel şartlarla ilgili tamamlanmamış, gelişmesinin endüstriyel şartları tamamen farklılaştırdığı ülkeleri gözönünde bulundurmak zorunda olacaktır. Ayrıca Konferans, bu ülkelerin kendi şartlarına cevap verebilmek için gerekli, kabul edeceği bu tür değişiklikleri tavsiye etmek zorunda olacaktır”. Açıkça ifade edildiği gibi, uluslararası çalışma sözleşmelerinin oluşum sürecinde üye ülkelerin koşullarını ve uygulamalarını dikkate alan bir esneklik söz konusu olmaktadır. Bu esneklik “etkinlik ve gerçekçiliği” ön plana çıkararak bütün üye ülkelerin ihtiyaçlarını dikkate almayı amaçlamaktadır. Bununla beraber bazı alanlarda esneklik sınırlandırılmıştır. Özellikle insan hakları ve temel özgürlükler gibi evrensel kabul edilen ve bütünüyle çalışanın kişiliğini, hayatını ve sağlığını korumayı hedef alan sözleşmelerde esneklik sınırlandırılmıştır.¹⁴¹

¹³⁸ KAYA, sf. 15

¹³⁹ ATEŞOĞULLARI, sf. 27

¹⁴⁰ KAYA, sf. 16

¹⁴¹ KAYA, sf. 18

Sonuç olarak temel insan haklarına ilişkin sözleşmelerde esnek düzenlemelere yer verilmemiştir. Daha çok yol gösterici nitelikte ve aynı zamanda çok farklı ekonomik ve sosyal durumları olan ülkeler tarafından onaylanması gereken sözleşmelerde, bu düzenlemelere yer verilmiştir.¹⁴²

3- Kabul Edilebilirlik

Uluslararası çalışma standartları; bütün ülkelerin ekonomik koşullarını, sosyal yapılarını ve diğer farklı durumlarını dikkate alacak kadar evrensel, ulusal koşullarına uygulanabilecek kadar esneklerdir. Çünkü, bu standartlar çalışma hayatı ile ilgili bütün düzenlemelerde; iş yaratmada, mesleki eğitimde, gelirin adaletli dağılımında, bütün ekonomik sektörlerde çalışma ve yaşam koşullarının geliştirilmesinde, korunmaya muhtaç bütün sosyal grupların korunmasında ve desteklenmesinde devletin yanında işçi ve işveren örgütlerinin katılımını sağlamaktadır. Bu anlamda standartlar, uluslararası düzeyde ekonomik hareketliliğin daha düzenli gelişmesine katkı yapacak kuralları koymakta, ulusal dayanışma ve uluslararası işbirliğinin temelini oluşturmaktadır.

1919'dan beri dünyada yaşanan savaflara, çatışmalara, ekonomik krizlere ve kültürel değişimlere rağmen (bu süreç içinde sömürgecilikler sona ermiş, ulusların kendi kaderlerini belirleme talepleri, yönetme gücüne dönüşmüştür) uluslararası çalışma sözleşmeleri sürekli kabul edilmiş, bütün bu süreç içinde eski sözleşmeler günün koşullarına uygun olarak revize edilmiş, teknolojik ve toplumsal taleplere bağlı olarak ortaya çıkan yeni gelişmelere cevap verecek şekilde yeni standartlar oluşturulmuştur.¹⁴³

4- Geçerlilik

ILO, bir uluslararası çalışma standardı oluştururken, öncelikle standart olacak önerinin, toplumun sosyo-ekonomik dinamiklerinde ortaya çıkmış, dünya ölçeğinde uzlaşma sağlanmış güncel bir sorunla ilgili olması ve bu alanda normatif bir düzenleme ihtiyacının ön plana çıkması gerekir, ikinci aşamada ise ILO'nun hukuki belgesi olabilecek öneriler normalde iki dönem hükümet, işçi, işveren örgütlerinin ve diğer tüm katılımcıların (uluslararası işçi ve işveren örgütleri vb.) çözüm, öneri, tahlil ve değerlendirmesi yapıldıktan sonra Konferans tarafından kabul edilmektedir.

¹⁴² KAYA, sf. 20

¹⁴³ KAYA, sf. 21

Konferans döneminde standartların (sözleşme ve tavsiye kararlarının) taslak metinleri, üçlü temsil esasına göre oluşturulmuş teknik komitede değerlendirilir. Çoğunluğun ortak kararı ile sözleşme metni haline getirilir. Komite'deki bu çalışmalar çoğu zaman uzun pazarlıklar ve tartışmalar sonucu gerçekleşir. Nitekim sonuçta taslak metninin yasaya dönüşmesi, Konferansın 2/3 oy çoğunluğuyla gerçekleşir. Bundan sonraki aşamada ise sözleşmelerin devletler tarafından onaylanması prosedürü ön plana çıkar. Burada karar, üye devletlerin yasama organlarına bırakılmıştır. Ancak normal koşullarda kararların daha gerçekçi olabilmesi için üçlü danışma mekanizmasının işleyişi de öngörülmektedir.¹⁴⁴

5- Sosyal Adaleti Sağlama

ILO Anayasa'sının giriş kısmında da açıkça belirtildiği gibi, sosyal adaletin sağlanması ile barışın sürekliliğinin sağlanması yanında taraflar arasındaki insanlık ve adalet duyguları ile ilgili yüksek bir anlayışın sağlanması da hedeflenmektedir. ILO, 1919'dan beri kabul ettiği standartlar (185 sözleşme ve 195 tavsiye kararı) ile dünya ölçeğinde çalışma mevzuatını ve sosyal politikaları etkilemektedir. Bu idealin gerçekleşmesinde, uluslararası çalışma standartlarının hem barışı sağlama hem de sosyal adaleti sağlama düşüncesi yatar.

Her ne kadar çalışma hayatı ile ilgili insani düşüncelerin başlangıcını, sanayileşmenin ilk yıllarında işçilerin maruz kaldıkları ağır çalışma koşullarına yönelik düzenlemeler oluşturuyor ise de gerçek anlamda sosyal adalet kavramı ilk olarak, Versay Barış görüşmeleri sırasında, ILO Anayasası ile ilgili tartışmalarda anlam kazanmıştır ve ancak bundan sonra uluslararası çalışma mevzuatının oluşturulmasında sosyal adalet temel ilke olmuştur.

Sosyal adalet kavramı, başlangıç yıllarında çalışma şartlarının iyileştirilmesi, hayat standartlarının yükseltilmesi, fakirlikle mücadele ve dengesizliklerin giderilmesine yönelik olmuştur. Ancak zaman içinde teknolojik gelişmelere bağlı olarak ortaya çıkan ekonomik ve sosyal sorunlar karşısında yeni anlamlar kazanmıştır. Hayat standardının yükseltilmesi ve çalışma şartlarının iyileştirilmesi kadar, güvenli ve refaha duyulan ihtiyaçlardaki artış, daha fazla hürriyet, daha eşitlikçi bir toplum ve nihayet toplumun yönetime daha fazla katılımının sağlanması arzusu ile birlikte gerçekleşmiştir. Artık sosyal adalet kavramı başlangıçtaki yalnızca zayıfların korunmasına yönelik

¹⁴⁴ KAYA, sf. 21

düşüncenin ötesinde, bütün adaletsizliklerin giderilmesi anlamında kullanılmaktadır. Özellikle ferde yönelik politik, ekonomik ve ahlaki hakları kapsamına almaktadır. Bu anlamda bütün insanlığın refahını ifade ederek, gerek ulusal düzeyde, gerekse uluslararası düzeyde barışın devamlılığı, ülkelerarası iyi ilişkilerin sağlanması ve bütün dünya uluslarının refah içinde yaşamasını öngörmektedir.¹⁴⁵

6- İnsan Haklarına Saygı

ILO insan haklarının korunması ile sosyal hakların evrimi ve çağdaşlaşmanın gelişim süreci arasında doğal bir ilişki kurar. İnsanın birey kimliği altında bir değer olarak görülmesi, başta yaşam hakkı olmak üzere bazı temel hak ve özgürlüklere doğrudan sahip olduğunu savunur.

Bu amaçla çalışma standartlarını oluştururken insanın temel hak ve özgürlüklerini koruyan temel belgeleri dikkate almakta ve bu doğrultuda sözleşmeler kabul etmektedir. ILO'nun en temel işlevi, gücü yettiği oranda kendi alanında temel insan haklarını korumak ve gelişimini desteklemektir. ILO'nun birçok standardı, bu amaca yönelik olarak modern toplumun temel değerlerini oluşturmaktadır. ILO açısından temel insan haklarına saygı, ekonomik ve sosyal kalkınmanın dengeli ve sürekli bir ilerlemenin ön koşulunu oluşturmaktadır. Örgütlenme özgürlüğü, istihdamın özgürce seçilmesi, ayrımcılığa karşı önlem, tartışma götürmez evrensel değerler olarak kabul edilmektedir.¹⁴⁶

D- ILO Belgelerinin Anayasa 90. Madde Karşısında Konumu

1- Anayasa Değişikliği Öncesi Mahkeme Kararlarında Ulusal Hukuk- Uluslararası Hukuk İlişkisinin Değerlendirilişi

ILO normlarının (sözleşme ve tavsiye kararlarının) üye ülkeler için bağlayıcı hukuk kuralları haline gelmesi, üye ülkelerin yasama veya yetkili organı tarafından onaylanması ile başlar. Bu onay, Örgütün Genel Konferanstaki onayından farklı bir onaydır. Konferansta kabul edilen sözleşme ve tavsiye kararları otomatik olarak üye

¹⁴⁵ KAYA, sf. 22

¹⁴⁶ KAYA, sf. 23

ülkeleri bağlayıcı hukuk kuralı haline gelmez.¹⁴⁷ Bağlayıcılık ancak, üye ülkelerin bu belgeleri kendi iç hukuk düzenlemelerini etkileyecek şekilde onaylanması ile söz konusu olmaktadır. ILO sözleşme ve tavsiye kararlarının üye ülkeler tarafından onaylanması konusunda takip edilen süreç, Örgüt Anayasasının 19. maddesinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.¹⁴⁸

ILO Anayasasının 19. maddesindeki ayrıntılı düzenlemeye uygun olarak onaylanarak Anayasamızın 90. maddesinin göre iç hukukumuz haline gelen ve geçmişte farklı yazarlar tarafından farklı normatif değerler verilen ancak her türlü değerlendirmede de iç hukukumuzda bir “norm “ olduğu tartışmasız olan ILO belgeleri, Anayasa Mahkemesi’nce, Danıştay’ca ve Yargıtay”ca farklı farklı değerlendirmeye tabi tutulmuştur.

Her üç yüksek mahkeme kararlarında da, geçmişte uluslararası hukuka ve sözleşmelere dayandırılan pek çok karar bulunmakla beraber, ortak bir çözüme ulaşıldığı söylenemez. Türk yargı organları uluslararası hukuk kurallarını uygularken genellikle çekingen davrandıkları belli ve yerleşmiş içtihadı ulaşılmadıkları söylenebilir.¹⁴⁹

Ancak, 5170 sayılı yasayla Anayasasının 90. maddesinin son fıkrasına eklenen cümleden sonra üretilecek kararların eskisi gibi olmaması gerektiği açıktır.

a) Anayasa Mahkemesinin Bakışı

Anayasa Mahkemesi verdiği kararlarda diplomatik dokunulmazlık, ayrıcalık ve bağışıklık gibi konularda uluslararası hukuka, kimi durumlarda da uluslararası sözleşmelere yer verdiği görülmektedir.

Anayasa Mahkemesinin 1980 yılında verdiği oldukça önemli bir Kararda “...insanın içinde bulunduğu ulusun bireyi olması kadar aynı zamanda insanlığın üyesi bulunması, çağımızda, insan hak ve özgürlüklerini yalnızca ulusal bir hukuk sorunu olmaktan çıkarmış ve ona evrensel bir anlam ve içerik kazandırmıştır. Bu bakımdan Anayasamızın başlangıcı ve ikinci maddesi hükümleri gereği olarak İnsan Hakları Evrensel Beyannameyi ile İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesini de itiraz konusu kuralın değerlendirilmesinde gözden uzak tutmaya olanak yoktur” denmiştir. Böylece

¹⁴⁷ Farklı görüş için bkz. GÜLMEZ (Uygulama), sf. 66-67

¹⁴⁸ KAYA, sf. 31

¹⁴⁹ KAYA, sf. 60

çağımızda insan hakları sorununun ulusal hukuku aşan, uluslararası hukuk sorunu olduğunu açıkça vurgulanmış ve denetlediği kuralı Anayasa'ya aykırı bulmuştur.¹⁵⁰

b) Danıştay'ın Bakışı

Danıştay'ın da kimi kararlarında uluslararası hukuka başvurduğu, özellikle bazı karar gerekçelerini, uluslararası hukuk kurallarıyla açıklandığı görülmektedir. Danıştay 1970 yılında verdiği bir kararında “Antlaşmaların iç hukuk kurallarına takdiren uygulanacağı” yolundaki genel prensibi kabul etmiştir.¹⁵¹ Danıştay 1989 yılında vermiş olduğu İçtihadı Birleştirme Kurulu kararında ise, 1402 sayılı sıkıyönetim yasasının ikinci maddesinin 2766 sayılı yasa ile değişik son fıkrasında yer alan “...bir daha kamu hizmetinde çalıştırılmazlar”, hükmüyle ilgili olarak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin üçüncü maddesine yollama yapılmakta ve “bir daha” deyiminin tüm zamanı kapsayacak biçimde geniş anlamda kullanılmasının bu kural ile bağdaşmayacağı söylenmektedir.¹⁵²

Danıştay 5. Dairesi 1991 tarihinde verdiği bir kararında, uluslararası hukuk- iç hukuk ilişkilerinde, normlar hiyerarşisi açısından uluslararası düzenlemelerin üst norm olduğu görüşünü savunmuştur. Danıştay'ın kararına göre, “İnsan Haklarına ilişkin uluslararası belgelerde yer alan hükümlerle bireyin uluslararası hukukun bir süjesi konumuna getirildiği tartışmasızdır. Ayrıca, bu sözleşmede (A.İ.H.S) devlet, başka devletlere karşı, kendi vatandaşlarını bu haklardan yararlandırılacağına dair yükümlülük altına girmektedir”. Ayrıca Danıştay bu kararında, Anayasanın 90 inci maddesine dayanarak, uluslararası sözleşmelerin Türk iç hukukundaki kurallar kademelenmesindeki yerini belirtmektedir. Danıştay'a göre “Anayasa'nın 90 inci maddesinin son fıkrası hükmü ve özellikle de bu fıkradaki, uluslararası sözleşmelerin Anayasaya aykırılığının ileri sürülemeyeceği kuralı karşısında usulüne uygun şekilde onaylanarak yürürlüğe konulmuş bu nitelikteki bir sözleşmenin, Anayasa'ya aykırı bir hüküm taşısa bile, uygulanmaktan alıkonamayacağı, kendisinden önce ya da sonra çıkmış olan yasalara aykırılığı ya da sonradan çıkan yasanın sözleşme kurallarını değiştirdiği ileri sürülerek, uygulanmasının sarsaklanamayacağı Türk hukukunda genellikle kabul edilmektedir. Anayasa, usulüne uygun yürürlüğe konulmuş

¹⁵⁰ Any. Mah., E. 979/38, K. 1980/11, karar için bkz. YÜZBAŞIOĞLU, sf. 31, KAYA, sf. 61

¹⁵¹ Danıştay 12. Dairesi E. 1968/1117, K. 1970/1310, karar için bkz. YÜZBAŞIOĞLU sf. 31

¹⁵² Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararı, E. 1988/6, K. 1989/4, karar için bkz. KAYA, sf. 62

sözleşmelerin Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülemeyeceğini açıklamak suretiyle iç hukuk yönünden sözleşmelerin üstünlüğü ilkesini belirtmiş olmaktadır". "...Anayasa'nın 90 inci maddesine göre iç hukukta doğrudan hukuksal sonuçlar yaratan uluslararası sözleşmenin yukarıda belirtilen bu niteliği ve bunlara karşı Anayasa Mahkemesine başvurulmaması ve böylece Sözleşme'nin sonradan yapılacak ulusal yasal düzenlemelerin iç hukukta yasalar üstünde bir konumda olduğunu ve yürütme ve yargı organları için bağlayıcı nitelik taşıdığını apaçık ortaya koymaktadır"¹⁵³

Özetle Danıştay'ın bu kararına göre usulüne uygun şekilde onaylanmış uluslararası sözleşmelerin anayasaya aykırı hüküm taşısa bile uygulanmaktan alıkonulamayacağı, kendisinden önce veya sonra çıkmış olan yasalara aykırılığı, ya da sonra çıkan yasanın sözleşme kurallarını değiştirdiği ileri sürülerek uygulanmasının sarsılamayacağı, iç hukukta doğrudan hukuksal işlem doğurduğu, dolayısıyla bu sözleşmelerin iç hukukta yasalar üstü bir konumda olduğu, yürütme ve yargı organları için bağlayıcı nitelik taşıdığı belirtilmektedir.¹⁵⁴

c) Yargıtay'ın Bakışı

Yukarda teorik olarak değerlendirilen Ulusal Hukuk-Uluslararası Hukuk ilişkisi, Yargıtay'ın birçok kararında da tartışılmıştır. Yargıtay 21. HD., bir kararında 1982 Anayasasının 90. maddesi ile getirilen sistemin "dualist sisteme yaklaştı" bir sistem olduğu sonucuna varmış ve önündeki sorunu bu yaklaşımla çözmüştür.

Yargıtay 21. HD. ne göre sorun; "Uluslararası bir sözleşmenin, İç hukuk sistemimize yansımaları ve sözleşme kurallarının iç hukuk kurallarına üstünlük taşıyarak uygulanma önceliği bulunup bulunmadığı konusuna yöneliktir. -dedikten sonra- Bu tür bir konu ise, doğrudan Anayasa Hukuku ve Anayasal sistem açısından değerlendirilmeli ve çözümlenmelidir. Sözü edilen sorun, sadece, ülkemiz açısından değil, uygar ülkeler olarak tanımladığımız, Batı Devletleri açısından da önemli ve tartışmalıdır. Geçen yüzyılın sonlarından beri sürüp giden tartışmaya göre; bu konuda iki görüş çatışmaktadır. Dualistler (İkiliçiler) görüşüne göre; "yargı organlarının davranışları bakımından asıl olan ulusal hukuktur. Uluslararası hukuk, ulusal hukukun yanında, zayıf ve bir alt kategori meydana getirir. Uluslararası hukukun iç hukukta uygulanabilir olması ancak, ulusal hukukun uluslararası hukuku açıkça kendi bünyesine

¹⁵³ Danıştay 5. Dairesi E. 1986/1723, K. 1991/933, karar için bkz.YÜZBAŞIOĞLU sf. 32

¹⁵⁴ KAYA, sf. 63

almış olmasına bağlıdır.” Kelsen tarafından geliştirilen Monist (tekçi) görüşe göre ise, “Uluslararası hukuk, ulusal hukuka göre, üstün ve ondan daha güçlüdür. İç hukuk uluslararası hukukla çatışıyorsa, bu durum, devleti, uluslararası yükümlülüklerden kurtarmaz ve uluslararası kurallar iç hukuku bağlar.” Devletlerin uygulamaları ise, bu iki okul arasında farklılıklar gösterir” şeklindeki tespitinden sonra, “Türk Anayasal sistemine gelince; 1982 ve daha önce yürürlükte bulunan 1961 Anayasası 90. ve 65. maddelerinde; “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar yasa hükmündedir.” kuralını kabul etmekle, dualist sisteme yaklaşmıştır. Anayasa; bir yasayla kabul edilmek koşuluyla, uluslararası sözleşmeyi, iç hukuk düzeninde ancak yasa gücünde bir tasarruf olarak kabul etmiştir. Gerçi anılan Anayasa maddeleri, bu yasalar hakkında Anayasal Yargı yolunun kapalı olduğunu kabul etmişse de bu durum, anılan tasarrufların yasa üstünde bir güce sahip olduğu veya normlar hiyerarşisi bakımından bir anayasa kuralı gücünde olduğunu göstermez. Nitekim, Anayasamız; sözü edilen uluslararası sözleşmelerin sadece birer yasa olduğunu vurgulamış, bunların iç hukukta, diğer yasalar karşısında uygulanma önceliği ve üstünlüğü olduğu yolunda bir açıklama veya ibareye yer vermemiştir. Şu duruma göre, uluslararası bir sözleşme yöntemine uygun olarak uygulanmaya konmakla bir yasal tasarrufa dönüşür ve iç hukuktaki yasal kurallarla çatıştığında, sorun, Anayasal ilke ve hukukun bu alandaki kuralları dikkate alınarak çözümlenir. Anayasamızın, 11. maddesinde istisnasız kabul ettiği ilkeye göre; Anayasada yer alan hükümlerin tüm Devlet organları ile yargı kuruluşlarını bağlayacağını öngörmüş ve kurallar kademelendirilmesinde en üst yeri Anayasal hükümlere vermiştir. Böyle olunca; kurallar arasındaki çatışmada önceliğin Anayasal hükümlere verilmesi ve uluslararası bir sözleşme kuralı ile Anayasa hükmünün çatışması halinde, Anayasa hükmüne geçerlik tanınması zorunludur. Anayasanın 138/1. maddesinde, Mahkemelerin bu sıralamayı dikkate alması bir kere daha belirlenmiştir. Bu kurallar sonucu olarak, denilebilir ki, Anayasal hükümlerle çatışan uluslararası bir sözleşme kuralının, Anayasal değişiklik gerçekleşmeden veya Anayasal olur sağlanmadan, mahkemelerce, doğrudan uygulanması düşünülemez. Öte yandan, uluslararası sözleşmenin iç hukukta yer alan bir yasal kurala göre öncelik ve üstünlük taşıması veya doğrudan uygulanabilmesi uluslararası andlaşma hükümlerine uygun iç hukukta düzenleme yapıp yapılmadığı ve bu alanda yasal sistemde boşluk bulunup bulunmadığına bağlıdır. Gereğinde yasa kurallarının çatışması durumunda uygulanan;

“a) Sonraki norm öncekinin yerini alır (Lex posterior derogat priori),

b) Özel yasa, genel yasadaki önce gelir (Lex specialis per generalem non derogatur),

c) Açık anlamı norm, kapalı anlamı norm'dan önce gelir", ilkeleri de gözetilerek sonuca ulaşılır."¹⁵⁵

Ulusal Hukuk-Uluslararası Hukuk ilişkisine böyle yaklaşan Yargıtay'ın birçok kararında uluslararası hukuk kurallarına doğrudan atıf yaptığı görülmektedir. Ancak Yargıtay'ın bu atıfları uluslararası hukuk kurallarını, önündeki sorunun çözümünde temel norm olarak kullanmak şeklinde değil, uluslararası hukuk kurallarından yardımcı kaynak olarak yararlanmak şeklindedir. Uluslararası hukuk kurallarına atıflar yapılmış olsa bile kararların asıl dayanağı olarak Türk iç hukukunun esas alındığı ortaya çıkmaktadır.¹⁵⁶

Kısaca, Danıştayın aksine, Yargıtay'ın son dönemlerde verdiği kararlara bakıldığında, Yargıtay uluslararası bir sözleşmenin iç hukukta yer alan bir yasal kurala göre, öncelikle, üstünlük taşıması veya doğrudan uygulanabilmesi için, uluslararası sözleşme hükümlerine uygun iç hukukta düzenleme yapıp yapılmadığına ve bu alanda yasal sistemde boşluk bulunup bulunmadığına bakmak gerekir görüşündedir. Bu yaklaşımıyla Yargıtay, açıkça iç hukuk uluslararası hukuk ilişkilerinde, normlar hiyerarşisi açısından iç hukuka ağırlık vermektedir.¹⁵⁷

2- Anayasa Değişikliği öncesi Mahkeme Kararlarında ILO Belgelerinin Değerlendirilişi

Türkiye'de yargının konuyla ilgili vermiş olduğu kararlarda bir tutarlılık gözlenmemektedir. Şöyle ki; Yargıtay, bir kararında,¹⁵⁸ usulüne uygun olarak onaylanan 87 ve 151 sayılı ILO sözleşmelerinin Anayasanın 90.maddesi uyarınca yasa hükmünde olduğunu ve onaylanan sözleşmelerin iç hukukumuzla bütünleşerek bağlayıcılık kazandığını belirtmişken, aynı yıl içinde verdiği bir başka kararında,¹⁵⁹ yasal düzenleme yapılmadan memurların kamu kurum ve kuruluşları ile toplu iş sözleşmesi yapamayacaklarına hükmetmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise, 87 ve 151 sayılı ILO sözleşmelerinin onaylanmış olmasının, memurların sendika kurmalarına

¹⁵⁵ 21. HD, E. 1996/2261, K. 1996/5790, YKD. Nisan-1997 s: 582, (C) 2000, Corpus, CD-Medya

¹⁵⁶ YÜZBAŞIOĞLU, sf.31

¹⁵⁷ KAYA, sf. 69

¹⁵⁸ 4.HD., 11.07.1994, E.93/8217, K.94/6585, YKD., Ocak-1995, sf.24-26

¹⁵⁹ 4.HD., 13.12.1994, E.94/5865, K.94/11183, YKD., Nisan-1995, sf.553 vd.

olanak tanımayacağını, bunun için kamu görevlileri sendikası ile ilgili bir yasal düzenlemenin yapılması zorunluluğu olduğunu ifade etmiş ve böyle bir yasa yürürlüğe konulmadan sendikanın tüzel kişilik kazanmasının olanaklı olmadığını belirtmiştir.¹⁶⁰

Yine, bir kamu kuruluşundan iş alan aracının (taşeronun) işçisine uygulanacak ücretin usulüne göre onaylanan 1949 tarihli ILO sözleşmesi gereği, tazminat hesabının, TİS hükümlerine göre yeniden belirlenip belirlenemeyeceği yönünün tartışma konusu yapıldığı bir davada; “1960 yılında onaylanan ILO sözleşmesine karşın, iç hukukumuzda işçi ücretlerine ilişkin kural ve esaslar, T.C. Anayasasının; çalışma ve sözleşme hürriyetine ilişkin, 48. ve müteakip, Sendika Kurma hakkına yönelik, 51. ve müteakip, Toplu İş Sözleşme hakkına ilişkin 53. ve devamı maddelerinde belirlenmiştir. Anayasal ilke ve esaslar, uygulanma esas ve koşulları özel yasalarınca belirlenmeden doğrudan uygulanamayacağından bu yönde çıkarılan yasalar soruna açıklık getirmişler ve 25.8.1971 günlü 1475 sayılı İş Yasası ile 5.5.1983 günlü 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası, işçilere ödenecek ücret konusundaki esasları düzenlemişlerdi.

Her ne kadar, Uluslararası Çalışma Örgütü 8 Haziran 1949’da Cenevre’de Genel Konferans’ta kabul ettiği ve bir amme makamı tarafından yapılacak mukavelelere konulacak çalışma şartlarına müteallik 94 sayılı Sözleşme T.B.M.M. tarafından onanmış ve bu sözleşmeye katılmak üzere hükümete 14.12.1960 tarihinde 161 no’lu Yasayla yetki verilmişse de, bu sözleşme hükümlerinin İç Hukukumuzda oluşturulmuş Anayasal sisteme uygun düzenlemelerin üzerine çıkması ve öncelik taşıması Anayasal ve yasal değişikliklerin yapılmasından önce mümkün değildir. Gerçekten, sözü edilen uluslararası sözleşme ile Devlet, bir yükümlülük altına girmiştir. Ne var ki, bu sözleşmenin yapılması ve yürürlüğünden sonra, kabul edilen Anayasal kural ve buna bağlı yasalarla, TİS hükümlerinin uygulanacağı kimseler açıkça ortaya konmuş, Devlet bu alandaki tercihini belirlemiştir. Başka bir anlatımla; yukarıda sözü edilen ILO sözleşmesi hükümlerine sonradan yaptığı yasal düzenlemelerde yer vermemiş, TİS hükümlerinden, aracı işçilerinin yararlanacağı yolunda bir ayırımı kabul etmemiştir.”¹⁶¹ diyerek sonra çıkarılan yasanın, kabul edilmiş olan ILO sözleşmesinden önce uygulanacağı sonucuna varmış ve usulüne göre yürürlüğe girmiş ILO sözleşmesini sonradan aksine çıkarılacak bir yasayla geçersiz kılınabilecek sıradan bir yasa gibi yorumlamıştır.

¹⁶⁰ HGK. E.1995/4-367, K.1995/550 , (C) 2000, Corpus, CD-Medya, www.hukukturk.com.

¹⁶¹ 21.HD, E. 1996/2261, K. 1996/5790, YKD. Nisan-1997 s: 582, (C) 2000, Corpus, CD-Medya,

Yargıtay'ın bu kararında ortaya koyduğu görüşe benzer şekilde, bazı yazarlar da, uluslararası sözleşmelerin iç hukuktaki etkilerinin sonradan çıkarılacak bir yasayla değiştirilebileceği, ortadan kaldırılabilirliği, uyum yasalarıyla yürürlükteki yasalar veya daha sonradan öngörülecek yasalar arasında bir çatışmanın ortaya çıkması durumunda, tıpkı iç hukuktaki iki iş yasası arasındaki çatışma gibi değerlendirilerek sorunun çözülebileceği, başka bir deyimle sonraki yasa kural olarak öncekini (zımnen) ilga edeceği görüşündedir.¹⁶² Ancak, Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülemediği için, Anayasa'ya uygunluğu da aranmadan uygulanması gereken sözleşmelerin, kendinden sonra çıkan yasaya aykırılığı ya da sonradan çıkan yasanın sözleşmeyi değiştirdiği ileri sürülerek, sözleşmelerin iç hukukta uygulanması engellenemez.¹⁶³

Yine, olumsuz bir örnek olarak, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, Türk-İş Konfederasyonunun kamu işyerlerindeki işçilerin ücretleriyle ilgili olarak, hükümetle yaptığı sözleşme sonunda imzalanan bir protokolle ikinci yıl zammının TİS belirlenen değil yeni koşullara göre enflasyonla mücadele için düşürülmesi ve daha az bir oranda belirlenmesi üzerine, açılan TİS'e göre ücret zammı istemli bir davada TİS farkı alacağını ödetilmesi yönündeki yerel mahkeme kararı Yargıtay tarafından bozulmuştur. Karara başkan ve bir üye "Ancak, bütün bunlar, enflasyondan en çok etkilenen sadece bir kısım çalışanın, anayasada ve katıldığımız ILO sözleşmelerinde güvence altına alınan toplu iş sözleşmesi hakkı ve özerkliği çerçevesinde, serbest toplu pazarlık sonucu bağitlanan toplu sözleşmede kararlaştırılıp, ödeme zamanı gelmiş olan ücret zamlarının, Hükümet temsilcilerinin emir ve yayımladıkları genelge doğrultusunda, tek taraflı olarak askıya alınmasının, hukuka uygun ve haklı gerekçesi olamaz." diyerek muhalefet etmişlerdir.¹⁶⁴

Yine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi iş akdi fesih edilen ve işe iade davası açan ve davası kısmen hüküm altına alınan bir işçinin davasında, "hizmet ilişkisine işveren tarafından son verilmesi hakkında 158 sayılı sözleşmenin 10. maddesinde de mahkemenin hizmet akdinin feshi işlemini haksız bulması halinde, son verme işlemini iptale ve veya işçinin işe iadesini öngörmeye ya da önermeye ulusal mevzuat ve uygulamalara göre, yetkili değilse veya bunları uygulanabilir bulmazlarsa yeterli bir tazminat veya uygun addolunan bir diğer telafi biçimini kararlaştırmaya yetkili olduğu

¹⁶² Bkz, SÜZEK, sf. 75-76

¹⁶³ GÖZÜBÜYÜK, sf. 15

¹⁶⁴ 9. HD, E. 1994/16730, K. 1995/1307, YKD. Nisan-1995 s: 577, (C) 2000, Corpus, CD-Medya

kabul edilmiştir. Hukukumuzda ... işçinin işe iadesini öngören bir yasal düzenleme olmadığı” gerekçesiyle kararı bozmuştur.¹⁶⁵

Ancak bu karara da Üye E.Serim “İşe iade ile ilgili kural toplu iş sözleşmesine konulmakla normatif hüküm haline gelmiş olup, sözleşmenin taraflarınca uyulması gerekir. Öte yandan TBMM tarafından 9.6.1994 tarihinde 3999 sayılı yasayla onaylanan 158 sayılı ILO sözleşmesi bu yolda teşvik edici hükümler içermektedir.” diyerek muhalefet etmiştir.¹⁶⁶

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1995 yılında verdiği bir içtihadı birleştirme kararında.¹⁶⁷ Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO)’nun 87 ve 151 sayılı Sözleşmeleri 25.11.1992 günlü Resmi Gazete ile yayınlanarak yürürlüğe girmesinden önce kamu çalışanlarının örgütlenmesinin önünde yasal bir engel olmadığı gerekçesiyle fiilen örgütlenme çalışmalarına başlayan memur sendikalarının kapatılmasına ilişkin davalarda verilen kararlardaki çelişki üzerine “Dava konusu sendikanın kurulduğu tarihte henüz kamu çalışanlarının sendika kurabileceklerine dair yasal bir düzenleme bulunmadığı için, bu sendikanın tüzel kişilik kazanmadığının kabul edilmesi gerekir. Mesleki dayanışma örgütü yahut adi ortaklık olarak nitelendirilmesi ve kapatılmasına gerek olmadığı da benimsenemez.” dedikten sonra “Bu davanın açılmasından sonra, Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO)’nun 87 ve 151 sayılı Sözleşmeleri 25.11.1992 günlü Resmi Gazete ile yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu sözleşmeler ile; işverenlerin ve kamu görevlilerinin sendikalaşma özgürlüğüne hanel getirecek her türlü ayırımcılığa karşı yeterli korumadan yararlanacakları kabul edilmiştir. Ancak, bu sözleşmelerde öngörülen güvencelerin üst düzey görevlilere veya çok gizli görev ifa edenlere hangi ölçüde uygulanacağı ulusal yasalarla belirlenir. Her üye ülke de ulusal koşullarına göre gerekli ve uygun önlemleri alır. Görülüyor ki TBMM’ce yasala kabul edilen bu sözleşmeler, doğrudan doğruya konuyu düzenlememekte üye ülkelere gerekli düzenlemeyi yapmak görevini yüklemektedir. Bu sözleşmelerin kabulünden sonra da henüz kamu görevlileri sendikası ile ilgili düzenleme yapılmadığından dava konusu sendika tüzel kişilik kazanmamıştır. Böylece; tüzel kişilik kazanmayan bir kuruluşun hukuki varlığının bulunmadığının tesbiti ile faaliyetlerine son verilmek üzere kapatılmasına karar verilmesi gerekir.”diyerek sendikaların kapatılması gerektiğine karar vermiştir.

¹⁶⁵ 9.HD, E. 1997/16948 K. 1997/18355, www.hukukturk.com.

¹⁶⁶ 9.HD, E. 1997/16948 K. 1997/18355, muhalefet şerhi, www.hukukturk.com.

¹⁶⁷ HGK. E. 1995/4-367 K. 1995/550 , (C) 2000, Corpus, CD-Medya

Ancak, yukarıda değerlendirilen olumsuz örneklerle karşı, Yargıtay 8.Ceza Dairesi bir kararında,¹⁶⁸ konuyla ilgili 87 ve 151 sayılı ILO sözleşmelerine Türkiye'nin de taraf olduğu ve bu sözleşmelerin Anayasanın 90.maddesi uyarınca iç hukukta bağlayıcılığı nedeniyle kamu sendikaları yöneticisi olan sanıkların sendikal işlev ve amaçlı kapalı salon toplantısı yapmaktan ibaret eylemlerinin, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Hakkındaki Yasaya aykırılık suçunu oluşturmayacağı kanaatine varmıştır.¹⁶⁹

Yine olumlu bir örnek olarak, belediye ile memur sendikaları arasında imzalanan toplu iş sözleşmesi nedeniyle TİS imzalayan görevliler hakkında -Görevde yetkiyi kötüye kullanma suçundan- verilen mahkumiyet kararını inceleyen Yargıtay 4. Ceza Dairesi 1997 yılında verdiği bir kararında¹⁷⁰ “Sendika ve toplu pazarlık haklarını kamu görevlilerini de kapsayacak biçimde güvenceye alan uluslararası sözleşmelerin, özellikle 151 sayılı ILO sözleşmesinin Devletçe onaylanarak, Anayasanın 90. maddesine göre iç hukukumuz yönünden de bağlayıcılık kazanması karşısında, bu sözleşmelere uygun yasal düzenlemeler yapılmamasından doğan hukuksal boşluk ve kargaşa nedeni ile sanıkların sendika ile imzaladığı toplu iş sözleşmesi gereği memurlara yasalarda öngörülenden fazla ödemede bulunmaktan ibaret eylemlerde suç öğelerinin nasıl oluştuğu ve hukuka uygunluk nedeninin bulunup bulunmadığı tartışılmadan hükümlülük kararları verilmesi” yasaya aykırı bulunup bozulmuştur.

Yine benzer şekilde, belediye ile memur sendikaları arasında imzalanan toplu iş sözleşmesi nedeniyle TİS imzalayan görevliler hakkında -Görevde yetkiyi kötüye kullanma ve görevi savsama suçlarından- verilen mahkumiyet kararını inceleyen Yargıtay 4. Ceza Dairesi aynı yıl verdiği bir başka kararında,¹⁷¹ “Sendika ve toplu pazarlık haklarını kamu görevlilerini de kapsayacak biçimde güvenceye alan uluslararası sözleşmelerin, özellikle 151 sayılı ILO sözleşmesinin Devletçe onaylanarak Anayasanın 90. maddesine göre iç hukukumuz yönünden de bağlayıcılık kazanması karşısında, bu sözleşmelere uygun yasal düzenlemeler yapılmamasından doğan hukuksal boşluk ve kargaşa nedeniyle sanıkların sendika ile imzaladığı toplu iş sözleşmesi gereği memurlara yasalarda öngörülenden fazla ödemede bulunmaktan ibaret eylemlerde suç öğelerinin nasıl oluştuğu ve hukuka uygunluk nedeninin bulunup bulunmadığı tartışılmadan” karar verilmesini hukuka aykırı sayarak bozmuştur.

¹⁶⁸ 8.CD, E. 1995/17577 K. 1996/2011, www.yargitay.gov.tr

¹⁶⁹ ODAMAN, sf. 329

¹⁷⁰ 4.CD, E. 1997/813 K. 1997/1140, www.yargitay.gov.tr

¹⁷¹ 4.CD, E. 1997/3993 K. 1997/4355, www.yargitay.gov.tr

Anayasa değişikliği öncesinde verilen Yargıtay kararlarına bir bütün olarak bakıldığında özellikle Hukuk Daireleri'nin usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan sözleşmeleri normlar kademelenmesi genel kuralına tabi tutarak yorumladıkları bu alanda daha tutucu davrandıkları, hakimin hukuk yaratması yolunun hiç kullanılmadığı buna karşın, Ceza Daireleri'nin uluslararası sözleşmelere öncelik veren ve önlerine gelen sorunda yasaları temel hak ve özgürlükler yönünde yorumlayan bir yaklaşım içerisinde olduğu, bu davranışlarının Danıştay kararları ile de paralellik gösterdiği söylenebilir.

3- Anayasa Değişikliği Sonrası Mahkeme Kararlarında ILO Belgelerinin Değerlendirilişi

Danıştay 1. Dairesi'nin, 2004- 2005 Yılları arasında Tüm Belediye ve Yerel Yönetim Hizmetleri Emekçileri Sendikası ile sözleşme yaparak memur statüsünde çalışan personele 657 sayılı Devlet Memurları Yasasına aykırı olarak sosyal paket, bayram, yılbaşı, öğrenim, giyecek ve yakacak yardımları gibi adlar altında ödemeler yapmakla suçlanan ve bu nedenle haklarında İçişleri Bakanlığının 19.7.2005 günlü, 2005/242 sayılı kararı ve bu karara yapılan itirazlar üzerine 17.11.2005 tarihinde verdiği bir kararında;¹⁷²

“Uluslararası Çalışma Teşkilatı (ILO) nun Ülkemizce onaylanan 87, 98, 151 sayılı sözleşmeleri ve Avrupa Sosyal Şartı hükümlerinin Anayasanın 53 ve 90 inci maddeleri uyarınca değerlendirilmesi sonucu Tüm Belediye ve Yerel yönetim Hizmetleri Emekçileri Sendikası İle Belediye arasında varılan mutabakat uygulamasının suç teşkil eder bir yanının bulunmadığı, bu nedenle ilgililere isnat edilen eylemin, haklarında hazırlık soruşturması yapılmasını gerektirecek nitelikte bulunmadığı anlaşıldığından, itirazların kabulüyle İçişleri Bakanının 19.7.2005 günlü.2005/2426 sayılı kararının soruşturma izni verilmesine ilişkin kısmının kaldırılmasına” oy çokluğuyla karar vermiştir.

Karara bir üye aşağıdaki şekilde muhalefet etmiştir. Muhalefet şerhinde “ Anayasanın 128 inci maddesinde “memurlar ve diğer kamu görevlilerinin... aylık ve ödenekleri...nin yasayla düzenleneceği öngörülmektedir.

25.6.2001 günlü, 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Yasasının 19 uncu maddesinde de sendika ve konferansların bu Yasa çerçevesinde üyeleri adına toplu

¹⁷² Danıştay 1. D. E. 2005/1067 K. 2006/1363 T. Çalışma ve Toplum, 2006- 2

görüşmeye katılmaya, toplu görüşmeyi sonuçlandırmaya ve taraf olmaya yetkili oldukları vurgulanmıştır.

Görüldüğü gibi, maddede “toplu görüşme”den söz edildiği halde, “toplu sözleşme”ye değinilmemiş, ayrıca, Yasada sendikalarla idareler arasında sözleşme yapılarak memurlara 657 sayılı Yasanın 146 ncı maddesinde öngörülen haklar dışında yeni haklar sağlanmasını öngören bir hükme de yer verilmemiştir.

Diğer taraftan, 657 sayılı Devlet Memurları Yasasının 146 ncı maddesinde, memurlara Yasa, tüzük ve yönetmeliklerin ve amirlerin tayin ettiği görevler karşılığında bu Yasayla sağlanan haklar dışında ücret ödenemeyeceği, hiçbir yarar sağlanamayacağı hükme bağlanmış, Sayıştay Genel Kurulu da 657 sayılı Yasanın 146. maddesi dışında memurlara ödeme yapılamayacağına karar verilmiştir” demektedir.¹⁷³

Karar konuyu tüm yönleriyle incelemek ve tartışmaktan çekinerek verilmiş ve hükmü gerekçelendirmemiş olsa da, bu alanda verilmiş ilk ve sonuçları bakımından önemli bir karar olması nedeniyle doktrinde de inceleme konusu yapılmıştır.¹⁷⁴

Aşağıda ayrıntıları verilen karar incelemesinde de işaret edildiği gibi, Danıştay Birinci Dairesi, 17 Kasım 2005 tarihinde, önemli bir karar vermiştir. Gerekçesi olmayan, usulüne göre onaylanmış sözleşmelerin getirdiği hükümlerin bir iç hukuk normu ile çatışması durumunda Anayasa madde 90/son fıkra uyarınca doğrudan uygulanması gerektiğini açıkça belirtmekten kaçınan bir karar olsa da karardan doğrudan çıkarılacak ilk sonuç: kamu çalışanlarının örgütlü oldukları sendikaları aracılığı ile bir kamu işyerinde Toplu Sözleşme İmzalaması hazırlık soruşturması açılmasını gerektiren bir suç oluşturmaz.

a) Kararın Değerlendirilmesi ve Çıkarılabilecek Sonuçlar¹⁷⁵

- “Birinci Daire Kararı, “onaylanan” sözleşmelerden ve Anayasanın 90. maddesinden söz ederek, çatışma durumunda söz konusu sözleşmelerin ulusal yasalardan önce “doğrudan” uygulanması gerektiği görüşünü “örtük biçimde” benimsemiş, bunu tartışmasız bir hukuksal gerçeklik olarak kabul etmiş görünmektedir.

¹⁷³ Danıştay 1. D. a.g.k. Üye A. Şahver Kobal’ın “ayrışık oy”u, Çalışma ve Toplum, 2006- 2, sf. 100

¹⁷⁴ GÜLMEZ, Mesut, Karar İncelemesi, Çalışma ve Toplum, 2006- 2

¹⁷⁵ Ayrıntılı değerlendirme için bkz, GÜLMEZ,(karar incelem), sf. 105 vd.

- Öyleyse, yerel yönetim hizmetlerinde örgütlenmiş sendikalarla kamu işvereni (belediyeler) arasında imzalanan ve uygulanan toplu iş sözleşmeleri geçerlidir.
- Öteki hizmet kollarında kurulmuş kamu görevlileri sendikaları ile kamu işverenleri arasında da, parasal ödemeler yapılmasını öngören toplu iş sözleşmeleri imzalanabilir.
- Bu sözleşmelerin dayanağı, onayladığımız temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerdir.
- Uluslararası sözleşmeler, Anayasanın 90. maddesi gereğince ulusal hukukun ilgili kurallarına üstün tutularak doğrudan uygulanır.”

Oy çokluğu ile verilmiş ve gerekçesizliğine rağmen, bundan sonra benzer konularda gelecek olaylara örnek teşkil etmesi bakımından oldukça önemli sonuçları olan bu karardan da görüleceği üzere; yasa uygulayıcılarına önemli görevler düşmektedir.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

IV- HAKİMİN HUKUK YARATMASI

A- Yasa Boşlukları

Yasa boşlukları ya çağın gelişen teknik ve sosyal yapısı karşısında uyum yasalarının çıkarılmamış olması nedeniyle, yasaların eskimiş olması ve gereksinimlere cevap verememesi ya da, yasa koyucunun bilerek, bir alanı özellikle düzenlememesi sonucu oluşabilir.

Yada da inceleme konumuz olan, Anayasanın 90 maddesine eklenen son fıkra nedeniyle usulüne göre yürürlüğe konulan, yasa hükmünde olan ve doğrudan uygulama olanağı bulunan, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmelerdeki genel nitelikteki – çerçeve– düzenlemelerin ortaya çıkardığı boşluklar şeklinde oluşabilir.

Yasal boşluk nasıl oluşursa oluşsun, ister yasanın eskimesi, ister yasa koyucunun tercihi isterse de yine bir çeşit yasa koyucunun tercihi olarak değerlendirilebilecek usulüne göre onaylanmış temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmelerin genel düzenlemeleri şeklinde olsun hakim önüne gelen sorunu yasal boşluk gerekçesiyle çözümsüz bırakamaz.

22.11.2001 tarihinde kabul edilen 4721 sayılı Türk Medeni Yasası'nın 1. maddesi 1. fıkrasında yasa koyucu hukukta oluşabilecek boşlukların doldurulması konusunda “*Yasa, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır.*” düzenlemesinden sonra 2. fıkrasında “*Yasada uygulanabilir bir hüküm yoksa, hakim, örf ve adet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi yasa koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir.*” şeklinde bir düzenleme yapmıştır.

Kanaatimizce, bu düzenleme karşısında hakimin, Anayasanın 90 maddesine göre usulüne göre onaylandıktan sonra yasa hükmünde olan ve son değişlikle temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmelerin bir uyuşmazlık halinde iç hukuktan önce uygulanacağı düzenlemesi karşısında yukarıdaki kararlarda değinildiği gibi “iç hukukta yeni bir düzeleme” beklenmesi gerekmeyecektir.¹⁷⁶

¹⁷⁶ Farklı görüş için bkz; ODAMAN, sf. 821, GÜZEL, sf. 13, TAŞKENT, sf. 589, SÜZEK, sf. 76

B- Yasa Boşluklarının Hakim Hukuk Yaratması ile Doldurulması Pratiği

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, sosyal güvenlik ilkelerini ön planda tuttuğu, ölüm sigortasından yararlanabilme koşullarında ortaya çıkan bir sorunun çözümüne ilişkin olarak verdiği bir kararında, ölüm sigortasından yararlanmak için yasada gösterilen koşulların oluşmasının zorunlu olduğunu ancak, ölüm sigortasına ilişkin 1479 sayılı Yasanın 41. maddesinde yer alan ve sigortalının 3 tam yıl prim ödeme koşuluna ilişkin kuralının 619 sayılı KHK ile iptal edilmiş olduğunu ancak bu kararname de iptal edilmesiyle ortada yasal boşluk bulunduğunu tespit ederek “Her ne kadar 3 yıllık sistem yürürlükten kaldırılmış ise de sosyal güvenlik ilkelerinin yasal boşluk veya düzenlemenin yeterince açık olmaması gibi durumlarda sigortalı yararına kuralların yorumlanması ilkesinden hareketle sonuca gidilmesi işin özüne ve adalet kurallarına uygun düşecektir.” diyerek, “hak sahipleri lehine olan hükümler gözönünde bulundurularak sonuca gidilmesi” gerektiği yönünde karar vermiştir.¹⁷⁷

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi, Sosyal Sigortalar kurumuna bildirilmesi gereken asgari işçilik miktarının eksik bildirilip bildirilmediğinin tespitine yönelik bir davada “Bir yasa hükmünde kararnamenin TBMM. tarafından kabul edilmemesi veya Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi hallerinde, o yasanın veya KHK.nin yürürlükten kaldırdığı veya değiştirdiği yasa hükümleri uygulanabilir hale gelmez veya kendiliğinden yürürlüğe girmez, hukuki bir boşluk meydana gelir” tespitinden sonra, “*Herhangi bir olay, hakkında kural yoktur diye çözümsüz bırakılmaz*” demiş ve “*Bu gibi hukuki boşluğun bulunduğu durumlarda; hakim bizzat yasa koyucu gibi davranarak, olayı çözümlenmek üzere Medeni Yasanın 1. maddesi hükmünce olaya uygulanacak kuralı bulmak ve uygulamakla yükümlüdür*” diyerek, Kurumun resen prim tahakkuk işleminin yasal dayanağı hususunda oluşan bu hukuki boşluğun, anılan yasal düzenleme gözönünde bulundurularak doldurulması gereğine işaret etmiştir.¹⁷⁸

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da, “SSK’nın ölçümleme hakkına ilişkin yasa hükmünün Anayasa Mahkemesi tarafından iptali karşısında, ortaya çıkan hukuki boşluğun Sosyal Sigortalar Yasası, Sosyal Sigortalar Kuruluş Yasası, Sosyal Güvenlik İlke ve Esasları ile genel hükümler gözönünde bulundurularak uyumsuzluk hakkında bir karar verilmesi gerekir.” kararını vermiştir.¹⁷⁹

¹⁷⁷ HD 21, E: 2002/1496, K. 2002/2899, (C) 2000, Corpus, CD-Medya

¹⁷⁸ HD 10, E: 2004/210, K. 2004/2476, (C) 2000, Corpus, CD-Medya

¹⁷⁹ HGK, E: 2004/10-109, K. 2004/115, (C) 2000, Corpus, CD-Medya

Hakimin önüne gelen sorunu mutlaka çözmesi hukuk devleti olmanın da bir gereğidir. Hiçbir devlet yargı organları önüne gelen sorunu çözemediğini, bu soruna uygulanacak yasa hükmü bulamadığını ileri sürerek uyuşmazlığı tarafların kendi iradeleriyle çözmelerini salık veremez. Bu nedenle yasa koyucu Medeni Yasanın 1. maddesindeki yasal formülasyonu ortaya koyarak hakimin olası yasa boşluklarında tıpkı bir yasa koyucu gibi davranarak önündeki hukuksal sorunu mutlaka çözmesinin yolunu açmıştır.

C- ILO Belgelerinin Uygulanmasında Hakimin Hukuk Yaratması

Onaylanan ILO Sözleşmelerinin iç hukukumuzda doğrudan uygulanması sorunu, daha açık olarak bireylerin usulüne uygun olarak onaylanmış Sözleşme hükümlerine dayanarak iç hukukumuzda, idari makamlara karşı ve özellikle yargı organları önünde hak talep edip edemeyecekleri 1993 yılında 87 ve 151 sayılı Sözleşmelerin onaylanmasından sonra, kamu çalışanlarının sendikal faaliyette bulunup bulunamayacakları tartışmalarıyla ülkemizin gündemine gelmiştir.¹⁸⁰

İncelenen Anayasa Mahkemesi, Danıştay ve Yargıtay kararları uluslararası hukuk normları ile ve ulusal hukuk normlarının çatışması durumunda özellikle Yargıtay Hukuk Dairelerinin daha çok ulusal hukuktan yana tavır aldıkları görülmektedir. Hele bazı yazarların, ILO Sözleşmeleri genellikle iç hukuk düzenlerinde doğrudan uygulanabilecek nitelikte kurallar getirmezler. ILO Sözleşmelerinin özellikleri göz önünde tutulduğunda doğrudan uygulanabilirliğin ancak istisnai durumlarda söz konusu olduğu görülür. Çünkü bu sözleşmeler çoğu kez düzenledikleri konularda genel, soyut, program-hüküm niteliğinde, değişik ülkelerin ekonomik ve sosyal koşullarına uyum sağlayabilmeleri için esnek, genel kuralı getirip istisnaların belirlenmesini iç hukuk düzenine bırakan ve üye ülkelere seçenekler sunan kurallar öngörürler. Bu tür sözleşme hükümlerinin iç hukukumuzda yargı organı tarafından doğrudan uygulanmaları nitelikleri gereği mümkün olmadığı¹⁸¹ değerlendirmeleri dikkate alındığında uluslararası sözleşmelerin – konumuz açısından ILO sözleşmelerinin – bir çerçeve çizerek düzenlemeyi ülkelerin iç hukuklarına bıraktığı durumlarda yasa uygulayıcılarının iç hukukun kendilerine sağladığı “hukuk yaratma” yetkilerini kullanmada daha çekingen davranacakları açıktır.

¹⁸⁰ TAŞKENT, sf. 589

¹⁸¹ SÜZEK, sf. 76

Bazı yazarların, yukarıda açıklanan ikici (dualist) sistemi benimseyen ülkeler açısından, sistemin doğası gereği ILO Sözleşmelerinin iç hukukta doğrudan uygulanması söz konusu olamayacağı yönünde görüşleri bulunmaktadır. Buna itirazda bulunmak ilk anda pek olanaklı görünmese de, bazı yazarların tekçi (monist) sistemi benimseyen ülkelerde dahi ILO Sözleşmelerinin doğrudan (yasal bir düzeleme olmadan) uygulanmasının olanaklı olmadığı yönündeki görüşlerine katılmak olanaklı değildir.¹⁸²

Bu yazarlara göre, ILO normunun salt onay işlemi ile birlikte iç hukukta uygulanabilmesi için başka hiçbir düzenlemeyi gerektirmeyecek kadar açık, kesin, somut, olaya doğrudan uygulanabilecek nitelikte bir hüküm getirmiş olması zorunludur. Örneğin ülkemiz tarafından onaylanmış bulunan sanayide en az çalışma yaşını onbeş olarak belirleyen 138 sayılı veya zorla çalıştırmayı ortadan kaldıran 105 sayılı ILO sözleşmeleri bu niteliktedir.¹⁸³ Bazı yazarlara göre bu açıdan bakıldığında, 87 Sayılı ILO sözleşmesinin de kural olarak doğrudan uygulanma kabiliyetine sahip olduğu söylenebilir.¹⁸⁴

Ancak en genel anlatımla; madem ki usulüne göre onaylanmış uluslararası sözleşmeler anayasaya göre yasa hükmündedir. Hakim önüne gelen olayın çözümü için nasıl ki yasaları uyguluyorsa, her şeyden önce anayasaya göre bir yasa olduğu tartışılmayan sözleşmeyi de bir yasa gibi uygulayabilmeli ve iç hukukta önüne gelen sorunu nasıl yasal düzenleme olmasa da, çerçeve bir yasa olsa ve doğrudan uygulanacak kadar açık, kesin, somut, doğrudan uygulanacak nitelikte bir hüküm bulunmasa da hukuk yaratarak, yasal boşluğu doldurarak çözüyorsa, çözmek zorundaysa, çerçeve sözleşmelerdeki boşluğu da aynı yöntemle doldurabilmelidir.

Anayasada uluslararası sözleşmelerin esas alınması için her ne kadar sözleşmeler ile yasalar arasında uyumsuzluk çıkması koşulu öngörülmüşse de, yasalarda boşluk bulunduğu durumlarda bir uyumsuzluk olmadığı ve bu nedenle sözleşmenin uygulanmaması gerektiği şeklinde bir düşünce kabul edilemez. Her şeyden önce usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmelerin yasa hükmünde olduğuna göre, uyumsuzluk çıksın çıkmasın yargı organları bunu doğrudan uygulamak zorundadır. Yani iç hukuktaki bu boşluk, uluslararası sözleşmelerin hükümleriyse

¹⁸² Aksi görüş için bkz, TAŞKENT sf. 589

¹⁸³ SÜZEK, sf. 74

¹⁸⁴ TUNCAY, sf. 512 (Sözleşmeler uyum)

doldurulmalıdır.¹⁸⁵ Yasa koyucunun uyuşmazlık çıkması durumunda bile uluslararası sözleşmelere öncelik verdiği düşünüldüğünde, uyuşmazlık çıkmadığı zaman uluslararası sözleşmelerin öncelikle uygulanmasını istediği kolaylıkla anlaşılır.¹⁸⁶

Kimi yazarların da belirttiği gibi Anayasanın 90. maddenin son fıkrasına eklenen son cümlesi her ne kadar uluslararası sözleşmelerin esas alınabilmesi için yasalarla sözleşmeler arasında bir çatışma çıkması koşuluna bağlamış görünse de yasalarda boşluk olması nedeniyle açık bir çatışmanın söz konusu olmadığı durumlarda da, anayasaya göre yasa hükmünde olduğu belirtilen ve bu haliyle ulusal hukukla bütünleşmiş uluslararası sözleşmelerin de temel alınması gerekir. Hakim, yasa koyucunu verdiği hukuk yaratma yetkisini kullanırken taraf olduğumuz uluslararası insan hakları sözleşmelerini de gözönüne almalı ve iç hukuktaki boşluğu, yazılı hukukun bir parçası olan bu sözleşmelerle doldurmalıdır.¹⁸⁷

D- Yaşanabilecek Olası Sorunların Değerlendirilmesi

Anayasanın 90 maddesinde 07/05/2004 tarihinde 5170 Sayılı .Yasanın 7. maddesi ile yapılan değişikliğin sadece lafzına bakılarak yorumlandığında temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmeler ile yasaların “aynı konuda farklı hükümler içermesi” durumunda çıkabilecek “uyuşmazlıklarda” sözleşme hükümlerinin “esas” alınmasını öngörmektedir.

Bu açıdan bakıldığında öncelikle Anayasa maddesinin işaret ettiği ve bir çatışma durumunda üstünlük tanıdığı “usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar”ın neler olduğu sorunu ile karşı karşıyayız. Zira, yasa koyucu anayasa değişikliğinde “usulüne göre yürürlüğe konulmuş” tüm sözleşmelere üstünlük tanımamış sadece “temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar” a üstünlük tanımıştır.

Bir başka deyişle, söz konusu sözleşmelerin “temel hak ve özgürlüklere ilişkin” olması gerekmektedir. Kimi yazarlara göre, bunun saptanması konunun en güç ve tartışma yaratacak yönlerinden birini oluşturmaktadır.¹⁸⁸

¹⁸⁵ YÜZBAŞIOĞLU, sf. 35

¹⁸⁶ GÜRSOY, sf. 69

¹⁸⁷ GÜLMEZ, (uygulama) sf. 78

¹⁸⁸ KARAGÜLMEZ, Ali, “5170 Sayılı Yasa’yla Anayasa’nın 90. Maddesinde Yapılan Değişikliğe Bir Bakış” TBB Dergisi, Sayı 54, 2004, sf. 168

Bu soruna daha dar olarak tez konumuz ILO sözleşmeleri açısından baktığımızda; Uluslararası Çalışma Örgütü Genel Konferansının 18 Haziran 1998 günü sona eren 86. oturumunda usulüne uygun olarak kabul edilen Çalışmaya İlişkin Temel Haklar ve İlkeler ILO Bildirgesi¹⁸⁹ ve Uluslararası Çalışma Standartlarını oluşturan Temel ILO Sözleşmeleri¹⁹⁰ olan 29 Nolu Zorla Çalıştırma Sözleşmesi (1930), 87 Nolu Örgütlenme Özgürlüğü ve Örgütlenme Hakkının Korunması Sözleşmesi (1948), 98 Nolu Örgütlenme ve Toplu Sözleşme Hakkı Sözleşmesi (1949), 100 Nolu Eşit Ücret Sözleşmesi (1951), 105 Nolu Zorla Çalıştırmanın Yasaklanması Sözleşmesi (1957), 111 Nolu Ayrımcılık (İstihdam ve Meslek) Sözleşmesi (1958), 138 Nolu Asgari Yaş Sözleşmesi (1973) ve 182 Nolu Çocuk İşçiliğinin En kötü Biçimleri Sözleşmesi (1999) açısından sorun aşağıda değinilecek bazı farklı görüşlerin aksine kolayca çözülebilecekken, bunların dışında kalan ILO sözleşmelerinin “temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar”dan sayılıp sayılmayacağı tartışma konusu olacaktır.

Kimi yazarlar, iç hukukta, uluslararası sözleşme kurallarının hüküm doğurması için yasal düzenlemelere gitmek gerekir. Bu husus, ILO sözleşmeleri söze konu olduğunda özellikle gerekmektedir. Zira uluslararası çalışma sözleşmeleri, üye ülkelerin sosyal ve ekonomik koşullarına göre ulusal yasa koyuculara geniş bir düzenleme inisiyatifi bırakan, genel, soyut, program hüküm mahiyetinde kurallar içerirler. Bu tür kurallar, iç hukukta uyumu sağlayacak düzenlemeler olmaksızın, somut olarak iş ilişkilerine, iş uyuşmazlıklarına uygulanamayacak maddi mahiyette kurallar olduğu gerekçesiyle, “Türk hukukunda uluslararası sözleşmelerin doğrudan uygulanabilirliği kabul edilmiş dahi olsaydı bu durum, maddeten doğrudan uygulanabilir nitelikte olmayan çalışma sözleşmeleri bakımından ayrıca kanuni düzenleme yapma gereğini ortadan kaldırmayacaktı” görüşündedirler.¹⁹¹

Kimi yazarlar da, bu konuda isabetli bir sonuca varabilmek için ikili bir ayrıma yer vermek ve uluslararası sözleşme hükmünün *doğrudan uygulanabilir* (self executing) nitelikte olup olmadığına bakmak gerektiğini söyleyerek, ILO normunun salt onay işlemi ile birlikte iç hukukta uygulanabilmesi için başka hiçbir düzenlemeyi

¹⁸⁹ [www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/ilo_temelhak.html\(15.09.2006\)](http://www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/ilo_temelhak.html(15.09.2006)) Bu bildirme üzerine değerlendirme ve eleştiri için, bkz. ÖZDEMİR, a.g.m.

¹⁹⁰ [www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/about/temelsoz.htm\(15.09.2006\)](http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/about/temelsoz.htm(15.09.2006))

¹⁹¹ MOLLAMAHMUTOĞLU, sf. 78

gerektirmeyecek kadar açık, kesin, somut, olaya doğrudan uygulanabilecek nitelikte bir hüküm getirmiş olmasının zorunlu olduğunu belirtmektedirler.¹⁹²

Kimi yazarlarda ILO'nun faaliyetlerinin kural olarak çalışma yaşamı ve sosyal politika alanıyla çerçeveli olduğunu belirterek, ILO'nun kurucu belgelerinin hiçbir yerinde “insan hakları” teriminden söz etmediğine dikkat çekerek, ILO belgelerinde İkinci Dünya Savaşı öncesi dönemde daha çok yer verilmiş bulunan terimin “sosyal adalet” olduğunu ve savaş sonrası evrede de, ILO'nun ürettiği belgelerin ezici çoğunluğunun *bizzat* ILO tarafından, klasik anlamda insan hakları belgeleri olarak nitelendirilmediğini tespit ettikten sonra, ILO tarafından üretilen tüm belgelerin şu ya da bu biçimde aslında, geniş anlamında insan hakları ile ilgili olduğu ve bu belgelerin insan haklarının korunmasına ve geliştirilmesine katkıda bulunan nitelik taşıdıklarını tespit etmiştir.¹⁹³

Kimi yazarlar da bu sorunu “aslında üzerinde durmaya bile gerek bulunmayan bir başka nokta” diyerek ILO'nun öncelikle tümüne taraf olduğumuz “temel insan hakları sözleşmeleri” ile bu kümede yer almayan onayladığımız öteki sözleşmelerin uyumsuzluk durumunda ulusal yasalardan önce uygulanması gerektiğini belirtmektedirler.¹⁹⁴

Yine, Anayasada yapılan değişikliğin sadece lafzına bakıldığında; değişikliğin sözleşmeler ile yasaların “aynı konuda farklı hükümler içermesi” durumunda çıkabilecek “uyumsuzluklarda” sözleşme hükümlerinin “esas” alınmasını düzenlediği görülmektedir. Bu açıdan bakıldığında öncelikle bir “uyumsuzluğun” tespit edilmesi gerekmektedir. Daha sonra da tespit edilen bu “uyumsuzluğu” hangi makamın çözeceği sorunu gündeme gelmektedir.

Kanaatimizce “uyumsuzluk” davanın taraflarının talebi üzerine ve onlar aracılığı ile hakimin önüne gelebileceği gibi, hakimin resen de dikkate alabileceği bir husustur. Bilindiği gibi, hukuk sistemimizde hakim olaya uygulanacak yasayı kendiliğinden araştırmak zorundadır. Tarafların hakime, olayda hangi yasanın uygulanacağını söyleme yükümlülükleri bulunmamaktadır. Zira hakimin hukuku bildiği (jura novit curia) ve onu uygulayacağı kabul edilmektedir. Yapılan düzenlemeden önce de, düzenlemeden sonra da, geçerlilik bakımından ulusal yasalarla, uluslararası sözleşmeler arasında herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Bu nedenle, hakimin uyumsuzlukta uygulanacak bir

¹⁹² SÜZEK, sf.74

¹⁹³ GEMALMAZ, sf. 647

¹⁹⁴ GÜLMEZ, (Uygulama) sf. 66- 67

uluslararası sözleşme olup olmadığını, eğer varsa yasayla çatışıp çatışmadığını kendiliğinden araştırması ve sonuca göre karar vermesi gerekecektir.¹⁹⁵ İster taraflarca ileri sürülsün, isterse hakim tarafından resen dikkate alınsın ortaya çıkan ve gerçekten usulüne uygun olarak yürürlüğe konan sözleşmelerle yasaların “aynı konuda farklı hükümler içermesi” durumunun saptanması halinde olağan bir andlaşma ile bir yasa arasındaki farklı hükümlerden doğan “uyuşmazlığı” çözmek yargı organlarının görev alanına girmektedir. Dolayısıyla, sorun adli, yönetsel ya da askeri hangi yargı organı önüne gelmişse onun tarafından çözümü gerekecektir. İlk derece yargı organları tarafından verilen ve temyize tabi nitelikte bulunan kararlar da Yargıtay, Danıştay, Askeri İdare Mahkemesi, Askeri Yargıtay vb. üst yargı organları önüne taşınabilecektir. Ancak kanaatimizce, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmeler ile yasaların çatışması sorunlarının Anayasa Mahkemesi önüne gelmesi olasılığı bulunmamaktadır. Zira, Anayasamızın 152/1. maddesi çerçevesinde itiraz yoluyla yargı organlarınca yapılacak iptal başvuruları o davada uygulanacak kurala ilişkin olmak zorunda olduğundan ve bu kural yalnızca bir yasa ya da yasa hükmünde kararname olabileceği nedenle, yeni değişiklikle temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmeler ile çatışan bir yasanın uygulanması da söz konusu olamayacağı için, itiraz yoluyla böyle bir sorunun Anayasa Mahkemesi önüne gelmesi biraz zor görünmektedir.¹⁹⁶ Kimi yazarlara göre bu düzenleme yargı kadar yasama ve yürütmeyi de bağlar. Zira düzenleme “yargı yerleri”nin önündeki uyuşmazlıklarla ilgili bir çözüm getirmemiştir. Uyuşmazlığın çıktığı yer ya da organa ilişkin bir belirleme yapılmadığına göre yürütme organı ve yönetsel birimler, sözleşmelere aykırı düzenleyici işlemler yapmamakla yükümlüdürler.¹⁹⁷

Yapılan değişiklikle madde metnine eklenen son cümle, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmeler ile yasalar arasında “ farklı hükümler” bulunması durumunda sözleşmelerin üstün tutulacağını belirtmektedir. Yargı organlarımızın gecikmeden değerlendirmesi gereken bir başka hukuksal sorun da, ortaya çıkan bu farklılıkta çatışan hükümler değerlendirildiğinde sözleşme hükümleri yasadan daha sınırlayıcı ise, yine de sözleşmelerin yasalardan önce uygulanıp uygulanmayacağı, üstün tutulup tutulamayacağı sorunudur. Türk yazarlar, özellikle temel hak ve özgürlüklerin korunması ruhu açısından, anılan Anayasa değişikliği hükmünün yalnızca sözleşmelerin

¹⁹⁵ GÜRSOY, sf. 68

¹⁹⁶ PAZARCI, sf. 668

¹⁹⁷ GÜLMEZ, (Uygulama) sf. 74

kişilerin lehinde hüküm içermesi durumunda uygulanması gerektiğini bildirmektedir. Başlıca insan hakları sözleşmeleri de aynı yönde hükümler içermektedir. Örneğin, 1966 BM. Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin 5/2. maddesi ile 1966 BM. Ekonomik, Toplumsal, Kültürel Haklar Sözleşmesinin 5/2. maddesi yasalar, başka sözleşmeler, öteki düzenleyici işlemler ya da gelenekler yoluyla tanınan hak ve özgürlüklere sınırlama getirilemeyeceğini öngörmektedir. Yine, aynı yönde, AİHS.'nin 53.maddesi bulunmaktadır. Başlıca sözleşmelerin bu hükümleri karşısında, yalnızca insan haklarının korunması ruhu değil, uygulanması söz konusu olacak sözleşmelerin lafzı da ilgili sözleşme hükümlerinin yalnızca lehe oldukları takdirde üstün tutulmalarını zorunlu kılmaktadır.¹⁹⁸

Tez konumuz olarak incelediğimiz ILO sözleşmeleri açısından konu aynı netliktedir. Zira, ILO Anayasası açıkça, üye ülkelerce onaylanan sözleşmeler veya kabul edilen tavsiye kararlarının , hiçbir şekilde işçi lehine daha iyi koşullar sağlayan yasa, karar, teamül veya aynı konuyu düzenleyen üye ülkelerin taraf olduğu sözleşmeleri hiçbir şekilde etkilemeyeceğini belirtmiştir.¹⁹⁹ (ILO Any. md. 19/8).

Bir başka tartışılması ve çözüme kavuşturulması gereken sorun da; Anayasanın açıkça “milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi” durumunu düzenlemesi karşısında ilgili sözleşmelerin, diğer düzenleyici işlemler olan yasa hükmünde kararname, tüzük, kararname ve yönetmeliklerle farklı hükümler içermesi durumunda yine bu sözleşme hükümlerinin üstün tutulup tutulmayacağına ilişkindir.

Anayasanın 91/1. maddesinin “temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile... siyasi haklar ve ödevler kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemez” hükmüne rağmen aynı maddede bu yasağa getirilen “Ancak sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere” istisnası düşünüldüğünde ve madde de toplumsal ve ekonomik haklar da bu yasaklama dışında bırakılmış olduğu için, insan hakları sözleşmeleri ile kimi yasa hükmünde kararnamelerin farklı hükümler içermesi olasılığı bulunmaktadır. Yine Anayasanın 115. maddesindeki tüzükler, 167. maddesindeki kararnameler ve 124. maddesindeki yönetmelikler çıkarma yetkileri düşünüldüğünde anılan düzenleyici işlemlerin insan hakları sözleşmesi ile çatışması olasılığı vardır.²⁰⁰

¹⁹⁸ PAZARCI, sf. 669, GÜLMEZ, (Uygulama) sf. 72, KARAGÜLMEZ, sf.173

¹⁹⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU, sf. 72

²⁰⁰ PAZARCI, sf. 670

Anılan tüm düzenleyici işlemler ya yasa değerinde ya da yasanın altında bir değere sahip olup, ya TBMM.'ne sunulma ya da yasaya aykırılık nedeniyle yargı denetimine tabi tutulma durumunda bulunmaktadır. Başka bir deyişle, bu düzenleyici işlemler yasalarla ya da onları onaylaması gereken TBMM ile sıkı bir kademelenme ilişkisi içinde bulunmaktadır. Anılan işlemlerin bu nitelikleri gözönüne alındığında, yeni Anayasa değişikliğindeki yalnızca yasaların “farklı hükümler” içermesinden söz edilmesine rağmen, yasalarla eşdeğer ya da altında ve onlara bağımlı düzenleyici işlemleri tümüyle onların dışında bir hukuksal işlem gibi değerlendirmek ve onların insan hakları sözleşmelerine aykırılıkları durumunda ilgili sözleşmeleri uygulamamak en başta kurallar kademelenmesi ilkesine aykırı düşecektir. Zira, bir üst kuralı oluşturan yasa uygulanmaz iken ona bağımlı bir alt kuralın uygulanması ilgili hukuk düzeninde kurallar kademelenmesinin bozulması sonucunu doğuracaktır.²⁰¹

Kimi yazarlara göre ise, Anayasa'nın 90. maddesine eklenen son cümle kapsamındaki bir sözleşme ile bir KHK'nin aynı konuda farklı hükümler içermesi halinde, KHK hükmünün uygulanmayacağını söylemek güçtür.²⁰²

Bu kapsamda bir başka sorun da, Anayasamızda Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülemeyen yasaların bulunması gerçeği karşısında, Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülemeyen uluslararası sözleşmeler ve Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülemeyen Anayasanın geçici 15. maddesinin korumasında bulunan yasaların çatışması halinde hangi hükmün uygulanacağı sorunudur.

Kimi yazarlar, “Anayasa'nın geçici 15. maddesinde yer alan yasaların da Anayasa'ya aykırılığının iddia edilememesi, Sözleşme'yi etkileyecek nitelikte bir düzenleme değildir. Sözleşme'ye aykırı olan yasalar uygulanmaz.” görüşündedir.²⁰³

Yapılan değişiklik yukarıdan beri anlatıldığı üzere “milletlerarası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi” durumunda çözüm önermektedir. Oysa Anayasa'da da uluslararası sözleşme ile çatışan yasadaki düzenleme aynen bulunabilir. Bu durumda çözülmesi gereken bir başka sorun karşımıza çıkmaktadır. O da, uluslararası sözleşmelerin yasanın üstünde tutulduğu gibi Anayasa'nın da üstünde tutulup tutulamayacağı sorunudur. Kanaatimizce, “Kanun” kavramı içerisine “Anayasa'yı” da sokacak şekilde geniş yorum yapılması uygun olur.²⁰⁴ Anayasa ile

²⁰¹ PAZARCI, sf. 671, GÜLMEZ, (Uygulama) sf.69, BAŞLAR, sf.48, GÜRSOY, sf. 67

²⁰² KARAGÜLMEZ, sf.171

²⁰³ GÖZÜBÜYÜK, sf. 25

²⁰⁴ BAŞLAR, sf. 49

sözleşme karşılaştırıldığında, sözleşmenin Anayasa'ya aykırı olması durumunda, Anayasa değil sözleşme uygulanacaktır.²⁰⁵

Doğrudan ILO sözleşmeleriyle ilgili olmasa da konunun açıklığa kavuşabilmesi için bu bağlamda, 12/05/1982 tarihinde 2670 sY. 39 md. ile değiştirilen ve devlet memurlarına verilen “uyarı ve kınama cezalarına karşı itiraz” yolunu düzenleyen ve yargı yolunu kapatan 657 sayılı DMK. md. 135 ve 399 sayılı KHK'nin 657 sayılı Yasaya yollama yapan maddeleri ile 1982 Anayasasının “Uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz.” diyerek uyarı ve kınama cezaları karşı yargı yolunu kapatan 129. md. temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir sözleşme olduğundan kuşku duyulmayan KSHS'nin hak arama özgürlüğünü güvence altına alan 14. maddesi karşısındaki durumu değerlendirmek ilginç olacaktır.

Kimi yazarlar, bu konu hakkında yasa koyucunun bir düzenleme getirmediğini ve sorunun çözümü için yorum yapmak zorunda kaldıklarını, getirilen ek cümlenin geniş veya dar yorumlanmasına göre durumun değişeceğini, eğer ek cümle dar yorumlanırsa, bu düzenlemenin uluslararası sözleşmeler ile Anayasa arasındaki maddi kural uyumsuzluklarını kapsamadığı sonucuna ulaşılabileceğini, bu konuda suskun kalındığında, örtülü olarak, uluslararası sözleşmelerin , Anayasa'ya üstün tutulmayacağı yolunda anlaşılabilceğini, Anayasanın örtülü biçimde, Anayasa ile uluslararası sözleşmeler arasında çatışma olabileceğini yadsımış görüldüğünü belirterek, yasa koyucunun, kurallar sıralamasında uluslararası sözleşmeleri, Anayasa ile yasalar arasına yerleştirdiğini düşünmektedirler.²⁰⁶ Bizim de görüşlerine katıldığımız kimi yazarlara göre ise, Anayasa değişikliğinin bu dar ve lafzı yorumu öncelikle Anayasa'nın “*Türkiye Cumhuriyeti,...insan haklarına saygılı,...bir hukuk Devletidir.*” diyen 2. maddesiyle ve 03/10/2001 tarihinde 4709 sY'un 3.md. ile değiştirilen ve “Anayasa hükümlerinden hiçbiri, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.” diyen 14. maddesiyle bağdaşmaz. Demokratik ve laik Cumhuriyet'in “*insan haklarına saygılı*” olması, temel hak ve özgürlükler yönünden Anayasa'dan daha ileri haklar ve güvenceler öngören uluslararası sözleşmelerin Anayasa ile çatışması durumunda Anayasa'dan üstün tutulmasını gerektirir. Aksi takdirde, usulüne göre yürürlüğe

²⁰⁵ GÖZÜBÜYÜK, sf. 15, 17

²⁰⁶ GÜRSOY, sf. 67

konmuş ve Anayasaya aykırılığı da ileri sürülemeyecek uluslararası sözleşmelerle çatıştığı açık olan kuralları Anayasa’da sürdürerek, insan hakları ile bağdaşmayan kuralların anayasada varlığının korunması ve insan haklarıyla ilgili uluslararası sözleşmelerin, yalnızca yasalarla çatıştığında öncelikle uygulanmasının düşünülmesi, yapılan düzenlemenin amacına aykırı düşer ve bu düzenlemenin uygulama alanı daraltır.²⁰⁷

Anayasa değişikliğinden önce, Ankara Bölge İdare Mahkemesi de kınama cezasına karşı açılan bir davada yürütmenin durdurulması (Y/D) kararı verilmemesi sonucu itiraz üzerine önüne gelen bir dosyada 24.10.1995 tarih ve 1995/2171 sayılı Y/D itiraz sayılı kararında “Anayasa mahkemesinin 27.1.1977 tarihli (E.1976/43K.1977/4) kararında Avrupa İnsan Hakları sözleşmesinin 6. maddesini doğrudan doğruya Türk Hukuk düzeni içerisinde uygulamıştır. Ayrıca bu kararında sözleşmenin değiştirilemez bir anayasa hükmü olduğunu da vurgulamıştır.” dedikten sonra “Bu nedenle sözleşmeye aykırı olarak yargı yolunu kapatan bir anayasa hükmünün sözleşme hükümleri karşısında, Türk hukukunda zımnen iptal edildiği ve Türk yargıcınca sözleşme hükümleri uygulanarak, kınama cezalarına karşı açılan davaların incelenmesi gerektiği, Anayasa Mahkemesinin karar gerekçelerinde yorumundan da çıkmaktadır. Yukarıda açıklanan nedenlerle, dava konusu kınama cezasına karşı açılan davanın kabul edilerek esasın incelenmesi gerektiği kanısına varılmıştır” diyerek henüz Anayasanın 90 maddesi son fıkrasına ek cümle konulmadan da uluslararası sözleşmelerin anayasayla çeliştiğinde bile anayasa hükmüne üstün kabul edilerek uygulanabileceğine karar vermiştir.²⁰⁸

Anayasa değişikliğinden sonra da, bu konuda bir memurun aldığı disiplin cezasını İdari Yargı’ya taşınması üzerine Ankara 5. İdare Mahkemesi, verdiği bir kararda uluslararası sözleşme hükümleri ile Anayasanın ve yasanın çeliştiğini tespit ederek, uluslararası sözleşme hükümlerini 657 sY’ya ve Anayasa’ya üstün tutmak suretiyle uygulamış ve işlemin iptaline karar vermiştir.²⁰⁹

Görüleceği gibi, Anayasada 07/05/2004 tarihinde 5170 sayılı Yasanın 7. maddesi ile yapılan değişiklik sonucunda da çözülmesi gereken yeni sorunlar çıkmaktadır.

²⁰⁷ GÜLMEZ, Mesut, “İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması”, (uygulama)TBB Yayınları, Panel, Ankara 5 Kasım 2004, sf. 70

²⁰⁸ Ankara Bölge İdare Mahkemesi 24.10.1995 T ve 1995/2171 E. sayılı Y/D itiraz kararı. (yayımlanmamış karara)

²⁰⁹ Ankara 5.idare Mahkemesi, E.2003/1796, K.2004/1212. karar için bkz. GÜLMEZ, (Uygulama) sf.71

Türk hukukunda, usulüne uygun olarak yürürlüğe konmuş uluslararası sözleşmelerin anayasanın da üzerinde yer alan ve doğrudan uygulanması gereken hukuksal metinler olduğu yönündeki bizimde katıldığımız bazı görüşlere olmasına rağmen, bu gün için genel olarak, bu sözleşmelerin yasalarla eşdeğerde olduğu ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmelerin buna kuraldışılık oluşturduğu yaklaşımıyla “İç hukukun bir parçası olan andlaşmalar, Anayasa’ya aykırı olup olmadığına bakılmaksızın uygulanır.”²¹⁰ Anlayışı hakimdir.

Bu kural dışılığın hukuk sistemimiz içerisinde nasıl çözüleceği ve Anayasanın son fıkrasına eklenen cümle ile kendisine farklı sonuçlar bağlanan bu iki tür sözleşme arasındaki farklılık bundan böyle tüm hukukçularımıza ve öncelikle yargı organlarımıza birçok yeni hukuksal değerlendirme yapma görevi yüklemektedir. Yine, yargı organlarımızın bu değerlendirmeleri gereği gibi yapabilmeleri için insan haklarına ilişkin uluslararası gelişmeleri ve özellikle belli insan hakları sözleşmeleri çerçevesinde çalışan uluslararası yargı ve denetim organlarının içtihat ve uygulamalarını çok yakından izlemesi gerekmektedir.²¹¹

Sözleşme kuralları ile diğer ulusal kurallar arasında bir çatışma olması durumunda, yargıcın sözleşme kurallarına üstünlük tanınması hem yetkisi içinde, hem de görevidir. Bu alanda duyulan kuşku, yüksek mahkemelerin içtihatları ile gidermelerinin, insan haklarının korunmasına katkısı büyük olacaktır.²¹²

Toluner’in de işaret ettiği gibi “görev Türk hakimine düşecektir. Bu son derece güç olan görevin, gereği gibi yapılabilmesinde metinlerin kalıpları içinde kalmayıp, öze ve vakıaya inilmesi,” ülkemizi çağdaş dünya ile daha kolay buluşturacaktır.²¹³

Özetle denilebilir ki, sözleşmeler ulusal hukuk kurallarına üstündür, yargı yerlerince özellikle ve öncelikle uygulanması gerekir. Türkiye’de insan haklarına saygının sağlanabilmesi, ancak iç hukuk yollarının etkin bir biçimde işlemesi, yargı yerlerinin sözleşmeleri uygulamaları ile olanaklı hale gelecektir.²¹⁴

Ayrıca ortaya çıkacak sorunların çözümünü yargı içtihatlarının oluşması gibi uzun ve sancılı bir süreçten beklemek yerine yasa koyucunun Anayasa’nın 90. maddesinde yapacağı “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin milletlerarası andlaşmaların, Anayasa’nın değiştirilemeyecek hükümleri saklı kalmak*

²¹⁰ GÖZÜBÜYÜK, sf.15

²¹¹ PAZARCI, sf. 674

²¹² GÖZÜBÜYÜK, sf. 18

²¹³ Bkz dipnot 58

²¹⁴ GÖZÜBÜYÜK, sf. 17

*kaydıyla, ulusal hukukla çatışmasından doğan bütün uyumsuzluklarda, milletlerarası andlaşmalar öncelikle uygulanır” şeklindeki bir düzenlemenin sorunların tamamını değilse de bir kısmını çözebileceği kanaatindeyiz.*²¹⁵

²¹⁵ GÜLMEZ, (Uygulama) sf. 82

SONUÇ

Uluslararası ilişkilerin ve İnsan haklarının uluslararası alandaki öneminin artması ile birlikte devletin eylem alanındaki egemenliği daralmıştır. Bu günkü anlamda değilse bile ilk tanımlamaları Orta Çağda başlayan ve temel karakteri mutlak, zorlayıcı güç kullanma tekeline sahip, bölünmez ve devredilmez olarak nitelenen ve ilke olarak, ülke içerisinde en son sözü söylemek bakımından üstünlüğü ve güç kullanma tekeline sahip olmayı; uluslararası alanda ise özne olarak yer alabilmeyi ve diğer devletlere eşit bir üye olarak kabul edilmeyi gerektiren egemenlik kavramını insan haklarının önem kazanmasına paralel olarak, artık eski durumuna göre aşınmaya, eski önemini yitirmeye başlamıştır.

Eskiden tamamen devletin ulusal yetki alanı içerisinde düşünülebilecek konular, artık 20. Yüzyılın ikinci yarısında kurumsallaşan ve yarım asırlık deneyim ve birikimi ile 21. Yüzyılın başında gerek uluslararası gerekse bölgesel insan hakları sistemlerinin işlemekte olduğu dikkate alındığında, insan haklarının aslında bir iç-hukuk sorunu olduğu görüşü büyük ölçüde eskimiştir.

Bu gelişme, tüm çağdaş ülkelerde Anayasamızın 90. maddesindeki düzenlemeye benzer düzenlemeler yapılmasını zorunlu kılmıştır.

Uluslararası hukukta, bir uluslararası sözleşmenin, sözleşmeye taraf olan devletin iç hukukundaki yeri konusunda temel olarak ikili bir ayrıma gidilmesine rağmen, Anayasanın 90. maddesini genel formülasyonu ve yapılan değişiklikle getirilen ek cümlenin içeriği incelendiğinde Tekci (Monist) ve İkici (Dualist) görüş olarak adlandırılan her iki görüşün de izlerini taşıyan ancak her iki görüşün ortaya koyduğu çözümlerden farklı olanaklar ve zorluklar içeren yeni bir tanımlamaya gereksinim duyulmuş ve tarafımızdan “Karma Görüş” olarak değerlendirilmiştir.

Uluslararası sözleşmelerin iç hukukumuza giriş kapısı olarak değerlendirdiğimiz Anayasanın 90 maddesinin karma görüşle şekillenen kapısından giren ILO sözleşmelerinin değerlendirilebilmesi için, sürekli bir *barışın* ancak *sosyal adalet* temeli üzerine kurulabileceği gerçeği ile hareket eden ve bu nedenle insanlar için adaletsizlik ve sefalet yaratan *çalışma koşullarının* ivedilikle *iyileştirilmesi* gereğinin bilincine varan ve başka ülkeler aynı önlemleri almadıkları takdirde, uluslararası pazarda *rekabet gücünü kaybedeceği* gerçeği ve endişesiyle çalışanların ekonomik ve sosyal durumunun geliştirilmesi için bütün ülkelerin ortak hareket etmek zorunda olduğunu anayasasında

formüle eden, ILO'nun yapısını, işleyişini ve ürettiği sözleşmelerin ve tavsiye kararlarının niteliğini incelediğimizde, 1932 yılından beri bu örgüte katılan ülkemizde Anayasa Mahkemesi , Danıştay ve Yargıtay kararları incelendiğinde uluslararası hukuk normları ile ve ulusal hukuk normlarının çatışması durumunda özellikle Yargıtay Hukuk Dairelerinin uluslararası sözleşme hükümlerine uygun iç hukukta düzenleme yapılıp yapılmadığına ve bu alanda yasal sistemde boşluk bulunup bulunmadığına bakmak gerektiği gerekçesiyle, daha çok ulusal hukuktan yana tavır aldıkları görülmesine rağmen, uluslararası hukukun üstünlüğü yönünde umut verici gelişmelerin öncüllerinin de ortaya çıkmaya başladığı saptanmıştır.

Doğrudan hüküm koyan uluslararası sözleşmelerin bile uygulanmasındaki direnç dikkate alındığında uluslararası sözleşmelerin – konumuz açısından ILO sözleşmelerinin – bir çerçeve çizerek düzenlemeyi ülkelerin iç hukuklarına bıraktığı durumlarda yasa uygulayıcılarının iç hukukun kendilerine sağladığı “hukuk yaratma” yetkilerini kullanmada daha çekingen davranacakları açıktır. Bu nedenle cesaretlendirilmeye ve kafalarındaki subjektif şartlanmaların ortadan kaldırılmasına yardımcı olunmaya gereksinim duyulacağı bir dönem başlamıştır.

En genel yaklaşımla, usulüne göre onaylanmış uluslararası sözleşmelerin yasa hükmünde olduğu Anayasanın açık hükmü karşısında tartışmasız olduğuna göre, örneğin bir yargıç, önüne gelen soruna nasıl ki yasaları uygulayarak bir çözüm buluyorsa, bir yasa olduğu tartışılmayan sözleşmeyi de bir yasa gibi uygulayabilmeli ve iç hukukta önüne gelen sorunu nasıl yasal düzenleme olmasa da, hukuk yaratarak, yasal boşluğu doldurarak çözüyorsa, çözmek zorundaysa, çerçeve sözleşmelerdeki boşluğu da aynı yöntemle doldurabilmelidir.

1961 Anayasasının 65. maddesinde “Milletlerarası Andlaşmaları Uygun Bulma” başlığı ile düzenlenen, aynı başlıkla ve çok az değişiklikle 1982 Anayasasının 90 maddesinde yer alan anayasal hükme, TBMM'nin 7.5.2004 tarihinde kabul ettiği 5170 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun” un 7. maddesi ile “*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*” şeklinde bir cümle eklendi.

Bu düzenlemenin Ulusal Hukuk - Uluslararası Hukuk ilişkileri ve uygulamada hangi hukuk normlarını üstün tutulacağı konusunda 40 yılı aşkın süredir devam eden

tartışmalara yeni bir boyut getireceği ve mahkeme kararlarında da yasa koyucunun getirdiği bu düzenlemenin yansımalarının olacağı kuşkusuzdur.

KAYNAKÇA

- AĞER, İlker**, Türk Çalışma Yaşamında İş Güvencesi, Adalet Yayınları, Ankara, 2006
- AKAL, Cemal Bâli**, İktidarın Üç Yüzü, Dost Kitapevi Yayınları, Ankara, 2003
- AKTAY, A. Nizamettin – ARICI, Kadir – KAPLAN / SENYEN, E. Tuncay**, İş Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2006
- ANDAÇ, Faruk**, İş Hukuku (Türk Çalışma Hukuku Uygulaması) Yargı Yayınevi, Ankara, 2006
- ARIKOĞLU, Enver**, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Türk Hukukunda Uygulanması”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni: Prof. Dr. Sevin Toluner’e Armağan, 24/1-2, (2004)
- ATEŞOĞULLARI, Kamil**, Uluslararası Çalışma Örgütü ve Türkiye, Petrol İş Sendikası Yayınları 44, İstanbul 1997
- BAŞLAR, Kemal**, “Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Denetimi Üzerine”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni: Prof. Dr. Sevin Toluner’e Armağan, 24/1-2, (2004) makale www.anayasa.gen.tr (5.2.2006) de yayımlanmıştır.
- BATUM, Süheyl**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sisteme Etkileri, İÜHF Yayınları no:702, İstanbul 1993
- BEYRİBEY, Kurtuluş**, “AİHM Kararlarının ‘Yargılanmanın Yenilenmesi’ Nedeni Olarak Kabulünün Ulusal Egemenlik Üzerindeki Etkisi” Ankara, 2004 (TODAİE- Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi)
- ÇELİK, Nuri**, İş Hukuku Dersleri, 16.Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2003
- ÇINAR, Özgür Heval**, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk Hukukuna Etkisi, İHD İstanbul Şubesi Yayınları, 2005
- EKONOMİ, Münir**, “2821 ve 2822 Sayılı Kanunların Uluslararası Normlara Uygunluğu” TİSK, Yayınları no:81
- EROĞUL, Cem**, “Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve özgüllüklerin Korunmasına ve Anayasa Yargısına Etkileri”, AYD 20. [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr/ayargi2f.htm) ayargi2f.htm (05.02.2006)
- EYRENCİ, Ömer – TAŞKENT, Savaş - ULUCAN, Devrim**. Bireysel İş Hukuku 2. Baskı Legal Yayıncılık, İstanbul 2005

- GEMALMAZ, Mehmet Semih**, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, 5. Baskı, Legal Yayınları, İstanbul, 2005
- GÖZLER, Kemal**, Anayasa Hukukuna Giriş, [\(24.03.2006\)](http://www.anayasa.gen.tr)
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref**, “Uluslararası Adlaşmaların İç Hukuka Etkisi”, (Yayına Hazırlayan Mesut GÜLMEZ), İnsan Hakları ve Kumu Görevlileri, Sempozyum ve Açık Oturum Bildiriler ve tartışmalar, TODAİE Yayınları No:243, Ankara 1992
- GÜLMEZ, Mesut**, Karar İncelemesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2006- 2 (Karar inceleme)
- GÜLMEZ, Mesut**, “Anayasanın 90. maddesi TİS ve Grev Hakkı”, KESK Yayınları, Konferans , Ankara, Kasım 2006 (“TİS ve Grev Hakkı” olarak
- GÜLMEZ, Mesut**, İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması”, TBB Yayınları, Panel, Ankara, 5 Kasım 2004 (“Uygulama” olarak kısaltılacaktır)
- GÜLMEZ, Mesut**, “Dünyada Memurlar ve Sendikal Hakları”, TODAİE Yayınları, Ankara, 1996 (“Sendikal Haklar” olarak kısaltılacaktır)
- GÜRSOY, Uğur**, “Milletlerarası Anlaşmaların İç Hukuka Etkisi”, Hukuk Gündemi Dergisi Sayı 3. Aralık 2005
- GÜZEL Ali**, “ILO Normlarının İç Hukuka Etkisi ve Türk İş Hukukunun Gelişmesine Katkısı”, ILO Normları ve Türk İş Hukuku, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 20.Kuruluş Yılı Kutlama
- HAKEMEZ, Yusuf Şevki**, 1977 (ILO) Orşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı, Seçkin Yayınları, 2004
- İŞIKLI, Alpaslan**, İş Hukuku, 6. Baskı İmaj Yayınevi, Ankara , 2005
- KARAGÜLMEZ, Ali**, “5170 Sayılı Yasa’yla Anayasa’nın 90. Maddesinde Yapılan Değişikliğe Bir Bakış” TBB Dergisi, Sayı 54, 2004, sf. 168
- KAYA, Pir Ali**, Uluslararası Çalışma Normları ve Türk İş Hukuku Üzerine Etkileri,Türk Ağır Sanayi ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası (TÜHİS)Yayınları, Ankara, 1999
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi**, İş Hukuku 2. BASKI Turhan Kitapevi Ankara, 2005
- ODAMAN, Serkan**, “Sosyal Hukuk Alanında Uluslararası Sözleşmeler Işığında Evrensel Hukuk –Ulusal Hukuk İlişkisi” İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Legal Yayınları, 2004, 3. sayı.

- OĞUZMAN, Kemal**, “2821 Sayılı Sendikalar Kanunu ile 2822 Sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu Hükümlerinin Milletlerarası Çalışma Teşkilatı (ILO) İlke ve Sözleşmelerine Aykırılığı Konusunda Bir İnceleme” TİSK, Yayınları no:81
- ÖZBUDUN, Ergun**, Türk Anayasa Hukuku, 8.Baskı, Yetkin Yayınları,Ankara,2005
- ÖZDEMİR, Burhan**, “ILO Temel Haklar ve İlkeler Bildirgesi” Türk Ağır Sanayi ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası (TÜHİS) Bülteni Şubat-
- PAZARCI, Hüseyin**,Türk Hukukunda Anlaşmalar İle Yasaların Çatışması”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni: Prof. Dr. Sevin Toluner’e Armağan, 24/1-2, (2004)
- SAKAR, Müjdat**, İş Hukuku Uygulaması 5. Baskı, Der Yayınları, İstanbul,2005
- SANCAR, Mithat**, “Devlet Aklı” Kısılcacında Hukuk Devleti, İletişim Yayınları, 3. baskı, İstanbul, 2004
- SOYSAL,Mümtaz**, “Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler” AYD, 2.cilt 1985 [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr/ayargi2f.htm) ayargi2f.htm (05.02.2006)
- SÜZEK, Sarper**, İş Hukuku, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2005
- TAŞKENT, Savaş**, “İş Güvencesi Hükümlerinin Gemi Adamlarına Uygulanması” A.Can Tuncay’a Armağan, Legal Yayıncılık, 1.Baskı, Mayıs,2005
- TEZCAN, Ercüment**, “Türkiye Avrupa Birliği İlişkilerinde Son Gelişmeler, Avrupa Birliğinin Gelişmesi ve Türkiye ile Olan İlişkilerine Etkisi” Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni: Prof. Dr. Sevin Toluner’e Armağan, 24/1-2, (2004)
- TEZİÇ, Erdoğan**,Anayasa Hukuku, 24. Baskı, Beta Yay., İstanbul, 2005,
- TUNCAY, Can**, “87 Sayılı İLO Sözleşmesi ‘nin Uyumu” ILO Normları ve Türk İş Hukuku, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi 20.Kuruluş Yılı Kutlama Semineri, Ankara, 1997 (ILO) (“87 uyumu” olarak kısaltılacaktır)
- TUNCAY, Can**, “Türkiye’de Onayladığı Sendika Özgürlüğüne İlişkin Son Sözleşmeler ve Bunlara Uyumu” Halide Kemal Elbir’e Armağan İÜHF Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayınları, İstanbul, 1996 (“Sözleşmeler uyumu” olarak kısaltılacaktır)
- UYGUN, Oktay**, “Küreselleşme ve Değişen Egemenlik Anlayışının Sosyal Haklara Etkisi”, AYD 20 [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr/ayargi2f.htm) ayargi2f.htm (05.02.2006)
- ÜNAL , Şeref**, Uluslararası Hukuk, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005

YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, “Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk
Düzenindeki Yeri Üzerine”, İnsan Hakları Merkezi Dergisi, Mayıs
1994

KİŞİSEL BİLGİLER

Adı : Mustafa
Soyadı : ÇİNKİLİÇ
Doğum yeri/yılı : Taşlıyayla-Elazığ/ 1959
Medeni durumu : Evli
Adresi : Reşatbey Mah. 1.Sk. Arıkan İş Merkezi K.5 No:21-22
SEYHAN/ADANA

E-posta : mustafacinkilic@yahoo.com

Öğrenim Durumu

- 1987 yılında Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesini bitirdi.
- 1980 yılında Kara Harp Okulu (Makine Mühendisliği Bölümünü) bitirdi.
- 1976 yılında Adana Erkek Lisesi'nden mezun oldu.
- 1973 yılında Adana Yavuzlar Ortaokulu'ndan mezun oldu.
- 1970 yılında Adana Kiremithane İlkokulu'ndan mezun oldu.

Çalışma Yaşamı

- 1980-1982 yılları arasında Kara Kuvvetleri Komutanlığı bünyesinde subaylık.
- 1987-1988 Ankara Barosunda Avukatlık stajyerliği.
- 1988 den itibaren Adana Barosuna Kayıtlı serbest Avukatlık.
- 1993 Yılından beri DİSK/GENEL-İŞ Sendikası Bölge Avukatlığı.
- 1994 Yılından beri DİSK/TEKSTİL-İŞ Sendikası Bölge Avukatlığı.
- 1995 Yılından beri DİSK/BİRLEŞİK METAL-İŞ Sendikası Bölge Avukatlığı.
- 2003 Yılından beri DİSK/OLEYİS Sendikası Bölge Avukatlığı.
- 2006 Yılından beri DİSK/DEV. SAĞLIK –İŞ Sendikası Bölge Avukatlığı.