

Danıştay Kararlarında Uluslararası Antlaşmaların Normatif Değeri

Nazile İrem Yeşilyurt*

Özet: Çalışmada, Danıştay'ın Anayasanın 90. maddesine ilişkin uygulamasının genel çizgileri ortaya koyulmaktadır. İlk bölümde, Danıştay'ın uluslararası antlaşmaları bir norm olarak nasıl tanıdığı üzerinde durulmaktadır. Bu nedenle, incelenen kararların 2004 Anayasa değişikliği öncesi verilip verilmediği gözetilmemektedir. İkinci bölümde ise, Anayasa değişikliği ile Anayasanın 90. maddesine giren ek cümlelerin uygulanması bağlamında, Danıştay'ın izlediği “temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaları esas alma” yöntemleri değerlendirilmektedir. Kararların kurgusunun elverişsizliğine rağmen, Danıştay'ın temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaları esas aldığı farklı durumlar birbirinden ayrılmaya çalışılmaktadır. Esas alma, yalnızca antlaşma ile yasanın çatışması halinde başvuru olan bir yöntem değildir. Ancak çatışma halinde, Mahkemenin genel eğilimi yasayı Anayasaya ve antlaşmalara uygun yorumlamak doğrultusundadır.

Anahtar Kelimeler: Anayasanın 90. maddesi, anayasa değişikliği, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşma, norm çatışması, Danıştay'ın izlediği yöntemler.

The Normative Value of International Treaties in the Council of State Decisions.

Abstract: This study discusses the main lines of the Council of State's practice concerning Article 90 of the Constitution. The first part focuses on how the Council of State identifies an international treaty as a norm. In this respect, the dates of decisions, whether they are previous or subsequent to the constitutional amendment of 2004, have not been taken into consideration. The second part evaluates the methods adopted by the Council of State in the context of international treaties on fundamental rights and freedoms in the context of the application of the additional rule inserted into the article 90. Despite the inconvenience due to the construction of decisions, the main emphasis has been laid on distinguishing different aspects, in which the Council of State predicates its decisions upon treaties on fundamental rights and freedoms. Basing on treaties is not a method exclusive to conflict between national legislation and treaties. However, in case of conflict, the Court has a general tendency to develop an interpretation of national legislation appropriate to the Constitution and treaties.

Key Words: Article 90 of the constitution, constitutional amendment, international treaties on fundamental rights and freedoms, conflicts of norms, methods followed by the Council of State.

* Arş. Gör., Ankara Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi, İdare Hukuku, İnsan Hakları Merkezi, 06590, Cebeci/Ankara/Türkiye.

GİRİŞ

Uluslararası antlaşmalara ilişkin olarak 1961 Anayasasının “Milletlerarası Antlaşmaları Uygun Bulma” başlıklı 65. maddesi olarak kabul edilmiş olan metin,¹ 1982 Anayasasına da anlamı değiştirmeyen küçük değişikliklerle girmiş ve 2004 yılına kadar aynı içerikle yürürlükte kalmıştır. Bu süreçte uluslararası antlaşmaların iç hukuktaki yerini belirlemek, farklı hukuk disiplinlerinin ilgisini çeken bir konu olmuştur. Avrupa Birliği (AB) ile katılım müzakerelerine başlamanın ön şartı niteliğindeki “Kopenhag Kriterleri”ni yerine getirmek amacıyla çıkarılan uyum yasalarına ek olarak, Anayasa değişikliği paketleri kabul edilmiştir. 7 Mayıs 2004 tarihli 5170 sayılı yasa ile gerçekleştirilen Anayasa değişikliği ile² 90. maddenin 5. fıkrasına şu cümle eklenmiştir:

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

Anayasa değişikliğinin yürürlüğe girmesini takiben, Adalet Bakanlığı tarafından hâkim ve savcılara yönelik insan hakları dersleri verilmiş, bu konuda seminerler düzenlenmiş, hâkim ve savcılardan Türkiye için bağlayıcı birçok uluslararası antlaşma bulunmakta iken kararlarında özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarına atıfta bulunmaları istenmiştir. AB uyum sürecinin siyasal programı gerçekleştirilirken, yargıya da görev yüklenmiş, yargı üzerine düşen görevi yerine getirmemekle eleştirilmiştir. Yargının insan hakları ve demokrasi alanındaki uyum sürecine gösterdiği “psikolojik direnç” zihniyet unsurları ve algı kalıpları ile açıklanmaya çalışılmıştır (Sancar ve Ümit Atılgan, 2009: 151 vd.).³

¹ Madde 65- “Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı Devletlerle ve milletlerarası kurullarla yapılacak antlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır. / İktisadî, ticarî veya teknik münasebetleri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan antlaşmalar, Devlet maliyesi bakımından bir yüklenme gerektirmemek, kişi hâllerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak şartıyla, yayınlanma ile yürürlüğe konabilir. Bu takdirde, bu antlaşmalar, yayımlarından başlayarak iki ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinin bilgisine sunulur. / Milletlerarası bir antlaşmaya dayanan uygulama antlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan iktisadî, ticarî, teknik veya idarî antlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisince uygun bulunması zorunluluğu yoktur; ancak, bu fıkraya göre yapılan iktisadî, ticarî veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren antlaşmalar, yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz. / Türk Kanunlarına değişiklik getiren her türlü antlaşmaların yapılmasına 1 inci fıkra hükmü uygulanır. / Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında 149 uncu ve 151 inci maddeler gereğince Anayasa Mahkemesine başvurulamaz.

² RG.: 22.5.2004-19464

³ Sancar ve Ümit Atılgan’ın çalışmasında, Anayasanın 90. maddesi, “uyum sürecine yaklaşımda hassas test” olarak nitelenmiş; yargının yaklaşımı, hâkim ve savcılarının reddiyeci, kuşkucu, milliyetçi/ulusalçı, izolasyonist ve hatta ırkçı zihniyet kalıplarına dayandırılmıştır. Çalışmada ağırlıklı olarak, adli yargıda çalışan hâkimler ve savcılarla gerçekleştirilen görüşmeler veri olarak kullanılmıştır. Her ne kadar “çalışmadan genellenebilir sonuçlar çıkarılamayacağı, ancak görüşmelerin yapının bütünü hakkında bir fikir vermeyeceğinin de iddia edilemeyeceği” çekince olarak ortaya koyulmuşsa da, insan hakları normlarının uygulanması sorunu, hâkim ve savcılarının zihniyetlerinin ve algı kalıplarının toplamından ibaret değildir. Sorunun kayna-

Ek cümlelerin Anayasaya girmesi, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların normatif değerine belirli ölçüde açıklık kazandırmakla birlikte, söz konusu normun her unsuru başlı başına yeni eleştiri ve görüşleri de beraberinde getirmiştir. Bu nedenle, uluslararası antlaşmaların iç hukuktaki yerine ve değerine ilişkin tartışmanın 1961 yılından beri geçerliliğini koruduğu ve - genel eserler dışarıda bırakıldığında bile - yüklü bir yazın ortaya çıkardığı söylenebilir.

Uluslararası antlaşmaların iç hukuktaki yeri ve değerine ilişkin tartışmakla tükenmeyen sorun, genellikle uluslararası hukuk ve anayasa hukuku odaklı çalışmalara konu olmuş (Toluner, 1973; Aybay, 1993: 277-286; Yüzbaşıoğlu, 1993; Çağlar, 1998: 51-69; Gülmez, 1998: 2; Gözler, 2000: 25-46; Fendoğlu, 2000: 363-385; Başlar, 2004: 295 vd.; Pazarcı, 2004: 651-674; Pazarcı, 2005: 156-161; Aybay, 2007: 187-213), Anayasa-yasa-uluslararası antlaşma arasındaki hiyerarşi ilişkisi Türkiye'nin taraf olduğu insan hakları sözleşmeleri açısından, özellikle de, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) açısından değerlendirmeye tabi tutulmuş (Balta, 1970: 257-291; Çelik, 1988: 47-56; Akıllıoğlu, 1991: 39-42; Gözübüyük, 1992: 19-31; Gölcüklü ve Gözübüyük, 1996), uygulama ise ağırlıklı olarak Anayasa Mahkemesinin yaklaşımı bağlamında ele alınmıştır (Soysal, 1985: 7-18; Akıllıoğlu, 1989: 155-173; Soysal, 1997: 171-187; Ergül, 2014:65-86). Söz konusu antlaşmaların idare hukuku ve idari yargı-lama faaliyetine etkisi öğretide sınırlı olarak incelenmiştir. Sınırlı sayıda eserler içinde, Danıştay kararlarına değinilmekteyse de (Yüzbaşıoğlu, 1994: 31 vd.; Aliefendioğlu, 2008: 161 vd.; Çırakman vd., 1999: 3-16), kararlardan çıkan ölçütlerin Mahkemenin yaklaşımının genel çizgilerini ortaya koyacak biçimde saptanması yoluna gidilmemiştir.

Bu çalışmadan Danıştay'ın öğretideki görüşlerden hangisini benimsediğine ilişkin kesin bir sonuç çıkarmak mümkün değildir. Bunun nedeni, Danıştay kararlarından yola çıkarak - gerçek anlamıyla - içtihat incelemesi yapmanın mümkün olmamasıdır. İdare hukukunun özü itibarıyla ya da baştan beri içtihat hukuku olduğu iddiası, Akıllıoğlu'nun da dikkat çektiği gibi, kanıtlanmaya muhtaçtır.⁴ Zira idare hukukunun "içtihat hukuku" olduğu yönündeki genel kabul gören

ğ1, yargı teşkilatının oluşumunda tarafsızlıktan, iktisadi idari bilimler ve hukuk fakültelerindeki eğitime, hâkim ve savcılarının mesleki formasyonuna kadar derinleştirilebilir. 2575 sayılı Danıştay Kanununda, sırasıyla 9.2.2011 tarihli 6110 sayılı Kanun, 8.8.2011 tarihli 650 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile gerçekleştirilen değişiklikler doğrultusunda Mahkeme'nin örgütlenmesi ve dairelerin kompozisyonu yenilenmiştir; karar organları arasındaki görev dağılımı yeni kurallara bağlanmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin 650 sayılı KHK'nın konuya ilişkin hükümleri hakkında verdiği 18.7.2011 tarihli E. 2011/113, K. 2012/108 sayılı iptal kararı üzerine, 27.6.2013 tarihli 6494 sayılı Yasa ile bir kez daha değişikliğe gidilmiştir. Psikolojik direnç engeli yeterince açıklayıcı olsaydı, kişilerin değişmesiyle birlikte sorunun büyük ölçüde çözüme kavuşması beklenirdi.

⁴ "Aslında Türk idare hukukunda içtihada dayanan en ufak bir kısım bile yoktur veya yok denecek kadar azdır, o zaman niçin Türk idare hukuku içtihada dayanır diye yazılıyor, çünkü başka ülkelerde öyle yazıldığı

iddiayı, *Common Law* sistemi ile farklılıklarını gösteren birkaç düzeltme ile anlamak gerekir. Gerçek anlamıyla içtihat hukuku, örnek karara (emsale) uymanın hukuken zorunlu olmasıdır. Üst mahkeme tarafından verilen karar, alt mahkemenin değiştiremeyeceği bağlayıcı emsal (*binding precedent*) oluşturur; mahkemeler, kendilerinin aynı konuda daha önce vermiş oldukları kararları da güçlü bir neden olmadıkça terk edemezler (*persuasive precedent*). Diğer bir deyişle, emsal hukukun kaynaklarından biridir. Kara Avrupası hukuk sistemlerinde ise, mahkeme kararları bir hukuk kuralı olarak dondurulmadığı gibi, içtihattan dönülmesi için bunu haklı kılacak nedenlerin bulunması, kararda açıklanması, gerekçelendirilmesi gerekmez. Öte yandan, *Common Law* sisteminde içtihat hukuku gelenek hukukunu, daha doğrusu içtihat ile oluşmuş geleneği anlatır. Yargının benzer uyuşmazlıklarda aynı çözüm yolunu benimseyerek benzer karar vermesi sonucu gözlemlenebilen süreklilik, gelenek hukukunun varlığını göstermez. Bir mahkeme kararının bütünlük ve öngörülebilir bir sonucu içerdiği anlayışını taşıyan “müstakar içtihat” da bulunmaz. Ancak, içtihat ve müstakar içtihat kavramlarına ilişkin bu düzeltme, Danıştay’ın tutarlı yorum ve hüküm oluşturma yöntemleri geliştirmeyebileceği, kararlarında rastlantısal sonuçlara varabileceği anlamına gelmemektedir. Amaçlanan, tam olarak, Danıştay’ın uluslararası insan hakları normlarını iç hukuk’a buluşturduğu kararlarındaki yönelimleri ortaya koymak ve böyle bir tutarlılık bulunup bulunmadığını tartışmaktır. Bu bağlamda, Anayasanın 90. maddesine eklenen çatışma kuralının Mahkemenin uygulamasına ne şekilde nüfuz ettiğini saptamak önemli görülmektedir.

DANIŞTAY’IN ULUSLARARASI ANTLAŞMAYI -BİR NORM OLARAK- TANIMASI

Bu bölümde, Anayasanın 90. maddesinin 1. fıkrasında geçen “Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak antlaşma” ya da 5. fıkrasında geçen “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşma” ifadelerinin Danıştay tarafından nasıl yorumlandığı incelenecektir. Diğer bir deyişle, Danıştay’ın hangi uluslararası belgelere nasıl normatif değer yüklediği saptanmaya çalışılacaktır. Bu nedenle, temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaların yasalar karşısında esas alınmasına olanak tanıyan ek cümlelerin yürürlüğe girmesinden önceki kararlar da dikkate alınacaktır.

Danıştay Uluslararası Hukukun Antlaşma Tanımını Esas Almaktadır

Anayasada geçen uluslararası antlaşma teriminin kapsamına, evrensel veya bölgesel kuruluşlarca kabul edilenler dâhil, adı (antlaşma, sözleşme, şart, pakt, protokol vb.), konusu ya da taraflarının sayısı ne olursa olsun, uluslararası ant-

için, beni affetsinler. Türk idare hukukunda içtihadi nitelik bulunduğu savını, kanıtlanmış olmadığı için, hâlâ kavrayabilmiş değilim.” (Akıllıoğlu, 2012: 184)

laşma tanımına giren her türlü belge girmektedir. Gerek Anayasada, gerekse yasalarda uluslararası antlaşmanın tanımı yer almadığından Danıştay doğrudan öğretideki tanımı kabullenmiş görünmektedir. Bu kabulden kaynaklanıyor olsa gerek, erişebildiğimiz bir karar dışında uluslararası antlaşmanın ne olduğuna dair tartışma yürütme gereği duymamaktadır.

Henüz onaylanmamış 1990 Viyana Belgesi hükümlerine dayanılarak hazırlanmış 1990 Viyana Belgesi Uyarınca Türkiye'ye Gelecek Olan Gözlemcilerin, Denetleyicilerin ve Değerlendirme Timleri Mensupları ile Varsa Yardımcı Personelin 18 Nisan 1961 Tarihli Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi ile Diplomatik Ajanlara Tanınan Dokunulmazlık, Bağışıklık ve Ayrıcalıklardan Yararlandırılmalarına İlişkin Kanun Tasarısı Taslağının kanun tasarısına dönüştürülerek TBMM'ye sunulmasının hukuken doğru olup olmayacağı, ayrıca, antlaşma veya antlaşma niteliğindeki sözleşme, protokol, mutabakat zaptı ve benzeri belgelerin T. C. Hükümeti adına imzalanmayıp ilgili bakan, bakanlık veya kamu kuruluşu adına imzalanması halinde bu belgelerin hükümetler arasındaki antlaşma niteliğinde mi yoksa kuruluşlar arasında aktedilen bir belge olarak mı kabulü gerekeceği konusunda görüş sorulmuştur. Birinci Daire, 1990 Viyana Belgesinin niteliğinin saptanması için uluslararası hukukta benimsenen tanımı esas almıştır.

Söz konusu kavram uluslararası hukukta, uluslararası hukukun kendilerine bu alanda yetki tanıdığı kişiler arasında, uluslararası hukuka uygun bir biçimde hak ve yükümlülükler doğuran, bunları değiştiren ya da sona erdiren, başka bir deyişle hukuksal sonuçlar doğuran yazılı irade uyuşmasıdır şeklinde tanımlanmaktadır. Bu tanıma göre uluslararası hukukta bir antlaşmadan söz edebilmek için, ilk olarak antlaşmanın uluslararası hukukun kendilerine bu alanda yetki tanıdığı kişiler arasında yapılması ikinci olarak da var olan irade uyuşmasının uluslararası hukuk kurallarına uygun olarak ve uluslararası hukuk çerçevesinde hukuksal sonuçlar doğurmak üzere yapılmış olması koşullarının varlığı gerekir. (D1D, E.1991/53, K.1991/61, T.01.05.1991)

Aktarılan tanımdan yola çıkan Birinci Daire, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Konferansı (AGİK) sürecinde üretilen belgelerden biri olan Viyana Belgesini uluslararası hukuk anlamında hukuksal bağlayıcılığı olan bir antlaşma olarak nitelendirmiştir.

Bildirge, beyanname ya da *deklarasyon* adı altında kabul edilen uluslararası belgeler, kural olarak uluslararası antlaşma tanımına girmemektedir. Evrensel nitelikli uluslararası insan hakları bildirisi denildiğinde, ilk akla gelen belge Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (İHEB) olmaktadır. Başlar'a göre (2004:313), İHEB bir antlaşma olarak kabul edilemeyeceğinden, bir yasa hükmünün Bildirgeye dayanılarak göz ardı edilmemesi gerekir. Kapani (1981: 62), Bildirgeyi, hukuksal bağlayıcılığı bulunmamakla birlikte, tarihi ve manevi ağırlığı olan bir belge olarak nitelendirmektedir. Aksi görüşte olan Yüzbaşıoğlu ise (1993: 30), günümüzde Bildirgenin, insan hakları hukukunun bütüncüllüğü

içinde değerlendirildiği ve kendisini takip eden yaptırım mekanizmaları oluşturulmuş uluslararası ve bölgesel insan hakları sözleşmelerine hatta ulusların anayasalarına kaynaklık ettiği düşünüldüğü takdirde, siyasal ve moral bağlayıcılığının ötesinde hukuksal bağlayıcılık kazandığını ileri sürmektedir. Gülmez (2005: 34), “usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar” teriminin onaylanarak hukuksal yükümlülük doğurması söz konusu olmayan bildirge ya da tavsiye gibi belgeleri kapsamadığını kabul etmekle birlikte, İHEB’in çatışma sorununun çözülmesinde göz önünde bulundurulmasına ve esas alınmasına bir engel olmadığı kanaatinde. Gemalmaz’a göre de (2001: 323), “Bildirge, sadece yüksek bir moral ve siyasal yetkeyi temsil eden belge olmayıp, özellikle m. 2-21 arasındaki hükümlerde sıralanan ilkeler ve düzenlemelerde uluslar gelenek hukukunun bir parçası olarak hukuksal güç ve işlerlik kazanmıştır. Antlaşma formunda olmaması, onun hukuksal niteliğini yadsımanın gerekçesi olamaz.” Nitekim Danıştay, bu tür belgeler arasında, İHEB’e normatif değer yüklemektedir.

Örneğin, Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğünde yer alan idareye haber vermeden ya da bunun üzerine yapılacak soruşturmaya ilişkin iki aylık süreyi beklemeden evlenmenin suç sayılması ve evlenenlerin meslekten çıkarma cezası ile cezalandırılmaları yolundaki düzenlemelerin hukuka uygunluğuna ilişkin uyuşmazlık, temyiz yolu ile incelenmiştir. Beşinci Daire, Bildirgeyi; Anayasa ve AİHS’in ilgili hükümleri ile birlikte uyuşmazlığa uygulanan normlar kapsamında değerlendirmiştir.

“Anayasanın 41. maddesinde "Aile Türk Toplumunun temelidir. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ve uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar." hükmüne yer verilmiş, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 16. maddesinde de yetişkin her erkeğin ve her kadının, ırk, yurttaşlık veya din bakımlarından herhangi bir kısıtlamaya uğramaksızın evlenme ve aile kurma hakkının olduğu vurgulanmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 12. maddesinde de bu hak yinelenerek, erginlik yaşımdan başlayarak erkek ve kadının yürürlükteki ulusal kurallara göre evlenmek ve aile kurmak hakkına sahip olduğu teyit edilmiştir. Belirtilen ulusal ve uluslararası düzenlemeler karşısında; Emniyet Örgütü mensuplarının evlenmeleri konusunda diğer kamu görevlilerinden farklı bir durum yaratılmayacağı ve Anayasanın 10. maddesinde ifade edilen kanun önünde eşitlik ilkesini kaldıracak veya zedeleyecek biçimde işlem tesis edilemeyeceği açıktır. (D5D, E.1998/1001, K.1998/2032, T.24.6.1998)”⁵

İlerleyen sayfalarda Danıştay kararlarından pek çok örnekle vurgulamayı önemli bulduğumuz temel sorun yukarıdaki kararda da kendini göstermektedir:

⁵ Danıştay’ın İnsan Hakları Evrensel Bildirgesini, kararında değindiği Anayasa, yasa, sözleşme, şart gibi hukuk metinlerinden ayırık tutmadığı, bağlayıcılığını tartışmadığı diğer kararlar için bkz.: D1D, E.1992/136, K.1992/147, T.22.4.1992, DD, Yıl 23, Sayı 86, 1993, s. 52-61; DİBK, E.2005/1, K.2006/1, T.3.3.2006

kararların kurgusunun uluslararası belgelere yüklenen normatif değeri anlamaya elverişsizliği. Danıştay; Devlet Memurları Kanunu, Anayasa, İHEB ve AİHS'in ilgili hükümlerini sıraladıktan sonra yalnızca kanun önündeki eşitlik ilkesine aykırılık gerekçesiyle mi iptal kararı vermektedir? Başka bir ifadeyle, sıraladığı hükümleri Anayasanın 10. maddesine aykırılık sonucuna varmak için mi kullanmaktadır? Yoksa bunları birlikte ölçü norm olarak mı ele almaktadır? Kanaatimizce, Danıştay, Bildirgenin diğer hukuk metinleri yanındaki bağlayıcılığını özel olarak tartışmaya açmaktan imtina etse de, hüküm fıkrasında yalnızca Anayasaya aykırılık gerekçesiyle iptal kararı verdiğini ya da Bildirgeyi yapılageliş hukuku haline geldiğinden bağlayıcı saydığını açıkça belirtmediğinden, Anayasanın 90. maddesi kapsamında bir "temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşma" gibi değerlendirmektedir.

Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Olma Şartı

Danıştay Usulüne Göre Yürürlüğe Konulma Şartının Varlığını Açıkça Tartışmamakla Birlikte, Bu Hususu Gözden Kaçırmadığını Örtük Biçimde Ortaya Koymaktadır

Danıştay, genellikle uyuşmazlığa uygulayacağı metnin usulüne göre yürürlüğe konulmuş bir uluslararası antlaşma niteliği taşıyıp taşımadığını açıkça sorgulamamakla birlikte, bu hususu gözden kaçırmadığını örtük biçimde ortaya koymaktadır. Uluslararası antlaşmalara atıf yapıldığı durumlarda, "... gün ve ... sayılı Kanunla onaylanarak yürürlüğe konulan ..." ifadesi antlaşmanın adının önüne eklenmektedir. Mahkeme, böylelikle "formül bir cümleyle" Anayasada aranan şartın gerçekleştiğini doğrulamış olmaktadır.

Ancak istisnai de olsa, antlaşmanın adının anılmadığı, usulüne göre yürürlüğe konulmuş olma şartının "taraf olduğumuz uluslararası antlaşmalarda" ya da "diğer sözleşmelerde" gibi genel ifadelerle geçiştirildiği,⁶ antlaşmanın adı anılsa bile ilgili maddenin verilmediği,⁷ kararlara da rastlanmaktadır.

Taraf Olmadığımız Uluslararası Antlaşmalara Normatif Değer Yükleyebilmektedir

Türkiye'nin taraf olmadığı, usulüne göre onaylanarak yürürlüğe konulmamış bir uluslararası antlaşmanın hukuka uygunluk denetiminde ölçü norm olarak kullanılması mümkün değildir. Danıştay, yasal tekel konumunda olan işletmenin aşırı yüksek fiyat uygulamak suretiyle hâkim durumunu kötüye kullandığı gerekçesiyle idari para cezası ile cezalandırılmasına ilişkin Rekabet Kurulu Ka-

⁶ D12D, E.2005/6353, K.2006/540, T.22.2.2006 (bkz.: tetkik hakiminin görüşü)

⁷ D12D, E.2005/6353, K.2006/540, T.22.2.2006 (bkz.: tetkik hakiminin görüşü); D12D, E.2005/6811, K.2006/1959, T.15.5.2006

rarının iptali istemiyle açılan davada, işletmeye rekabet kurallarının uygulanıp uygulanamayacağı sorununu Rekabetin Korunması Hakkında Kanun hükümleri ile birlikte Roma Antlaşması çerçevesinde değerlendirmiştir. Türkiye, Avrupa Topluluklarının Kurucu Antlaşması olan Roma Antlaşmasına taraf olmadığından Antlaşmanın destek ölçü norm değeri dahi bulunmamaktadır.

“4054 sayılı Kanun'a kaynak oluşturan Avrupa Toplulukları Kurucu Antlaşması'nın 86. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen kural, AT-Türkiye Ortaklık Konseyi Kararı'nın 31. maddesiyle üstlenilen yükümlülük, 4054 sayılı Kanun'da aksi yorumu engelleyecek bir durum bulunmaması karşısında genel kural olarak, rekabet kurallarına tabi olan kamu teşebbüslerinin üstlendikleri asli faaliyetin yerine getirilmesinin rekabetin sınırlandırılmasına göre daha üstün bir menfaat doğurduğu ve rekabet kurallarının uygulanması halinde üstlenilen bir asli faaliyetin sürdürülemez hale geldiği durumlarda kamu teşebbüslerinin rekabet kurallarının uygulanmasından ayrık tutulabileceğinin kabulü gerekmektedir. (D10.D, E.2001/4817, K.2003/4770, T.5.12.2003, *DKD*, Sayı 5, 2004, s. 295)”

Türkiye'nin taraf olmadığı uluslararası antlaşmalar gibi, Türkiye'nin üye olmadığı AB organlarından çıkan hukuk belgelerine ancak oluşumuna kaynaklık ettiği yasa hükmü yorumlanırken başvurulabilir. Danıştay, radyasyon kaynakları ile çalışan kamu sağlık personelinin haftalık mesai sürelerini belirleyen genelgenin iptali istemiyle açılan davada, AB Konseyinin 96/29 Euratom Direktifine göndermede bulunmuştur. Genelgenin dayanağı olan yasanın gerekçesinde AB kriterlerinin esas alındığının ve Direktifte yer alan düzenlemelere uygun düzenlemeler getirildiğinin açıkça ifade edilmiş olması nedeniyle, davaya uygulanacağı normu Direktifi yorumlayarak belirleme yöntemini izlemiştir. Dolayısıyla, karara AB Hukukuna dair bir hukuk metnine normatif değer tanınarak hüküm kurulduğu yönünde eleştiri yöneltmek mümkün değildir.

“(…) Avrupa Birliği Konseyinin 96/29 Euratom Direktifinin, doğrudan çalışma saati düzenlemesine yer vermediği, bunun yerine radyasyona maruz kalma kriterini esas aldığı, bu düzenlemeye uygun olarak, (...) personelin, tıbben kabul gören radyasyon dozu limitleri içinde çalıştırılmasının, bu limitlerin ise, Avrupa Birliği kriterlerinin esas alınarak Sağlık Bakanlığınca düzenlenmesinin uygun olacağı ifade edilmiş, (...) açıkça bugüne kadar uygulanan 5 saat uygulamasından vazgeçildiği veya diğer Kanunların bu Kanuna aykırı hükümlerinin yürürlükten kaldırıldığı belirtilmemiştir. Aksine Avrupa Birliği kriterlerine uygun olarak doz limitlerinin düzenlenmesi öngörülmüştür. Kaldı ki 96/29 Euratom Direktifinde de belirtildiği üzere doğrudan çalışma saati düzenlenmesine yer verilmemişse de, bu konunun her ülkenin çalışma koşulları ve şartlarına göre o ülke tarafından belirleneceğinin ifade edilmiş olduğu da göz önünde bulundurulduğunda, 3153 sayılı Yasa ve Tüzüğü 2363 sayılı Yasa ile yürürlükten kaldırıldığını söylemeye olanak bulunmamaktadır.” (D12D, E.2007/5039, K.2008/6745, T.26.11.2008)

Türkiye'nin taraf olmadığı uluslararası belgelerden davaya uygulanacak ölçü norm çıkarmak, bu tür bir belgeye yasanın oluşum sürecindeki etkisinden dolayı

başvurmaktan farklıdır. İlk uygulama Anayasanın 90. maddesine aykırı iken, ikinci uygulama belgelerin yasama çalışmalarına kaynaklık ettiği ölçüde yasa yorumlanırken göz önünde bulundurulmasının bir gereğidir.

Gereçesini İç Hukukta Normatif Değer Taşımayan Ancak Devletin Uluslararası Taahhütleri Nedeniyle Uygulamakla Yükümlü Olduğu Belgelerle Güçlendirmektedir

Uluslararası belgelerden bir kısmı, devletlerin siyasi nitelikli taahhütlerini ifade eder; hukuksal bağlayıcılık taşımaz. Bundan dolayı, devlet organlarının hukuken uygulamakla yükümlü olduğu kurallar getirmez ya da onlar önünde doğrudan ileri sürülebilecek haklar yaratmaz. Ancak, idarenin faaliyetlerini değerlendirebileceğimiz ölçütler ve yargılamada hukuk düzenini yorumlama olanağı sağlayan destekler olarak işlev görür (Karahanoğulları, 2012: 107). Kısaca Helsinki Bildirgesi olarak da anılan AGİK Son Senedi, bu belgelerden biridir. Bildirge, son hükümlerinde de belirtildiği gibi, Birleşmiş Milletler Sekreterliğine kaydı gerekmeyen, başka bir deyişle, antlaşma oluşturmayan nitelikte bir uluslararası belgedir (Pazarcı, 2001: 62). Türkiye tarafından imzalanmış ancak uluslararası antlaşma olmadığı için onaylanarak iç hukuka dâhil edilmemiştir. Bu nedenlerle, hukuksal bağlayıcılık taşımamakta, yalnızca taraflar arasındaki siyasi taahhütlerden doğan yükümlülükleri belirlemektedir.

Örnek kararda, Bildirgedeki taahhütlere de göndermede bulunulmuştur. İsveç Radyo Televizyon Kurumu tarafından Türkiye hakkında belgesel bir film yapımı için İstanbul'a gönderilen televizyon ekibinin elindeki filmlere ve ses bantlarına izinsiz film çektiği gerekçesiyle el konulmuş, ekip sınır dışı edilmiştir. Sınır dışı etme işleminin Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanununun 19. maddesine göre yapıldığı sözlü olarak televizyon ekibine bildirilmiştir. Mahkeme, sınır dışı etme işleminin iptali istemiyle açılan davada, Bildirgede yer alan, gazetecilerin çalışma koşullarının kolaylaştırılacağı, mesleki uğraşlarını yasal yollardan yürütmelerinden dolayı sınır dışı edilmeyecekleri yolundaki taahhütlere de aykırılık tespit etmiştir.

“(…) davalı idare, söz konusu işlemi yaparken de, 1950 yılında yürürlüğe giren 5683 sayılı Yasa hükmü yanında, aynı zamanda uygulama aşamasındaki diğer yasal ve genel düzenlemeleri, varsa uluslararası sözleşmeleri göz önünde tutmak, buna göre bir değerlendirme yapmak zorundadır. / 1961 Anayasanın 2. maddesinde tanımlandığı gibi, Türkiye Cumhuriyeti insan haklarına dayanan bir hukuk Devletidir. (...) Diğer taraftan ilan ve kabul edilmiş insan haklarına ve temel özgürlüklere ilişkin uluslararası hukuk metinlerini, sözleşme ve anlaşmaları yineleyen ve insan hak ve özgürlüklerinin ayrıntılı bir güvenlik ve iş birliği anlayışı içinde genişletilerek geliştirilmesini öngören ve 1.8.1975 tarihinde Türkiye'nin aralarında bulunduğu 24 ülke imzalanan, Avrupa Güvenliği ve İşbirliği Antlaşması Nihai Belgesinde de; buna katılan devletler, gazetecilerin çalışma koşullarını kolaylaştıracaklarını, gazetecileri meslek uğraşlarını yasal yollardan yürütmelerinden ötürü sınır dışı etmeyeceklerini

taahhüt etmişlerdir. / Yukarıda yer alan yasal ve uluslararası düzenlemelerin ve genel hukuk kurallarının ışığında, davalı idarenin yeterli bir araştırmaya, yazılı tebliğe lüzum görmeden; 5683 ve 2559 sayılı yasaların uygulanmasını haklı gösterecek inandırıcı bir kanıtta da dayanmadan, davalı kurumun elemanlarını sınır dışı etmesinde hukuksal isabet görülmemektedir. / Açıklanan nedenlerle yasal dayanaktan yoksun davacı İsveç Radyo Televizyon Kurumunun dört kişilik televizyon ekibinin sınır dışı edilmesine ilişkin dava konusu işlemin iptaline karar verildi. (D12D, E.1977/1349, K.1978/955, T.24.4.1978)” [a.b.ç.]

Yukarıdaki kararda iki çelişki mevcuttur. İlki, *belgenin nitelenmesindeki çelişkidir*. Mahkeme öncelikle, uluslararası sözleşmenin varlığını araştıracağı izlenimi yaratmış, hemen ardından gerekçesinde Helsinki Bildirgesini, “ilan ve kabul edilmiş insan haklarına ve temel özgürlüklere ilişkin uluslararası hukuk metinlerini, “sözleşme ve antlaşmaları yineleyen ve ... genişletilerek geliştirilmesini öngören” bir taahhüt metni olarak tanımlamıştır. İkincisi ise, *gerekçe ve hüküm fıkraları arasındaki çelişkidir*. Gerekçede idarenin işleminin uluslararası düzenlemeye de aykırılık oluşturduğu vurgulanmış, hüküm fıkrasında ise işlem yasal dayanaktan yoksun olduğu için iptal edilmiştir. Her ne kadar çelişkili de olsa, aslında Mahkeme karar içinde kendi yanlış tespitlerini düzeltmiş olmaktadır. Dolayısıyla, karardan Danıştay’ın hukuksal bağlayıcılığı bulunmayan bir uluslararası belgeyi hiçbir ulusal mevzuata dayandırmadan doğrudan iç hukukumuzda uyguladığı anlamı çıkmamaktadır (Pazarıcı, 2001: 27).⁸ İşlem uluslararası taahhüde aykırılıktan değil, yetki ve sebep unsurları yönünden hukuka aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Danıştay bir taraftan idarenin takdir yetkisini denetlerken yasalara uygun davranılmadığı kanaatine varmış; diğer taraftan Resmi Gazete de yayımlanmayan Bakanlar Kurulu Kararnamesine dayanılarak yaptırım uygulanamayacağını kabul etmiştir.

Danıştay asıl önemli ayrımı gözden kaçırmıştır. Dava konusu işlemler *yabancıların* temel hak ve özgürlüklerini sınırlamaktadır. Yabancılar bakımından Anayasada ayrı bir sınırlama rejimi öngörülmüştür. Kararın verildiği tarihte 1961 Anayasası yürürlüktedir. 1961 Anayasasının “yabancıların durumu” başlıklı 13. maddesinde, 1982 Anayasasının 16. maddesinde olduğu gibi, “hak ve hürriyetlerin yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak, kanunla sınırlanabileceği” öngörülmüştür. Danıştay ise, davayı vatandaşlar hakkında tesis edilmiş işlemler mevcutmuş gibi incelemiştir. Bundan dolayı, kanunla sınırlama koşulunun ötesinde milletlerarası hukuka uygunluk koşulunun varlığını hiç sorgulamamıştır. Oysa 1961 Anayasasının 13. maddesini davada uygulanacak kural olarak alması ve Helsinki Bildirgesinin siyasi taahhüt metni ya da uluslararası antlaşma niteliğinde olduğu değerlendirmesine girmeksizin milletlerarası hu-

⁸ Akıllıoğlu, Danıştayın bu kararında, Helsinki Bildirgesine yollama yaparak idari işlemi iptal ederken “bağlayıcı olmayan belgelerdeki insan hakları ahlâk normlarının görece bağlayıcılığına işaret ettiğini” belirtmektedir (Akıllıoğlu, 1992: 52).

kukun kaynaklarından biri olup olmadığını incelemesi yeterliydi. Uluslararası Adalet Divanı Statüsünün 38. maddesinde, uluslararası antlaşmalar yanında, yapılageliş kuralları ile hukukun genel ilkeleri de uluslararası hukukun kaynakları olarak belirlenmiştir. Danıştay'ın, yine iptal kararı verecek olsaydı bile, atf yaptığı Helsinki Bildirgesinin gazetecilerin çalışma koşullarını ve meslek uğraşlarını yürütmesini güvence altına alan maddesinin, uluslararası hukukun anılan kaynaklarından birini oluşturup oluşturmadığı sorusundan yola çıkması gerekirdi.

Helsinki Bildirgesine bağlı olarak oluşturulan başka AGİK son senetleri ya da kapanış belgeleri de bulunmaktadır. Bunlar içinde yer alan Yeni Bir Avrupa İçin Paris Yasası (Şartı) da uluslararası antlaşma niteliği taşımayan bir belgedir. Türkiye Paris Şartını imzalayan devletler arasındadır. Paris Şartı; Helsinki Bildirgesi gibi uluslararası antlaşmaların bağlayıcılığından farklı bir bağlayıcılık taşımaktadır. Bu hususun önemli sonuçları vardır: Bunlardan başlıcaları, BM Antlaşması m. 102 uyarınca Örgüt Sekreteryasına yayımlanmak üzere tescil edilmemesi; diğer yandan, kabul, tasdik ve onaylama gibi ek işlemlerle uluslararası alanda hukuksal bağlayıcılığa kavuşmayacak olmasıdır. Dolayısıyla, “usulüne göre yürürlüğe konulmak” suretiyle normatif değer kazanmayacaktır. Belgede yer alan hükümlerin ihlali, bir yargısal başvuru ya da benzeri bir hukuksal başvuru yoluna izin verecek nitelikte de değildir. Başka bir deyişle, teknik, hukuksal anlamda “Devletin uluslararası sorumluluğu” doğmamaktadır (Sur, 1992: 303).

Başka bir örnekte ise, Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO)'nün onaylanması düşünülen Sendika Özgürlüğüne ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına ilişkin 87 ve 151 sayılı Uluslararası Çalışma Sözleşmeleri bağlamında, Anayasanın 51. maddesinin kamu görevlilerinin sendika kurma hakkını içerecek şekilde yorumlanması olanağının bulunup bulunmadığı konusunda Danıştaydan görüş istenmiştir. Birinci Daire, daha önce onaylanarak yürürlüğe konulan uluslararası antlaşmalarda 87 ve 151 sayılı Sözleşmelerdeki hükümlere benzer hükümler bulunduğu dikkat çekmiştir. Bu kapsamda, BM İnsan Hakları Bildirgesi, AİHS ve Paris Şartının ilgili düzenlemelerini bağlayıcılıkları arasında fark gözetmeksiz art arda sıralamıştır (D1D, E.1992/136, K.1992/147, T.22.4.1992, DD, Yıl 23, Sayı 86, 1993, s. 52-61). Kanaatimizce, Danıştay'ın yargılama işlevine girmeyen bir inceleme esnasında, kamu görevlilerinin sendika kurma hakkını Paris Şartına atf yaparak değerlendirmesi sorun taşımamaktadır. Ancak istişari görüşteki sorun, usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşma hükümlerinin araştırılacağını belirtilmesinden hemen sonra farklı bağlayıcılık taşıyan belgelerin birlikte ele alınmasıdır. Bu yaklaşım, Paris Şartının birlikte anıldığı diğer belgeler gibi “usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmalardan biri” olduğu şeklinde yanlış bir kanaat uyandırmaktadır.

Uluslararası antlaşmalar ile oluşturulmuş denetim organlarının kararlarının yargılama faaliyetinde normatif değer kazanması, bir ulusal metinde yeniden düzenlenmiş olması halinde olanaklıdır. Bu durumda hükme esas alınan norm zaten ulusal düzenlemelerden çıkmaktadır. Bununla birlikte, mahkemelerin iç hukukta mevcut ilkelere dayandırdıkları gerekçeyi güçlendirecek *bir yorum kaynağı olarak* tavsiye kararlarına başvurmalarına engel bulunmamaktadır.

Danıştay'ın aşağıda örnek gösterilen kararı, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Tavsiye Kararını ölçü norm olarak uyguladığı izlenimi yaratmaktadır. Olayda, derginin sahibi ve mesul müdürü olan davacıya sarı basın kartı verilmesi istemi, gerekçe sunulmaksızın reddedilmiştir. Ret işlemi sözlü olarak bildirilmiştir. Basın Kartı Yönetmeliğinin işlemin tesis edildiği tarihte yürürlükte olan 46. maddesi ret kararının gerekçeli olması yolunda bir düzenleme içermektedir. Davacı uygulama işlemi ile birlikte anılan maddenin iptalini talep etmiştir. Onuncu Daire, "*idari işlemin gerekçeli olma zorunluluğu*"nu Yönetmeliğin farklı maddelerinden ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Tavsiye Kararından çıkarmıştır.

"İdarenin işlemleri karşısında Bireyin Korunması Hakkındaki Avrupa Bakanlar Komitesinin 77 sayılı kararında, ilgilinin hak ve özgürlüklerine veya çıkarlarına değinen bir idari işlem söz konusu olursa, olabilecek itiraza olanak vermek için gerekçeli olması öngörülmüştür. (...) Nitekim anılan Yönetmeliğin 34. maddesinde; "müracaat sahibinin, kendisine kart verilmesini engelleyen durumu ortadan kalkmadıkça yeniden kart talebinde bulunamaz" düzenlemesi uyarınca, ilgilinin yeniden başvurusu için, önceki kart verilmeme nedenini bilmesi gerekmektedir. 35. madde; kart düzenlememe gerekçesinin yazı ile ilgiliye 15 gün içinde bildirmesini düzenlemekle, işlemin gerekçeli olması zorunluluğunu getirmektedir. 49. maddede yer alan son inceleme için red kararının gerekçesinde belirtilen hususta değişiklik olduğunu ilgilinin belgelemesini aramaktadır. Bütün bu düzenlemeler de idari işlemin gerekçeli olmasını bir şekil şartı olarak öngörmektedir. Davacının Sarı Basın Kartı talebinin reddine ilişkin dava konusu işlem "idari işlemlerin gerekçeli olması ilkesi"ne aykırı bulunmaktadır. (D10D, E.1993/1403, K.1994/5633, T.10.11.1994, DD, Sayı 90, s. 1046)"

TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERE İLİŞKİN ULUSLARARASI ANTLAŞMALARIN DANIŞTAY DENETİMİNE ETKİSİ

Danıştay, Anayasa değişikliğinden önceki ve sonraki tarihlere ait pek çok kararda, uyuşmazlığı iç hukuk kuralları çerçevesinde incelemeyi iptal kararına ulaşmak için yeterli görmüştür (DİDDK, E.1995/816, K.1997/1, T.17.1.1997; D.10D, E.1995/6497, K.1997/3777, T.15.10.1997; D12D, E.2008/791, K.2009/7084, T. 15.12.2008; DİDDK, E.2006/1017, K.2009/3073, T.17.12.2009). Bu kararlarında, uyuşmazlığa uygulanan normların sonucu değiştirmeyeceği düşüncesinden kaynaklanıyor olsa gerek, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların varlığını araştırmamıştır. Ayrıca, davacı-

nın ya da davalının iddialarında, ilk derece mahkemesi kararında, Danıştay tetkik hakimi ve/veya Danıştay savcısının görüşlerinde uluslararası antlaşmalara aykırılık gerekçeleri sunulmuş olduğu halde, kararın görevdesinde antlaşmaların hiç anılmaması söz konusu olabilmektedir (D12D, E.2004/4382, K.2006/539, T.22.2.2006; D8D, E.2005/1158, K.2006/1464, T.10.4.2006; D12D, E.2005/6811, K.2006/1959, T.15.5.2006; D6D, E.2008/2283, T.26.5.2008; D12D, E.2831/K.2008/7006, T.19.12.2008).

Uluslararası antlaşmalarla korunan temel hak ve özgürlükleri konu edinen uyuşmazlıklarda, Danıştay'ın söz konusu antlaşmalara başvurmadığı bu gibi kararlar, çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır. Çalışmamızda, Anayasanın 90. maddesi uyarınca uluslararası antlaşmaların uygulamaya ne şekilde nüfuz ettiğini ortaya koymak amaçlandığından, Danıştay'ın temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmayı esas alırken izlediği yöntemi belirgin kılan kararlar seçilmiştir. Seçilen kararlar, farklı olasılıklara göre sınıflandırılarak incelenmiştir.

Başlıca Engel: Kararların Kurgusunun Uluslararası Antlaşmaların İç Hukuktaki Yerini Anlamaya Elverişsizliği

Danıştay kararlarına hâkim olan temel belirsizlik, gerekçe ile hüküm fıkrasının Mahkemenin yaklaşımını belirli aşamalar halinde çözümlemeye elverişli bağlantılardan yoksun olmasıdır. Farklı belgelerin hukuksal nitelikleri sorgulanmaksızın ardı ardına sıralanmasıyla sonuca gidilmektedir. Gerekçeden hükme nasıl ve hangi aşamalardan geçilerek varıldığı çoğu zaman açık değildir. Hatta gerekçe ve hüküm fıkraları arasında bir kopukluktan dahi bahsedilebilir. Bu nedenlerle, uluslararası antlaşmalara atfedilen normatif değer ne olduğunu yalnızca hüküm fıkrasına bakarak anlamak olanaksızdır. Danıştay, kararlarının büyük çoğunluğunda, hukuki sorunu uluslararası antlaşmalar, denetim organlarının kararları, Anayasa kuralları, Anayasa Mahkemesi kararları ve yasal düzenlemeler çerçevesinde ayrı ayrı incelemek yerine, hukuki sorunla ilişkilendirdiği hükümleri art arda sıralayıp geçmekte, bunların her birinin normatif değerini irdelememektedir. Hüküm fıkrasına gelince, “açıklanan nedenlerle” gibi genel, özetleyici bir ifadeyle kararını kurmaktadır (D10D, E.2006/2214, K.2009/7098, T.29.6.2009). Uluslararası antlaşmaları uygulamak adına başvurulanan *istifleme yöntemi* atıf yapılan her metne yüklenen normatif değeri saptamanın önündeki başlıca engeldir.

Kararların kurgusundaki diğer bir belirsiz nokta ise, gerekçede uluslararası antlaşmalara uygunluk tartışmasına yer verilmesine rağmen, hüküm fıkrasında idari işlemin yalnızca “yasaya uygun ya da aykırı” olduğundan ibaret bir saptama ile yetinilmesidir. Neredeyse yerleşmiş diyebileceğimiz bu yorum ve karar kurgulama yöntemi, pek çok soruyu cevapsız bırakmakta ya da en iyi ihtimalle kararlardan çıkarımda bulunmayı güçleştirmektedir. Mahkeme, hüküm fıkrasının

da sadece yasaya ya da Anayasaya aykırılığa dayanıyorsa, antlaşmanın adını zikretmekle onu uygulamış olmakta mıdır? Uluslararası antlaşmaya yorum kaynağı olarak başvurmanın da bir uygulama teşkil ettiği iddia edilebilirse de, bu gibi durumlarda, antlaşmanın yorum kaynağı olarak mı ölçü norm olarak mı uygulandığı anlaşılamamaktadır. Hüküm fıkrasında yasaya ya da Anayasaya aykırılık yerine “hukuka aykırılık” gibi genel bir formül kullandığında ise, antlaşma ile yasanın çatışıp çatışmadığını açıkça tartışmadığından, bu kez de hangi normu esas aldığı belirsiz kalmaktadır.

Bu hususa örnek teşkil eden ilk kararda, davacı, ihtira için kendisine rüçhanlı berat verilmesi yolundaki talebi üzerine, rüçhan hakkı talebinin geçersiz sayılarak yenilik incelemesi yaptırılması yolundaki işlemin iptali istemiyle dava açmıştır. Onuncu Daire, davalı idarenin yenilik incelemesi yaptırılması işleminin dayanağının yasalarda yer almadığını tespit etmiş ve işlemin dayanağını Paris Sözleşmesinde bulmuştur. Ancak hüküm fıkrasında, çelişkili görünen bir biçimde işlemin yasaya uygun olduğuna hükmetmiştir (D10D, E.1982/3972, K.1983/110, T.25.1.1983). Gerçekte, Danıştay bu kararda idari işlemin dayanağını yasadaki değil Paris Sözleşmesinden çıkarmıştır. “yasaya uygunluk” ile kastedilen “Sözleşmeye uygunluk”tur. Fakat Sözleşmenin yasa hükmünde olduğunu ya da Sözleşme hükümlerinin yasallık bloku içinde olduğunu dolaylı olarak ifade etmenin bir sonucu olarak, yasaya uygunluk gerekçesine dayandığı söylenebilir.

RTÜK’ün televizyon şirketine verdiği uyarma cezasının ise; Anayasanın suç ve cezalara ilişkin 38. maddesi, AİHS’in ifade özgürlüğünü koruyan 10. maddesi, Avrupa Sınır ötesi Televizyon Sözleşmesinin yayıncının sorumluluğunu düzenleyen 7. maddesi ve 3984 sayılı Yasada yer verilen yayın ilkelerine uygunluk bakımından ayrı ayrı değerlendirmiştir. Ancak, gerekçelerini özetlediği hükümden bir önceki paragrafında, sadece 3984 sayılı Yasadaki yayım ilkesinin ihlal edilmiş olduğunu belirtmiştir (D13D, E.2005/556, K.2005/947, T.22.2.2005).

Bir başka kararında, davacılar ile iptali talep edilen idari işlem arasındaki ilgi bağı araştırırken, AİHS’in 10. maddesinde yer alan ifade özgürlüğüne de atıfta bulunmuşsa da, kararın özünü oluşturan, gerekçelerin özeti niteliğindeki paragrafında dava ehliyetinin varlığını yalnızca Anayasada güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklere dayandırmıştır (D13D, E.2007/7054, K.2007/7684, T.23.11.2007).

Danıştay’ın Erkut tarafından “Türk kamu hukukunun yüz akı” olarak nitelenen (1992: 71-86) ve “1402’likler Kararı” olarak bilinen kararı, yukarıda kararların kurgusuna yönelttiğimiz tüm eleştirilerden başışık tutulmalıdır. Kararda benimsenen sistematik yorum yöntemi, yalnızca içtihadı birleştirme kararı olma özelliği ile açıklanamaz. İçtihatları Birleştirme Kurulu, 1402 sayılı Sıkıyönetim

Yasasının 2. maddesinde yer alan “... bir daha kamu hizmetlerinde çalıştırılmazlar” hükmünden kaynaklanan sıkıyönetim komutanlarının istemi üzerine görevlerine son verilen kamu personelinin, sıkıyönetimin kalkması ile birlikte görevlerine dönüp dönemeyecekleri sorununu; Anayasa, İş ve Meslek Bakımından Ayrım Hakkında 111 Sayılı Sözleşme, İHEB, AİHS ve hukukun genel ilkelere her biri açısından ayrıca incelemiştir. İşin esasına geçildikten sonra, tüm hukuki sorunlar, başlıklar altında (son verme işleminin hukuki yapısı, nitelikleri ve doğurduğu sonuçlar; anayasal durum; yorum sorunu) derinlemesine tartışılmıştır. Kabul ve yürürlük tarihi itibarıyla Anayasanın Geçici 15. maddesi kapsamında olan ve dolayısıyla Anayasaya aykırılığı ileri sürülemeyen Sıkıyönetim Yasasının, gerekçelerinden soyutlanarak, anılan hukuki metinlere uygun yorumlanmasına bir engel görmemiştir. Yasa hükmünün sıkıyönetim süresiyle sınırlı olarak uygulanabileceğine karar vermiştir.

1402 sayılı Sıkıyönetim Kanununun 2. maddesinin 2766 sayılı Yasa ile değişik son fıkrasında yer alan " bir daha kamu hizmetlerinde çalıştırılmazlar" hükmünün yukarıda yer verilen anlam ve kapsamı karşısında, adı geçen madde uyarınca sıkıyönetim komutanlarının istemleri üzerine işlerine son verilen memurların, diğer kamu görevlilerinin ve kamu hizmetlerinde görevli işçilerin, ilk kez kamu görevine girdikleri tarihte bu görev için yasa ve yönetmeliklerde öngörülen nitelikleri kaybetmemiş olmaları koşuluyla, işlerine son verildiği bölgede sıkıyönetim kalktıktan sonra, kurumlarınca eski-görevlerine iade edilmeleri gerekeceğinden içtihadın (...) birleştirilmesine, (...) karar verilmiştir (DİBK, E.1988/6, K.1989/4, T.7.12.1989, RG.: 9.2.1990-20428)

Farklı Olasılıklarda Danıştay’ın Temel Hak Ve Özgürlüklere İlişkin Uluslararası Antlaşmaları Esas Alma Yöntemi

1.Yasa İle Temel Hak Ve Özgürlüklere İlişkin Antlaşma Aynı Konuda Farklı Hükümler İçermediği Halde Antlaşmanın Esas Alınması

a. Kapsamı Yasada Belirlenmeyen Haklar

“Hak ve özgürlükler anayasada nadiren tanımlanabilmekte, bunun yerine sadece tanınabilmekte, ancak soyutlamalar halinde yer alabilmektedir. Yine anayasalarda hakların ucu açık projeler olarak yer alması nedeniyle hakların inşası, ancak uygulamada çıkan sorunlar üzerinden hakların kapsamının belirlenmesi ile olmaktadır (Ergül, 2012: 199).” Anayasanın soyut olarak tanıdığı hakkın kapsamına ilişkin açık yasa hükmü bulunmadığı durumlarda, Danıştay, bu belirsizliği ilgili uluslararası sözleşmelere başvurarak gidermektedir. Bir hakkın tanınmış olmasını onun kapsamını belirlemek için yeterli görmektedir.

Bu açıdan vergi davalarında mülkiyet hakkı ile kurulan bağlantı Mahkemenin yaklaşımına örnek oluşturabilir. Mülkiyet hakkı, AİHS’e Ek 1. Protokolün 1. maddesi ile Sözleşme sistemine dâhil edilmiştir. Anayasanın 35. maddesi,

AİHS'e Ek 1. Protokolün 1. maddesinin tekrarı gibidir. Şu farkla ki; vergi ve diğer katkı payları ile cezaların ödenmesini sağlamak amacıyla mülkiyet hakkına getirilebilecek sınırlama, bu maddede düzenlenmemiştir. Ek Protokolün 1. maddesinin ikinci fıkrasında, mülkiyet hakkının istisnası olarak gösterilen devletin vergi toplama faaliyeti, bu uluslararası düzenlemeden farklı olarak, Anayasanın İkinci Kısmının siyasi hak ve ödevlerle ilgili Dördüncü Bölümünde, ayrı bir başlık altında, 73. maddede düzenlenmiştir (Candan, 2010).

Hukuka aykırı bir tarh işlemine dayalı olarak tahsil edilen vergi nedeniyle vergi mahkemelerinde görülen davalarda mükellef lehine faize hükmedilip edilemeyeceği sorunu temyiz yoluyla Danıştay'ın önüne gelmiştir. Dördüncü Daire davayı, Anayasanın 2. ve "İdarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü bulunduğunu" hüküm altına alan 125. maddesi ile AİHS'e ekli 1 No'lu Protokolün mülkiyet hakkının sınırlarını belirleyen 1. maddesi ışığında incelemiştir. Ayrıca, AİHS'in Eko-Elda Avee/Yunanistan kararında (T.9.3.2006, başvuru no. 100162/02) faizin mülkiyet hakkı bağlamında yorumlanması bakımından benimsediği çözümü de dikkate almıştır.

"Anılan sözleşme hükmü gereğince, bir kişinin mülkiyet hakkından mahrum bırakılabilmesi, bu durumun, uluslararası hukukun genel ilkelerine aykırı bulunmaması, kamu yararına ve kanunun açık hükmüne uygun olması şartlarının birarada gerçekleşmesine bağlıdır. Dolayısıyla, Anayasal ve kanuni dayanağı bulunmayan bir şekilde kişilerin mülkiyet hakkından mahrum bırakılması mümkün olmayıp, aksi durum, yukarıda sözü edilen ve Anayasa ile kanun hükmünde olduğu belirtilen sözleşmeye de aykırılık teşkil edecektir. (...) Anayasa Mahkemesinin bu kararı nedeniyle hukuka aykırı bulunarak tahakkukun iptal edilmesi karşısında, 1 No'lu Ek Protokolün 1 inci maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yukarıda bahsi geçen kararı uyarınca mülkiyet hakkı ihlal edildiğinden, haksız tahakkuk ettirilen verginin davacıya faizi ile birlikte iade edilmesi gerekmekte olup, aksi yönde verilen Mahkeme kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır". (D4D, E.2011/5499, K.2011/6892, T.6.10.2011, DD, Yıl 2012, Sayı 129, s. 32-35)

Haksız tahakkuk ettirilen vergi nedeniyle idarenin faiz ödeneceğine ilişkin yasa kuralı bulunmadığından, AİHS ile yasanın aynı konuda farklı hükümleri içerdigiinden söz etmek olanaksızdır. Mahkeme, faiz ödenmemesini mülkiyet hakkına yönelik bir sınırlama olarak gördüğünden, sınırlamanın hukuka uygunluğunu AİHS ve Anayasada aramıştır. AİHS ve Anayasada yer alan mülkiyet hakkının kapsamını ise, AİHM'in aynı konuda daha önce vermiş olduğu karara göre belirlemiştir.

b. Yasanın Tanımsız Bıraktığı Kavramlar

Danıştay, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaları yalnızca idari işlemlerin esas yönünden denetiminde değil, ilk inceleme aşamasında da kendisini bağlayan bir hukuk kuralı olarak almaktadır. İdari davalarda menfaat koşulunun araştırılmasına ilişkin örnekte, RTÜK üyelerinin, Kurul üyesi ve vatandaş sıfatıyla açtıkları dava kapsamında, dava konusu işlemle davacılar arasındaki ilgi bağının tartışılması söz konusu olmuştur. Üçüncü Daire, devlete düşen medya tekelinin oluşmasına karşı gerçek sınırlamalar koymak ve medyanın çoğulculuğunu koruyucu önlemler almak ödevini; Anayasanın “Düşünceyi Açıklama ve Yayma Hürriyeti” başlıklı 26. maddesi, “Basın Hürriyeti” başlıklı 28. maddesi ve “Piyasaların Denetimi ve Dış Ticaretin Düzenlenmesi” başlıklı 167. maddesi ile AİHS’in ifade özgürlüğüne ilişkin 10. maddesinden çıkmıştır. RTÜK kararına muhalif kalan Kurul üyelerinin, temel hak ve özgürlükler alanına giren bir konuda dava açma ehliyeti bulunduğuna karar verilmiştir (D3D, E.2007/7054, K.2007/7684, T.23.11.2007).

Menfaat kavramı İdari Yargılama Usulü Kanununda tanımlanmamıştır. Daha önemlisi, “vatandaş sıfatı ile işlem arasında meşru, kişisel ve güncel ilgi bağı” özü itibarıyla herhangi bir yasa kuralıyla sabitlenmeye elverişsizdir. Dolayısıyla, Yasa ile Danıştay’ın değindiği antlaşmalar aynı konuda farklı hüküm içermemektedir. Danıştay, çatışmadan dolayı değil menfaat kavramının kapsamı bakımından ihmal edilecek bir yasa normu bulunmadığından Anayasa ve AİHS hükümlerini esas almıştır.

c. Yasal Dayanaktan Yoksun İdari İşlemler

Kapsamı yasa ile belirlenmeyen hakların kapsamının temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaların ve denetim organlarının kararları ile değerlendirilmesinde ya da yasanın tanımsız bıraktığı kavramlara antlaşma hükümlerine uygun anlam verilmesinde olduğu gibi, bu olasılıkta da antlaşma ile yasanın aynı konuda farklı hükümler içermesi söz konusu değildir. Çünkü hakkı sınırlayan bir yasa mevcut değildir. İdarenin her işlemi için yasal dayanak aranır. Danıştay, “yasal dayanaktan yoksun” işlemler kavramı ile “sınırlamanın yasal sebeplerinin bulunmaması”nı kastetmektedir. İşlemin konusunu Anayasa ve antlaşmalar-daki bir hak ile ilişkilendirdikten ve anılan hukuk metinlerindeki sınırlama sebeplerini ortaya koyduktan sonra, yasa ile sınırlama koşulunun ihlal edildiğini saptamaktadır.

Örneğin, Ambalaj Atıklarının Kontrolü Yönetmeliğinin ambalaj atıklarının “bedelsiz olarak” belediyelere verilmesini öngören hükmü, yürütmenin durdurulması ve iptal istemine konu olmuştur. Altıncı Daire, ilgili Yönetmelik hükümünün hukuka uygunluğunu Anayasanın 35. maddesinde ve AİHS’in 1 nolu Protokolünün 1. maddesinde korunan mülkiyet hakkı ve bu hakkın sınırlandırılması

rılma nedenleri çerçevesinde incelemiştir. Anayasada, Protokol ile uyumlu biçimde bu hakkın ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabileceği hüküm altına alınmıştır. Her iki normun getirdiği ortak sınırlama koşullarına uyulup uyulmadığının denetlenmesi yeterli olmuştur. Nitekim somut olayda, Yönetmelik düzenlenmesinin yasal dayanağı bulunmadığı (sınırlamanın yasal sebepleri bulunmadığı) gerekçesiyle yürütmesinin durdurulmasına karar verilmiştir.

“Yönetmeliğin, 5/d maddesinde yer alan "bedelsiz olarak" ibaresine ilişkin kısmına gelince Mülkiyet hakkı Anayasa ile güvence altına alınmış bir haktır. Anayasamız bu hakkın, ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabileceğini hüküm altına almıştır. Dava konusu Yönetmeliğin 5/d maddesinde ambalaj atığı üreticilerinin; ilgili oldukları belediyeler tarafından hazırlanarak Bakanlığa sunulan ambalaj atığı yönetim planı doğrultusunda belirlenen toplama sistemine uygun olarak biriktirmek ve belediyenin sistemine vermekle yükümlü tutulmalarında dayanağı yasa maddelerine ve Anayasaya bir aykırılık bulunmamaktadır. Ancak ekonomik bir değeri bulunan ve mülkiyet hakkı kapsamına giren bu atıkların "bedelsiz olarak" verilmesi yönünde hüküm getirilmesi, mülkiyet hakkının özüne doğrudan bir müdahale içermektedir. Bu hususun ancak kanunla düzenlenebileceği, gerek Anayasamızda gerekse Ülkemizin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin anılan maddesinde açıkça belirtilmiştir. Dava konusu "bedelsiz olarak" ibaresinin ise yasal bir dayanağı bulunmamaktadır. / Bu itibarla, ilgilinin mülkiyetinden yararlanmasını engelleyen ve mülkiyet hakkının özüne doğrudan bir müdahale içeren, bu nedenle de ancak kamu yararı sebebiyle, kanunla ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak düzenlenebilecek bir konunun Yönetmelik ile düzenlenmesinde hukuka uygunluk bulunmamaktadır”. (D6D, E.2007/6000, T.14.12.2007) [a.b.ç.]

2. Yasa İle Temel Hak Ve Özgürlüklere İlişkin Antlaşmanın Aynı Konuda Farklı Hükümler İçermesi Halinde Antlaşmanın Esas Alınması

Anayasanın 90. maddesinin 5. fıkrasının gerekçesinde, “öncelik vermek” ifadesi geçmekteyken bu ifade Anayasa değişikliğine “esas almak” şeklinde yansımıştır. Öğretide, esas almanın ne anlama geleceğine dair farklı yorumlar geliştirilmiştir. Gülmez’e göre (2004:156), “Üstünlük ya da öncelik terimlerinin açık biçimde kullanılmamış olmasına karşın, ‘*esas alma*’, aslında uluslararası antlaşmayı yasalara üstün tutarak, öncelikle uygulama, uyumsuzluğu ulusal hukuku bir yana bırakarak uluslararası antlaşmalara göre çözmeye demektir.” Aybay’a göre ise (2007:205), “Gerekçede ‘*öncelik verilmesi*’nden söz edilmişken, kabul edilen maddede, ‘*esas alınır*’ denilmesi, anayasa koyucunun “öncelik verilmesi”nden yana olmadığı; bu konunun uygulamadaki yorumlara bırakıldığı biçiminde anlaşılmalıdır.” Yazar, esas almayı, “uluslararası antlaşmalara her halde üstünlük tanımak” olarak yorumlamamaktadır. Esas almanın nasıl yorumlanacağına ilişkin farklı görüşler ileri sürülmekteyse de, öğretide ek cümlelerin maddi hukuk kuralı değil çatışma kuralı olduğu fikrinde bulunmaktadır.

Kanaatimizce, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmayı esas almak, onun getirdiği güvence eşiğinin altında yasayı uygulamanın AY m. 90/f. 5 karşısında mümkün olmadığı şeklinde anlaşılmalıdır. Çatışma halinde antlaşmanın esas alınması ulusal hukukun mutlaka bir yana bırakılmasını gerektirmez.⁹ Bununla birlikte, esas almanın sonuçları zımnen ilga, iptal ve ihmal gibi kavramlar açısından da açıklığa kavuşturulmalıdır. *Zimnen ilga*, yasaların yürürlüğüne ilişkin bir kavramdır. Antlaşma esas alındığında da yasa yürürlüğünü sürdürmektedir. *Iptal*, “bir işlemin hukuka uygun olup olmadığını denetleyen yargı organının işlemin geçerliliğini etkileyen bir sakatlık saptaması halinde, işlemin geri yürür biçimde ortadan kalkmasını sağlayan ve kesin hüküm olabilen bir yargı işlemidir” (Uler, 1970: 4). Anayasal sistemimizde, yasaları iptal yetkisi yalnızca Anayasa Mahkemesine tanınmıştır. *İhmal* ise, incelenen somut olaya özgü olarak yürürlüğünü sürdüren bir yasa hükmünü uygulamaktan imtina edilmesidir. Danıştay’ın temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşma hükümleriyle yasa hükümleri arasında çatışma saptamasından sonra başvurabileceği yöntem ihmaldir. Ancak, ihmal tek yöntem değildir. Aşağıda incelenen kararlarda göreceğimiz gibi, Mahkeme, esas almanın anlamını belirlerken çatışmanın derecesine bağlı bir yöntem izlemektedir.

a. Danıştay’ın Genel Eğilimi Yasayı Antlaşmaya Uygun Yorumlamak Yönündedir

Uyuşmazlığa uygulanacak yasa, Anayasa ve uluslararası antlaşma kurallarını ortaya koyan Danıştay, bu aşamadan sonra şöyle bir tutum izlemektedir:

- Uluslararası antlaşma normunun anlamını Anayasa normları ile bütünleştirmekte, Anayasa normlarının anlamını uluslararası antlaşma normu ile pekiştirmektedir. İdari işlemin bağlantılı olduğu hakkı ya da ilkeyi uluslararası antlaşmadan ve Anayasadan çıkarmakta, bunlar ile güçlendirmektedir.

⁹ 2004 Anayasa değişikliği ile temel hak ve özgürlüklerin daha ileri düzenlemelerle korunması amaçlanmaktadır. Uygulamada yasanın uluslararası antlaşmadan daha ileri düzenleme getirmiş olması olasılığıyla karşılaşılabilecektir. Böyle bir durumda, yine Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasına eklenen cümlelerin amacından sapmamak adına daha ileri düzenleme getiren yasanın esas alınması zorunludur. Öğretide de bu çözümlerin benimsenmesi doğrultusunda görüş birliği oluşmuştur: “Yasaların daha elverişli hükümler içermesi durumunda (pasif çatışma) gerçekte bir çatışma olmadığı kabul edilmelidir” (Başlar, 2004: 314). “İç hukukun devletler hukuku kurallarından çok daha ileri düzeyde olduğu durumlarda, her iki hukuk düzeni arasında herhangi bir sorun çıkması söz konusu değildir” (Ünal: 2003: 37). “Burada ‘maksimum standart’ ilkesine göre, yasaya öncelik tanınması gerektiği ileri sürülebilir. (...) Güvence konusunda daha ileri düzenleme getiren hüküm geçerli, sınırlama konusunda ise değil. Kanımıza göre, sınırlamada daha az sınırlama getiren hüküm esas alınmalıdır” (Kaboglu, 2004). “Kuşkusuz, antlaşmalar ile yasalar arasındaki uyumsuzluğun yasalardan antlaşmalardan daha ileri düzenleme yapmış olmasından çıkması durumunda, antlaşmalar esas alınmaz ve uyumsuzluk, daha geniş ve ileri düzenlemeler sağlayan yasaların uygulanmasıyla çözülür. Değişik bir anlamla, 90. maddenin son fıkrasının yeni kuralı bu durumda uygulanmaz” (Gülmez, 2004: 156).

- Uluslararası antlaşmayı tek başına uygulamak yerine, uluslararası antlaşma ve Anayasa normlarının getirdiği güvence eşiğinin altında kalmayacak şekilde yasayı olabildiğince her iki norma uygun yorumlamaya çalışmaktadır.
- Yasayı Anayasa ve uluslararası antlaşma normunun birlikte değerlendirilmesinden çıkan anlam ile bağdaştırmak mümkünse; idari işlemi yasaya, Anayasaya ve uluslararası düzenlemelere aykırı olduğu gerekçesiyle ya da bazen yalnızca yasaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmektedir.

Böylelikle, milletlerarası hukukun üstünlüğü ve Anayasanın bağlayıcılığı ilkelerinden birini korumak adına diğerinden feragat etmeksizin, iki ilke arasındaki dengeyi kurmuş olmaktadır. İzlenen yöntemden çıkan sonuç, Danıştay'ın en azından uluslararası antlaşmalar ile Anayasa arasında çatışma değil bir uyum bulunduğu varsayımıyla yargılamayı yürüttüğüdür.

Danıştay'ın genel olarak izlediği yasayı antlaşmaya (ve Anayasaya) uygun yorumlama yöntemine ilişkin ilk örnek sendikaların üyelerini dava yoluyla temsiline, yani nesnel dava ehliyetine ilişkindir. İçtihatları Birleştirme Kurulu, kamu görevlileri sendikaları ve üst kuruluşlarının, üyeleri hakkında tesis edilen birel işlemlere karşı dava açıp açamayacakları konusundaki içtihat farklılığını; İHEB, AİHS, Avrupa Sosyal Şartı ile ILO'nun 87 ve 151 Sayılı Sözleşmelerinde yer alan örgütlenme özgürlüğüne ve sendikal haklara ilişkin güvencelerden yola çıkarak gidermiştir. Kamu Görevlileri Sendikaları Kanununun içtihat farklılıkları doğuran hükmünü, bu güvenceler ışığında ve çıkarılış amacını ilgili Anayasa kuralları ile birlikte uluslararası sözleşmelerin tarihsel gelişimi bağlamında ele alarak yorumlamıştır. Sendikal hakların ve örgütlenme özgürlüğünün kaynaklarına ilişkin pek çok uluslararası belgeyi gözetmiştir. Sendika ve üst kuruluşlarının üyeleri hakkında tesis edilen birel işlemlere karşı, üyelerini temsilen avukatları aracılığıyla dava açabilecekleri, açılan davalarda taraf olabilecekleri sonucuna ulaşmıştır. Yasa ile dava açma hakkının sınırlanmasının Anayasaya ve ILO Sözleşmelerine aykırılık oluşturacağını açıkça tespit etmiş olmakla birlikte, Yasa hükmünün gerekçesinde ILO Sözleşmelerine vurgu yapıldığından, yasama çalışmalarına gönderme yapmak suretiyle uluslararası sözleşmelere bir de dolaylı yoldan başvurmuştur. Danıştay, bu kararında da, aşağıda örnek verilen kararlarında olduğu gibi, genel yönteminden sapmayarak Anayasa-uluslararası sözleşmeler-yasa arasında çatışma araştırmasına girişmek yerine, farklı düzeyde normlar arasında bir “amaçsal uyum” yakalamaya çalışmıştır.

“Sendikal hakların kaynaklarını oluşturan ve Ülkemiz tarafından da onaylanan yukarıda anılan sözleşmeler ile birlikte, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Sosyal Şartı gibi bir çok sözleşme ve bildiride sendikal hakların işçilerin yanı sıra kamu görevlilerine de tanınması benimsenmiş 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 51'inci maddesinde 23/7/1995 günlü ve 4121 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile, işçiler dışında kalan kamu çalışanlarına da örgütlenme ve toplu sözleşme hakkı tanınarak buna ilişkin usullerin kanunla dü-

zenlenmesi öngörülmüştür. (...) milletlerarası antlaşma hükümlerinin esas alınacağı yolundaki kural ile kanun koyucu, temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalara yasalar önünde önem ve öncelik vermiş, bu konudaki iradesini açık ve net bir şekilde ortaya koymuştur. Bu bağlamda, temel insan haklarından biri sayılan, demokratik ve sosyal hukuk devleti olmanın en önemli göstergelerinden biri olan örgütlenme özgürlüğüne ilişkin kurum ve kuralları düzenleyen 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nun, yukarıda aktarılan gelişim süreci çerçevesinde değerlendirilmesi Kanunun çıkarılış amacına uygun düşecektir. (...) 4688 sayılı Kanunun yasama çalışmaları sırasında, 19'uncu maddenin (f) fıkrasının kapsamı konusunda duraksama yaşanmamış, komisyonlardan değişikliğe uğramadan geçen maddenin gerekçesinde, Uluslararası Çalışma Örgütünün yukarıda anılan 151 sayılı Sözleşmesinin 7'nci ve 8'inci maddeleri esas alınarak konfederasyonların yetkilerinin ve faaliyetlerinin belirtildiği ifade edilmiş ve 87 sayılı Sözleşmenin 3'üncü maddesi ile güvence altına alınan, "Sendikaların faaliyetlerini düzenlemek ve iş programlarını belirlemek hakkına sahip oldukları" hükmü dikkate alınmak suretiyle haklarını en geniş biçimde kullanmalarını özendirici bir düzenleme yapıldığı hususuna gerekçede yer verilmiştir. / Konuya ilişkin yasal düzenlemelerin tarihsel gelişimi de dikkate alındığında, kanun koyucunun iradesinde bir değişiklik olmadığı, sendikaların haklarını en geniş biçimde kullanmalarını özendirici bir yaklaşım içerisinde bulunduğu görülmektedir. (...) 4688 sayılı Kanunun 19/f maddesi uyarınca kamu görevlileri sendikalarına, üyelerinin haklarını korumak amacıyla tanınmış olan dava açma hakkının kullanımında sınırlamaya gidilmesi, Anayasanın hak arama hürriyetine ilişkin 36'ncı maddesi kuralına uygun düşmeyeceği gibi; 151 sayılı Sözleşmenin, yukarıda anılan 1'inci ve 3'üncü maddelerine de aykırılık oluşturacağı açıktır". (DİBK, E.2005/1, K.2006/1, T.3.3.2006) [a.b.ç.]

Adalet Bakanlığının hâkim hakkında yapılan şikâyet üzerine soruşturma açılmasına gerek görmemesi yolundaki işlemi, Anayasanın hukuk devletine, hak arama özgürlüğüne ve yargı yoluna ilişkin hükümleri ile AİHS'te korunan adil yargılanma hakkının birlikte ele alınması sonucunda "iptal davasına konu edilebilecek idari işlem" olarak nitelenmiştir. Danıştay, söz konusu kararında da, işlemin yargılanmasını sağlayacak ilkenin varlığını Anayasa ile Sözleşmenin bütüncül yorumundan çıkarmıştır. Hâkimler ve Savcılar Kanunu, İdari Yargılama Usulü Kanunu, Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulu Tüzüğü ile Adalet Bakanlığı Teftiş Kurulu Yönetmeliği kurallarını ise Anayasa ve uluslararası sözleşmelere uygun yorumlamıştır (DİDDGK, E.2006/4597, K.2009/1790, T.22.10.2009).

Danıştay, "antlaşmaya uygun yorum" yöntemine, yasa ile aynı konuda farklı hükümler içeren antlaşmanın aynı zamanda Anayasa ile farklı hükümler içermesi halinde de başvurmuştur. Bu olasılık, ileride zorunlu din kültürü ve ahlak dersinin içeriğini yargılayan Danıştay kararlarında (D8D, E.2006/4107, K.2007/7481, T.28.12.2007; D8D, E.2007/679, K.2008/1461, T.29.2.2008) göreceğimiz gibi, yasa Anayasa hükmünü yinelediğinde karşımıza çıkmaktadır. Böylece, yasayı ihmal ederek Anayasayı da ihmal etmiş olma sonucunun doğmasını önlemektedir.

b. Danıştay İstisnai Olarak Yasayı İhmal Etmektedir

Danıştay'ın yasayı, Anayasa ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşma normunun birlikte değerlendirilmesinden çıkan anlam ile bağdaştırabilmesi ancak ihmal suretiyle mümkünse ya da hiçbir surette mümkün değilse bu yola başvurmuştur. Danıştay'ın belirttiğimiz iki varsayımı da açıklayan kararları bulunmaktadır.

İlk kararda, Mahkeme, İdari Yargılama Usulü Kanununun sürelerle ilişkin hükmü ile AİHS ile korunan adil yargılanma hakkı arasında amaç yönünden çatışan bir durum görmemiştir. Fakat somut olayda hükmün sözel ifadesi aynen korunduğunda, yasal süre koşulunun uygulanması bu amaca aykırı bir sonuç vermektedir.

İYUK m. 9, “Çözümlemesi Danıştay'ın, idare ve vergi mahkemelerinin görevlerine girdiği halde, adli ve askerî yargı yerlerine açılmış bulunan davaların görev noktasından reddi halinde, bu husustaki kararların kesinleşmesini izleyen günden itibaren otuz gün içinde görevli mahkemede dava açılabilir. Görevsiz yargı merciine başvurma tarihi, Danıştay'a, idare ve vergi mahkemelerine başvurma tarihi olarak kabul edilir.” hükmünü içermektedir. Adli yargı mercilerince verilen görevsizlik kararı üzerine, kanunda öngörülen süre içinde yeni bir dilekçe ile idari yargıda dava açılmayarak, görevsizlik kararı veren mahkemece dosya re'sen idare mahkemesine gönderildiğinde, idare mahkemesince davanın reddedilip reddedilemeyeceğine ilişkin hukuki sorun temyiz yoluyla Danıştay'ın önüne gelmiştir. Yasa ve Sözleşme hükümlerinin sözel deyimleri farklı olmakla birlikte, korudukları hukuki değer aslında ortaktır. Korunan hukuki değer, madelerde açıkça yazılmasa bile, davacıların yargı organları önünde etkili başvuru olanağını sağlamaktadır.

“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, adil yargılanma haklarını ileri sürerek, ulusal mahkemelerin, İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümlerinin aşırı şekilci bir şekilde yorumlandığını ve mahkemeye erişim haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle yapılan başvurular üzerine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesine dayanarak Ülkemiz aleyhine verilen çeşitli kararlarındaki gerekçelere bakıldığında, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 4. maddesi ile birlikte 9. maddesinin kanunun koyuluş nedeni idare mahkemelerine erişimi kolaylaştırmak olduğundan, başvuranları, esas bakımından dilekçelerinin incelenmesinden yoksun bırakan usuli muhakemeye ilişkin bir gerekliliğin yorumu söz konusudur ki bu durum mahkemeler ve yüksek yargı organları tarafından sağlanan etkin koruma hakkına yönelik bir ihlal oluşturacak niteliktedir. AİHM, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nu 9. maddesinin çok katı bir şekilde uygulayan Türk idare mahkemelerinin aşırı şekilci davrandığı ve başvuranları mahkemeye erişim haklarından ve AİHS'in 6/1 maddesi uyarınca adil yargılanma haklarından yoksun bıraktığı kabul ettiği görülmektedir”. (Örneğin; Mesutoğlu, No:36533/04) (D14D, E. 2011/6523, K.2012/383, T.6.2.2012, DD, Yıl 2012, Sayı 129, s. 17-21) [a.b.ç.]

Mahkemenin kararının ardında, böyle bir görev yükleyen yargılama usulü kuralı mevcut olmadığı halde, adli yargının dosyayı re'sen göndermeyi görev bilmesinin davacıyı yanıltmış olabileceği, kendisinden kaynaklanmayan bir nedenle davacının dava hakkını yitirmesine yol açmamak gerektiği düşüncesi yatmaktadır.

Yasanın dava açma süresine ilişkin kuralı, antlaşmaya uygun yorumlandıktan sonra bile esnetilemeyecek keskin bir dille yazılmıştır. Yasa somut olgulara uygulandığı takdirde davanın süreden reddedilmesi gerektiği açıktır. Danıştay'ın Yasanın sözel deyimini aşabilmesi, bir idari yargılama usulü kuralını ihmal etmeyi gerektirmiştir. Şüphesiz kural, ihmalden sonra da yürürlüğünü sürdürmektedir.

Danıştay'ın, yasayı ihmal ettiği bir başka karar, üyesi olduğu sendikanın bir gün süre ile göreve gelmeme çağrısına uyan öğretmenin eyleminin Devlet Memurları Kanununun 125. maddesinin C/b bendinde tanımlanan “özürsüz olarak bir veya iki gün göreve gelmemek” disiplin suçunu oluşturup oluşturmadığına ilişkindir (DİDDK, E.2009/1063, K.2013/1998, T.22.5.2013). İdari Dava Daireleri Kurulu, disiplin cezasının sebep unsurunu oluşturan maddi olgunun varlığını doğrudan AİHS'in “dernek kurma ve toplantı özgürlüğünü” düzenleyen 11. maddesine ve AİHM'in aynı konuda Türkiye hakkında vermiş olduğu Kaya ve Seyhan kararına (T.15.9.2009, başvuru no. 30946/04) göre değerlendirmiştir. Sendika kararına uyarak toplu eyleme katılmayı “mazeret” olarak nitelmiştir.

Gülmez'in karar üzerine kaleme aldığı incelemede (2014: 200) vurguladığı gibi, Mahkeme, önündeki uyuşmazlığa uygulanacak ulusal ve uluslararası kurallar arasında çatışma bulunduğundan, farklı kuralların neler olduğundan ve hangisinin ne nedenle “esas alınması” gerektiğinden söz etmemiştir. Gerçekte, AİHS m. 11 ile çatışan hüküm dava konusu işlemin yasal dayanağını oluşturan 125. madde değildir. Aynı Yasanın “toplular eylem ve hareketlerde bulunma yasağı” ile “grev yasağı” konusundaki 26. ve 27. maddeleridir. Mahkeme, anılan hükümler ile Sözleşme arasında çatışma bulunduğunu açıkça belirtmeye dahi gerek görmeden, doğrudan Sözleşmeyi ve AİHS içtihadını uygulayarak Yasanın yasaklayıcı hükümlerini ihmal etmiş olmaktadır.

3. Anayasa İle Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Antlaşmanın Aynı Konuda Farklı Hükümler İçermesi

Anayasanın tanıdığı bir hakkın kapsamı temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalar ile karşılaştırıldığında daha dar görülmesi halinde, Danıştay anayasal hakkın hangi haklara kadar uzandığını antlaşmalara göre belirleyebilmektedir. Söz konusu yaklaşım, hakların tek kaynağının Anayasa olmadığı düşüncesine dayanmaktadır. Bundan dolayı, belirli bir hakkı tanıyan Anayasa normunu hakkın kapsamına dair mutlak bir çerçeve olarak yorumlamamaktadır. Diğer bir

deyişle, temel hak ve özgürlükleri Anayasada sayılanlarla sınırlı tutmamaktadır.¹⁰

Birinci Daire, hakkında istişari görüş istenen uluslararası sözleşmelerin onaylanarak kamu görevlileri de dâhil olmak üzere herkese sendika kurma hakkı tanınmasına ve konunun yasal olarak düzenlenmesine Anayasal bir engel bulunmadığı yönünde görüş bildirmiştir. Anayasanın Danıştay’ın görüş bildirdiği tarihte yürürlükte olan 51. maddesi, sendika kurma hakkını açıkça tanımaktadır. Fakat kamu görevlilerinin sendika kurma hakkını yasaklamamakla birlikte, açıkça tanımamaktadır. Tanınan hakkın öznesi yalnızca “işçi ve işverenler”dir. Onaylanması düşünülen 87 ve 151 sayılı ILO Sözleşmelerinde yer alan konuların, Paris Şartı, İHEB’in 23. maddesi ve AİHS’in 11. maddesi ile tanınan haklarla da örtüştüğü kanaatine varmıştır. Böylece, Anayasa ve yasalarda kamu görevlileri için açıkça tanınmayan ancak yasaklanmayan sendika kurma hakkının varlığını uluslararası sözleşmelerden çıkarmıştır.

“Madde metninde sendika kurma hakkının yalnızca işçi ve işverenlere özgü olduğu anlamına gelecek bir anlatım yer almamaktadır. Anayasa bütünüyle incelendiğinde de kamu görevlilerinin sendika ve üst kuruluş kurma hakkının anayasal bir hak olarak yer almadığı, ancak buna karşın bunu yasaklayan bir hükmün de bulunmadığı görülmektedir. Bir hakkın anayasada yer almamış olması yasayla tanınmasına engel olamaz. (...)Yurttaşların bütün haklarının anayasada bir bir sayılmasına olanak bulunmadığı gibi buna gerek de yoktur. Esasen anayasalar, temel hak ve özgürlükleri belirtmek ve bunları anayasal güvenceye bağlamakla yetinir. Anayasada yer almayan diğer hakların konusu, kapsamı ve kullanım biçimi yasalarla düzenlenir”. (D1D, E.1992/136, K.1992/147, T.22.4.1992, DD, Yıl 23, Sayı 86, 1993, s. 52-61) [a.b.ç.]

AİHS’in 11. maddesine göre, sendika kurma hakkı kişiler bakımından daha geniş bir kapsama sahiptir. “Herkesin” sendika kurma hakkından söz etmektedir. Danıştay, “kamu görevlileri de dâhil olmak üzere herkese sendika kurma hakkı tanınmasına anayasal bir engel bulunmadığını” özellikle vurgulamıştır. Sendika kurma hakkının kapsamını kamu görevlilerinin örgütlenmesini de içerecek şekilde genişletmiştir. Bu kararda izlenen yöntem, Anayasanın antlaşmaya uygun yorumlanmasından farklıdır. Zira Birinci Daire, Anayasanın “işçi ve işveren” ifadesinin kamu görevlilerini kapsamadığını kabul etmiştir. Kamu görevlilerini bu ifadenin kapsamına alacak bir yorumda bulunmamıştır. Aksine, Anayasada açıkça tanınmamış olmasının antlaşmalara uygun olarak yasalarla tanınması önünde bir engel olmadığı sonucuna varmıştır. İşveren kelimesi, 2001

¹⁰ Değineceğimiz karar çatışma kuralının Anayasaya eklenmesinden önceki bir tarihe aittir. Fakat çatışma kuralı, yasa ile antlaşmaların aynı konuda farklı hükümler içermesine ilişkindir. Anayasanın 90. maddesi, Anayasa ile antlaşmanın aynı konuda farklı hükümler içermesine ilişkin bir çatışma kuralı getirmemektedir. Dolayısıyla, Danıştay’ın izlediği yöntemi saptarken 2004 yılı öncesine bir karara yer verilmesinde sakınca görülmemiştir.

yılında 4709 sayılı Kanunla gerçekleştirilen Anayasa değişiklikleri ile¹¹ “çalışan” şeklinde değiştirilmiştir.

4. Anayasa ve Yasa İle Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Antlaşmanın Aynı Konuda Farklı Hükümler İçermesi

Yasanın antlaşma ile çatışan hükümlerinin anayasa kuralını yinelediği durumlarda, Danıştay’ın antlaşma hükümlerini esas almak amacıyla yasayı ihmal etme yöntemini izlemesi aynı zamanda Anayasanın da ihmal edilmesi sonucunu doğurur. Anayasa, uluslararası antlaşmalar da dâhil olmak üzere, kendisine dayanan diğer normların hukuki değerini belirleyen temel kurucu normdur. Antlaşmanın Anayasa ile çatışan hükümleri, ancak kurucu iktidarın müdahalesiyle yürürlükten kaldırılabilir. Mahkemelerin, uluslararası antlaşmalarla çatışan Anayasa hükümlerini ihmal, iptal ya da zımnen ilga etme yetkisi bulunmamaktadır.¹² Anayasanın, yasa ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmanın aynı konuda farklı hükümler içermesi halinde yasanın ihmal edilmesine olanak tanıyan 90. maddesi, bir dolayım olarak Anayasanın da ihmal edilebileceği durumları kapsamamaktadır.

Küçüğün yasal temsilcisinin çocuğunun “zorunlu din dersi eğitiminden muaf tutulması” talebiyle yaptığı başvurunun reddi işlemine karşı açılan davalar, Danıştay’ın antlaşma ile farklı hükümler barındıran Anayasa ve yasa hükmünü ihmal etmek yerine, antlaşmaya uygun yorumlamasının belirgin örneğidir. Dikkat edilirse, başvurunun konusunu, çocuğun zorunlu din kültürü ve ahlak dersinden muaf tutulması değil, zorunlu din eğitiminden muaf tutulması oluşturmaktadır. Fakat Sekizinci Dairenin, Anayasayı ve Milli Eğitim Temel Kanununu, AİHS’e ve AİHM’in Türkiye hakkında daha önceki kararlarına uygun yorumlaması sayesinde, iptal kararı çocuğun “din kültürü ve ahlak öğretimi adı ve görünümü altında verilen zorunlu din dersinden muaf tutulması” şeklinde hüküm doğurmaktadır.

“Anayasanın 24. maddesine göre din kültürü ve ahlak öğretiminin ilk ve ortaöğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında olduğu kuşkusuzdur. Ancak, bu öğretimin Anayasanın öngördüğü amaca uygun bir müfredatla verilmesi gerektiği, içeriğinin nesnel ve çoğulcu olması, kişinin dininin bir ayrım ve eşitsizlik unsuru olarak kullanılmaması ve devletin dinler karşısında tarafsız kalarak, bütün dinsel inançları eşdeğer görmesi gerekmektedir. Öğretimde uygulanan müfredatın belirli bir din anlayışını esas alması durumunda, bunun Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi dersi olarak kabul edilemeyeceği ve din eğitimi halini alacağı açıktır. Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince öğretime ilişkin müfredatta yapılan ve kararımızda hüküm kurmaya yeterli görülen tespitler uyarınca, ülkemizde çoğulculuk anlayışı içerisinde, nesnel ve rasyonel bir şekilde din kültürü ve ahlak bilgisi öğretiminin veril-

¹¹ RG.: 17.11.2001-24556-mükerrer

¹² Bu konuya ilişkin değerlendirmeler için bkz.: Altıparmak ve Karahanoğulları, 1997: 215-233.

mediği sonucuna ulaşılmıştır”. (D8D, E.2006/4107, K.2007/7481, T.28.12.2007; D8D, E.2007/679, K.2008/1461, T.29.2.2008) [a.b.ç.]

Sekizinci Daire, yukarıda anılan iki kararında da, Anayasanın ve Milli Eğitim Temel Kanununun aynı ifadeyle benimsediği din kùltùrù ve ahlak òđretiminin, aslında yine Anayasanın 24. maddesinde dÙzenlenen din eğitim ve òđretimine dÙnùřtùđÙnù tespit etmiştir. Tespitini, AİHM’in Hasan ve Eylem Zengin kararının (T.9.10.2007, başvuru No. 1448/04), gerekçesinde yer alan verilere dayandırmıştır. Sonuç olarak, Anayasa ve Yasada din kùltùrù ve ahlak òđretiminin zorunlu kılınmış olmasının AİHS’in 9. maddesine aykırılığını incelememiş, anılan hùkùmleri ihmal etmek yoluna gitmemiştir. Dersin içeriğinin nasıl olması gerektiğini S÷zleşmeye g÷re belirlemiştir. Anayasa ve Yasayı S÷zleşmeye uygun yorumlamıştır.

SONUÇ

2004 Anayasa değişikliği, uluslararası antlaşmaların iç hukuktaki yeri ve değeri ùzerine 1961 yılından beri òđretide sÙreğelen tartışmaya nokta koymamıştır. Aksine, başta AİHS olmak ùzere temel hak ve òzgùrlùklere ilişkin uluslararası antlaşmalar açısından, bu tartışmayı yeniden canlandırmıştır. Oysa Danıştay’ı ilgilendiren temel sorun antlaşmaların hiyerarşik konumu değildir. Òđretinin tartışmaları ile Danıştay’ın uygulaması arasında bağlam kopukluğu g÷ze carpmaktadır.

İlk neden, Mahkemenin genel eğiliminin yasa ve Anayasa ile temel hak ve òzgùrlùklere ilişkin uluslararası antlaşma arasında hiyerarşiyi belirlemek ve alt normu ihmal ederek doğrudan ùst normu uygulamak yerine, “uygun yorum” y÷ntemini yeğlemesidir. Uygulama bu y÷nde olunca, uluslararası antlaşmaların hangi hiyerarşik konuma yerleştirildiği belirsiz kalabilmektedir. Danıştay, gerek antlaşmanın yasadan farklı hùkùmler içerdiği, gerekse hem yasadan hem de Anayasadan farklı hùkùmler içerdiği durumlarda, Anayasa normu ile antlaşma normu arasında amaçsal bir uyum yakalamakta, idari işlemlerin hukuka uygunluğunu bu y÷ntemle yargılamaktadır.

Diğer taraftan, kararların kurgusu itibariyle, uyuşmazlığa uygulanacak kuraların hukuki değer ve etkisi irdelenmeksizin adeta “istifleme y÷ntemi” ile birbiri ardına sıralanması, Mahkemenin bu tartışmayı çok da g÷zetmediğini g÷stermektedir. Danıştay’ın uluslararası antlaşmaların iç hukuktaki yerine ilişkin açık tespitlerde bulunduğu kararları çok sınırlı sayıdadır. Kararlarında Anayasanın 90. maddesini açıkça zikretse dahi, bu g÷ndermenin amacı somut olayda uygulayacağı antlaşmanın iç hukuktaki bağlayıcılığını vurgulama amacını taşımaktadır. Uyuşmazlığa uygulanacak yasa, Anayasa ve uluslararası antlaşma kuralları ortaya koyulmakta ancak bunların her birinin hiyerarşik konumu ayrıca irdelenmemektedir. B÷yle bir norm belirleme y÷ntemi benimsenmiş olunca, normlar arasında çatışmanın var olup olmadığı tartışması yargılamada ùzerinden atlan-

rak geçilen bir aşama olarak kalmaktadır. Danıştay'ın, *Common Law* mahkemelerinin aksine kendisini daha önce verilmiş karardan ayrılmaya yönelten gerekçeleri (önceki kararda yer alan olgularla görülen uyuşmazlıktaki olguların çakışmadığı, kararın yanlış emsal olduğu vb.) belirtmek, önceki içtihat ile hesaplaşmaya girişmek yükümlülüğü bulunmamaktadır. Söz konusu hukuksal yükümlülüğün yokluğu, “Bütün mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli yazılması” doğrultusundaki anayasal yükümlülüğü (AY m. 141/f.3) ortadan kaldırmamaktadır. Oysa Danıştay kararları -en iyi ihtimalle- kısa ve öznlü gerekçelerle kurulmakta ya da kararlarda mevzuat aktarımı ile yetinilmektedir.

Anayasa değişikliğinin temel amacının, insan hakları sözleşmelerine başvurmada çekingen davranan yargı organlarını teşvik etmek olduğu göz önünde bulundurulduğunda, uygulama kimi zaman yalnızca biçimsel olarak bu amacı karşılamaktadır. Antlaşmanın adının anılmadığı, usulüne göre yürürlüğe konulmuş olma şartının “taraf olduğumuz uluslararası antlaşmalarda” ya da “diğer sözleşmelerde” gibi genel ifadelerle geçiştirildiği, antlaşmanın adı anılsa bile ilgili maddenin verilmediği, farklı bağlayıcılığa sahip belgelerin art arda sıralandığı, taraf olmadığımız antlaşmalara ya da antlaşma niteliği taşımayan belgelere normatif değer yüklendiği kararlar biçimsel uygulamanın en belirgin örnekleridir.

KAYNAKÇA

- Akıllıoğlu, Tekin (1989), “Avrupa İnsan Hakları ve İç Hukukumuz”, *AÜSBFD*, Cilt XLIV, Sayı 3-4, s. 155-173.
- Akıllıoğlu, Tekin (1991), “Uluslararası İnsan Hakları Kurallarının İç Hukuktaki Yeri ve Değeri”, *AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Dergisi*, Cilt I, Sayı 2-3, s. 39-42.
- Akıllıoğlu, Tekin (1992), “Uluslararası İnsan Hakları Kurallarının İç Hukukta Yeri ve Değeri”, *Tarık Zafer Tunaya 'ya Armağan*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul s. 47-52.
- Akıllıoğlu, Tekin (2012), “İdare Hukukunun Ortaya Çıkışı Konusunda Bir Karşılaştırma”, Onar-Sarıca-Duran Hukuk Devleti Günü'nde sunulan tebliğ, 5 Mart 2012 İstanbul, *İHİD*, Cilt 15, Sayı 2, s. 171-194.
- Aliefendioğlu, Yılmaz (2008), “Uluslararası Sözleşmelerin İç Hukuk Karşısında Durumu”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl*, 11 Mayıs 2007, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, Ankara, s. 153-166.
- Altıparmak, Kerem - Karahanoğulları, Onur (1997-1998), “Bölge İdare Mahkemesi Kararıyla Anayasa'nın ‘Zımnen İptali’”, *İnsan Hakları Yıllığı*, Cilt 19-20, s. 215-233.
- Aybay, Rona (1993), “Türk Hukukuna Göre Uluslararası Antlaşmalarla Kanunlar Arasındaki Altlık-Üstlük İlişkisi”, *II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi: İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri*, 10-14 Mayıs 1993, Ankara, s. 277-286.
- Aybay, Rona (2007), “Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri”, *TBB Dergisi*, Sayı 70, s. 187-213.

- Balta, Tahsin Bekir (1970), “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye”, *Türkiye’de İnsan Hakları*, AÜHF Yayınları, Ankara.
- Başlar, Kemal (2004), “Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (Prof. Dr. Sevin Toluner’e Armağan, Sayı 1-2, Yıl 24, İstanbul, s. 279-336.*
- Candan, Turgut (2010), “Vergi Hukuku Bağlamında Mülkiyet Hakkının Korunması İle İlgili Danıştay İçtihadı”, Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Ortak Projesi kapsamında “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı ve Avrupa Standartlarında Çevrenin Korunması” ana başlıklarıyla düzenlenen 3. Yuvarlak Masa Toplantısı, 9-11 Haziran 2010, Ankara <http://www.yargitay.gov.tr/abproje/rt3.php> (03.10.2014).
- Çağlar, Bakır (1998), “Anayasa Yargısı’nın Güncelliği: “Yargıçlar Zamanı””, *Anayasa Yargısı*, Cilt 15, s. 51-69.
- Çelik, Edip (1988), “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulaması”, *İHİD*, Yıl 9, Sayı 1-3, s. 47-56.
- Çırakman, Erol - Alan, Nuri vd (1999), “Uluslararası Hukukun İdari Yargıç Tarafından Uygulanışı (Yüksek İdare Mahkemeleri Uluslararası Derneğinin 20-22 Nisan 1998 tarihleri arasında Lizbon’da yapılan VI. Kongresine sunulan Danıştay Raporu)”, *Danıştay Dergisi*, Yıl 28, Sayı 96, s. 3-16.
- Ergül, Ozan (2012), “Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunu”, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı, 10-14 Ocak 2012, Ankara. <http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/2012yayin/2011sonrasikitap/2012-hukuk-kurultayi-1-cilt.pdf> (05.10.2014).
- Ergül, Ozan (2014), “Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Antlaşmalar Kanun Hükmündedir”, *Yıldırım Uler’e Armağan*, (haz. Muhammed Erdal), Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, Lefkoşa, 2014, s. 65-86.
- Erkut, Celal (1992), “Danıştay’ın “1402’likler” Kararı: Türk Kamu Hukukunun Yüzakı”, *Tarık Zafer Tunaya’ya Armağan*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, s. 71-86.
- Fendoğlu, H. Tahsin (2000), “Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında “Bağımsız Ölçü Norm” veya “Destek Ölçü Norm” Sorunu”, *Anayasa Yargısı*, Cilt 17, s. 363-385.
- Gemalmaz, Mehmet Semih (2001), *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, 3. bası, Betaş Yayınları.
- Gölcüklü, Feyyaz - Gözübüyük, Şeref (1996), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, Ankara.
- Gözler, Kemal (2000), “İnsan Hakları Normlarının Anayasa üstünlüğü Sorunu”, *Türkiye’de İnsan Hakları*, TODAİE, Ankara, s. 25-46.
- Gözbüyük, Şeref (1992), “The European Convention on Human Rights in the Legal Order of Turkey”, in *The Domestic Application of International Human Rights Norms, Judicial Colloquium*, 3-14 Eylül 1990, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi, Ankara, s. 19-31.
- Gülmez, Mesut (17.6.1998), “Evet Uluslararası Antlaşmalar Anayasa üstüdür”, *Cumhuriyet Gazetesi*, s. 2.

- Gülmez, Mesut (2004), “Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri”, *TBB Dergisi*, Sayı 54, s. 147-161.
- Gülmez, Mesut (2005), “Sendikal Haklara İlişkin Sözleşmelerin İç Hukuka Üstünlüğü ve Yasalarımızdaki Aykırılıklar”, *Çalışma ve Toplum*, Sayı 4, s. 11-56.
- Gülmez, Mesut (2014), “Sendika Kararına Uyarak Toplu Eyleme Katılma, ‘Disiplin Suçu’ Değil ‘Mazeret’ tir (Karar İncelemesi)”, *Çalışma ve Toplum*, Sayı 41, 2014, s. 191-203.
- Kaboğlu, İbrahim Özden (2004), “Hukuka Yeni Düzenleme”, <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=123268> (03.10.2014).
- Kapani, Munci (1981), *Kamu Hürriyetleri*, AÜHF Yayını, 6. Bası, Ankara.
- Karahanogulları, Onur (2012), *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)*, Turhan Kitabevi, 2. Bası, Ankara.
- Pazarcı, Hüseyin (2001), *Uluslararası Hukuk Dersleri – I. Kitap*, Turhan Kitabevi, 9. Bası, Ankara.
- Pazarcı, Hüseyin (2004), “Türk Hukukunda Antlaşmalar ile Yasaların Çatışması”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (Prof. Dr. Sevin Toluner’e Armağan)*, Yıl 24, Sayı 1-2, İstanbul, s. 651-674.
- Pazarcı, Hüseyin (2005), *İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa 90/son)*, Türkiye Barolar Birliği tarafından 5 Kasım 2004 tarihinde Ankara’da düzenlenen panelde sunulan tebliğ, TBB Yayınları, No 76, Ankara, s. 156-162.
- Sancar, Mithat - Ümit Atılgan, Eylem (2009), “Adalet Biraz Es Geçiliyor...”: *Demokratikleşme Sürecinde Hâkimler ve Savcılar*, TESEV Yayınları, İstanbul.
- Soysal, Mümtaz (1985), “Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler”, *Anayasa Yargısı*, Cilt 2, s. 7-18.
- Soysal, Mümtaz (1997), “Uluslararası Antlaşmalar Konusunda Anayasa Yargısı”, *Anayasa Yargısı*, Cilt 14, s. 171-187.
- Sur, Melda (1992), “Paris Şartı’nda İnsan Hakları”, *AÜSBFD, Bedri Gürsoy’a Armağan*, C. 47, Sayı 3-4, s. 299-305.
- Toluner, Sevin (1973), *Milletlerarası Hukuk ile İç Hukuk Arasındaki İlişkiler*, İUHF Yayınları, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul.
- Uler, Yıldırım (1970), *İptal Kararlarının Sonuçları*, AÜHF Yayınları.
- Ünal, Şeref (2003), *Devletler Hukukuna Giriş*, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Yüzbaşıoğlu, Necmi (1993), *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İUHF Yayınları no. 703, İstanbul.
- Yüzbaşıoğlu, Necmi (1994), “Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine”, *AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Dergisi*, Cilt II, Sayı 1, s. 31 vd.
- Anayasa Komisyonu Raporu*; TBMM, 22. Dönem, 2. Yasama Yılı, 30.4.2004, Esas No: 2/278, Karar No:20, S. Sayısı: 430, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss430m.htm>.