
AB'YE KATILIM SÜRECİNDE TÜRK ANAYASASI'NIN UYUMLAŞTIRILMASI SORUNU

Kemal BAŞLAR*

Türkiye'nin Avrupa Ekonomik Topluluğu'na tam üyelik için başvurduğu 1959 yılından itibaren Anayasa'nın Ortak Pazar'a, (daha sonra Avrupa Topluluğu'na ve en son olarak Avrupa Birliği'ne) girmeye engel olduğu ve bu nedenle Anayasa'da bazı değişiklikler yapılması gerektiği kabul edilmektedir.

Bu konuda yaşanan ilk tartışmaların uluslararası yükümlülüklerimiz açısından pek de arzu edilmeyen bir sonucu olmuştur. Şöyle ki, Profesör Mahmut Belik, 1961 Anayasası'nın hazırlık çalışmalarının yapıldığı günlerde şu hatırlatmayı yapmıştı: "Biz hazırlanmakta olan bu 1961 Anayasasıyla Müşterek Pazar'a üye olamayız. Niye olamayız? Çünkü Müşterek Pazar uluslarüstü yetkilere sahip. Egemenlik bila kaydı şart milletindir".¹ 18 Nisan 1961 günü Temsilciler Meclisi'nde yapılan oturumda 1961 Anayasası Ön Tasarısının 63. maddesinin 2. fıkrasında² geçen; "Anayasaya aykırılığı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tam sayısının en az üçte biri tarafından ileri sürülen bir andlaşma, sözleşme veya herhangi bir Milletlerarası anlaşma, bu iddia Anayasa Mahkemesinin bir kararı ile reddedilmedikçe onaylanamaz"³ hükmünü eleştiren Profesör

* Yrd.Doç.Dr., Anayasa Mahkemesi Raportörü, kbaslar@yahoo.com

¹ Prof. Dr. Haluk Kabaalioğlu tarafından nakledilen alıntı, *Avrupa Topluluğu Hukuku ve Türkiye'nin Uyum Semineri* adlı kitabın tartışmalar bölümünde yer almaktadır. (T. Ekonomi Bankası, İTÜ, 2. Baskı, Mozaik, 1990, 145).

² 1961 Anayasası'nın 65., 1982 Anayasası'nın 90. maddesine karşılık gelmektedir.

³ AYBAY, Rona, *Karşılaştırmalı 1961 Anayasası- Metin Kitabı*, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1038, Hukuk Fakültesi No: 219, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1963, 95.

Hamza Eroğlu şöyle demiştir: "...Milletlerarası hayatta bir andlaşma Anayasaya aykırı olursa, bunu Anayasaya göre kabul etmek imkânsızdır. Meselâ; Türkiye Müşterek Pazara girecek olursa; Anayasa bu andlaşmalarla bağdaşmayacak, Anayasamıza aykırı olması sebebi ile reddedilecektir. Halbuki memleketin menfaatleri Müşterek Pazara girmeyi icap ettiriyorsa o zaman Anayasayı değiştirmek zorunda kalacağız. Bu bakımdan ikinci fıkra tatmin edici değildir..."⁴ Bu cümleleri sarfettikten 16 gün sonra yapılan oturumda söz alan Hamza Eroğlu, anayasal engelin aşılması için şu değişiklik önermesini vermiştir: "Meclislerden birinin tam üye sayısının beşte biri tarafından Anayasayı değiştireceği ileri sürülen bir andlaşma bu bakımdan incelenmek üzere Anayasa Mahkemesine gönderilir. Bu mahkemece Anayasayı değiştireceğine karar verilen andlaşmanın onanması M[adde] 155'in hükümlerine göre yapılır."⁵ Avrupa Ekonomik Topluluğu'na girmenin, bir Anayasa Mahkemesi kararı ile engellenmesi ile halkoyuna sunulmasına bağlandığı bir ortamda bu öneriler ne yazık ki ikna edici bir gerekçe gösterilmeden⁶ reddedilmiş ve sırf "Müşterek Pazar" a girmemizin bir Anayasa Mahkemesi kararı ile engellenmesi olasılığını ortadan kaldırmak amacıyla, uluslararası antlaşmaların tamamının anayasal denetimi yolu kapatılmıştır.⁷ Avrupa Ekonomik Topluluğu üyesi olma isteğinin bedeli olarak Anayasa'ya aykırı uluslararası antlaşmaların yapılmasına kapı aralayan bu çözümle Avrupa Birliği

⁴ Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, B.47, 18.4.1961, O:3, 371: Hamza Eroğlu, Prof. Mahmut Belik tarafından yazılan bir makaledeki görüşe atfen bu açıklamayı yapmıştır. Bknz. B.58, 2.5.1961, O:4, 522.

⁵ Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, B.58, 2.5.1961, O:4, 521.: Benzeri ifadeler Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonu Tasarısında da rastlanmaktadır. Sadece üçte birlik oran, Komisyon metninde "beşte bir" olarak geçmektedir. Siyasal Bilgiler Fakültesi Tasarısı'nın 65. maddenin 2. fıkrasına ilişkin teklifi şu şekildedir: "Meclislerden birinin tüm üye sayısının beşte biri tarafından anayasaya aykırılığı iddia olunan bir andlaşmanın tasvihi Anayasa Mahkemesinin aykırılık iddiasını varit görmeyen kararına bağlıdır". 1961 Anayasası'nın 155. maddesine göre, Anayasasının değiştirilmesi için her iki Meclisin de aynı üye tam sayılarının üçte iki çoğunluğu ile değişiklik teklifini kabul etmeleri gerekmektedir.

⁶ Komisyon'un red gerekçesini Komisyon Sözcüsü Turan Güneş şu şekilde açıklamaktadır: "... Meclislerin Anayasayı değiştirmek yetkileri zaten mevcuttur. Binaenaleyh, Anayasaya aykırı bir anlaşma imzalanmış ise, sanki Anayasayı muhakkak değiştirmek lazım intibasını uyandıran bir hüküm koymadık. Hükümetler esas itibarıyla Anayasaya uygun anlaşmalar getirmek zorundadır. Anayasamızın çerçevesine girmeyen çok ehemmiyetli bir anlaşma yapmak gerekiyorsa tabiatıyla Anayasayı değiştirmek mümkündür...", Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, B: 47, 18.4.1961, O:3, 373.

⁷ Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonunda görüşülen metinle ilgili olarak yazılan raporda "milletlerarası münasebetlerin siyasi veçhesinin ağır basması dolayısıyla, dış münasebetlerin istikrarı bakımından doğabilecek mahzurlar önlenmiş olmaktadır" denilerek, Milli Birlik Komitesi'nden gelen metin Anayasa Komisyonunda ve Temsilciler Meclisinde aynen benimsenmiştir. SERİM, Bülent, "Uluslararası Andlaşmaların Onaylanması ve Denetlenmesi", **Amme İdaresi Dergisi**, cilt 26/2, 1993, 19-43, 39.: Dışişleri Bakanlığında Baş Hukuk Müşavirliği yapmış olan Suat Bilgin; "65. maddenin son fıkrası Türkiye'nin tam üyeliğini sağlamak amacıyla konduğu için 1961 Anayasası çerçevesinde Türkiye'nin Avrupa Topluluğuna tam üyeliğini sağlamak amacıyla konduğu için 1961 Anayasası çerçevesinde Türkiye'nin Avrupa Topluluğuna tam üyeliği Anayasa'ya aykırıdır iddiası öne sürülemez demiştir" (nakleden: KABAALIOĞLU, supra, 145). 1982 Anayasası olağanüstü bir dönemin ürünü olduğundan eski 65. maddede var olan eksiklikler üzerinde Anayasa'nın hazırlık aşamasında durulmamış, 1961 Anayasası'nın 65. maddesi küçük düzeltmelerle Anayasa'nın 90. maddesi olarak kabul edilmiştir.

yolunda Anayasa Mahkemesi engelini (!) aşan Türkiye,⁸ 28 Eylül 1959'da görüşmeleri başlayan ve 20 Haziran 1963'de sonuçlanan Ankara (Ortaklık) Anlaşması'nı 12 Eylül 1963'de imzalamıştır.

1961 Anayasası'nda egemenlik yetkisinin kullanımının bir uluslararası örgütle paylaşılması konusunda herhangi bir hüküm olmamakla birlikte, Türkiye, Ankara Anlaşması ile kurulan AT-Türkiye Ortaklık Konseyi'ne Anayasa'ya aykırılık oluşturacak ölçüde geniş bir yetki devriyle karar alma olanağı tanımıştır. Anlaşma'nın Konsey'e ilişkin maddeleri diğer aday ülkelerin ortaklık konseylerine verilen hak ve yetkilerden daha fazlasını içermekte olup,⁹ Konsey'e bağlayıcı kararlar alabilme yetkisi tanımıştır. Diğer bir deyişle, Ankara Anlaşması'nın 22. maddesi, Roma Antlaşması'nın 235. maddesinin A(E)T Konseyi'ne verdiği yetkinin bir benzerini Ortaklık Konseyi'ne vermiştir. Bu nedenle, Ortaklık Konseyi'nin karar alabilmesi için gerekli olan yetkinin kaynağının Ankara Anlaşması'nda olması şartı aranmamıştır.¹⁰ Ortaklık Konseyi gerekli gördüğü durumlarda Anlaşma'nın hedeflerine ulaşılmasını sağlamak amacıyla çerçevenin içerisini doldurma amacıyla gerekli düzenlemeleri Anlaşma bunun için gerekli davranış yetkisini ön görmese bile yapabilmektedir. Bu tür bir ucu açık yetki devrinin yasama yetkisinin TBMM'ne ait olduğu ve bu yetkinin devredilemeyeceği ilkesine (Anayasa, madde 7) aykırılığının¹¹ Anayasa Mahkemesi önünde ileri sürülememesinin ağır bedeli 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı (Gümrük Bir-

⁸ Aynı dönemde NATO ile ilgili antlaşmaların yapılmasında Meclis engelini aşarak Bakanlar Kurulu'na Anayasa'ya aykırı olarak yetki verilmesine ilişkin olarak 31.5.1963 tarihli ve 244 sayılı Milletlerarası Andlaşmaların Yapılması, Yürürlüğü ve Yayımlanması ile Bazı Andlaşmaların Yapılması için Bakanlar Kuruluna Yetki Verilmesi Hakkında Kanun'un 6. maddesine ve bu konudaki Anayasa'ya aykırılık savı için bkz. Anayasa Mahkemesi, E.1963/311, K.1965/12, AMKD, no: 3, 67-83.

⁹ LAVRANOS, Nikolaos, *Legal Interaction between Decisions of International Organizations and European Law*, University of Amsterdam, 2004, 61-75.

¹⁰ ÖZEN, Çınar, "1/95 Sayılı Ortaklık Konseyi Kararı Çerçevesinde Türkiye'nin Yükümlülükleri Üzerine Bir Değerlendirme", *Yeni Türkiye: Avrupa Birliği Özel Sayısı*, no: 36, 2000, 1143-1153, 1144.

¹¹ Hırvatistan'da AT ile yapılan "İstikrar ve Ortaklık Anlaşması"nın onaylanması sırasında Ortaklık Konseyi'ne verilecek yetkinin ulusal egemenliğe zarar verdiği konusunda bir tartışma yaşanmıştır. Sağ kanat milletvekilleri Ortaklık Konseyi'ne verilen yetkilerin Parlamento'nun egemen yetkilerinden alındığını ileri sürerek, yasama yetkisini supranasyonal organlara devredilmesinin 2/3 çoğunlukla olması gerektiğini savunmuşlardır. Başbakan ve Avrupa Entegrasyon Bakanı, Ortaklık Anlaşmasının sıradan bir uluslararası antlaşma olduğunu, yasama yetkisinin devredilmediğini söylemişlerdir. Salt çoğunlukla 20 Aralık 2001'de onaylanan Anlaşma'nın 6. maddesi buna göre değiştirilerek, Ortaklık Konseyi kararlarının ancak Parlamentonun onayından sonra etki göstermesi ilkesi kabul edilmiştir. Bu değişiklik nedeniyle monist bir ülke olan Hırvatistan'da dualist bir uygulama benimsenmek zorunda kalmıştır. (CAPETA, Tamara et al., "Impact of EU Accession on the National Legal Orders of Candidate Countries- National Report of Croatia", The Hopes and Fears of New Member States and (Pre)candidate Countries: Views on the EU Constitution, Final Conference Malta Multi Country Project, Kurhaus Hotel, The Hague, 13 October 2004, 7). Hırvatistan Anayasası'nın 140. maddesi, 1982 Anayasası'nın 90. maddesine benzemektedir. Hırvatistan-AT Ortaklık Konseyinin yetkileri Türk-AT Ortaklık Konseyinin yetkilerinden çok daha az olmasına rağmen bu tartışmaların yaşanması düşündürücüdür.

liği Anlaşması) ile gün yüzüne çıkmıştır.¹²

Türk Anayasasının Topluluk hukukuna uygun olmadığı bilindiği, ancak bu sorunun çözümü için yanlış bir yöntem seçildiği 1960'lı yılların eşğinde Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun örgütsel anlamda ulusüstü (*supranasyonal*)¹³ bir örgüt olduğu biliniyordu. Ancak, hukuksal (normatif) anlamda ulusüstü bir örgüt olduğu gerçeği¹⁴ henüz ortaya çıkmamıştı. Çünkü, Topluluk hukuku ile ulusal hukuk arasındaki ilişkinin kurucu antlaşmalarda düzenlenmemesi nedeniyle ortaya çıkan boşluğun nasıl doldurulacağı belirli değildi. Federal ve konfederal yapılardan alınan genlerin taksonomik olarak bir uluslararası örgüt olarak sınıflandırılacak Avrupa Ekonomik Topluluğu'na enjekte edilmesiyle ortaya çıkan genetik olarak değiştirilmiş (GM) bu uluslararası örgütün normatif anlamda klasik devlet egemenliğini nasıl sınırlandırdığı birkaç yıl sonra ortaya çıktı.

Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD), *Van Gend & Loos* (1963) davası ile başlayan süreç içerisinde Topluluğun yeni bir uluslararası hukuk düzeni oluşturduğu vurgusunu yaparak Üye Ülkelerin iç hukuk sistemlerinde Topluluk hukukunun doğrudan etki doğurduğuna karar verdi.¹⁵ Divan kararında "Antlaşmalar nedeniyle, haklar ve yükümlülüklerle ilgili devletlerin iç hukuk sistemlerinden Topluluk hukuk sistemine yapılan transfer, devletlerin egemenlik haklarını sürekli sınırlandırmayı da beraber getirir..." demiştir. ATAD, *Costa v. ENEL* (1964) davasında ulusal hukuk normlarının anayasal doğası veya sonra vazedilmiş olsa bile, Topluluk hukukuyla çatışmasında Topluluk hukukunun normlarının üstün geleceğini söylemiş,¹⁶ *Simmenthal* (1978) davasında¹⁷ ise üstünlük ilkesinin sadece önceki değil sonraki yasalar için de geçerli olacağına karar vermiştir. Topluluk hukukunun üstünlüğü ilkesi, Roma Antlaşması'na imza atan devletler için bir sürpriz olmuştu. Hatta o kadar ki, Kellerman'a göre, 1957 yılında Roma Antlaşmasına imza atan devletler *Van Gend & Loos* ve *Costa v. ENEL* kararlarının sonuçlarını ve bunların hukuksal yansımalarını ilk aşamada fark edebilselerdi, Roma Antlaşması'nı belki de hiç imzalamayacak-

¹² Bu konudaki tartışmanın ayrıntıları için bkz. BAŞLAR, Kemal, "Gümrük Birliği "Anlaşması"nın (1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı'nın) Hukuksal Niteliği", *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, 4/1, 2004, 151-198.

¹³ Ulusüstülük (*supranasyonalizm*) kavramı ilk olarak Prof. Ernst Haas tarafından ortaya atılmıştır. Haas supranasyonalizmi, teknik karar vermenin depolitize olmuş şekli olarak görmüştür. HAAS, Ernst B., *The Uniting of Europe: Political, Social, and Economic Forces, 1950-1957*, Stanford University Press, Stanford, 1958, 526; Haas, bu kavramı ikinci kitabı olan *Beyond Nation State*'de (Stanford University Press, Stanford, 1968, 59) daha da geliştirmiştir.

¹⁴ Topluluk içinde yalnızca karar verme mekanizması ve yapılan üzerine odaklanmış siyaset bilimcilerinin aksine, hukukçular supranasyonalizmin ikinci bir ayağı daha olduğunu ileri sürmüşlerdir. Bu ikinci ayağın isim babalığını yapan Weiler, bunu 'normatif supranasyonalizm' olarak adlandırmıştır. WEILER, Joseph, "The Community System- Dual Character of Supranationalism", *Yearbook of European Law*, 1981, vol. 1, 268-306, 271.

¹⁵ *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen* (Case 26/62) [1963] ECR 1.

¹⁶ *Costa v. ENEL* (Case 6/64) [1964] ECR 585.; WEILER, supra, 274.

¹⁷ *Simmenthal SpA v. Commission* (Case 92/78) [1979] ECR 777.

lardı.¹⁸ ATAD, *Internationale Handelsgesellschaft* davasında¹⁹ Topluluk hukukunun üye devletlerin anayasal hükümlerinin üzerinde yer aldığını ortaya koymuştur. Divan'a göre, Roma Antlaşması'ndan kaynaklanan hukuk, ulusal hukukun kuralları ile geçersiz hale gelmez. Topluluk tasarrufunun geçerliliği veya bir Üye Ülkedeki etkisi, Anayasa'da yer alan temel haklar veya ulusal anayasal yapının ilkelerine aykırılık gerekçesinden etkilenmez.

1960'lı yılların başlarında Lüksembourg yargıçları tarafından oluşturulan hukuk düzeni, Üye Ülkelerde politikacı ve hakimler tarafından geçmişte dirençle karşılanmışsa da²⁰ ATAD'ın içtihatları ile oluşan Topluluk hukukun temel ilkeleri, 2003 yılında tamamlanan Avrupa Anayasası'nın 5. ve 6. maddelerine işlenerek normatif bir nitelik kazanmıştır. Buna göre; "Üye Devletler, Anayasa'dan kaynaklanan veya Birlik Kurumlarının tasarruflarından kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmek için her türlü uygun genel ya da özel tedbirleri alırlar" (pozitif yükümlülük) (Madde 5/2). "Üye Devletler, Birlik'in görevlerinin yerine getirilmesini kolaylaştırırlar ve bu Anayasa'da ortaya koyulan hedeflere ulaşılmasını tehlikeye atan her türlü uygulamadan uzak dururlar" (negatif yükümlülük) (Madde 5/3). Ve bunlardan daha da önemlisi, "Anayasa ve kendilerine verilen yetkilerin uygulanması sırasında Birlik Kurumları tarafından kabul edilen hukuk, Üye Devletlerin yasaları karşısında önceliğe sahiptir" (Madde 6).

Özetle, ATAD'ın yorumlayıcı uygulamaları ile şekillenen Avrupa Birliği'nin ulusüstü bir hukuksal entegrasyon modeli olduğu gerçeği, Avrupa Anayasası ile açıklık kazanmıştır. Türkiye, 29 Ekim 2004 tarihinde imzalanan AB Anayasası gereğince, AB hukukunun üstünlüğünü üye olduğu takdirde tanıma durumundadır. Bu yükümlülük nedeniyle bir aday ülke olarak Türkiye'nin başta Anayasası olmak üzere tüm hukuk sistemini Avrupa Birliği hukukuna uygun hale getirmesi gerekmektedir. Diğer bir deyişle, 1993 Haziranında şekillenen Kopenhag Kriterleri'nin ardından AB'ne aday olan ülkeler, siyasal ve ekonomik kriterlere ilave olarak AB Müktesebatı'nı (*Acquis Communautaire*) da kabul etme yükümlülüğü altına girmişlerdir. Avrupa Birliği'ne tam üyelik süreci içerisinde, ekonomik ve siyasi kriterlerin karşılanması ve bu alanda gerekli yasal düzenlemelerin yapılmasının öncülü Anayasa'nın yapılacak reformlara engel olacak hükümler içermemesidir.

2000'li yıllarla başlayan uyum paketleri ile Anayasa'nın onlarca maddesi

¹⁸ KELLERMAN, Alfred, "Constitutional Legal Aspects of the Integration Process to the EU", Avrupa Birliği'ne Katılımın Ulusal Hukuk Düzenlerine Etkisi Semineri, Adalet Bakanlığı-Asser Enstitüsü tarafından hazırlanan Seminer Notları, 2-3 Temmuz 2004, Hakimevi, İstanbul, 76.

¹⁹ *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr - und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* (Case 11/70), [1970] ECR 1125.

²⁰ Örneğin, İngiliz Lordlar Kamarası üyesi Lord Denning üstünlük ilkesine 1970'lerde şu şekilde reaksiyon göstermişti: "If the time should come when our Parliament deliberately passes an Act with the intention of repudiating the Treaty or any provision in it or intentionally of acting inconsistently with it and says so in express terms I should have thought that it would be the duty of our courts to follow the statute of our Parliament." (Alıntı: Financial Times 26 June 1991, 7).

değiştirilmesine rağmen, Türk hukukunun AB Müktesebatı'na uyumlaştırılmasına yönelik olarak son yıllarda çıkan yasalarından bir kısmının Anayasa'da gerekli değişiklikler yapılmadan yasalaştırıldığı gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne son yıllarda bazı başvurular yapılmıştır.²¹ Gerek bu başvuruların önüne geçilmesi gerekse müzakere sürecini aksatacak engellerin kaldırılması açısından Anayasa'da bazı değişikliklerin yapılması kaçınılmazdır.

Anayasa'da yapılması gereken değişiklikler, AB'nin birinci sütununu oluşturan "Avrupa Toplulukları" bağlamında geçmişte akademik boyutta ayrıntılı olarak incelenmekle birlikte,²² Avrupa Birliği'ni oluşturan ikinci ve üçüncü sütunların normatif nitelik kazanmasından sonra²³ yapılması gereken değişikliklerin kısaca ele alınmasında fayda olduğuna inanılmaktadır. Aşağıda AB'ne giden süreç içerisinde Anayasa'da yapılması gereken değişikliklere işaret edilecektir.

a) Egemenlik Haklarının Sınırlanması Sorunu

Avrupa Birliği'ne girme sürecinde kuşkusuz en çok sorun oluşturan konu "ulusal egemenliğin" nasıl sınırlanacağına ilişkindir.²⁴ AB'nin temellerini atan öncü devletlerde olduğu kadar, 1991 yılından sonra bağımsızlıklarını kazanan aday ülkelerde de devlet erklerinin veya egemenliğin transferine karşı siyasal ve psikolojik bir direniş yaşanmış; ancak zor da olsa bu engel-

²¹ Örn. 3.8.2002 günlü, 4771 sayılı "Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun"un (Uyum Yasası) çeşitli maddelerinin iptali istenilmiştir (E.2002/146, K.2002/201, 27.12.2002, Resmi Gazete, 11.12.2003, no: 25313): 4916 sayılı "Çeşitli Kanunlarda ve Maliye Bakanlığının Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararıyla Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"un 19. maddesiyle değiştirilen Tapu Kanunu'nun 35. maddesinin çeşitli fıkralarının iptali istenilmiştir (E. 2003/70). İstem görülmeyi beklemektedir.

²² DOĞAN, İzzet'in, *Türk Anayasa Düzeninin Avrupa Toplulukları Hukuk Düzeniyle Bütünleşmesi Sorunu*, İstanbul, Hukuk Fakültesi Yayını, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979, 189-233: ARSAVA, Ayşe Fusun, *Avrupa Toplulukları Hukuku ve Bu Hukukun Ulusal Alanda Uygulanmasından Doğan Sorunlar*, Ankara SBF Yayını, no. 545, Ankara, 1985.: PAZARCI, Hüseyin, "Avrupa Topluluğu Hukukuna Uyum Açısından Türk Anayasal Düzeni", *Avrupa Topluluğu Hukuku ve Türkiye'nin Uyum Semineri*, T. Ekonomi Bankası, İTÜ, 2. Baskı, Mozaik, 1990, 127-142, 128.: ÇİFTÇİ, Murat, *AB'nin Genişleme Sürecinde Aday Ülkelerin Uyum Sorunu*, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2003.

²³ Siyasal içeriği olan Kopenhag Kriterleri, AB Anayasası'nın 2. ve 3. maddelerinde normatif bir kimlik kazanmıştır.

²⁴ Bu konu başka çalışmalarda ayrıntılı olarak tartışıldığı için burada tekrar yoluna başvurulmayacaktır. Örneğin, ARSAVA, Fusun, "Geleceğin Avrupa Birliği Üyesi Olarak Türkiye, Egemenlik Haklarının Devri Sorunu", içinde *Türkiye'de Anayasa Reformu Prensipler ve Sonuçlar*, Konrad Adenauer Vakfı, Ankara, 2001, 71-83.: KARAKAŞ, A. Işıl, "Avrupa Birliği'nde Egemenlik Yetkilerinin Devredilmesi Sorunsalı", içinde *Avrupa Birliği Hukuku, Avrupa Birliği Hukuku Semineri*, İsveç Başkonsolosluğu-İstanbul, 10-12 Ekim 2002, 43-50.: SALHA, Samir, "Yeni Dünya Düzeninde Egemenlik Kavramı ve Milletlerarası Teşkilatlar", *Yargıtay Dergisi*, cilt 19/4, 457-473 (Ekim 1993) ve cilt 20/1-2 (Ocak-Nisan 1994), 9-28, 14.: ÖZKAN, Gürsel, "Avrupa Birliği Hukuku ve Milli Egemenliğin Devri", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1-2, 2002, 57-89.: SOFUOĞLU, Cem Murat, "Avrupa Birliği'nin Kuruluşu Amacı ve Egemenlik Yetkilerinin Devri", *İstanbul Barosu Dergisi*, sayı 3, Eylül 2000, 805-810.: SELÇUKARSLAN, Sedat, *Avrupa Topluluğu Hukuku karşısında T.C. 1982 Anayasası*, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2002.: HEKİMOĞLU, Mehmet Merdan, "Avrupa Birliği Hukuku ve 1982 Anayasası'na Göre Egemenlik", *Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi*, (2003), http://www.e-sosder.org/dergi/5MHKMOGLU_AB_6.doc

ler büyük ölçüde aşılmıştır.

Ulusüstü anayasal sisteme entegre olacak ülkelerin başta yasama organları olmak üzere yürütme ve yargı organlarının yetkilerinde bir azalma görülmektedir.²⁵ Bu nedenle AB'ne aday devletlerin anayasal düzeyde AB hukukunun mutlak üstünlüğünü sağlayacak değişikliklere gitmeleri kaçınılmazdır. Somutlaştırmak gerekirse, "*Egemenlik, kayıtsız şartsız Milletindir*" diyen Anayasa'nın 6. maddesi, egemenliğin anayasal sınırlar ve ilkeler içerisinde yetkili organlar eliyle kullanılacağını söylemektedir. Egemenliğin kullanılmasının, "hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılma" yacağı ve hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisini kullanamayacağı hükmünü getiren Anayasa'nın 6/3. maddesi, AB üyeliğine bir engel oluşturmaktadır. Egemenliği kuvvetler ayrılığı ilkesi çerçevesinde kullanacak organların yetkilerine yer veren Anayasa'nın 7.,²⁶ 8.²⁷ ve 9.²⁸ maddeleri de Avrupa Birliği'ne tam üye olma aşamasında sorun oluşturacak ifadeler içermektedir. Bu maddelere yönelik olarak yapılacak bir değişikliğin ulusal egemenlik haklarımızın Brüksel'e devredilmesi sonucunu doğuracağından söz edilmekle birlikte, aşağıda değinilen hususların da gözden uzak tutulmaması gerekmektedir.

İlk olarak, AB Anayasası'nın 13. maddesine göre, Avrupa Birliği'nin münhasıran yetkili olduğu konular şunlardır: Gümrük Birliği, iç pazanın işleyişi için gerekli olan rekabet kurallarının oluşturulması, ortak ticaret politikası, Euro para birimini benimseyen Üye Ülkeler için para politikası ve son olarak ortak balıkçılık politikası kapsamında denizlerdeki biyolojik kaynakların korunması. Türkiye yukarıda sayılan beş münhasır yetkinin ilk üçünü 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi Kararı ile Avrupa Birliği'ne on yıl önce devretmiştir. İlginç olan durum böyle bir devrin yapılmasına yönelik olarak bir Anayasa değişikliği yapılmasına ihtiyaç duyulması bir yana, Meclisin uygun bulma kanununu çıkarması bile aranmamış; bu Karar Resmi Gazete'de bile yayınlanmamıştır. Gümrük Birliği Kararı ile devredilen yetkilerin dışında kalan, ortak para politikası ve biyolojik kaynakların korunması nispeten daha az rahatsızlık verici konulardır.

İkinci olarak, AB Anayasası'nın hazırlanmasından önce, ATAD, Topluluk organlarına devredilen yetkilerin hiçbir şekilde geri alınamayacağı yönünde bir içtihat oluşturmuştu. Oysa, AB Anayasası'nın 60. maddesi Avrupa Birliği'nden gönüllü olarak çekilmeyi düzenlemektedir: Buna göre, "*Herhangi bir Üye Ülke, kendi anayasal gereklerine uygun olarak Avrupa Birliği'nden çekilme kararı alabilir.*" Diğer bir deyişle, Avrupa Birliği Anayasası teknik anlamda bir antlaşma olduğuna ve üye ülkelere bu Antlaşmayı sona erdirmeye hakkı tanındığına göre, Avrupa Birliği organlarına devredilen egemenlik

²⁵ KARAKAŞ, supra, 44.

²⁶ "Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez."

²⁷ "Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu tarafından, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir."

²⁸ "Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır."

hakkı; kayıtsız, şartsız, geri alınamaz ve süresiz değildir. Bu konuda geçmişte duyulan kaygıların, AB Anayasası'nın bütün üye ülkelerce onaylanmasının ardından kalkacağı tahmin edilmektedir. AB üyeliği ulusal çıkarlarımız açısından kabul edilemez bir noktaya geldiğinde, AB'den ayrılma hakkı verildiği gibi, ayrılan ülkelerin tekrar AB üyesi olmasının da önü kapatılmış değildir.

Üçüncü olarak, bazı Üye Ülkelerin anayasalarında da açıklandığı üzere egemenliğin devrinden daha ziyade ortak kullanımından söz edilmesi daha doğrudur.²⁹ Avrupa Birliği'ne egemenliğin "devredilmesi"nin³⁰ altında yatan egemenliğin bir kişi, grup veya sınıfa bırakılması değildir. Anayasa'nın 6. maddesinde getirilen yasak egemenliğin içe yönelen şekline ilişkin olup, getirilen yasak dış egemenliğe (bağımsızlığa) ilişkin değildir. Anayasa'nın 6. maddesi, egemenliğin bir uluslararası kuruluşla birlikte "paylaşılmasına"³¹ veya "ortak kullanılmasına" mutlak anlamda aykırı bir anlama gelecek şekilde yorumlanamaz. "Birlik'in Yetkileri" başlığını taşıyan Anayasanın III. Başlığı altında yer alan Anayasa'nın 11/2. maddesi; "Birlik, ... Anayasa'da kendisine verilen yetkilerin sınırları dahilinde hareket eder. Birlik'e Anayasa ile verilmemiş yetkiler Üye Devletlere aittir" diyerek egemenliğin sınırsız ve belirsiz devredilmediğini ortaya koymaktadır. Avrupa Birliği kurumlarının üye devletlerin egemen uluslarının ortak çıkarları adına hareket ettiği düşünüldüğünde, egemenlik halka ait olmaya devam etmektedir. Özetle, Anayasa'nın 6. maddesine ilave edilecek bir fıkra ile uluslararası örgütlere sınırlı egemenlik devrinin anayasal bir temele oturtulması, bu konuda duyulan endişeleri giderecektir.

Dördüncü olarak, Avrupa Birliği hukukunun üstünlüğü gereği, gerektiğinde Birlik Müktesebatı ile çatışan ulusal anayasalar uygulanmamaktadır. Örneğin, Avusturya Anayasası'nın 133/4. maddesine göre, bir özel yargı mercii (tribunal); yasayla kurulmuş, içerisinde en az bir hakim bulunuyorsa ve üyeleri görevlerini yaparken dışardan talimat almıyorlarsa, bu mercinin verdiği kararlar idari denetim ve değişime konu olmadığı gibi, aleyhlerine İdare Mahkemesinde dava açılmaz. Avusturya Anayasa Mahkemesi, *Open-Network-Provision Directive* adlı Yönergenin ulusal bağımsız idari otoritelerin kararlarından etkilenen kişilere bağımsız bir organ önünde temyiz hakkı veren 5a/3. maddesi ile çelişen Anayasa'nın 133/4. maddesinin

²⁹ Örneğin, 1992 yılında Fransız Anayasası'na ilave edilen madde 88-1'de bu tür bir ifade kullanılmıştır: ("*d'exercer en commun certaines de leurs compétences*" "exercise some of their powers in common"), Portekiz Anayasasına 1992 değişikliğinde giren 7/6. maddesinde de benzeri bir ifade vardır ("*l'exercice en commun*" "joint exercise").

³⁰ Burada kullanılan "devir" kelimesinin üzerinde durmak gerekmektedir. Bu terim, teknik anlamda bir "delegasyon" değil, "transfer" veya "assign" olarak İngilizce'ye çevrilmelidir. Çünkü, "delegasyon" teriminin anayasa hukukundaki anlamı yetkinin alt mevkiide olan bir kurum veya organizasyona devredilmesi ile sınırlıdır. Slovak Anayasası'nın 7/2. maddesinde "delegation" kavramı kullanılmaktadır. Polonya Parlamentosu ve Hükümetin yaptıkları çevirilerde Polonya Anayasası'nın 90/1. maddesinin resmi çevirisinde farklı kavramlar kullanılması Prof. Kellerman tarafından eleştirilmektedir. Bknz. KELLERMAN, *infra*, 37.: Macar Anayasası'nın ilgili 2A maddesinin hazırlanış aşamasında "delegation" kavramı öne çıkmışsa da, daha sonra "joint exercise" kavramı tercih edilmiştir.

³¹ Avrupa Birliği Anayasası'nın 14/2. maddesinde paylaşılan ortak yetki alanları tek tek sayılmıştır.

ihmal edilmesine karar vermiştir.³² Bunun üzerine kararları temyizden incelemek durumunda kalan İdare Mahkemesi, Avusturya Anayasa Mahkemesi'nin verdiği bu kararı beğenmeyerek ATAD'a ön karar yoluyla başvurarak Yönergenin yorumlanmasını istemiş, ATAD, verdiği cevapta Yönerge ile çelişen Anayasa'nın 133/4. maddesinin uygulanmayacağına karar vermiştir.³³

Bununla birlikte, AB hukukunun üstünlüğü sınırsız ve mutlak bir üstünlük değildir.³⁴ İtalyan Anayasa Mahkemesi'nin 1973 yılında verdiği *Frontini* ve Alman Anayasa Mahkemesi'nin 1986 yılında verdiği *Solange II* kararları da göstermektedir ki, egemenliğin devredilmesi durumunda yetkileri devralan kurumların devredilen yetkileri kullanırken, temel değerlere ve Anayasa'nın temel ilkelerine saygı göstermeleri gerekmektedir. Alman Anayasa Mahkemesi temel haklarının korunması rejiminin, Alman Anayasası standartlarına eşdeğerde devam edip etmediğini kontrol etme yetkisini kendisinde görmüştür.³⁵ Alman Anayasa Mahkemesi, 1993 yılında verdiği *Maastricht* kararında Avrupa Birliği kurumlarının kendilerine devredilmiş olan yetkilerin sınırları dahilinde kullanılıp kullanılmadığını kontrol edebilme hakkına sahip olduğunu ifade etmiştir.³⁶ Fransız Anayasa Konseyi bu tür bir kontrol yetkisine fiilen sahip olmadığından Fransız ilk derece mahkemeleri bu kontrolü yapmaktadırlar. Belçika Hakem (Anayasa) Mahkemesi de kendisini uluslararası antlaşmaların anayasallığını incelemeye yetkili görmektedir.³⁷

Yukarıda değinilen noktalar ışığında, egemenliğin devredilmesinin (transferinin) – özellikle egemenlik kavramının geçirdiği değişim dikkate alındığında³⁸ - sorun oluşturmayacağına inanılırken, bu devrin somut olarak nasıl,

³² Dir 90/387/EEC as amended by dir 97/51/EC.: Avusturya Anayasa Mahkemesi (11/03/1999) (B1625/98) (Karar Özeti için bkz. CODICES verbankası No: AUT-1999-1-002).

³³ Bknz. Stefan GRILLER, "EU Membership and Constitutional Transformation in Accession Countries – the Example of Austria, Finland and Sweden (1995)", Vith World Congress of the International Association of Constitutional Law Santiago de Chile 12 - 16 January 2004, Constitutionalism - Old Concepts, New Worlds, p.7., http://www.iaclworldcongress.org/workshops/9/WS_9_Griller.doc

³⁴ Bu noktanın çok güzel işlendiği bir çalışmada Prof. Arsava'nın da işaret ettiği gibi; "Temel hakların özü yahut ... devredilmeyen ulusal yetkiler Topluluk tasarruflarının sınırlarını, diğer bir ifade ile entegrasyon yetkisinin sınırını oluşturur. Bu nedenle temel haklara aykırı Topluluk tasarruflarının ulusal egemenlik alanında uygulanması mümkün değildir" ARSAVA, Füsün, "Egemenlik Haklarının Devrine Getirilen Sınırlar", **Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi**, cilt 3/2, 2001, 1-10, 1, <http://dergi.iibf.gazi.edu.tr/pdf/3215.pdf>.

³⁵ ARSAVA, "Geleceğin Avrupa Birliği Üyesi Olarak Türkiye, Egemenlik Haklarının Devri Sorunu", supra, 79-80.

³⁶ Alman Anayasa Mahkemesi Topluluk hukukunda hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü gibi kavramların telaffuz edilmediği Amsterdam Antlaşması öncesi dönemde bu kavramları dikkate almıştır. *İbid.*

³⁷ KELLERMAN, Alfred, "Avrupa Birliği'ne Entegrasyon Sürecinin Anayasal Boyutları", Avrupa Birliği'ne Katılımın Yeni Üye Devletlerin ve Aday Devletlerin Ulusal Hukuk Düzenlerine Etkisi Semineri, 11-12 Aralık 2004, Adalet Bakanlığı, Türk Parlamenterler Birliği ve Asser Enstitüsü Seminer Kitapçığı, 1-57, 49-51.

³⁸ BELGE, Murat, "AB ve Globalleşme Sürecinde Egemenliğin Dönüşümü ve Ulusal Egemenliğin Geleceği", **Anayasa Yargısı**, Cilt 20, 2003, 37-45; DAVUTOĞLU, Ahmet, "Küreselleşme ve AB-Türkiye İlişkileri Çerçevesinde Ulusal Egemenliğin Geleceği", **Anayasa Yargısı**, Cilt 20, 2003, 46-60; AKYOL, Taha, "AB ve Globalleşme Sürecinde Egemenlik, Egemenliğin Çağdaş Kayıt ve Şartları", **Anayasa Yargısı**, Cilt 20, 2003, 95-103. (konuyla ilgili diğer maka-

ne zaman ve kim tarafından yapılacağıın üzerinde durulması gerekmektedir.

a) Devrin nasıl yapılacağı ile ilgili olarak, Birlik Üyeleri arasında bu konuda yeknesak bir uygulamanın oluşmadığı gözlemlenmektedir. Egemenlik yetkisinin AB organlarına devredilmesi ile ilgili olarak bazı Üye Ülkelerin anayasal metinleri "politik ve psikolojik açıdan oldukça yetersizdir. Bazı ulusal anayasaların Avrupa'nın entegrasyon sürecine bakışı ise hem oldukça yetersiz hem de şeffaf değildir ("Avrupa Geriliği"). Örneğin, Hollanda Anayasasında AT ve AB'ne hiçbir atıf bulunmamaktadır."³⁹ Kurucu Ülkelerin yeni üye olacak ülkeler için ideal bir model sunamadıklarını kabul etmek gerekir. Her ne kadar, İtalya, Almanya, Hollanda, Lüksembourg ve Belçika'nın Anayasalarında egemenlik yetkisinin devrine ilişkin bir düzenleme mevcut olsa da,⁴⁰ bu anayasalar açık bir şekilde Avrupa Birliği'ne (veya AT'na) atıfta bulunulmamaktadır. 15'ler grubuna dahil olan diğer on ülkenin altısının (Fransa⁴¹, İrlanda,⁴² Portekiz,⁴³ Avusturya,⁴⁴ Finlandiya⁴⁵ ve İsveç⁴⁶) Anayasalarında AT/AB'ye açıkça atıfta bulunulmaktadır. Diğer dört Üye Ülkede uluslararası kuruluşlara genel ifadelerle egemenliğin devredilmesine izin verilmiştir.⁴⁷

Egemenliğin devri konusunda Avrupa Birliği'ne 2004 yılında üye olmuş on ülkenin anayasal tecrübeleri dikkate alındığında, egemen yetkilerin genelde uluslararası kuruluşlar, özelde Avrupa Birliği ile paylaşılmasına olanak tanıyacak bir düzenleme yapılacak bir anayasa değişikliği ile getirilebilir. anayasalarında AB'ne atıfta bulunmadan egemenliğin devredilmesinde uluslararası örgütlere atıfta bulunan ülkeler; Polonya (m. 90), Slovenya (m. 3a/1), Litvanya (m. 138/5), Çek Cumhuriyeti (m. 10a/1) ve Estonya (m. 120, 121/3)'dir. Anayasalarında AB'ne özel yer veren yeni üye ülkeler Letonya (m. 68/3), Macaristan (m. 2A) ve Slovakya (m. 7/2)'dir. Güney Kıbrıs Rum Kesimi ile Malta anayasalarında konuyla ilgili özel bir atıf bulunmamıştır.⁴⁸

leler için Anayasa Yargısı'nın 20. cildine bakılabilir): HAKYEMEZ, Yusuf Şevki, *Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı: Doğumu, Gelişimi, Kavramsal Çerçevesi ve Dönüşümü*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004.

³⁹ KELLERMAN, supra, 37.

⁴⁰ Fransız Anayasası, başlangıç 15. paragraf, İtalyan Anayasası, m. 11., Alman Anayasası, m. 24/1., Hollanda Anayasası, m. 92 (eski 67), Lüksembourg Anayasası m. 49, Belçika Anayasası, m. 34.

⁴¹ Fransız Anayasası (Madde 88-1—88-4).

⁴² 1972'de Anayasa'ya yapılan bir değişiklikle (madde 29, 4/3 prg.)

⁴³ Portekiz'de 1982, 1989 ve 1992'de (Maastricht Anlaşması sonrası) değişiklikler yapılmış olup, 7/6. maddede Avrupa Birliği ile egemen güçlerin "ortak kullanımı" konusunda anlaşmalara girilebilmesine izin verilmektedir.

⁴⁴ Avusturya Anayasası, Madde 23a-23f.

⁴⁵ 1999 tarihli Finlandiya Anayasasında egemenliği devrine ilişkin açık bir hüküm yer almamakla birlikte, Anayasa'nın birçok yerinde Avrupa Birliği'ne atıfta bulunulmaktadır. Örneğin, Section 28, 50, 93, 96, 97. Bunun nedeni Finlandiya Anayasası Anayasası'nın metnine *de jure* olarak yazılmasına gerek olmayan derogasyonlara Parlamento tarafından 2/3 çoğunlukla kabul edilmesi halinde izin vermektedir.

⁴⁶ İsveç Anayasası'nın "Devlet Normları" başlıklı bölümünde özel bir hüküm yer almaktadır.

⁴⁷ Danimarka (20. Bölüm), Yunanistan (28. madde), İspanya (93. madde). Dualizmi benimsemiş İngiltere'de özel bir yasa çıkarılmıştır.

⁴⁸ Malta'da 2003 yılında "European Union Act" adlı bir yasa çıkarılarak Katılım Anlaşması onaylanmıştır. (Act V of 2003 (Chapter 460 of the Laws of Malta)). Bu, Malta'nın dualist bir ülke olma-

Sonuç olarak, yukarıda anılan devletlerin anayasaları incelendiğinde 1982 Anayasa'nın 6-9. maddelerinde teker teker değişiklik yapılmasına gerek olmadığı görülmektedir.⁴⁹ Avrupa Birliğine doğrudan atıfta bulunan kapsamlı tek bir madde Avrupa Birliği ile ilişkilerin temel çerçevesini oluşturabilir.

b) Egemenliğin devredilmesinin hangi aşamada olacağına gelince, katılım ortaklığı görüşmelerinin açık uçlu olması nedeniyle egemen yetkilerin yakın dönemde devredilmesine ilişkin acil bir neden bulunmamaktadır. Türkiye ile adaylık statüsünde bulunan dört ülkeden birisi olan Bulgaristan, 2007 yılında üye olacak olmasına rağmen, Anayasasında egemenlik yetkilerinin Avrupa Birliği'ne devrine izin veren açık bir düzenlemeyi henüz yapmamıştır. Buna karşılık, 29 Ekim 2003 tarihinde halkoylamasıyla yürürlüğe giren Romen Anayasasına 429/2003 sayılı Yasayla yeni bir ilave yapılarak (madde 148) Avrupa Birliği ile bütünleşme anayasal temele dayandırılmıştır. Anılan 148. maddenin birinci fıkrasına göre, (ulusal) Meclislerin 2/3 çoğunlukla kabul etmesi halinde egemenliğin devrine olanak tanınmaktadır. Diğer aday ülke olan Hırvatistan'da, Anayasa'nın 135. maddesine göre, bir halkoylamasıyla uluslararası ortaklıklar içerisine girmesine izin verilmiştir. Hırvatistan'ın adaylığa kabul edildiği 18 Haziran 2004 tarihinden ondört yıl önce kabul edilen bu madde, egemenliğin devrinin hangi aşamada yapılacağı konusunda aday ülkelerin yaklaşımlarının farklı olduğunu göstermektedir. Anılan nedenle, yakın dönem içerisinde bu konunun ülke gündeminin ön sıralarında yer almayacağı tahmin edilmektedir.

c) Egemenlik kayıtsız ve şartsız millete ait olduğuna göre, egemenliğin bir kısmının kullanılmasının Avrupa Birliği organlarına devredilmesi aşamasında bu değişikliğin halkın kararı (*referandum*) ile mi, yoksa Parlamento tarafından yapılacak bir Anayasa değişikliği sonrası mı resmîyet kazanacağı önem kazanan bir başka noktadır. Diğer bir söylemle, Türkiye Büyük Millet Meclisi mevcut Anayasa'ya dayanarak egemenliği Avrupa Birliği ile paylaşacak şekilde bir değişiklik yapabilir mi? Kural olarak, Anayasa'da bunu yasaklayıcı (Anayasa'nın 4. maddesinde olduğu gibi) özel bir düzenleme olmadığına göre,⁵⁰ Parlamento'nun yetkilerinin genelliği ilkesi uyarınca, Ana-

sından kaynaklanmaktadır. Güney Kıbrıs Rum Kesimi, 1960 Kıbrıs Cumhuriyeti Anayasasını geçerli kabul etmektedir.

⁴⁹ Bu durumda 6. maddede, "Avrupa Birliği'nin gerektirdiği haller dışında" egemenliğin kullanılmasının devredilemeyeceği, ve 7. maddede, Yasama yetkisinin "Avrupa Birliği'nin gerektirdiği haller dışında" devredilemeyeceği, 8. maddede, Yürütme yetkisinin Anayasa'ya "AB hukukuna" ve kanunlara uygun olarak kullanılacağı, 9. maddede, "Türkiye'nin taraf olduğu antlaşma maddeleri saklı kalmak kaydıyla" Yargı yetkisinin bağımsız mahkemelerce kullanılacağı, şeklinde değişikliklerin yapılması gerekmektedir. Bu değişiklikler, Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürü Dr. Saadet Ankan tarafından 11-12 Aralık 2004 tarihlerinde TBMM CHP Grup Toplantı Salonunda yapılan "Avrupa Birliğine Katılımın Yeni Üye Devletlerin ve Aday Devletlerin Ulusal Hukuk Düzenlerine Etkisi" konulu seminerde anayasal düzeyde yapılması gereken değişikliklere ilişkin konuşma sırasında önerilmiştir.

⁵⁰ Ancak buna izin veren bir düzenleme olmadığı da gözden uzak tutulmamalıdır. Özellikle, Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'nın 87. maddesinin yorumlanmasına ışık tutacak RTÜK üyeleri ile ilgili kararından sonra, bu konuda 87. maddede açık bir yetkilendirme aranması gerektiği ileri sürülebilir. Daha açık bir ifade ile, Anayasa Mahkemesi, 3984 sayılı RTÜK Yasasının 6/1. maddesinin (a)

yasa'nın 175. maddesine göre yapılacak bir anayasa değişikliği ile Anayasa'nın anılan maddeleri değiştirilebilir. Anayasa'nın 175. maddesi gereğince vasıflı çoğunlukla kabul edilen ve Cumhurbaşkanı tarafından halkoyuna sunulmayan anayasa değişiklikleri Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girer.

Hukuksal anlamda böyle bir değişiklik olanaklı olsa da, yüzde 50'nin altında oy almış tek parti iktidarlarının bu yöndeki bir tasarrufu meşruiyet krizinin doğmasına neden olabilir. Hukukun temel kavramlarından birisi olan "*Nemo plus iuris in alium trasferre potest quam ipse habet*" ilkesi gereğince kimse sahip olduğu haktan fazlasını başkasına devredemez.⁵¹ Bu nedenle, egemenliği Millet adına Anayasa'nın koyduğu esaslara göre vekaleten kullanmak durumunda olan Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin, egemenliğin özünü ilgilendiren bir konuda tek taraflı olarak tasarrufta bulunmalarının doğru bir yaklaşım olduğu söylenemez.

Diğer aday ülkelere bakıldığı zaman, egemenliğin devredilmesinde halkoylaması yönteminin tercih edildiği örnekler görülmektedir. Örneğin, Hırvatistan Anayasası'nın 135. maddesine göre, Meclis tarafından 2/3 çoğunlukla kabul edilen bu yönde bir karar halkoylamasına sunulur. 18-19 Ekim 2003'de yapılan halkoylamasıyla kabul edilen Romanya Anayasası'nın 148. maddesi, bu yetkiyi Parlamento'nun 2/3 çoğunlukla kabul etmesi şartına bağlamıştır. Yeni aday olmuş ülkelere Slovakya'da, Anayasası'nın 7/1. maddesine göre, diğer devletlerle işbirliğine girmeye ilişkin bir Anayasa değişikliği halkoyuna sunulmalıdır.⁵² Çek Cumhuriyeti Anayasası'nın 62. maddesine göre, Cumhurbaşkanı, Avrupa Birliği'ne girme konusunda halkoylaması yaptırma ve sonuçlarını açıklama yetkisi verilmiştir.⁵³ Letonya Anayasası'nın 68/3. (ve 79.) maddelerinde Parlamento tarafından halkoylamasına gidileceğine ilişkin bir hüküm yer almaktadır.⁵⁴

29 Ekim 2004'de imzalanan Avrupa Birliği Anayasası'nın onaylanması konusunda 25 Üye Ülkede yaşanan tartışmalar,⁵⁵ Avrupa Birliği'ne tam üye olma aşamasında yapılacak bir referandum konusunda 1982 Anaya-

bendinde yer alan TBMM'nin RTÜK üyelerini seçebilmesine izin veren düzenlemeyi 21.9.2004 günlü, E. 2002/100, K. 2004/109 sayılı kararıyla iptal edip yürürlüğünü durdurmuştur. İptal isteminde bulunan Cumhurbaşkanı, Anayasa'nın 87. maddesinde TBMM'ne bu konuda bir görev verilmediğini ileri sürmüştür. Bu açıdan yaklaşıldığında, Anayasa'nın 87. maddesinde bazı Avrupa Birliği üyelerinin anayasalarında olduğu gibi Meclis'e uluslararası örgütlerle bütünleşmeye izin veren açık bir hükmün olması gerektiği ileri sürülebilir.

⁵¹ DOĞAN, supra, 194.

⁵² KELLERMAN, supra, 16.

⁵³ Cumhurbaşkanı'nın referanduma gitmesi yönündeki karar aleyhine Anayasa Mahkemesine başvurma hakkı tanınmıştır (Madde 87/1(l)). Bu yetki referandumun usulüne uygun olarak yapıp yapılmadığına ilişkin olarak da vardır (Madde 87/1(m)).

⁵⁴ Bu örneklerin yayında, egemenlik devri konusunda henüz bir değişiklik yapmamış olan Bulgaristan'da, Anayasa'nın 154. ve 155. maddeleri, 1982 Anayasası'nın 175. maddesine benzer genel bir düzenlemeden bahsetmekte olup, bu konuda örnek alınabilecek bir hüküm içermemektedir. Buna karşılık üye olması yakın dönemde söz konusu olmayan örn. Makedonya Anayasası'nın 120/3. maddesinde bir birlik veya topluluğa üye olunması halinde halkoylaması yapılacağına ilişkin bir hükme rastlanmaktadır.

⁵⁵ AB Anayasası'nın onaylanması konusunda güncel ve karşılaştırmalı bilgi almak için bkz. http://www.unizar.es/euroconstitucion/Treaties/Treaty_Const_Rat.htm.

sası'na özel bir hüküm konulmasını gerekli kılmaktadır.

b) Birlik Hukukunun Önceliği Sorunu

1960'lı yıllardan itibaren Topluluk hukukunun temel direklerinden birisi olan Topluluk hukukunun üstünlüğü ilkesi, Avrupa Birliği Anayasası'nın 6. maddesinde normatif bir içerik kazanmıştır. Buna göre; "Anayasa ve kendilerine verilen yetkilerin uygulanması sırasında Birlik Kurumları tarafından kabul edilen hukuk, Üye Devletlerin yasaları karşısında önceliğe sahiptir." Bu hükmün genelde uluslararası antlaşmalara, özelde Birlik Müktesebatına üstünlük tanımayan Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası ile çeliştiği bilinen bir gerçektir.⁵⁶

Bu çelişkiyi ortadan kaldırmak ve Topluluk Hukukunun üstünlüğünü sağlamak amacıyla, Anayasa'yı kapsamlı olarak değiştiren 4709 sayılı Kanun'un 2001 yılında yasalaşması süreci içerisinde 228 milletvekili tarafından verilen ve Anayasa Komisyonu tarafından aynen kabul edilen kanun teklifinin 32. maddesinde Anayasa'nın 90. maddesinin sonuna "Kanunlar ile milletlerarası andlaşmaların çatışması halinde milletlerarası andlaşmalar esas alınır" tümcesinin eklenmesi öngörülmüştü.⁵⁷ Değişiklik gerekçesi olarak aynen şu ifadeler dikkat çekicidir: "Kanunlar ile Milletlerarası andlaşmaların çatışması halinde Milletlerarası andlaşmaların esas alınması öngörülmektedir. Bu hüküm Avrupa Birliğine uyum çerçevesinde hukuksal alt yapının sağlanması için gerekli görülmüştür."⁵⁸

3 Ekim 2001 tarihinde Meclis Genel Kurulu'nda, Anayasa'nın 90. maddesine yapılacak ilave ile ilgili olarak üç değişiklik önergesi verilmiş olsa da, bunlardan hiçbirisi uluslararası antlaşmaların kapsam itibariyle sınırlandırılmasını içermemekteydi.⁵⁹ Uluslararası antlaşmaların tamamına üstünlük tanınmasının verdiği rahatsızlık ve oluşan olumsuz kamuoyu, bu değişikliği

⁵⁶ Buna göre; "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir...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." (Son cümle 7 Mayıs 2004 tarihinde Anayasa'ya girmiştir)

⁵⁷ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Teklifi, (Dönem: 21, Yasama Yılı: 3, T.B.M.M. (S. Sayısı : 737).

⁵⁸ Genel Kurul görüşmeleri sırasında Yasin Hatipoğlu'nun ifadelerinde bu gerekçeye vurgu yapılmaktadır: "Değerli milletvekilleri, bakınız, şu 90 ıncı madde, uluslararası anlaşmalar... Avrupa Birliğine gireceğiz diyoruz; peki, biz, Avrupa'yı nasıl ikna edeceğiz; yani, gönüllü katıldığımızı nasıl söyleyeceğiz?! Yani, şunu mu diyeceğiz: Biz, sizinle anlaşma yaparsanız, bir anlaşma yaparsanız sizinle; ama, benim iç hukukumla çatışırsa, benim hukukum geçerlidir, seni kâle almam..." Genel Kurul Tutanağı, 21. Dönem 4. Yasama Yılı, 3. Birleşim 03 Ekim 2001 Çarşamba, s. 21.

⁵⁹ Teklif edilen değişiklik önergeleri şunlardır: 1- Anayasanın 90 ıncı maddesine eklenmesi öngörülen cümleye "halinde" ibaresinden sonra gelmek üzere "Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından usulüne göre kabul edilip yürürlüğe konulan" ibaresinin eklenmesi, 2- "Kanunlar ile TBMM'nin onaylamayı bir kanunla uygun bulduğu milletlerarası andlaşmaların çatışması halinde milletlerarası andlaşmalara öncelik tanınır", 3. "Normlar hiyerarşisinde; Anayasadan sonra milletlerarası kuruluşlarla yapılacak antlaşmaların TBMM'nin onaylamayı bir kanunla uygun bulduğu kanunlar gelir". Ayrıntılı bilgi için bknz. Genel Kurul Tutanağı, 21. Dönem 4. Yasama Yılı, 3. Birleşim 03/Ekim /2001 Çarşamba, 18.

Meclis gündemine taşıyan bazı milletvekillerinin vazgeçmesine neden oldu. Sonuç olarak, uluslararası antlaşmaların kanunlarla çatışması halinde "bütün" uluslararası antlaşmaların kanunlardan üstün tutulmasını öngören değişiklik yeterli oyu alamayarak, en büyük Anayasa değişikliği paketinin dışarısına çıkarılmış oldu.⁶⁰

Anayasa'nın on maddesinde değişiklik yapan 7 Mayıs 2004 tarih ve 5170 sayılı Kanunun hazırlık aşamasında Mayıs 2004 öncesi bütün uluslararası antlaşmaların üstünlüğünün sağlanması düşünülmeyle birlikte,⁶¹ daha sonra gelen yoğun eleştiriler nedeniyle,⁶² sadece temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların üstünlüğü ilkesi benimsendi. Bu bağlamda, yapılmak istenen değişiklikle, ortaya çıkan son metin arasında önemli bir farklılık gözlenmektedir.

Son zamanlarda yapılan anayasa değişikliklerinin temel ereği, AB üyeliğine doğru giden süreçte ulusal mevzuatın AB Müktesebatına ve Kopenhag Kriterlerine uygun düzenlenmesi olduğuna göre, uluslararası antlaşmalardan sadece temel hak ve özgürlüklere ilişkin olanlara üstünlük tanınmasının çok fazla bir anlam taşımadığını ifade etmek gerekir. Bunun en büyük nedeni, Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan "insan haklarına saygılı" hukuk devleti kavramı ile Anayasa'nın 15. maddesi gereğince savaş, seferberlik, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde temel hakların kullanılması ve durdurulmasına ilişkin olarak uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerin ihlâl edilemeyecek olması, olağan dönemlerde uluslararası insan hakları antlaşmalarının dolaylı yoldan üstün tutulmasına olanak tanınmasıdır.⁶³ "İnsan hakları alanında 90. maddenin yorum ve uygulamasının, Anayasa'nın öteki maddeleri ışığında daha türdeş ve uluslararası sözleşmeler lehine ortaya çıkması beklenirdi. Fakat Anayasa'nın 20 yılı aşkın uygulama döneminde bu gerçekleşmedi."⁶⁴ Getirilen değişiklik sadece insan haklarına ilişkin uluslararası

⁶⁰ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Teklifinin Tasarıda 32., yeni 30. maddesinin yapılan gizli oylama sonucunda, 455 üyeden 244'ü kabul, 201'i ret, 4'ü çekimsiz oy kullanmış, 5 oy geçersiz sayılmış ve 1 oy da boş çıkmıştır. Böylece, Anayasa'da yapılması öngörülen 36 değişiklikten biri olması engellenmiştir.

⁶¹ Anayasa değişikliği paketinde yer alan anayasanın 90. maddesinde değişiklik öngören ilk düzenleme şu şekildeydi: "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar ile kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkacak uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır."

⁶² Eleştiriler için bkz. KIRCA, Coşkun, "Milletlerarası Andlaşma ve Anayasa - II", **Akşam Gazetesi**, 19 Mart 2004.; GÜLTEKİN, Mehmet Bedri, "Ulusal Egemenlik" Tabela Değildir!", <http://www.ip.org.tr/basin/2004/080404.htm>: "Hukukçular farklı bakıyor", http://www.barobirlik.org.tr/calisma/basinda_yargi/2004/04/22.htm: CAN, Osman, "Yorum" *Hürriyet'in İnternet Portalında yer alan "Sıra egemenlik paylaşımına geldi" adlı habere yorum olarak ilave edilmiştir.* <http://www.hurriyetim.com.tr/haber/0,,sid~1@nvid~380437,00.asp> (08.03.2004-14:21.); GÜRKAN, Uluç Güven, "AB'ye uyum ve CHP...", <http://www.stargazete.com/index.asp?haberID=47768>, 01.05.2004.

⁶³ Bkz. TURHAN, Mehmet, "Değişen Egemenlik Anlayışının Hak ve Özgürlüklere Etkisi ve Anayasa Mahkemesi", **Anayasa Yargısı**, 20, 229-30. Turhan'a göre, "15. madde kapsamına giren uluslararası antlaşmalar açıkça yasa üstü bir hukuksal statüye sahiptirler. Bu sözleşmeler anayasal kurallar niteliğindedir". *id.*

⁶⁴ KABOĞLU, Ö. İbrahim, "Hukuka Yeni Düzenleme", http://www.radikal.com.tr/veriler/2004/07/26/haber_123268.php, (26/07/2004).

antlaşma hükümlerine üstünlük tanımada çekingen davranan yargı mensuplarının doğrudan bu uluslararası sözleşme hükümlerini uygulamasına olanak tanıyacak niteliktedir.

İnsan hakları dışında kalan konuları düzenleyen uluslararası antlaşmaların yasa gücünde kabul edilmesi, Avrupa Birliği Anayasası'nın II. Kısmını oluşturan "Birlik'in Temel Haklar Şartı"nı oluşturan ve 61-114. maddeler arasında yer alan hak ve özgürlüklerin yasalardan üstün kabul edilmesi sonucunu doğurmakla birlikte, Ankara Anlaşması ve Katma Protokol hâlâ yasalarla eşit seviyede kabul edilmektedir.⁶⁵ Oysa 2004 yılının Mayıs ayında Avrupa Birliği üyesi olan Polonya, Çek Cumhuriyeti, Slovenya, Macaristan, Slovakya, Estonya, Litvanya, Letonya, Malta, ve Güney Kıbrıs Rum Kesimi ile halen adaylık statüsü içerisinde olan Hırvatistan ve Bulgaristan ile görüşmelerin devam ettiği Sırbistan-Karadağ'la Ortaklık/Avrupa Antlaşmalarının (bir uluslararası antlaşma olarak) üstünlüğü tam üyelikten önce sağlanmıştır.

Avrupa'da uluslararası antlaşmaların üstünlüğünü Avrupa Birliği'nin bağlayıcı kuralları ve insan hakları antlaşmaları ile sınırlayan iki ülke olduğu görülmektedir.⁶⁶ İlk olarak, halihazırda aday ülke statüsünde bulunan 2003 yılının sonunda anayasasını yenileyen Romanya'da, Avrupa Birliği hukukunun üstünlüğüne ilave olarak (madde 148/2), insan hakları antlaşmalarına da üstünlük tanınarak (madde 20/2), 1982 Anayasası'nın 90. maddesine benzer bir düzenleme yapılmıştır. 1 Temmuz 2001 tarihinde 90 sayılı Yasa ile değiştirilen Slovak Anayasası'nın 7/2. maddesi AB Müktesebatının üstünlüğünü, 7/5. maddesi ise insan hakları ve temel özgürlüklere ilişkin antlaşmalar, uygulanması için yasa yapılmasına gerek olmayan antlaşmalar ve gerçek ve tüzel kişilerin hak ve yükümlülüklerini doğrudan belirleyen ve bir yasayla onaylanmış ve yayınlanmış uluslararası antlaşmaların üstünlüğünü kabul etmektedir. Avrupa Birliği'ne üye olan eski 15 devletin hukuk sistemleri incelendiğinde bunların da özel olarak uluslararası antlaşmaları veya genel olarak uluslararası hukukun genel ilkelerini yasalardan üstün tuttukları görülmektedir.

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 antlaşmaların üstünlüğünün kabul edilmiş olması takdire şayan bir gelişme olmakla birlikte, bu hükmün Avrupa Birliği'ne uyum çerçevesinde hukuksal alt yapının sağ-

⁶⁵ Ortaklık Konseyi kararları nitelikleri itibarıyla Türk kanunlarında değişiklik yapılmasını gerektiren uluslararası antlaşma niteliğinde bir belge olarak kabul edilebilir.

⁶⁶ Rus Anayasası'nın 17/1. maddesi insan haklarına ilişkin antlaşmalara atıf yapan özel bir hüküm içermesine rağmen, bütün uluslararası antlaşmaların üstünlüğü kabul edildiğinden bu kategori içerisine sokulmamıştır. Sırbistan-Karadağ Anayasası'nın 10. maddesinde insan ve azınlık hakları ve sivil özgürlükler konusunda imzalanan antlaşmaların doğrudan uygulanacağına ilişkin bir hüküm vardır. Ne var ki bu üstünlük ve doğrudan etki şeklinde anlaşılmalıdır.

lanması için yapılması gerekli olan bir değişiklik olmadığı açıktır. Bununla birlikte, uluslararası antlaşmalara kayıtsız ve şartsız üstünlük tanınmasının getireceği riskler göz önüne alındığında bugün için gelinen noktanın sadece geleceğe yönelik olumlu bir adım olduğunu kabul etmek gerekir.

Anayasa'nın 90. maddesinin *nasıl ve zaman* değiştirileceği konusuna gelince, ilk olarak ifade etmek gerekir ki, uluslararası antlaşmaların üstünlüğünün benimsenmesi sadece Avrupa Birliği'ne üye ülkelere has bir uygulama değildir. Avrupa Birliği'ne girmek için gün bekleyen Hırvatistan'da uluslararası antlaşmaların üstünlüğü 27 Kasım 1990 tarihli Anayasanın 140. maddesi ile bağımsızlık sonrası tanınmıştı. (2001 değişikliklerinden sonra 134. madde olarak yeniden numaralandırıldı). Avrupa Birliği'ne yakın dönemde üye olması söz konusu olmayan Avrupalı devletler (örn. Arnavutluk) ile Sovyetler Birliği'nin dağılmasından sonra bağımsızlıklarını kazanan devletlerin (Rusya, Ermenistan, Azerbaycan, Gürcistan, Kazakistan, Ukrayna, Tacikistan) anayasalarına bakıldığında, bütün uluslararası antlaşmaların yasalardan üstün tutulduğu görülmektedir.

Bu bağlamda, Çek Anayasası'nın 10. maddesinin 2001 yılı değişikliğinden önceki eski şekli, 1982 Anayasası'nın 90. maddesine 2004 yılı değişikliği ile eklenen cümleye oldukça benzediğinden Çek tecrübesi üzerinde durmak gerekir. Çek Anayasası'nın 10. maddesinin mülga şekline göre, usulüne göre yürürlüğe girmiş ve yayınlanmış temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar doğrudan etkili olup yasaların üzerinde yer almaktaydı.⁶⁷ Avrupa Birliği üyesi olmadan üç yıl önce gerçekleştirilen anayasa değişikliği sonrası (2001 Değişikliği) yeni Çek Anayasası'nın 10. maddesi şu şekle dönüşmüştür: "*Parlamentonun uygun bulduğu ve Çek Cumhuriyetinin bağlı olduğu yayımlanmış uluslararası antlaşmalar hukuk düzeninin bir parçasını oluştururlar; bir antlaşma bir yasanın içerdiğinden başka bir şey içerirse antlaşma uygulanır*".⁶⁸ Benzeri bir değişikliğin, önümüzdeki aylarda/yıllarda yapılacak Anayasa değişikliklerinde gündeme gelmesi, sadece Avrupa Birliği üyeliği açısından değil, "ahde vefa"yı gerektiren hukuk devleti kavramını ilke edinen Türkiye için bir gerekliliktir.

90. maddede yapılacak değişikliğin nasıl olması gerektiği konusunda, yukarıda sayılan ülkelerin ilgili Anayasa maddeleri⁶⁹ örnek alınabilecek güzel hükümler içermektedirler. Bunun yanında Romen ve Slovak örnekleri

⁶⁷ Çek Anayasası, madde 10 (mülga): "*International treaties concerning human rights and fundamental freedoms which have been duly ratified and promulgated and by which the Czech Republic is bound are directly applicable and take precedence over statutes*". Bu metin 395/2001 sayılı ve tarihli Anayasa Kanunu ile değiştirilmiştir.

⁶⁸ Çek Anayasası, madde 10 (395 sayılı Yasa ile değiştirilen metin şu şekildedir: "*Promulgated treaties, to the ratification of which Parliament has given its consent and by which the Czech Republic is bound, form a part of the legal order; if a treaty provides something other than that which a statute provides, the treaty shall apply.*")

⁶⁹ Almanya (m.25), Fransa (m.55), Yunanistan (m.28/1), İtalya (m.10/1), İrlanda (m.9/3), Portekiz (m.8/1), Hollanda (m.91/3), Arnavutluk (m.122/2), Sırbistan-Karadağ (m.16), Rusya (m.15/4), Ermenistan (m.6/3), Azerbaycan (m.151), Gürcistan (m.6/2), Kazakistan (m.4/3), Moldova (m.4/2), Ukrayna (m.15), Tacikistan (m.10) Anayasaları güzel örnekler sunmaktadır.

göstermektedir ki, Anayasa'nın 90. maddesinde bir değişiklik yapmadan, Avrupa Birliği ile ilgili özel bir maddeye Avrupa Birliği hukukunun üstünlüğünün yerleştirilmesi mümkündür. Örneğin, Romen Anayasasının 148/2. maddesi, insan hakları antlaşmalarının üstünlüğünden (m. 20/2) ayrı olarak, AB hukukunun üstünlüğünü açıkça ve özel bir düzenleme ile kabul etmiştir. Aynı düzenleme yukarıda işaret edildiği gibi Slovak Anayasasının 7. maddesinde her iki antlaşma türü için ayrı ayrı düzenlenmiştir.

Prof. Kellerman, Türkiye'nin, diğer ülkelerin tecrübelerinden yararlanmakla birlikte, geçmiş örneklere bağlı kalmadan diğer ülkelere örnek olacak şekilde Birlik Hukukunun doğrudan etkisi ve üstünlüğünün Anayasa'da özel bir hükümle tanınması gerektiğini tavsiye etmektedir.⁷⁰ Bu tür bir özel hüküm Avrupa Birliği üyeliğinin hemen öncesi yapılabilir.

c) Avrupa Birliği Vatandaşlığına İlişkin Düzenleme Yapma İhtiyacı

Avrupa Birliği Anayasası'nın birçok maddesi Avrupa Birliği vatandaşlığı ile ilgili değişik hükümler içermektedir. Örneğin, Anayasa'nın 2. maddesine göre, (üye ülke vatandaşları arasında) ayrımcılık yapılmayacaktır. 3. maddesinde, Birlik vatandaşlarına iç sınırın bulunmadığı tek bir Pazar sunulması yükümlülüğü getirilmiştir. 4/2. maddesinde vatandaşlık nedeniyle yapılan her türlü ayırım yasaklanmıştır. 10/2. maddesinde, Birlik vatandaşlarına sağlanan haklardan ayrıntılı olarak söz edilmektedir. Avrupa Birliği vatandaşlarının temel hakları arasında; seyahat ve yerleşme özgürlüğü, Avrupa Parlamentosu seçimlerinde ve belediye seçimlerinde oy verme ve aday olma hakkı, sığınma hakkı, diplomatik korunma hakkı, Avrupa Parlamentosuna dilekçe verme ve Avrupa Ombudsmanına başvurma hakkı ve sivil toplum kuruluşları ile ilgili hükümler yer almaktadır. Bu yükümlülüğün sonucu olarak gerek 1982 Anayasası'nda gerekse ilgili yasalarda Türk vatandaşları ile Birlik vatandaşları arasında ayırma neden olacak hükümlerin kaldırılması gerekmektedir.

Bu bağlamda, *ilk olarak*, Anayasa'nın 16. maddesinde yer alan "yabancı" kavramının AB vatandaşlarını dışlayacak şekilde anlaşılması gerekmektedir. Uygulamada yaklaşım farklılıklarının yaşanmaması için, sözü edilen madde, temel hak ve hürriyetlerin "Avrupa Birliği vatandaşları dışındaki" yabancılar için kısıtlanacağını öngörecektir şekilde değiştirilebilir.

İkinci olarak, yerleşme özgürlüğünün bir parçası olarak Avrupa Birliği vatandaşlarına mülk edinme hakkının tanınmasından söz etmek gerekir. Birlik vatandaşlarının (gerçek ve tüzel kişiler) Türkiye'de taşınmaz mal edinebilmeleri açısından 1982 Anayasası'nda buna engel açık bir hüküm olmamakla birlikte, Avrupa Birliği Mevzuatına uyum sağlamak amacıyla çıkarılan ve yabancılar taşınmaz mal elde etme olanağı tanıyan bir Yasayla değiştirilen 2644 sayılı Tapu Kanunu'nun 35. maddesinin Anayasa'ya aykırılığı

⁷⁰ 11-12 Aralık 2004 tarihlerinde TBMM CHP Grup Toplantı Salonunda yapılan "Avrupa Birliğine Katılımın Yeni Üye Devletlerin ve Aday Devletlerin Ulusal Hukuk Düzenlerine Etkisi" konulu seminerde yaptığı konuşma sırasında ifade etmiştir.

ileri sürülmüş olup,⁷¹ bu konu Anayasa Mahkemesi'nin önünde bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin Tapu Kanunu'nun 35. maddesini olası iptali halinde, bu konuda Anayasa'da bir düzenleme yapılması ihtimali gündeme gelebilir. Bu husus özellikle eskiden sosyalist ekonomiye sahip ülkelerde de Anayasa Mahkemelerinin önüne getirilmiştir.⁷² Örneğin, Sloven Anayasası'nın eski 68. maddesi ve Romen Anayasası'nın eski 41/2. maddesi, açık bir şekilde yabancıların toprak sahibi olamayacaklarına ilişkin hükümler içerdiklerinden, Sloven ve Romen Anayasa Mahkemeleri yabancılara taşınmaz mal edinme iznini veren düzenlemeleri iptal etmişlerdir. Avrupa Birliği'ne uyum çerçevesi içerisinde, her iki ülke de Anayasalarında değişiklik yapmışlardır.⁷³ Sloven Anayasası'nın 68. maddesine 1997 yılında yapılan değişiklikle, Slovenya Avrupa Birliği'ne katılmadan bu hakkı veren ilk ülke unvanını kazanmıştır.⁷⁴ Romen Anayasası'nın yeni 44/2. maddesine göre, AB vatandaşlarının karşılıklılık şartı aranmadan mülk edinebilmeleri kabul edilmesine rağmen, diğer yabancılara karşılıklılık temeli üzerinden mülkiyet hakkına sahip olma olanağı getirilmiştir.

Bulgaristan, 2007 yılında Avrupa Birliği üyesi olacak olmasına rağmen, kendi Anayasası'nda bu konuda henüz bir değişiklik yapmamıştır. 1991 tarihli Bulgar Anayasası'nın 22/1. maddesine göre, yabancı gerçek ve tüzel kişilerin mülkiyet hakkına sahip olması miras kalması haricinde yasaklanmıştır. Aynı maddenin 2. fıkrasına göre, yabancıların kullanım hakkına sahip olmasına izin verilmiştir. Türk Anayasa Mahkemesi'nin vereceği olası bir iptal kararının ardından Romen Anayasasında olduğu gibi AB vatandaşlarını diğer ülke vatandaşlarından ayırmak mümkün olabileceği gibi, mülk edinme hakkı AB vatandaşları için tam üyelik şartına bağlı olarak da getirilebilir.

Üçüncü olarak, AB vatandaşlarının yerleşme hakkının doğal bir sonucu, buldukları yerde yapılacak yerel seçimlerde seçme ve seçilme hakkına sahip olmalarıdır. Bu hak AB Anayasasının "Vatandaşlık Hakları" başlığını taşıyan 5. Başlığın 99. ve 100. maddelerinde yer almaktadır. Romanya, 8-9 Aralık 2003'de yapılan bir halkoylaması ile kabul edilen Anayasası'nın 16/4. maddesinde bu konuyu düzenleyerek, AB vatandaşları için sözü edilen hakkı tanımıştır. Benzeri bir düzenlemenin, 1982 Anayasası'nın 67. maddesinde yapılması gerekecektir. Bu düzenlemenin AB üyeliğinden önce yapılması halinde Romen Anayasasında olduğu gibi (m. 38); "Türkiye Avrupa Birliği'ne katıldığı takdirde,..." ibaresiyle başlayan bir ifade kullanılması yararlı olur. Bu değişikliklerin yapılma aşamasında, Türk vatandaşlarına Avrupa Parlamentosuna üye seçme ve seçilme hakkının – A-

⁷¹ 3.7.2003 günlü, 2916 sayılı "Çeşitli Kanunlarda ve Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun"la değiştirilen Tapu Kanunu'nun 35. maddesindeki ilgili ibarenin iptali istenilmektedir. Esas sayısı (2003/70).

⁷² Bu konuda en son karar Rusya Anayasa Mahkemesine aittir. (23.4.2004, No: 8/II), http://ks.rfnet.ru/pos/p8_04.htm (karar dili: Rusça).

⁷³ Bu bağlamda, Litvanya Anayasası'nın 47. maddesine 1996 yılında ilave edilen 2. fıkrayı da zikretmek uygun olur.

⁷⁴ Bu değişiklik, Slovenya'nın 1996'da imzaladığı Avrupa Anlaşması'nın (8 nolu Ekinin) onaylanması için gereklidi. Bu Anlaşma 1 Şubat 1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

nayasa'ya eklenecek bir madde/fıkra ile – tanınması gerekir.

Dördüncü olarak, anılan 5. Başlığın 103. maddesinde yer alan “Avrupa Ombudsmanı” (halk denetçisi) kavramının anayasal düzeyde düzenlenmesi dikkat çekicidir. Nitekim, Romanya Anayasası'nın 58-60., Avusturya Anayasası'nın 148a-148d, Hırvatistan Anayasası'nın 93., Portekiz Anayasası'nın 52. maddeleri ile Finlandiya Anayasası'nın 110. bölümünde halk denetçisine başvurma hakkı anayasal düzeyde tanınmıştır. Benzeri bir hüküm 1982 Anayasasının 74. maddesine ilave edilebilir. Yine, 74. maddede vatandaşlara tanınan dilekçe hakkının Birlik vatandaşlarını da kapsayacak şekilde genişletilmesi gerekmektedir.

Vatandaşlıkla ilgili bir başka nokta, AB'nin ikinci sütununda yer alan adalet ve içişlerinde ortak hareketle ilgilidir. Buna göre, Anayasa'nın 38. maddesinde vatandaşın suç nedeniyle bir başka ülkeye iade edilemeyeceğine ilişkin bir düzenleme vardı. Avrupa Birliği mevzuatına uyum çerçevesi içerisinde 38. maddenin son fıkrası değiştirilerek Uluslararası Ceza Mahkemesine taraf olmanın gerektirdiği haller dışında iade yasağı getirildi. Bu çözüm, değişikliğin *ratio legis*'i ile uyum içerisinde değildir. 2005 yılından itibaren uygulanmaya başlayan Avrupa Yakalama ve Tutuklama Emri (*European Arrest Warrant*) ile uyumun sağlanabilmesi için, 38/12. madde değiştirilerek; “vatandaş, usulünce onaylanmış uluslararası antlaşmalar ve Birlik Müktesebatının gerektirdiği haller dışında” suç sebebiyle yabancı ülkeye iade edilemez hükmünün getirilmesi gerekmektedir.⁷⁵

d) Anayasa'da Yapılabilecek Diğer Değişiklikler

Avrupa Birliği'ne tam üye olunması halinde Birlik kurumlarının işlemleriyle vergi, resim, harç gibi mali yükümlülükler konulabilecek, değiştirilebilecek veya kaldırılacaktır. Bu durumda Anayasa'nın 73. maddesinde yer alan vergide kanunilik ilkesinin tartışılması gerekecektir.⁷⁶

1982 Anayasa'sına göre para basmak Meclisin genel görevleri içerisinde gösterilmektedir. Oysa, Avrupa Birliği'ne girildiğinde ulusal para birimi Lira'nın Euro ile değiştirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle, Anayasa'nın 87. maddesine yapılacak bir ek ile, Euro'nun Türk Lirası yerine tedavülde dolaşması ve değiştirilmesi konusunda kanunla Yasakoyucuya düzenleme yapma yetkisinin verilmesi uygun olacaktır.⁷⁷

Anayasa'nın 138. maddesine göre, hakimler Anayasa ve kanuna uygun olarak karar verirler. Oysa, Topluluk hukukunun uygulanabilmesi için bu maddede hakimleri rahatlatıcı bir ifadenin olması gerekir. Bu nedenle, hakimlerin Birlik Müktesebatına göre karar vermelerini sağlayacak bir ilavenin

⁷⁵ Yakalama ve Tutuklama Emrine uygun olarak düzenlenen Slovak Anayasası'nın 47. maddesine bakınız.

⁷⁶ Bu tartışma Saraçoğlu tarafından incelendiği için burada yinelenmeyecektir. SARAÇOĞLU, Fatih, “Vergilendirme Yetkisi ve Türkiye-Avrupa Birliği İlişkileri”, **Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi**, cilt. 5/3, 2003, 1-23, <http://dergi.iibf.gazi.edu.tr/pdf/5312.pdf>

⁷⁷ Karş: Romanya Anayasası, Madde 137/2.

madde metnine dahil edilmesi faydalı olacaktır. Bu açıdan Çek Anayasasında 2001 yılında yapılan değişiklik kayda değerdir. Çek Anayasasının eski 95. maddesi, 1982 Anayasası'nın 138. maddesine benziyordu. 2001 değişiklikleri sonrası, yeni 95/1. madde ile, hakimler kararlarını verirken sadece kanunlara değil, "hukuk düzeninin parçası olmuş antlaşmalara" göre de karar verme yükümlülüğü altına girmişlerdir.⁷⁸

Anayasa'nın 166. maddesi "Planlama" başlığını taşımakta olup, diğerleri arasında, ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmayı, özellikle sanayinin ve tarımın yurt düzeyinde dengeli ve uyumlu biçimde hızla gelişmesini, ülke kaynaklarının döküm ve değerlendirilmesini yaparak verimli şekilde kullanılmasını planlamak, bu amaçla gerekli teşkilatı kurmanın Devletin görevi olduğunu ortaya koymaktadır. Bu maddeye bir ilave yapılarak "Devlet, Avrupa Birliği'nin hedeflerine uyumlu bölgesel kalkınma politikalarının uygulanmasını güvence altına alır" şeklinde bir hüküm konulması uygun olur.⁷⁹ Ayrıca, ekonomi politikasının Avrupa Birliği ile koordinasyonu sağlayacak şekilde değiştirilmesi de gerekecektir.

SONUÇ

Avrupa Birliği'nin eski üyeleri Topluluk hukukuna "uluslararası hukuk" ve "uluslararası örgütler" bağlamında yaklaşarak, anayasalarında AET/AT/AB kavramlarına açıkça yer vermemişlerdir. Başka bir anlatımla, 1992 yılına kadar Üye Devletlerin Avrupa bütünleşmesine yaklaşımları (İrlanda hariç) uluslararası kuruluşların genel çerçevesi bağlamında olmuştur. Maastricht Antlaşması, Üye Devletlerin anayasaları açısından bir dönüm noktası olmuştur.⁸⁰ Bu ülkelerden bir kısmı anayasalarını değiştirerek Avrupa Birliği üyeliğini anayasal boyutta düzenlemelerine rağmen, Hollanda, Danimarka ve Lüksembourg anayasalarında hâlâ Topluluk hukukuna atıfta bulunmamışlardır. Bu eğilimi takip eden ve 1990'ların başında Avrupa (Ortaklık) Anlaşmalarını imzalayan bazı yeni üye ülkeler (ilk dalga ülkeleri olarak adlandırılan Polonya, Letonya, Litvanya, Slovenya, Çek Cumhuriyeti) geçmişten beri devam edegelen ve diğer Üye Ülkelerde varolan "uluslararası örgüt" yaklaşımını devam ettirerek genel düzenlemelerle yetinmişlerdir. Daha sonra üyelik başvurusunda bulunan ikinci dalga Ülkeler (Macaristan, Slovakya, Letonya) anayasalarında daha özel düzenlemeler yapmışlardır. Türkiye ile birlikte aday ülke statüsünde bulunan Romanya, Bulgaristan ve Hırvatistan, anayasalarında bazı değişiklikler yapmışlardır. Bunların içerisinde en başarılısı Romanya, en geride kalanı ise Bulgaristan'dır.

Türkiye, 25 Üye ve 3 Aday Ülkenin yaşamış olduğu tecrübelerden yararlanarak Anayasasında son derece başarılı değişiklikler yapabilir. Bu deği-

⁷⁸ Ayrıca yasaların antlaşmalara uygunluğunu denetleme görevini üstlerine almışlardır. Bu değişikliklerle, yasalarla uluslararası antlaşmalar arasında bir ihtilaf gördüklerinde doğrudan uluslararası antlaşmaları esas almak durumundadırlar.

⁷⁹ Karş: Romanya Anayasası, Madde 135/2(g)

⁸⁰ ŠLOSARCIK, Ivo, "Constitutional Changes In the Czech Republic and Case-Law of the Constitutional Court in 2000-2002 (Balancing Pillars of Governance on the Eve of EU Membership)", *European Public Law*, Vol. 10/1, 3-18, 5.

şiklikleri yaparken, eski Üye Ülkeleri örnek almak yerine, yeni Üye Ülkelerin açtığı yoldan giderek Anayasasına Avrupa Birliği'ne özgü hükümler koyabilir.

Tam üyelik görüşmelerinin açık uçlu olması, 1982 Anayasası'nın Avrupa Birliği hukukuna uyumlaştırılması konusunda gerekli siyasal motivasyonu yakın dönemde azaltacak niteliktedir. Yukarıda sayılan doğrudan ve dolaylı anayasal aykırılıkların en geç katılım öncesinden kısa bir süre önce (2010'lu yılların başında) düzeltilmesi doğru olacaktır.

Bununla birlikte, Türkiye'nin en kısa zaman içerisinde yapması gereken değişiklik, kırk yıldan fazla bir süredir devam edegelen bir hatanın giderilerek, uluslararası antlaşmaların anayasal denetimini yasaklayan Anayasa'nın 90/5. maddesinin son tümcesinin kaldırılmasıdır.⁸¹ Avrupa'da Makedonya,⁸² Hırvatistan⁸³ ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti⁸⁴ Anayasaları dışında uluslararası antlaşmaların anayasal denetimini yasaklayan bir başka ülke olmadığı görülmüştür. Dördüncü bir ülke olarak 2001 yılına kadar bu grupta gösterilebilecek Çek Cumhuriyeti, 2001 Anayasa Değişikliği ile sadece insan haklarının üstünlüğünü tanıyan anayasa hükmünü değiştirerek bütün antlaşmalara üstünlük tanınmakla kalmamış, buna paralel olarak, Çek Anayasa Mahkemesi'nin görevlerini düzenleyen 87. maddede bir değişiklik yaparak Mahkeme'nin görevleri arasına Avrupa Birliği'ne katılım anlaşması gibi uluslararası antlaşmaları denetleme yetkisi ilave edilmiştir. (madde 87/1(l,k)).⁸⁵ 1982 Anayasasında da uluslararası antlaşmaların Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesine yönelik benzeri bir değişikliğe gidildiği takdirde, bütün uluslararası antlaşmaların üstünlüğünün tanınmasının getireceği sakıncalar bir nebze olsun giderilebilir.

⁸¹ Bir başka makalede, uluslararası antlaşmaların anayasal denetimini karşılaştırmalı hukuk perspektifinden ayrıntılı olarak incelediğimiz için, burada ayrıca değinilmeyecektir. bkz. BAŞLAR, Kemal, "Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine" *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan (yayınlanacak).

⁸² "The Constitutional Court of the Republic of Macedonia: Pröposals for Legislative and Administrative Reform", <http://www.policy.hu/treneska/final%20reaserach.html>.

⁸³ CAPETA *et al.*, supra, 7.: Bu uygulama yazarlar ve Anneli Albi tarafından eleştirilmektedir. ALBI, Anneli, *Impact of European Integration on National Constitutions and Parliaments*, "Impact of EU Accession on the National Legal Orders of Candidate Countires- National Report of Croatia", in *The Hopes and Fears of New Member States and (Pre)candidate Countries: Views on the EU Constitution*, Conference Paper, Final Conference Malta Multi Country Project, Kurhaus Hotel, The Hague, 13 October 2004, 9.

⁸⁴ KKTC Anayasası, Madde 90/5.

⁸⁵ İlginç olan nokta, bu değişiklikle yasaların uluslararası antlaşmalara aykırılığını inceleme görevi Anayasa Mahkemesinden alınarak ilk derece mahkemelerine verilmiştir. (karş: eski 10. madde). Çek Anayasa Mahkemesi bu yetkisinin alınmasına No. 403/2002 karar ile tepki göstererek en azından insan haklarına ilişkin antlaşmalarına uygunluğunu denetleme görevi olduğunu ileri sürmüştür. ŞLOSARCIK, supra, 6.