İSTANBUL SÖZLEŞMESİNİN FESHİ KARARI, SOY ZİNCİRİ VE ANAYASA'YA AYKIRILIK SORUNU

Prof. Dr. Mesut Gülmez
Emekli Öğretim Üyesi

İstanbul Sözleşmesi, *yürütme yetkisini* kullanan Cumhurbaşkanı'nın 19 Mart 2021 günlü ve 3718 sayılı Kararı'yla "Türkiye bakımından" feshedildi. Fesih yada onaylamayı sona erdirme işlemi, hukuksal geçerliliği yönünden haklı tartışmalara yol açtı. Bu işlemin "yetki/fonksiyon gasbı" oluşturduğu, dolayısıyla "yok" değerinde olduğu ileri sürüldü. Sözleşmenin ise, "kanun hükmünde" değer taşıdığı ve ancak bir kanunla feshedilebileceği belirtildi...

Bir cümleyle belirteyim: İstanbul Sözleşmesi, Açıklayıcı Raporda belirtildiği gibi (CE, 2011), Avrupa Konseyi'nin, "kişinin toplumsal cinsiyet temeline dayalı haklarının en ağır ihlallerinden birini oluşturan ve suskunluk giysisiyle gizli tutulan, ev içi şiddeti de kapsamak üzere kadınlara yönelik şiddete karşı" uluslararası koruma sağlayan en önemli insan hakları belgelerinden biridir.

Bu makalenin konusunu oluşturan "İstanbul Sözleşmesi'nin feshi kararının Anayasa'ya aykırılığı sorunu"nu tartışmaya başlamadan, Anayasa'nın –her birini ayrıca ele alacağım– bu konudaki ilke ve kuralları ile yürütme organının düzenleme ve işlemlerini kronolojik olarak, iki ayrı Çerçevede sıralayıp anımsatmayı gerekli gördüm. Çünkü her ikisi, aykırılığın içerik ve nedenlerini açıkça ortaya koyduğu gibi, kaynaklandığı "soy zinciri"ni (filiation) de sergilemektedir.

Sorunu, feshedilen İstanbul Sözleşmesi'nin "bölgesel" düzeyde kabul edilmiş çok taraflı bir "uluslararası sözleşme" olması, daha önemlisi onaylandığından Türkiye için "ulusalüstü" bir insan hakları sözleşmesi niteliği taşıması nedeniyle, bu ve benzer görüşleri öncelikle Anayasa'dan başlayarak incelemek gerekir. Çünkü, genel olarak değinmekle yetinip tartışmasına girmediğim görüşlerde de, dayanak gösterilen kuralların başında, haklı olarak Anayasa vardır.

Ne var ki fesih sorununu değerlendirirken, Anayasa'nın göz önüne alınması gereken kuralları, yalnızca TBMM'nin ve Cumhurbaşkanının görev ve yetkilerini düzenleyen maddeleri ile onay rejimine ve iç hukuk üzerindeki etkisine ilişkin özel bir düzenleme yapan 90. maddesi değildir. İstanbul Sözleşmesi'nin nitelik ve içeriğiyle doğrudan ilgili "insan hakları"na göndermede bulunan diğer anayasal ilkeleri de unutmamak gerekir.

Kuşkusuz, 19 Mart 2021 günlü Cumhurbaşkanı Kararı'nın soy zincirinin önceki halkalarını oluşturan 244 sayılı ve 1963 tarihli yasanın bazı maddelerini kaldıran ve bazı maddelerinde değineceğim sözcük değişiklikleri yapan 2 Temmuz 2018 tarihli ve 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK) ile 2017 Anayasa değişiklikleri sonrasında çıkarılan ve fesih kararına dayanak gösterilen *Milletlerarası Andlaşmaların Onaylanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkındaki 9 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*'ni de (RG, 15.07.2018/30479) unutmamak gerekir.

ANAYASA MADDE 90: İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMELERİNİN ONAY REJİMİ

İstanbul Sözleşmesi'nin feshinin Anayasa'ya aykırılığı sorununu tartışmadan önce, uluslararası antlaşmaların onay rejimini düzenleyen özel kuralı olarak 90. maddeyi, özellikle insan hakları sözleşmelerinin onaylanmasında uygulanan ilk ve son fıkralarını incelemek gerekiyor. Çünkü bu konuda açıklanan bazı görüşlerde ve yayınlanan yazılarda, anayasal kavramların anlamı konusunda eksik ve hatalı değerlendirmeler yapıldı. Anayasa'nın yürürlükte kalmayı sürdüren "Milletlerarası andlaşmaları uygun bulma" başlıklı 90. maddesinin bu iki fıkrası, fesih sorunuyla doğrudan ilgilidir ve "onaylama"nın, yani iki anayasal işlemden oluşan "usulüne göre yürürlüğe koyma"nın koşullarını düzenler (Gülmez, 2015: 165-217; 2004a: 147-161).

İlk fıkrada geçen "uygun bulma" ve "onaylama" sözcükleri, onay sürecinin iki aşamasında yetkili olan iki anayasal organla ilgilidir. Ve aynı zamanda, onaylamanın birbirinin "onsuz olmaz" koşulu niteliği taşıyan iki işlemden oluştuğunu anlatır. Bu organlar, Anayasa'nın "Yasama" ve "Yürütme" bölümlerinde yer alan, sırasıyla 87. ve 104. maddelerinde gösterilmiştir (Çerçeve 1).

Çerçeve 1 – Anayasa İlkeleri ve Kuralları
1961 Anayasası ve 1982 Anayasası (2004 ve 2017 Değişiklikleri)

1) **Madde 2** (II. Cumhuriyetin nitelikleri)
Türkiye Cumhuriyeti, … *insan haklarına saygılı*, … bir hukuk Devletidir.
2) **Madde 4** (Değiştirilemeyecek hükümler)
Anayasanın … 2 nci maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri … hükümleri *değiştirilemez* ve değiştirilmesi teklif edilemez.
3) **Madde 7** (VII. Yasama yetkisi)
Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki *devredilemez*.
4) **Madde 8** (VIII. Yürütme yetkisi ve görevi) (Değişik: 16/4/2017-6771/16 md.)
Yürütme yetkisi ve görevi, Cumhurbaşkanı tarafından, *Anayasaya* ve kanunlara *uygun olarak kullanılır* ve yerine getirilir.
5) **Madde 11** (XI. Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü)
Anayasa hükümleri, yasama, *yürütme* ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri *bağlayan* temel hukuk kurallarıdır.
6) **Madde 14** (III. Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılamaması)
(Değişik: 3/10/2001-4709/3 md.)
Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, … *insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti* ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.
7) **Madde 87**: (Yasama; II. Türkiye Büyük Millet Meclisinin görev ve yetkileri, A. Genel olarak)
"Türkiye Büyük Millet Meclisinin görev ve yetkileri, "… *milletlerarası andlaşmaların onaylanmasını uygun bulmak"*tır.
8) **Madde 90** (D. Milletlerarası andlaşmaları uygun bulma):
İlk Fıkra: "Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların *onaylanması*, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir *kanunla uygun bulmasına* bağlıdır."
Son Fıkra: "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7/5/2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek *uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır*."
9) **Madde 104** (Yürütme; D. Görev ve yetkileri) (Değişik: 16/4/2017-6771/8 md.)
Cumhurbaşkanı Devletin başıdır. *Yürütme yetkisi Cumhurbaşkanına aittir*. (…)
Milletlerarası andlaşmaları *onaylar* ve yayımlar. (…)
Cumhurbaşkanı, yürütme yetkisine ilişkin konularda *Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarabilir*.
Anayasanın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan *temel haklar, kişi hakları ve ödevleriyle dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenemez*.
Anayasada münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz.
10) **31.05.1963**: **244 Sayılı Kanun (RG, 11.06.1963) Madde 3**:
1. ~~Milletlerarası andlaşmaların onaylanması, ... bunların hükümlerinin ***uygulanmasını durdurma*** ..., ***Bakanlar Kurulu kararnamesiyle*** olur.~~
~~2. Bir milletlerarası andlaşmanın... ***uygulanmasının durdurulduğu*** ... tarihler, ... Resmî Gazetede yayınlanır.~~
~~Bir milletlerarası andlaşma, ... yürürlüğe giriş tarihinde ***kanun kuvvetini kazanır***~~.

Açıklama: *Bu düzenlemelerin üstü, yürürlükte olmadığı için çizildi. Ama bunların yerini 9 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi aldı.*

Onaylamayı Uygun Bulma Kanunu

TBMM'nin görev ve yetkileriyle ilgili 87. madde, "*milletlerarası andlaşmaların onaylanmasını uygun bulmak*" diyerek, onay sürecini başlatan ilk işlem konusunda yasama organını yetkilendirmiştir. TBMM'nin kabul edeceği kanunun adı, "onay kanunu" değil, yalnızca üç maddeden ibaret olan "*onaylamayı uygun bulma kanunu*"dur: Bu, onaylama işleminin tamamlanmadığını gösterir. Kanunun ilk maddesi, hangi uluslararası sözleşmenin "onaylanmasının uygun bulunduğunu" gösterir. Diğer iki maddesi de, yürütme yetkisi ve yürürlük tarihiyle ilgilidir. Bu kanunun çıkarılmasıyla, isterse oybirliğiyle kabul edilmiş olsun, sözleşme, anayasal tanımla, "usulüne göre yürürlüğe girmiş", iç hukukla bütünleşmiş olmaz. Ama, "uygun bulma kanunu" çıkarma koşulu yerine getirilmeden, onay süreci asla başlatılamaz; sonraki aşamaya geçilebilmesi, buna bağlıdır.

Onaylama

İlk fıkranın söz ettiği "*onaylama*" yetkisi, Anayasa'ya göre Cumhurbaşkanı'nındır. Cumhurbaşkanı, "Devletin başı" sıfatıyla *yürütme yetkisini kullanarak* "onaylama" işlemini gerçekleştirir. Madde 104, "Milletlerarası andlaşmaları *onaylar* ve yayımlar" demiştir.

Onay süreci, ancak *yasama yetkisinin* kullanılmasının ardından, bu ikinci anayasal işlemle tamamlanır. Onaylama işlemi yerine getirilmedikçe, salt uygun bulma kanunuyla onaylama tamamlanmaz, sözleşme iç hukuk alanında bağlayıcılık kazanmaz. ***Uygun bulma kanunu çıkarılmadıkça da, Cumhurbaşkanı onaylama yetkisini kullanamaz***. Yasama ve yürütme işlemleri, anayasal sırasına uyarak gerçekleştirilir.

İstanbul Sözleşmesi de, iki işlemli bu onay rejimine bağlıdır. Onaylanması gibi feshedilmesi de, birbirinin olmazsa olmaz koşulu olan iki işlemli anayasal sürece uyarak gerçekleştirilebilir.

90. maddenin son fıkrasında yapılan düzenleme ise, her iki işlemin sırayla gerçekleştiği "usulüne göre yürürlüğe konulmuş" uluslararası sözleşmelerin *iç hukuk üzerindeki etkisiyle* ilgilidir.

Buna geçmeden, "onaylama" yetkisinin kullanılması konusunda 1961/1963-2017/2018 yılları arasında uygulanan sisteme değinmek gerekiyor.

Anayasa, iki işlemli ilk düzenlemenin yapıldığı 1961'den beri "onaylama" yetkisini, yani ikinci işlemin gerçekleştirilmesini Cumhurbaşkanı'na tanıdı. 1924 Anayasası döneminde ise onay (tasdik), tek işlemle ve Büyük Millet Meclisi'nin çıkardığı yasayla gerçekleşiyordu.

1961 Anayasası'yla başlayan iki işlemli onay rejimi konusunda, anayasal kuralların yetersizliği nedeniyle, 1963'te çıkarılan 244 sayılı yasa, bazı antlaşmalar konusunda "onaylama" yetkisinin ***Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu'nun birlikte ve ortak kararnameyle kullanmasını*** öngördü. Bu yöntem, 2017 Anayasa değişikliğinin ardından 703 sayılı KHK ile değiştirildiği 2018'e değin, 55 yıl uygulandı.

31 Mayıs 1963 tarihli ve 244 sayılı "Milletlerarası Andlaşmaların Yapılması, Yürürlüğü ve Yayınlanması ile Bazı Antlaşmaların Yapılması İçin Bakanlar Kuruluna Yetki Verilmesi Hakkında Kanun", 2 Temmuz 2018 tarihli ve 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile değiştirildi. Başlık, şöyle oldu: "Bazı Andlaşmaların Yapılması İçin Cumhurbaşkanına Yetki Verilmesi Hakkında Kanun." Yasada geçen "Hükümet" ve "Bakanlar Kurulu" sözcükleri "*Cumhurbaşkanı*", "kararname" sözcüğü de "*karar*" olarak değiştirildi. 1-4 ile 6. maddeler ise yürürlükten kaldırıldı.

Ne var ki 9 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, temelde 244 sayılı yasanın yürürlükten kaldırılan maddelerinin bu sözcük değişikliklerinin işlenerek yeniden yazılıp düzenlenmiş olmasından ibarettir.

Tüm insan hakları sözleşmeleri gibi İstanbul Sözleşmesi'ni "onaylama" işlemi de, yalnızca Cumhurbaşkanı kararıyla değil Bakanlar Kurulu üyelerinin imzalarının da bulunduğu ortak kararnameyle gerçekleştirildi. 6251 sayılı "uygun bulma kanunu", 24 Kasım 2011'de kabul edildi (RG, 29.11.2011). 2012/2826 sayılı "onaylama" kararı ise, 10 Şubat 2012 tarihli idi.

Ama, 2017 Anayasa değişikliklerine uyum sağlama amacıyla çıkarılan 703 sayılı KHK'nin 181. maddesiyle, 244 sayılı yasanın onay sürecine Bakanlar Kurulu'nu da ortak ettiği düzenleme

yürürlükten kaldırıldı. Bu yasadan uyarlanan 9 sayılı Cumhurbaşkanı Kararnamesi'yle, tek başına Cumhurbaşkanı'na tanındı.

Ne var ki hemen belirteyim: Bu düzenlemenin (ve Bakanlar Kurulu'nun) kaldırılmış olması, Cumhurbaşkanı'nın insan hakları sözleşmelerinin onaylanması yetkisini tek başına kullanmasını, yani yürürlükte olan iki işlemli anayasal onay rejimini fesih yönünden tek işleme dönüştürmüş olmasını, Anayasa'ya uygun duruma getirmiş değildir.

Onaylanan Sözleşmelerin İç Hukuka Etkisi

Sorunun bu yönünü tartışmadan, AKP'nin 2004 değişikliğinden 17 yıl sonra geldiği noktayı da göstermek için, insan hakları sözleşmelerinin ancak yasama ve yürütme organlarının işlemleriyle gerçekleşen onaylanmasının iç hukuk üzerindeki etkisi ve hukuksal değeri üzerinde durmak gerekiyor. Çünkü hâlâ, onaylanan sözleşmelerin "kanun hükmünde" olduğu yolunda görüşler ileri sürülebildiği görülüyor.

İki aşamadan oluşan onay işleminin Anayasa'daki anlatımla "usulüne uygun" olarak gerçekleşmesiyle yürürlüğe giren sözleşmenin iç hukuk üzerindeki etkisi, 90. maddenin son fıkrasında düzenlendi (Çerçeve 1). Fıkradaki üç cümleden ilk ikisi, 1961 Anayasası'ndan beri vardır.

Üçüncüsü ise, 7 Mayıs 2004'te, yani AKP iktidarının ikinci yılında eklendi. Amacı da, yasa önerisinin genel gerekçesine göre, "... ***temel hak ve hürriyetlerin, evrensel düzeyde kabul edilmiş standart ve normlar ile Avrupa Birliği kriterleri seviyesine çıkarılması***" idi. Asıl amaç, AB'den müzakere tarihi almaktı. 2017 değişikliğinde de dokunulmadı.

Son fıkranın ilk cümlesinde, her iki işlemin gerçekleştirildiği bir uluslararası sözleşmenin "*kanun hükmünde*" olduğunun belirtilmesinin anlamı şudur: Sözleşme iç hukuka girmiştir, onun "kanunlar" gibi geçerli olan, egemenliği kullanan "yetkili organları", yani yasamanın kendisini, tüm bileşenleriyle yürütmeyi ve kuşkusuz öncelikle yargıyı hukuksal olarak bağlayan ayrılmaz bir parçası olmuştur. "Kanun hükmünde" sözcüklerinden, "kanunla aynı düzeyde, eşit seviyede" geçerli olduğu sonucu çıkarılamaz; "hükmüde"nin anlamı, iç hukukta "kanunlar gibi bağlayıcılık" kazanmış olmasıdır.

Bu konuyu, 1980'li yılların sonlarından 2004 değişikliğine değin tartıştığımızı anımsatmakla ve bu değişiklik öncesinde de, usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan hakları sözleşmelerinin çatıştığı yasaların ve hatta Anayasa'nın da üstünde olduğu görüşünü savunduğumu anımsatmakla yetiniyorum...

Anayasa Mahkemesi'ne (AYM) başvuru yolunu kapatan ikinci cümle ise, aslında gereksizdi, çünkü AYM'nin onaylanan bir uluslararası sözleşmeyi iptal yetkisi olamazdı.

Onaylanan Sözleşmelerin Ulusalüstülüğü

Son fıkranın en önemli kuralı, üçüncü cümledir. Kuşkusuz, "insan haklarına saygılı ve dayalı" bir devlet için ileri ve doğru bir adımdı. Gerek milletvekillerinin ve gerekse Cumhurbaşkanı'nın, "herkesin insan haklarından ve temel hürriyetlerinden yararlanması ülküsünden ayrılmamaya" ant içmiş olmalarının da doğal gereğiydi. Bu yeminin, "*namusum ve şerefim üzerine*" diyerek yapılmış olması, içerdiği hukuksal yükümlülüğe, aynı zamanda "moral" bir sorumluluk da ekler.

Değindiğim tartışmaları sonlandıran üçüncü cümle, onaylanmakla iç hukuka giren sözleşmeleri, çatıştığı *yasaların üstüne* çıkardı. Kurallar hiyerarşisinde, "ulusalüstü" bir konum kazandırdı. Örneğin, 6284 sayılı yasa ile İstanbul Sözleşmesi arasında, aynı konuda yaptıkları farklı düzenlemeler nedeniyle bir uyuşmazlık çıktığında, öncelikle ve doğrudan sözleşmenin uygulanmasını zorunlu tuttu. Uygulama yükümlülüğü, her düzeydeki yargı organlarıyla da sınırlı değildir. Yasamayı ve tüm bileşenleriyle yürütmeyi de bağlar.

Bu nedenle, "kanun hükmünde" sözcüklerine dayanarak, onaylanan insan hakları sözleşmelerinin kanunlarla aynı düzeyde bağlayıcı olduğu yolunda görüşler ileri sürülmesi, doğru olmaması bir yana, şaşırtıcıdır da. 9 sayılı Cumhurbaşkanı Kararnamesindeki (m. 3/3) "kanun hükmünü kazanır" yolundaki kural Anayasa'ya aykırıdır.

Anayasa Mahkemesi'nin Kararı

Anayasa Mahkemesi, onaylanan insan hakları sözleşmelerinin ve aynı zamanda denetim organları kararlarının doğrudan ve kendiliğinden uygulanması gerektiğine ilişkin birçok karar verdi. Bu kararlar, onaylanan farklı insan hakları sözleşmeleri ve yetkili denetim organlarının kararları ile aynı konuyu düzenleyen yasalar arasındaki çatışmalarda sözleşme kurallarının doğrudan ve kendiliğinden uygulanması gerektiğine ilişkindir (Gülmez, 2015: 210-217).

Bu sözleşmelerin ve denetim organlarının ilk sırasında da, kuşkusuz İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve "yargısal denetim" yapan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi vardır.

AYM, onaylanan sözleşmelerle yasalarımızın çatıştığı durumlarda, hem derece mahkemelerinin kararlarına uymama yetkisinin bulunmadığını, hem de üçüncü cümlenin anlamını ve iç hukuktaki değerini açıkça vurguladı (AYM, 2014):

> "... ***uyuşmazlığı karara bağlayan derece Mahkemelerinin***, AİHS ve diğer uluslararası insan hakları andlaşmaları ile çatışan 4721 sayılı Kanun'un 187. maddesini kararlarına esas almayarak, başvuru konusu uyuşmazlık açısından Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca uygulanması gereken ***uluslararası sözleşme hükümlerini dikkate alması gerektiği*** sonucuna varılmaktadır."
>
> "... (son) fıkraya eklenen son cümle ile, ***hukukumuzda kanunlar ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmalar arasında bir çeşit hiyerarşi ihdas edilmiş*** ve aralarında uyuşmazlık bulunması halinde ***andlaşmalara öncelik tanınacağı*** hüküm altına alınmıştır. Bu düzenleme uyarınca, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası bir andlaşma ile bir kanun hükmünün çatışması halinde, ***uluslararası andlaşma hükmünün öncelikle uygulanması gerekir.*** Bu durumda ***başta yargı mercileri*** olmak üzere, birbiriyle çatışan temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir uluslararası andlaşma hükmü ile bir kanun hükmünü önlerindeki olaya uygulamak durumunda olan ***uygulayıcıların, kanunu göz ardı ederek uluslararası andlaşmayı uygulama yükümlülükleri vardır.***
>
> ... Türkiye'nin usulüne uygun olarak onaylayıp taraf olduğu ***Sözleşme iç hukukta doğrudan uygulama kabiliyetini haizdir.***"

Bu kararlara aykırı birçok örnek dururken ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin ve AYM'nin kararlarının uygulanmaması sürdürülürken, giderek yoğunlaşan "insan hakları ihlallerini sıralamak" istercesine "Eylem Planı" açıklandı (Gülmez, 2021: 10). Çok geçmeden, ilk kez, yasama ve yürütme organlarının ortak irade ve kararıyla onaylanan bir uluslararası insan hakları sözleşmesi bir yürütme işlemiyle feshedildi. Hukuksal geçersizliği, haklı olarak, "yetki gasbı" oluşturduğu vurgulanarak anlatıldı ve "yok hükmünde" sayıldığı belirtildi.

Hükümet Avrupa Konseyi'ne ve Birleşmiş Milletler'e Demişti ki

90. maddenin son fıkrasına üçüncü cümlenin eklenmesini izleyen yıllarda, AKP hükümetlerinin aşağıda vereceğim iki örnekte benimsediği ve uluslararası kuruluşlara bildirdiği konuyla ilgili görüş ve yorumu doğruydu, Anayasa'nın sözüne ve özüne uygundu.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 14 Şubat 2007'de kabul ettiği karardan açıkça anlaşıldığı gibi (CM/ResDH[2007]1), hükümet yalnızca İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin değil aynı zamanda İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi içtihatlarının da doğrudan uygulanabilir olduğunu belirtmişti (örneğin ayrıca bkz.: Akbulut: 31-32).

Hükümet özellikle, Anayasa'nın 90. maddesinin yeni kuralı gereğince, İHAS'ın ve İHAM içtihatlarının doğrudan uygulanabilir nitelik kazanmış (yani sözleşmeye ve yerleşik kararlara doğrudan etki gücü kazandırılmış) olmasının taşıdığı önemi vurgulamış; bu doğrudan etkinin, yeni (anayasal) düzenlemenin Sözleşme gerekleriyle uyum içinde sürekli olarak uygulanmasını güvenceye alacağı konusundaki inancını dile getirmişti.

Bakanlar Komitesi kararının son paragrafındaki bu bölümün İngilizce orijinali aynen şöyledir:

> "The government in particular underlined the importance of ***the direct effect given to the Convention and the Court's case law under the new Article 90 of the Turkish Constitution***.

The government expressed its conviction that this direct effect would ensure that the new legislation will continuously be applied in conformity with the Convention's requirements."

Vereceğim ikinci örnek, Birleşmiş Milletler'den. Hükümet, ikiz sözleşmelerden Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin güvenceye aldığı haklara uyulmasını sağlamak amacıyla oluşturduğu aynı adlı Komite'ye gönderdiği ilk raporunda, madde 90/son fıkraya eklenen üçüncü cümlenin anlamını ve iç hukuk üzerindeki doğrudan etkisini, Anayasa Mahkemesi'nden çok önce Komite'ye bildirilmişti.

Türkiye, 1966'da kabul edilen ve 1976'da yürürlüğe giren bu sözleşmeyi, ancak 2000'de imzaladı. Onay işlemleri ise, ikinci AKP hükümeti döneminde gerçekleştirildi. 10 Temmuz 2003 tarihli ve 2003/5923 sayılı onaylama kararnamesinde, Cumhurbaşkanı *Ahmet Necdet Sezer* ile Başbakan *Recep Tayyip Erdoğan*'ın (ve diğer tüm Bakanların) imzaları vardı. Sözleşmenin, Avrupa Birliği'ne uyum çerçevesinde, "Ulusal Programın "orta vade"de onaylanması öngörülmüştü (Gülmez, 2004a: 227).

Ne var ki hükümet, ileri bir adım atarak onayladığı sözleşmeye ilişkin ilk ayrıntılı raporunu, çok gecikmeli olarak, 2008'de gönderdi (NU, CES: 2008; UN, ESC, 2008). Rapor, ekleriyle birlikte 166 sayfaydı ve İngilizce orijinali, 28 Haziran 2008 tarihliydi.

Raporun Giriş bölümünün 2. paragrafında, 90. maddenin son fıkrasına ilişkin aşağıda aktardığım *hükümetin resmi görüşü* açıklandı. Bir yandan son fıkranın üç cümlesinin çevirisi yapıldı, öte yandan da ne anlama geldiği belirtildi. Özellikle, sözleşmenin doğrudan etkisi ve yargı organları önünde ileri sürülebileceği yorumlarına yer verildi. Üçüncü cümle aktarılarak, onaylanan sözleşmelere üstünlük tanındığı açıklandı. Bu paragraf aynen şöyledir:

> ***" 'Onay süreci tamamlandığında uluslararası antlaşmalar iç hukukun parçası olur. Ve iç hukukta uygulanabilir. Sözleşme'nin,*** yani Ekonomik, Sosyal, Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin ***'iç hukuk üzerinde doğrudan etkisi vardır.'***
>
> ***'Ve kuralları ulusal mahkemeler önünde doğrudan ileri sürülebilir.'***

Hükümet raporunun koyu italikle gösterdiğim bölümlerinin İngilizce orijinali ile resmi Fransızca çevirisindeki bölümleri aynen şöyledir:

> "Once the ratification process is completed, international agreements become part of the domestic legislation and applicable in national law. As such, the ICESCR has direct effect in Turkish law and ***its provisions may be directly invoked before national courts***" (UN, ESC, 2008: 8).
>
> "Une fois le processus de ratification achevé, les accords internationaux font partie de la législation interne et sont applicables en droit interne. En tant que tel, le Pacte a un effet direct sur le droit turc et ***ses dispositions peuvent être directement invoquées devant les tribunaux nationaux***"(NU, CES, 2008: 8).

Ne yazık ki izleyen yıllarda, hükümetin 2007'de Avrupa Konseyi'ne bildirdiğinin ve 2008'de resmi raporuna yazdığının tersi olan yasal düzenlemeler yapıldı. Uygulamalar ve özellikle aykırı yargı kararları sürdü.

FESİH KARARI ANAYASA'YA AYKIRIDIR

İnsan hakları sözleşmelerinin yasama ve yürütme organlarının işlemleriyle anayasal usulüne göre yürürlüğe girmesinin iç hukuk açısından taşıdığı anlam ve değere değindikten sonra, yalnızca *yürütmenin* kararıyla ve yine yalnızca *yürütmenin*, her ikisi de tek kişinin ve Cumhurbaşkanı'nın bir işlemi dayanak gösterilerek gerçekleştirilen fesih işleminin Anayasa'ya aykırılığı kendiliğinden ortaya çıkmış olsa da, sorunun yine Anayasa düzeyinde ayrıca ve daha geniş bir çerçevede incelenmesi gerekiyor.

Cumhurbaşkanı'nın, 9 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'ne dayanarak aldığı fesih kararı (Çerçeve 2), Anayasa'nın hem konuyla doğrudan ilgili 90. maddesine, hem Cumhuriyet'in ve devletin dayandığı "insan hakları ilkesi"ne ve hem de başka kurallarına aykırıdır.

Çerçeve 2 - Yürütme Organı İşlemleri
19 Mart 2021 Günlü Kararın Soy Zincirinin Halkaları

"Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" Sonrasında Onaylama Rejiminin İkinci Aşaması
(21.01.2017 Tarihli ve 6771 Sayılı Kanun, RG, 11.02.2017)

1) **10 Mayıs 2018: 7142 sayılı ve 10 Mayıs 2018 tarihli Yetki Kanunu (RG, 18.05.2018):**
Başlığı, "6771 Sayılı Kanunla Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Çeşitli Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Konusunda Yetki Kanunu"dur.
2) **2 Temmuz 2018:** ***703 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname (RG, 09.07.2018)***:
Başlığı, "Anayasada yapılan değişikliklere uyum sağlanması amacıyla bazı kanun ve kanun hükmünde kararnamelerde değişiklik yapılması hakkında kanun hükmünde kararname"dir.
Dayanağı, 10 Mayıs 2018 tarihli ve 7142 sayılı Kanunun verdiği yetkidir. Bir "yürütme organı" işlemidir.
KHK'nin 181. maddesiyle, 244 sayılı ve 1963 tarihli yasanın bazı maddeleri kaldırıldı, bazı maddelerinde sözcük değişiklikleri yapıldı.
3) **15 Temmuz 2018** (RG): ***Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi***:
3718 sayılı kararın dayanağı olan 9 sayılı kararnamedir. Bir "yürütme organı" işlemidir. Dayanağı belirtilmiş değildir. Yalnızca, Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan'ın imzasını taşır. 244 sayılı yasayla yapılan düzenlemeyi yeni sisteme uyarlar.
244 sayılı kanundaki 3. madde, "Onaylama" başlığı altında, bazı değişikliklerle, şöyle kopyalandı:
Madde 3
   1. Milletlerarası andlaşmaların *onaylanması*, (...) bunların hükümlerinin uygulanmasını durdurma ve bunları sona erdirme, ***Cumhurbaşkanı kararı*** ile olur.
   2. Onaylama konusu olan milletlerarası andlaşmanın Türkçe metni ile andlaşmada muteber olduğu belirtilen dil veya dillerden biri ile yazılmış metni, onaylamaya ilişkin ***Cumhurbaşkanı kararına*** ekli olarak Resmî Gazete'de yayımlanır.
   3. Bir milletlerarası andlaşmanın veya Türkiye Cumhuriyetini bağlayan bir milletlerarası andlaşmanın belli hükümlerinin Türkiye Cumhuriyeti bakımından yürürlüğe girdiği, ***bir milletlerarası andlaşmanın uygulama alanının değiştiği, uygulanmasının durdurulduğu ve sona erdiği tarihler; Cumhurbaşkanı kararı ile tespit olunarak*** Resmî Gazete'de yayımlanır. Bir milletlerarası andlaşma, yürürlük tarihinin tespitine dair Cumhurbaşkanı kararında belirtilen yürürlüğe giriş tarihinde ***kanun hükmünü kazanır***.
4) **19 Mart 2021**: ***Cumhurbaşkanı Kararı*** (RG, 20.03.2021):
3718 sayılı fesih kararıdır. Bir "yürütme organı" işlemidir. Dayanağı, 9 sayılı Cumhurbaşkanı Kararnamesi'dir. Gerekçesizdir.

Feshin Gerekçesiz Oluşu

Ülkemiz tarihinde, bir insan hakları sözleşmesinin "*Türkiye Cumhuriyeti bakımından feshedilmesi*" kararı, bir ilktir.

Onaylanan uluslararası sözleşmelerin feshi konusunda bildiğim tek örnek vardır: Uluslararası Çalışma Örgütü'nün, gözden geçirilmiş ve geliştirilmiş sonraki tarihli iki sözleşmenin onaylanması dolayısıyla feshedilen dört sözleşme. Bunlar da, gerçek anlamda fesih sayılmaz (Gülmez, 2019: 673-680).

Karar, anayasal onay rejiminin ikinci organınca, ama yalnızca Cumhurbaşkanı'nca alınmıştır ve tek cümleliktir: Sözleşmenin ve feshin dayanağının adlarını belirtmekle yetinir.

Kararın en belirgin özelliği ise, *gerekçesiz* oluşudur. Onaylanmasından dokuz yıl sonra, örneğin hangi kurallarında öngörülen yükümlülüklerin yerine getirilemeyeceğinin anlaşılması nedeniyle taraf olmaktan çıkıldığı belirtilmiş değildir.

Oysa, onaylamayı uygun bulma kanunu gerekçesinde ve Komisyon raporlarında; haklı olarak övünçle, "hazırlanması ve sonuçlandırılmasında *ülkemiz(in) öncü bir rol oyna(dığı)*"; onaylanmasının "*ülkemize ilave bir yük getirmeyeceği* ve ülkemizin gelişen *uluslararası saygınlığına olumlu katkıda bulunacağı*", "ilk imzalayan 10 ülkeden birinin Türkiye olduğu ve ... onaylayan ilk ülkenin de Türkiye olmasının arzu edildiği" belirtilmişti.

Ek yük getirmeyeceği yolundaki yerleşik "resmi" gerekçe, kuşkusuz gerçeği yansıtmıyordu, çünkü onaylanan tüm sözleşmelerin hükümet gerekçelerinde bu ve benzer sözcükler yinelenir (Gülmez, 2019: 455-516).

Sözleşmenin imza ve onay çizelgesine göre Türkiye, 11 Mayıs 2012'de "ilk *imzalayan*" 10 ülkeden biridir. Ama, sözleşmeyi her iki anayasal işlemi gerçekleştirip 14 Mart 2013'te *ilk onaylayan* tek ülkedir.

Ne yazık ki Türkiye, sözleşmenin "*fesih sütunu*"nda, ilk ve tek ülke olarak yer aldı! [1]

İstanbul Sözleşmesi'nin feshinin *hukuksal* nedenleri, kapsamlı bir incelemeyi gerektirir kuşkusuz.

Ama bu tutum, ne evrensel bir değer olan insan haklarının ciddiyetiyle, ne devletin insan hakları alanındaki uluslararası saygınlığıyla, ne de Türkiye Cumhuriyeti'nin insan haklarına saygılı ve dayalı bir devlet olmasıyla bağdaşır. Üstelik, Cumhurbaşkanı andında da, "herkesin insan haklarından ve temel hürriyetlerinden yararlanması ülküsünden ayrılmama" vardır.

Sözleşmenin Uygulanmasının Durdurulması

Feshin dayanağı olan 9 sayılı Cumhurbaşkanı Kararnamesi'nin "Onaylama" başlıklı 3. maddesinin ilk ve son fıkralarında, yerine çıkarıldığı 244 sayılı yasada olduğu gibi, "fesih"ten değil, onaylanan uluslararası andlaşmaların "*hükümlerinin uygulanmasını durdurma ve bunları sona erdirme*"den, "*uygulanmasının durdurulduğu ve sona erdiği tarih*"ten söz edilir. Bu terim tutarsızlığı, sözleşmeye taraf olmaktan çıkma iradesinin ortaya konulmuş olmasını etkileme yönünden önemli değildir. Sözleşmede geçen "fesih" ile de, sözleşmenin uygulanması durdurulmuş, sona erdirilmiştir. Önemli olan ve öncelikle tartışılması gereken nokta, bu yetkinin yasama organının işlemi olan 244 sayılı yasa yerine yürütme organı olarak Cumhurbaşkanı'nın tek başına çıkardığı 9 sayılı Kararname'ye değil, Anayasa'ya uygunluğu sorunudur (Gözler, 2021).

Anayasa'ya aykırılık konusunda, önce Cumhurbaşkanı Kararnamesi'nin bu maddesinin 3. fıkrasının son cümlesindeki, yine yürürlükten kaldırılan 244 sayılı yasadan "*kanun kuvveti*" yerine "*kanun hükmü*" denilerek aktarılan şu kurala değinmek gerekiyor:

> "Bir milletlerarası andlaşma, yürürlük tarihinin tespitine dair Cumhurbaşkanı kararında belirtilen yürürlüğe giriş tarihinde *kanun hükmünü kazanır*."

Bu kural, yanıltıcı olması bir yana, Anayasa'ya da aykırıdır. 244 sayılı yasaya, iç hukukla bütünleştirme anlamında, 1961 Anayasası'ndan aktarılmıştı. Aykırılık içermediği gibi, bir yenilik de getirmiyordu. Yapılması gereken, 9 sayılı Cumhurbaşkanı Kararnamesi'ne de, bu cümlenin hemen ardından Anayasa madde 90'nın son fıkrasına 2004'te eklenen üçüncü cümlenin de yazılmasıydı.

Ama, sanıyorum sözcük değişikliklerine odaklanmaktan kaynaklanan bir özensizlik sonucu yazılmamış olması, ***onaylanan insan hakları sözleşmelerin iç hukuk alanında "ulusalüstü" bir anayasal değer ve bağlayıcılık taşıdığı*** gerçeğini değiştirmez ve ortadan kaldırmaz. Dolayısıyla da, salt Cumhurbaşkanı Kararnamesi'ndeki "kanun hükmü kazanır" kuralına dayanarak, onaylanan sözleşmelerin çatıştığı yasalarla aynı düzeyde bağlayıcı oldukları yolunda ileri sürülecek bir görüş dayanaktan yoksundur. Madde 90 son fıkranın son cümlesi, 2004'ten beri *doğrudan uygulanması zorunlu* anayasal bir üst kural olarak yürürlüktedir. Cumhurbaşkanı Kararnamesi ise, yasanın yerine geçirilen bir yürütme işlemidir.

---

[1] https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210/signatures?p_auth=qbV25xKx; Erişim: 23.03.2021.

İstanbul Sözleşmesi'nin feshinin Anayasa'ya uygunluğu, birçok yönden tartışmaya açık bir sorundur. Örneğin, 2017 Anayasa değişikliği sonrasındaki siyasal sistemde köklü değişiklikler olduğu, fesih sorunuyla ilgili olarak "Cumhurbaşkanlığı sisteminde Bakanlar Kurulu'nun bulunmaması nedeniyle" anayasal onay yetkisini, hem onaylamayı ve hem de onaylamayı durdurmayı (feshi) kapsamak üzere yalnızca Cumhurbaşkanı'nın kullanacağı" yolunda bir görüş ileri sürülebilir. Feshin gerçekleşmiş olması da, bunu göstermektedir aslında.

Ne var ki sorunu, iki işlemli onay rejimine göre onaylanan tüm insan hakları sözleşmelerini de kapsamak üzere, öncelikle Anayasa'nın yürürlükte olan kuralları açısından, hem de yalnızca 90. maddeyle sınırlı olmamak üzere inceleyip değerlendirmek gerekir (Çerçeve 1).

Çünkü onay, aynı zamanda, ulusal ve uluslararası boyutları ve sonuçları olan bir sorundur.

Anayasal Onay Rejimi ve Ulusal Egemenlik

İstanbul Sözleşmesi, bir "insan hakları sözleşmesi" olarak, Anayasa'nın öngördüğü iki işlemli bir onay rejimine uyarak iç hukukla bütünleştirilmiştir. Bir sözleşmenin onaylanması, sıradan bir hukuksal işlem değildir. Devletlerin çok duyarlı oldukları, insan haklarının uluslararasılaşması sürecinde ödün vermeye yanaşmadıkları *ulusal egemenliğin* sözleşmenin güvenceye aldığı hak ve özgürlükler alanında sınırlandırılmasını, sözleşmenin pozitif metninin yanı sıra, yetkisi kabul edilen uluslararası denetim organlarının kararlarına da uyulmasını içerir. Cumhurbaşkanı'nın tek başına kullandığı yetkiyi (egemenliği), sözleşmeyi onaylamakla üstlendiği yükümlülükleri yerine getirmek zorunda olması nedeniyle, uluslararası kuruluşla paylaşmasını içerir. Bu paylaşma, kimi zaman yetkinin uluslararası organlara devredilmesine değin uzanan bir boyut, yani ulusalüstü bağlayıcılık da kazanabilir...

Bu yönüyledir ki, hem sözleşmenin onaylanması ve hem de feshedilmesi, öncelikle "devredilemez" nitelikli yasama yetkisini kullanan anayasal organ ***TBMM'yi doğrudan ilgilendirir***.

Bu nedenle onaylama, hazırlık sürecinde birçok araştırma yapılmasını, özellikle ilgili çevrelerin görüş ve önerilerinin alınmasını, sözleşmenin onaylanmasının getireceği olası yükümlülüklerin kapsam ve boyutlarının incelenmesini gerektirir. Bu ise, yalnızca sözleşme metninin okunmasıyla üstesinden gelinebilecek bir iş değildir. Denetim organlarının yıllar içinde oluşturduğu yerleşik içtihatların bilinmesini, incelenip değerlendirilmesini gerektirir. Resmi gerekçelerde, onay işlemlerini kolaylaştırmak amacıyla "*sözleşmenin onaylanmasının ülkemize yeni ve ek bir yük getirmemektedir*" yolunda yazılan bir satırlık "politik" gerekçeler, gerçeği yansıtmaz.

Evet, bir insan hakları sözleşmesinin onaylanması; sözleşmenin gereklerinin yerine getirilmesini sağlayacak önlemlerin başında gelen *yasal düzenlemeleri yapmak*, yapılmışsa aykırı kuralları saptamak ve *değiştirerek sözleşmeye ve denetim organlarının kararlarına uyum sağlamak* gerektiği için öncelikle yasama organını ilgilendirir. Ama aynı zamanda, egemenliği kullanan anayasal organlardan, hem "yetki" ve hem de "görev" olan yürütmeyi de. Çünkü, üstlenilen yükümlülüklerin iç hukuka aktarılmasının yanı sıra, onların uygulamada da yerine getirilmesi gerekir ve bu, bir anayasal görevdir.

Bu nedenledir ki, 1924 Anayasası'nın yalnızca Büyük Millet Meclisi'ne tanıdığı uluslararası antlaşmaları "*tasdik*" yetkisini, 1961 Anayasası yasama ve yürütmenin "yetkili organlar" sıfatıyla gerçekleştirdikleri iki işlemli bir süreç olarak düzenledi. TBMM'nin "uygun bulma kanunu" çıkarmasını ve Cumhurbaşkanı'nın da "onaylamasını" öngördü. 244 sayılı yasa da, 1963'te, Anayasa'nın işlemin yürütme kanadıyla ilgili eksiğini tamamladı: İkinci işlemin yapılmasında, "yürütme görevi"ni "kanunlar çerçevesinde" yerine getiren Cumhurbaşkanı'nın yanı sıra, yürütmenin sözleşmenin uygulamaya aktarılmasını sağlamakla görevli ve sorumlu organı olarak Bakanlar Kurulu'nu da ekledi. Böylece de, onayın ikinci aşamasının Cumhurbaşkanı ve Bakanlar Kurulu'nun ortak kararıyla gerçekleştirildiği uygulama başladı.

1982 Anayasası da, bu düzenleme ve uygulamayı sürdürdü.

2017 Anayasa değişikliğiyle Bakanlar Kurulu'nun kaldırılmış olması, onay işleminin ikinci aşamasıyla ilgili bir durumdur, sorundur. Bu aşamada, artık Bakanlar Kurulu'nun olmaması nedeniyle, iki anayasal işlemli bir süreç olmayı sürdüren "onaylama" yetkisinin tersi olan,

kaldırılması anlamına gelen fesih yetkisini Cumhurbaşkanı'nın tek başına kullanabileceği düşünülebilir, ileri sürülebilir.

Ama, Cumhurbaşkanı'nın kendisinin çıkardığı bir kararnameye dayanarak ve yine kendisinin aldığı bir kararla, ancak yasamanın işlemiyle onaylayabildiği bir insan hakları sözleşmesini feshedebileceği görüşü, Anayasa'da dayanak bulamaz. Bu, yasamanın yetkisinin elinden alınmasıdır.

Onaylamayı Durdurma da İki Aşamalıdır

Feshin tartışmaya açık bir sorun olmasının nedeni, Anayasa'nın (1961 ve 1982'de) onay rejimini yalnızca "olumlu işlemler" yönüyle düzenlemiş olmasıdır. Tersinin, yani olağandışı bir işlem olan feshin Anayasa'da düzenlenmesi beklenemez. Anayasa koyucu, "TBMM için, yalnızca "onaylamayı uygun bulma kanunu" çıkarmayı, Cumhurbaşkanı için de yalnızca "onaylama" işlemini düzenlemiş, ayrıntıcı bir yaklaşımla, olumsuz işlemlere de yer vermeyi gerekli görmemiştir.

Dolayısıyla, Anayasa'da ve 9 sayılı Cumhurbaşkanı Kararnamesi'nde (daha önce ise 244 sayılı yasada) TBMM'nin "feshi uygun bulma kanunu" kabul etme yetkisinin öngörülmemiş olmasına dayanarak, Cumhurbaşkanı'nın fesih işlemini tek başına gerçekleştirilebileceği savunulamaz. Ulusal egemenliği doğrudan ilgilendiren bir alanda, onay sürecini başlatmanın önkoşulunu oluşturan ilk işlemi gerçekleştirme yetkisi bulunan yasamanın devreden çıkarılması Anayasa'ya aykırıdır. Çünkü yasamaya tanınan bu yetki, "devredilemezliği" Anayasa güvencesinde olan bir yetkidir. Onay sürecini başlatırken tanınan yetkinin, onay sürecinin tersinde olmadığının, olmayacağının ileri sürülmesinin ve uygulanmasının anlamı, yasamanın "devredilemez" yetkisine yürütmenin "tecavüz etmiş, elkoymuş" olmasıdır.

Kısacası, insan hakları statüsünde olan uluslararası sözleşmelerde "onaylama" yetkisi gibi, "onaylamayı durdurma" yada "sona erdirme" yetkisi de, iki aşamalı bir işlemdir. Önce TBMM'nin "onaylamayı durdurmayı, sona erdirmeyi uygun bulma kanunu" çıkarması gerekir. Ancak ve yalnız TBMM'nin "onaylamayı uygun bulma kanunu" kabul etmesi üzerine "onaylama" yetkisini kullanabilen Cumhurbaşkanı, yasamanın izni olmaksızın tek başına fesih yetkisini kullanamaz.

Uluslararası sözleşmelerin onaylanması konusunda TBMM, 1924 Anayasası'ndan beri yetkilidir: 1961'e değin "tek organ" ve 1961'den beri de "ilk organ" olarak. 1924 Anayasası döneminde, "fesih" yetkisi de vardı.

Bir uluslararası insan hakları sözleşmesinin "onaylanmasını sona erdirme" sorunu da, en az iki işlemli "onaylama" kadar önemlidir. Onaylamayı sona erdirme, onaylama işlemini tüm sonuçlarıyla ortadan kaldırmakta, feshedilen sözleşmenin güvenceye aldığı hakları ve sağladığı uluslararası korumayı sonlandırmaktadır. Bu nedenle, onaylama izni veren yasamadan, sona erdirme izni de alınması gerekir. *Gözler*'in belirttiği gibi, "*yetkide ve usûlde paralellik ilkesi*" bunu gerektirir (Gözler, 2021). Bu, anayasal düzenlemenin özünün de gereğidir.

Ne yazık ki Anayasa'ya aykırı bu durum, 244 sayılı yasanın uygulandığı dönemde de vardı. Uluslararası sözleşmelerde öngörülen fesih olanağı, belirttiğim daha ileri düzenlemeler yapan iki Uluslararası Çalışma Örgütü sözleşmesinin onaylanması nedeniyle başvurulmuş örnek dışında kullanılmadığı için bu sorun su yüzüne çıkmadı. Bu konunun Anayasa'da düzenlenmemiş olduğu savı, sona erdirme yetkisini tek başına yürütmeye aktarmanın gerekçesi olamaz. Çünkü bunun ortaya çıkardığı sonuç, "devredilemez" yasama yetkisinin yürütmeye devredilmiş olmasıdır.

Yürütmenin, yasamayla paylaştığı ve üstelik yasamanın ilk işlemine bağlı olarak kullanabildiği bir yetkiyi tek başına kullanabileceğini savunmanın anlamı, anayasal boşluktan yetki devri çıkarmaktır. Bunun adı, "yetki tecavüzü, yetki gasbı" olur. İstanbul Sözleşmesi'nin feshi işleminin başka bir tanımı yoktur.

İnsan Haklarına Saygılı ve Dayalı Devlet İlkelerine Aykırılık

İstanbul Sözleşmesi'nin feshi kararı, konusu insan hakları olduğu için, Anayasa'nın "değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez" nitelik taşıdığını belirttiği *Cumhuriyet'in nitelikleri* arasında

saydığı "*insan haklarına saygılı*" devlet ve "*insan haklarına dayanan* demokratik ve lâik Cumhuriyet", soyut ilkeler değildir (Çerçeve 1).

Çünkü bu ilkeleri somutlaştırarak hak ve özgürlükleri güvenceye bağlayan kurallar, öncelikle Anayasa'da vardır. İkinci Kısım'daki Temek Haklar ve Ödevler'in (yani Kişinin Hakları ve Ödevleri'nin, Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler'in, Siyasi Haklar ve Ödevler'in) tümü, insan haklarına saygılı ve dayalı devlet ilkelerinin somut anayasal içeriğini oluşturur.

İnsan haklarının ulusal düzeyde Anayasayla güvenceye alınmış olmasının yanı sıra, Türkiye'nin 90. madde uyarınca "usulüne göre yürürlüğe koyarak" taraf olduğu tüm insan hakları uluslararası sözleşmeleri de, anayasal "insan hakları" ilkelerinin somut içeriğini oluşturan kurallar kapsamındadır. Bu sözleşmeler, yalnızca Avrupa Konseyi sözleşmeleriyle de sınırlı değildir. Birleşmiş Milletlerin kabul ettiği ve onayladığımız sözleşmeler de bu liste içindedir. Yine, Anayasa'nın "Sosyal ve Ekonomik haklar" bölümünde tanıdığı hakları en geniş biçimde güvenceye alan Uluslararası Çalışma Örgütü sözleşmeleri de insan hakları sözleşmeleridir (Bu sözleşmelerin listesi için bkz. Gülmez, 2015: 188-189).

Öte yandan, milletvekillerinin ve Cumhurbaşkanı'nın göreve başlarken yaptıkları yeminde geçen "insan hakları ülküsünden ayrılmama" sözünün somut içeriği kapsamında, hem Anayasa'nın, hem de "ulusalüstü" değer kazandırdığımız insan hakları sözleşmelerinin güvenceye aldığı hak ve özgürlükler vardır.

Kaldı ki, devletin insan hakları alanındaki sorumluluk ve yükümlülüklerinin temel ve somut kaynakları onaylayarak taraf olduğumuz sözleşmeler olmakla birlikte, Türkiye bu sözleşmeleri kabul eden uluslararası kuruluşlara "*Üye Devlet*" olarak da, yükümlülükler üstlenmiştir. Çünkü Birleşmiş Milletler'in, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün ve Avrupa Konseyi'nin kurucu belgelerinde insan hakları ilke ve değerleri vardır. Üyelik, salt "moral" ve "siyasal" değil, aynı zamanda "hukuksal" yükümlülükler içeren bu ilke ve değerlerin yer aldığı Anayasalarının onaylanmasıyla kazanılır.

SONUÇ: İNSAN HAKLARI HEM "TARAF DEVLET, HEM DE "ÜYE DEVLET" OLARAK BAĞLAR

İstanbul Sözleşmesi'nin feshi kararının Anayasa'ya aykırı "soy zinciri", yürütme organının ardı sıra kabul ettiği üç işlemden oluşur. Özelliği, bir sonraki işlemin, bir öncekinin dayanağı olmasıdır. İlki, dayanağı "yetki kanunu" olan bir Kanun Hükmünde Kararname'dir. İkincisinin adı Cumhurbaşkanı Kararnamesi'dir. Üçüncüsünün adı da, Cumhurbaşkanı Kararı'dır. Son ikisi, tek kişinin, Cumhurbaşkanı'nın imzasını taşır.

Bu nedenledir ki Anayasa'nın, hem yasama ve yürütmenin yetkileriyle ilgili kurallarına, hem onay rejimiyle ilgili özel düzenlemesine ve hem de "moral" ve "siyasal" olmasının ötesinde, "hukuksal" değer taşıyan insan hakları ilkelerine aykırıdır. Aykırılık, 3718 sayılı fesih kararıyla sınırlı değildir. Soy zincirinin önceki halkalarını oluşturan yürütme işlemlerini de kapsar.

İstenseydi, "platonik" bir öneri olmakla birlikte, fesih süreci, "onaylamayı uygun bulma kanunu"nda olduğu gibi, İstanbul Sözleşmesi'nin "*onaylanmasının durdurulmasını uygun bulma*"ya ilişkin üç maddelik bir kanun teklifiyle başlatılıp sonuçlandırılabilirdi.

Ama bu yol, kabul edilmesinde güçlükle karşılaşılmaması olasılığı yüksek olmakla birlikte, yasama süreciyle ilgili hazırlıkların yapılmasını ve formalitelerin yerine getirilmesini gerektireceğinden, bunların da fesih sorununun yasama organında ve kamuoyunda tartışılmasına yol açması kaçınılmaz olduğundan, Cumhurbaşkanlığı sistemiyle bağdaşmazdı elbette!

Bu yolun başka insan hakları sözleşmelerinde de kullanılabileceğini düşünenler bilmelidir ki, Türkiye'nin insan hakları alanında üstlendiği yükümlülüklerin tek uluslararası kaynağı ve dayanağı, "Anayasa'nın "*münhasıran* kanunla düzenlenmesi(ni) öngördüğü" onaylama rejimi, yani uluslararası insan hakları sözleşmelerini "usulüne göre yürürlüğe koyma" sistemi ile ilgili kuralları değildir. Başka deyişle yükümlülükler, yalnızca sözleşmelere "Taraf Devlet" sıfatından doğmaz. Aynı zamanda, "Üye Devlet" sıfatından da doğar. Çünkü uluslararası insan hakları sözleşmelerini kabul eden uluslararası kuruluşların, sözleşmeleri onaylamamış olsalar da, "Üye Devlet" temeline

dayanarak işlettikleri, bazılarının "yarı-yargısal" olarak tanımlandığı denetim mekanizmaları vardır. Çünkü "Üye Devlet" sıfatı, uluslararası kuruluşların Anayasalarını / Antlaşmalarını onaylayarak kazanılır. Bu Anayasalarda da, insan hakları ilke ve değerleri vardır. Kabul ettikleri sözleşmeler, bu ilke ve değerleri somutlaştırır. Oluşturdukları özel denetim mekanizmalarıyla, uygulamaya aktarılmasını sağlamak amacıyla uluslararası hukuksal güvenceye bağlar. Dayanakları, sözleşmenin onaylanması değildir. "Üye Devlet" statüsünün ancak uluslararası kuruluşun Anayasasının onaylanmasıyla kazanılmış olmasıdır. Birleşmiş Milletler insan hakları sisteminde, onaya dayalı denetim organları "sözleşme-içi" olarak tanımlandığından, bunlar "sözleşme-dışı denetim sistemleri" olarak adlandırılır (Gülmez, 2004a: 164-168, 381-405, 407-436; 2004b: 147-161; 2014: 617-662; 1989: 11-15; 1997-1998: 23-64; 2000: 159-190).[2]

Demek istediğim anlaşılmıştır sanırım:

İnsan hakları alanında devletin üstlendiği yükümlülüklerden, onaylanan sözleşmelerin feshedilmesiyle tümden kurtulmak olanaklı değildir. Bu sözleşmeleri kabul eden Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi gibi "hükümetlerarası" ve Uluslararası Çalışma Örgütü gibi üçlü yapılı uluslararası kuruluşların Üyesi olmaktan da çıkmak gerekir!

İşte bunun içindir ki İstanbul Sözleşmesi'nin feshi kararı, Üyesi olduğumuz –İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ni Anayasası ve hatta Avrupa Sosyal Şartı'nı "Sosyal Anayasası" sayan– Avrupa Konseyi'nin kurucu belgesi Statüsü'ne, doğurduğu üyelik yükümlülüklerine de aykırıdır.

Bir zamanlar, hükümetlerin insan hakları politika ve uygulamalarındaki değişkenlik ve tutarsızlıkları, siyasal söylem ve yazında özdeyiş niteliği kazanmış bir anlatımla, "*muhafette başka, iktidarda başka*" diyerek eleştiriyordum.

Bu özdeyiş, AKP döneminde şuna dönüştü: "*İktidarda başka, iktidarda başka!*"

Mesut Gülmez (mstgulmez@yahoo.com), 1 Nisan 2021

KAYNAKLAR

Akbulut, Olgun (2014) "Güncel Tartışmalar Işığında İnsan Hakları Sözleşmelerinin Türkiye Anayasal Sisteminde Normlar Hiyerarşisindeki Yeri", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9 (115-116), Mart-Nisan, 7-45.

Anayasa Mahkemesi (2014) Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm, Karar, Başvuru Numarası: 2013/5447; Karar Tarihi: 16/10/2014 (Başvurucu: Adalet Mehtap Buluryer); *Resmi Gazete*, 10 Ocak 2015, Sayı: 29232).

CE (2011) Rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, Conseil de L'Europe, Série des traités du Conseil de l'Europe, No 210, Istanbul, 11.V.2011.

Sözleşmenin Türkçe, Fransızca ve İngilizce başlıkları şöyledir:

Kadınlara Yönelik Şiddet ve *Aile İçi* Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi;

Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence *domestique* ;

Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence Against Women and *Domestic* Violence.

Gözler, Kemal (2021) "Cumhurbaşkanının Uluslararası Sözleşmeleri Feshetme Yetkisi Var mı?" (https://www.anayasa.gen.tr/ua-sozlesme-fesih.htm).

Gülmez, Mesut (2021) "İnsan Hakları İçin Önce Eylem mi, Söylem mi?", *BirGün*, 11 Mart 2021, s. 10.

---

[2] Bu sistemler, "İnsan Hakları Konseyi Özel Yöntemleri/Usulleri" başlığı altında toplanır. Eylül 2020 itibarıyla, üç yıl için görevlendirilen bağımsız insan hakları uzmanları eliyle yerine getirilen bu yöntemlerin 44'ü konusal ve 11'i ülkeseldir (https://www.ohchr.org/FR/HRBodies/SP/Pages/WelcomePage.aspx; Erişim: 23.03.2021).

Gülmez, Mesut (2019) *1919-2019, Türkiye ILO İlişkilerinin Yüzyılı*, s. 673-680; https://www.ilo.org/ankara/publications/WCMS_731580/lang--en/index.htm.

Gülmez, Mesut (2015) *İçimdeki Ukde, İş Hukuku ve Sosyal Politika Öğretilerinin Sosyal İnsan Haklarıyla İmtihanı (1938-2015)*, Ankara: Siyasal Kitabevi Yayını. s. 165-217.

Gülmez, Mesut (2014) *Sendikal Hakların Ulusalüstü Kuralları, Oluşumu ve Uygulanması, 1919-2014* (100. Kuruluş Yıldönümü Eşiğinde UÇÖ/ILO Kuralları), Ankara: Hatipoğlu Yayını, Ağustos 2014.

Gülmez, Mesut (2004a) *Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması*, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayını, Mayıs.

Gülmez, Mesut (2004b) "Anayasa Değişikliği Sonrasında, İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 54, Eylül / Ekim 2004, s. 147-161.

Gülmez, Mesut (2000) "İnsan Haklarının Korunmasında Sözleşme-dışı Sistemler ve Türkiye", *Türkiye'de İnsan Hakları* (Yay. Haz.: Oya Çitci), Ankara: TODAİE Yayını, s. 159-190.

Gülmez, Mesut (1997-1998) "İnsan Haklarının Korunmasında İlk Konusal Özel Denetim Yöntemi: Kayıplar Çalışma Grubu", *İnsan Hakları Yıllığı*, Cilt 19-20, 1997-1998, s. 23-64;

Gülmez, Mesut (1989) "87, Türkiye'yi Üye Devlet Olarak Bağlar", *Mülkiyeliler Birliği Dergisi*, Sayı 105, Mart 1989, s. 11-15;

Nations Unis (NU), CES (2008) Conseil économique et social, Comité des droits économiques, sociaux et culturels, Session de fond de 2011, *Application du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, *Rapport initiaux présentés par les Etats parties en vertu des articles 16 et 17 du Pacte, Turquie (25 juin 2008)*, Français, E/C.12/TUR/1, Distr. Générale, 28 janvier 2009.

United Nations (UN), ESC (2008) Economic and Social Council, Committee on Economic, Social and Cultural Rights, Substantive session of 2011, *Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Initial reports submitted by States parties under articles 16 and 17 of the Covenant*, *Turkey (25 June 2008)*, English, E/C.12/TUR/1, Distr. General, 28 January 2009.