

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN TÜRK YARGI SİSTEMİNDEKİ YERİ

Doç. Dr. İbrahim ŞAHBAZ*

Giriş

AİHS, sözleşmeye taraf devletlerin amaçları ile konulan kurallar ve bu kuralların içeriği itibariyle, kişilere doğrudan haklar tanımaktadır. Sözleşmenin birinci maddesinde yer alan, taraf devletlerin *“kendi yetki alanları içinde bulunan herkese bu sözleşmenin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri tanırlar”* hükmü (m. 1) ile sözleşme ve ek protokolleri yorumlamaya (m. 19 vd.) yetkili organ olan AİHM kararlarının bağlayıcılığı ve uygulanması zorunluluğuna ilişkin düzenlemeler, taraf devletler için bu Sözleşme'nin bağlayıcılığını ortaya koymaktadır (m. 46).

AİHS'nin iç hukuktaki etkisi konusunda, Sözleşme'ye taraf devletlerde, iki temel sistemin varlığından söz edilebilir: Düalist (ikici) ve monist (tekçi) sistem.¹

Bunlardan düalist (ikici) sisteme göre, iç hukuk ve sözleşme birbirinden tamamen farklı ve bağımsız iki farklı hukuk sistemi olup, sözleşmenin iç hukukta doğrudan etkisi söz konusu değildir. Sözleşmenin iç hukukta etkili olabilmesi için iç hukuka aktarılması, yani bir trasformasyon işlemine ihtiyaç vardır.

Sözleşme'ye taraf devletlerden İngiltere, İsveç, Danimarka, İrlanda, İzlanda ve Norveç gibi ülkeler düalist sistemi kabul etmişlerdir. İsveç örneğinde, Yüksek İdare Mahkemesi, uluslararası bir sözleşmenin iç hukuku doğrudan etkilemesinin mümkün olmadığına, ülkede bunun iç hukuka aktarılmasını sağlayacak bir yasanın olması gerektiğine hükmetmiştir. Bu

* Yargıtay Cumhuriyet Savcısı

¹ Gözübüyük, A. Ş.-Gölcüklü, F.: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s. 19 vd.

nedenle, İsveç Yüksek Mahkemesi, iç hukuka dayanılmaksızın, sadece AİHS'nin 6. maddesinin 3. fıkrasına dayalı geri verme işlemini reddetmiştir.²

Monist (tekçi) sistemde ise, bir tek hukuk düzeni vardır. Ulusal hukuk ile uluslararası hukuk, bir bütünün parçasıdır. Uluslararası hukukta yaratılan bir kural, ulusal kurallar arasında doğrudan yerini alır ve uygulanır. Bu nedenle monist görüşte sözleşme iç hukukta doğrudan uygulanmakta olup, ayrıca sözleşmenin iç hukuka aktarılması işlemine gerek bulunmamaktadır. Yani bu sistemde uluslararası hukuk ile iç hukuk bir tek hukuk sistemi olduğundan, uluslararası hukukun iç hukuka aktarılması için ayrı bir işlem yapmaya gerek yoktur. Böyle olmakla beraber, monist sistemi benimseyen devletlerdeki sorun, sözleşmenin normlar kademelenmesindeki yeridir. Kimi devletler sözleşmeyi yasa, kimi yasa üstü, kimisi Anayasa düzeyinde ve nihayet kimisi de Anayasa üstü kabul etmektedir.

Bu çalışmada önce konunun karşılaştırmalı hukukta yer alışı biçimi üzerinde durdum. Sonra, Anayasamızdaki düzenlemeleri irdeledim.

Anayasamızdaki düzenlemeler değişik yönlerden değerlendirilmektedir. Ancak sözleşmelerin Anayasamızda yer alışı biçiminde genel olarak farklı bir düzenleme getirilmemekle beraber, 5170 sayılı Yasa'nın 7. maddesi ile Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına eklenen bir cümle ile, temel hak ve özgürlüklerle ilgili olarak sözleşmelerin yasalara üstünlüğü açıkça kabul edilmiş oldu. Fakat, gerek temel hak ve özgürlüklerle ilgili olmayan eski düzenleme bakımından, gerekse yeni düzenlemenin istenilen açıklıkta olmaması nedeniyle, konu ile ilgili tartışmalar devam edeceği için, Anayasa'daki düzenlemeleri irdelemeye çalıştım.

II. Karşılaştırmalı Hukuktaki Durum

Uygulamadan kimi örnekler vermek gerekirse:³

- Almanya'da AİHS'nin yasama organı tarafından onaylanmasından sonra kurallar kademeleşmesinde yasayla aynı düzeyde olduğu kabul edilmektedir.⁴ Bu şekilde kabul edilen sözleşme hükmünden sonra, bir yasa yürürlüğe girer ve sonradan yürürlüğe giren yasa sözleşmeye aykırı

² Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan- Sancakdar, Oğuz: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması*, TC Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayını, Ankara 2004, s. 64 vd.

³ Yıldırım, Kamil, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Divan Kararlarının Hukuksal Niteliği ve Taraf Devletlerde Uygulanması*, Kazancı Yayını, İstanbul 1997, s.49 vd.

⁴ Alman Anayasa'sı, m. 59/2.

hükümler içerirse, bu yasa sözleşmenin amacına uygun yorumlanır. Yani yasa, kendinden önce yürürlüğe giren sözleşmeye aykırı hüküm taşıyorsa, normalde yasanın yürürlükten kaldırılması gerekmele beraber, yasanın yürürlükten kaldırılması düşünülmüyorsa veya kısa sürede yürürlükten kaldırılması mümkün değilse, yasanın uluslararası hukuka uygun yorumu tercih edilmektedir. Ancak, sözleşmeye aykırı olan yasa ile sözleşmenin aynı anda yürürlükte olmaları, sözleşmeye uygun yoruma rağmen yerinde değildir. Bu nedenle, öğretide, sözleşme hükümlerinin yasa üstünlüğünün kabul edilmesi savunulmaktadır. Yani Anayasa'ya uygunluk denetiminde sözleşme hükümlerinin “ölçü norm” olarak dikkate alınması üzerinde durulmaktadır. Ancak Alman Anayasa Mahkemesi, Anayasa'da yer alan temel hakların içeriğinin belirlenmesi ile ilgili yorumunda, AİHM kararlarına ek bir araç olarak yer vermektedir.

- Avusturya öğretisine göre bu ülkede monist sistem egemendir. Avusturya'da 1964 tarihinde kabul edilen Anayasa çerçevesinde AİHS'nin Anayasa hukukunun ayrılmaz bir parçası olduğu benimsenmiştir. Yani AİHS Avusturya'da Anayasal çerçeveye sahiptir.

- İsviçre de monist sistemi kabul etmekle beraber, sözleşmenin iç hukuk karşısındaki durumunda açık bir düzenleme olmadığı halde sözleşme, yasa gücünde kabul edilmektedir. Ancak bu yasa gücünde oluş, sonraki yasanın sözleşme karşısındaki durumunu ayrıca tartışmalı yapmaktadır.

- Fransız hukuku da monist görüşü benimsemiştir. Dolayısıyla sözleşmenin iç hukuka aktarılması için aktarma işlemi yapılmasına gerek kalmadan iç hukukta doğrudan uygulanması yapılmaktadır. Fransız Anayasası'nın 55. maddesine göre, usulüne göre imzalanan ve kabul edilen sözleşmeler yayımlandıkları andan itibaren yasalara üstünlük kazanmaktalar.⁵ Ancak Anayasa'nın bu düzenlemesine karşın, Avrupa Birliği hukuku ile ilgili olarak ortaya çıkan sorunun çözümünde, Fransız Danıştay'ı,⁶ Birlik hukukunun ulusal yasalara göre önceliğini kabul ettiğinden, bu kararla birlikte AİHS'nin de yasalara önceliği kabul edilmektedir.

- Belçika hukukunda uluslararası sözleşmelerin yayımlanmaları üzerine iç hukukta doğrudan doğruya uygulanmaları kabul edilmektedir. Ancak, uygulamada sözleşmelerin yasalara göre önceliği vardır.

- AİHS'nin ulusal yasalara oranla önceliğini kabul eden ülkeler arasında, Malta, Lüksemburg, Hollanda, Portekiz ve İspanya'da yer almaktadır.

⁵ *Travaux Dirigés Sous la direction de Dominique Turpin*, Droit Constitutionnel, Paris 1998, s. 55.

⁶ Bkz. Nicolo kararı.

Finlandiya, İtalya, Liechtenstein, San Marino ve Danimarka'da uluslararası sözleşmeler yasa gücündedir. Ancak bu ülkelerin bazılarında öğreti ve uygulamada, sonradan çıkan ulusal yasanın sözleşmeyle çatışması halinde, ortaya çıkan uyuşmazlığın sözleşmeye öncelik tanınarak giderilmesi giderek ağırlık kazanmaktadır.

- Buna karşılık, İngiltere, İrlanda, İzlanda, Finlandiya, Norveç ve İsveç'te AİHS, iç hukukun bir parçası sayılmamaktadır.

Özetle, tüm bunlardan çıkan sonuç, çoğu ülkelerin sözleşmeyi doğrudan doğruya uygulamayı benimsemesinin yanı sıra, AİHS'nin taraf devletleri bağlayıcılığı ve uygulamaların AİHM tarafından denetlenmesi nedeniyle, sözleşmeyi iç hukukunun bir parçası olarak kabul etmeyen ülkelerde de gün geçtikçe sözleşmeye ve AİHM kararlarına uygun davranıldığı, düzenlemelerden ve yorumlardan istifade edildiği anlaşılmaktadır.⁷

III- Türk Hukukunda

A- Yargı Yetkisi Bakımından Anayasa'daki Düzenlemeler ve Sıkıntılar

a. Anayasa'da Yargı

1982 Anayasa'sı, egemenliğin kayıtsız-şartsız millete ait olduğunu ve Türk Milleti'nin egemenliğini Anayasa'nın koyduğu esaslara göre yetkili organları eliyle kullanacağını; hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir devlet yetkisi kullanamayacağını düzenlemektedir (m. 6). Ayrıca Yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağını (m. 9); yargıçların görevlerinde bağımsız olduklarını, Anayasa, yasa ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm vereceklerini düzenleyen Anayasamız (m. 138/1); hiçbir organ, makam, merci ve kişinin, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve yargıçlara emir ve talimat veremeyip, genelge gönderemeyeceğini, tavsiye ve telkinde bulunamayacağını (m. 138/2) emretmektedir.

Anayasa, "hukuka" (m. 138/1) uygun karar vermeden söz ederken, hukuku, sadece iç hukuk olarak değil, uluslararası hukukun da buna dahil olduğu şeklinde anlamak gerekir. Yani buradaki hukuk sadece iç hukuk değildir. Yeter ki, ulusalüstü hukuk bir şekilde ulusal hukuka dahil edilmiş olsun, sözleşmenin de hukuk kavramı içerisinde değerlendirilmesi gerekir.

⁷ Yıldırım, 1997, s. 49 vd.; Batum, Süheyl, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri*, İstanbul 1993, s. 32 vd.

Anayasa, herkesin mahkeme kararlarına uymak zorunda olduğunu belirttikten sonra, bu kararların hiçbir suretle değiştirilemeyeceğini ve yerine getirilmesinin geciktirilemeyeceğini de belirtmektedir (m. 138/son).

Anayasa'nın başlangıcında, millet iradesinin mutlak üstünlüğünden söz edilirken, egemenliğin hiçbir kayıt ve şarta bağlı olmadan Türk milletine ait olduğu ve bu yetkiyi millet adına kullanacak olan organın (kişi ve kuruluşun) Anayasa'da belirlenen hukuk düzeni dışına çıkamayacağı dile getirilmektedir. Dolayısıyla Anayasa'da, yargı yetkisine ilişkin düzenlemelerle ilgili olarak getirilecek yasal düzenlemelerin Anayasa'ya uygun ve Anayasa'yla yetkili kılınmış organ tarafından gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Görülüyor ki Anayasa, yargı yetkisi bakımından dışta egemenlik devri öngörmediği gibi, içte de mahkemelere etkide bulunulamayacağını ve kararlarının etkisiz kılınamayacağını öngörmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları'nın ulusal mahkeme kararlarını kendiliğinden etkisiz kılması söz konusu değildir. Zira, Anayasamız, klasik çözümünden hareketle, sadece ulusal yargı öngörmüştür. Bunun tersine Anayasamız, yargısal konuda açıkça egemenlik devri öngörmemiştir. Buna karşılık Anayasa, 90/son maddesinde öngörülen şekilde sözleşmeler usulüne uygun olarak yürürlüğe konmuşsa, bu sözleşme organının kararlarına uygun davranılması gerekir.

Diğer yandan, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi "*Kaygusuz/Türkiye*" davasında, Türk Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'yı yorumlamasını da denetlemek suretiyle, iki hukuk koridoru dışında, sonuçları itibariyle "*üçüncü koridor*" açmıştır.⁸

AİHM Başkanı, AİHM'nin ulusal otoritelerin rolünü üstlenemeyeceği, kural olarak ulusal otoritelerin sözleşme veya eki protokollerin düzenlediği hususlarda uygun gördükleri önlemleri almada serbest olduklarını, bu Mahkemenin denetiminin de sadece söz konusu önlemlerin sözleşme gereklerine uygun olup olmadığı ile sınırlı olduğunu belirtmiştir.⁹

Türk hukuku açısından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin(AİHS) diğer sözleşmelerden farklı olduğu ve bu farkın sözleşmenin bir yargı denetimi sistemi kabul etmesine dayandırıldığı ifade edilmektedir.¹⁰ Bu görüşe göre, Türkiye, AİHS'yi onaylamakla, organların yargı yetkisini de kabul

⁸ Bakır, Çağlar, "*Anayasa Yargısı'nın Güncelliği: 'Yargıçlar Zamanı'*"; *Anayasa Yargısı*, 15, Ankara 1998, s. 63-64'te bunu hukukta "*üçüncü koridor*" olarak nitelendirmektedir.

⁹ AİHM Başkanı Luzius Wildhaber'in 25 Nisan 2000 günü Ankara'da Anayasa Mahkemesi'ndeki konuşması; çev.: Mehmet Turhan, *Anayasa Yargısı*, 17, Ankara 2000, s. 26.

¹⁰ Akılhoğlu, Tekin, "*Avrupa Toplumsal Antlaşması ve Türkiye*", *Anayasa Yargısı*, 15, Ankara 1998, s. 45.

etmiş demektir. Ancak, Anayasa değişikliği ile yetki devri gerçekleşmediğinden, AİHM'nin Türk yargısının üstünde olup olamayacağı tartışılıyor. Yine de, insan hakları hukukuna ilişkin sözleşmelerin, Anayasa ve yasadan yürürlük tarihi itibarıyla öncelik-sonralık ayrımları yapılmaksızın, kurallar kademeleşmesinde üstünlükleri savunulmaktadır.¹¹ Dolayısıyla, Türk yargı organlarının sözleşme hükümlerini gerektiğinde uygulayacakları belirtilmektedir.¹² Ancak yasa ile sözleşme hükümleri arasında, sözleşmenin üstünlüğü savunulmakla beraber, çatışma halinde Anayasa hükümlerinin göz önünde bulundurulması suretiyle çözümden de söz edilmektedir.

Burada üzerinde durulan üç olasılıktan ilki, Anayasa ile sözleşme birbirleriyle uyumlu ve yasayla uyumsuz iseler, öncelikle Anayasa'ya aykırı yasanın usulünce aykırılığının belirlenmesidir.

İkincisi, Anayasa'nın suskun olduğu bir hususta, sözleşme ile yasa çatışıyor, Anayasa'nın 2. maddesindeki "*hukuk devleti*" ve "*insan haklarına saygılı devlet*" ilkelerinin yollama yaptığı sözleşme hükümlerinin devreye sokulmasıyla, Anayasa'daki boşluğun sözleşmeyle doldurulması yoluna gidilmesidir. Kuşkusuz buradaki çözüm yetkisi, yasanın Anayasa'ya aykırılığının belirlenebilmesinde tek yetkili organ olan Anayasa Mahkemesi'ne aittir.

Üçüncüsü ise, Anayasa ile yasa uyumlu olduğu halde sözleşme ile Anayasa hükmü çatışıyor ve Anayasa'yı sözleşmeye uygun yorumlamak mümkünse bu yoldan hareket edilmesi; şayet Anayasa'nın sözleşmeye uygun yorumu mümkün değilse, iki yoldan söz etmek mümkündür: Bu yollardan ilki, Anayasa Mahkemesi'nin sözleşmeyi ihmal edip Anayasa'yı uygulaması; diğeri ise, Anayasa'yı ihmal edip sözleşmeyi uygulamasıdır. Sözleşmenin ihmali yoluyla Anayasa'nın uygulanması halinde, Anayasa Mahkemesi kararıyla iç hukuk yolu tüketilmiş olacağından, bu kez Anayasa Mahkemesi kararına karşı AİHM'ye başvurulabilecek ve bu konuda son söz AİHM'ne söylenecektir. Buna karşılık, Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'yı ihmal edip, sözleşmeyi doğrudan uygulama yolunu seçmesi halinde de, ülkedeki tüm organların varlık ve yetkilerinin kaynağı olan Anayasa'nın uygulanmaması gibi bir sonuçla karşılaşılacaktır.

Görüldüğü gibi, her iki durumda da (Anayasa'yı veya sözleşmeyi ihmalde) ortaya yeni sorunlar çıkıyor. Birinci durumda Anayasa'ya uygun hareket etme zorunluluğuna aykırı karar verme; ikincisinde ise, sözleşmeyi ihmalde sorunu ulusalüstü yargı yerlerine bırakma söz konusudur.¹³

¹¹ Yüzbaşıoğlu, Necmi: *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İstanbul 1993, s. 58.

¹² Yüzbaşıoğlu, 1993, s. 56.

¹³ Yüzbaşıoğlu, 1993, s. 59-61.

b. Anayasa’da Sözleşmelerin Yer Alışı

aa. Genel Olarak

Gerek 1961 ve 1982 Anayasaları’nın hazırlanması ve gerekse 1982 Anayasa’sı’nda değişiklikler gerçekleştiren yasa hazırlanırken uluslararası sözleşmelerden ve bilhassa AİHS’den büyük oranda yararlanılmıştır. Bu husus Anayasa metninden anlaşıldığı gibi,¹⁴ değişiklik getiren yasa metinleri ile gerekçeleri ve meclisteki konuşmalar incelendiğinde, AİHS’nin büyük etkisinin olduğu rahatlıkla görülür. Dolayısıyla AİHS’nin Anayasamızla yakın bağlantısı mevcuttur. Bu da bize AİHS’nin iç hukukumuz üzerinde büyük etkiye sahip olduğunu göstermektedir.

bb. Sözleşmenin Anayasa’daki Düzenlenişi

Ülkemizde 1921 (m. 7) ve 1924 Anayasa’sı (m. 26) uluslararası sözleşmelerin meclis tarafından yapılmasını öngördüklerinden, sözleşmelerin yasa olarak algılandıkları anlaşılmaktadır.

1982 Anayasası’nın 90. maddesindeki ilk düzenlemeye göre:

“Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak antlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır.

Ekonomik, ticarî veya teknik ilişkileri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan antlaşmalar, Devlet maliyesi bakımından bir yüklenme getirmemek, kişi hallerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak şartıyla, yayımlanma ile yürürlüğe konabilir. Bu takdirde bu antlaşmalar, yayımlarından başlayarak iki ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin bilgisine sunulur.

Milletlerarası bir antlaşmaya dayanan uygulama antlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticarî, teknik veya idarî antlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisi’nce uygun bulunması zorunluluğu yoktur; ancak, bu fıkra göre yapılan ekonomik, ticarî veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren antlaşmalar, yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz.

Türk kanunlarına değişiklik getiren her türlü antlaşmaların yapılmasında birinci fıkra hükmü uygulanır.

Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa’ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi’ne

¹⁴ 1982 Anayasası’nın 15. maddesi, AİHS’nin 15. maddesiyle neredeyse aynı düzenlemeye sahiptir.

başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.”¹⁵

Anayasa’ya göre, “usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa’ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi’ne başvurulamaz” (m. 90/son). Yani kural olarak sözleşmeler yasa gücündeler; ancak bunların özellikleri gereği Anayasa’ya aykırılıkları iddiası ile Anayasa Mahkemesi’nde iptal davası açılamamaktadır. Bu hususta madde gerekçesinde, 1961 Anayasası’nın 65. maddesinde yer almış olan düzenlemenin “ihtiyaca cevap verdiği ve uygulamada iyi işlediği” ifade edilerek, 1961 Anayasası’nın 65. maddesinin gerekçesinin aynen benimsendiği ifade edilmiştir. 1961 Anayasası’nın 65. maddesinin gerekçesinde ise konu, “milletlerarası anlaşmaların Anayasa’ya uygunluğunun murakabesi konusunda, kanunlarla ilgili murakabeye nazaran farklı bir usul getirilmektedir. Gerçekten, bir anlaşmanın yürürlüğe girmesinden sonra Anayasa’ya aykırılığı dolayısıyla iptalinin, devletin milletlerarası sorumluluğunu doğurmaması için, bu murakabenin, teşrii organın tasvibinden geçmeden önce tahrir edilmesi ve sonuçlandırılması zaruridir” şeklinde değerlendirilmiştir.

Anayasa’nın 90. maddesinin son fıkrasına eklenen cümle ile getirilen düzenlemenin konusu itibarıyla farklı oluşu nedeniyle bunu aşağıda ayrı bir bölümde ele alacağım. Şimdi burada değişiklik öncesi düzenleme ve değişiklikle getirilen düzenleme konusu dışında kalan hususlarla ilgili sözleşmeler bakımından eski değerlendirmeler bir şekilde devam edeceği için, hukukumuzdaki görüşlerin aktarılmasında yarar var.

cc. Yasa Gücünde Oluşu ve Denetlenememesi

1961 ve 1982 Anayasaları bu konuda iki temel kural koymuşlardır. Bu kurallardan biri, “uluslararası antlaşmalar yasa gücündedir”, diğeri ise “uluslararası antlaşmaların Anayasa’ya aykırılığı”nın ileri sürülememesi.

Anayasa sözleşmelerle ilgili konuyu yasama ve yürütme organları arasında farklı işlemlere göre düzenlemiştir. Buna göre, önce Yasama Organı’nın Onay Yasası, sonra Cumhurbaşkanı’nın onayına yer verilmiştir.

Sözleşmelerin iç hukukumuz bakımından değerlendirilmesini madde-nin son fıkrasında açık olarak görmekteyiz. Buna göre, “usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar

¹⁵ Anayasa’nın 90. maddesinin son cümlesi, 7.5.2004 gün ve 5170 sayılı Yasa’nın 7. maddesi ile eklendi; RG, 22.5.2004, S. 25469.

hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz" (m. 90/son). Buna göre, iç hukukumuz, sözleşmelerin yasa gücünde olduklarını kabul etmektedir. Ancak Anayasa, sözleşmelerin Anayasa'ya aykırılıklarının iddia edilemeyeceğini belirtmekle, bu konuda bir tartışma açmaktadır. Zira, yasa gücünde olan sözleşmenin Anayasa'ya aykırılığının iddia edilememesi, sözleşmenin yasaya üstün olduğu anlamına mı gelir? Eğer bunu böyle kabul edersek, o zaman Anayasa'ya aykırılığı iddia edilemeyen tüm metinlerin, aynı etki gücünde olması gereken diğer metinlere üstünlüklerinin kabul edilmesi gerekir.¹⁶

Hukukumuzda sözleşmelerin yargısal denetimi konusunda üç farklı görüşten söz edilebilir.

Birinci görüşe göre, hukukumuz bakımından yasa gücünde kabul edilen sözleşmeler için Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması mümkün olmamakla beraber, onay yasalarının Anayasa Mahkemesi ve onay kararnamelerinin de Danıştay tarafından denetlenmesi mümkündür.

İkinci görüşe göre, uygulama yasasının tek maddelik bir yasa olması ve uygulamada, Anayasa Mahkemesi'nin önüne götürülme olasılığının az olduğu savunulmakla beraber, ancak biçim yönünden aykırılık söz konusu ise denetlenmesi mümkün olduğu ifade edilmektedir

Üçüncü görüşe göre ise,¹⁷ uygun bulma yasası ile sözleşme birbirinden ayrılabiliriyorsa, ayrılan bu iki işlemten yasama işlemi olan uygun bulma yasasının Anayasa'ya aykırılığı incelenebilir. Eğer bu iki işlem birbirinden ayrılmıyor ise, o zaman sözleşmeye karşı Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayacağından, iki işlemin birlikteliğine karşı da başvurulamayacak demektir. Nitekim konu Anayasa Mahkemesi'nin önüne götürülmüş ve Anayasa Mahkemesi bir kararında, sözleşmenin uygun bulunmasına ilişkin yasanın Anayasa'ya uygun olup olmadığını incelemiştir.¹⁸ Bu karar bize, Anayasa Mahkemesi'nin, sözleşmenin uygun bulunmasına ilişkin onay yasasının sözleşmeden ayrılabilirliğini kabul ettiğini gösteriyor.

¹⁶ Anayasa'nın 4709 (m. 34) sayılı Yasa'yla yürürlükten kaldırılan geçici 15/son maddesinde atıfta bulunulan yasalar gibi.

¹⁷ Bu görüş, Fransız hukuku kaynaklıdır.

¹⁸ Anayasa Mahkemesi, 3.8.1996 gün ve 4163 sayılı "İslam Ülkeleri Arası Yatırım ve İhracat Kredi Sigortası Kurumu Kuruluş Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun"un 1. maddesinin sonundaki "deriş olunmak" sözcükleri ile sözleşmenin çekince konulmayan hükümlerinin onaylanmasına ilişkin kısmının iptaline, verilecek iptal kararı sonucu diğer hükümler de uygulanamaz hale geleceğinden, tümünün Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 4., 7. ve 174. maddelerine aykırılığı nedeniyle iptaline

Ancak burada hukukumuz bakımından önemli bir hususun açıklığa kavuşturulması gerekiyor. Anayasa Mahkemesi'nin kararı doğrultusunda yasanın incelenabilir ve dolayısıyla iptal edilebilirliğini kabul edersek, o zaman yasanın onaylanmasını uygun bulduğu sözleşmenin de dolaylı yoldan incelendiğini ve yasanın iptali üzerine sözleşmenin de geçerliliğini yitirdiğini söyleyebilir miyiz?

Konuyu açıklığa kavuşturabilmek için, Anayasa Mahkemesi'nin kararına bir göz atmakta yarar var. Anayasa Mahkemesi kararında, onay yasası ile ilgili olarak, *"maddenin çekince konulmayan kimi bölümleri yönünden" yaptığı incelemesinde,* *"İslam Ülkeleri Arası Yatırım ve İhracat Kredi Sigortası Kurumu Kuruluş Anlaşması", giriş bölümünün ikinci, dördüncü ve beşinci paragrafları ile 5. maddesinin iki ve üç numaralı fıkralarına ve 57. maddesinin dört numaralı fıkrasına 'Anayasamız ve bağlı olduğumuz anlaşmalar hükümlerinin saklı olduğu' biçiminde ihtirazî kayıt konularak 4163 sayılı Yasa'nın birinci maddesiyle uygun bulunmuştur.*

*Onay Yasası'nın birinci maddesinin çekince konulmayan bölümünün anlaşma maddelerine bakılarak incelenmesi olanaklı değildir. Anlaşma kuralları gözetilerek yapılacak bir inceleme, anlaşma kurallarının dolaylı olarak denetlenmesi anlamına gelir. Oysa, Anayasa'nın 90. maddesi böyle bir incelemeye engeldir. Çekince konulmadığı için Anlaşma hükümlerinden bağımsız olarak incelenebilen birinci maddenin kalan bölümlerinde ise İslam Ülkeleri Arası Yatırım ve İhracat Kredi Sigortası Kurumu Kuruluş Anlaşması'nın onaylanması öngörüldüğünden bu haliyle Anayasa'ya aykırı bulunmamıştır" hususlarını dile getirmiştir. Sonuçta Anayasa Mahkemesi, "Anlaşmanın çekince konulmayan hükümlerinin onaylanmasına ilişkin kısmının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve iptal isteminin reddine"*¹⁹ karar vermiştir.

Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi, uygun bulma yasasının sözleşmeden ayrılabilirliğini kabul ettiğinden, yasayı incelerken sözleşmeyi de incelemeyi kabul etmemiştir. Ancak ben yine de, bu kararda yasayla ilgili başvurular reddedildiği için belki üzerinde durmak güç almakla beraber, yasanın iptaline karar verilseydi sözleşme halen yürürlüğünü sürdürebilecek miydi? Yanıt evet ise, o zaman yasaya karşı iptal davası açma anlamsızlaşacak. Tersine, yasanın iptali üzerine sözleşme hükümsüz kalacaksa, Anayasa'nın sözleşmelere karşı iptal davası açamayacağına

ve yürürlüğün durdurulmasına karar verilmesini içeren başvuru hakkında, usulüne uygun olarak yürürlüğe konmuş sözleşmelerin Anayasa'ya aykırılıklarının iddia edilemeyeceğini ve uygun bulma yasalarının ise Anayasa'ya uygunluk denetimine tabi olduğunu belirtmiştir (Esas Sayısı: 1996/55, Karar Sayısı: 1997/33, Karar Günü: 27.2.1997).

¹⁹ Anayasa Mahkemesi'nin bu kararında, beş ayrışik oy var.

ilişkin düzenlemesinin anlamı kalmayacak. Dolayısıyla sözleşmelerle ilgili olarak Anayasa’da açık, tartışmaya mümkün mertebe yer bırakmayacak düzenleme yapmak gerekir.²⁰

B. Sözleşmelerin Türk Hukuku’ndaki Yeri Üzerindeki Görüşler

a. Genel Olarak

Anayasamız, usulüne göre yürürlüğe konmuş sözleşmelerin yasa gücünde olduklarını ve Anayasa’ya aykırılıklarının iddia edilemeyeceğini düzenlemektedir (Anayasa, m. 90). Anayasa’nın 90. maddesindeki bu düzenleme monist sisteme uymaktadır. Bu nedenle ülkemizde yasayla onaylanmış uluslararası sözleşmeleri yargıcın, doğrudan uygulaması gerekir.

Kuşkusuz bu düzenleme ile sözleşmeler yasalarla eş tutulmakla beraber, yasaların Anayasa’ya aykırılıklarının iddia edilebilmesine karşın antlaşmalar için böyle bir yolun olmaması antlaşmaların yasalarla Anayasa arasında, ancak yasalara üstün olduğu yönünde bir iddianın ortaya atılmasına elverişlidir. Ancak bu görüşün aksinin savunulması da mümkündür. Dolayısıyla antlaşma hükümlerine göre kurulan organların kararlarının iç hukukumuz bakımından, bilhassa Anayasa Mahkemesi kararları yönünden, bağlayıcılığı, üzerinde durulması gereken bir husustur. Anayasa Mahkemesi’nin AIHS hükümlerini bağımsız ölçü norm olarak kullanmadığı, destek ölçü norm olarak ve kendi gerekçelerini güçlendirmek ve AIHS ile Anayasa arasında çatışma olmadığı şeklinde değerlendirmelerde bulunduğu dikkate alınırsa, bunun hiç değilse Devlet Güvenlik Mahkemeleri’nde Askeri üye bulundurulmasını düzenleyen Anayasa’nın 143. maddesinde AIHM kararı doğrultusunda gerçekleştirilen değişiklik karşısında yerinde olmadığı anlaşılır. Anayasa ile sözleşme arasındaki uyumsuzluğun nasıl ortadan kaldırılacağı hususunda, Anayasa Mahkemesi’nin sözleşme hükümlerini Anayasa’ya üstün kabul etmesi savunulduğu gibi,²¹ aksi görüşler de mevcuttur.

b. Öğretideki Görüşler

Ülkemizde öğretide sözleşmelerin iç hukuka aktarılmasında yeni bir işleme gerek kalmadan uygulanacağı hususu kabul edilmektedir. Ancak,

²⁰ Türkiye Barolar Birliği tarafından hazırlanan (2001) “Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi”nin 99. maddesinde bu hususta düzenleme mevcuttur.

²¹ Arslan, Zühtü, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler”, *Anayasa Yargısı*, 17, Ankara 2000, s. 274-293.

sözleşmelerin iç hukuktaki normlar karşısındaki durumu konusunda farklı görüşler mevcuttur.²²

aa. Sözleşmelerin Yasalarla Eşdeğerde Olduğu Görüşü:

Anayasa'nın 90/son maddesinden hareketle ifade edilen bir görüşe göre, sözleşmeler yasa gücündedir.²³ Dolayısıyla bu görüş, yasalar arasındaki öncelik sonralık kuralından hareketle, sonraki düzenleme yasa ise yasanın uygulanacağını benimsemektedir. Buna karşılık, sözleşmeye aykırı yasa çıkarılırsa, ortada birbirine aykırı iki yasa olacağından, bu iki yasadaki sözleşmenin uygulanmaması veya sözleşme yerine sözleşmeye aykırı yasanın uygulanmasının ülkenin uluslararası sorumluluğunu gerektireceği savunulmaktadır. Sözleşmenin Anayasa tarafından yasa gücünde kabul edilmesi nedeniyle, Anayasa'ya aykırılığının iddia edilememesinin sözleşmenin yasaya üstün olduğu şeklinde anlaşılamayacağı ifade edilmektedir.

bb. Sözleşmelerin Yasaların Üstünde Olduğu Görüşü:

İkinci görüşe göre, yürürlükte olan sözleşmeler yasaya üstündür.²⁴ Dolayısıyla, sözleşmenin yürürlüğe girmesinden sonra çıkarılacak yasaların sözleşmeyi yürürlükten kaldırması mümkün değildir. Sosyal'a göre, *"Bir devlet, uluslararası bir sözleşmeyi imzalayıp onaylayarak kendisi açısından da hüküm ifade eder duruma getirirken, koyduğu çekinceler dışında, sözleşme hükümlerinin iç hukuktaki etkilerini bilerek ve öngörerek bunu yapıyor demektir. Bu, uluslararası sözleşmelere yasalardan biraz farklı, Anayasa'ya yaklaşıcı, en azından Anayasa'ya yeni bir anlam ve yorum kazandırıcı bir ağırlık tanımak oluyor. Uluslararası sözleşme hükümlerinin Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülemeyeceğine*

²² Bu görüşlerin yazarlara göre özetlemesi hakkında bkz. Gözler, Kemal, *"İnsan Hakları Normlarının Anayasa üstünlüğü Sorunu"*, Türkiye'de İnsan Hakları, TODAİE Yayını, Ankara 2000, s. 35-38; Fendoğlu, H. Tahsin, *"Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında 'Bağımsız Ölçü Norm' veya 'Destek Ölçü Norm' Sorunu"*, Anayasa Yargısı, 17, Ankara 2000, s. 363-385.

²³ Meray, L. Seha, *Devletler Hukukuna Giriş*, C. I, Ankara 1968, s. 132; Balta, Tahsin Bekir, *"Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye"*, Türkiye'de İnsan Hakları, Ankara 1970, s. 278; Pazarcı, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, I. Kitap, Ankara 1989, s. 31; Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayını, Ankara 2002, s.381.

²⁴ Yüzbaşıoğlu, Necmi, *"Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine"*, İnsan Hakları Merkezi Dergisi, AÜSBF Yayını, C. II, S. 1, Mayıs 1994, s. 33; Gözübüyük, A.Ş.-Gölcüklü, F., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s. 19 vd.; Akıllıoğlu, Tekin, *"Uluslararası İnsan Hakları kurallarının İç Hukuktaki Yeri ve Değeri"*, İnsan Hakları Merkezi Dergisi, AÜSBF Yayını, C. I, Mayıs-Eylül 1991, S. 2-3, s. 41 vd.

göre, o hükümleri de Anayasa'yla birlikte düşünmek ve Anayasa'yı onlarla birlikte yorumlamak gerekecektir."²⁵

cc. Sözleşmeyi Yasa Gücünde Görmekle Beraber, AİHS'yi Farklı Değerlendiren Görüş:

Nitekim, Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına ekleme getirilmeden önce, farklı bir değerlendirmeyeyle, insan haklarını düzenleyen ulusalüstü bir sözleşme olması nedeniyle, AİHS'nin diğer sözleşmelerden farklı olarak, ulusal hukukun üstünde olduğu yönünde güçlü bir eğilim de mevcuttur. Bu farklılığa dikkat çeken AİHM, sözleşmenin bu yönünün devletlere "objektif yükümlülük" getirdiği şeklinde karar vermiştir.²⁶

Bu görüş sözleşmelerin yasa gücünde olduklarını kabul etmekle beraber, bunlardan AİHS'nin farklı nitelikte olması, insan hakları gibi bir konuda uluslararası koruma getirmesi nedeniyle farklı olduğunu ve yürürlükte olduğu dönemde buna aykırı yasa hatta Anayasa çıkarılamayacağını savunmaktaydı. Yasalara karşı Anayasa Mahkemesi'ne başvurulabilmesine karşın, sözleşmeler için bu yolun kapalı oluşu, sözleşmelerin Anayasa'ya aykırı olsalar bile uygulanacağını, kendinden önce sonra çıkan yasa ayrımı yapılarak sözleşmelerin yasayla yürürlükten kalkmış olacağı gerekçesiyle iç hukukta uygulanmasına engel olunamayacağı savunulmaktaydı. Sözleşmelerin Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülememesi bunların hiçbir engel le karşılaşmadan uygulanacaklarını göstermektedir. Yeter ki sözleşmeler usulüne uygun olarak yürürlüğe girmiş olsun.

Bu görüşe göre yasa düzeyinde kabul edilse bile, sözleşme ile Anayasa karşılaştırıldığında, Anayasa'ya aykırı olsa da, sözleşmenin uygulanması gerekir. Çünkü iç hukukun parçası olan sözleşmenin, Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülememesi, O'nun Anayasa'ya rağmen uygulanacağını göstermektedir. Anayasa'nın sözleşmeden önce veya sonra çıkarılmış olmasının sözleşmenin iç hukukta en üstün kural olduğu gerçeğini ortadan kaldırmaz. Çünkü sözleşmenin Anayasa'da öngörüldüğü gibi kabulü ve yürürlüğe konmasından sonra, sözleşmeye katılma işleminin aynı yöntemle yürürlükten kaldırılması sağlanmadan, O'na uyulmamazlık söz konusu edilemez.

²⁵ Soysal, Mümtaz, "Anayasa'ya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler", Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara 1986, S. 2, s. 16.

²⁶ İrlanda/İngiltere kararında AİHM, İngiltere tarafından İrlanda'da uygulanan beş sorgulama tekniğinin, Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal ettiğine işaret ederken, üye ülkelerin "objektif yükümlülükleri"ne dikkat çekmiştir.

dd. AİHS'nin Anayasa'dan Üstün Olduğu Görüşü:

Kimi yazarlara göre ise, sözleşme hükümleri, yasa gücünde veya yasa üstü değil, Anayasa üstüdür.²⁷ Bu görüş, buraya kadar açıklamaya çalıştığım görüşlerden farklı olarak, Anayasa'nın sözleşmeleri yasa gücünde görmesine rağmen, AİHS'nin Anayasa'dan da üstün olduğunu kabul etmektedir. Bu görüş AİHS'nin Anayasa ile birlikte düşünülmesi ve yorumlanması gerektiğini savunmaktadır. Zira AİHS yasa ve Anayasa üstü kabul edilmezse, AİHS'nin 1. maddesinde yer alan, taraf ülkenin “yetki alanları içinde bulunan herkese bu sözleşmenin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlükleri” tanıyacağına ilişkin düzenlemenin anlamı kalmaz. Bu düzenleme bize, ülkenin Anayasa'sı dahil iç hukukunun AİHS'ye aykırı olamayacağını, yani AİHS'nin Anayasa üstü olduğunu göstermektedir.

ee. Sözleşme Anayasa ve Yasa Üstü Değildir Görüşü:

Kimilerine göre, sözleşme hükümlerinin Anayasa'ya aykırılığının iddia edilememesi yasadan üstün olduğu şeklinde yorumlanamaz. Bu görüşte olanlar, 4709 değişikliği ile yürürlükten kaldırılan, Anayasa'nın geçici 15/son maddesinin koruması altında olan yasaların da Anayasa'ya aykırılıklarının iddia edilemediğini ileri sürmektedirler.²⁸ Yani, sözleşme ile iç hukuk çatışmasında önceki sonraki yasa ayırımına göre çözüm bulunmalıdır.²⁹ Dolayısıyla yasaya üstünlüğü kabul edilmeyen bir sözleşmenin Anayasa'ya üstünlüğünden de söz edilemez. Yani sözleşmenin yasa veya Anayasa'ya üstünlüğü söz konusu değildir. Zira, Anayasa 90/son maddesinde sözleşmelerin yasa gücünde olduğunu belirttiği gibi, sözleşmenin Anayasa'ya aykırılığının iddia edilemeyeceğine yer vermekle, sözleşmenin yasadan üstün olduğunu söylemiş değildir. Buradaki aykırılığın iddia edilememesi, bir denetim konusudur. Ancak bu, Anayasa'nın yürürlükten kaldırılan geçici 15/son maddesindeki düzenlemeyi andırmanın ötesinde

²⁷ Akıllıoğlu, Tekin, *İnsan Hakları, I*, Ankara 1995, s. 67; Yüzbaşıoğlu, Necmi, “Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine”, *İHMD*, C. 11, S. 1, Mayıs 1994, s. 34; Yüzbaşıoğlu, *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İstanbul 1993, s. 80' de, “Soruna Türkiye açısından bakıldığında, hem evrensel nitelikte oluşları, hem de insan haklarını içermeleri nedeniyle, BM Örgütü içerisinde yapılan ve Türkiye'nin kabul ettiği insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalara, çatışma halinde, Türkiye'nin taraf olduğu diğer antlaşmaların üstünde yer vermek gerekir.” demektedir. Gözübüyük, A. Ş., “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı”, *İnsan Hakları Yıllığı*, C. 9 (1987), s. 7; Gözübüyük-Gölcüklü, 2003, s. 20.

²⁸ Aybay, Rona, “Türk Hukukuna Göre Uluslararası Antlaşmalarla Kanunlar Arasındaki Altlık-Üstlük İlişkisi”, *II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi: İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri*, (Ankara, 10-14 Mayıs 1993), s. 283; Sağlam, Fazıl, *Siyasal Partiler Hukukunun Güncel Sorunları*, İstanbul 1999, s. 151.

²⁹ Aybay, 1993, s. 284-286; benzeri görüş için bkz. Pazarcı, 1989, s. 31-32.

bir şey değildir. Burada üzerinde durulması gereken husus, sözleşmeye atılan imzaya sahip çıkılması ve sözleşmeden önce çıkarılmış ve yürürlükte bulunan, ancak sözleşmede yer alan düzenlemelerle çelişen yasa ve Anayasa hükümlerinin yürürlükten kaldırılması gerekir. Bunun yanında, sözleşmenin yürürlüğe girmesinden sonra da, sözleşme hükümlerine aykırı yasa ve Anayasa hükmünün çıkarılmaması şarttır. Zaten hem sözleşmeye imza atmak, hem de sözleşme hükümleriyle çatışan kuralları iç hukukta yürürlükte tutmak savunulabilir bir görüş değildir. Ancak Anayasa'nın sözleşmeden üstün olduğunu kabul edecek olursak, insan haklarının uluslararası korunması için devletler tarafından kabul edilen sözleşme hükümlerinin uygulanması imkansız hale gelebilir. Mademki sözleşmeyle bağlılık kabul edilmiş ve yorum için tek yetkili kurum olarak AİHM kurulmuş ve bu mahkemenin zorunlu yargı yetkisi benimsenmiş, ya buna uyulacak ya da sözleşmenin tarafı olmaktan çıkılacaktır. Çünkü, sözleşmeye taraf ülkeler, ülkelerinde yaşayan (vatandaş yabancı ayrımı yapılmaksızın) herkese bu hakları tanıdığını kabul etmiş, buna uymayı kendine görev saymışlar, gereğini yapmakla yükümlüdürler. Zira bir ülkeyi böyle bir yükümlülüğe zorlayan güç yoktur; isterse ayrılabilir. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na göre, sözleşme hükümleri, taraf devletlerin yasama organları dahil, herkesi bağlayıcıdır. Aksi takdirde, sözleşme hükümlerinin bağlayıcılığının anlamı olmaz.

Anayasa'nın 90. maddesindeki ekten önceki düzenleme ile ilgili olarak şu sonuçlara ulaşıldığı görülmektedir:³⁰

- Sözleşme iç hukukun bir parçası olup, ayrıcalıklı bir yere sahiptir.
- Sözleşmenin 1. maddesinde yer alan “*tanırlar*” şeklindeki emredici ifade karşısında, sözleşmenin iç hukukta yeni bir işleme gerek kalmadan doğrudan uygulanması gerekir.
- Sözleşmenin Anayasa'ya aykırılığının iddia edilememesi karşısında, Anayasa'ya aykırı olsa bile uygulanması gerekir.
- Sözleşmenin Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülebilmesi ve yasaların Anayasa'ya aykırılıklarının ileri sürülebilmeleri karşısında, yasayla çeliştirenden bahisle uygulanmaması söz konusu edilemez. Aksine bir düşünce Anayasa'nın getirdiği sisteme ters düşer. Hatta sözleşmeden sonra yürürlüğe giren Anayasa'nın sözleşmeyi değiştirmesi de söz konusu değildir; tam tersine sözleşmenin Anayasa üzerinde büyük etkileri olmuştur.³¹

³⁰ Gözübüyük-Gölcüklü, 2003, s. 21.

³¹ AİHS, Türkiye tarafından kabul edildikten sonra yürürlüğe giren 1961 ve 1982 Anayasaları, değil Sözleşme'yi yürürlükten kaldırma, bu Anayasaların hazırlanması sırasında Sözleşme'ye hakim olan ruh dikkate alınmış ve 4709 sayılı, Anayasa'yı Değiştiren Yasa ile getirilen düzenlemelerin büyük bir kısmı, Sözleşme maddelerinin aynen Anayasa'ya aktarılması şeklinde gerçekleştirilmiştir.

• Sözleşmeye yasa değeri vermek, onun yasa olduğu anlamına gelmez. Çünkü sözleşmeyi yasa veya Anayasa ile değiştirmek mümkün değildir. Sözleşmenin uluslararası etkisi vardır. Eğer sözleşme hükümlerine uyulmak istenmiyorsa, taraf olmaktan çıkmak gerekir;³² bunu engelleyen bir husus yoktur.

Ancak, Anayasa’da açıkça bir değişiklik yapılmadığı halde, AİHM’sinin mahkeme kararını sözleşme veya eki protokollere aykırılığının tespitine ilişkin kararının yasayla iç hukukumuzda yargılamanın yenilenmesi sebepleri arasında yer almıştır.³³

Fakat her şeye rağmen, AİHS ile insan hakları bakımından insanın, sadece ulusal hukukun değil, uluslararası hukukun da özneları arasına girmesiyle birlikte,³⁴ eğer sözleşme iç hukuka üstün yoruma elverişliyse, sözleşmenin iç hukuka üstün yorumundan söz edilebilir.³⁵ Çünkü yasa-sözleşme çatışmasında, sözleşmenin gerisindeki genişletici iradenin, sınırlayıcı düzenleme getiren yasa karşısında üstünlüğünü kabul ederek, Anayasa’ya dinamizm kazandırılması³⁶ yoluyla özgürlüklerden yana yorum ilkesi uygulamaya geçirilebilir.³⁷ Ancak iç mevzuatta yer almayan ve sözleşmede yer alıp iç hukukta doğrudan uygulanabilir hükümler için savunabileceğimiz durumların her zaman kolaylıkla savunulması mümkün değil. Bu nedenle, 90. maddeye yapılan ekten önce sözleşme ile açıkça çatışan durumların önüne geçilebilmesi için, Anayasa’da açık bir düzenlemeye gidilmesinde yarar olduğu yerinde

³² AİHS’nin “feshi ihbar” başlıklı 58. maddesine göre, Sözleşme’ye taraf devlet, taraf olduğu tarihten itibaren beş yıllık süre sonunda (Türkiye için bu süre dolmuştur), Avrupa Konseyi Genel Sekreteri’ne altı ay önceden bir ihbarla Sözleşme’yi feshedebilir.

³³ Bu konu ayrı bir çalışma olarak ele alınmıştır. Bkz. Şahbaz, İbrahim, “AİHS’ye Taraf Ülkelerde Yargılamanın Yenilenmesi”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu* (26-27 Eylül 2003 tarihinde Yargıtay ile Türkiye Barolar Birliği ve Avrupa Konseyi Ulusal Komitesi Tarafından Düzenlenen Sempozyum’a sunulan bildiri, 48 sayfa).

³⁴ Bkz. Memiş, s. 132-133’te “Anayasa’nın 15., 16., 42. ve 90. maddelerinden kalkarak sözleşmelerin yasalardan daha üstün bir değer taşıdığı, hatta onların Anayasalara yeni bir anlam ve yorum getirebileceği söylenebilir. Bu yaklaşım, yasaların insan haklarını sınırladığı zamanlarda önem taşıyabilir.” demektedir.

³⁵ Gözübüyük-Gölcüklü, 2003, s. 21-22: “Türkiye’de İnsan haklarına saygının sağlanabilmesi, ancak iç hukuk yollarının etkin bir biçimde işlemesi, yargı yerlerinin Sözleşme’yi uygulamaları ile mümkündür. Bu nedenle, Sözleşme ile güvence altına alınmış olan hak ve özgürlüklerin Türkiye’de yargısal yolla korunmasında asıl yük yargı yerlerine ve yargının vazgeçilmez ögesi olan avukatlara düşmektedir. (...) Sözleşme’yi iç hukukta uygularken, Sözleşme kurallarını yorumlarken, daima Komisyon ve Divan içtihatlarını göz önünde bulundurmak gerekecektir.”

³⁶ Mümtaz, 1986, s. 17.

³⁷ Memiş, s. 137; geniş bilgi için bkz. Şahbaz, İbrahim, “AİHS’ye Taraf Ülkelerde Yargılamanın Yenilenmesi”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu* (26-27 Eylül 2003 tarihinde Yargıtay ile Türkiye Barolar Birliği ve Avrupa Konseyi Ulusal Komitesi Tarafından Düzenlenen Sempozyum’a sunulan bildiri, 48 sayfa).

olarak savunuluyordu. Zira ulusal yasa ve Anayasa koyucunun sözleşmelere aykırı düzenlemede bulunmamaları veya varsa bunları sözleşmeyle uyumlu hale getirmeleri gerektiği görüşü dile getirilmekteydi.³⁸

c. Yargı Kararları

Sözleşme hükümlerinin iç hukuktaki değeri konusunda yargı kararlarına göz atacak olursak;

aa. Anayasa Mahkemesi Kararlarında

Anayasa'nın ne dediğini söylemek yetkisi başta Anayasa Mahkemesi'ne aittir. Başka organların da bu konuda görüşleri önemli olmakla beraber, o konuda Anayasa Mahkemesi'nin kararı varsa bunun herkesi bağlaması gerekir (Anayasa, m. 153/son). Dolayısıyla, sözleşmelerin ve bu arada AİHS'nin iç hukukumuz karşısındaki değerinin ne olduğunu belirlemede Anayasa Mahkemesi'nin kararının önemi büyüktür. Çünkü Anayasa Mahkemesi yasaların Anayasa'ya uygunluğunu denetleme bakımından kurulmuş özel ve yüksek mahkemedir. Her ne kadar diğer mahkemeler de "*Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm*" verirlerse de (Anayasa, m. 138/1), bu hüküm Anayasa'nın yorumlanmasında son sözün Anayasa Mahkemesi'nde olduğu gerçeğini ortadan kaldırmaz.³⁹

Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'ya uygunluk denetiminde neleri ölçü norm (Anayasallık bloku) olarak değerlendirdiğine bakmak gerekir. Anayasamızın 176. maddesine göre Başlangıç metne dahil olduğundan, denetimde Başlangıç da diğer maddeler gibi dikkate alınmaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesi "*Hukukun Genel İlkeleri*" ile "*Uluslararası Hukuk Kuralları*"nı da ölçü norm olarak dikkate almaktadır.⁴⁰

³⁸ Gözler, Kemal: "*İnsan Hakları Normlarının Anayasa üstünlüğü Sorunu*", *Türkiye'de İnsan Hakları*, TODAİE Yayını, Ankara 2000, s. 25-46, dipnot 12'de Gölcüklü'ye atf. Gözler burada (s.39), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı Anayasa ve Yasa hükümleri iç hukuk bakımından geçerlidir; fakat uluslararası hukuk bakımından geçersizdir.

³⁹ Kuşkusuz, diğer mahkemelerin kararları da kendi görev alanlarıyla ilgili olmak kaydıyla, herkesi ve Anayasa Mahkemesi'ni de bağlar.

⁴⁰ Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayını, Ankara 2002, s. 380 vd.; Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda verdiği kararları için bkz. *İnsan Haklarına ve Temel Özgürlüklerine İlişkin Uluslararası Sözleşmeler ve Bu Sözleşmelere Yer Veren Anayasa Mahkemesi Kararları*, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 35, Ankara 1997, s. 495-609; Gerek,

aaa. Hukukun Genel İlkeleri

Anayasa Mahkeme'miz gerek 1961 ve gerekse 1982 Anayasa'sı dönemindeki kararlarında hukukun genel ilkelerinden, bağımsız değil destek ölçü norm olarak yararlanmış, kimi kararlarında bu ilkelerin önce geldikleri şeklinde ifadeler kullanmıştır. Ancak Yüksek Mahkeme, kararlarının hiç birinde bu ilkeleri bağımsız ölçü norm olarak kullanmamıştır. Mahkeme daha çok bu ilkeleri "*hukuk devleti*" ilkesinin ayrılmaz unsurları olarak yorumlamıştır. Bu da bize, Türk Anayasa yargısında hukukun genel ilkelerinin pozitif temelinin, Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan "*hukuk devleti*" ilkesinde yer aldığını göstermektedir. Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda verdiği içtihatlarla göz atacak olursak, hukuk devletini tanımladığı bir kararında,⁴¹ Anayasal normlar blokunu, Anayasaüstü kurallar, hukukun üstün kuralları ve Anayasa kuralları olarak belirlediğini görürüz. Bu kararında Anayasa Mahkemesi, hukuk devletini, "*Anayasa'nın açık hükümlerinden önce hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerin benimseyip uyguladığı ilkelere uygun (...) yasaların üstünde, yasa koyucunun da bozamayacağı temel ilkeler ve Anayasa bulunduğu*"nın bilincinde olan devlet olarak tanımlamıştır.

Yüksek Mahkeme'ye göre, "*kanunların Anayasa'ya uygunluğunun yargı yoluyla denetlenmesi sırasında iptali istenen hükmün(...)Anayasa ilkelerine ve bu ilkelerin dayandığı genel hukuk kurallarına uygun olup olmadığının*" araştırılması gerekir.⁴² Anayasa Mahkemesi'nin bu kararında, açık bir biçimde belirtilmemekle beraber, Anayasa kurallarının yorumunda sözleşmenin ilgili kuralından alıntı yapmak suretiyle, zenginleştirici bir yorum tekniği kullandığı görülmektedir.⁴³

Hukuk devletinin bir başka tanımını veren Yüksek Mahkeme'ye göre, hukuk devletinin, "*işlem ve eylemlerinin hukuka uygun olması, hukukun üstünlüğü ilkesini içtenlikle benimsemesi, yargı denetimini etkinlikle yaygınlaştırıp sürdürmesi, yasa koyucunun çalışmalarında kendisini her zaman Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla bağlı tutması, yasakoyucu da dahil devletin tüm*

Şahnaz-Aydın, Ali Rıza, "*Türk Anayasa Yargısında İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin Yeri*", Anayasa Mahkemesi, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Eğitimi On Yılı Komitesi, Türkiye Barolar Birliği (TBB-İHAUM), "*İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Yargısı*" Toplantısı'na (20-21 Şubat 2004) Sunulan Bildiri (30 sayfa, 7 sayfa ek).

⁴¹ AMK, 27.3.1986, 1985/31, 1986/11, AMKD, S. 22, s. 115-120; Öztürk, Bahri, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara 1994, s. 74-79'da "*hukuk devleti*"nin üç sütun üzerinde inşa edildiğini, bu sütunlardan birinin, insan haklarına sadece mevzuatta yer verilmeyip, bunların uygulamada gerçekleştirilip kullanılabilir halde tutulması olduğunu; ikincisinin "*eşitlik*" ilkesinden herkesin yararlanması ve üçüncü olarak da, hukuki güvenliğin mevzuatta ve bilhassa uygulamada sağlanması olduğu üzerinde durmaktadır.

⁴² AMK, 18-19.6.1968, 1966/19, 1968/25, AMKD, S. 7, s. 18-36; RG, 19.1.1970-13412.

⁴³ Gerek-Aydın, s. 19.

organları üstünde hukukun mutlak bir egemenliğe sahip olması, insan haklarına saygı göstermesi ve bu hakları korumayı, adil bir hukuk düzeni kurarak geliştirmeyi zorunlu sayması gerekir.”⁴⁴

Ancak bir ilkenin, bir genel hukuk ilkesi olarak kabul edilebilmesi için, onun “uygar milletlerce tanınmış” olması gerekir.⁴⁵

Anayasa Mahkemesi, AİHS’yi destek ölçü norm olarak kullanmış ve yürürlüğün durdurulmasına karar verilmesi gerekçeleri arasında “hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerde benimsenen ilkelerinin bir ölçü norm özelliği taşıdığına” karar vermiştir.⁴⁶

Benzeri bir kararında Anayasa Mahkemesi, yasaların Anayasa’dan önce “hukukun bilinen ve bütün uygar memleketlerde kabul edilen prensiplerine uygun olması şarttır” demiştir.⁴⁷

bbb. Uluslararası Hukuk Kuralları

Anayasamız, 90. maddeye yapılan son eklemenden önceki düzenlemeyle, çağdaş Anayasaların çoğunun aksine, uluslararası hukukla iç hukukun ilişkisi hakkında genel bir kural koymamıştır. Anayasa’nın bu konuda koyduğu tek kural, usulüne uygun olarak konmuş uluslararası sözleşmelerin yasa gücünde olduğudur. Yukarıda öğretilerdeki görüşleri aktarırken açıkladığım gibi, sözleşmeyi yasa gücünde kabul edince, iç hukukumuzda iki yasa arasındaki uygulanabilirlik hususunun burada da uygulanması gerekir. Anayasa Mahkemesi bir kararında, TCK’nin (yürürlükten kaldırılmış olan) 141. ve 142. maddelerinin, bu maddelerdeki düzenlemelerden sonra yürürlüğe girmiş olan AİHS’nin 9., 10. ve 11. maddelerine aykırı olduğu ve bu nedenle sonraki kuralın önceki kuralı yürürlükten kaldıracağı kuralı gereğince bu kuralların yürürlükten kaldırılmış sayılması gerektiği iddiasını, Sözleşme’nin 17. maddesindeki kötüye kullanım yasağını dikkate alıp, iptali istenen kurallar ile sözleşme hükümleri arasında aykırılık bulunmadığına karar vermiştir.⁴⁸

⁴⁴ AMK, 19.4.1988, 1987/16, 1988/8.

⁴⁵ Özbudun, 2002, s. 384.

⁴⁶ AMK, 1993/40-2, 1994/42-1; Benzeri karar için bkz. 1998/47 (Bu kararda, AİHS’nin 6. maddesi ile Anayasa’nın 36. maddesindeki savunma hakkının benzerliğine dikkat çekilmiştir).

⁴⁷ AMK, 22.12.1964, 1963/166, 1964/74, AMKD, 2/291. Anayasa Mahkemesi, yeni bir kararında “eşitlik” ilkesinin “hukukun temel ilkeleri arasında yer aldığını” belirtirken (AMK, 5.5.2004, 2004/114-53, RG, 20.7.2004); bir diğerinde (AMK, 5.5.2004, 2004/170-54, RG, 20.7.2004), Anayasa’nın 37. maddesinde yer alan yasal yargıç güvencesinin AİHS’nin 6. maddesinde de düzenlendiğini belirtmek suretiyle, “yasal yargıç güvencesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. ve Anayasa’nın 36. maddelerinde ifade edilen adil

Ancak, Milletlerarası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesinin, genel ve özel sözleşmelere ek olarak, uluslararası hukukun asli kaynakları arasında gösterdiği uluslararası teamül kuralları ile *"uygar uluslarca benimsenmiş genel hukuk ilkeleri"* nin iç hukukumuzdaki bağlayıcılığı konusunda Anayasamızda genel bir düzenleme yoktur. Anayasa Mahkememiz kimi kararlarında uygar uluslarca tanınmış genel hukuk ilkelerine yollamada bulunmuş ise de, bu ilkeler zaten uluslararası hukuk ile ulusal hukukumuzun ortak ilkeleridir. Çünkü bu ilkeler hem ulusal hem de uluslararası hukukun kaynakları arasındadır. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin kimi kararlarında sadece uluslararası hukuka özgü bir genel hukuk ilkesine yollamada bulunduğu olmaktadır ki, bu uluslararası hukukun ulusal hukuka üstünlüğü olarak anlaşılabilmektedir. İşte bu tür kararların, uluslararası hukukun ulusal hukuka üstün olduğu ve dolayısıyla uluslararası hukuk kurallarının *"Anayasa üstü ölçü norm değeri"* kazandığı şeklinde algılandığı da olmaktadır.⁴⁹

Buna karşılık Anayasa Mahkemesi kararlarında, uluslararası hukuk kurallarını *"bağımsız ölçü norm"* olarak değil, *"destek ölçü norm"* olarak aldığından, uluslararası hukuku ulusal hukuka üstün olarak kabul etmemiştir. Anayasa Mahkemesi kararlarında, uluslararası hukuku ulusal hukukun kaynakları arasında kabul etmiştir. Anayasa Mahkemesi konuya açıklık getiren kararlarında şu hususlara dikkat çekmiştir: *"Milletlerarası hukuk, Devletlerin taraf oldukları iki veya çok taraflı antlaşmalar, milletlerarası teamüller (örf ve adet), medeni milletlerce kabul edilen ve temel hukuk prensiplerinden bulunan, iyiniyet, ahde vefa, kazanılmış haklara saygı, Devletler Hukukunun iç hukuka üstünlüğü ilkeleri ve yardımcı kaynak sayılan ilmi ve kazai içtihatlar oluşturmaktadır."*⁵⁰

Kuşkusuz Anayasa'da uluslararası hukukun ulusal hukuka üstünlüğü konusunda açık hüküm olmaması nedeniyle Anayasa Mahkemesi'nce bu şekilde karar verilmesi doğaldır. Ancak yine de, Anayasa'da uluslararası hukuka yollama yapılan maddelerin varlığı ile insan haklarına verilen önem karşısında, bilhassa insan haklarıyla ilgili sözleşmelerin iç hukukta dikkate alınması gerektiği kuşkusuzdur (m. Başlangıç, 2, 14/1,15/1,16,42/son ve 92/1).⁵¹ Anayasa Mahkemesi'nin, insan haklarına sadece ulusal hukuk bakımından değil, uluslararası hukuk yönünden de korunduğuna ilişkin kararı⁵² göz önünde bulundurulursa, insan haklarına ilişkin uluslararası

yargılanma hakkının en önemli ögesi olan 'kanuni,bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılanma' hakkının temelini oluşturmaktadır." demıştır.

⁴⁸ AMK, 26.9.1965,1963/173, 1965/40; AMKD, S. 4, s. 290 vd.; RG, 25.7.1967-12656.

⁴⁹ Yüzbaşıoğlu, Necmi, *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İstanbul 1993.

hukuk kurallarına uyulmadan, Anayasa'nın 2. maddesindeki “*insan haklarına saygı*” ve 14/1. maddesindeki “*insan haklarına dayanma*”nın gereğinin yapıldığından söz edilemez.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin kullanımlarının durdurulması ve sınırlamalar bakımından getirdiği düzenlemeler yönünden, 15. maddede yer alan, “*sınırlamanın milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerle aykırı olmaması*” ölçütü üzerinde dururken, Anayasa'nın 15. maddesi ile AIHS'nin 15. maddesini birlikte değerlendirmiştir. Bu değerlendirmede, uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerin içine öncelikle uluslararası hukukun genel ilkelerinin, sonra devletin taraf olduğu sözleşmelerden doğan yükümlülüklerinin girdiğini belirten Anayasa Mahkemesi, getirilecek sınırlamalarda bu iki hususun göz önünde bulundurulmasına dikkat çektikten sonra, insan hakları alanında Türkiye'nin taraf olduğu en önemli sözleşmenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olduğunu belirterek, “*olağanüstü yönetime ilişkin bir düzenleme ile hak ve özgürlüklere getirilen bir sınırlandırma Anayasa'nın 15. maddesine uygun görüldüğünde İHAS'a da uygun olacağı kuşkusuzdur*” demiştir.⁵³

Anayasa Mahkemesi'nin AIHS ile İHEB'yi insan hakları belgeleri olarak nitelediği anlaşılmaktadır.⁵⁴

Bu düşünceden hareketle, Anayasa'ya uygunluk denetiminde, uluslararası insan hakları sözleşmelerinin, diğer uluslararası sözleşmelerden farklı olarak “*destek ölçü norm*” olarak kullanılmaları gerektiği savunulmaktadır.⁵⁵

⁵⁰ AMK, 13.6.1985, 1984/14, 1985/7, AMKD, S. 21, s. 168; 9.10.1986, 1986/18-24, AMKD, S. 22, s. 255; Özbudun, 2002, s. 382.

⁵¹ 1982 Anayasası'nın ilgili maddelerindeki düzenlemeler, Başlangıç/2 (Dünya milletler ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olarak (...) çağdaş medeniyet düzeyine ulaşma azmî); m. 2: “*adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı*”; m. 14/1: “*insan haklarına dayanan*”; m. 15/1: “*Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasa'da öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir*”; m. 16: “*Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir*”; m. 42/son: “*Milletlerarası andlaşma hükümleri saklıdır*”; m. 92/1: “*Milletlerarası hukukun meşrû saydığı hallerde savaş hali ilânına ve Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası andlaşmaların veya milletlerarası nezaket kurallarının gerektirdiği haller dışında, Türk Silahlı Kuvvetleri'nin yabancı ülkelere gönderilmesine veya yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye'de bulunmasına izin verme yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisi'nindir.*” şeklindedir.

⁵² AMK, 29.1.1980, 1979/38, 1980/11, AMKD, S. 18, s. 97: “*İnsanın içinde bulunduğu ulusun bireyi olması kadar, aynı zamanda insanlığın üyesi bulunması, çağımızda, insan hak ve özgürlüklerini yalnızca bir ulusal hukuk sorunu olmaktan çıkarmış, ona evrensel bir anlam ve içerik kazandırmıştır.*”

Bu yaklaşımla, Anayasa Mahkemesi kararlarında, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerine yollamada bulunmakla beraber, buradaki kuralları “bağımsız ölçü norm” olarak değil,⁵⁶ “insan haklarına saygılı devlet” ilkesini aydınlatıcı, “destek ölçü norm” olarak kabul etmiştir.⁵⁷

Anayasa Mahkemesi bir kararında, uluslararası belgelerin cinsiyete dayalı ayırım yasağına ilişkin düzenlemeleri ile Anayasa’nın 10. maddesindeki düzenleme arasında temelde bir farklılık olmadığını belirtmiştir.⁵⁸

Anayasa Mahkemesi bir başka kararında, denetim konusu hususun, “milletlerarası sözleşmelere ve Anayasa’nın 49. ve 11. maddeleri hükümlerine uygun düştüğü kuşkusuzdur” demiş;⁵⁹ diğer bir kararında da “yasada mülikiyet hakkının sınırlandırılmasıyla ilgili bir hüküm olmamasına ve bu konuda ülkeler arasında bir ayırım yapılmasının da milletlerarası hukuka aykırı düşen bir yönü bulunmamasına göre, bu noktaya ilişkin Anayasa’ya aykırılık savı yerinde bulunmamıştır” demiştir.⁶⁰

Yüksek Mahkeme’nin kararlarında genellikle ilgili yasanın Anayasa’nın yanında sözleşmeye de uygun olup olmadığı şeklinde değerlendirmelerde bulunduğu anlaşılmaktadır.⁶¹ Bu kararların birinde, Anayasal denetimin kapsamını açıklarken Anayasa Mahkemesi, “uluslararası antlaşmaların Anayasa’nın 90. maddesi uyarınca yasa hükmünde sayılması, KHK’nin ya da yasanın

⁵³ AMK, 1991/1-20.

⁵⁴ AMK, 1996/34.

⁵⁵ Özbudun, 2002, s. 383: “Dikkat edilirse bu yorumun dayanağı, Türk pozitif hukukuna göre milletlerarası hukukun iç hukuka üstünlüğü değil, iç hukuktaki ‘insan haklarına saygı’ ilkesinin, insan hakları alanındaki milletlerarası sözleşmelere de saygıyı içermesidir.”

⁵⁶ Anayasa Mahkemesi’nin bir kararında (AMK,1990/15,1991/5), “İtiraz konusu kural, çocuğun kişiliğine bağlı temel haklarına engel oluşturarak Anayasa’ya ve bu konudaki uluslararası güvencelere aykırı düşmüştür” demiştir. Anayasa Mahkemesi’nin bu değerlendirmesinin, “sözleşmeleri denetimde ölçüt olarak kullandığı izlenimi uyandır” dığı hakkında bkz. Can, Osman, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Düşünce Özgürlüğü”, Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları Eğitimi On Yılı Ulusal Komitesi İşbirliği Çerçevesinde Anayasa Mahkemesi ve TBB-İHAUM Tarafından Düzenlenen Uluslararası Toplantı (İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Yargısı, 20-21 Şubat 2004, 30 sayfalık bildiri, s. 29, dipnot: 89).

⁵⁷ Bkz. AMK,1977/82: “Anayasa’da konuya ilişkin veya suça kalkışmada faile tam ceza verilmesini önleyen özel bir kural olmadığı gibi, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nde ve Avrupa Konseyi İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerinin Korumaya İlişkin Sözleşme’de de bu yolda bir hüküm bulunmamaktadır.”

⁵⁸ AMK, 1998/28.

⁵⁹ AMK, 1977/1-20, 5.4.1977.

⁶⁰ 1984/14,1985/7, 13.6.1985.

⁶¹ Bkz. Gerek-Aydın, s. 26-27.

sözleşmeye uygunluk denetiminin ise, Anayasal denetim kapsamına girmemesi nedeniyele inceleme dışında tutulmuştur” demiştir.⁶²

Görüldüğü gibi, Anayasa Mahkemesi sözleşmeleri doğrudan ve tek başına ölçü norm olarak almamaktadır. Ancak Anayasa Mahkemesi’nin “hukuk devleti” ve “insan haklarına saygılı devlet” sözcüklerini referans yaparak, uluslararası hukukun ulusal hukuka üstünlüğünü kabul etmiş olduğu da savunulmaktadır.⁶³

bb. Yargıtay Kararlarında

Yargıtay kararlarında AİHS’nin Anayasa’ya üstün olduğu yönünde bir hususa rastlanmamaktadır. Yargıtay sözleşme hükümlerini iç hukukta bir yasa gibi kabul edip, herhangi bir yasaya dayanarak verdiği kararlar gibi, sözleşme hükümlerine de dayanmaktadır. Örneğin, İçtihadı Birleştirme Kararında Yargıtay,⁶⁴ çocuğun babalığı konusunu incelerken AİHS, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ve 1959 tarihli Çocuk Hakları Sözleşmesi’ne dayanmıştır.

Yine Ceza Genel Kurulu ve Daire,⁶⁵ AİHS’nin 6. maddesinin yasa gücünde olduğunu kabul ederek, duruşmada kullanılan dili bilmeyen sanığın, yargılamanın tüm aşamalarında ücretsiz tercümandan yararlanması gerektiğine karar vermiştir. Sanık mahkum olsa bile ücretsiz tercümandan yararlanma hakkı vardır. Yani tercüman ücreti, sanık mahkum olsa dahi, sanığa yükletilemeyecek, devlet(hazine) üzerine bırakılacaktır. Yargıtay 2. Ceza Dairesi kararında, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6/3-e maddesindeki düzenleme nazara alındığında, müştekinin Türkçe bilmemesinin sanıktan

⁶² AMK, 1988/5-55, 22.12.1988; Yüksek Mahkeme daha önce verdiği bir başka kararında (AMK, 21.1.1971, 1969/37, 1971/8, AMKD.9/229), “Anayasa’ya uygunluk denetiminde ölçü olarak kanun hükümlerinin değil, Anayasa kurallarının ele alınması gerektiği ortadadır.” demek suretiyle, Anayasa’dan başka bir kuralın uygunluk denetiminde doğrudan ölçü norm olarak alınamayacağını belirtmişti.

⁶³ Fendoğlu, s. 379. Ancak Yazar (s. 380-381) Anayasa Mahkemesi’nin kimi uluslararası metinlere referansta bulunduğunu da belirtmekle beraber, uluslararası metinleri destek ölçü norm olarak kullandığına dikkat çekmektedir.

⁶⁴ İBK, 22.2.1997 gün ve 1996/1, 1997/1 sayılı karar; YKD, C. 23, Yıl: 1997, S. 6, s. 853; Yargıtay 4. CD, 17.12.1997, 10310/11272, 1.2.1999, 12725/427 kararında sözleşmeye önem verilmektedir. Geniş bilgi için bkz. Fendoğlu, s. 372-378, Memiş, Emin, “İnsan Hakları Avrupa Standardı ve İç Hukuk Etkileşimi Analizleri”, Anayasa Yargısı, 17, Ankara 2000, s. 130-172.

⁶⁵ CGK, 12.3.1996 tarih, 6-2/33 sayılı kararı; 2. CD’nin 9.3.2000 gün ve 2139/2726 sayılı kararları. Malkoç, İsmail, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara 2002, C. 1, s.344 vd.

kaynaklanan bir durum olmadığı, bu nedenle kendisinin sebebiyet vermediği masraftan sanığın sorumlu tutulamayacağı gözetilmeden, müştekinin dinlenilmesi nedeniyle takdir edilen tercüman ücretinin sanığa yükletilmesi” bozma nedeni olarak kabul edilmiştir.

cc. Danıştay Kararlarında

Benzeri değerlendirmeleri Danıştay kararlarında da okumak mümkündür. Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararında,⁶⁶ AİHS’nin iç hukukumuzun parçası olduğu, Anayasa’ya aykırı olsa bile, yasaların önce veya sonra oluşuna bakılmaksızın uygulanacağı, sözleşmenin yasalara üstün olduğu ve dolayısıyla yasaların sözleşmeyi değiştiremeyeceği belirtilmiştir.

Danıştay’ın 5. Dairesi de kararında,⁶⁷ Anayasa’nın 90/son maddesindeki ekten önceki düzenlemeden hareketle, sözleşmenin iç hukukta doğrudan hukuksal sonuçlar doğurduğunu, bunlara karşı Anayasa Mahkemesi’ne başvurulamaması nedeniyle sonradan yürürlüğe giren yasaların sözleşme hükümlerini etkisiz kılamayacağını, bu nedenlerle sözleşmenin yasalara üstün olduğunu dile getirmiştir.

Yine Danıştay’ın 8. Dairesi, bu tür sözleşmelerin iç hukukun bir parçası olması nedeniyle yürütme ve yargıyı bağladığına karar vermiştir.⁶⁸

Danıştay’ın 10. Dairesi 5682 sayılı Pasaport Yasası’nın 22. maddesi gereğince, kendisine pasaport verilmeyen kimse ile ilgili olarak, AİHS’ne ek 4 no’lu protokole yollamada bulunmuştur.

Ancak Ankara Bölge İdare Mahkemesi, 90. maddeye eklenen cümleden önceki kararında, Anayasa Mahkemesi’nin 27.1.1977 tarihli (Karar sayısı 1977/4) kararına atıfla, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesi-nin Anayasa’nın 129. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan yargı yolunu kapatan düzenlemeyi “*zımnen iptal*” ettiğini ve Türk yargıcının sözleşme hükümlerini doğrudan uygulaması gerektiğine karar vermiştir.⁶⁹

⁶⁶ Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararı, 7.12.1989 gün ve 6/4 sayılı karar. Danıştay 12. D; 24.4.1978, 1349/955; 24.4.1978, 4442/4832.

⁶⁷ Danıştay 5. D, 22.5.1991 gün ve 1723/933 sayılı karar.

⁶⁸ Danıştay 8. D, 27.12.1993, 1521/4374.

⁶⁹ Ankara Bölge İdare Mahkemesi’nin 1996/702 sayılı kararı; Çavuşoğlu, Naz, *Anayasa Notları*, Beta Yayını, İstanbul 1997, s. 122-123.

dd. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararlarında

Buna karşılık Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kararında, Yüksek Askeri Şura kararlarının yargısal denetime alınması talebini reddederken, Anayasa'nın 125. maddesinin ikinci fıkrasını göz önünde tutmak suretiyle, AİHS'nin 6. ve 13. maddeleri gereğince Yüksek Askeri Şura kararlarının yargı denetimine tabi olmasının mümkün olmadığını, zira Anayasa'nın bu hükmünün ihmal edilemeyeceğini belirtmiştir.⁷⁰ Mahkeme bu kararında, Anayasa'nın 125. maddesinin 2. fıkrasında yer alan Yüksek Askeri Şura kararlarına karşı yargı yoluna başvurulamayacağına ilişkin düzenlemenin AİHS'nin 6/1. maddesine aykırı olup olmadığını incelerken, Anayasa hükümleri ile çatışsa bile sözleşme hükümlerinin uygulanacağını belirttikten sonra, sözleşmeyle çatışan Anayasa hükümlerinin Anayasa'nın üstünlük ve bağlayıcılığı (m. 11) ilkesi gereğince Anayasa hükümlerinin uygulanacağı sonucuna varmıştır.

Tüm bunlara karşın, sözleşmelerin kurallar hiyerarşisindeki yerinin belirlenmesinin tartışılmasında Anayasa'nın sadece 90. maddesindeki düzenlemeden hareket edilmesi bu konuda eksik bir yaklaşım olarak algılanabilir. Çünkü 1982 Anayasa'sı yukarıda da belirttiğimiz gibi, insan hakları alanında uluslararası hukuka kimi yollamalarda bulunmaktadır. Örneğin, Anayasa'da "*İnsan haklarına saygılı*" (m. 2), "*insan haklarına dayalı*" (m. 14) devlet düzenlemesi karşısında, insan hakları anlayışının uluslararası metinlerde yer alan anlamı ile anlaşılması mümkün olduğu gibi, olağanüstü hallerde de temel hak ve özgürlüklerin kullanımlarının kısmen veya tamamen durdurulabilmesinde "*milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek*" kaydının yer alması (madde 15), ulusal hukukumuzun uluslararası hukuk ile bağlantısını ortaya koymaktadır. Yine yargıcın karar verirken, sadece Anayasa ve yasaya göre değil, "*hukuka*" uygun davranması zorunluluğu da sadece ulusal hukuk değil uluslararası hukukun da dikkate alınması gerektiğini ortaya koymaktadır (madde 138).

IV. Anayasa'da Gerçekleştirilen Son Değişiklik

Yukarıda aktardığımız görüşler Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına ek getirmeden önceki düzenlemelerle ilgili idi. Esasen temel hak ve özgürlüklerle ilgili olmayan sözleşmeler bakımından tartışma, eskisi

⁷⁰ Bkz. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, 24.11.1998 gün ve 963/1021 sayılı kararında Yüksek Askeri Şura kararına karşı yargı yolunun kapalı oluşunu düzenleyen Anayasa'nın 125/2. maddesi ile AİHS'nin 6/1, Anayasa'nın 36. ve 40. maddelerine aykırı olup olmadığını incelemiştir. Güran, Sait, "*Egemenlik Ulus'undur, Üstünlük Anayasa'dadır*", *Anayasa Yargısı*, 17, Ankara 2000, s. 56-57.

kadar olmasa da, devam edecektir. Getirilen ek cümleden önce bir yasanın parlamentoda görüşülmesi sırasında ileri sürülen görüşler, getirilmek istenen düzenlemenin “Anayasa’ya aykırı” olduğu ve “ulusal egemenlikle” çeliştiği şeklindeydi.⁷¹ Şimdi Anayasa’ya getirilen ek düzenleme ile, hiç değilse temel haklarla ilgili sözleşmeler bakımından konunun kısmen netleştirildiği söylenebilir.⁷²

1982 Anayasası’nın 90. maddesinin son fıkrasında yer alan ve yukarıda üzerinde durduğumuz düzenlemesi ile ilgili olarak farklı yaklaşımlar vardı. Anayasa’da gerçekleştirilen değişiklikler sırasında,⁷³ maddede herhangi bir değişiklik yapılmadan, son fıkraya şu cümle eklendi: “*usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.*”

Eklenen bu fıkranın Anayasa Komisyonu gerekçesi, “*uygulamada usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin milletlerarası antlaşmalar ile kanun hükümlerinin çelişmesi halinde ortaya çıkacak bir uyuşmazlığın halinde hangisine öncelik verileceği konusundaki tereddütlerin giderilmesi amacıyla 90. maddenin son fıkrasına hüküm eklenmektedir*” şeklindedir.

Yeni düzenlemeyle Anayasa’nın 90. maddesinin son fıkrası, “*usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar*

⁷¹ 4793 sayılı Yasa’nın AİHM’nin ihlal kararının iç hukukumuzda yargılamanın yenilenmesi nedenleri arasında yer almasına ilişkin düzenlemesiyle ilgili olarak TBMM Adalet Komisyonu’nun raporuna (21.1.2003 gün ve 1/283 Esas, 11 Karar sayılı rapor) muhalif üyelerden biri,

“Öngörülen değişiklikler Anayasa’ya aykırıdır: Şöyle ki;

(...) Anayasa’nın 90. maddesi uyarınca milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir. Dolayısıyla, normlar hiyerarşisinde milletlerarası anlaşmalar Anayasa’nın altında yer alır.

Anayasa’nın 11. maddesine göre ise, Anayasa hükümleri diğer devlet organlarıyla birlikte yasama organını da bağlayan en üstün hukuk kurallarıdır.

O halde, Anayasa hükümleri dikkate alınmadan sadece, AİHS ile uyum sağlama adına Anayasa’ya aykırı düzenlemeler yapılamaz.” derken (Mehmet Yılmazcan-Kahramanmaraş Milletvekili);

Diğer bir üye, tasarının ilk üç maddesindeki değişikliklerin Anayasal kuruluş olan Türk Yargıtay’ını devre dışı bıraktığını belirttikten sonra,

“Ayrıca, Avrupa Birliği müktesebatını karşılamak üzere 3.8.2002 tarihinde yapılmış değişiklikler vardır. Bunlar da Avrupa Birliği müktesebatını karşılamaya yeterlidir.

Kaldı ki, yapılan değişiklik Anayasamızda ifadesini bulan ‘Ulusal Egemenlik’ ilkesi ile de çelişmektedir. Bu açıdan, tasarının Anayasa Komisyonu’na da gönderilmesi gerekir.” (Orhan Eraslan-Niğde Milletvekili) demiştir.

AİHM kararlarının iç hukukumuzda yargılamanın yenilenmesi nedenleri arasında yer almasını düzenleyen 3.8.2002 gün ve 4771 sayılı Yasa’yla getirilen düzenlemenin Anayasa’nın Başlangıç’ı ile, 2, 4, 6, 9 ve 138. maddelerine aykırı olup olmadığını

hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.” biçimini aldı.

Temel hak ve özgürlüklerle ilgili sözleşmeler de diğer sözleşmeler gibi yasa gücünde ve bunlar için de Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunulamaz.

Yeni düzenleme ile eski düzenlemeyi birlikte değerlendirecek olursak, eskiden olduğu gibi Anayasa, usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası sözleşmelerin “yasa hükmünde” olduğunu kabul ediyor. Bu sözleşmeler hakkında “Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayacağı” benimsiyor. Ancak Anayasa, yasa ile temel hak ve özgürlüklerle ilgili düzenleme getiren sözleşme arasında farklı düzenleme olursa, sözleşmeye üstünlük tanınacağını ve yasanın değil, sözleşmenin uygulanacağını öngörüyor. Fakat Anayasa, sözleşmenin Anayasa'ya üstün olacağını kabul etmiyor. Dolayısıyla hukukumuzda Anayasa altı, ancak hiç değilse temel haklar bakımından yasa üstü sayılan sözleşmelerin yasaların Anayasa'ya uygunluk denetiminde dikkate alınıp alınamayacağı hususu tartışma yaratacaktır. Geçmişte Anayasa Mahkemesi bir kararında, “KHK ya da yasanın sözleşmeye uygunluk denetiminin ise, Anayasal denetim kapsamına girmemesi

inceleyen Anayasa Mahkemesi kararında (AMK, 27.12.2002,2002/146-201, RG, 11.12.2003/25282);

“Dava dilekçesinde, yargı yetkisinin ulus adına bağımsız Türk mahkemelerince kullanılacağı, dava konusu düzenleme ile egemenliğin kullanımı olan yargı yetkisinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne kısmen devredildiği ve bu suretle bağımsız Türk mahkemelerinin üzerinde bir yargı makamı ihdas edildiği, dosya, davaya bakması için karar veren mahkemeye gönderildiğinde, bu mahkemenin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı ile bağlı olup olmadığının belli olmadığı, mahkemenin kararında direktmesi halinde ne olacağının maddede açıklanmadığı, bununla hukuk güvenliğinin sağlanmasını engellediği belirtilerek söz konusu düzenlemenin, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile, 2., 4., 6., 9. ve 138. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın Başlangıç'ının üçüncü paragrafı ile 6. maddesinde, ulus iradesinin mutlak üstünlüğü, egemenliğin kayıtsız şartsız Ulusa ait olduğu ve Türk ulusunun egemenliğini, Anayasa'nın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle 'Yargı Yetkisi' başlıklı 9. maddesinde de, yargı yetkisinin Türk Ulusu adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı belirtilmiştir.

Eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğu ön koşul olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirmek ve hukuku tüm devlet organlarına egemen kılmak, bu bağlamda etkili bir yargı denetimi sağlama yükümlülüğündeki hukuk devletinde, Anayasa'nın 138. maddesinde düzenlenen mahkemelerin bağımsızlığı, yargının yasama ve yürütme organlarına karşı bağımsız yapısını, hakimlerin bağımsızlığı ise onların Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm vermelerini ifade eder.

Kesin hükme bağlanmış olan bir dava hakkında yeniden yargılama yapılmasını sağlayan

nedeniyle inceleme konusu dışında tutulmuştur" demek suretiyle, yerinde olarak yasanın sözleşmeye uygunluk denetimini yapmamıştı.⁷⁴ Şimdi 90. maddeye getirilen eklemeye karşın, Anayasa'nın 148. maddesinde değişiklik gerçekleştirilmediğine göre, Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu içtihatları halen geçerlidir. Ancak, sözleşmenin yasaya üstünlüğünün kabul edilmesi karşısında, sözleşmeyle çatışan ve bu nedenle hukuk dünyasının dışına çıkarılması gereken söz konusu yasaların Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'nin önüne götürülmesi olasıdır.⁷⁵

Böyle bir durumda Anayasa Mahkemesi ne yapacak? Çatışan yasanın sözleşmeye uygunluk denetimini mi yapacak? Yoksa eski içtihatları doğrultusunda karar mı verecek? Acaba Anayasa Mahkemesi, KHK'lerin yetki yasasına uygunluğunun denetimine benzer bir yaklaşımla sözleşmeyle çatıştığı iddia edilen yasanın sözleşmeye uygunluk denetimini yapabilecek mi? Veya sözleşmeyle çatışsa bile, yasanın sözleşme hükümlerine oranla daha somut düzenlemelere sahip olması nedeniyle, söz konusu yasanın kimi durumlarda farklı yorum yollarıyla başka olaylar için uygulanabilirliği göz önünde bulundurulup, iptaline gerek yok diyebilecek mi?

Eklenen cümleden hareketle, ekleme öncesi düzenleme ile ilgili olarak yukarıda yaptığımız açıklamalara ilave olarak, yasadaki düzenleme

ve olağanüstü bir kanun yolu olan yargılamanın yenilenmesi sebepleri ilgili yasalarda sayılarak belirlenmiş, dava konusu düzenlemeyle de, hükmün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'nin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kesinleşmiş kararlarıyla saptanması, bu sebepler arasına eklenmiştir. Buna göre, yargılamanın yenilenmesi isteminin yasaya uygun olarak yapıldığının Yargıtay'ın ilgili genel kurullarınca saptanması halinde, dosya kararı veren mahkemeye gönderilecek, davanın tâbi olduğu usul hukuku kuralları uygulanmak suretiyle yargılamanın yenilenmesi sebebi değerlendirilip, istem uygun görülmediğinde kabul edilerek davanın esası hakkında yeni bir karar verilecektir. Yargılamanın sonucuna göre, mahkemenin önceki kararını onaylaması da bir olasılık olup, getirilen düzenlemede bunu engelleyecek bir kural yer almamaktadır. Ayrıca, davaya bakan hâkimler, Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm vereceklerinden, iç hukukun yargılama usulüne müdahale veya yargı yetkisinin devri ya da mahkemelerin bağımsızlığını zedeleyen bir durum söz konusu değildir" demek suretiyle iptal istemini oybirliği ile reddetmiştir.

⁷² 4771 sayılı Yasa'yla getirilen AİHM kararının iç hukukumuzda yargılamanın yenilenmesi nedenleri arasında yer almasının Anayasa'ya aykırı olduğu ve bu konuda Anayasa'da değişiklik yapılması gerektiği hk. bkz. Özer, Atilla, "Ülkemizde Egemenlik ve Yargı Erkinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Karşısındaki Durumu", *Anayasa Yargısı*, 20, s. 187-192.

⁷³ 7.5.2004 gün ve 5170 sayılı Yasa'nın 7. maddesi ile Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına bir cümle eklendi; RG, 22.5.2004, S. 25469.

⁷⁴ 1988/5-55, 22.12.1988; Benzeri karar, AMK, 21.1.1971, 1969/37, 1971/8, AMKD, 9/229 (Bu kararda, sadece Anayasa'ya uygunluk denetimi yapıldığı, yasaların vs. yasalara uygunluk denetiminin yapılamayacağı belirtilmesi karşısında, sözleşmeye uygunluk denetiminin de söz konusu edilemeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır).

⁷⁵ AMK, 26.9.1965, 1963/173, 1965/40; AMKD, S. 4, s. 290 vd.; RG, 25.7.1967-12656. Bu kararda Anayasa Mahkemesi TCK'nin 141. ve 142. maddelerinin AİHS'nin 9., 10. ve 11. maddelerinin sonradan yürürlüğe giren yasalar olması nedeniyle, Sözleşme hükümlerinin iptali istenen yasaları yürürlükten kaldırmış sayıldığına ilişkin iddiayı yerinde bulmamıştı.

yerine sözleşme hükmünün uygulanabilmesi için, şu hususlara değinmek gerekir:

- Öncelikle temel hak ve özgürlüklerle ilgili bir sözleşmenin olması,
- Aynı konuda bir yasal düzenlemenin olması,
- Sözleşmede yer alan düzenleme ile yasanın aynı konuda farklı düzenlemelere sahip olmaları gerekir.

Buradan çıkan sonuca göre, temel hak ve özgürlüklerle ilgili olarak sözleşme ile yasa aynı konuda farklı düzenleme getiriyorlarsa sözleşme uygulanacak.

Buna karşılık sözleşmede hüküm var, Anayasa ve yasada hüküm yoksa ve sözleşmedeki düzenleme Anayasa'ya aykırı değilse, sözleşme yine uygulanacak.

Yasa ile sözleşme aynı konuyu farklı düzenlemiyorlarsa her ikisi birlikte uygulanacak.

Sözleşme ile Anayasa aynı konuyu düzenliyor ve farklılık varsa hangisi uygulanacak? Anayasa'da bu konuda açık bir düzenleme yoktur. Doğal olanı sözleşmenin hazırlanışı sırasında Anayasa'ya aykırı düzenlemelere imza atılmaması veya önce Anayasa'da değişiklik yapıp, sonra sözleşmenin imzalanmasıdır. Ancak bu yapılmadan sözleşme yürürlüğe konmuşsa, Anayasa da bir yasadır, bu nedenle sözleşme Anayasa'ya üstündür, öyleyse Anayasa'yı bir kenara bırakıp, sözleşmeyi uygulamak gerekir diyebilir miyiz?

Konu Anayasa'da, sözleşme ve yasadaki düzenlemeye oranla daha güvenceli düzenlenmişse, yasanın Anayasa'ya aykırılığı giderilmeden, sözleşme-yasa düzenlemelerinden sözleşmeyi öne alabilecek miyiz?

Anayasa'nın 90. maddesine eklenen bu cümleye rağmen, o konuda Anayasa, sözleşme ve Yasa'da düzenleme olup, Anayasa'daki düzenleme diğerlerine oranla daha güvenceli ise, koşulların uygun olması halinde Anayasa'nın doğrudan uygulanması gerekir. Ancak Anayasa'nın doğrudan uygulanma koşulları yoksa, yasanın Anayasa'ya aykırılığı sorununu Anayasa yargısı yolu ile çözümlemekle beraber, Anayasa'ya aykırılığı iddia edilemeyen sözleşme hükmünü yine de uygulayabilecek miyiz?

Yukarıda da açıkladığımız gibi, Anayasa'nın bu hükmü, hem öğretide hem yargı kararlarında farklı görüşlerin ortaya konmasına neden olmuştur. Getirilen ek ile hiç değilse temel hak ve özgürlükler bakımından daha net bir düzenleme ortaya konmuş ve bu yeni durum karşısında, önceki düzenleme bakımından ortaya atılan eski görüşlerin kimisinden vazgeçilebileceği beklenebilir. Çünkü, maddenin ilk şeklinde sözleşmelerin

hukukumuz karşısındaki durumu farklı biçimlerde değerlendirilmişti. Bu değerlendirmelerden örneğin, sözleşmelerin yasa üstü olduğu yönündeki görüşün, yeni ek cümle ile getirilen düzenleme nedeniyle, bundan böyle yerinde olmadığı söylenebilir. Zira yeni ek cümlelerin aynı konuda, sırf temel haklarla ilgili sözleşme-yasa çatışmasında sözleşmeye üstünlük tanınması nedeniyle, temel haklar dışında kalan hususlarla ilgili sözleşmeler bakımından yasaya üstünlüğün benimsenmediği anlaşılmaktadır. Oysa, maddenin ilk şeklindeki düzenlemeden böyle bir sonuca rahatlıkla ulaşmak mümkün değildi. Dolayısıyla ek cümle, bir taraftan temel haklarla ilgili sözleşmelerin yasa üstünlüğünü kabul ederken, bir taraftan da dolaylı olarak temel haklar dışındaki sözleşmelerin sadece Anayasa'ya aykırılığı iddia olunamayan yasa şeklinde anlaşılmasını sağlamıştır. Yani tali kurucu organ, sadece temel haklarla ilgili özel bir düzenleme getirirken, bu hakların dışında kalan hususlar bakımından da bir açıklık getirmiş olmaktadır. Bu bir bakıma tali kurucu organın Anayasa'ya bir ekleme yapmasının yanında, ek düzenleme öncesi düzenlemenin nasıl anlaşılması gerektiği yönünde bir açıklama yapmak suretiyle, Anayasa'nın yorumunun nasıl yapılması gerektiğini de ortaya koymaktadır.

Getirilen ek düzenlemenin kimi sorunları da beraberinde getirmekte olduğu da anlaşılmakta olduğundan, karşılaşılabilecek kimi hususlara göz atacak olursak;

1. Getirilen ek cümlelerin sadece *“usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır”* düzenlemesi karşısında, sözleşme ile yasa arasındaki genel-özel yasa veya önceki sonraki yasa ayırımı hususundaki tartışma *“temel hak ve özgürlüklerle ilgili”* istisna hariç, yine devam edecektir. Ancak ek cümle, getirdiği yenilikle, eskiden üzerinde tartışılan ve mademki sözleşme bir yasadır, öyleyse özel yasa genel yasa veya önceki yasa sonraki yasa ayırımından hareketle, olaya hangisinin uygulanacağını belirlemek gerekir görüşü sadece *“temel hak ve özgürlüklere ilişkin”* sözleşmeler bakımından ortadan kaldırılmıştır.

2. *“Farklı”* düzenlemenin ne olduğu açık değil. Zira *“farklı”* düzenlemeye kastın ne olduğu hususunda bir ölçüt getirilmezse, her sözleşmenin yasaya üstünlüğünden söz edilebilir. Oysa, *“farklı”* düzenlemenin *“lehe”* düzenleme şeklinde açıkça belirtilmesi gerekirdi. Ancak uygulamada *“farklı”* düzenlemenin *“lehe”* düzenleme şeklinde anlaşılması gerekir.

3. Anayasa, sadece *“uluslararası sözleşmeler”* den söz etmektedir. Oysa sözleşme olmamakla beraber diğer uluslararası belgelerle getirilen düzenlemeler bakımından nasıl bir değerlendirme yapılacaktır? Sanırım bu durumda Anayasa'daki sözleşme tanımına bakmak gerekir. Anayasa'ya göre, Türkiye

Büyük Millet Meclisi'nin onaylamayı bir yasayla uygun bulduğu uluslararası belgelerin tümünün, uluslararası sözleşme olarak kabul edilmesi gerekir.⁷⁶

4. Bu değişiklikle sözleşmeler yine Anayasamızdan üstün sayılamaz. Zira, ekte getirilen “*usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır*” düzenlemesi karşısında, bu tür sözleşmelerin de diğerleri gibi yasa gücünde olduklarını, ancak aynı konuda yasayla farklı hükümler içermesi halinde yasanın değil, sözleşme hükümlerinin esas alınacağını öngörmektedir. Çünkü konu ile ilgili olarak yapılan tartışmaları, böyle bir düzenlemeyle sona erdiren tali kurucu iktidar, isteseydi bu tür sözleşmelerin Anayasa üstünlüğünü kabul ederdi; bunu kabul etmediğine göre, insan hakları ile ilgili sözleşmelerin de hukukumuz bakımından Anayasa üstü olduğu görüşüne katılmak mümkün değildir.

Burada sözleşmelerin yasa gücünde kabul edilmesi ve Anayasa'ya aykırılıklarının iddia edilememesi ile temel hak ve özgürlüklerle ilgili sözleşmelerin çatıştığı yasaya üstünlüğünün kabul edilmesi karşısında, bu sonucu sözleşmelerin Anayasa'ya aykırı olsalar da uygulanacakları (uygulanmaları gerektiği) savunulabilir. Çünkü, Anayasa koyucu bu sözleşmelerin Anayasa'ya üstün olduklarını açıkça düzenlememekle beraber, bunların (Anayasa dahil) yasalara üstünlüğünü (sırf temel hak ve özgürlüklerle ilgili sözleşmelerin) kabul ettiğine göre, bunlar Anayasa'ya aykırı olsa/Anayasa'yla çatışsalar bile, bu tür sözleşmelerin uygulanacakları savunulabilir. Ancak Anayasa'nın maddesinin hazırlanışı sırasında bu husus açıkça öngörülmediği gibi, gerek gerekçesinde ve gerekse metnin tartışmalarında bu hususa dikkat çekilmediğine göre, sözleşmelerin hukukumuzda Anayasa'ya üstün olmadıkları kesindir.⁷⁷

⁷⁶ Kaboğlu, İbrahim, Hukuka Yeni Düzenleme, *Radikal*, (26.7.2004, İnternet Baskısı).

⁷⁷ Anayasa Mahkemesi yeni bir kararında (AMK, 23.3.2004, 2001/119, 2004/37, RG, 21.7.2004), “*Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlarından kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde yasakoyucunun da uyması gereken Anayasa ve temel hukuk ilkelerinin bulunduğu bilincinde olan devlettir. Yasakoyucu, yalnız yasaların Anayasa'ya değil, Anayasa'nın da evrensel hukuk ilkelerine uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür. Bu bağlamda hukuk devletinde, ceza hukuku alanında olduğu gibi idari para cezalarına ilişkin düzenlemelerde de kuralların, önleme ve iyileştirme amaçlarına uygun olarak ölçülü, adil ve orantılı olması gerekir*” demiştir. Yüksek Mahkeme burada, “*Yasakoyucu, yalnız yasaların Anayasa'ya değil, Anayasa'nın da evrensel hukuk ilkelerine uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür*” demekle, sadece yasakoyucunun değil, Anayasa koyucunun da Anayasa değişiklikleri sırasında “*evrensel hukuk ilkelerine uygun*” davranacağını söylüyor.

Yüksek Mahkeme daha önceki bir kararında da “*evrensel hukuk ilkelerine*” uygunluk

Sözleşme, Anayasa'dan daha güvenceli düzenlemeye sahipse, yeni düzenlemeyle daha da netleştirildiği üzere sözleşmenin Anayasa'ya üstün olmaması da göz önüne alındığında, Anayasa'ya uygun ancak sözleşmeye oranla daha az güvenceli düzenlemeye sahip olan yasanın uygulanmaması ve sözleşmenin uygulanması halinde Anayasa'ya aykırı uygulama gerçekleşmiş olmayacak mı? Bu tür uygulamaları önlemek amacıyla kimi ülkelerde sözleşmelerin Anayasa ile uyumu sorununun öndenetim yolu ile çözümleme mekanizması geliştirilmiştir. Örneğin, Fransa'da Anayasa Konseyi'nin sözleşmelerin Anayasa ile çatışma noktalarını belirleme bakımından öndenetim yetkisi vardır. Bizde böyle bir mekanizma olmadığına göre uygulamada sıkıntılar yaşanacaktır.

5. Getirilen ek, sadece “*temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası*” sözleşmelerle ilgilidir. Ancak hangi sözleşmelerin temel hak ve özgürlüklerle ilgili olduğu nasıl tespit edilecek? Burada dikkate alınacak temel hak ve özgürlükler sözleşmelerde yer alanlar mıdır? Yoksa Anayasa'nın “*temel hak ve özgürlük*” olarak belirttiği haklar mıdır? Veya, “*temel hak ve özgürlükler*” dinamik olup, değişkendir, öyleyse zaman içerisinde “*temel hak*” şeklini alacak hak ve özgürlükler de buna dahildir mi diyeceğiz? Çünkü getirilen ek, “*hak ve özgürlükleri*” değil, sadece “*temel hak ve özgürlükleri*” dikkate almaktadır. Yasa teklifinin madde gerekçesinde, “*uygulamada usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin milletlerarası antlaşmalar ile kanun hükümlerinin çelişmesi halinde ortaya çıkacak bir uyumsuzluğun hallinde hangisine öncelik verileceği konusundaki tereddütlerin giderilmesi amacıyla 90. maddenin son fıkrasına hüküm eklenmektedir*” denmekteydi.⁷⁸ Ancak yasa teklifi ile Anayasa Komisyonu görüşmeleri sonucu kabul edilen metin, teklifteki “*antlaşmalar ile*”nin yerine, sadece Anayasa Komisyonu'ndaki “*antlaşmalarla*” biçimindeki düzeltme değişikliği dışında, aynıdır.

Getirilen ek cümle sadece temel haklar bakımından sözleşmeye üstünlük tanımaktadır. Bilindiği gibi, insan hakları öğretisinde, temel/temel olmayan haklar ayrımı giderek terk edilmektedir. Anayasamız bakımından temel hak ve özgürlükler, bütün Anayasal hak ve özgürlükleri içermektedir (m. 12-74). Öyleyse Anayasa'da yer almayan, ancak yasalarla düzenlenebilecek kimi haklar bakımından (Anayasa'da temel hak sayılmamaları nedeniyle) sözleşmelere böyle bir üstünlük tanınması mümkün olmayacak.

Diğer taraftan, uluslararası belgenin adı temel haklarla ilgili olmasa bile, eğer içeriğinde bir tek maddesinde dahi temel haklarla ilgili düzen-

aramıştır. Anayasa Mahkemesi kararında da, hukuk devletinde “*Yasakoyucu, yalnız yasaların Anayasa'ya değil, Anayasa'nın da evrensel hukuk ilkelerine uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür.*” demiştir (AMK, 31.1.2002, 2001/29, 2002/24, AMKD, 38-2/547; bkz. Gerek-Aydın, s. 10).

⁷⁸ TBMM, Dönem: 22, Yasama yılı: 2, s. sayısı: 430.

leme varsa, bu belgenin de temel hak ve özgürlüklerle ilgili sözleşmeler olduklarının kabulü gerekir. Çünkü, ek cümle sözleşme-yasa çatışmasında temel hak ve özgürlüğü ölçüt olarak kabul etmektedir.

Anayasa Komisyonu'ndaki görüşmeler sonucunda bu konuda beliren farklı görüşte şu hususlara dikkat çekilmişti:

"Teklifin 7. maddesinde, kanunlarla aynı konuda farklı hükümler taşıyan ve bu nedenle çıkacak uyuşmazlıklarda hükümleri esas alınacak temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmaların en azından hangi kaynaklardan gelen antlaşmalar olduğuna ilişkin bir belirleme yapılmasının, çıkabilecek bir takım farklı yorum ve uygulamaları önlemek bakımından yararlı olacağını düşünüyoruz ve bu nedenle 7. maddedeki düzenlemeye karşıyız." denilmişti.⁷⁹

Karşıoyu temsil eden görüş sahipleri, temel haklarla ilgili olarak hangi kaynakların esas alınması gerektiği konusuna açıklık getirilmesi amacıyla, bu konuda TBMM Genel Kurulu'nda şu değişiklik teklifinde bulunmuşlardı:

*"Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı, Uluslararası Çalışma Örgütü çerçevesinde yapılarak usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır."*⁸⁰

Ancak değişiklik teklifine karşı Anayasa Komisyonu Başkanı,⁸¹ "Geçen görüşmelerde de bu gündeme geldi. Bu sayma yöntemini biz, teknik olarak doğru bulmuyoruz. Yani, belki, bu, amaç olarak doğru; ama, netice itibarıyla, madde tekniği bakımından, ben -Komisyon olarak- yerinde bulmuyorum." dedikten sonra, Hükümetin de teklife katılmaması üzerine önerge sahiplerinden biri önerge ile ilgili olarak Meclis Genel Kurulu'ndaki konuşmasında,⁸² "Önümüze getirilen teklifin bu maddesi, bir uluslararası antlaşmanın, insan haklarına ilişkin bir antlaşmanın bir konuda yaptığı düzenleme ile iç hukuk kuralının aynı konudaki düzenlemesi çatıştığı zaman, aynı doğrultuda hükümler getirmediği zaman, çıkacak ihtilafta, uluslararası antlaşma hükümlerine uygulamada öncelik tanınmaktadır. Gerçekten de, bizim Anayasamızda, kanunların hükümleri ile uluslararası antlaşmaların hükümleri çatıştığı zaman ne yapılacağına ilişkin bir

⁷⁹ Karşıoy veren Milletvekilleri, Oya Araslı (Ankara), Atilla Kart (Konya), Atilla Emek (Antalya), Halil Ünlütepe (Afyon), Uğur Aksöz (Adana), Yılmaz Kaya (İzmir).

⁸⁰ Teklifte bulunan Milletvekilleri: Güldal Okuducu, Oya Araslı, Bihlun Tamaylıgil, N. Gaye Erbatur Özlem Çerçioğlu, Haşim Oral, Birgen Keleş, Ali Topuz, Sinan Yerli-kaya, Sıdika Sarıbekir, Mehmet Semerci, Mehmet Ali Özpolat, Kemal Kılıçdaroğlu, Mustafa Özyürek, Kemal Sağ, Ali Kemal Kumkumoğlu, Abdulkadir Ateş, K. Kemal Anadol, Tuncay Ercenk.

⁸¹ Anayasa Komisyonu Başkanı Prof. Dr. Burhan Kuzu'nun konuşması.

⁸² Oya Araslı'nın bu konudaki konuşması tek ve farklı olmanın yanında önemli olduğu için aynen alıyorum.

belirleme yoktur. Uluslararası antlaşmalar kanuna eşdeğer hükümde olduğu için, bu gibi durumlarda hukukun genel ilkeleri uygulanmakta ve ‘özel hüküm, genel hükmün önüne geçer’, ‘sonra gelen hüküm, önceki hükmün önüne geçer’ ilkeleri doğrultusunda işlem yapılmaktadır. Bu da, birtakım farklı içtihatların ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Halbuki, bu konuda bir açıklığa, bir berraklığa ihtiyaç vardır. Böyle bir ihtiyacın varlığı, giderilmesi gerektiği doğrudur. Ne var ki, dünyanın çeşitli ülkelerine, özellikle Avrupa Birliği ülkelerine baktığımız zaman, dış hukuka bu tür çalışmalarda öncelik veren ülkelerin, antlaşmaların Anayasa’ya uygunluğunu sağlamak bakımından çok etkin bir denetim mekanizması kurduğu görülmektedir; bir önce denetim, bir öndenetim mekanizmasını devreye sokmaktadırlar. Halbuki, Türkiye’de, zorunlu olarak işleyen böyle bir denetim mekanizması yoktur ve antlaşmaların Anayasa’ya uygun olup olmadığını belirlemek için, bu tür antlaşmaları Anayasa Mahkemesi’nin denetimine sunma imkânı da yoktur. Böyle bir denetim, Anayasa Mahkemesi’nin yetkisi dahilinde değildir; ancak, antlaşmanın onaylanmasını uygun bulma kanunları bir kanun olduğu için, Anayasa Mahkemesi’nin denetimine tabidir; ama, kanunla onayı uygun bulma ve onay arasındaki mesafe, zaman olarak bazen o kadar kısadır ki, böyle bir denetim imkânı da pratikte bir anlam taşıyabilmemektedir. Bu nedenle, 90. maddenin taşıdığı bu özellik göz önünde tutulduğu zaman, madde, sadece Anayasa’nın 90. maddesinde bir değişiklik getirdiği ve Anayasa Mahkemesi’nin denetimiyle ilgili hükümlerde bir değişiklik yapma imkânı bırakmadığı için, 90. madde çerçevesinde ne yapılabilir(?) bu sakıncayı gidermek için diye düşünüldüğünde, tek çare, bu özelliği tanıyacağımız antlaşmaların hangi kaynaktan gelen antlaşmalar olduğunu belirleyen bir hükmü bu maddeye eklemekle ortaya çıkabilmektedir. Böyle bir hükmün maddeye eklenmesi, yarın, öbür gün, uygulayıcı bakımından, hangi antlaşma temel insan haklarına ilişkin antlaşmadır, hangisi değildir konusunda yapılacak belirlemede ortaya çıkacak farklı değerlendirmeleri de önlemeye imkân verecektir” demiş ve oylama sonucu önerge reddedilmiştir.

Buradan çıkan sonuç, temel hak ve özgürlüklerin hangileri olduğu sorununun Anayasa hukukunun gündemini uzun süre işgal edeceği benzenmektedir.

Bu durumda, Anayasamızda yer alan “temel hak ve özgürlüklerden” hareketle sorunun çözülmesi daha uygundur. Zira sözleşmenin Anayasa üstünlüğünün kabul edilmemesi karşısında, Anayasa’da ve sözleşmede yer alanlar bakımından sorun yok; ancak sözleşmede yer almakla beraber, Anayasa’da yer almayan temel hak ve özgürlükler bakımından sorunun üstesinden gelmesi kolay görünmüyor. Çünkü Anayasa’da yer almayan ve sözleşmede yer alan düzenlemelerin Anayasa’nın diğer hükümleri ile çatışması halinde ne gibi işlem yapılacağı sorun olarak ortadadır.

6. Hangi metinde yer alacak “hak ve özgürlükler” olduğunun açıkça düzenlenmemesi karşısında, bu konuda iç hukukumuzda ortaya çıkacak

uyuşmazlığı kim çözecek? İlk derece mahkemelerinin kararlarının denetimi ni yapacak temyiz mahkemeleri mi? Yoksa Anayasa'yı yorumlamaya yetkili özel mahkeme olan Anayasa Mahkemesi mi? Anayasa Mahkemesi yetkili dersek, davanın önüne nasıl gelebileceğini de belirtmemiz gerekecektir. Zira sözleşmeyi denetleyemeyen, sadece uygun bulma yasasını denetleyebilen Anayasa Mahkemesi'nin, sözleşmenin içeriğinin Anayasa'da yer alan temel haklarla bağlantısını ortaya koyması mümkün olabilecek mi?

Eğer, temel hak ve özgürlüklerle ilgili düzenlemeye sahip sözleşme metninin dikkate alınmasını savunursak, o zaman karşımıza, Anayasa'da yer almamakla beraber, bir sözleşmede düzenlenmiş olan hakka ilişkin hüküm nedeniyle, sözleşmenin, Anayasa koyucunun açıkça yasaklamasına karşın, Anayasa üstülüğünün kabulü gerekecektir. Bunu şu anda hemen öngörebilmek pek mümkün olmamakla beraber, yakın gelecekte hukukçularımızı meşgul edeceği şimdiden açıktır. Çünkü, insan hakları dinamikdir; sürekli içeriği zenginleşmekte olduğundan, Anayasa'daki düzenlemelerin geride kalması büyük ihtimal dahilindedir. Bu bir bakıma temel hak ve özgürlükleri genişletme hedefini güden bir düzenleme olarak da kabul edilebilir. Zira hangi hakların dikkate alınacağını, değişiklik teklifinde yer alan "Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı, Uluslararası Çalışma Örgütü çerçevesinde" yapılan sözleşmelerle ilgili olarak kabul etmemek bizi böyle bir yoruma da götürebilir. Ancak, bu konuda da yeniden başa döndüğünü, tartışmanın bu kez hem "temel hak ve özgürlüklerle" ilgili olan, hem de ilgili olmayan sözleşmeler bakımından devam edeceğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Diğer taraftan sözleşmede veya Anayasa'da yer almayan ancak yargı organı tarafından temel hak olarak kabul edilen hakların varlığının da göz önünde bulundurulması gerekir.⁸³

7. Getirilen ek cümle, "antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır" demekle, sözleşme ile yasanın farklı konularda farklı hükümler taşıması hususunu öngörmemektedir. Yani farklı konuları düzenleyen sözleşme ile yasa arasında zaten farklı düzenleme olmayacağı için, her biri ayrı ayrı uygulanacak demektir. Konular farklı olmakla beraber, kimi hususların aynı olması, dolayısıyla kavram boyutunda da olsa benzeri konularda farklılıklar ortaya çıkarsa, bu durumda da aynı konu kavramı içerisinde değerlendirmede bulunabilecek miyiz?

⁸³ Örneğin, AIHM'nin, Sözleşme'nin 11. maddesinde açıkça yer almamasına karşın siyasi partilerin de bu madde kapsamında koruma göreceğine karar vermesi (bkz. AIHS'nin 11. maddesi ile ilgili kararları); Türk Anayasa Mahkemesi'nin de Anayasa'da yer almamasına karşın "direnme hakkı" nı kabul etmesi (AMK, 1988/2-1, RG, 16.5.1989) gibi.

Anayasa'ya eklenen cümlede temel haklarla ilgili olarak sözleşme-yasa hükmünün farklı düzenlemeye sahip olması halinde sözleşme hükmünün esas alınacağı ifade edilmektedir. Ancak bu farklı düzenlemede yasadaki düzenleme sözleşmede yer alan düzenlemeden daha güvenceli ise, yine sözleşmeyi mi esas alacağız? Veya bir başka yönden, sözleşme-yasa çatışmasında sözleşmeyi bir kül halinde mi esas alacağız yoksa tek tek düzenleme maddelerine mi bakıp değerlendirmede bulunacağız?⁸⁴ Bu hususun uygulamada farklı yorumlara sebebiyet vereceği ortadadır. Bu nedenle yasanın sözleşmeden daha güvenceli düzenleme getirdiği durumlarda sözleşmenin değil, Yasa'nın uygulanması gerekir. Bu itibarla getirilen düzenlemede bu yönün gözetilmemesi yerinde olmamıştır. Yasa'nın bir tek maddesi dahi o konuda sözleşmeden daha güvenceli bir düzenlemeye sahipse, yasanın o hükmünün uygulanmasından kaçınılmaması gerekir. Bilindiği gibi, örneğin AİHS asgari standart düzenlemelere sahip olup, üye ülkelerin bu standardın altına düşmemek kaydıyla iç hukuklarında daha güvenceli düzenlemelerde bulunabileceklerini öngörmektedir. Nitekim bugün sözleşmeye üye ülkelerin sözleşme hükümlerinden daha ileri düzenlemelerde bulundukları bir gerçek olduğu gibi, ek protokollerle yeni yeni hakların getirilmesi de bu görüşü doğrulamaktadır. Ek cümledeki "*aynı konu*"yu her bir hak ve o hakkın koruna öğeleri yönünden tek tek değerlendirmek gerekir.

8. Sözleşme ile yasanın aynı konuda düzenleme getirdiğine hangi organ karar verecek? Anayasa Mahkemesi mi? Yoksa, bu konuda karar vermeye yetkili yargı organı ve dolayısıyla bu yargı organının yüksek mahkemesi mi?

Kuşkusuz ilk akla gelen husus, temel hak ve özgürlükle ilgili kararı verecek olan mahkeme hangisi ise, o mahkeme, farklı düzenleme olup olmadığını tespit edip, bu tespite göre karar verecektir.

9. Ancak sözleşme ile yasa arasındaki farklı düzenlemenin, sözleşmenin genel hükümleri belirtmesi ve her zaman somut olayda uygulanamayacak olması nedeniyle, uygulamada değişik sorunlar yaşanacağına kuşku yoktur. Örneğin, idari yargı bakımından, bu yargının dinamikliği

⁸⁴ İç hukukumuzda ceza yasaları ile ilgili olarak lehe yasanın belirlenmesinde yasaların tüm maddelerinin göz önünde bulundurulması esası benimsenmektedir. Konuyla ilgili Yargıtay Kararları: "TCY'nin 2/2. maddesinin uygulanması bakımından yukarıda değinilen üç yasanın öngördükleri koşullar itibarıyla somut olayda uygulanma alanı bulunup bulunmadığı öncelikle araştırılıp hangi yasanın bir bütün halinde hükümlü veya sanık yararına olduğu belirlendikten sonra bu yasanın yine bir bütün halinde uygulanması gerekmektedir." (CGK, 30.03.2004, 2004/1-46, 2004/78). Benzeri kararlar için bkz. 23.2.1938 gün ve 23/9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı; CGK, 25.05.1999 gün ve 133-142 sayılı, 14.10.1985 gün ve 194-525 sayılı, 23.12.2003 gün ve 2003/1-270/290 sayılı kararları. Yargıtay bir kararında, "*Lehe yasanın belirlenmesinde, TCY'nin 11. maddesindeki sıraya göre daha ağır olan ceza nazara alınmalıdır.*" demiştir (CGK, 21.2.1994, 7-36/61).

nedeniyle, yorum yoluyla sözleşme hükümleri kolaylıkla pratikleştirilebilir; buna karşılık, ceza hukukuyla ilgili olarak aynı şeyi söylemek her zaman mümkün olmayabilir. Çünkü, bir suçun unsurlarının belirlenmesi ancak yasayla mümkündür. Söz konusu yasanın sözleşmede yer alan düzenlemeyle çatışması nedeniyle sanığa ceza verilemezse, bu kez hak arama özgürlüğünün güvencelenememesi gibi bir sorunla karşı karşıya kalınabilir. Böyle çatışan düzenlemeler nedeniyle doğacak sıkıntının adil yargılama, silahların eşitliği ve temel haklarla ilgili hak sahipliğinin korunması gibi bir çok ilkeyle çelişme ihtimali fazladır. Sanırım bu tür olumsuzlukları önlemenin yolu, temel hak ve özgürlüklerle ilgili sözleşme hükümlerinin iyi bir dökümünün yapılıp, konuyla ilgili düzenleme getiren yasalardaki aykırılıkların giderilmesi, yasalardaki açık olmayan düzenlemelerin yorum yoluyla açıklığa kavuşturulabilmeye elverişli hale getirilmesi gerekir.

10. Hangi temel hak ve özgürlükler sorusu halen güncelliğini koruduğu için, bunları hangi metinlerde yer aldıkları hususunun da açıklığa kavuşturulması gerekir. Zira Anayasa, “*usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır*” demekle, açıkça Anayasa’da yer alan “*temel hak ve özgürlükler*” demediğine göre, Anayasa’da yer almayan ve dolayısıyla yasada da düzenlenmeyen ve fakat sözleşmede yer alan bir hak ve özgürlük söz konusu olursa, bu durumda, bu tür sözleşmelerin yasayla çatışması söz konusu olmadığından, bu tür (yani Anayasa ve Yasa’da yer almayan) hak ve özgürlükler bakımından yasa yerine sözleşme hükümlerinin doğrudan uygulanması mümkün olabilecek mi?

Sanırım bu durumda, yani Anayasa ve yasada yer almayan, ancak ülkemizin taraf olduğu bir sözleşmede yer alan hak ve özgürlükler bakımından yorum yöntemi yine 90. maddeye eklenen cümleden önceki yöntem olacaktır. Bu da bize, hangi temel hak ve özgürlük kavramının açıkça belirlenmesi zorunluluğunu yüklemektedir. Çünkü temel hakların yazılı metinlere aktarılmış insan hakları şeklinde anlaşılış biçimi, Anayasa’da yer almasa da kimi temel hak ve özgürlüklerin olabileceğini, bunların Anayasa ile sınırlanmasının doğru olmadığını, Anayasa’da yer almasa da sözleşmelerde yer alan kimi hak ve özgürlüklerin temel hak ve özgürlük şeklinde kabul edilebilmesi için Anayasa’da buna açıkça yer verilmesi gerektiğini zorunlu kılmaktadır.

Sözleşme-yasa çatışmasında muhatap uygulayıcılar olacaktır. Uygulayıcılar kuşkusuz başta yargıç, savcı, idare makamlarıdır. Ancak uygulayıcıların sıkıntı yaşamalarını önleme bakımından çatışan kurallardan yasayı düzenleyen yasama organının da yasal düzenlemeler ile sözleşme arasındaki çatışma durumlarını giderici önlemler alması gerekir. Bu nedenle

sözleşme-yasa çatışmasında öncelikle yargı organlarından çözüm beklenmesi doğal gibi gözükmekte ise de (somutta öyledir), ancak devletin diğer organlarının da sorumluluklarının olduğunu kabul etmek gerekir.⁸⁵

V. Sonuç

Sözleşmelerin Anayasa'daki düzenleniş şekline göre, mademki sözleşmelerin Anayasa'ya aykırılıkları iddia edilemiyor, Anayasa'ya aykırı olsalar da uygulanmaları zorunludur, diyebileceğimiz gibi; mademki Anayasa sözleşmeleri yasa gücünde kabul ediyor, o halde, bunların Anayasa'ya aykırılıkları iddia edilemese bile yasa kabul edip, hiyerarşik bakımdan Anayasa'dan sonra geldikleri söylenebilir. Bir hukuk düzeninde hukukçuları böylesine farklı yorum ve sonuçlara götüren bir düzenlemeyle nereye kadar devam edileceği merak konusudur. Hukuk devletlerinde hukuk kurallarının mümkün mertebe açık ve anlaşılabilir olmaları asıldır.

4709 sayılı Yasa'yla, benzeri çelişkileri içeren Anayasa'nın geçici 15. maddesinin son fıkrası yürürlükten kaldırıldığı halde, 90. maddesinin son fıkrasının yirmi yıldır hukukçuları boşu boşuna yormasına rağmen, yoruma meydan vermeyecek veya yorum yoluyla kolaylıkla sonuca ulaşılacak şekilde yeniden kaleme alınmaması yerinde olmamıştır. Dolayısıyla, hangi yorum şeklinden hareket edilirse edilsin, işin içinden kolaylıkla çıkmak mümkün olmuyor.

Bu ne demek, hukukumuz ya açık seçik biçimde baştan aşağı yenilenerek sözleşmelerin iç hukukumuza (Anayasa dahil) üstünlüğünü kabul edecek ya da iç hukuk kurallarını üstün kabul edip, sözleşmeleri tanımayacaktır. Mevcut düzenlemelere göre, yasama, yürütme ve yargı organları hep sıkıntı yaşıyor; kuşkusuz vatandaşlar da.

Bu tür çelişkilerin yaşanmaması için Anayasa ile gerek insan haklarına öncelik tanınan maddeler (m. Başlangıç/2, 2, 14/1,15/1,16,42/son ve 92/1) ve gerekse diğer maddelerde yer alan hükümlerin (örneğin, m. 90/son), sözleşmeler karşısındaki durumlarının açıkça düzenlenmesinde yarar var; zaten AİHM' nin yargı yetkisinin benimsenmiş olması, sonuçta bizi, buraya götürmektedir. Çünkü Anayasa'nın kimi maddeleri ile, mahkemelerin, diğer normlar yanında "*hukuka uygun*" olarak da karar vermeleri zorunluluğunun kabul edilmesi (m. 138/1), bizi "*insan hakları*" bakımından taraf olduğumuz sözleşme hükümlerine götürmekle beraber, sözleşmelerle ilgili

⁸⁵ Kaboğlu, İbrahim, *Hukuka Yeni Düzenleme*, Radikal, 26.7.2004, İnternet Baskısı.

olarak Anayasa'nın 90/son maddesinin tartışma yaratan düzenlemesinden daha açık düzenlemeyi zorunlu kılmaktadır. Aksi takdirde farklı uygulama ve algılama ile zaman ve emek kaybı devam edecektir.⁸⁶

Ancak her şeye rağmen, AİHS ile insan hakları bakımından insanın, sadece ulusal hukukun değil, uluslararası hukukun da özneleri arasına girmesiyle birlikte,⁸⁷ eğer sözleşme iç hukuka üstün yoruma elverişliyse, sözleşmenin iç hukuka üstün yorumundan söz edilebilir.⁸⁸

5170 sayılı Yasa'yla, Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına eklenen yeni düzenleme de, yukarıda ifade ettiğim gibi, "*temel hak ve özgürlüklerle*" ilgili sözleşmeler ile yasalar arasındaki sorunun tam çözülebilmesine olanak verecek şekilde açık değil. Kaldı ki, temel hak ve özgürlükler dışında kalan konular bakımından eski tartışma sıcaklığını koruyacağı gibi, yeni düzenleme de yeni tartışma, duraksama ve hukuki çıkmazlara sebebiyet verebilecektir. Böyle bir düzenlemenin yargı organlarına geniş takdir alanı tanıdığı ve asıl güvenceleme işinin yargı organlarına ait olduğunda kuşku yoktur.

⁸⁶ Fendoğlu, H. Tahsin, "Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında 'Bağımsız Ölçü Norm' veya 'Destek Ölçü Norm' Sorunu", *Anayasa Yargısı*, 17, Ankara 2000, s. 372-378, Memiş, Emin, "İnsan Hakları Avrupa Standardı ve İç Hukuk Etkileşimi Analizleri", *Anayasa Yargısı*, 17, Ankara 2000, s. 130-172.

⁸⁷ Bkz. Memiş, s. 132-133'te "Anayasa'nın 15., 16., 42. ve 90. maddelerinden kalkarak, "Sözleşmelerin yasalardan daha üstün bir değer taşıdığı, hatta onların Anayasalara yeni bir anlam ve yorum getirebileceği" söylenebilir. Bu yaklaşım, yasaların insan haklarını sınırladığı zamanlarda önem taşıyabilir." demektedir.

⁸⁸ Gözübüyük, A.Ş.-Gölcüklü, F. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara 2003, s. 19-20, "Türkiye'de İnsan haklarına saygının sağlanabilmesi, ancak iç hukuk yollarının etkin bir biçimde işlemesi, yargı yerlerinin Sözleşme'yi uygulamaları ile mümkündür. Bu nedenle, Sözleşme ile güvence altına alınmış olan hak ve özgürlüklerin Türkiye'de yargısal yolla korunmasında asıl yük yargı yerlerine ve yargının vazgeçilmez ögesi olan avukatlara düşmektedir. (...) Sözleşme'yi iç hukukta uygularken, sözleşme kurallarını yorumlarken, daima Komisyon ve Divan içtihatlarını göz önünde bulundurmak gerekecektir."

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ,
güncel konularda dosyalar düzenlemeyi ve önceki dosyalar ile ilgili yazılar
yayımlamayı sürdürüyor.

Bu sayımızda DOSYA'nın konusu
"**Savunmanın Örgütlenmesi**" olarak seçildi.
Bütün Dosyalarımızda olduğu gibi gelecek sayılarımızda da
bu konuda yayına devam edeceğiz.

GELECEK SAYIDA:
TÜKETİCİ HAKLARI

SAVUNMANIN ÖRGÜTLENMESİ

Avukatlık mesleği ile doğrudan ilgili konularda düzenlediğimiz dosyaların üçüncüsünü bu sayımızda yayımlıyoruz. Dergimizin bu sayısında ele alınan DOSYA'ya, "*Avukatların Vergi Sorunları*" ve "*Avukatların Sosyal Güvenlik Sorunları*" başlıklı diğer dosyalara oranla çok sayıda katkı var. Savunmanın örgütlenmesi konusunda meslektaşlarımızın düşünmesi ve yazması, mesleğimizin geleceği açısından umut verici.

DOSYA'mıza katkıda bulunmak isteyen meslektaşlarımız "*örgütlenme*" ile neyi kastettiğimizi özellikle sordular. Onlara söylediklerimizi burada yinlemek ve katkıda bulunmak isteyen meslektaşlarımıza yardımcı olmak istemekteyiz.

Üstad Cengiz İlhan, savunmanın örgütlenmesi tanımından "*avukatların örgütlenmesi*" ni anladığını ve yazısını bu anlayışla kaleme aldığını söyledi. Doğrudur. Savunma avukatlara özgü bir meslek olması nedeniyle böyle anlaşılabilir. Ancak, avukatlık mesleğinin çeşitli fonksiyonlarına başka meslekler tarafından el atılmış ya da el atılmaya teşebbüs edilmiştir. Muhasebeciler ve mali müşavirler yanında noterler de avukatlık fonksiyonlarından bazılarına talip olmaktadır. Noterler mesleklerinin egemenlik alanlarını genişletmek için akla gelmedik alanlarda söz sahibi olmak istemektedirler. Bu bağlamda "*Haberler*" bölümüne bakmanız gerekmektedir.

Üstad Cengiz İlhan'ın yerinde olan anlayışına göre önce "*avukat*" tanımını yapmak gerekmektedir. Bu konuda yargı, idare, vatandaş ve bizzat avukatlar arasında belirgin farklar bulunduğunu yadsıyamayız. Bu sayıda yayımladığımız Rekabet Kurulu Kararı avukatlık kurumunun yanlış anlaşıldığının tipik ve güncel bir örneğidir. İstanbul Barosu önceki baş-

kanlarından avukat Yücel Sayman'ın deyimiyle kurul avukatlık mesleğini anlamış görünmemektedir.*

DOSYA'mızın açılışında avukat, avukat bürosu, barolar ve Türkiye Barolar Birliği iç içe görünmektedir. Bunların hepsinin bağımsızlığı ve dokunulmazlığı ortak paydadır. Avukat bağımsız olmalıdır ki barosu bağımsız olsun. Barolar bağımsız olmadan Türkiye Barolar Birliği'nin bağımsızlığından söz edilemez. Ama bu bağımsızlık, sorumsuzluk, layüsellik anlamında bir bağımsızlık değildir. Avukatlarımızın bağımsızlığı ise, yargılama aşamasında, ekonomik koşullarında, sosyal güvenlik bağlamında maalesef sağlanamamıştır. Bu konularda AB standartlarına ulaşılması ilk hedef olarak karşımızda bulunmaktadır.

Bunların aynı zamanda dokunulmazlıkları da bulunmalıdır. Nitekim avukatlar hakkındaki soruşturmalarda Adalet Bakanlığı'nın aşırı yetkisi, Avrupa Konseyi İstisari Ziyaret Raporu'nda da özellikle vurgulanmıştır.

Barolarımız ve Türkiye Barolar Birliği bu bağımsızlığı hiç kötüye kullanmamakla övünebilir.

Yıllardır TBB'nin baroların bağımsızlığını gölgelediğini ileri sürenlere ve dünyada Türkiye Barolar Birliği gibi bir "üst" kuruluşun bulunmadığını iddia edenlere, Diyarbakır Barosu'nun sempozyumunda Fransız hukukçunun sözleri güzel bir yanıt teşkil ediyor. Bu konuşmadan Fransa'da 1990'lı yıllarda Barolar Birliği'ne benzer bir kuruluşa ihtiyaç olduğunu anlıyoruz. Konuşmanın tam metnini aşağıda okuyabilirsiniz.

Bu Türk savunma sistemini kuran 1136 sayılı Yasa yapıcılarının ileri görüşlülüğünün kanıtını veriyor.

Almanya'da doğup büyüyen, hukuk eğitimini yapan, Çiğdem Sertçelik (ya da bizim tanıdığımız adıyla Deniz) DOSYA için hem "Almanya'da Hukuk Eğitimi ve Stajyerlik" konulu bir makale yazdı hem de "Avukatların Mesleklerini İcra Etme Özgürlüklerine İlişkin Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı"nı (2000) tercüme etti. Savunmanın örgütlenmesi konusunda büyük önem taşıyan bu belgenin üzerinde çalışılan Avukatlık Kanunu düzenlemesinde nazara alınması gerekmektedir.

Savunmanın örgütlenmesi konusundaki yazılara, görüşlere gelecek sayılarımızda da yer vermekten mutlu olacağız.

* Rekabet Kurulu TBB ile ilgili kararını alırken bir kuralı dikkatinden kaçırmış görünüyor: "Bazı kurallar ve düzenlemeler mesleğin kendi bünyesinde mündemiçtir. Bu özgün deontoloji kuralları olmazsa meslek temel niteliğini ve işlevini yitirir. Bu nedenle söz konusu kural ve düzenlemeler rekabet kurallarının ihlali olarak değerlendirilemez. (Avrupa Adalet Divanı, Şubat 2002 "Wouters Kararı")" Yücel Sayman, Rekabet Kurulu avukatlık'ı Anlıyor mu?, Günışığı s. sh.