

# SENDİKAL HAKLARA İLİŞKİN SÖZLEŞMELERİN İÇ HUKUKA ÜSTÜNLÜĞÜ VE YASALARIMIZDAKİ AYKIRILIKLAR

Mesut GÜLMEZ\*

1982 Anayasası'nın, kısaca onaylanan uluslararası sözleşmelerin iç hukukla bütünleştirilmesini öngören, ancak kurallar sıralamasındaki yeri sorununu boş bırakan düzenlemesine, Avrupa Birliği (AB) ile tam üyelik görüşmelerine başlama tarihi alınmasından altı ay kadar önce yeni ve ilk kez açık bir "çatışma kuralı" eklenmiştir. Böylece, Avrupa Birliği'ne uyum sürecinin ivme kazandığı anayasal ve yasal değişiklik ve düzenlemelerden biriyle, özellikle son yirmi yıldır öğretilen tartışılan bu soruna ve yargı yerlerimizin, "iç hukukta özel yasal düzenleme bulunmadığı" gibi bir gerekçeyle onaylanan insan hakları sözleşmelerini "doğrudan" uygulama konusunda gösterdikleri duraksamalara çözüm getirilmek istenmiştir.

İç hukukta usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan hakları sözleşmeleri ile yasalarımız arasındaki çatışma sorununun çözülmesini ve sözleşmelerin iç hukukta doğrudan uygulanmasını amaçlayan bu düzenleme, aşağıda da belirteceğim gibi, "ikinci kuşak" olarak nitelenen sosyal ve sendikal haklarla ilgili sözleşmeleri de kapsamaktadır.

Bu makede,\*\* dört başlık altında üç konuyu incelemeye çalışacağım. İlk olarak, Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasını, Mayıs 2004'te eklenen<sup>1</sup> yirmibeş

\* Prof. Dr., TODAİE'de çalışmaktadır.

\*\* Bu makalenin, birçok ekleme yapmış olmama ve gözden geçirerek güncelleştirmiş bulunmama karşın, "ilk kez yayımlanması" anlamında kısmen, hatta büyük ölçüde özgün olmadığını belirtmek isterim.

Çünkü, makalenin Anayasanın 90. maddesine ve özellikle Mayıs 2004'te eklenen üçüncü cümlesine ilişkin olarak, önce yalnızca bu üçüncü cümleyi konu alan bir makaleyi yayımladım ("Anayasa Değişikliği Sonrasında, İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 54, Eylül/Ekim 2004, s. 147-161). Ardından, aynı konuyu insan hakları sözleşmeleri olduğuna kuşku bulunmayan ILO sözleşmeleri bağlamında, sendikalar ve sendikacılar için, küçük bir yazımda işledim (ILO Sözleşmeleri de Uluslararası Antlaşmalarla Yasalar Arasındaki Uyumazlıklarda 'Esas' Alınacak mı? Yanıt: Elbette", **Sendikal Birlik**, Kasım 2004, Yıl 1, Sayı 3, s. 2-6). Daha sonra, ilk makale henüz yayımlanmadan, Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi'nin "*İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması*" konusunda düzenlemeyi öngördüğü (ve 5 Kasım 2004 tarihinde de

sözcüklü yeni üçüncü cümlesini de kapsayan bir çerçevede ele almadan, kısaca insan hakları hukukunun “uluslararasılaşması” üzerinde durarak, bu alandaki başlıca kilometre taşlarını anımsatmak istiyorum (I). Birinci Dünya Savaşı sonrasında başlayan evrimin, İkinci Dünya Savaşını izleyen dönemde “genelleşerek” sürdüğünü kimi örnekleriyle belirttiğim bu girişin ardından, iki ana başlık altında; gelişimini hala sürdüren uluslararası insan hakları hukukunun etki ve bağlayıcılık yönlerinden ulusal hukuk düzeni karşısındaki konumu sorununa ve bu bağlamda ülkemizdeki anayasal düzenlemelere ve yapılan tartışmalara, özel olarak da son düzenlemenin getirdiği yenilikler ile yetersiz ve tartışmaya açık yönlerine yer vereceğim (II ve III). Son olarak ise, Anayasayı da kapsamak üzere, iç hukukumuzun sendikal haklara ilişkin düzenlemelerini, söz konusu son fıkraya eklenen yeni çatışma kuralı açısından değerlendirerek, yıllardan beri konuşmaktan ve yazmaktan usanmadığımı aykırılıklardan örnekler vereceğim (IV).

Ankara’da gerçekleştirdiği panelde bildiri sunmamın istenmesi üzerine, konuyu son fıkranın tümünü kapsayan daha geniş bir çerçevede incelemeyi sürdürdüm ve bunun sonucunda, Türkiye Barolar Birliği’nin “**İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması**” adıyla yayımlanacak kitaptaki bildiri metni ortaya çıktı.

Ancak, tarihi iki kez ertelenen TBB panelinden önce, DİSK’in, 8-9 Ekim 2004 tarihlerinde yine Ankara’da düzenlediği “**Ekonomik ve Sosyal Temel Haklar Kapsamında Sendikal Haklar, Sosyal Güvenlik Hakkı ve Sağlık Hakkı**” konulu Sempozyumda da, önerim üzerine programa konulan bu konuyu “Sendikal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmeler” bağlamında işledim. Bu makalenin “İnsan Hakları Hukukunun Uluslararasılaşması: Evrim, İkinci Kuşak İnsan Haklarından Başlamıştır” başlıklı Giriş bölümünü, DİSK Sempozyumu için hazırlamıştım. DİSK, bu sempozyumdaki konuşmamı, bant kayıtlarından çözerek yayımladı (Kitap, şu aşamada henüz bana ulaşmadığı için adını veremiyorum). Bildiri metni yerine konuşmamın çözülen bant kayıtlarının birkaç gün içinde gözden geçirmem istenen metninin yayımlanması, hazırladığım bildirinin, yaygın yönetmeninin “ısrarlı” isteği üzerine **Çalışma ve Toplum**’da yayımlanmasını, bir ölçüde kolaylaştırdığımı düşündüm. Ancak bu, aynı konunun, değişik ve yeni konular içermekle birlikte, yeniden yayımlanması konusundaki isteksizliğimi, “rahatsızlığımı” ve duraksamalarımı tümüyle yok edemedi. Çünkü, bu makalenin gözden geçirip güncelleştirdiğim sendikal yasalarımızdaki aykırılıklarla ilgili bölümü de, temelde daha önce -1988’den beri- yayımlanmış kitap, makale ve yazılarımda işlediğim bir konuydu (bkz. 39 sayılı dipnottaki çalışmalarım).

Sonuç olarak, bu uzun açıklamaya yer vererek, değerlendirmenin okurlarca yapılmasının doğru olacağını düşündüm.

Bu değerlendirmenin yapılması açısından, benzer durumlarda akla gelebilecek bir noktaya ilişkin olarak son bir ekleme daha yapmayı gerekli görüyorum: Anayasa değişikliği konusundaki yayımlandığını ve yayımlanacağını belirttiğim makale ve yazıların hiçbirini için telif ücreti ödenmemiştir. Bu zorunlu açıklama da, bu konuda herhangi bir beklenti içinde olduğum yolunda anlaşılmalıdır (MG).

<sup>1</sup> Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun (Kanun No: 5170, Kabul Tarihi: 7.5 2004), **Resmi Gazete**, 22 Mayıs 2004, Say: 25469, s. 1.

## I. GİRİŞ: İNSAN HAKLARI HUKUKUNUN ULUSLARARASILAŞMASI: EVRİM, İKİNCİ KUŞAK İNSAN HAKLARINDAN BAŞLAMIŞTIR

İnsan hakları alanında “uluslararasılaşma”, akşamdan sabaha, kolay ve tepkisiz gerçekleşmemiştir. Başka bir anlatımla, devlet-yurttaş arasındaki ilişkilerin düzenlenmesini iç (ulusal) hukukun tekeline bırakan, bireyi uluslararası hukukun “özne”si değil “konu”su sayan, kısacası uluslararası hukukun –deyim yerindeyse– iç hukuka “bulaştırılmasına” karşı çıkan “geleneksel uluslararası hukuk anlayışı”nı aşmak hiç de kolay olmamış, ancak birçok etkenin bileşimiyle, zamanla ve evrimci bir yaklaşımla sağlanabilmiştir.

İnsan Hakları Sosyal Hukuku alanında uluslararasılaşmayı kurulduğu 1919 yılında başlatan Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (UÇÖ) neredeyse yüzyıla yaklaşan kuruluş süreci içinde,<sup>2</sup> ünlü klasik uluslararası hukuk uzmanı G. Rolin –Jaequemyns, 1890'da yayımlanan bir yazısında, şu görüşü savunuyordu: “*Çalışmanın düzenlenmesi sorunu, ancak ve yalnız her (ulusal) yasa koyucunun yetkisine girer ve uluslararası hukuk alanına yabancıdır.*” Bu uzman, tepkisine “ideolojik” bir yaklaşım da vererek, sosyalizmi uluslararası çalışma normları ile özdeş yada bir tutarak, “sosyalizmin uluslararası hukuka girmesi”ne açıkça karşı çıkıyordu.<sup>3</sup>

Ne var ki, birbirini izleyen düşünsel ve eylemsel evrim kesintilere uğrasa da, 1919'da ilk “kısmi” aşamasını tamamlamış ve UÇÖ, üyesi olan “ulus devletler” için çalışma ve sosyal politika konularında uluslararası kurallar üretme yetkisi bulunan bir kuruluş olarak doğmuştur. Böylece, insan haklarının uluslararasılaşması süreci, insan haklarının genel evrim sürecindeki sırasını beklemeksizin, önce sosyal haklardan başlamıştır. Bu sürecin, hem kurallar üretme, hem de koruma ve denetim boyutlarının bulunduğu, UÇÖ'nün her iki yönden insan hakları kuralları üretme ve koruma çabalarının öncüsü bir kuruluş olduğunun altını özellikle çizmek isterim.

UÇÖ ile, gerek üretilen kuralların konusu (ratione materiae) gerekse korunan kişi kesimleri (persone materiae) yönlerinden “sınırlı” olmak üzere başlayan uluslararasılaşma süreci, Birleşmiş Milletler Örgütü'nün (BMÖ) kurulmasıyla, belirttiğim iki boyutuyla eşzamanlı olarak “genelleşmiştir.” BM Anayasasının çeşitli maddelerinde, hem Örgütü hem de üye devletleri “ayrı ayrı” ve “birlikte” bağlamak üzere yer alan “*insan haklarına evrensel ve eylemsel saygı*

<sup>2</sup> Daha geniş bilgi için bkz.: Mesut Gülmez, **Uluslararası Sosyal Politika**, TODAİE Yayını, Ankara, 2000, s. 9-58.

<sup>3</sup> Aktaran Alexandre Berestein, “Le développement et la portée des droits économiques et sociaux” (première partie), **Travail et société**, vol. 7, No 3, juillet-septembre 1982, s. 311-328. İnsan haklarının uluslararasılaşması süreci konusunda daha geniş bilgi için, örneğin bkz.: Mesut Gülmez, **Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması**, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, Mayıs 2004, s. 20 vd.

**gösterme** ilkesi, insan hakları hukukunun belirli konular ve kişi kesimleri ile sınırlı olmaksızın uluslararasılaşmasını başlatan, yazılı insan hakları hukuku alanında yeni bir sayfa açan ikinci kilometre taşı sayılabilir. Ardından, bilindiği gibi, 1948’de İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve izleyen yıllarda da belirli konu yada kesimleri korumaya yada böyle bir ayırım gözetmeksizin tüm insanları (herkesi) korumaya yönelik sözleşmeler gelmiştir. “Evrensel” ölçekli bu yazılı hukuku oluşturma ve dolayısıyla uluslararasılaşma süreci, Evrensel Bildirgenin kabul edilmesini izleyen yıllarda “bölgesel” ölçeklerde de başlamış ve sürmüştür.

İnsan hakları yazılı hukukunun UÇÖ’nün kuruluşundan 2004’e uzanan 85 ve BM’nin kuruluşundan 2004’e uzanan 59 yıllık evrimi, “olması gereken” kurallar niteliği taşıyan insan haklarını “olan” kurallara dönüştürmüş; soyut düşünce ve ilkelere, gözle görülüp elle tutulan, yani belgelerde okunabilen, ihlal edildiği zaman da –büyük bir çoğunluğu yargısal nitelik taşımayan- koruma ve denetim yollarına başvurabilen “somut” kurallar özelliği kazandırmıştır. Birkaç cümleyle özetlemeye çalışalım: Artık birey, uluslararası insan hakları hukukunun “konusu” değil “öznesi”dir. Bireyin devleti önceleyerek doğuştan öznesi olduğu düşünülen ve söylenen hakları, uluslararası hukukça güvenceye bağlanmıştır, ihlalcı devlete karşı hak arama yolları vardır. Üstelik bireyin hakkını araması, kimi koruma ve denetim sistemlerinde, yalnızca yurttaş olduğu devletin sözleşmeye taraf olmasına yada onaya ek olarak yetki bildiriminde bulunmasına bağlı değildir. Ulusal devletler, bu koşulların yerine getirilmesine gerek kalmaksızın, aynı zamanda “üye devlet” olarak da, özgür istençleriyle katıldıkları uluslararası kuruluşların (örneğin BM, UÇÖ ve UNESCO’nun) kurucu belgelerinde yer alan “insan haklarına evrensel ve eylemsel saygı gösterme” yükümlülükleri gereğince de sorgulanıp denetlenebilir ve denetlenmektedirler. Özellikle, onay işleminden bağımsız biçimde işleyen ve UÇÖ’nün 1950’li yılların başında başlattığı ve BM’nin de, çeyrek yüzyıllık bir duraksamadan sonra ikinci binyılın son çeyreğinde giderek yaygınlaştırdığı “üye devlet” temeline dayalı “sözleşme-dışı” olarak da adlandırılan koruma ve denetim yöntemleri, uluslararası korumayı sivilleştirilmiş ve bireyin hak özneliğini devletin siyasal iradesinden bağımsız olarak güvenceye bağlamıştır.<sup>4</sup> Hukuksal yaptırımları yönünden yetersiz olan ve insan haklarının uluslararası korunmasının evriminde yeni bir kilometre taşı oluşturan bu yöntemler, korumayı “uluslararasılık”tan “ulusüstünlük”e taşımıştır.

Bu nedenle, devletin insan hakları alanındaki yükümlülüğünü tartışırken, yalnızca onaydan doğan yükümlülükler boyutunu gözönüne almamak gerekir. Daha açık bir deyişle, 90. maddenin son fıkrasında öngörülen onay koşullu ve “taraf devlet” dayanaklı yükümlülükler dışında, onay koşulsuz ve “üye devlet” temelli yükümlülükler de bulunduğunu unutmamak, “yargısal” nitelik taşımamış olmaları (yani eksik yaptırımlı olmaları) nedeniyle bu yükümlülükleri denetleyen

<sup>4</sup> Mesut Gülmez, a.g.y., s. 407 vd.

koruma yöntemlerini küçümsememek gerekir. “İnsan haklarına saygılı ve dayalı” bir devlet, başka türlü düşünemez ve davranamaz; kendi özgür istenciyle üyesi olduğu uluslararası kuruluşun anayasasından doğan yükümlülüğünü yerine getirmek için etkili “yargısal” denetim organlarının karar vermesini bekleyen bir yaklaşım içinde olamaz.

Ancak ne yazık ki, devletler, uluslararası yazılı insan hakları hukukunu kendi istençleriyle oluşturmuş olsalar da, yükümlülüklerini yerine getirmek için “hukuksal” bağlayıcılık içeren, uluslararası hukuku iç hukuklarıyla bütünleştiren ulusal düzenlemeler yapılmasını gerekli görmüşlerdir. Daha açık bir deyişle, uluslar yada *ulusal “üstü” olmayıp uluslar “arası” olan* hukuku iç hukukun parçasına dönüştüren kurallar bulunmadıkça, yükümlülüklerini yerine getirmek zorunda olmadıklarını düşünmüşlerdir. “Ulusüstü” olmadığı için, uluslararası hukuk açısından yürürlüğe girer girmez iç hukuk üzerinde kendiliğinden “doğrudan” bir etki yaratmayan ve iç hukuka üstün tutulmayan uluslararası insan hakları hukukunu, onun başlıca kaynağını oluşturan sözleşmeleri “ulusal” işlemlerle (Anayasada yapılan bir düzenlemeyle) iç hukuklarıyla bütünleştirmişlerdir.

Bu konuda, uluslararası hukuk ve ulusüstü hukuk kavramlarının eşanlamlı olmadığını, birbirinin yerine kullanılmaması gerektiğini belirtmek istiyorum. Uluslararası bir antlaşmanın Anayasayla yapılan düzenlemeyle “ulusüstü” nitelik kazanması olanaklıdır. Ancak uluslararası antlaşmaları iç hukukla bütünleştiren anayasal düzenleme kurallar sıralamasındaki yeri konusunu boş bırakmışsa, bu sorunun çözümü yorumlara ve yargı kararlarına bırakılmış demektir. Oysa ulusüstü hukuk, bu gibi iç hukukla bütünleştirme düzenlemelerine gerek kalmaksızın, Avrupa Birliği Hukukunda olduğu gibi, üye devletlerin ulusal hukuku üzerinde doğrudan etkide bulunan ve tüm yetkilerin ve yargı yerlerinin doğrudan uygulaması gereken hukuktur. Ulusüstü olma özelliğini “sonradan” değil “önceden” ve kendiliğinden kazanan ve kurallar sıralamasının en üstünde yer alan hukuktur. Bu anlamda, sözleşme-dışı koruma yöntemleri ayrı tutulmak kaydıyla, BM’nin insan hakları sözleşmeleri ile Avrupa Konseyi (AK) sözleşmeleri ve yakınmalara dayalı özel denetim yöntemi ayrı tutulmak üzere UÇÖ sözleşmeleri “ulusüstü” değildir. Çünkü bu kuruluşların ilgili ana organları “ulusüstü” değil “uluslararası” kurallar üretme yetkisiyle donatılmışlardır ve AB’de olduğu gibi, AB hukukunun ulusüstü olduğunu içtihatlarıyla ortaya koyan birer yargı organı (Avrupa Topluluğu / Birliği Adalet Divanı, ATAD) yoktur.<sup>5</sup> AK çerçevesinde İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesiyle (İHAS) kurulan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi de (İHAM), ulusüstü değil ulusal yargı yerlerini “tamamlayıcı” bir organdır.

<sup>5</sup> Pierre Rodière, *Droit sociale de l’Union européenne*, LGDJ, Paris, 2002, s. 5.

## II. İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMELERİNİN İÇ HUKUKTA ETKİSİ VE BAĞLAYICILIĞI: 2004 DEĞİŞİKLİĞİ ÖNCESİNDE MADDE 90

Anayasanın 90. maddesinde ve özellikle son fıkrasında yapılan, onaylanmış insan hakları sözleşmelerinin iç hukukta etkisi ve bağlayıcılığı konusundaki son düzenlemeyi ele almadan önce, “temel hak ve özgürlüklere ilişkin olmayan” usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmalar için geçerliliğini sürdüren ilk iki cümle üzerindeki görüşlerimi iletmek istiyorum.

Dolayısıyla, önce Mayıs 2004 değişikliği öncesindeki düzenlemeyi ele alıp tartışacağım. Bu nedenle de önce, anlam ve içeriği konusunda görüş birliğine varılmayan madde 90/son fıkra kuralının, her birini sırasıyla ve ayrı ayrı ele alacağım iki cümlelik düzenlemesini aktarmak ve anımsatmak istiyorum:

*“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz.”*

### 1. İç Hukukta Usulüne Göre Yürürlüğe Koyma İşlemleri

Anayasamızın insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmeleri ulusal hukukla bütünleştirmek için öngördüğü iki işlem, “*uygun bulma yasası*” çıkarılması ile “*onay ve Resmi Gazetede yayımlama*”dır.<sup>6</sup> Birincisi yasamanın, ikincisi de yürütmenin yetkisindedir. İlk fıkrasında, antlaşmaların onaylanmasını uygun bulma yasası çıkarma koşuluna bağlı tutan 90. madde, farklı uluslararası antlaşmaları gözönüne alıp istisnalar koyarak, bu konuyu düzenlemiştir.

Bu düzenleme yapılırken, başkaca bir işleme gerek kalmaksızın ulusal hukuk üzerinde kendiliğinden ve doğrudan doğruya etki gücü bulunmayan –yani ulusüstü olmayan- uluslararası sözleşmelerin iç hukukla bütünleştirilmesinin yanı sıra, aynı zamanda bu sözleşmelerin ulusal hukuk düzenini oluşturan kurallar sıralamasının neresinde olduğu da açıkça belirtilebilir yada, ülkemizde olduğu gibi, sorun bu yönüyle ortada, uzman ve uygulayıcıların farklı yorumlarına açık

<sup>6</sup> Anayasanın, uygun bulma yasası çıkarılması koşulunu aramadığı ve salt “yayımlama” ile yürürlüğe konulabilmesine olanak tanıdığı antlaşmalar da vardır (m. 90/2 ve 3). İnsan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalar ne salt yayımlama, ne de salt uygun bulma yasası çıkarılarak onaylanıp “usulüne göre yürürlüğe konulabilir.” Önemle belirtiyim ki, çoğu zaman, hatta yargı kararlarında da örneklerine rastlandığı gibi, “usulüne göre yürürlüğe konulmuş olma” anlamında olmak üzere “imza” yada “uygun bulma yasasının kabul” edildiğinin belirtilmesiyle yetinilmektedir. Oysa, insan hakları sözleşmeleri, yalnızca üç maddeden ibaret olan uygun bulma yasasının Resmi Gazetede yayımlanmasıyla ne iç hukuk ne de uluslararası hukuk açısından yürürlüğe girer. Kavramların, anlam ve içeriklerine uygun olarak yerinde kullanılması, öncelikle hukukçuların ve yargı yerlerinin özen göstermesi gereken bir noktadır.

bırakılır. Bu örkek yada sakınımly yaklaşımlın sonucu ise, bilimsel, yargısal ve siyasal çevrelerde bitmez tükenmez tartışmalar olmuştur.

“*Milletlerarası andlaşmalar uygun bulma*” başlıklı 90. madde, Anayasanın “*Cumhuriyetin Temel Organları*” başlıklı Üçüncü Kısmınının “*Yasama*” başlıklı Birinci Bölümündeki “*Türkiye Büyük Millet Medisinin Görev ve Yetkileri*” başlıklı II. alt başlığında yer almıştır. Dolayısıyla, salt başlığına bakıldığı zaman, uluslararası antlaşmaları iç hukukla bütünleştirmenin yalnızca birinci işleminden söz edildiği görülür yada sanılabilir. TBMM'nin “onaylamayı bir kanunla uygun bulması”, onayın ilk işlemidir, önkoşuludur. Anayasa, bu yetkiyi TBMM'ye tanıdığını, 87. maddesinde de, daha önce, belirtmiştir. Onay, uygun bulma yasınının çıkarılması dışında, başka bir yetkili organın da işlemini gerektirmektedir ve bu ikinci işlem de, birincisinden sonra gerçekleştirilebilecektir.

90. maddenin 1. fıkrasındaki “Türkiye Cumhuriyeti *adına* (...) milletlerarası kuruluşlarla yapılan andlaşmalar” sözleri, kanımca uluslararası antlaşmalar için doğru bir anlatım değildir. Yabancı devletlerle yapılacak antlaşmalar, Türkiye Cumhuriyeti adına yapılabilir. Ancak “milletlerarası kuruluşlarca yapılan andlaşmalar”, *Türkiye Cumhuriyeti adına değil* tüm devletler, daha doğrusu *uluslararası kuruluş adına* yapılır. Kuruluşun üyesi olduğu için Türkiye'nin de yetkili bir temsilcisi, “Türkiye Cumhuriyeti *adına*” antlaşmayı kabul eden uluslararası kuruluşun yetkili organında yer alır. Bu, uluslararası antlaşmanın Türkiye Cumhuriyeti adına yapılması sonucunu doğurmaz. Antlaşma, tüm üye ve taraf devletleri yükümlülük altına sokan *uluslararası* bir belgedir.

Bu anlatım bozukluğunun “milletlerarası kuruluşlarca yapılan andlaşmalar” biçiminde düzeltilmesi gerektiğini belirttikten sonra, ilk fıkraya uyarınca onaylama işleminin bir uygun bulma yasınının çıkarılmasıyla başlaması gerektiğini bir kez daha yineleyelim. 2. ve 3. fıkralarda, kimi özellikleri bulunan antlaşmalar için onayı uygun bulma yası çıkarma koşulunun gerekli olmadığı belirtilmiştir. 4. fıkraya ise, uygun bulma yası çıkarılmasını “Türk kanunlarında değişiklik getiren her türlü andlaşma” için zorunlu tutmuş ve 1. fıkradaki kurala geri dönmüştür. 5. ve son fıkrada, 1. fıkradaki “onaylama” terimi dışında “*usulüne göre yürürlüğe koyma*” terimi kullanılmıştır. Bunun tanımını yapılmamıştır. Ancak, gerek 90. maddeden, gerekse Cumhurbaşkanınının “görev ve yetkileri”ni düzenleyen 104. maddeden, onay işleminin Anayasa anlamındaki tanımına ulaşmak olanaklıdır. Cumhurbaşkanınının “yürütme alanına ilişkin” görev ve yetkilerinden biri, “*milletlerarası andlaşmalar onaylamak ve yayımlamak*”tır. Demek ki, onay, Cumhurbaşkanınının yapacağı bir işlemdir. Ancak Cumhurbaşkanı onay yetkisini, 90. maddenin öngördüğü uygun bulma yası koşulunun yerine getirilmesinden sonra kullanabilecektir. İşte bu iki işlem, Anayasa anlamında “*usulüne göre yürürlüğe koyma*”yı gerçekleştirilmektedir.

1963 yılında çıkarılan 244 sayılı yasa<sup>7</sup>, o dönemde de 1961 Anayasasının Cumhurbaşkanına tanıdığı “onay ve yayımlama” yetkisini Bakanlar Kuruluyla birlikte kullanmasını öngörmüştür. Dolayısıyla, kırk yılı aşkın bir süredir, uluslararası antlaşmaları usulüne göre yürürlüğe koymanın ikinci işlemi bu yasaya göre gerçekleştirilmektedir.

## 2. Birinci Cümle: “Kanun Hükmünde” Sayılmanın Anlamı

2004 Mayıs’ında eklenen yeni üçüncü cümlesini de gözönüne alarak, 90. maddenin son fıkraya kuralını, üç cümlesiyle yapılan düzenlemeyi, öncelikle “kanun hükmündedir” sözcüklerinden başlayarak irdelemeye çalışalım.

“Kanun hükmünde” sayılan antlaşmalar, “usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar”dır. Daha açık bir deyişle, TBMM’nin uygun bulma yasası çıkardığı ve Cumhurbaşkanının da (Bakanlar Kurulu ile birlikte) onayladığı ve yayımladığı antlaşmalar “kanun hükmündedir.” Ulus adına egemenliği kullanan yetkili organlardan ikisinin (yasama ve yürütmenin) işlemleriyle gerçekleşen onayın iç hukuk üzerindeki etkisi, daha doğru bir anlatımla, antlaşmaların iç hukuka katılması ve *“iç hukukla bütünleştirilmesi”*, “kanun hükmündedir” sözleriyle belirtilmiştir. Antlaşma, “ulusalüstü” olmadığı ve uluslararası olduğu için, iç hukukla bütünleştirilmesini sağlayan bir düzenlemenin yapılması zorunludur. Anayasa bunu, “kanun hükmündedir” diyerek gerçekleştirmiştir. Dolayısıyla birinci cümlenin amacı ve işlevi, uluslararası hukukun parçası olan bir antlaşmayı ulusal hukukun parçasına dönüştürmek, ulusal yargı yerlerinin ve kamu yetkililerinin ulusal hukuka katılan bu antlaşmaları uygulamasını sağlamaktır. Bunun da, “monist” (tekçi, birici) yaklaşımın benimsenmesi anlamına geldiğini biliyoruz. “Benzetmede hata olmaz” özdeyişinden yararlanarak, “kanun hükmündedir” sözlerinin işlevinin, uluslararası antlaşmanın “Kapıkule’den içeri girmesini sağlama” ve sonucunun da, evlilik kurumunun açıklanmasında başvurulmuş “1+1=1” formülünde olduğu gibi, iki ayrı hukuk düzenini tek bir hukuk düzeni olarak birleştirip bütünleştirmektir.

Ben, 1988 yılında yayımlanan bir makalemde, “kanun hükmündedir”in şöyle anlaşılması gerektiğini yazmıştım: “... uluslararası andlaşmaların kurallar sıralamasındaki yerinin belirlenmesine değil hukuksal değerinin ve bağlayıcılığının gösterilmesine yönelik olduğunun düşündüğümüz ‘kanun hükmünde’ sözcüklerini, uluslararası hukuk ile ulusal hukuk kurallarının eşdeğer olduğu biçiminde yorumlamamak, *koşullar yerine getirilerek yürürlüğe konulmuş bir uluslararası*

<sup>7</sup> 31 Mayıs 1963 tarihinde kabul edilen 244 sayılı “Milletlerarası Andlaşmaların Yapılması, Yürürlüğü ve Yayımlanması İle İlgili Bazı Andlaşmaların Yapılması İçin Bakanlar Kuruluna Yetki Verilmesi Hakkında Kanun” için bkz: **Resmî Gazete**, 11 Haziran 1963, Sayı: 11425, s. 1-2.



*Sözleşmenin, ulusal yasalar gibi yürütme ve yargı için bağlayıcı nitelik taşıdığı* yolunda değerlendirmek daha doğrudur.”<sup>8</sup>

Ne var ki “kanun hükmündedir” sözleri, öğretide, kimi zaman “hükmündedir” sözcüğünün eşanlamlılıymışçasına başka sözcükler kullanılarak farklı, kanımca yanlış yorumlanmıştır. Dolayısıyla, öncelikle bu sözlerin anlamı üzerinde uzlaşmak gerekir. Bu uzlaşma, yani “kanun hükmündedir” konusunda ortak anlayış, üçüncü cümlelerin eklenmesinden sonra da gereklidir. Çünkü temel hak ve özgürlüklere ilişkin olmayan uluslararası antlaşmalar için bu yeni ekleme uygulanmayacaktır. “Kanun hükmündedir” sözlerini, “*kanun seviyesindedir*”, “kanun gibidir”, “kanuna eşdeğerdir”, kısacası “kanundur” biçiminde yorumladıktan sonra, Anayasanın açıkça düzenlemediği çatışma sorununa çözüm bulmak kolay olmuştur. Bu görüşün mantıksal gereği ve uzantısı olarak “ulusal” kanunlar arasındaki çatışmaya uygulanan yorum kuralları geçerli sayılınca, onaylanan antlaşmanın kurallar sıralamasındaki yerini belirlemeye yönelik çözüm de kendiliğinden ortaya çıkmıştır.

Oysa, bu yaklaşımın hukuksal geçersizliği açıktır, ortadadır. Bir kez, eğer antlaşmaları onayladıktan sonra, “kanun” sayıyorsanız, doğal olarak kanunlarda yaptığımız değişiklikleri antlaşmalarda da yapabilmemiz gerekir. Oysa, onaylayarak Türkçe ve İngilizce’sini Resmi Gazetede yayımladığımız antlaşmaların değil sözcüklerine, virgülüne bile dokunamazsınız. Onun yetkili organı, ulusal yasa koyucular değil, ulusların yetkili temsilcilerinden oluşan uluslararası organlardır. 87. maddenin TBMM’ye tanıdığı “kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak” yetkileri, onaylanan uluslararası antlaşmalar için kullanılamaz.

“Kanun hükmündedir”i, “kanun düzeyindedir” biçiminde anlamak ve yorumlamak, başından beri yanlış olmuştur. Uluslararası antlaşmayı iç hukuka katma, onun parçasına dönüştürme amacı taşıyan bir düzenleme, amacı ötesinde yorumlanmıştır. Böyle yorumlanırken de, aslında geri plandaki amaç, insan hakları ile ilgili olanları da kapsamak üzere tüm uluslararası antlaşmaları bir tutup onlara yasaların ve giderek Anayasanın da üstünde bir yer ayrılmasına karşı çıkmaktır. Böyle bir sonuca varmak için “kanun hükmündedir” düzenlemesi, Anayasadaki boşluk nedeniyle amacı ve işlevi ötesinde yorumlanmıştır.

Çatışan “yasa-yasa” ilişkisinde uygulanan yorum kurallarının tüm anlam, içerik ve sonuçlarıyla geçerli olduğu düşünüldüğü zaman, yasa düzeyine indirgenen antlaşmaların da ulusal yasalar gibi yasa koyucu tarafından istediği

<sup>8</sup> Mesut Gülmez, “Sözleşmeli Personel, Anayasa ve Uluslararası Kurallar”, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 21, Sayı 4, Aralık 1988, s. 41. 1996’da da, “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” diyerek, öğretinin üzerinde durmadığı bu görüşümü yinelemiş, “tekçi” yaklaşımın benimsenmesiyle ilgili olduğunu savunmuştum. *Bkz.*: Mesut Gülmez, *Dünyada Memurlar ve Sendikal Haklar*, TODAİE Yayını, Ankara, 1996, s. 217.

zaman ve istediği gibi değiştirilebilmesini kabul etmek gerekir. Oysa bu olanaksızdır, düşünülemez bile. Yani, “kanun hükmünde” sayılan uluslararası antlaşma–yasa çatışmasına uygulanabileceği ileri sürülen yorum kuralı, aslında bu çatışmaya uygulanamaz, uygulanmamak gerekir; uygulanırsa da, sonuçlarını, yani onaylanan antlaşmanın olağan bir ulusal yasa düzeyine indirildiğini ve yetkili organca da değiştirilebileceğini kabul etmek gerekir. Bunun da, “uluslararası” ortak kurallar oluşturmanın amacına aykırı olduğu açıktır.

Ne “sonraki yasanın önceki yasadan”, ne de “özel yasanın genel yasadan” önce geleceği yolundaki yorum kuralları, antlaşma-yasa çatışmasında uygulanmaya elverişlidir. Bu yorum kurallarının antlaşma-yasa çatışmasına uygulanması, ulusal yasa koyucuya, bir yandan antlaşmayı onaylayarak iç hukukuna katarken ve Anayasa gereği olarak yürütmeyi, yönetimi ve yargı yerlerini bağlayan bir hukuksal değer kazanırken, öte yandan hemen ardından o konuda yeni bir düzenleme yaparak, onayladığı antlaşmayı hukuken geçersiz kılma, böylece de bir tür “hile-i şeriye” yaparak üstlendiği uluslararası yükümlülüklerden kurtulma olanağı verir. Bunu, ne üye ve taraf devletler için bir alt sınır olarak uluslararası hukuk oluşturma, ne de antlaşmaları onaylama amacı ile bağdaştırma olanağı vardır. Bu, düpedüz, kendi özgür iradesiyle oluşturduğu ve taraf olduğu uluslararası sözleşmeleri “by pass” etmek demektir. Kaldı ki, TBMM’nin görev ve yetkileri (m. 87) arasında, yalnızca uygun bulma yasası çıkarılması vardır; uluslararası antlaşmalarla ilgili yetkisi bundan ibarettir ve uygun bulma yasasında da, antlaşmanın içeriğine dokunulmaz, dokunulamaz.

Bu nedenle, “kanun hükmündedir”i, yalnızca onaylanan antlaşmanın iç hukukla bütünleştirilmesi olarak anlamak; başta yasama organı olmak üzere yürütme ve yargı organlarını da bağlayan, uymaları ve uygulamaları gereken bir düzenleme olarak yorumlamak gerekir. Bundan, onaylanan antlaşmanın iç hukuktaki kurallar sıralamasındaki yerine ilişkin kesin sonuçlar çıkarılması doğru değildir. Eğer, 2004 değişikliği öncesindeki düzenleme çerçevesinde ve yalnızca iki cümleli madde 90/son fıkra kuralıyla sınırlı olarak bu konuda bir değerlendirme yapmak gerekirse, ulaşılmaması gereken doğru, ama eksik hukuksal sonuç budur.

Dolayısıyla, 2004 değişikliği öncesinde, onaylanarak iç hukukla bütünleştirilen uluslararası antlaşmaların kurallar sıra düzenindeki yeri sorununa “kanun hükmündedir” sözcükleri çerçevesinde çözüm aramak ve bilinen yorum ilkelerini uygulayarak çözüm bulmak olanaklı değildir. İç hukukun parçasına dönüştürülmüş bir antlaşmayı “yasa” düzeyine indirmek, ardından da uygulanan yorum kurallarıyla antlaşmanın nitelik ve amacıyla hiçbir biçimde bağdaşmayacak sonuçlara ulaşılmamasına fırsat vermek hukuksal bir çözüm değildir. Nitekim, pozitif hukukun boş bıraktığı bu sorun, öğreti ve yargı bağlamlarında çözüme bağlanamamış ve mevzuatçı eğilimin ağır bastığı hukuk kültürümüzde yazılı hukukun düzenlemesine gereksinim duyulmuştur.

### 3. İkinci Cümle: Anayasa Mahkemesine Başvurulamamasının Anlamı

Mayıs 2004'te yapılan değişiklik, daha doğrusu madde 90/son fıkraya yapılan ekleme öncesinde, onaylanan antlaşmanın iç hukuktaki yeri konusunda ilgili hiçbir düzenleme yok muydu? Açık ve doğrudan bir düzenleme yapılmaması olmakla birlikte, bu sorunla bağlantılı sayabileceğimiz dolaylı bir kural yok muydu? Kuşkusuz vardı, şu anda da aynen sürmektedir. Bu, “Anayasa Mahkemesine başvurma” yasağı getiren ikinci cümledeki kuraldır.

Bu kuralın Anayasaya konulmasını iki biçimde yorumlamak olanaklıdır. İlk olarak, Anayasa Mahkemesine başvurulmasını yasaklamanın nedeni, Anayasa koyucunun, örtük olarak, “kanun hükmünde” saydığı onaylanmış antlaşmaları “kanun düzeyinde” kabul etmiş yada edilebileceğini düşünmüş olmasıdır. Bu yaklaşımın olası sonuçlarını engellemek amacıyla da, ulusal yasalar için açık olan anayasal denetim yolunu kapatmıştır. Ancak gerekçedeki açıklama, bu görüşü destekleyici nitelikte değildir. Daha doğrusu, aşağıda aktardığım gerekçe yetersizdir:

“Gerçekten, bir anlaşmanın yürürlüğe girmesinden sonra anayasaya aykırılığı dolayısıyla iptalinin, *Devletin milletlerarası sorumluluğunu doğurmaması için*, bu murakabenin, teşri organının tasvibinden geçmeden önce tahrir edilmesi ve sonuçlandırılması zaruridir.”

İkinci cümledeki düzenlemeyi şöyle yorumlamak da olanaklıdır: Anayasa koyucu, ilk cümledeki düzenlemeyle onaylanan antlaşmaları “kanun hükmünde” saymış olmakla birlikte, ikinci cümledeki düzenlemeyle aslında antlaşmaların yasalardan farklı işlemler niteliği taşıdığına bilincinde olduğunu ortaya koymuştur. Yukarıdaki varsayımın tersine, iç hukukla bütünleştiği antlaşmaları yasalarla eş düzeyde ve değerinde tutma amacı taşımamıştır. Daha doğrusu, onaylanmış antlaşmaların iç hukuk düzenindeki yeri sorunu konusunda açık ve doğrudan bir düzenleme yapmak istememiştir. Olası aykırılık ve uyumsuzlukların onay öncesinde saptanması ve onaydan önce, iç hukukta yapılacak düzenlemelerle giderilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu, aslında, yasa koyucuya bir anımsatma, hatta uyarıdır. Ancak kanımca, uyum sağlayıcı tüm değişiklik ve düzenlemelerinin onay öncesinde gerçekleştirilmesi, onay için “olmazsa olmaz” bir koşul değildir, aykırılıkların onaydan sonra da giderilmesi olanaklıdır. Çünkü, uluslararası antlaşmaların onaylanmasından ve onayın uluslararası hukukta yürürlüğe girmesinden sonra,<sup>9</sup> denetim sistemi “derhal” ve “kendiliğinden” işlemeye başlamaz. Onaydan doğan başlıca yükümlülük olarak belirli aralıklarla gönderilmesi gereken hükümet raporlarının iletilmesine ve hatta -uygulamada görüldüğü gibi- raporların yetkili denetim organınca incelenmeye başlanmasına

<sup>9</sup> Uluslararası antlaşmaların “iç hukukta” ve “uluslararası hukukta” yürürlüğe girmesi, farklı koşullara bağlıdır ve eşzamanlı değildir.

değin, taraf devletlerin uyum ve uygunluk sağlayıcı değişiklikleri yapma olanağı vardır. Dolayısıyla, antlaşmaya uyum sağlayan iç hukuk düzenlemelerini, denetim sisteminin eylemli olarak işlerliğe geçeceği tarihe değin yapmayı planlayarak, kimi aykırılıklar içeren antlaşmayı onaylamak uluslararası hukukun amacına ters düşmez.

Anayasa koyucunun yukarıdaki resmi gerekçede yer alan “özel amacı”, onaylanan antlaşmaların sonradan Anayasa Mahkemesine götürülerek iptal ettirilmesi olasılığını<sup>10</sup> “devletin uluslararası sorumluluğu ve saygınlığı” ile bağdaştıramama olsa da,<sup>11</sup> kanımca madde 90/son’un bu ikinci cümlesinin nesnel düzenlemesi, onaylanan antlaşmanın nitelik olarak yasalardan farklı olduğunu ve Anayasa Mahkemesinin bunları Anayasaya uygunluk yönünden denetleme ve aykırılık varsa geçersiz kılma yetkisinin bulunmadığını (olmaması gerektiğini) kabul ettiğini gösteren, ancak gerçekte “malumu ilan eden”, doğru bir yaklaşımın ürünüdür.

Uluslararası bir antlaşmayı, iç hukukla bütünlendirdikten sonra, onu ne yasama ne de yargı organları bir bölümüyle yada tümüyle geçersiz kılabilir yada değiştirebilir. Bu, düpedüz, antlaşmayı yapan uluslararası organın yetkisine tecavüzdür. Uluslararası antlaşmayı onayladıktan sonra, ondan kurtulmanın, onu sona erdirmenin, üstlenilen yükümlülükler son vermenin kendine özgü yolları vardır. Bu yollar, uluslararası antlaşmalarda öngörülmüştür. Uluslararası hukukta yer alan koşullara uyararak antlaşmayı feshetmek olanaklıdır. Üstlenilecek yükümlülüklerin kapsamını belirlemek yada sonradan değiştirmek, yine öngörülen koşullara uygun olarak gerçekleştirilebilir.

Bu nedenle, onaylanan antlaşmalara karşı anayasal denetim yolunun açıkça kapatılmış olması, gerekli olmasa da, aslında düşünce olarak yanlış değildir ve Anayasa Koyucunun özel amacı dışında, antlaşmaların yasalardan farklı nitelikte belgeler olduğu düşüncesi ve gerçeğinin bir sonucudur; böyle yorumlayıp anlaşılması koşuluyla, uluslararası hukuka uygun bir düzenlemedir. Ancak, madde 90/son’da bu cümleye yer verilmemiş olsaydı da, Anayasa Mahkemesinin uygunluk denetimi yapması düşünülemezdi. Ulusal yasama organının iradesinin ürünü olmayan kaynakları (yani uluslararası antlaşmaları) ulusal yargı yerlerinin

<sup>10</sup> Anayasa Mahkemesinin, onaylanmış bir uluslararası antlaşmayı “Anayasaya aykırı olduğu” gerekçesiyle iptal etmesinin uluslararası hukuk açısından hiçbir sonuç doğurmayacağı açıktır. Yapılabileceği varsayılırsa, bu anayasal denetimin yalnızca antlaşmanın iç hukukla bütünlüşmesini sona erdirmeye sonuca doğurabileceği kanısındayım. Bunun yolu ise, antlaşma ulusal ve uluslararası hukuklarda yürürlüğe girmeden, uygun bulma yasasının iptal edilmesi ve böylece usulüne göre yürürlüğe koyma sürecinin önünün kesilmesidir.

<sup>11</sup> Aslında bu gerekçe yetersizdir. Yetersizliği, özellikle uluslararası antlaşmanın yapılışı, niteliği ve amacı ile ilgilidir; bunların farkına varılmamış, yalnızca devletin uluslararası sorumluluğu açısından yaklaşımıdır.

kararlarıyla geçersiz kılmak yada değiştirebileceğini düşünmek, uluslararası hukukla bağdaşmaz.

Kısacası, madde 90/son fıkradaki ikinci cümle, gereksiz olarak konulmuştur. Kanımca bu cümle yazılmamış olsaydı da, Anayasa Mahkemesinin onaylanmış uluslararası sözleşmeleri içerik olarak denetlemesi ve kimi maddelerini Anayasaya aykırı bularak iptal etmesi söz konusu olamazdı.

Ancak, yazılı metinde yer alan bu ikinci cümleyi, yorum yoluyla, onaylanan antlaşmaların iç hukuktaki yeri sorunu açısından değerlendirmek olanaklıdır. Anayasal denetim yolunun kapatılmış olmasına dayanarak, onaylanan antlaşmaların en azından yasaların üstünde yer aldığını ileri sürmek olanaklıdır.<sup>12</sup> Kuşkusuz, çatışma sorununu çözmek için açık ve doğrudan bir kural konulması gerekirdi. İkinci cümle ise, böyle bir amaç taşımamaktadır.

Bu yorum, daha doğru bir deyişle, ikinci cümle çerçevesinde ileri sürülen farklı görüşler, 2004 değişikliği sonrasında da, “temel hak ve özgürlükler” e ilişkin olmayan onaylanmış uluslararası antlaşmalar için geçerlidir. Ancak, “temel hak ve özgürlükler” ile ilgili antlaşmalar için, kuşkusuz yeni üçüncü cümle gözönüne alınacak, antlaşma–yasa çatışmasında, onaylanmış uluslararası antlaşma Anayasa buyruğu olarak uygulanacaktır.

#### 4. Anayasada Uluslararası Hukuka Yapılan Yollamalar ve Madde 90/Son Fıkra Kuralı Karşısındaki Anlamı

Onaylanmış uluslararası sözleşmelerin madde 90/son fıkra kuralı çerçevesinde iç hukuktaki yeri konusunun tartışılmasında, bu sözleşmelerin “kanun seviyesinde” olduğunu savunanların dayandıkları noktalardan biri de, Anayasanın çeşitli maddelerinde dört farklı kavram kullanılarak yapılan yollamalar olmuştur. Bunlar; “milletlerarası hukuk”, “milletlerarası andlaşmalar”, Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası andlaşmalar” ve “milletlerarası nezaket kuralları” kavramlarıdır. Görüldüğü gibi, “ihlal etmeme”, “uygunluk sağlama” ve “saklı tutma” biçimlerinde yollamalarda bulunan milletlerarası hukuk yada milletlerarası antlaşmalar, *temel hak ve özgürlüklere* ilişkin olanlarla sınırlı değildir.

Sözü edilen yollamalar ve ilgili oldukları hak ve özgürlükler şunlardır:

<sup>12</sup> Örneğin A. Şeref Gözübüyük, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile sınırlı olarak, 1987’de yayımladığı ve Sözleşmenin yalnızca yasalara değil Anayasaya da üstün olduğunu savunduğu makalesinde, son fıkrasının ikinci cümlesine dayanarak şöyle yazmıştır:

“... Anayasa, andlaşmaların Anayasaya aykırılığının ileri sürülemeyeceğini belirtmek suretiyle, iç hukuk yönünden anlaşmaların üstünlüğü ilkesini benimsemiştir.”

(A. Şeref Gözübüyük, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı”, *İnsan Hakları Yılı*, Cilt 9, 1987, s. 7).

- Temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulmasında; “savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, *milletlerarası hukuktan* doğan yükümlülükler(in) ihlal edilmeme(si)” (m. 15/1);
- Temel hak ve özgürlüklerin, yabancılar için, “*milletlerarası hukuka* uygun olarak kanunla sınırlanabil(mesi)” (m. 16);
- Eğitim ve öğretim hakkı ve ödevi konusunda; “Türkçe’den başka hiçbir dil(in), eğitim ve öğretim kurumlarında Türk vatandaşlarına ana dilleri olarak okut(ma) ve öğret(me)” yasağı getiren kural ile “eğitim kurumlarında okutulacak yabancı diller ile yabancı dille eğitim ve öğretim yapan okulların tabi olacağı esaslar(ın) kanunla düzenlen(mesi)” zorunluluğu için “*milletlerarası andlaşma hükümleri*(ni) saklı” tutan kural (m. 42/son);
- Savaş hali ilanı ve silahlı kuvvet kullanılmasına izin verme konusunda; TBMM’nin, savaş hali ilanına “milletlerarası hukukun meşru saydığı hallerde” izin verme yetkisi ile Türk Silahlı kuvvetlerinin yabancı ülkelere gönderilmesine veya yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye’de bulunmasına izin verme yetkisini, “*Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası andlaşmaların* veya *milletlerarası nezaket kurallarının* gerektirdiği haller dışında” kullanabilmesini öngören kural (m. 92/1).

Belirli konulardaki bu “istisna” nitelikli yollamalar nasıl yorumlanmalıdır?

Sözü edilen konuları düzenleyen uluslararası hukuk yada antlaşmaların bağlayıcılık gücü ve kurallar sıralamasındaki yeri nedir? 90. maddede sözleşmelerin onaylanması ve usulüne göre yürürlüğe konulması için aranan koşullar, bu maddelerdeki yollamalar için de geçerli midir?

Son sorudan başlayarak yanıtlamak gerekirse; söz konusu dört yollama için, kuşkusuz, uygun bulma yasası çıkarma ve antlaşmaları onaylayıp yayımlama koşulları aranmaz. Anayasa, dört konuyla ilgili uluslararası hukuk ve antlaşma kurallarını doğrudan doğruya iç hukukla bütünleştirmiştir, başka hiçbir işlem yapılması gerekmez; deyim yerindeyse, usulüne göre yürürlüğe koymayı doğrudan Anayasa yapmıştır. Yetkili ve görevli organ yada makamların, sözü edilen konulara ilişkin uluslararası hukuk kurallarını doğrudan uygulamaları gerekir. Bu konuda, Anayasadan kaynaklanan iç hukukla bütünleşme ve başka bir ulusal düzenleme yapılmasına gerek göstermeyen, anayasal ve koşulsuz “doğrudan etki” söz konusudur.

Doğrudan etkisi Anayasa buyruğu olan söz konusu uluslararası hukuk ve antlaşma kuralları, iç hukuka üstün tutularak öncelikle uygulanacaktır. Yapılan anayasal yollamalarda, uluslararası hukukun iç hukuktaki yeri, kurallar sıradüzenindeki konumu ile ilgili açık ve doğrudan bir belirleme yapılmamıştır. Buna karşın, saklı tutulan uluslararası hukuk ve antlaşmalar, yasaların yanı sıra Anayasaya da üstün tutularak uygulanmalıdır. Kanımca saklı tutma, Anayasa kurallarını da kapsar.

Bu, “yorum”la ulaşılan bir görüş ve sonuçtur. Saklı tutulan uluslararası hukuk kurallarının doğrudan etki gücünün bulunduğunu ve iç hukuka üstün tutulduğunu, kısacası açık anayasal düzenlemeyle “ulusalüstü” nitelik taşıdığını düşünmek ve ileri sürmek, 90. maddedeki düzenlemeye uygun olarak onaylanmış uluslararası insan hakları sözleşmelerinin ancak “kanun seviyesinde” bağlayıcı olduğu sonucuna ulaşılmamasını gerektirmez. Anayasanın, belirli konulara ilişkin olarak öngördüğü “istisnai” kurullarla, uygun bulma yasası çıkarılmasının yanı sıra onay ve yayım koşulları da aranmadan, iç hukukla doğrudan bütünleşmeyi sağlamış olması, 90. madde uyarınca usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmaların, bunlardan insan haklarına ilişkin olanlarının, yorum yoluyla ve yine Anayasanın başka kurallarını (2. ve 14. maddelerdeki insan haklarına saygı göstermeyi ve dayanmayı devlet için anayasal yükümlülük olarak öngören kuralları) gözönüne alarak, Anayasayı da kapsamak üzere iç hukuka üstün olduğunu ileri sürmeye engel olamaz. İnsan haklarına saygılı ve dayalı devlet, yasama ve yürütme organlarının birleşen istenciyle iç hukukla bütünleştirilen insan hakları sözleşmelerini, Anayasaya da üstün tutarak uygulamak zorundadır. Bu görüş, yorum sonucu olduğundan, yani Anayasada bu konudaki çatışmayı çözmeye yönelik açık ve doğrudan bir düzenleme bulunmadığından, zaman içinde benimseyenlerin sayısı artmış olsa da, azınlık görüşü olarak kalmıştır; özellikle tüm yargı yerlerince istikrarlı biçimde benimsenmemiştir. Temelde, katı mevzuatçı anlayışın sonucu olan bu yaklaşım, kimi istisnalarıyla,<sup>13</sup> Mayıs 2004 değişikliğine değin sürmüştür.<sup>14</sup>

### III. YENİ ÜÇÜNCÜ CÜMLE: MAYIS 2004’TE YAPILAN DEĞİŞİKLİK VE ANLAMI

1982 Anayasası’nın 1961 Anayasası’ndan aldığı 90. maddesinin son fıkrasındaki, onaylanmış uluslararası sözleşmelerin iç hukukla bütünleştirilmesi ve iç hukuktaki etkisi konusundaki iki cümlelik –yetersiz- düzenleme, özellikle son onbeş yıldan beri bilimsel, yargısal, siyasal ve sendikal çevrelerde tartışma konusu

<sup>13</sup> Örneğin, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi dışında, 1993’te onaylanan 87 sayılı Sendika Özgürlüğü ve Sendika Hakkının Korunması Sözleşmesinin 2004 değişikliği öncesinde doğrudan uygulanmasına örnek oluşturan İstanbul 2. İdare Mahkemesinin 31 Ekim 2001 tarihli ve 2001/592 esas ve 2001/1317 karar sayılı kararının değerlendirilmesi için bkz.: Mesut Gülmez, “Maaş Kesme Cezası ILO Sözleşmelerine Aykırı Olur muymuş?”, **Gümüşüğü**, Sayı: 17-18, Temmuz-Ağustos 2004, s. 15-17.

<sup>14</sup> Bu konuda, adli ve idari yargının 1990’lı yıllardaki yaklaşımı ve değerlendirilmesi için bkz.: Mesut Gülmez, **Kamu Görevlileri Sendika ve Toplu Görüşme Hukuku**, TODAİE Yayını, Ankara, 2002, s. 241-291; Mesut Gülmez, “Danıştay Birinci Dairesinin Görüşü: Memur Sendikalarına Anayasal Bir Engel Yoktur”, **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 25, Sayı 2, Haziran 1992, s. 191-197; Mesut Gülmez, **Belgelerle Yönetim, Yargı ve Memur Sendikaları**, TODAİE Yayını, Ankara, 1993, s. 159-167.

olmuştur. Bireysel başvuru hakkının tanındığı, Avrupa Birliğine tam üyelik başvurusunun yapıldığı ve ulusal hukuku önceleyen kamu görevlilerinin onayladığımız uluslararası insan hakları sözleşmelerine (özellikle İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile 98 sayılı Örgütlenme Hakkının Korunması ve Toplu Pazarlık Sözleşmesine) dayanarak sendikalaşma çalışmalarına başladıkları 1987 yılından beri bu sorun, eğer yalnızca antlaşma-yasa çatışması gözönüne alınırsa iki, buna ek olarak antlaşma-Anayasa çatışması da gözönüne alınırsa dört farklı görüş çerçevesinde tartışılmıştır.<sup>15</sup> Ancak, temelde İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi özelinde yapılan bu tartışmalarda, çatışma sorununun doğrudan ve

<sup>15</sup> Özellikle 1987'den sonra çok sayıda incelemeye konu olan ve birçok bilimsel toplantıda ele alınan bu soruna ilişkin olarak, 1970'li yılların ortalarından 2000'li yıllara değin dile getirilmiş olan ve burada anımsatmaya gerek görülmeyen, özetle antlaşmaları yasalar düzeyinde, yasaların üstünde, Anayasa düzeyinde ve Anayasa üstünde sayan farklı görüşler için örneğin bkz.: Münci Kapani, **Kamu Hürriyetleri**, AÜHF Yayını, Yenilenmiş Beşinci Bası, Ankara, 1976, s. 127; Rona Aybay, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Pozitif Hukuku", **İnsan Hakları Armağanı**, Birleşmiş Milletler Türk Derneği Yayını, Ankara, 1978, s. 116-134; Hüseyin Pazarcı, **Uluslararası Hukuk Dersleri**, 1. Kitap, AÜSBF Yayını, Ankara, 1985, s. 30; Mümtaz Soysal, "Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler", **Anayasa Yargısı**, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 1986, s. 15, 16-17; A. Şeref Gözübüyük, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı", **İnsan Hakları Yıllığı**, Cilt 9, 1987, s. 7; Edip Çelik, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulaması", **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Lütfü Duran'a Armağan Özel Sayısı, Sayı 1-3, 1988; Mesut Gülmez, "Sözleşmeli Personel, Anayasa ve Uluslararası Kurallar", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 21, Sayı 4, Aralık 1988, s. 40-43; Tekin Akıllıoğlu, "Temel Haklar Gelişmesi Üzerine Bazı Düşünceler", **A. Ü. SBF Dergisi**, Cilt XLIV, Ocak-Haziran 1989, No: 1-2, s. 161-194; Tekin Akıllıoğlu, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz", **A. Ü. SBF Dergisi**, Cilt XLIX, Sayı 3-4, 1989, s. 157, 158, 164 ve 173; A. Şeref Gözübüyük, "Uluslararası Antlaşmaların İç Hukuktaki Yeri", **İnsan Hakları ve Kamu Görevlileri** (Yay. Haz.: Mesut Gülmez), TODAİE, Ankara, 1992, s. 11-18; E. Yasemin Özdek, "Anayasa Mahkemesi ve Uluslararası İnsan Hakları Belgeleri", **Çağdaş Hukuk**, Yıl 1, Sayı 11-12, Mart-Nisan 1993; Necmi Yüzbaşıoğlu, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine", **İnsan Hakları Merkezi Dergisi**, Cilt II, Sayı 1, Mayıs 1994; Mümtaz Soysal, "Uluslararası Antlaşmalar Konusunda Anayasa Yargısı", **Anayasa Yargısı**, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 1997, s. 171-187; Rona Aybay, "Uluslararası Antlaşmalar 'Anayasa-Üstü' mü?", **Cumhuriyet**, 6 Mayıs 1998, s. 2; Mesut Gülmez, "Evet, Uluslararası Sözleşmeler 'Anayasa-Üstü'dür", **Cumhuriyet**, 17 Haziran 1998, s. 2; Rıza Türmen, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İç Hukukumuz Etkileri", **Anayasa Yargısı**, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 2000, s. 32-40; Hasan Tunç, "Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türkiye İle İlgili Örnek Karar İncelemesi", **Anayasa Yargısı**, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 2000, s. 174-193.



açık biçimde düzenlenmemiş olması nedeniyle, ne bilimsel ne de yargısal bağlamlarda bir görüş ve içtihat birliğine ulaşılabilmektedir.

2001 Anayasa değişiklikleri içinde bu sorunun çözülmesine yönelik bir düzenleme öngörülmesi de, uyum paketinin bu maddesi son anda geri alınmıştır.<sup>16</sup> Son değişiklik, Avrupa Toplulukları Komisyonunun 6 Ekim 2004'te açıklanan İlerleme Raporunda ve Komisyonun Avrupa Konseyi ile Parlamentosuna yönelik Tavsiyesinde,<sup>17</sup> "Türkiye'nin siyasi ölçütleri yeterince karşıladığını düşünerek, üyelik için görüşmelerin açılması" tavsiyesinde bulunmasından ancak beş ay kadar önce gerçekleştirilebilmiştir.

## 1. 90. Maddeye Yapılan Ekleme ve Gerekçesi

Anayasa düzeyindeki, on maddesinden dördünün "ölüm cezası"nın Anayasanın çeşitli maddelerinden ayıklanmasına ilişkin olan, "Avrupa Birliği'ne uyum" paketlerinden sonuncusunun içinde, onaylanmış uluslararası antlaşmalar ile yasalar arasındaki çatışma sorununa açıklık ve çözüm getirici nitelikte ekleme yapan bir kurala da yer verilmiştir. Anayasanın 90. maddesinin yukarıda incelenen iki cümlelik son fıkrasına, kanımca bir yandan değindiğim tartışmalara nokta koyan, ama öte yandan da birçok kuşku, duraksama ve sorulara yol açabilecek nitelik taşıyan yeni bir cümle daha eklenmiştir:

*"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çakabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır."*

AKP Grup Başkanvekilleri ile 193 milletvekilinin verdiği Anayasanın bazı maddelerinin değiştirilmesi hakkındaki kanun teklifinin "**genel gerekçe**"sinde, öteki maddelerde gerçekleştirilen değişikliklerin yanı sıra 90. maddenin son fıkrasına

<sup>16</sup> 2001 yılında hazırlanan 37 maddelik Anayasa değişiklikleri paketinde, yasa önerisinin 32. maddesiyle son fıkraya eklenmesi öngörülen ve Anayasa Komisyonunun kabul ettiği metinde de herhangi bir değişiklik yapılmayan çatışma kuralı şöyle idi:

*"Kanunlar ile milletlerarası antlaşmaların çatışması halinde milletlerarası antlaşmalar esas alınır."*

Görüldüğü gibi bu öneride, yasalara üstün tutularak öncelikle uygulanması öngörülen uluslararası antlaşmaların konusuna ilişkin bir sınırlama getirilmemiş, yani yalnızca "temel hak ve özgürlükler" ile ilgili antlaşmaların "esas" alınması öngörülmemiştir. Ayrıca, birinci cümledeki "usulüne göre yürürlüğe konulmuş" sözlerine de yer verilmemiştir. Bkz.: **TBMM Tutanak Dergisi**, S. Sayısı:737, Cilt 70, Dönem: 21, Yasama Yılı: 3, Demokratik Sol Parti İstanbul Milletvekili Bülent Ecevit, Milliyetçi Hareket Partisi Genel Başkanı Osmaniye Milletvekili Devlet Bahçeli, Anavatan Partisi Genel Başkanı Rize Milletvekili Mesut Yılmaz ile 288 Milletvekilinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Teklifi ve Anayasa Komisyonu Raporu (2/803), s. 23.

<sup>17</sup> Commission des Communautés européennes, **Rapport Régulier 2004 sur les progrès réalisés par la Turquie en la voie de l'adhésion**, Com(2004)656 final, Bruxelles, le 6.10.2004, SEC(2004)1201; Recommandation concernant la Turquie, FR, restricted.

yapılan yukarıdaki eklemenin de nedenlerinden biri olarak şu genel açıklamaya yer verilmiştir:

“... diğer yandan, 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* kanunlarımızda düzenlemeler yapılması ihtiyacı temel yasamız olan Anayasada da değişiklikler yapma zorunluluğu doğurmuştur.”<sup>18</sup>

Bu alıntıda altını çizmek istediğim nokta, yapılan eklemenin içeriğine ilişkin doğrudan bir açıklama yer almamakla birlikte, ek cümlede de geçen “*temel hak ve hürriyetler*” terimlerine yer verilmiş olmasıdır. Buna karşılık, genel gerekçeye oranla üçüncü cümlenin pozitif metnine daha çok açıklık getiren yasa önerisinin 7. maddesinin gerekçesinde, “temel hak ve özgürlüklere” değil “*insan haklarına*” ilişkin uluslararası antlaşmalardan söz edilmiştir. Onaylanmış uluslararası antlaşmaların aykırı kurallar içeren yasalar karşısındaki konumuna açıklık getiren ve antlaşmaların, kendisiyle çeliştiği yasalara “öncelik” verilerek uygulanacağını belirten kısa *madde gerekçesi* şöyledir:

“Uygulamada usulüne göre yürürlüğe konulmuş *insan haklarına* ilişkin milletlerarası andlaşmalar ile kanun hükümlerinin çelişmesi halinde ortaya çıkacak bir uyuşmazlığın halinde hangisine *öncelik* verileceği konusundaki tereddütlerin giderilmesi amacıyla 90 ıncı maddenin son fıkrasına hüküm eklenmektedir.”<sup>19</sup>

Yasa önerisine ilişkin 30 Nisan 2004 tarihli Anayasa Komisyonu Raporunda, 30 Nisan 2004 tarihinde tümü ve maddeleri üzerinde görüşmeler yapılan yasa önerisinin 7. maddesi konusunda, kimi üyelerin (sanıyorum CHP'lilerin) uyuşmazlık durumunda öncelikle uygulanması söz konusu olabilecek uluslararası antlaşmaların sayılarak belirlenmesi isteğinde bulduklarını, ancak isteklerinin kabul edilmediğini belirten şu açıklamalara yer verilmiştir:

“Teklifin, çerçeve 7 nci maddesi; usulüne göre yürürlüğe konulmuş *temel hak ve özgürlüklere* ilişkin andlaşmalar ile kanunların çatışması halinde milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas alınmasını öngörmektedir. Bu madde üzerindeki görüşmelerde sayısı çok fazla olan milletlerarası andlaşmaları uygulayıcıların bilmesinin zor olacağı, *hangî andlaşmaların bu çerçevede değerlendirileceğinin tadad edilmesinin gerekli olduğu* üyelerimizce ifade edilmiştir. Ancak bu öneri Komisyonumuzca kabul görmemiş ve çerçeve

<sup>18</sup> TBMM Tutanak Dergisi, S. Sayısı: 430, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Adalet ve Kalkınma Partisi Grup Başkanvekilleri Ankara Milletvekilleri Salih Kapusuz, Haluk İpek, Bursa Milletvekili Faruk Çelik, Ordu Milletvekili Eyüp Fatsa ve Hatay Milletvekili Sadullah Ergin ile 193 Milletvekilinin; Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Teklifi ve Anayasa Komisyonu Raporu (2/278), s. 5.

<sup>19</sup> a.k, s. 6.

7 nci madde Teklifte yer aldığı şekliyle kabul edilmiştir. Komisyonumuza verilen redaksiyon yetkisi çerçevesinde bu maddede geçen, “andlaşmalar ile” ibaresi “andlaşmalarla” şeklinde düzeltilmiştir.”<sup>20</sup>

Nitekim, Anayasa Komisyonunun önerileri kabul edilmeyen CHP’li altı üyesi,<sup>21</sup> aşağıdaki gerekçelerle yasa önerisinin 7. maddesine karşı oy yazısı yazmış ve uyumsuzluklarda uygulanması söz konusu olabilecek antlaşmaların yukarıda aktarılan Komisyon raporunda olduğu gibi tek tek sayılmasını değil, hiç olmazsa “hangi kaynaklardan” geldiklerinin belirlenmesini istemişlerdir:

“Teklifin 7 nci maddesinde kanunlarla aynı konuda farklı hükümler taşıyan ve bu nedenle çıkacak uyumsuzluklarda hükümleri *esas alınacak temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmaların en azından hangi kaynaklardan gelen andlaşmalar olduğuna ilişkin bir belirleme yapılmasını*, çıkabilecek bir takım farklı yorum ve uygulamaları önlemek bakımından yararlı olacağını düşünüyoruz ve bu nedenle 7 nci maddedeki düzenlemeye karşıyız.”<sup>22</sup>

Kanımcı karşı oy yazısındaki antlaşmaların hangi kaynaklardan geldiğinin belirlenmesi yolundaki istek, antlaşma ve sözleşmelerden örnekler verilmedikçe, soruna ancak kısmen açıklık kazandırabilirdi. Kaynaklardan amaç, antlaşmaları kabul eden evrensel ve bölgesel kuruluşlar olduğuna göre, salt Birleşmiş Milletler, Uluslararası Çalışma Örgütü ve Avrupa Konseyi gibi kuruluşları adlarıyla anmak, bilinenleri yinelemek olduğundan çok da anlam taşımaz. Ayrıca, kaynakları, yani insan hakları sözleşmeleri kabul eden kuruluşları saymak, yasa önerisinde UNESCO’nun unutulmuş olması gibi, eksik bırakma sonucu doğurabilecek bir yöntemdir. Burada asıl sorun, antlaşmaların konusuyla ilgili bir belirleme yapılmasıdır. Ek cümle de, yaptığım eleştiriler saklı kalmak üzere, bunu yerine getirmiştir. Dolayısıyla, “örnek” olarak bile gerekçede saymamış olmak önemli bir eksiklik değildir.

Anayasa Komisyonu Başkanının, “Avrupa Birliği ile müzakerelere başlama yolunda destek olacak bir paket”<sup>23</sup> olarak nitelendirdiği, böylece de değişikliklerde güdülen asıl amaç ve kaygının 2004 sonunda Avrupa Birliğinden “müzakerelere başlama tarihi” almak olduğunu belirttiği toplam 11 maddelik yasa önerisindeki 7. madde, “andlaşmalar ile” sözcüklerinin “andlaşmalarla” biçiminde değiştirilmiş ve aynı anlatımla da yasalaşmıştır.

<sup>20</sup> a.k, s. 9. Eklemeliyim ki, 2001 değişikliğinin gerekçesindeki “bilineni saklamayan” yaklaşım da temelde aynıydı: 90. maddenin son fıkrasına eklenmesi öngörülen hükmün, “Avrupa Birliği’ne uyum çerçevesinde hukuksal alt yapının sağlanması için gerekli görülmüş” olduğu belirtiliyordu (TBMM Tutanak Dergisi, S. Sayısı: 737, s. 7).

<sup>21</sup> Bu üyeler; Oya Araslı (Ankara), Atilla Kart (Konya), Atilla Emek (Antalya), Halil Ünlütepe (Afyon), Uğur Aksöz (Adana) ve Yılmaz Kaya (İzmir)’dir.

<sup>22</sup> a.k, s. 10.

<sup>23</sup> a.k, s. 7.

## 2. Ek Cümlelerin Uygulamada Yaratabileceği Kuşku, Duraksama ve Sorular

Anayasada 7 Mayıs 2004 tarihli ve 5170 sayılı yasayla yapılan değişikliklerle 90. maddenin son fıkrasına eklenen yeni cümle, önceki tartışmalara ve görüş ayrılıklarına son verecek mi? Usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarıyla ilgili uluslararası antlaşmaların, ulusal yasalarla çatışması yada çelişmesi durumunda, öncelikle yada ulusal hukuka üstün tutularak doğrudan uygulanmasını, duraksamasız sağlayabilecek mi? Uygulamada, bu tür uyumsuzlukları çözmekle görevli ve yetkili yargısal organlar yada yönetsel yetkililer için yeni kuşku yada duraksamalar doğurmayacak mı? Bu ek kuralın uygulanması, başka önemli koşulların varlığını ve oluşturulmasını gerektirmiyor mu? Yasama, yürütme ve yargı organlarına ve görevlilerine yeni yükümlülükler getirmiyor mu?

Bu genel ve soyut soruları, 90. maddenin son fıkrasına eklenen yeni üçüncü cümleden yola çıkıp bu cümledeki terimleri gözönüne alarak ve ana soruların her birinden alt sorular çıkararak, biraz daha somutlaştırmaya çalışayım:

- Cümlede, 7. madde gerekçesinde olduğu gibi, neden terim olarak Anayasanın 2. ve 14. maddelerinde de geçen “*insan hakları*”na ilişkin uluslararası antlaşmalardan söz edilmemiş, “temel hak ve özgürlükler”e ilişkin uluslararası antlaşmalar terimine yer verilmiştir? Bununla, Anayasada yer alan “temel hak ve özgürlükler” ile ilgili ve sınırlı uluslararası antlaşmalar mı öngörülmüştür? Neden, hiç olmazsa, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin resmi adında geçen “insan hakları ve temel özgürlükler” terimleri birlikte kullanılmamıştır? Yoksa, Anayasadaki “temel haklar”ın sınırlarını aşan ve usulüne göre yürürlüğe konulmuş tüm evrensel ve bölgesel insan hakları sözleşmelerinin “esas” alınmaması mı istenmektedir? Bu iki terim, eşanlamda mı kullanılmıştır?
- Eklenen yeni cümledeki “*temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar*” terimi, örneğin kimi çekinceler koyarak onayladığımız Avrupa Sosyal Şartını, UÇÖ’nün “temel insan hakları sözleşmeleri” olarak nitelendirilen ve tümünü onayladığımız sekiz sözleşmesini içerir mi? Yine bu antlaşmalar, BM’nin onayladığımız insan hakları sözleşmelerini kapsar mı?
- Öte yandan bu terim, yalnızca tüm kuralları insan haklarına ilişkin olan antlaşmaları mı kapsar? Konusu doğrudan insan haklarının tanınıp güvenceye bağlanması olmamakla birlikte, yalnızca kimi kuralları kimi hak öznelerinin insan haklarına ilişkin olan antlaşmaları da kapsar mı?
- Uyumsuzlukların “*kanunlar*” dışında, örneğin “Anayasa” yada “kanun hükmünde kararname” ve hatta başka düzenleyici yönetsel metinler ile uluslararası antlaşmalar arasında çıkması, yani “aynı konuda farklı hükümler” bulunması durumunda da, bu yeni kural uygulanacak mıdır?

Yoksa, uluslararası antlaşmalar, yalnızca “kanunlar”daki farklı (yani aykırı) kurallara karşı mı “esas” alınacaktır? Yasalar dışında kalan ulusal mevzuat ile uluslararası antlaşmalar arasındaki uyumsuzluk ve aykırılıklara dokunulmayacak mıdır? Uluslararası antlaşma ile çatışan yasadaki kural Anayasada da varsa ve çatışma, yeni üçüncü cümlede öngörüldüğü gibi uluslararası antlaşmanın öncelikle uygulanması yoluyla çözülmüşse, bu durum sonuç olarak antlaşmanın Anayasaya da üstün tutulmuş olması anlamına gelmez mi?

• “*Esas alma*” ne demektir? Uluslararası antlaşmaların yasalara “üstün” tutulması mıdır? Yasalara “öncelik” verilerek mi uygulanmasıdır? Buradan, uluslararası antlaşmalara aykırı kurallar içeren yasaların yada yasadaki kimi kuralların artık geçersiz olduğu ve uygulanmaması gerektiği, kısacası bu ek cümle ile “by pass” edildiği sonucuna ulaşılabilir mi? Uluslararası antlaşmaları “esas almak” için yasalardaki aykırı kuralların değiştirilmesini, antlaşma kurallarının özel yasal düzenlemeyle iç hukuka taşınmasını beklemek gerekir mi?

• “*Aynı konuda farklı hükümler*”in anlamı nedir? Farklı hükümler nasıl, nerede ve hangi organ(lar)ca saptanacaktır? Kanımca, bu konudaki asıl sorun şu noktada çıkacaktır: Sözü edilen “farklı hükümler”, uluslararası antlaşmalar ile yasalardaki açık ve doğrudan bir kuraldan kaynaklanmıyorsa, dolaylı ve örtük bir “farklı hüküm”, bir farklı düzenleme söz konusuysa, bu tür uyumsuzluklar için de uluslararası antlaşmalar “esas” alınacak mıdır? Başka deyişle, uluslararası antlaşmalar ile yasalar arasında aynı konudaki “farklı hükümler”, yalnızca antlaşmaların sözel (pozitif) metinleri gözönüne alınarak mı saptanacaktır? Yoksa, antlaşmayı (sözleşmeyi) yorumlamaya ve uygulamaya aktarılmasını izlemeye yetkili koruma ve denetim organlarının kararları da gözönüne alınacak mıdır? Öte yandan yargıç, önüne gelen bir uyumsuzlukta böyle bir uyumsuzluk bulunup bulunmadığını “kendiliğinden” araştırarak mıdır, yoksa taraflardan birince ileri sürülmesini mi bekleyecektir?

Yukarıdakilerle bağlantılı bir başka soru da şudur: Ulusal yasalarda boşluk varsa ne yapılacaktır? Daha açık bir anlatımla, yargı yerleri önündeki bir uyumsuzluk konusunda açık bir yasal düzenleme yapılmamış ve böylece de ek cümlelerin uygulanmak için varlığını koşul saydığı uluslararası antlaşmalar ile yasalar arasında çatışma çıkmamış ise, bu uyumsuzluk konusunda düzenleme yapan uluslararası antlaşmalar uyumsuzluğun çözümlenmesinde esas alınacak mıdır? Kısacası yargıç, hukuk yaratma yetkisini kullanarak uyumsuzluğu çözüme görevini yerine getirirken, iç hukukun parçasına dönüşmüş bir kaynak olarak insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmaları da öncelikle gözönünde bulunduracak mıdır?

### 3. Sorulara Yanıtlar: Düzenlemenin Anlam ve İçeriği

Özellikle uygulamada karşılaşılabileceğini düşündüğüm yukarıdaki soruları daha da çoğaltmadan, sırasıyla yanıtlamaya ve dolayısıyla, 90. maddenin son fıkrasının üçüncü cümlesinin (düzenlemesinin) nasıl anlaşılması ve uygulaması gerektiğine ilişkin görüşlerimi ortaya koymaya çalışacağım.

#### a. Düzenleme, Taraf Olduğumuz Tüm İnsan Hakları Sözleşmelerini Kapsar

Öncelikle, “insan haklarına saygılı” ve “insan haklarına dayalı” demokratik Cumhuriyetin Anayasasında geçen (m. 2 ve m. 14) bu terimlere, yani insan haklarına yer vermeksizin yalnızca “*temel hak ve özgürlükler*” ile ilgili uluslararası antlaşmalardan söz edilmiş olması, kanımca önemli bir eksikliklerdir. Getirilen çatışma kuralının en temel öğelerinden biri olmasına karşın, gerekçede ve Anayasa Komisyonu raporunda bu terimin neden yeğlendiğine ilişkin herhangi bir açıklamaya rastlanmamaktadır.

Kuşkusuz bu terim, ne Anayasadaki “temel hak ve hürriyetler” ile sınırlı olarak anlaşılabilir, ne de Anayasadaki temel hak ve özgürlükler listesiyle sınırlı tutulabilir. Usulüne göre yürürlüğe koyduğumuz, yani kısaca onayladığımız tüm uluslararası sözleşmelerdeki insan hakları ve temel özgürlükler, bu terimin kapsamı içindedir. Bu terim, ister kişisel ve siyasal hakları, ister ekonomik, sosyal ve kültürel hakları, isterse “üçüncü” yada / hatta “dördüncü” kuşak olarak nitelenen görece yeni insan hakları olsun, onayladığımız ve onaylayacağımız tüm sözleşmelerde güvenceye bağlanan tüm insan haklarını kapsar. “Temel” sözcüğü, ne hukuksal ne de felsefi yönlerden herhangi bir sınırlandırma içerir ve içerdiği yolunda da yorumlanabilir. Cümledeki “temel hak ve özgürlükler”, Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun; Antlaşma, Sözleşme, Şart, Pakt vb. belgeler ile tanıyıp güvenceye aldığı ve içtihatlarla geliştirdiği tüm insan haklarını kapsayan bir terim olarak anlaşılmalıdır. Dolayısıyla sözü edilen antlaşmalar, salt İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi gibi “birinci kuşak” insan haklarını içeren ve yargısal nitelikli bir koruma sistemi öngören belgelerle sınırlı tutulamaz. “Temel hak ve özgürlüklerin” pozitif dayanağı, usulüne göre yürürlüğe konulmuş tüm uluslararası antlaşmalar, kısacası uluslararası insan hakları sözleşmeleridir. “Temel hak ve özgürlükler” yerine daha geniş ve kapsamlı anlam taşıyan “insan hakları” teriminin kullanılması, bu ve başka duraksamaları ortadan kaldırılabirdi. Ancak, kullanılan terimin iyi seçilmemiş olması, bu tür duraksamaların dayanağı olamaz. “Temel” sözcüğünün, yalnızca ulusal yazılı hukukta değil, aynı zamanda uluslararası yazılı insan hakları hukukunda da güvenceye bağlanmış hak ve özgürlükleri içeren bir anlam taşıdığı kabul edilmelidir.

Aslında üzerinde durmaya bile gerek bulunmayan bir başka nokta, sözü edilen uluslararası antlaşmaların belirli bir bölgesel yada evrensel ölçekli uluslararası kuruluş çerçevesinde kabul edilmiş belgelerle sınırlı olmamasıdır.

Daha açık bir deyişle, Avrupa Konseyi, Birleşmiş Milletler ve bu Örgüt sistemi içindeki “konusunda uzman” uluslararası kuruluşlarca kabul edilmiş tüm insan hakları sözleşmeleri, ek cümledeki “milletlerarası andlaşmalar” kapsamındadır. Örneğin, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin yanı sıra, çok sayıda çekince koyarak onayladığımız Avrupa Sosyal Şartı,<sup>24</sup> kimilerini çok gecikmeli olarak ancak 2003’te onayladığımız ve aralarında 1966 ikiz sözleşmelerinin de bulunduğu Birleşmiş Milletler sözleşmeleri,<sup>25</sup> UÇÖ’nün öncelikle tümüne taraf olduğumuz “temel insan hakları sözleşmeleri” ile bu kümede yer almayan onayladığımız öteki sözleşmeleri ve UNESCO’nun henüz onaylamadığımız -ama bir gün onaylayacağımız umudunu taşıdığımız- eğitim hakkıyla ilgili sözleşmeleri de, uyumsuzluk durumunda ulusal yasalardan önce uygulanması gereken belgelerdir.

Anayasa Komisyonunun CHP’li üyelerinin somutlaştırılması anlamında sayılmasını, daha doğru bir anlatımla kaynaklarının belirlenmesini istedikleri uluslararası antlaşmaları “örnek” olarak saymak gerekirse, üyesi olduğumuz bölgesel ve evrensel ölçekli kuruluşlarca kabul edilmiş insan hakları sözleşmelerinden “usulüne göre yürürlüğe koyduklarımızdan başlıcaları şunlardır:

- Irk Ayrımcılığının Tüm Biçimlerinin Kaldırılması Uluslararası Sözleşmesi (BMÖ, 1965/2002);<sup>26</sup>
- Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi (BMÖ, 1966/2003);
- Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi (BMÖ, 1966/2003);
- Kadınlar Hakkında Tüm Ayrımcılık Biçimlerinin Kaldırılması Sözleşmesi (BMÖ, 1979/1985);
- İşkenceye ve Başka Zalimce, İnsanlıkdışı yada Onur Kırıcı Ceza yada Davranışlara Karşı Sözleşme (BMÖ, 1987/1988);
- Çocuk Hakları Sözleşmesi (BMÖ, 1989/1994);
- Zorla Çalışma Sözleşmesi (UÇÖ, 1932/1998);

<sup>24</sup> Mesut Gülmez, "Avrupa Sosyal Şartı'na Genel Bir Bakış ve Türkiye", **İnsan Hakları Yılığ**, Cilt 12, 1990, s. 91 vd.; Mesut Gülmez, "Gözden Geçirilen İçeriği ve Etkinleştirilen Denetim Sistemi İle Yeni Avrupa Sosyal Şartı", **Prof. Dr. Metin Kutal'a Armağan**, Kumu-İş Yayını, Ankara, 1998, s. 327-358; Mesut Gülmez, "Avrupa Sosyal Şartı Koruma Sistemi ve Türkiye", **Türk-İş Yılığ** 99, Cilt 2, Türk-İş Yayını, Kasım 1999, Ankara, s. 83-137.

<sup>25</sup> Mesut Gülmez, **Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması**, s. 199-250.

<sup>26</sup> Bu tarihlere birincisi sözleşmenin kabul edildiği, ikincisi ise ülkemizde onaylandığı tarihleri vermektedir. Listede de belirtildiği gibi, sözleşmelerin ilk 6’sı Birleşmiş Milletlerce, izleyen 8’i Uluslararası Çalışma Örgütüncü ve ötekiler de Avrupa Konseyince kabul edilmiştir.

- Sendika Özgürlüğü ve Sendika Hakkının Korunması Sözleşmesi (UÇÖ, 1948/1993);
- Örgütlenme Hakkı ve Toplu Pazarlık Sözleşmesi (UÇÖ, 1949/1951);
- Ücret Eşitliği Sözleşmesi (UÇÖ, 1953/1967)
- Zorla Çalışmanın Kaldırılması Sözleşmesi (UÇÖ, 1959/1960);
- Ayrımcılık Sözleşmesi (İstihdam ve Meslek) (UÇÖ, 1960/1967);
- Asgari Yaş Sözleşmesi (UÇÖ, 1976/1998);
- Çocukların Çalışmasının En Kötü Biçimlerinin Kaldırılması ve Yasaklanması Sözleşmesi (UÇÖ, 2000/2001);
- İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (AK, 1950/1954)
- İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Ek 1 Sayılı Protokol (AK, 1952/1954);
- İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Ek 6 Sayılı Protokol (AK, 1983/2003);
- Avrupa Sosyal Şartı (AK, 1961/1989);
- Sosyal Güvenlik Avrupa Kodu (AK, 1964/1968);
- Sosyal Güvenlik Avrupa Sözleşmesi (AK, 1972/1977).

Bir kez daha yinelemem gerekirse, ulusal hukukla çatışmaları durumunda “esas” alınarak öncelikle uygulama yönünden bu sözleşmeler arasında ne kuruluşları, ne konuları ve ne de denetim yöntemleri açısından ayırım gözetilebilir. Tersine bir yaklaşım, insan haklarının bölünmezliği ve bütünselliği ilkesiyle bağdaşmaz.

Öte yandan, örnek sözleşmeler listesinden de anlaşıldığı gibi, yeni cümlede geçen “*usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar*” terimi, onaylanarak hukuksal yükümlülük doğurması söz konusu olmayan Bildirge yada Tavsiye gibi belgeleri kapsamaz. Ancak, anayasal bir yükümlülük olmamakla birlikte, bu tür belgelerin, örneğin İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin de çatışma sorununun çözülmesinde gözönünde bulundurulmasına ve “esas” alınmasına bir engel olmadığı açıktır.

### **b. Düzenleme, Yasalarla Sınırlı Sayılamaz**

Ek cümle, uluslararası antlaşmalar ile “*kanunlar*” arasındaki “*aynı konuda farklı hükümler*” den söz etmiştir. Ne Anayasa, ne de yasalar dışındaki metinler, örneğin kanun hükmünde kararname ile uluslararası antlaşmalar arasındaki farklı kurallardan söz edilmiştir.

Kanımca, dayanağı yasalar olan “düzenleyici metinler”deki farklı kurallar da, uluslararası antlaşmaların temel alınmasını ve çatışma durumunda uygulanmasını gerektirir. Anayasa, kanun hükmünde kararnemelerle kişisel ve siyasal haklar konusunda düzenleme yapılmasını yasaklamış ise de, ekonomik ve sosyal haklar konusunda bu yolu kapatmamıştır. Dolayısıyla, ekonomik sosyal ve kültürel haklara ilişkin bir KHK kuralı ile onayladığımız bir antlaşma kuralının çatışması olasıdır ve bu durumda, antlaşmanın öncelikle uygulanması gerekir. Öte



yandan, uluslararası antlaşmaların yasayla açık ve doğrudan bir çatışma içinde olmamasına karşın, bu yasaya dayanılarak çıkarılan ve yasaya aykırı bir düzenleme yapan bir tüzük ile çatışması da olanaklıdır. Bu durumda da, kanımca uluslararası antlaşmanın / sözleşmenin uygulanması gerekir. Tüzükteki aykırılığın yönetsel yargı yoluyla giderilmesi olanağının bulunması, bu aykırılık varoldukça uluslararası sözleşmenin uygulanmasına engel değildir. Ek cümlede yalnızca “kanunlar”dan söz edildiği ileri sürülerek, insan haklarıyla ilgili bir sözleşme kuralı yerine yasalar dışındaki ulusal hukukun uyumsuzluğa uygulanması, bu düzenlemenin amacına aykırıdır ve uyumsuzluğun uluslararası denetim ve koruma organlarına taşınmasına yol açacaktır, açmalıdır.

Buna karşılık, örneğin hiçbir yasal düzenleme konusu olmayan bir “Anayasa” kuralı ile uluslararası antlaşma arasında farklılık (uyumsuzluk / çatışma) olması durumunda, ek cümlenin öngördüğü çözüm doğrultusunda, uluslararası antlaşma kuralının Anayasaya öncelikli olarak yada üstün tutularak uygulanması söz konusu olabilecek midir? Ek cümle, dar ve sözel bir yorumla uygulanacak olursa, uluslararası antlaşmalar ile “Anayasa” arasındaki maddi kural uyumsuzluklarını kapsamadığı sonucuna ulaşılabilir. Bu konudaki suskunluk, örtük olarak, uluslararası antlaşmanın Anayasaya üstün tutulamayacağı yolunda anlaşılabilir. Kısacası, yeni üçüncü cümle, örtük biçimde, Anayasa ile uluslararası antlaşmalar arasında çatışma olabileceğini yadsımış görünmektedir. Buradan da, Anayasa koyucunun, kurallar sıralamasında uluslararası antlaşmaları Anayasa ile yasalar arasına yerleştirdiği düşünülebilir.

Ancak kanımca, bu dar ve sözel yorum, öncelikle Anayasanın 2. ve 2001’de değiştirilen 14. maddesiyle bağdaşmaz. Gerçekten de, demokratik ve laik Cumhuriyetin “*insan haklarına saygılı ve dayalı*” olması, Anayasadan daha elverişli ve ileri haklar ve güvenceler öngören uluslararası antlaşmaların üstün tutulmasını gerektirir. Bu yükümlülük, Anayasanın öngördüğü kurallara uygun olarak onaylayıp taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerin, Cumhuriyetin saygılı ve dayalı olduğu, varlık nedenini oluşturduğu ve üzerine yaslandığı insan haklarını tanıdığı olmasının doğal bir sonucudur. Aykırı kuralları Anayasada sürdürerek insan hakları sözleşmeleriyle bağdaşmayan kuralların korunması ve insan haklarıyla ilgili uluslararası antlaşmaların yalnızca çelişik kurallar içeren yasalar karşısında öncelikle uygulanması, ek cümleyle yapılan düzenlemenin amacına aykırı düşer ve bu düzenlemenin uygulama alanını daraltır.

Kaldı ki, Anayasaya uygun ancak antlaşmaya aykırı bir kural içeren bir yasanın antlaşmayla çatışması durumunda, antlaşmanın uygulanması zorunlu olduğundan, bu sonuç Anayasanın “by pass” edilmesi, antlaşmanın Anayasaya üstün tutulmuş olması anlamına gelecektir. Ankara 5. İdare Mahkemesinin Mayıs 2004 değişikliğinden hemen sonra 29 Haziran 2004 tarihinde oybirliğiyle verdiği yeni bir karar, bu duruma çarpıcı bir örnektir. Mahkeme, Anayasanın ve 657 sayılı yasanın yönetsel yargı yolunu kapattığı uyarma (ve davadaki) kınama cezalarına

karşı Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesinin hak arama özgürlüğünü güvenceye alan 14. maddesine dayanarak ve davada sözleşmenin bu kuralını 657'ye üstün tutarak, davayı öz yönünden incelemiş ve işlemin iptaline karar vermiştir.<sup>27</sup>

### c. Düzenleme, Uluslararası Sözleşmeleri Ulusal Hukuka Üstün Tutmuştur

Ek cümlelerin, insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalar ile yasalar arasındaki uyumsuzlukların çözülmesi için önerdiği çözüm, uluslararası antlaşma hükümlerinin “*esas*” alınmasıdır. Üstünlük yada öncelik terimlerinin açık biçimde kullanılmamış olmasına karşın, “*esas*” alma, aslında uluslararası antlaşmayı yasalara üstün tutarak, öncelikle uygulama, uyumsuzluğu ulusal hukuku bir yana bırakarak uluslararası antlaşmalara göre çözüme demektir.

Madde gerekçesinde ve Anayasa Komisyonu Raporunda, “*esas*” almanın “*öncelikli*” uygulama anlamına geldiği belirtilmiştir. Artık bu düzenlemeden sonra, onayladığımız insan hakları sözleşmelerini, son fıkranın ilk cümlesindeki “kanun hükmünde” sözcüklerine dayanarak “kanun seviyesinde” biçiminde anlamak ve yorumlamak, çatışma sorununu da kimi yorum kurallarıyla (önceki yasa-sonraki yasa yada özel yasa-genel yasa) çözmeye çalışmak olanaksızdır. Taraf olduğumuz insan hakları sözleşmeleri yasaların (ve bu değişiklikten önce de savunduğum gibi Anayasanın da) üstündedir, kurallar sıralamasının en başında yer almaktadır. Öte yandan, çatışma durumunda bu sözleşmelerin uygulanması için, ulusal hukukta özel düzenleme konusu olmasına, iç hukuka aktarılmış bulunmasına gerek yoktur ve yasalardaki aykırı kuralların değiştirilmesini beklemek gerekmez.

Kuşkusuz, antlaşmalar ile yasalar arasındaki uyumsuzluğun yasaların antlaşmalardan daha ileri içerikli ve güvenceli bir düzenleme yapmış olmasından çıkması durumunda, temelde bir alt sınır olan antlaşmalar esas alınmaz ve uyumsuzluk, daha geniş ve ileri güvenceler sağlayan yasaların uygulanmasıyla çözülür. Değişik bir anlatımla, 90. maddenin son fıkrasının yeni kuralı benzer bir çatışma durumunda uygulanmaz. Çünkü bu kuralın temelinde, çatışmanın ulusal yasaların uluslararası antlaşmalardan daha geri güvence sağlamış olmasından doğduğu ve uyumsuzluğun da, insan hakları adına, daha ileri uluslararası antlaşmaya göre çözülmesi gerektiği düşüncesi vardır.

Aynı konuyu farklı biçimde düzenleyen birden çok onaylanmış uluslararası antlaşma kuralının bulunması durumunda, aşağıda değineceğim gibi yetkili denetim organlarının kararları da gözönünde bulundurularak, en ileri düzenleme yapan ve güvence sağlayan antlaşmanın özenle belirlenip uygulanması gerektiği kuşku götürmez. Bu nedenle de, uyumsuzluğu çözmek durumunda olan yönetsel

<sup>27</sup> T.C. Ankara 5. İdare Mahkemesi, Esas No: 2003 - 1796, Karar No: 2004 - 1212.

yetkililer ile yargı yerlerinin, uyuşmazlığa uygulanabilecek birden çok antlaşma yada kural bulunup bulunmadığını da araştırmaları gerekir.

Gerçekten de, insan hakları sözleşmelerinin kimilerinde, aynı konuya ilişkin sözleşmeler arasında yada sözleşmeler ile ulusal hukuk arasında bir çatışma çıkması durumunda, daha elverişli ve daha ileri haklar ve güvenceler içeren sözleşmelerin ve ulusal yasaların öncelikle uygulanacağına ilişkin açık düzenlemeler yapılmıştır. Örneğin, ikisi de 1966 tarihli olan Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesine, adı geçen sözleşmelerin tanımadığı yada daha geri düzeyde tanıdığı bahanesiyle, iç hukuk düzeyinde yasalar, (uluslararası) sözleşmeler, (yönetmel) düzenlemeler ve gelenek kuralları uyarınca tanınmış olan yada yürürlükte bulunan temel insan haklarına hiçbir kısıtlamanın kabul edilemeyeceğine ilişkin genel bir kural konulmuştur (m. 5/2). Dolayısıyla ikiz sözleşmelerin sendikal haklarla ilgili kuralları, örneğin UÇÖ'nün bu sözleşmelerden daha önce kabul edilmiş olan aynı konudaki 87 ve 98 sayılı sözleşmelerinde öngörülen daha ileri nitelikli güvencelere zarar vermez, yani bu sözleşmelerden doğan yükümlülükleri kaldırmaz. Aynı kural, 151 sayılı Kamu Hizmetinde Çalışma İlişkileri Sözleşmesinin 1. maddesinde de vardır. Bu madde, 151 sayılı sözleşmenin, aslında yedek yada tamamlayıcı nitelik taşıdığını, yani ancak başka uluslararası çalışma sözleşmelerinde -örneğin 87 ve 98 sayılı sözleşmelerde- daha elverişli / ileri kurallar bulunmadığı zaman uygulanacağını açıkça belirtmiştir.<sup>28</sup>

#### **d. Düzenleme, Yargı Kadar Yürütme ve Yasamayı da Bağlar**

Ek cümlede, uluslararası antlaşmalar ile yasalar arasında aynı konuda farklı hükümler bulunmasından doğan “*uyuşmazlıklar*”dan söz edilmiştir. Üçüncü cümlelerin sözel metnine bakılırsa, uluslararası antlaşmalardaki kuralların “*esas*” alınmasının, ancak somut bir uyuşmazlık çıkması durumunda geçerli olacağı düşünülebilir. Bu sözcük, kuşkusuz öncelikle yargı yerleri önüne gelmiş somut uyuşmazlıkları çağrıştırmaktadır. Ancak ek cümle, “yargı yerleri”nin önündeki uyuşmazlıklar ile sınırlı bir çözüm getirmemiş, uyuşmazlıkların çıktığı yerlere yada organlara ilişkin bir belirleme yapmamıştır.

Kanımcı ek cümlede geçen “uyuşmazlık” sözcüğünü, salt “adli, idari ve askeri” yargı yerleri ile sınırlı anlamamak ve uygulamamak gerekir. Yönetmel organlar yada birimler önündeki düzenleyici yönetmeliklerin uygulanmasından doğan uyuşmazlıklarda da, insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalara aykırı olan bir yasaya yada bu yasaya dayanılarak çıkarılmış düzenleyici metinlere göre bir karar verilmesinin söz konusu olduğu durumlarda da uluslararası antlaşmaların “*esas*” alınması gerekir. Başka bir anlatımla, kamu yetkililerine ve

<sup>28</sup> Mesut Gülmez, *Dünyada Memurlar ve Sendikal Haklar*, s. 159, 164-165.

yönetmelik organlara yapılan başvuru yada yakınmalar dolayısıyla onaylanan sözleşmeler ile yasalar arasında uyumsuzluklar çıkması durumunda da, uluslararası antlaşmanın yetkililerce doğrudan uygulanması gerekir. Yönetmelik yetkililer, uyumsuzluğu, yargı yerlerine götürülmesine gerek kalmaksızın uluslararası sözleşmeleri uygulayarak çözme yaklaşımı içinde olmalıdır. Yürütme organı ve yönetmelik birimler, antlaşmalara aykırı düzenleyici işlemler kabul etmemekle yükümlüdürler.

Öte yandan bu kural, yargı ve yönetmelik yetkililerin (dolayısıyla yürütmenin) yanı sıra kanunca yasamayı da bağlar. Artık yasama organı da, böyle bir uyumsuzluğa yol açabilecek uluslararası antlaşmalara aykırı yasalar çıkarmaz, çıkarmamalıdır. Aykırı olanları da, Anayasadan başlayarak değiştirmelidir. Artık insan hakları sözleşmeleri, yasama organının yapacağı düzenlemeler için bir alt sınırdır. Yasama organı, “uyumsuzluk durumunda nasıl olsa uluslararası antlaşma esas alınacaktır” gibi bir yaklaşımla, aykırılıklara kayıtsız kalmamalı ve uyumsuzluk çıkmasını beklememelidir. Yasaların hazırlık ve oluşum sürecinin özellikle bakanlıklardaki ve Meclis komisyonlarındaki aşamalarında, çıkarılacak yasa ile antlaşmalar arasında çatışmalara yer vermemek için çaba ve özen gösterilmelidir. Milletvekilleri de, görüşmeler sırasında insan haklarına aykırı kurallardan arındırılmış yasalar çıkarılmasına çaba harcamalıdır. Ancak, gerek bürokrasinin gerekse yasama organının bu yükümlülüklerini yerine getirmemiş yada getirememiş olması, onaylanmış uluslararası antlaşmaların öncelikle uygulanmasına engel olmaz. Yasalarla yapılacak insan haklarıyla ilgili düzenlemelerin alt sınırı, ilgili denetim organlarının kararlarıyla açıklık kazandırılmış uluslararası antlaşmalardır.

Özet olarak ek cümle, yasaların uygulanması kadar yapılmasını da kapsar; yasama, yürütme ve yargı organlarını bağlar. Kamu yetkilileri (örneğin vali, kaymakam ve başka yöneticiler ile kolluk yetkili ve görevlileri) de, uluslararası antlaşmaları yasalara üstün tutarak uyumsuzlukları çözmekle yükümlüdürler.

Yargıçların, eğer taraflarca ileri sürülmemişse, insan hakları uluslararası antlaşmalarını *kendiliğinden* gözönüne alarak karar vermesi gerekir. Bu, anayasal bir yükümlülüktür. Uluslararası antlaşmalar, daha ileri kurallar içerdiği sürece, hukuk düzeninin ulusal hukukun üstünde bir parçası olduğundan, uyumsuzluklarda kendiliğinden gözönüne alınmalı ve buna göre karar verilmelidir. Kuşkusuz bu yükümlülük, yasaların uygulanmasından sorumlu olan kamu yetkilileri için de geçerlidir.

#### **e. Düzenleme, Uluslararası Denetim Organlarının Kararlarının da Gözönüne Alınmasını Gerektirir**

Son fıkraya eklenen üçüncü cümlenin “*aynı konuda farklı hükümler*” biçimindeki sözleri, uluslararası antlaşmaların salt sözel/pozitif metinleri gözönüne alınarak belirlenmemelidir. Uluslararası antlaşmaların ve onayladığımız

birçok sözleşmenin ayrıntıya girmeyen, yetkili koruma ve denetim organlarının yorumuyla açıklık ve anlam kazanan genel kurallar içerdiği anımsanırsa, yasalar ile uluslararası sözleşmelerin aynı konudaki farklı düzenlemesinden kaynaklanan bir uyumsuzluk bulunup bulunmadığı, salt antlaşmaların sözel metniyle sınırlı olarak saptanamaz.<sup>29</sup> Böylesi yüzeysel ve kolaycı bir yaklaşım, yapılan düzenlemenin işlevsiz bırakılması sonucunu doğurur. Koruma ve denetim organlarının o konuya ilişkin yerleşik ilke kararları ve içtihatları gözönünde bulundurulmak gerekir. Çünkü ek cümleyle yapılan düzenlemenin temel amacı, böyle bir uyumsuzluğun iç hukuk alanında yargısal yada yönetsel kararlarla çözülmesi ve böylece de, uluslararası koruma ve denetim organları önüne götürülmesinin engellenmesidir.

Somut bir örnek vererek kısaca açıklamak gerekirse; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin “adil yargılanma hakkı” başlıklı 6. maddesi, bu hakkın “bağımsız ve yansız” mahkemelerde yargılanmayı içerdiğini öngörmüştür. Ancak her iki kavramın anlamını –doğal olarak- belirtmemiştir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ise, ülkemize ilişkin bir kararında (İncal kararında),<sup>30</sup> Devlet Güvenlik Mahkemelerinde yer alan “askeri yargıcın” konumunu gözönünde bulundurarak, “bağımsız ve yansız” olma kavramlarına somut bir anlam ve içerik yüklemiştir. Böylece, dar bir yorumla sözleşmenin sözel metninden ulaşılamayacak bir sonuca varmıştır. Çatışma durumunda, Mahkemenin bu kararının gözönünde bulundurulmamasının, taraf olduğumuz sözleşmeye aykırı bir karar verilmesine yol açacağı kesindir.

Uygulamada daha çok duraksamalara yol açacağı düşünülüm bir başka somut örnek olarak, insan hakları sözleşmelerinden olduğuna kuşku bulunmayan 87 sayılı Sendika Özgürlüğü ve Sendika Hakkının Korunması Sözleşmesine

<sup>29</sup> Taraf olduğumuz 87 sayılı sözleşmenin yalnızca sözel metninin gözönüne alındığı çarpıcı bir örnek, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun (CGK) oyçokluğuyla aldığı 7 Mart 2000 tarihli kararıdır. CGK, sözleşmenin ilgili maddelerini aktardıktan sonra, “görüldüğü üzere ILO sözleşmeleri ile sendika kurma hakkı tanınmış fakat grev ve lokavt hakkından söz edilmemiş, kuruluşların yasalara uymak zorunda oldukları hükme bağlanmıştır. Bu suretle kamu görevlilerine sendikal haklar tanınmış ancak nasıl kullanılacağı sözleşmeyi imzalayan Devletlere bırakılmıştır” dedikten sonra, 657 sayılı yasadaki grev yasağını anımsatıp, “bu yasal düzenlemelerde Devlet memurları ile diğer kamu görevlilerine sendika kurma ve üye olma hakkı tanınmış, ancak işi yavaşlatma veya terk etme ya da grev hakkı tanınmamış, bu konularda yasal düzenleme yapılmamıştır” sonucuna varmıştır. Bu katı pozitivist yaklaşım, onaylanan antlaşmaların yasalara üstünlüğünü işlevsiz bırakmakta, dolayısıyla anayasal yükümlülüğe aykırı düşmektedir. Bu kararın ve karşı oy yazısının eleştirisi ve değerlendirilmesi için bkz. Mesut Gülmez, **Kamu Görevlileri Sendika ve Toplu Görüşme Hukuku**, s. 264-269.

<sup>30</sup> Yasemin Özdek, **Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye**, TODAİE Yayını, Ankara, 2004, s. 204.

değineyim. 1993 yılında usulüne göre yürürlüğe koyduğumuz 87 sayılı sözleşme, çok kısa ve genel anlatımlı maddelerinde açıkça “*grev hakkı*”ndan söz etmez. Ancak, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun yukarıda andığım 7 Mart 2000 tarihli ve 2000/4-25 Esas ve 2000/44 karar sayılı kararında benimsediği görüşün tersine, gerek sözleşmeyi onaylayan taraf devletlerin yükümlülüklerini yerine getirip getirmediklerini denetleyen Uzmanlar Komisyonunun, gerekse sözleşmeyi onaylamamış olsa bile UÇÖ’ye üye olması nedeniyle Örgütün Anayasasında yer alan “sendika özgürlüğü” ilkesine uyup uymadıklarını denetleyen Sendika Özgürlüğü Komitesinin<sup>31</sup> elli yılı aşkın bir süreden beri ülkemizi de kapsam üzere yineledikleri “içtihat” niteliği kazanmış yerleşik kararlarına göre, 87 sayılı sözleşme grev hakkını güvenceye almıştır.<sup>32</sup> Gerek yargı yerlerinin gerekse yönetsel yetkililerin, önelirine gelen yürürlükteki yasalarımızda yer alan grev yasak ve kısıtlamalarından kaynaklanan bir uyuşmazlığın çözülmesinde, dayanaklarını UÇÖ Anayasasından alan denetim organlarının bu kararlarını gözönüne almaksızın karar vermeleri, bu yeni düzenlemeye –yani Anayasaya- açıkça aykırı olur. Çünkü, daha önce de belirttiğim gibi, Anayasada sözü edilen “usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmeler” anlamında, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile 87 sayılı sözleşme arasında hiçbir fark yoktur. Yine, anılan sözleşmeleri denetleme yetkisi bulunan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin kararları ile UÇÖ denetim organlarının kararları arasında da, yargısal nitelik taşıyıp taşıyamaları ve yaptırımları dışında, temel bir fark yoktur. Başka bir anlatımla, her iki sözleşmenin oluşturduğu koruma ve denetim sistemlerindeki farklılık, çatışma sorununun çözülmesinde “uluslararası antlaşmaların esas alınması” yönünden ayırım gözetilmesini gerektirmez. İnsan hakları sözleşmeleri arasında bu tür ayırımlar gözetilmesi, hem Anayasaya hem de insan haklarının evrensel ilkelerine aykırıdır.

Bu örneklerden de anlaşıldığı üzere, 90. maddenin son fıkrasına eklenen üçüncü cümle, yargı yerlerine ve yönetsel yetkililere büyük bir sorumluluk yüklemekte, kanımca daha önce de var olan sorumluluklarını pekiştirmektedir. Bu da, en azından Türkiye’nin taraf olduğu tüm insan hakları sözleşmelerinin uygulanmasını izlemekle görevli ve yetkili olan uluslararası koruma ve denetim organlarının kararlarının bilinme ve izlenmesini gerektirmektedir. Yargıçların ve

<sup>31</sup> Bu denetim organları için bkz.: Mesut Gülmez, **Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması**, s. 43-114.

<sup>32</sup> Bureau international du Travail (BIT), **Liberté syndicale et négociation collective**, Conférence internationale du Travail, 81<sup>e</sup> session 1994, Rapport III (Partie 4B), Genève, 1994; BIT, **La liberté syndicale**, Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d’administration du BIT, Quatrième édition, Genève, 1996; Mesut Gülmez, **Sendikal Hakların Uluslararası Kuralları ve Türkiye**, TODAİE Yayını, Ankara, 1988, s. 221-275; Mesut Gülmez, **Dünyada Memurlar ve Sendikal Haklar**, s. 147-151.

kamu yetkililerinin bu konuda bir duraksama yaşamaları durumunda, gerek uyumsuzluğun saptanması gerekse uyumsuzluğa uygulanacak söz konusu kararların belirlenmesi konularında uzman ve bilim adamlarından yararlanmaları gerekir. Uluslararası antlaşmaları yorumlama yetkilerinin bulunduğunu düşünerek, “alt sınırı” olan denetim organlarının kararlarını araştırmaksızın uyumsuzluğu çözmeye çalışmamaları gerekir. Böyle bir tutum, ek cümlenin amacına ve özüne aykırı düşer. Denetim organlarının yerleşik kararlarına aykırı bir çözümün, uyumsuzluğun eninde sonunda bu organların önüne götürülmesine yol açacağı bilinmelidir.

Dolayısıyla ek cümle, yargıç ve yönetsel yetkililerin (ve kuşkusuz savcı ve avukatların), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesiyle sınırlı olmayan kapsamlı ve ciddi bir insan hakları eğitiminden geçirilmeleriyle amacına uygun biçimde uygulanabilir.

Kanımca, 90. maddenin son fıkrasının yeni son cümlesi, uluslararası antlaşmaların temel alınmasını, yasalar ile antlaşmalar arasında çatışma çıkması koşuluna bağlı tutmuş olmakla birlikte, yasalarda boşluk olması nedeniyle açık bir çatışmanın söz konusu olmadığı durumlarda da, ulusal hukukla bütünleşmiş uluslararası antlaşmaların temel alınması gerekir. Yargıç, hukuk yaratma yetkisini kullanırken taraf olduğumuz uluslararası insan hakları sözleşmelerini de gözönüne almalı; iç hukuktaki boşluğu, yazılı hukukun bir parçası olan bu sözleşmelerle doldurmalıdır.

#### IV. SENDİKAL YASALARIN ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERE AYKIRI KURALLARI

Anayasa ile sendikal haklara ilişkin üç yasadaki aykırı kuralları ayrı ayrı sıralamadan önce, bir yandan uyum sağlamak zorunda olduğumuz bu konudaki uluslararası sözleşmelerin pozitif düzenlemelerinin özündeki ilkeleri anımsamak, öte yandan da uyumun Avrupa Birliği boyutuyla ilgili saptamalar yapmak gereklidir.

##### 1. Zorunlu Bir Anımsatma: Sendika ve Toplu Pazarlık Hukukunun Temel İlkeleri

Kimi sözcük yada kavramlar, özünde içerdiği yada gizli olan anlamları yönünden, çok “sihirli”dir; tükenmez bir kaynaktır, çok “velüt”, yani doğurgandır. Ama bu sözcük ve kavramlar, bu özü ve özelliği göremeyen yada görmek istemeyenler için çok fazla önem taşımaz.

Bunlara, Sendika ve Toplu Pazarlık Hukuku (STPH) alanından iki örnek verilebilir. Birincisi, “*çalışanlarının özgür iradesi*”, ikincisi de “*gönüllü ve özgür toplu pazarlık*” kavramları, daha doğrusu ilkeleridir. Diyebilirim ki bu iki ilke, özünde “*özgür irade*”nin bulunduğu ve ikisinin de ortak özünü “*özgür irade*”nin oluşturduğu bu iki ilke, Uluslararası Sendika ve Toplu Pazarlık Hukukunun (USTPH) özü, doğduğu kaynaktır. Yalnızca doğduğu değil, “yazılı

hukuk” olarak doğduktan sonra, “içtihat hukuku” olarak geliştirildiği temel ve ilk kaynak da, “özgür irade”dir; gerek bireysel düzeyde çalışanların, gerekse toplu düzeyde çalışanların temsilcileri olan sendikal örgütlerin, son yılların “moda” terimiyle sosyal ortakların “özgür iradesi”dir. Sözün kısası, **özgür irade, suyun çıktığı yerdir.**<sup>33</sup>

Sendika ve Toplu Pazarlık Hukukunun anlamı nedir? Kısaca, İş Hukuku, Çalışma Hukuku olarak bildiğimiz hukuk dalının özelliği ve anlamı nedir? Yasa koyucunun “tek yanlı” iradesinin yerini, temelde ve ilke olarak, çalışanların ve sendikal örgütlerinin “özgür iradesi”nin almış olması değil midir? Yasa koyucu, çerçevesini çizdiği bir alanda, “ben düzenleme yetkimi size bırakıyorum, benim irademin yerini sizin bireysel ve özellikle toplu iradeleriniz almıştır” dememiş midir, demek zorunda kalmamış mıdır? Gerçi yasa koyucu bu yetki devrini yaparken, çerçeveyi çok dar tutmuş, birçok yasak ve kısıtlama getirmiş olabilir. Ancak, çalışanların bireysel ve toplu özgür iradelerine bırakılan alanın dar tutulmuş olması, bu özün gözardı edilmesini gerektirmez.

Bu, ulusal yasa koyucunun yaptığı düzenleme ile uluslararası yasa koyucunun yaptığı düzenlemenin uyumsuzluğu ile ilgili bir sorundur. Bu sorunun nasıl ve neye göre çözüleceği, kısacası ulusal ve uluslararası yasa koyucuların iradelerinin sonucu olan yasaların ve sözleşmelerin çatışması durumunda ne yapılacağı, hangisine öncelik yada üstünlük tanınacağı, son derece önemli bir konudur, sorundur.

İnsan hakları alanındaki “uluslararasılaşma”nın 1919’da Uluslararası Çalışma Örgütü’nün (UÇÖ) kurulmasıyla önce “çalışma ve sosyal politika”dan başlamış olması, giderek, örnekleri çok olmasa da, yalnızca Avrupa Birliği çerçevesinde –sosyal politika alanında sınırlı ölçüde olmak üzere- “ulusalüstü” bir boyut kazanması, çatışma sorununun ulusal düzeyde de ele alınıp düzenlenmesini gerektirmiştir. 1961 Anayasasında ilk kez yapılan ve 1982 Anayasasında da aynen yinelenen düzenleme, sorunun çözümü konusunda, herkesin ve her kesimin/çevrenin görüş birliğine varmasını sağlayamamıştır. Yukarıda da belirttiğim gibi, öğretilerde farklı görüşlerin dile getirilmiş olmasının da etkisiyle, yargı da bu sorunun kökten çözümüne “hukuk yaratma” yetkisini kullanarak katkı sağlayamamıştır.

Sorun, ancak AB’ye uyum sürecinde hazırlanan uyum paketleri çerçevesinde, Mayıs 2004’te yapılan Anayasa değişikliğiyle çözüme kavuşturulabilmiştir. Eğer yüksek yargı yerleri, hukuk yaratma yetkisini ve özellikle Anayasanın 138. maddesinde öngörüldüğü gibi “*Anayasaya, kanuna ve hukuka uyum olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler*” buyruğu doğrultusunda ve “hukuka uygunluğu” iç hukukla bütünlüşmüş “uluslararası insan hakları

<sup>33</sup> Bu konuda özellikle, iki denetim organının kararlarının derlendiği şu iki kaynak önemlidir: BIT, *Liberté syndicale et négociation collective* ve BIT, *La liberté syndicale*.



hukuku”nu da kapsayan bir yaklaşımla anlamış ve böylece insan haklarını koruma ve geliştirme yaklaşımını benimsemiş olsalardı, kanımca 90. maddenin son fıkrasına ancak 2004 ortalarında yeni bir cümle daha eklemek gerekemeyebilirdi. Yargı, bilim insanlarının iki farklı görüşü benimsemiş olmasından da güç ve destek alarak, ancak kanımca aslında insan hakları bilgisi ve bilinciyle yetişmemiş tutucu, mevzuatçı, ve temelde “ulusal hukukçu” yargıçlardan oluşan egemen yapısının etkisiyle, insan hakları hukukunun yolunu açamamıştır. Yargının bu konudaki kuşku ve duraksamalarını ve çelişkili kararlarını, ancak anayasal bir yazılı hukuk kuralıyla gidermek gerekmiştir. Bu da, “kısmen” yapılabilmektedir.

Bunlara değinmeden önce, yine başta belirttiğim iki kavrama dönmekte yarar görüyorum. Uluslararası Sendika ve Toplu Pazarlık Hukukunun, yazılı hukuk ve içtihat hukuku boyutlarını birlikte kapsamak üzere özünü oluşturduğunu belirttiğim bu kavram yada ilkeler, bunların içerdiği anlam gözardı ediliyorsa, bu kavram ve ilkelerin ne denli sihirli yada doğurgan olduğu bilinmiyorsa; bu kavram ve ilkelerden yola çıkan denetim organlarının yazılı hukukun biçimsel düzenlemelerine kazandırdığı içerik bilinmiyor yada önemsenmiyorsa, ne yaparsanız, ne yazarsanız, ne söyleseniz boşunadır. Ülkemizdeki, Mayıs 2004 değişikliğine değin, durum budur.

Sendika ve Toplu Pazarlık Hukukunda “**özgür irade**” ne demektir? Nasıl somutlaşmaktadır? Bu hukuk dalının kurumlarına, başka bir deyişle çalışan-çalıştıran yada emek-sermaye ilişkilerine nasıl yansımaktadır ve yansımaları gerekir? Özgür irade, çalışan ve çalıştıran arasındaki ilişkilerin kurulmasından başlayarak, içeriğinin belirlenmesinde, bireysel ve toplu düzeylerde kurallar üretilerek doldurulmasında, örgütlenmede, uyumsuzluk durumunda da toplu eylemlere başvurmada uygulanan bir ilkedir. Tarafların, özellikle toplu düzeyde düzenleme yapma, yani kendilerine devredilen “kural üretme” yetkisini sınırlandırma sonucu doğuran ayrıntılı yasal yada yönetsel düzenlemeler yapılması da, Sendika ve Toplu Pazarlık Hukukunun özünde yatan temel ilkelerin çiğnenmesi sonucunu doğurur. 87 sayılı sözleşme maddeleri dikkatli okunduğunda, 1. maddesinden başlayarak, bu ilkeyi görmek olanaklıdır. Özellikle, bu sözleşmeyi anayasal olarak yorumlama yetkisi bulunan denetim organlarının kararları okunduğu zaman; denetim organlarının, çok genel terimlerle düzenleme yapan sözleşmelerden “çalışanların özgür iradesi” ilkesine dayanarak ürettiği, benzer durumlarda uygulayarak “uluslararası içtihat” niteliği kazandırdığı kararlarında bu ilkelerin somut yansımalarını görmek olanaklıdır.

İlkelerden ikincisi, 98 sayılı sözleşmede, yalnızca bir maddeyle düzenlenen “**özgür ve gönüllü toplu pazarlık**”tır. Sözleşmenin 4. maddesindeki bu ilkenin ne denli kapsamlı olduğunu ve toplu pazarlık düzeninin özünü oluşturduğunu, yine denetim organlarının kararlarında görmek olanaklıdır. Bu ilke, toplu pazarlığın taraflarına, süresine, düzeyine, konusuna uygulanmıştır. Aynı zamanda bu ilke, “özgür ve gönüllü” toplu pazarlık alanını daraltan yada yok eden grev

ertelemesi ile grev yasak ve kısıtlamalarına da uygulanmıştır. Gerek Uzmanlar Komisyonunun gerekse Sendika Özgürlüğü Komitesinin özellikle son yarım yüzyılı aşan dönemdeki rapor ve kararları, bu iki temel ilkenin somut olarak ne anlama geldiğini ortaya koymuştur. Bu organlar, “yargı” organı olmasalar da, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinininkine benzer bir işlev yerine getirmektedir ve dolayısıyla, kararlarına uyulması zorunludur. Sözleşmelere hukuksal uygunluk sağlamanın, denetim organlarının kararlarına uygun düzenleme yapılması, kararlar alınması ve uygulamalara geçilmesi dışında başka bir seçeneği yoktur.

## 2. Avrupa Birliği Hukuku ve Aykırılıklar

Avrupa Komisyonunun Helsinki doruğundan başlayarak 2000, 2001, 2002, 2003 ve 2004 yıllarında hazırladığı İlerleme Raporlarında,<sup>34</sup> UÇÖ kurallarına açıkça yollamalarda bulunularak sendikal yasalardaki aykırılıklara değinilmiştir. Bunlardan sonuncusunda, “Ekonomik ve Sosyal Haklar” başlığı altında, kadın-erkek eşitliği, engelli kişilerin hakları ve çocukların hakları konularının yanı sıra, sendikal haklarla ilgili olarak şu saptamalara yer verilmiştir:

“Sendika ve toplu pazarlık hakkı, özellikle grev hakkı üzerinde hala ağır baskılar vardır; bundan başka *Türkiye, ILO normlarına da her zaman saygı göstermemektedir*. Genel olarak Türkiye, sosyal diyalogu tüm düzeylerde güçlendirmeli ve bir sosyal ortaklık kültürü geliştirmelidir.

Türkiye, Avrupa Sosyal Şartının 5. (sendika hakkı) ve 6. (grev hakkını da kapsayan toplu pazarlık hakkı) maddelerini hala onaylamamıştır. Memur sendikaları hakkındaki Haziran 2001 yasası, kimi kamu görevlisi (memur) gruplarının sendikal haklarını sınırlamakta ve ne grev hakkını ne de toplu pazarlık hakkını öngörmektedir. Haziran 2004’te kabul edilen değişiklikler, sendika üyeliğine ilişkin usulleri yalınlaştırmış, ancak bu sorunlara eğilmemiştir. Özel kesimde, bir sendikaya üyelik usulleri ağır ve pahalıdır. Bir sendikanın toplu pazarlığa katılabilmesi için işyerinde çalışanların en az %50’sini (yarıdan fazlasını) üye kaydetmiş ve ulusal düzeyde ilgili sektördeki (işkolundaki) çalışanların (işçilerin) en az %10’unu üye kaydetmiş olması gerekir.”

<sup>34</sup> Commission des Communautés européennes (CCE), **Rapport régulier 2000 de la Commission sur les progrès réalisés par la Turquie sur la voie de l’adhésion**, 8 nov. 2000; CCE, **Rapport régulier 2001 de la Commission sur les progrès réalisés par la Turquie sur la voie de l’adhésion**, Bruxelles, le 13.11.2001, SEC (2001) 1756; CCE, **Rapport régulier 2002 de la Commission sur les progrès réalisés par la Turquie sur la voie de l’adhésion**, Com (2002) 700 final, Bruxelles, le 9.10.2002, SEC (2002) 1412; CCE, **Rapport régulier 2003 de la Commission concernant les progrès réalisés par la Turquie sur la voie de l’adhésion**; CCE, **Rapport régulier 2004 de la Commission sur les progrès réalisés par la Turquie sur la voie de l’adhésion**, COM(2004)656final, Bruxelles, le 6.10.2004, SEC(2004)1201.

“Sendikal hak kısıtlamalarından, özellikle lastik ve cam işkollarında gösteri ve grevlerin kaldırılması (ertelenmesi) gibi kısıtlamalardan birçok durum anlatılmış, aktarılmıştır.”<sup>35</sup>

Sendika, toplu pazarlık ve grev hakları konularındaki aykırılıkları “ILO normları”nı temel alarak saptayan İlerleme Raporlarında, Avrupa Birliği belgelerinin, yani Topluluk Şartı ile Temel Haklar Şartının gözönüne alınmadığı görülmektedir. Raporlarda sözü edilen “Topluluk kazanımları”, kuşkusuz Antlaşmaların ve sosyal haklar ile insan haklarına ilişkin bu iki belgenin yanı sıra, türevsel hukuk belgelerini de kapsar. Ancak, gerek nitelikli çoğunluk gerekse oybirliği yöntemleriyle ulusalüstü kurallar üretilmesi için Topluluk kurumlarına hiçbir yetkinin aktarılmadığı sendikal haklar konusunda, doğal olarak, tüzük yada yönergelerle herhangi bir düzenleme yapılmamıştır.<sup>36</sup> Sanıyorum, temelde bu nedenle, İlerleme Raporlarında ve Türkiye Ulusal Programında, hiçbir Topluluk belgesinden söz edilmemiştir. Ancak, türevsel düzenleme yapılmamış olmasına karşın, biri antlaşmasal, öteki de Birliğin insan hakları alanındaki istencinin ürünü olan Topluluk Şartı ile –AB Anayasasının ikinci bölümüne konulan- Temel Haklar Şartından söz edilmemesi, kanımca çok önemli bir eksiklikler.

Dolayısıyla, sendikal haklar -ve genel olarak insan hakları- alanındaki uyum düzenlemelerinin hukuksal çerçevesinin hangi belgelerden oluştuğu sorunu ve sorusu, hem Avrupa Birliği hem de ülkemiz için önem taşımaktadır. Kanımca, bu sorunun Avrupa Birliğiyle ilgili boyutunun yanıtını, AB ve AT Antlaşmalarında (AB Anayasasında) bulmak olanaklıdır.

Gerçekten, AB Antlaşmasının Başlangıç bölümünde, Avrupa Birliğinin dayandığı ve üye devletlerin de bağlı olduğu dört ilkedeki biri, “*insan haklarına ve temel özgürlüklere saygı*”dır (m. 11/1). Bu ilke, insan haklarından olduğuna kuşku bulunmayan sendikal hak ve özgürlükleri, bunları evrensel düzeyde tanıyıp güvenceye alan UÇÖ sözleşmelerini de kapsar. Öte yandan, Avrupa Birliğinin bağlı ve bilincinde olduğu “*temel sosyal haklar*”, Antlaşmanın yollamada bulunduğu 1961 Avrupa Sosyal Şartı ile 1989 Topluluk Şartında tanımlanmış olan sosyal haklardır. Ayrıca, Antlaşmanın 6. maddesinin 1. fıkrasında, Başlangıçta yer alan ve Birliğin dayandığı “*özgürlük, demokrasi, insan haklarına ve temel özgürlüklere saygı ve*

<sup>35</sup> CCE, *Rapport régulier 2004 de la Commission sur les progrès réalisés par la Turquie sur la voie de l’adhésion*, s. 48.

<sup>36</sup> Avrupa Topluluğu Antlaşmasında, Birlik Konseyinin “nitelikli çoğunluk” yada “oybirliği” yöntemlerine göre kurallar üreteceği konular ile üye devletlerin yetkisine bırakılan konular belirtilmiştir. Bu üçlü sınıflandırmada; “*örgütlenme (sendika), grev ve lokavt hakları*”, üye devletlerin düzenleme yapma yetkisine bırakılmış konular arasında sayılmıştır (m. 137/6). Bu nedenle de, kendisine yetki aktarımı yapılmayan Topluluk kurumları, anılan konularda türevsel hukuk belgeleri çıkarmamıştır (bkz. Mesut Gülmuez, *Avrupa Birliğinde Sosyal Politika*, Türkiye-AB Sendikal Koordinasyon Komisyonu Yayını, Ankara, 2003, s. 39-40).

**hukuk devleti**”, tüm üye devletler için ortak ilkeler olarak belirtilmiştir.<sup>37</sup> Bu “antlaşmasal” ilkeler, kanımca “soyut” ilkeler değildir. Üye devletlerce ağır ve sürekli biçimde çiğnenmesi ve bunun Avrupa Konseyince oybirliğiyle gözlemlenmesi durumunda, Bakanlar Konseyinin bu devletin Antlaşmanın uygulanmasından doğan kimi haklarının askıya alınmasına karar verme olanağı vardır (m. 7/1, i). Kısacası ilkeler yaptırıma bağlanmıştır. Ayrıca Avrupa Topluluğu / Birliği Adalet Divanı da, önce 17 Aralık 1970 tarihinde ve ardından da izleyen yıllarda verdiği kararlarında, kanımca sendikal hakları da kapsayan “temel haklar”ın, hukukun genel ilkelerinin ayrılmaz bir parçasını oluşturduğunu, “Topluluk hukukunun temel hakları koruduğunu” belirtmiştir.<sup>38</sup> Bu nedenlerle, **“Topluluk kazanımları” arasında, Antlaşmalarda açıkça anılan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Sosyal Şartının yanı sıra 87, 98 ve 151 sayılı UÇÖ sözleşmelerinin de bulunduğu görüşü kabul edilmelidir.** Dolayısıyla uyum düzenlemelerinde, yalnızca **“temel sosyal haklar”**ın somut içeriğinin belirlenmesi bağlamında Antlaşmalarda açıkça anılan Avrupa Sosyal Şartı değil, aynı zamanda ve öncelikle 87, 98 ve 151 sayılı sözleşmeler de göz önünde bulundurulmalıdır.

Avrupa Komisyonu da, kanımca doğru bir yaklaşımla, örtük olarak bu görüşü benimsediği için İlerleme Raporlarının hazırlanmasında öncelikle UÇÖ denetim organlarının raporlarını gözönünde bulundurmuş, örneğin Uzmanlar Komisyonunun 2000, 2001, 2002, 2003 ve 2004 yıllarına ilişkin raporlarında üzerinde durduğu başlıca aykırı kurallara yer vermiştir. Bu raporlarda 87 ve 98 sayılı sözleşmelere aykırılığı vurgulanan ve yinelenen temel konular, işkolu barajı, serbest bölgelerdeki kısıtlamalar (örneğin grev yasağı) ve Kamu Görevlileri Sendikaları Yasasının içerdiği aykırılıklar, üç yasanın (2821, 2822 ve 4688’in) sendikaların iç işleyiş, örgütlenme ve etkinliklerini ölçsüz biçimde (yani çok ayrıntılı olarak) düzenlemiş olmalarıdır. İlerleme Raporlarının bu konulara yaptığı ekleme, AB sosyal politikasında –ve kuşkusuz UÇÖ sözleşmelerinde ve uygulamasında– çok önemsenen “sosyal diyalog” konusundaki eksiklik ve yetersizliklerdir.

Komisyonun İlerleme Raporları, temelde UÇÖ denetim organlarının tüm aykırılıkları kapsamayan saptamalarını gözönüne aldığından, uyumsuz kuralların eksiksiz bir listesini vermemektedir, vermesi de beklenemez. Bu nedenle, yalnızca İlerleme Raporlarında yer alan aykırılıkları gideren düzenlemelerle sendikal haklar

<sup>37</sup> Bu ilkelerin, Avrupa Birliği Anayasasının Başlangıç bölümünün yanı sıra, “Birliğin Değerleri” başlıklı I-2 maddesinde de yer aldığı, ayrıca “insanlık onuruna saygı” ile “eşitlik” değerlerinin de bunlara eklendiğini belirtmek gerekir (Conférence des représentants des gouvernements des états membres, **Traité établissant une Constitution pour l’Europe**, CIG 87/2/04, REV 2, Bruxelles, le 29 octobre 2004). AB Anayasasının yürürlüğe girmesinden sonra, söz konusu ilkeler “anayasal” değer ve nitelik taşıyacaktır.

<sup>38</sup> Sophie Robin-Oliver, “La référence aux droits sociaux fondamentaux dans le traité d’Amsterdam”, **Droit social**, No 6, juin 1999, s. 610 vd.

alanındaki uyum sorunu çözülemez. Sorunun çözümü, denetim organlarının Türkiye'ye ilişkin eksik saptamalarıyla da sınırlı olmaksızın, UÇÖ çerçevesinde elli yılı ve Avrupa Sosyal Şartı çerçevesinde de otuz yılı aşkın bir süreden beri işleyen denetim sistemlerinin yerleşik ilke kararlarıyla (içtihatlarıyla) oluşturduğu ve Avrupa Birliği için de geçerli olan “uluslararası sendikal haklar hukuku”na uygun düzenlemeler yapılmasına bağlıdır. Bunun önkoşulu da, uluslararası sendikal haklar hukukunun, yalnızca pozitif hukuk olarak değil aynı zamanda içtihat hukuku olarak da doğru ve eksiksiz bilinmesidir.

Öte yandan Avrupa Birliğinin, Helsinki doruğu sonrasında aday ülkelerin insan hakları alanındaki durumunu izlemek amacıyla oluşturduğu ve her ilerleme Raporunun sonuna eklediği, Birleşmiş Milletler ile Avrupa Konseyince kabul edilen toplam 18 evrensel ve bölgesel insan hakları sözleşmelerinden oluşan listede, 87 ve 98 sayılı sözleşmelerin bulunmaması önemli bir eksikliktir. Bu listede, sendikal haklara yer veren 1961 Avrupa Sosyal Şartı, aday ülkeler arasında Türkiye'nin onaylamayan 7 ülkeden biri olduğu 1996 Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı ve Türkiye'nin aday ülkeler arasında -2003'e değin- onaylamayan tek ülke olduğu 1966 Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi bulunmakla birlikte, uluslararası sendikal haklar hukukunun oluşturulmasında ayrı bir yeri, önemi ve önceliği olan, üstelik çeşitli sözleşmelerde açıkça öngörülen çatışma kurallarıyla üstünlüğü belirtilen 87 ve 98 sayılı sözleşmelere de yer verilmesi gerekirdi.

### 3. Anayasal ve Yasal Düzenlemelere Karşın Uyumsuzluğu Süren Kurallara Örnekler

2821, 2822 ve 4688 sayılı yasaların, Anayasaya ve yasalara üstün tutularak ve insan haklarına ilişkin sözleşmelerden sayılarak, ilgili denetim organlarının kararlarını da kapsayacak biçimde uygulanması gereken taraf olduğumuz 87, 98 ve 151 sayılı sözleşmelere ne kadar uygun olduğunu örnekleriyle sıralamadan önce, bu yasaların durumunu çok iyi özetlediğimi düşündüğüm bir fıkrayı anımsatmadan geçemeyeceğim. Bu fıkra, “deveye sormuşlar ...” diye başlayan ve devenin de, “nerem doğru ki” yanıtıyla biten, herkesin bildiği fıkradır ve Anayasa ile 2821, 2822 ve 4688 sayılı yasalar için, yapılan kimi değişikliklere karşın, hala geçerlidir.

Bu bölümde, Anayasa ile 2821 ve 2822 sayılı yasalarda 2002 sonuna değin yapılan tüm değişikliklerden sonra, aynı zamanda UÇÖ ve AB sendika ve toplu pazarlık hukukuna, daha açık bir deyişle 87 ve 98 sayılı sözleşmeler ile Topluluk Şartı ve Temel Haklar Şartına aykırı kuralları belirtmekle yetinecek, bu belgelerin ilgili kurallarına ve denetim organlarının kararlarına ayrıca girmeyecek, yani aykırılıkların gerekçelerine değinmeyeceğim.<sup>39</sup> Aykırılığın sürmekte olan kuralları,

<sup>39</sup> Bu konuda bkz.: BIT, *Liberté syndicale et négociation collective*, Conférence internationale du Travail, 81<sup>e</sup> session 1994, Rapport III (Partie 4B), Genève; BIT, *La*

sendika, toplu pazarlık ve grev hak ve özgürlükleri yönlerinden üç ayrı alt başlıkta sıralayacağım.

### a. Sendika Hak ve Özgürlüğüne İlişkin Uyumsuz Kurallar

Sendika hak ve özgürlüğü konusundaki yasakçı ve uyumsuz kurallardan özellikle üyelik ve etkinliklerle ilgili olan kimileri 2821 sayılı Sendikalar Yasası'nda yapılan değişikliklerle kaldırılmıştır. Ancak, bu yasadaki kuruluş ve örgütlenme ile ilgili uyumsuz kurallar, üyelikle ilgili başkalarının da eklendiği Kamu Görevlileri Sendikaları Yasası'na da konularak yaygınlaştırılmıştır. Sendika hak ve özgürlüğüyle ilgili 2821 ve 4688 sayılı yasalar, yaklaşım ve içerik olarak birbirine benzediğinden, uyumsuz kuralların ve yapılması gerekli uyum düzenlemelerinin

---

**liberté syndical**, Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du BIT, Quatrième édition, Genève, 1996; BIT, **Rapports du Comité de la liberté syndicale (313<sup>e</sup>, 314<sup>e</sup> et 315<sup>e</sup> rapports)**, Bulletin officiel, vol. LXXXII, Serie B, No 1, Genève, 1999; BIT, **Application, Conventions internationales du travail, Rapport III (Partie 1A)**, Conférence internationale du Travail, 88<sup>e</sup> session 2000, Genève, 2000; BIT, **Application, Conventions internationales du travail, Rapport III (Partie 1A)**, Conférence internationale du Travail, 89<sup>e</sup> session 2001, Genève, 2001; BIT, **Application, Conventions internationales du travail, Rapport III (Partie 1A)**, Conférence internationale du Travail, 90<sup>e</sup> session 2002, Genève, 2002.

Ayrıca, geniş bilgi için benim şu yayınlarıma bakılabilir: "Serbest Bölgelerde Grev Hakkı ve Anayasa Mahkemesi Kararı", **Bahri Savcı'ya Armağan**, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayını, Ankara, 1988, s. 274-281; **Sendikal Hakların Uluslararası Kuralları ve Türkiye (UÇÖ / ILO Sözleşme ve İlkeleri)**, TODAİE Yayını, 1988; "87. Üye Devlet Olarak Türkiye'yi Bağlar", **Mülkiyeliler Birliği Dergisi**, Sayı 105, Mart 1989, s. 11-15; "Sendikal Yasalarda Değişiklikler ve Uluslararası Kurallar", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 22, Sayı 1, Mart 1989, s. 77-111; "98 Sayılı Sözleşme Uygulaması ve Türkiye (1): 1955-1980", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 23, Sayı 3, Eylül 1990, s. 13-29; "98 Sayılı Sözleşme Uygulaması ve Türkiye (2): 1980-1990", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 23, Sayı 4, Aralık 1990, s. 3-37; "12 Eylül'den Günümüze ILO Denetim Organları Önünde Türkiye (Yasal Boyut)", **Cahit Talas'a Armağan** (Yay. Haz. Alpaslan Işıklı-Mesut Gülmez), Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayını, Ankara, 1990, s. 247-283; "On Yılın ILO Bilançosu: Sıfıra Sıfır, Elde Var Sıfır", **Mülkiyeliler Birliği Dergisi**, Sayı 123, Eylül 1990, s. 45-50; "1995 Anayasa Değişiklikleri ve Sendikal Haklar", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 32, Sayı 1, Mart 1999, s. 3-30; **Dünya'da Memurlar ve Sendikal Haklar**, TODAİE Yayını, Ankara, 1996; "Belediye Memurlarının Toplu Görüşme Hakkı", **Çağdaş Yerel Yönetimler**, Cilt 10, Sayı 2, Nisan 2001, s. 68-84; "Aykınlıklarla Dolu Kamu Görevlileri Yasası", **Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 34, Sayı 3, s. 3-21; "Uyum Düzenlemelerinin Üvey Evladı: Sendikal Haklar", **Anayasa ve Uyum Yasaları**, Açık Oturum, 13-14 Aralık 2002, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, s. 248-272; "Avrupa Birliği Hukukunda Sendikal Haklar ve Türkiye'nin Uyum Sorunu", **İnsan Hakları Yılığ**, Cilt 23-24, 2001-2002, s. 1-29; **Kamu Görevlileri Sendika ve Toplu Görüşme Hukuku, 788'den 4688'e: 1926-2001**, TODAİE Yayını, Ankara, 2002.

içeriği de birbirine benzemektedir. 87 ve 98 sayılı sözleşmeler ile Topluluk Şartına ve Temel Haklar Şartına aykırı olan başlıca uyumsuz kurallar, 2821 ve 4688 sayılı yasaların madde sayılarına göre şunlardır:

- Üst kuruluşlar oluşturma hakkının konfederasyonlarla sınırlı tutulması ve federasyonlar kurulamaması (2821, m. 2/son ve 4688, m. 3/g);
- Konfederasyon kurmak için, değişik işkollarında kurulu enaz beş sendikanın bir araya gelmesinin zorunlu olması (2821, m. 2/son ve 4688, m. 3/g);
- İşçi sendikalarının “işkolu” ve kamu görevlileri sendikalarının da “hizmet kolu” temeline dayalı olarak kurulmasının ve Türkiye çapında etkinliklerde bulunmasının zorunlu tutulması (2821, m. 3/1 ve 4688, m. 4);
- İşçilerin ve kamu görevlilerinin, işyeri yada meslek temeline dayalı sendika kurmalarının yasaklanması, böylece örgütlenme özgürlüğünün alt ve üst düzeylerde sınırlandırılması (2821, m. 3/3 ve 4688, m. 4/2, 2. cümle);
- Sendika kurucusu olabilmek için “Türk vatandaşı” olma koşulunun aranması (2821/4101, m. 5/1 ve 657, m. 48/A, 1);
- Kamu görevlileri sendikaları kurucusu olabilmek için en az iki yıldan beri kamu görevlisi olarak çalışma zorunluluğu (4688, m. 6/2);
- Adaylık veya deneme süresini tamamlamayanların yasa anlamında kamu görevlisi sayılmaması ve dolayısıyla sendika hakkından yoksun kalması (4688, m. 3/a);
- İşçi sendikası ve konfederasyonlarının genel kurul dışındaki zorunlu organlarına seçilebilmek için işkolunda “en az on yıl bilfiil çalışmış olma” zorunluluğunun sürdürülmesi (2821, m. 14/sondan 2. fıkra);
- Sendikalara üye olması yasaklanan kamu görevlilerinin kapsamının çok geniş tutulması (4688, m. 15);
- Kamu görevlileri sendikaları şubelerinin en az 400 üye ile kurulabilmesi (4688/5198, m. 18/5);
- İşçiler ve kamu görevlileri için aylık ödenti tutarının sınırlandırılmış olması (m. 23/2; 4688/5198, m. 25/2);
- Yerel ve genel seçimlerde aday olan sendika ve konfederasyon yöneticilerinin, organlardaki görevlerinin adaylık süresince askıda kalması ve seçilmeleri durumunda ise görevlerinin son bulması (2821, m. 37/3; 4688, m. 18/4).
- İşyeri sendika temsilcisi atama yetkisinin, yalnızca toplu iş sözleşmesi yapmak üzere yetkisi kesinleşen sendikaya tanınmış olması (2821/4101, m. 34/1);
- İşyerlerinde işyeri temsilcisi seçme yetkisinin, yalnızca en çok üye kaydetmiş kamu görevlileri sendikasına tanınmış olması (4688, m. 23);

## **b. Toplu Görüşme, Toplu Pazarlık ve Toplu İş Sözleşmesi Haklarına İlişkin Uyumsuz Kurallar**

Toplu görüşme, toplu pazarlık ve toplu iş sözleşmesi hakları konularındaki aykırılıkları, Anayasanın 53. maddesinin yanı sıra, özellikle hiçbir değişiklik görmeyen 54. maddesinde yoğunlaşan uyumsuz kurallardan başlayıp 2822 ve 4688 sayılı yasaları ayrı ayrı gözönüne alarak sıralayalım.

- Toplu iş sözleşmesi hakkının “*işçiler*” ile sınırlı olarak anayasal güvenceye alınması (AY, m. 53/1);
- Toplu görüşme hakkının, kamu görevlileri arasında “kamu erki”ni kullananlar ve kullanmayanlar, yani “devlet adına otorite işlevleri” yerine getirenler ve getirmeyenler yönünden bir ayırım yapılmaksızın tümü için *toplu iş sözleşmesine* olanak vermeyecek biçimde tanınması ve 53. maddenin 1. ve 2. fıkralarının kapsamı dışında tutulması (AY, m. 53/3);
- Toplu sözleşme yetkisi için birlikte gerçekleştirilmesi zorunlu olan çifte sayısal ölçütün (%10'luk işkolu barajı ve işyerinde yarıdan fazla çoğunluk koşullarının) öngörülmesi ve sürdürülmesi (2822, m. 12);
- Konfederasyonlara toplu iş sözleşmesi yapma / bağitleme yetenek ve yetkisi tanınmaması (2822, m. 2/1 ve 12/1);
- Toplu pazarlık ve toplu iş sözleşmesi bağitleme düzeyinin “işyeri” ve “işyerleri” ile sınırlandırılması (2822, m. 3/1).
- Toplu iş sözleşmesi yapmaya yetkili sendikayı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının belirlemesi (2822, m. 13/2);
- Toplu görüşmenin süresinin altmış günle sınırlandırılması (2822, m. 21/2);
- Toplu görüşme yapmaya yetkili sendikal örgütlerin, yalnızca *her hizmet kolunda en çok üyeye sahip sendika ile bunların bağlı oldukları konfederasyonlar* olarak belirlenmesi (4688, m. 30/1);
- Toplu görüşmeye katılmaya yetkili kamu görevlileri sendikaları ile konfederasyonlarını belirleme yetkisinin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına verilmesi (4688/5198, m. 30/2, b);
- Toplu görüşmenin konu ve düzey yönlerinden sınırlandırılması ve bunları belirleme yetkisinin taraflara bırakılmaması (4688, m. 3/h ve m. 28);
- Toplu pazarlık ve toplu iş sözleşmesi hakkından “memur” sayılan çok geniş bir kamu görevlisi kesiminin yararlanamaması (AY ve 4688).

## **c. Toplu Eylem ve Grev Hakkına İlişkin Uyumsuz Kurallar**

Sendika özgürlüğünün onayladığımız sözleşmelerde öngörülen evrensel ve bölgesel kural ve ilkelerinin güvencesi altında bulunan toplu eylemlere başvurma hakkı ile onun uygulamada en çok bilinen ve başvurulmuş biçimini oluşturan grev hakkı konusunda da, Anayasada ve sendikal yasalarda gerek 87 sayılı sözleşmeye ve gerekse Topluluk Şartı ile Temel Haklar Şartına (AB Anayasasına) aykırı ve



uyumsuz kurallar vardır. Başlıca kaynağı Anayasa olan ve 1982'den beri bir tür "tabu" olarak "ayrık bir dokunulmazlık"tan yararlanan grev hakkına ilişkin –ve tümü işçiler ve işçi sendikaları için geçerli- olan aykırı ve uyumsuz kuralların kimileri şunlardır:

- Grev hakkının yalnızca "işçiler" için anayasal güvenceye alınmış olması (AY, m. 54/1);
- Grev hakkının, ancak "toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında, uyuşmazlık çıkması halinde" işçilere tanınması (AY, m. 54/1);
- Grev hakkının "iyiniyet kurallarına aykırı tarzda, toplum zararına ve milli serveti tahrip edecek şekilde kullanılmaması" (AY, m. 54/2);
- Grev ertelemesinde, uyuşmazlığın Yüksek Hakem Kurulunca kesin çözüme bağlanması (AY, m. 54/5);
- Çıkar grevi dışındaki toplu eylemlerin, yani siyasi amaçlı grevin, dayanışma grevinin, genel grevin, işyeri işgalinin, işi yavaşlatmanın verimi düşürmenin ve diğer direnişlerin yasaklanması (AY, m. 54/7);
- Kamu görevlileri sendikalarının "54 üncü madde hükümlerine tabi olma(dıkları)" belirtilerek, "grev özgürlüğü" nün "grev yasağı" rejimine dönüştürülmek istenmesi (AY, m. 53/3).
- Devlet Memurları Yasasında kesin ve genel nitelikli "grev yasağı" öngörülmesi (657, m. 27);
- Grev yasağının, "bir daha devlet memurluğuna atanmamak" üzere, yani kesin olarak "devlet memurluğundan çıkarma" cezasıyla yaptırıma bağlanması (657, m. 125/E, a);
- Ceza Yasasının, üç yada daha çok devlet memurunun "evvelce aralarında vaki olan karar ve ittifaka binaen usul ve nizam hilafına *memuriyetlerini terk ederlerse*", her biri için ağır para cezası ve "muvakkaten memuriyetten mahrumiyet cezası ve "bu hareketlerinden *devletçe bir zarar* hasıl olmuş ise", özgürlükten yoksun bırakıcı, "ölçsüz" ve ağır yaptırımlar (3 aydan 5 yıla kadar *hapis cezası*) öngörmesi (TCY, m. 236).
- Grev yasağı bulunan "işler" ve "yerler" in çok geniş tutulması (2822/3451, m. 29 ve 30);
- Karar verilmiş yada başlanmış olan yasal bir grevin belirli nedenlerle Bakanlar Kurulunca ertelenmesinin grev hakkını ortadan kaldırması ve uyuşmazlığın, erteleme süresinin sonunda, Yüksek Hakem Kurulunca kesin çözüme bağlanması (2822, m. 33/1, 34/3 ve 52);
- Grev hakkı ve lokavtın, "iyiniyet kurallarına aykırı tarzda, toplum zararına ve milli serveti tahrip edecek şekilde (kötüye) kullanılmaması" (2822, m. 47);

- Çıkar grevi dışındaki toplu eylemlerin, yani siyasal amaçlı grevin, genel grevin, dayanışma grevinin, işi yavaşlatmanın, işyeri işgalinin, verimi düşürecek ve üretimi aksatacak nitelikteki her türlü direnişin yasaklanması ve hapis cezası yaptırımlarına bağlanması (2822, m. 72/4).

## V. SONUÇ

Dört büyük başlık altında temel iki ana konuyu incelediğim bu makalede, ilk olarak, Avrupa Birliğine uyum zoruyla ve onayladığımız uluslararası insan hakları sözleşmeleri ile yasalar arasındaki çatışma sorununu çözme amacıyla eklenen üçüncü cümlesinin kapsamak üzere, Anayasanın 90. maddesinin son fıkrası çerçevesinde ulaştığım başlıca sonuçları özetlemek isterim:

1) Birinci cümledeki “...*kanun hükmündedir*” sözleri, antlaşmaları iç hukukla bütünleştirme amacı taşır ve bir çatışma kuralı değildir; onaylanan antlaşmaların kurallar sıra düzenindeki yerini göstermez;

2) Anayasal denetim yolunu kapatan ikinci cümle de, temelde bir çatışma kuralı değildir ve aslında gereksizdir, ancak Anayasa koyucunun antlaşmaları yasaların üstünde gördüğü biçimde yorumlanması olanaklıdır;

3) Bu iki cümle, üçüncüsünün eklenmesinden sonra, insan haklarına ilişkin *olmayan* antlaşmalar için, iç hukuktaki yerlerini saptama açısından geçerliliğini sürdürmektedir.

4) Üçüncü cümledeki “*temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar*” sözleri; kuruluş, kuşak, kişi ve konu yönlerinden kesimsel yada özel yahut genel nitelik taşıyıp taşımadıklarına bakılmaksızın, insan haklarının bölünmezliği ve bütünselliği ilkeleri uyarınca, tüm insan hakları sözleşmelerini kapsadığı yolunda anlaşılmalı ve ayrıca, temel konusu insan hakları olmayan antlaşmalardaki kuralları da kapsadığı kabul edilmelidir;

5) Uyuşmazlık durumunda, ulusal hukuka üstün tutularak öncelikle uygulanması gereken taraf olduğumuz tüm insan hakları sözleşmeleri, yargı yerleri ve yönetsel yetkililerce kendiliğinden “esas” alınarak uygulanmalıdır; Anayasa ve yasa koyucular için de, alt sınıır oldukları unutulmamalıdır;

6) Uyuşmazlığın, salt “yasalar” ile değil, kanun hükmünde kararname ve insan haklarıyla ilgili düzenlemeler yapan tüm yasal ve / yada dayanağını yasalardan alan yönetsel düzenlemeler ile uluslararası antlaşmalar arasında çıkmış olması durumunda da, uluslararası antlaşmalar “esas” alınmalıdır;

7) Uyuşmazlıklar, salt sözel metinler değil, yetkili denetim ve koruma organlarının kararları da gözönüne alınarak saptanmalı ve karara bağlanmalıdır;

8) Uluslararası antlaşmalar, ancak yasalardan daha ileri hak, özgürlük ve güvence sağlamaları durumunda uyuşmazlıkların çözülmesinde temel alınmalıdır; antlaşmalardan daha ileri ulusal hukuk kurallarının öncelikle uygulanacağına kuşku yoktur;

9) Uluslararası antlaşmalar: “esas” almak için, yüksek yargı yerlerinin kimi kararlarında koşul sayıldığı gibi, -onaylanmakla Anayasa gereği ulusal hukukun parçasına dönüşmüş olan- antlaşmaları ayrıca ulusal hukuka katan özel yasal / yönetsel düzenlemeler yapılmış olması gerekmez;

10) Uzun sözün kısası, 90. maddenin son fıkrasının 25 sözcüklü yeni üçüncü cümlesi, evrensel ve bölgesel ölçekli uluslararası insan hakları hukukunun kaynaklarını oluşturan sözleşmelerden taraf olduklarımızı, denetim organlarının kararlarını da kapsayacak biçimde ulusal düzenlemelere üstün tutarak ve iç hukuka aktarılmış olması koşulunu aramaksızın, kendiliğinden ve doğrudan uygulama yükümlülüğü getirmiştir.

Onaylanan ve iç hukukun parçasına dönüştürülen insan hakları sözleşmelerine Mayıs 2004 değişikliğiyle kurallar sıralamasının en üstünde yer verilmiş olması, onları yaşamın bir parçasına dönüştürmek için yeterli değildir. Yargı yerlerimizin ve yönetsel yetkililerimizin, hiç de kolay olmayan ve küçümsememesi gereken yükümlülüklerini eksiksiz yerine getirebilmelerini sağlayacak koşulların hazırlanması gerekir. Bu koşulların başında da, kuşkusuz insan hakları eğitimi ve eğitimi gelmektedir.<sup>40</sup> Ancak hükümetin ve yasama organının da, Brüksel’den gelecek istekleri beklemeksizin, başta Anayasa olmak üzere, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi dışındaki sözleşmeler, -örneğin Avrupa Sosyal Şartı, BM’nin ikiz sözleşmeleri ve UÇÖ’nün 87, 98 ve 151 sayılı sözleşmeleri- ile de bağdaşmayan aykırılıkları kaldıracak kapsamlı ve denetim organlarının kararlarını gözönünde tutan bir uyum çalışmasını başlatması gerekir.

Bilmiyorum, yasama, yürütme ve yargı organlarımız, yirmibeş sözcüklü değişikliğin içerik ve kapsamı ile hukuk düzenimiz üzerindeki etkilerinin ve üstlendikleri yükümlülüklerin ayırındalar mıdır?

Kuşkusuz, anayasal ve yasal uyum düzenlemelerine ilişkin yasa tasarısı ve önerilerinin gerekçelerinde de açıkça belirtildiği üzere, öncelikle 2004 sonunda Avrupa Birliğinden “müzakere tarihi almak” için yapılmış olsa da, uluslararası insan hakları hukukuna uygunluk sağlayıcı değişiklikler içeren önemli düzenlemelerin gerçekleştirilmiş olması olumlu bir adımdır. Bu kural, uluslararası hukuku iç hukukla bütünleştirmenin ötesinde, insan haklarıyla sınırlı olmak üzere

<sup>40</sup> Daha önce değindiğim 7 Mart 2000 tarihli Ceza Genel Kurulunun ILO denetim organlarının kararlarını gözönüne almayan kararının yanı sıra, Trabzon İdare Mahkemesinde görülmekte olan 2004/374 E. sayılı bir davada, davalı Trabzon Valiliğinin Mahkemeye sunduğu 16 Temmuz 2004 tarihli ikinci savunma yazısında; davacı sendikanın dava konusu işlemin İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 11. maddesine aykırı olduğu yolundaki savını, “böyle bir aykırılık söz konusu değildir” diyerek yadsıdıktan sonra, “Aykırılık olsa bile yukarıda belirttiğimiz Anayasamızın emredici hükümleri bulunmaktadırlar. Dolayısıyla ile *Anayasamızın iş bu hükümleri öncelikle uygulanır*” denilmiş olması, Anayasa ve yasaları değiştirmekle insanları değiştiremeyeceğini, bunun için de insan hakları eğitiminin ne denli gerekli olduğunu göstermektedir.

bu konudaki antlaşmaları ulusal hukukun üstüne taşıyıp ilk sıraya oturtmuştur. Daha önce, istisna olarak belirli konularda uluslararası hukuka anayasal değer tanıyan Anayasa, 2004 değişikliğiyle usulüne göre yürürlüğe konulmuş sözleşmelerden oluşan İnsan Hakları Uluslararası Hukukuna da ulusalüstü (kanımca Anayasa-üstü) bir değer tanıyarak, bu yaklaşımının kapsamını genişletmiştir. Kısacası, insan hakları alanında ulusal egemenlik uluslararası denetim ve koruma organlarına devredilmiştir. Yinelemek gerekirse, üçüncü cümledeki egemenlik devri, iç hukukla bütünleştirilen insan hakları sözleşmeleri için söz konusudur. Bu da, uluslararası insan hakları hukukuna (tüm sözleşmelere) doğrudan “ulusalüstü” nitelik kazandırmaz, çünkü ulusalüstülük onay koşuluna bağlıdır.

90. maddenin son fıkrasına eklenen üçüncü cümle, dörtlü bir yelpaze oluşturan farklı görüşlere son verdi mi, verecek mi?

Temel amacı, insan hakları alanında ulusal ve uluslararası hukuk arasındaki çatışmadan doğan uyumsuzlukların içerde çözülmesi olan üçüncü cümlelerin yaptığı düzenleme, önceki farklı görüşlerden ikisini çözüme bağlarken, ikisini de boşlukta bırakmıştır: Artık uluslararası antlaşmalar, yasalar düzeyinde değil, yasaların üstündedir. Ancak, katı bir pozitivist yaklaşım benimsendiğinde, “uluslararası antlaşma-Anayasa” çatışmasının çözülmediği ileri sürülebilecektir. Dolayısıyla da, iç hukukta çözüme bağlanmayan bir “antlaşma-Anayasa” çatışmasından doğan uyumsuzluklar, sonuç olarak uluslararası koruma ve denetim organlarının önüne götürülebilecektir.

Bu nedenle, belirttiğim duraksama, kuşku ve soruları giderecek yeni bir düzenleme yapılmalıdır. Anayasanın yürürlükteki kurallarıyla çelişmeyeceğini düşündüğüm bu düzenleme şöyle olabilir:

*“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası insan hakları antlaşmaları, bu antlaşmalar ile Anayasayı da kapsayan ulusal hukukun çatışmasından doğan tüm uyumsuzluklarda öncelikle uygulanır.”*

Sonuç bağlamında vurgulamak istediğim ikinci temel nokta, Anayasa ile sendikal yasalarımızın onayladığımız sözleşmelere aykırı kurallarıyla ilgilidir. Kurallarına uyum sağlamak zorunda olduğumuz sözleşmelerin, sendikal haklar alanında en ayrıntılı ve ileri düzenlemeleri yapan 87, 98 ve 151 sayılı UÇÖ sözleşmeleriyle sınırlı olmadığını, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile 2003'te onaylayarak hukuksal yükümlülük altına girdiğimiz Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesini de kapsadığını unutmamak gerekir. Öte yandan, Avrupa Birliğine “aday üye devlet” olarak, AB'nin sendikal haklara ilişkin iki belgesi de (Çalışanların Temel Sosyal Hakları Topluluk Şartı ile AB Anayasasının ikinci Bölümünde yer alan Temel Haklar Şartı da), uyum sağlamak zorunda olduğumuz uluslararası hukuk kapsamında düşünülmelidir.

Bu konuda altı çizilmek gereken ilk nokta, sendikal haklar alanındaki anayasal ve yasal uyum düzenlemelerinde “Avrupa Birliği ile sınırlı bir hedef ve çerçeve”nin benimsenmiş görünmesi ve bu yaklaşımın da, hem yetersiz hem de ulusal hukukumuzda üstün tuttuğumuz insan hakları sözleşmelerine ve kuşkusuz 87, 98 ve 151 sayılı sözleşmelere aykırı olmasıdır. Bu konuda yönümüzü, öncelikle AB’ye değil, İlerleme Raporlarında da açıkça belirtildiği gibi UÇÖ’ye çevirmemiz, dolayısıyla da UÇÖ denetim organlarıncı saptanan aykırı kuralları değiştirerek 87 ve 98 sayılı sözleşmelere uyum sağlamamız gerekir. Çünkü, **AB’ye uyumun yolu UÇÖ’ye uyumdan geçmektedir**. Bu görüşün, İlerleme Raporlarının yanı sıra, AB ve AT Antlaşmalarında da hukuksal dayanakları vardır.

Öncelikle unutulmamalıdır ki, sendikal haklar alanındaki uyum sorunu, Avrupa Birliğine tam üyelik başvurusunun yapıldığı ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi çerçevesinde hakları çiğnenen bireylere “bireysel başvuruda bulunma hakkı”nın tanıdığı tarihten (1987’den) önce Anayasa ile 2821 ve 2822 sayılı yasaların kabul edildiği tarihlerden, hatta 12 Eylül 1980’den başlayarak gündeme gelmiştir. Dolayısıyla sendikal uyum düzenlemeleri, başlangıçta Avrupa Konseyine ve Avrupa Birliğine değil Uluslararası Çalışma Örgütüne uyum sağlamak için yapılmıştır. Ancak son yıllarda, özellikle de 1999 Helsinki doruğunda ülkemize “aday ülke” statüsünün verilmesini izleyen dönemde, genel olarak insan hakları alanında AB’ye (özellikle Kopenhag ölçütlerine) ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine uyum sağlanmasına öncelik verilmeye başlanmıştır.

Yaklaşık onbeş yıldan beri, sendikal haklar alanında yapılan anayasal ve yasal düzenlemelerle sağlanan uyum yeterli değildir. Başta grev hakkı olmak üzere, Anayasadan başlayarak, yasaların değiştirilmesi gereken pek çok aykırı kuralı yürürlüktedir. Özellikle, 87 sayılı sözleşmenin yanı sıra, Topluluk Şartı ile Temel Haklar Şartında (AB Anayasasında) tanınan ve güvenceye bağlanan, “**grev hakkının da kapsayan toplu eylem hakkı**” konusundaki yasak ve kısıtlamalar, hem Anayasada hem de yasalarda 1982 ve 1983 yıllarındaki içerikleriyle durmaktadır. Verilen sınırlı örneklerde de açıkça görüldüğü gibi, uyumsuz kuralların sayısı uyumu sağlananlardan çoktur. Ne yazık ki, son zamanlarda hazırlanmış tasarı ve taslaklar da, bu aykırılıkları değiştirmeye yönelik ciddi bir siyasi istenç bulunmadığını ortaya koymaktadır.

Yürürlükteki anayasal ve yasal aykırılıklar, Anayasanın yeni çatışma kuralıyla ortaya koyduğu açık ve tartışmasız buyruğa karşın, sendikal sözleşmelere ve denetim organlarının içtihatlarına uygun olarak değiştirilebilir mi ?

Yanıtı, kanımca çok da zor olmayan bir sorudur bu. Aykırı ve uyumsuz kuralların boyutu ve kapsamının genişliği ile benimsenen yaklaşımlar ve gerçekleştirilen değişiklikler gözönüne alındığında, gerçekçi bir yaklaşımla, soruya olumlu yanıt verilemez. Kuşkusuz, son beş yıldan beri yapılan anayasal ve yasal uyum düzenlemelerinin hemen hemen tüm resmi gerekçelerinde de açıkça ve ilk sırada belirtildiği gibi, AB ile tam üyelik görüşmelerine başlamak için tarih

alınmış/verilmiş olmasının bir tür kaçınılmaz sonucu olarak, 1982 ve 1983'te kurulan sendika ve toplu pazarlık düzeninin 12 Eylül'den kalan "ruhu"nu zedelemeyecek olanlardan başlayarak, aykırılıklardan kimilerinin değiştirilmesi olanaklıdır, hatta zorunludur. Çünkü Avrupa Komisyonu, 2005 sonunda hazırlayacağı İlerleme Raporunda, hiç olmazsa 2004 İlerleme Raporunda ortaya koyduğu aykırılıklardan kimileri konusunda ilerlemeler gerçekleştirildiğini görmek isteyecektir. Ancak, büyük bir olasılıkla, bu konudaki kimi değişikliklerin yapılması çalışmalarını UÇÖ'nün Haziran 2005'teki Genel Konferansı öncesinde başlatacak<sup>41</sup> ve yürürlüğe girmesini de son günlere değin bekleteceğiz!

Kanımcıca, uluslararası sendikal haklar hukukuna ve Avrupa Birliği hukukuna tam uyum sağlayacak düzenlemeler yapılmasının önünde, yalnızca siyasal iktidardan değil, aynı zamanda işçi ve kamu görevlileri sendikaları ile işveren sendikalarından da kaynaklanan ciddi engeller bulunmaktadır. Bunlara, bu alanda çalışan (ve kimileri hükümet yada işveren kanatlarının temsilcileri olarak UÇÖ Genel Konferanslarına katılan, yasal düzenleme ve değişikliklerde görev üstlenen) öğretim üyeleri arasındaki görüş ayrılıklarından ileri gelen engelleri de eklemek yanlış olmaz. Sosyal ortakların ne kendi aralarında ne de karşıt yanlar olarak asgari nitelik taşıyan uluslararası kurallar konusunda anlaşığı, alandaki öğretim üyelerinin de denetim organlarının görüş ve kararlarını gözdere ederek farklı görüşleriyle buna katkıda bulunduğu bir bağlamda, AB'ye uyum sürecinin yıllardır "üvey evladı" olan<sup>42</sup> sendikal haklardaki aykırılıkların hukukumuzdan ayıklanması uzun zaman alacaktır; belki de, AB'ye tam üyeliğe endekslenmiş olarak, 2015'e değin sürecek bir "sendikal haklar uyum süreci"ne tanık olunacaktır!

<sup>41</sup> Bunun ilk belirtisini, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanının, bu makaleye son noktayı koymaya hazırlandığı günlerde basına yansıyan, kamu görevlilerine "toplular sözleşme" ve "grev" hakları tanınmasını öngören "tarihi" bir karar alındığı yolundaki açıklaması oluşturmaktadır. Bu aşamada bir değerlendirme yapmayı çok erken bulmakla birlikte, özellikle kamu görevlilerine tanınacak olan –ancak gerek kişiler gerekse hizmetler yönünden kısıtlama ve yasaklar içereceği şimdiden açıklanan– grev hakkının, örneğin DYP-SHP ortak hükümeti döneminde hazırlanan 15 Mart 1994 tarihli "Kamu Görevlileri Sendikaları, Toplu Sözleşme ve Grev Kanunu Tasarısı"ndaki –eğer benzetmede hata olmazsa "kuşa" dönüştürülmüş "sözüm ona" – grev hakkına benzetilmemesini dilerim (Mesut Gülmez, **Kamu Görevlileri Sendika ve Toplu Görüşme Hukuku**, s. 335 vd).

<sup>42</sup> Mesut Gülmez, "Uyum Düzenlemelerinin Üvey Evladı: Sendikal Haklar", **Anayasa ve Uyum Yasaları**, s. 248-272; Ayrıca bkz.: Mesut Gülmez, "Türkiye'de Sosyal Politikanın Tarihsel Evrimi", **I. Ulusal Sosyal Politika Kongresi, Yaşam Boyu Sosyal Koruma**, 22-24 Ocak 2004, DiSK Yayını (İstanbul, Mayıs 2004), s. 66.