

TÜRK MAHKEMESİNCE UYGULANACAK YABANCI YASANIN, ANAYASA'YA AYKIRILIĞI SORUNU

Prof. Dr. Rona AYBAY*

I. GİRİŞ

Bir mahkeme, önündeki bir davada, konunun özelliğine göre, kendi devletin değil de yabancı bir devletin yasasını uygulamak durumunda olabilir. “Yasa çatışması (kanunlar ihtilafı)” adıyla bir hukuk dalının varlık nedeni de budur. Yabancı yasanın hangi hallerde ve koşullarda uygulanacağı, her devletin kendi yasa çatışması kurallarıyla belirlenir.

Bizim konuyla ilgili yasamız olan Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK), “yabancılik ögesi taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk”un hangisi olduğunu belirten hükümler içermektedir. Bu düzenlemeye göre, örneğin “hak ve fiil ehliyeti ilgilinin (ulusal yasasına) milli hukukuna tabidir” (ayrıntılı düzenleme için bkz. madde 8).

Yine MÖHUK’a göre, “Hakim Türk kanunlar ihtilafı (yasa çatışması) kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı re’sen (görevinden ötürü) uygular” (madde 2/I). Demek ki, Türk yargıcı belli bir davada yabancı hukuku uygulaması gerekiyorsa bunun hangi hukuk olduğunu kendisi saptayacak ve gereğini yapacaktır. Bu, “yargıç hukuku bilir” (jura novit curia) ilkesinin bir gereğidir.

Ancak, “yargıç hukuku bilir” ilkesinin, Türk hukukunun bütünü yanında, yabancı hukuk sistemlerini de kapsayacak bir genişlikte uygulanmasını beklemek, gerçekçi değildir. Bu soyut ve temel ilkeyi “gerçekçi” bir düzeye indirmek için, MÖHUK’a, yargıcın uygulanacak yabancı hukukun içeriğinin saptanmasında, davanın taraflarından yardım isteyebileceğini belirten bir hüküm eklenmiştir (madde 2/I ikinci tümce). Yargıç ayrıca, ilgili kurumlardan ve bilirkişilerden de görüş alabilir ama, asıl görevli olan ve son kararı verecek olan, elbette mahkemedir.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi

II. “KAMU DÜZENİNE AYKIRILIK” İLE “ANAYASA’YA AYKIRILIK”IN KARŞILAŞTIRILMASI

“Kamu düzenine aykırılık”¹ ile “Anayasa’ya aykırılık” ayrı ayrı kavramlar olmakla birlikte; bir noktada, işlevleri bakımından benzerlik gösterirler. Bu nokta, her ikisinin de, belli bir olayda normal olarak uygulanması gereken bir hukuk kuralının uygulanmasını engellemeleridir. MÖHUK’a göre, Türk mahkemesince uygulanması gereken yetkili yabancı hukukun “belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hallerde Türk hukuku uygulanır” (m. 5).

Anayasa’ya göre de “Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanunun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasa’ya aykırı görürse² Anayasa Mahkemesi’nin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır” (m. 152/I).³

Görüldüğü gibi, saptanmalarındaki usuller farklı olmakla birlikte, gerek kamu düzenine aykırılık, gerek Anayasa’ya aykırılık, sonuç olarak, davada uygulanması gereken hükmün uygulanmasını engellemektedir. Ancak, Anayasa’ya aykırılık, sonuç olarak, davaya bakan mahkemece değil Anayasa Mahkemesi’nce saptanır. Buna karşılık, kamu düzenine aykırılık, doğrudan doğruya davaya bakan mahkemece saptanır ve mahkeme, kamu düzenine aykırı bulduğu yabancı kanunu uygulamaz.

Yargı organlarınca saptanmalarındaki bu usul farkının yanı sıra, kamu düzenine aykırılıkla Anayasa’ya aykırılık kavramları arasındaki farkı gösteren önemli bir nokta da şudur: Kanunların Anayasa’ya uygunluğunun denetimi için Anayasa yargısı sisteminin kurulmuş olması, Türk yasa koyucunun, Anayasa’ya aykırı kanun çıkarabileceği olasılığının kabulü anlamına gelir. Ama, Türk yasa koyucunun, Türk kamu düzenine aykırı bir yasa çıkarması, hukuksal açıdan bir “olasılık” olarak bile kabul edilemez. Buna karşılık, yabancı yasa koyucuların, Türk kamu düzenine aykırı kurallar koyabilmeleri olasılığı her zaman vardır.

¹ “Kamu düzenine aykırılık” sadece yasa çatışması alanında değil, hukukun bütün dallarında geçerli bir kavramdır. Bu kavramın tam bir tanımını yapmak kolay değildir. Türk Hukuk Lügati’ne göre “Bir memlekette amme hizmetlerinin iyi yapılmasını, devletin emniyet ve asayişini ve fertler arasındaki münasebetlerde huzuru ve ahlak kaidelerine uygunluğu temine yarayan müessese ve kaidelerin hepsi” kamu düzeni amme intizamı kavramına girer. (Türk Hukuk Kurumu yayını, Ankara 1956, s.16). Hukuk Lügati’nin aynı maddesinde, kamu düzenin (amme intizamı) kavramının Devletler Özel (Yasa Çatışması) Hukuku alanındaki özel anlamı da belirtilmiştir.

² “veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa”

³ Ayrıca bkz. Anayasa Mahkemesi’nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun, Kanun no. 2949. kabul T. 10 Kasım 1983, RG 13 Kasım 1983, 18220, m.28.

Öte yandan, Türk kamu düzenine aykırı olan her yabancı hüküm, Türk Anayasası'na aykırı olmayabilir. Örneğin, hukuku, bir kimsenin yeğeniyle evlenmesine olanak veren ülkeler vardır. Oysa; Türk MK m.129/1'e göre yeğenle evlilik yasaktır ve bu yasağın, Türk toplumunun değer yargıları içindeki yeri, kamu düzenini ilgilendiren bir güçtedir. Bu durum karşısında, her ne kadar Türkiye'de "*evlenme ehliyetine ve şartlarına taraflardan her birinin evlenme anındaki milli hukuku*" uygulanırsa da (MÖHUK m. 12); hukuku yeğenle evlenmeye olanak veren yabancı devletin uyrukluğundaki bir kimse, Türkiye'de yeğeniyle evlenemez. Ancak, konumuz açısından önemli olan nokta, yeğenle evlenmeye olanak veren ve Türk kamu düzenine aykırı olan yabancı düzenlemenin, Türk hukuku açısından, teknik anlamda bir anayasaya aykırılık sorunu oluşturmamasıdır.⁴ Bu bakımdan, verdiğimiz örnek, kamu düzenine aykırılıkla, Anayasa'ya aykırılık kavramlarının özdeş olmadığını göstermektedir.

III. YABANCI HUKUK KURALININ TÜRK ANAYASASI'NA AYKIRILIĞI

Yabancı hukukun Anayasa'ya aykırılığı sorununu, konuyu ikiye ayırarak incelememiz uygun olacaktır: yabancı yasanın Türk Anayasası'na aykırılığı sorunu ve yabancı yasanın, o yabancı ülkenin anayasasına aykırılığı sorunu.

Türk Anayasa yargısı, yabancı hukuk kurallarını Türk Anayasası'na uygunluk denetiminden geçirebilir mi?

Türk mahkemesinde görülen davada uygulanacak yabancı yasa hükmünün, hem Türk kamu düzenine, hem de Anayasa'ya aykırı olduğu halde bu soru pratik bakımdan önemini yitirir. Çünkü, davada uygulanacak yabancı yasa hükmünün Türk kamu düzenine aykırılığı mahkemece saptanırsa, mahkeme kendiliğinden (ex officio), o yabancı kuralı uygulamaktan kaçınmak görevindedir. Bu durumda, Anayasa yargısının teknik usullerine başvurarak, işi Anayasa Mahkemesi'ne göndermesine gerek yoktur.

Ancak, uygulanacak yabancı hukuk kuralının (yasa hükmünün) kamu düzenine aykırı olmadığı ama Türk Anayasası'na aykırılığının söz konusu olduğu bir durum karşısında ne yapılacaktır? Kamu düzenine aykırılık söz konusu olmadığına göre, MÖHUK m. 5'in uygulanması yoluyla yabancı kuralın engellenmesi olanaklı değildir. Böyle bir durumda, konu Türk Ana-

⁴ Anayasa'nın, "*ailenin korunması*" başlıklı 41. maddesi, ailenin "*Türk toplumunun temeli*" olduğunu belirtmekte ve devlete ailenin korunması için gerekli etkinliklerde bulunma ödevi yüklemektedir. Ancak, yeğenle evlenmeye olanak veren yabancı yasanın, bu maddeye aykırılığını ileri sürmek, kanımızca, olanaklı değildir.

yasa yargısının usulleriyle bir Anayasa'ya aykırılık iddiası olarak Anayasa Mahkemesi'ne götürülebilir mi?

TC Anayasa'sı ile kurulmuş olan “Anayasa Yargısı” sistemi, Anayasa Mahkemesi'nce “kanunların, kanun hükmünde kararname ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasa'ya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunun” denetlenmesini öngörmektedir (Anayasa m. 148/I). Bu hüküm karşısında, Türk mahkemelerince, yasa çatışması kuralları uyarınca uygulanacak yabancı yasa hükümlerinin, Türk Anayasa yargısının kapsamı içinde olup olmadığı tartışılmalıdır. Anayasa'da veya Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun'da, bu konuya ilişkin açık-seçik bir hüküm yoktur.

Anayasa, sadece “usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmaların kanun hükmünde” olduğunu ve bunlar “hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayacağını” belirtmektedir (m. 90/son f.). Uluslararası antlaşmaları, anayasa yargısının denetimi dışında bırakan bu hüküm, yabancı yasalarla ilgili değildir. Bu durum karşısında birbiriyle çelişen iki görüş savunulabilir:

i. Anayasa'nın sözü ve kurulan Anayasa yargısı sisteminin niteliği, yabancı yasalardaki hükümlerin Türk Anayasası'na uygunluğunu denetlemeye elverişli değildir. Anayasa yargısının kapsamına sadece, Türk yasaları (kanun, KHK, Anayasa değişiklikleri) ve TBMM İçtüzüğü hükümleri girer.

ii. Anayasa'nın sözüyle sınırlı kalmayıp, amacına bakılarak yapılacak bir yorum, Türk yasa çatışması kuralları uyarınca Türk mahkemelerince uygulanacak yabancı yasa hükümlerinin de, Anayasa yargısının denetim alanı içinde olmasını gerektirir. Türk yasalarının Anayasa'ya uygunluğunu denetleme yetkisiyle donatılmış Türk yargı sisteminin, Türk Anayasası'na aykırı bulduğu bir yabancı yasa hükmünü bu saptamasına karşın, uygulamak zorunda olduğu ileri sürülemez. Kendi kanunlarının Anayasa'ya uygunluğunu denetleyebilen Türk mahkemesinden, uygulayacağı yabancı yasayla ilgili olarak bu yetkiyi esirgemek uygun bir davranış olamaz.

Yukarıda belirttiğimiz iki karşıt görüşten ikincisi 1961 Anayasası'nın özgün biçimi karşısında daha kolay savunulabilirdi. Çünkü, 1961 Anayasa'sı ile kurulmuş olan Anayasa yargısı sistemi şu iki olanağı tanımıştı:

- Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne iş gönderen mahkeme, konu Anayasa Mahkemesi'nce belli süre içinde⁵ karara bağlanmazsa “Anayasa'ya aykırılık iddiasını, kendi kanısına göre çözümleyerek” davayı yürütebiliyordu (1961 AY. m. 151/son f.).

⁵ 1961 Anayasası'nın özgün biçiminde, bu süre üç aydı. 1971'de yapılan değişiklikle süre altı aya çıkarıldı.

• Anayasa Mahkemesi, diğer mahkemelerden gelen Anayasa'ya aykırılık iddiaları üzerine verdiği hükümlerin, “*olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı olacağına da karar verebiliyordu*” (1961 AY. m. 152/IV).

1982 metni, 1961 Anayasası'yla açılmış olan ve Anayasa Mahkemesi dışındaki mahkemelere de, belli koşullarla, anayasaya aykırılık saptaması yapabilme olanağı veren bu iki önemli yolu ortadan kaldırmıştır. Bu durum karşısında, davaya bakan mahkemece, davada uygulanacak yasanın anayasaya aykırı bulunması halinde, tek olanak, o yasanın Anayasa Mahkemesi'nce “*iptal*” edilmesidir.

Ama, Türk Anayasa Mahkemesi'nin, bir yabancı yasayı “*iptal*” etmesi hiç bir biçimde söz konusu edilemeyeceğine göre, yabancı yasaların Türk Anayasası'na uygunluğunun denetlenmesine olanak bulunmadığı sonucuna varılır.

Ancak, Anayasa Mahkemesi, sözel yorumu aşarak, Türk mahkemesince uygulanacak bir yabancı yasanın Anayasa'ya aykırılığına “*olayla sınırlı*” olarak karar verme yetkisini, içtihat yoluyla açabilir. Bu yola gidilmezse, Türk mahkemelerince uygulanacak yabancı yasalar üzerinde Anayasa yargısı yoluyla denetim yapılamayacak; yabancı yasanın denetimi, o yasanın “*kamu düzenine aykırı*” olup olmadığının saptanmasıyla sınırlı kalacaktır. Bu da, doğal olarak, mahkemelerin “*kamu düzeni*” engellemesini, her türlü anayasaya aykırılık olasılığını da kapsamak üzere genişletmesi sonucunu verebilecektir.⁶ Bunun sonucu da, yabancı yasaların Türk Anayasası'na aykırılık sorununun, Anayasa Mahkemesi önüne gelmeden, yerel mahkemeler ve Yargıtay düzeyinde ve “*kamu düzenine aykırılık*” kavramı çerçevesinde çözülmesi olacaktır.

IV. YABANCI YASA HÜKMÜNÜN, KENDİ ANAYASASI'NA AYKIRILIĞI

Bazı ülkelerde, yasama organınca -veya yasama organınca verilmiş yetkiye dayanan yürütme organınca- yapılmış yasaların, anayasaya uygunluğu yargı yoluyla denetlenebilmektedir. Örneğin ABD, İtalya, Almanya gibi ülkelerde, bu denetlemeyi ve Anayasa'ya aykırı bulunan yasaların iptali-

⁶ “...temel hak ve hürriyetler bakımından Anayasa'da yer alan prensip ve kıymet hükümlerini belirli bir olayda tahammül edilmez bir şekilde ihlâl edebilecek yabancı kanun hükümlerini kamu düzeninin müdahalesiyle önlemek mümkün ve zaruridir.” NOMER, Ergin; Devletler Hususi Hukuku, 11.bası, 2002, s.156.

ni⁷ sağlayan anayasa yargısı sistemi işlemektedir. Bu ülkelerde, Anayasa yargısının teknik ayrıntıları bakımından farklılıklar olsa da mahkemeler, uygulayacakları kanunları Anayasa'ya uygunluk denetiminden geçirmek ve aykırı buldukları yasaları, şöyle ya da böyle uygulamaktan kaçınmamak yetkisiyle donatılmışlardır.

Buna karşılık, örneğin İngiltere (Birleşik Krallık) ve Fransa gibi ülkelerde, mahkemelere böyle bir yetki tanınmış değildir.

Bakmakta olduğu davada uygulayacağı yabancı yasanın, o yasanın ait olduğu ülkenin anayasasına uygunluğu sorunuyla karşılaşan Türk mahkemesinin durumunu, konuyu ikiye ayırarak inceleyebiliriz.

i. İlgili ülkenin Anayasal düzeni, kendi mahkemelerine, yasaların Anayasa'ya uygunluğunu denetleme yetkisi tanımış değilse; bakmakta olduğu davada o ülkenin yasasını uygulamak durumunda olan Türk mahkemesi de, söz konusu yasa hükmünün o ülkenin Anayasası'na uygun olup olmadığını araştırmaya girişmemelidir.

Başka bir deyişle, söz konusu yabancı devlet hukukunun kendi mahkemelerine tanımadığı bir yetki, Türk mahkemesince kullanılmamalıdır.

ii. İlgili ülkede, yasaların Anayasa'ya uygunluğunun yargı yoluyla denetlenmesini sağlayan bir sistem işlemekte ise Türk mahkemesine yapılmalıdır?

Bu soruya yanıt aranırken, kanımızca Türk mahkemesinin, aynı kuralı uygulayan o yabancı ülke mahkemesine tanınmış olan yetkiden yoksun bırakılmaması gerektiği kabul edilmelidir.

Ancak, bunun ilke olarak kabul edilmesinden sonra oldukça çetin bir takım teknik sorunların çözümü gerekecektir. Yabancı yasayı uygulamak durumundaki Türk mahkemesinin, ilgili devletin anayasa yargısı usullerine başvurması, düşünülebilecek bir olasılıktır. Ancak, böyle bir başvurunun o ülkenin anayasal organlarınca nasıl karşılanacağı önemlidir. Bu yola başvurunun yersiz ve yararsız olduğu yani, yabancı devletin anayasa yargısının bu istemi dikkate almayacağı daha baştan açıkça belli ise (ki çok büyük bir olasılıkla durum böyle olacaktır) geriye kalan olanak; Türk mahkemesinin, önündeki davayla sınırlı olmak üzere, yabancı yasanın yabancı Anayasa'ya uygunluğunu denetlemeye girişmesidir. Bu yola gidilirse, Türk mahkemesince yapılacak değerlendirmede, o yabancı ülkenin anayasa yargısı yorumları ve içtihatları ölçü olarak alınmalıdır.

⁷ ABD'de federal düzeydeki Yüksek Mahkeme, ABD Anayasası'na aykırı hükmü, kuramsal olarak iptal edemez ama o hüküm Yüksek Mahkeme'ce Anayasa'ya aykırı bulununca fiilen yürürlükten kalkmış olur.

Türk mahkemesinin böyle davranmakla yabancı Anayasa Mahkemesi'nin yerine geçmiş olacağı; bunun da yetkisini aşmak olduğu ileri sürülebilir. Ancak, bu yorum kabul edilmezse, Türk mahkemesi, kendi eşiti olan yabancı mahkemeye tanınmış bir yetkiyi kullanmak yani Anayasa yargısı düzenegini (mekanizmasını) işletmek olanağından yoksun bırakılmış olacaktır.

SONUÇ

Türk mahkemelerinin, Türk yasa çatışması kuralları uyarınca uygulamak durumunda olduğu yabancı hukuk kurallarının Türk Anayasası'na (ya da kendi Anayasası'na) uygunluğunun denetimi konusunda, pozitif bir hukuk kuralımız yoktur. Bu durum karşısında, pozitif hukuk açısından düşünülebilecek bir çözüm, Anayasa'da ve Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşuna ve Yargılama Usullerine ilişkin Kanun'da değişiklik yapılarak, 1961 Anayasası'ndaki *“olayla sınırlı ve yalnız tarafları bağlayıcı”* nitelikte Anayasa'ya aykırılık kararları verilmesine olanak tanınmasıdır. Bu değişiklik, Türk yargıcını yabancı hukuk kuralını Anayasa aykırı bulsa bile *“mekanik bir biçimde”* uygulamak ya da *“kamu düzeni engelini”* biraz abartarak ve zorlayarak yabancı kuralın uygulanmasını engellemek kısılcı içinde kalmaktan kurtaracaktır.

Anayasa değişikliği yapılmazsa (ya da yapılmıyaya kadar) ise, Türk yargıçlarının ve Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa yargısı alanında varolan hükümlerini, sözel yorumu aşan amaççı bir yaklaşımla yorumlamaları, kamumca, yerinde olacaktır. Böylece, Türk yargıcı kendi yasalarının Anayasa'ya aykırılığının saptanmasında sahip olduğu işlevi, yabancı yasa hükümleri için de kazanmış olacaktır.

AYBAY VAKFI REKLAMI