

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ İLE ANAYASA ÇATIŞMASI BAĞLAMINDA SÖZLEŞME'NİN SUÇTA VE CEZADA KANUNİLİK İLKESİNE İLİŞKİN 7. MADDESİNİN TÜRK HUKUKUNDA UYGULANABİLİRLİĞİ SORUNU

*In the Context of the Conflict Between European Convention on Human Right and
Turkish Constitution the Problem of Applicability of the Article 7 of th Convention in
Turkish Law*

Dr. Öğr. Üyesi Hasan İBA*

Öz: Suçta ve cezada kanunilik ilkesine ilişkin 1982 Anayasası (AY) ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunundaki (TCK) düzenlemeler ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AIHS) m. 7 karşılaştırıldığında; biri, suç ve cezaları düzenleyen normların kaynağına ve diğeri, geçmişe yürüme yasağına ilişkin olmak üzere iki önemli farklılık göze çarpmaktadır. AY m. 38 ve TCK m. 2'ye göre suçların ve cezaların tek kaynağı, TBMM'nin bir yasama tasarrufu olan kanundur. AIHS m. 7'nin lafzına göre ise suç ve ceza içeren normların *ulusal hukuk, uluslararası hukuk ve medeni toplumlarca kabul edilen hukukun genel ilkeleri* olmak üzere üç kaynağı vardır; yani milli hukuka göre suç teşkil etmeyen davranış, uluslararası hukuka ya da medeni uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkelerine göre suç teşkil ediyorsa bu fiil dolayısıyla cezalandırma mümkündür. AY m. 15 ve TCK m. 7'ye göre, aleyhe kanun geçmişe yürütülemez. AIHS m. 7/2'nin lafzına göre ise *medenî toplumlarca kabul edilen hukukun genel ilkelerine aykırılık* halinde aleyhe kanun geçmişe yürütülebilir.

AY m. 90/5'e göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunlar arasındaki çatışmalarda antlaşma hükümleri uygulanır. Doğrudan, Anayasa ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar arasındaki çatışmayı çözümlenmeye özgülenmiş bir düzenleme ise Anayasa'da yer almamaktadır.

Bu çalışmada, Anayasa ile AIHS arasındaki çatışma sorunu bağlamında AIHS m. 7'nin anlamı ve Türk hukukunda uygulanabilir olup olmadığı meseleleri ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Kanunilik İlkesi, Geçmişe Yürüme Yasağı, Norm Çatışması.

Abstract: When the regulations in Turkish national law regarding *the principle of legality in crime and punishment* are compared with ECHR Article 7, two important differences stand out. According to our national law, the only source of crimes and punishments is a legislative act of the Turkish Grand National Assembly (Turkish Constitution Article 38, Turkish Penal Code Article 2). According to ECHR Article 7, the norms containing crime and punishment have three sources: national law, international law and general principles of law accepted by civilized societies. In Turkish national law, law cannot be applied retroactively even in states of emergency (Turkish Constitution Article 15, Turkish Penal Code Article 7). According to ECHR Article 7/2, adverse law can be applied retroactively in case of a violation of the general principles of law accepted by civilized societies.

In Turkish Constitution Article 90/5, in cases of conflict between international agreements and penal code on fundamental rights and freedoms, the provisions of the agreement shall apply. There is no regulation specific to resolving the conflict between the Constitution and international agreements on fundamental rights and freedoms in the Constitution.

In this study, in the context of the conflict between the Turkish Constitution and the ECHR, the meaning of ECHR Article 7 and whether ECHR Article 7 is applicable in our domestic law will be discussed.

Keywords: Principle of Legality, Prohibition of Retroactivity, Norm Conflict

* Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi, hiba@erzincan.edu.tr

ORCID: 0000-0002-2330-7190

Makale Geliş Tarihi: 16.08.2024, Makale Kabul Tarihi: 10.09.2024

GİRİŞ:

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin birincisi, otoriteyi sınırlamak suretiyle kişi özgürlüğünü güvence altına alma; ikincisi, suç teşkil eden davranışları ve bu davranışların yaptırımlarını ortaya koymak suretiyle kişilerin davranışlarını yönlendirme şeklinde iki önemli fonksiyonu vardır.^{1,2}

Bahse konu önemi dolayısıyla suçta ve cezada kanunilik ilkesine hem AY m. 38’de hem de TCK m. 2’de yer verilmiştir:

AY m. 38’e göre; “Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez” (f. 1). “Suç ve ceza zamanaşımı ile ceza mahkûmiyetinin sonuçları konusunda da yukarıdaki fıkra uygulanır” (f. 2). “Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur” (f.3).

TCK m. 2’ye göre; “Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükümlenemez” (f. 1). “İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz” (f. 2). “Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz” (f. 3).

Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin en önemli sonuçlarından birisi, aleyhe kanunun yürürlüğe girmesinden önce gerçekleşen fiiller hakkında uygulanamamasıdır.³ Bazı ülkelerin anayasalarında aleyhe geçmişe yürüme yasağına bazı suçlar bakımından istisna getirilmiştir. Örneğin, Arnavutluk Anayasası m. 29’a göre, *savaş suçu* ve *insanlığa karşı suçlar* hariç, suçlar ve cezalar geçmişe yürütülemez.⁴ Türk hukukunda da bazı uluslararası suçlara özel önem atfedilmiştir; ancak bu suçlara aleyhe geçmişe yürüme yasağı bakımından değil, zamanaşımı kurumu bakımından istisna getirilmiştir. TCK m. 76’ya göre *soykırım suçunda*, TCK m. 77’ye göre ise *insanlığa karşı suçlarda* zamanaşımı işlemez.

¹ Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin, Ankara, 2023, s. 56-57.

² Suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bu fonksiyonunu yerine getirebilmesi için suç ve ceza içeren hükümlerin muhataplarınca *erişilebilir* ve *öngörülebilir* olması gerekir. Söz konusu düzenlemelerin erişilebilir olabilmesi için uygun vasıtalarla ilan edilmeleri; öngörülebilir olabilmeleri için ise lafızlarının muhataplarınca anlaşılabilir olacak şekilde (dilin elverdiği ölçüde) kaleme alınması gerekir. *Erişilebilirlik* ve *öngörülebilirlik* kavramları için bkz. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 7. Madde Rehberi, s. 12-17, (Guide_Art_7-%20TUR%20-%207.%20madde%20rehberi.pdf), (s.e.t. 12.09.2024).

³ Fiilin işlendiği tarihte mevcut olan ancak fiili kapsamayan kanun hükmünün daha sonradan fiili kapsayacak şekilde genişletilerek uygulanması durumunda da suçta ve cezada kanunilik ilkesi ihlal edilmiş olur. 7. *Madde Rehberi*, s. 17.

⁴ Triestino Mariniello, “The ‘Nuremberg Clause’ and Beyond: Legality Principle and Sources of International Criminal Law in the European Court’s Jurisprudence”, Vol. 82, No.2, 2013, Nordic Journal of International Law, s. 224.

Türk hukukunda aleyhe geçmişe yürüme yasağı katı bir şekilde kabul edilmiştir:

AY m. 15'e göre; "Savaş, seferberlik veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, (...) suç ve cezalar geçmişe yürütülemez".

TCK m. 7'ye göre; "İşlendikten sonra yürürlüğe giren kanuna göre suç sayılmayan bir fiilden dolayı ...kimse cezalandırılmaz ve hakkında güvenlik tedbiri uygulanamaz" (f. 1). "Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur" (f. 2).

AIHS'nin suçta ve cezada kanunilik ilkesini düzenleyen 7. maddesi, suç ve ceza içeren normların kaynağı ve geçmişe yürüme yasağı konularında Anayasa ve TCK'dan farklılıklar içermektedir. AIHS m. 7'ye göre;

"Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Kimseye, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

Bu madde, işlendiği zaman medeni uluslar tarafından tanınan genel hukuk ilkelerine göre suç sayılan bir eylem veya ihmalden suçlu bulunan bir kimsenin yargılanmasına ve cezalandırılmasına engel değildir".⁵

AIHS m. 7/1'e göre, fiil işlendiği tarihte ulusal hukuka göre suç teşkil etmese dahi, uluslararası hukuka göre suç teşkil ediyorsa failin bu fiil dolayısıyla yargılanması *suçta ve cezada kanunilik ilkesine* aykırılık teşkil etmez.⁶ AIHS m. 7/1'de yer verilen "işlendiği sırada" ifadesi geçmişe yürüme yasağına karşılık gelmekte iken AIHS m. 7/2 ile bu yasağı istisna getirilmektedir.⁷

AIHS m. 7 ile Anayasa ve TCK'daki düzenlemeler birbirlerinden soyut olarak ele alındığında iki temel farklılık dikkat çekmektedir:

(1) Anayasa ve TCK'ya göre, suç ve ceza içeren normların tek kaynağı, "kanun"dur. AIHS m. 7'ye göre ise suçların ve cezaların üç kaynağı vardır: 1- *ulusal hukuk*, 2- *uluslararası hukuk*, 3- *medeni uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkeleri*.

⁵ AIHS m. 15'e göre savaş ve olağanüstü hallerde taraf devletler Sözleşme'de öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilirler. Ancak bu hallerde dahi ihlal edilemeyecek hak ve özgürlükler vardır; bunlardan biri de AIHS m. 7'de yer verilen *suçta ve ceza kanunilik ilkesidir*.

⁶ Christoph Grabenwarter, *The European Convention on Human Rights Commentary*, 1st Edition, Beck/Hart, München, 2014, s. 177.

⁷ Grabenwarter, s. 177; Edwin Bleichrodt, "Freedom from Retrospective Effect of Penal Legislation (Article 7)" in *Theory and Practise of the European Convention on Human Rights*, eds. Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn and Leo Zwaak, 4th Edition, Intersentia, Cambridge, 2006, s. 660.

(2) Milli hukukumuzda göre *geçmişe yürüme yasağının* tek istisnası, lehe kanundur.⁸ AİHS'ye göre ise *geçmişe yürüme yasağının* iki istisnası vardır: 1- *lehe kanun*,⁹ 2- *medeni uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkelerine aykırılık*.

Türkiye'nin 1953 yılında taraf olduğu AİHS ile milli hukukumuz arasındaki bahse konu iki farklılık, 70 yılı aşkın bir sürelik yargı pratiğimizde önemli bir soruna sebebiyet vermemiştir. Gerçekten de geçmişe yürüme yasağı bağlamındaki problem, pratik olmaktan ziyade teorik niteliktedir. Ancak, teorik bir problemin aktüel bir probleme dönüşme ihtimali her zaman vardır. Nitekim aşağıda detaylı olarak ele alacağımız, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'nin *August Kolk/Petr Kislyiy V. Estonia başvurusuna* ilişkin kararında böyle bir durum vardır.¹⁰ *Kolk ve Petr*, 1949 yılında işledikleri ve bu tarihte Estonya ulusal hukukuna göre suç teşkil etmeyen fiilleri dolayısıyla 2003 yılında Estonya'da AİHS m. 7/2 dayanak gösterilerek yargılanmıştır. İlgililerin suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ihlal edildiğinden bahisle AİHM'ye yaptıkları başvuru da yine AİHS m. 7/2 dayanak gösterilerek AİHM tarafından yerinde görülmemiştir.

AİHS m. 7 ile milli hukukumuz arasındaki bir başka farklılık olan suç ve ceza içeren normların kaynağına ilişkin farklılığın bir sorun olarak ortaya çıkma ihtimali ise daha yüksektir. Örneğin, *savaş suçunun* uluslararası bir suç olduğu hususunda tereddüt yoktur.¹¹ Savaş sırasında çatışmanın tarafı olmadığı bilinen sivillerin kasıtlı bir şekilde öldürülmesi *savaş suçudur*.¹² Milli hukukumuzda *savaş suçu* düzenlenmemiştir. 5237 sayılı TCK'nın 303.

⁸ Anayasa'da sadece geçmişe yürüme yasağından söz edilmektedir. TCK m. 7'de ise lehe kanunun geçmişe yürütülebileceği belirtilmiştir. TCK m. 7'deki düzenleme, Anayasa ile çelişmemekte onu tamamlamaktadır. AY m. 15'te geçmişe yürüme yasağına yer verilmesinin nedeni, devlet otoritesi karşısında bireyi korumaktır; dolayısıyla AY m. 15'te "aleyhe" ifadesine yer verilmesi de düzenlemenin amacı, aleyhe olacak şekilde geçmişe yürütülmeyi engellemektir.

⁹ Bu istisna, Sözleşme'de doğrudan yer almamaktadır. AİHS m. 7'de "daha ağır ceza verilemez" demek suretiyle lehe kanunun geçmişe yürütülmesi kuralına açık kapı bırakılmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında lehe kanunun geçmişe yürütülebileceğini kabul etmektedir. Bkz. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 7. Madde Rehberi, s. 19 (<https://ks.echr.coe.int/>), (s.e.t. 12.09.2024). Ayrıca bu yönde bir karar için bkz. Scoppola V. İtalya (No. 2), ECHR Grand Chamber, Application no: 10249/03, Date: 17.09.2009, para: 106. (Hudoc)

¹⁰ August Kolk/Petr Kislyiy V. Estonia, Application No: 23052/04; 24018/04, T. 17.01.2006 (hudoc).

¹¹ *Savaş suçu, soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar ve saldırı suçunun* uluslararası suçlar olduğu hususunda bir tereddüt yoktur. Ancak bu suçların tanımı hususunda tam bir uzlaşma yoktur. Detaylı bilgi için bkz. Sara Paiusco, *Nullum Crimen Sine Lege, the European Convention on Human Rights and the Foreseeability of the Law*, 1st Edition, Nomos, Baden-Baden, 2020, bkz. s.112. Roma Statüsü m. 5'e göre de Uluslararası Ceza Divanı'nın yargı yetkisi bu dört suç tipi ile sınırlıdır.

¹² *Savaş suçu* ve örnekteki fiilin *savaş suçu*na vücut verdiği hakkında detaylı bilgi için bkz. Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Murat Önok, *Uluslararası Ceza Hukuku*, 7. Baskı, Seçkin, Ankara, 2023, s. 642 vd.

Örnekteki fiilin savaş suçu teşkil ettiği hakkında AİHM kararı için ayrıca bkz. Kononov V. Latvia, ECHR Grand Chamber, Application No: 36376/04, T. 10.05.2010, para. 202 ve 216 (hudoc)

maddesinde *düşmanla işbirliği yapmak suçu* düzenlenmiştir. İlgili düzenlemeye göre, “Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile savaş halinde olan devletin ordusunda hizmet kabul eden, düşman devletin yanında Türkiye Cumhuriyeti Devletine karşı silahlı mücadeleye giren vatandaş, müebbet hapis cezası ile cezalandırılır”. TCK m. 303/3’te özel bir içtima düzenlemesine yer verilmiştir. İlgili düzenlemeye göre, birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi sırasında başka suçların işlenmesi halinde, “ayrıca bu suçlardan dolayı ilgili hükümlere göre cezaya hükmolunur”. Bu özel içtima düzenlemesi dolayısıyla, örneğin, Türkiye ile savaşan devletin yanında Türkiye’ye karşı savaşan Türk vatandaşı çatışmaya katılmadığını bildiği sivilleri öldürürse 5237 sayılı Kanuna göre hem *düşmanla işbirliği yapmak suçundan* hem de öldürdüğü kişi sayısınca TCK m. 81’de düzenlenen *kasten insan öldürme suçundan* sorumlu olacaktır. Bu kişinin Türk yargı mercileri tarafından ayrıca *savaş suçu* dolayısıyla cezalandırılıp cezalandırılmayacağı ise AİHS m. 7’nin Türk hukukunda uygulanabilir olup olmadığı sorunu ile ilgilidir.

Bu çalışma üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, milli hukukumuz ile AİHS m.7 arasında bir çatışmanın gerçekte var olup olmadığı sorunu; ikinci bölümde, AİHS’nin iç hukukumuzdaki konumu ve üçüncü bölümde, AİHS m. 7’nin anlamı ele alınacaktır.

I. MİLLİ HUKUKUMUZ İLE AİHS M. 7 ARASINDA BİR ÇATIŞMANIN MEVCUT OLUP OLMADIĞI SORUNU

AİHS’nin amacı, hak ve özgürlükleri korumak ve geliştirmektir. Milli hukukta, AİHS’de yer verilen hak ve özgürlükler daha iyi bir şekilde korunuyor ise AİHS’nin uygulanmasına gerek yoktur; çünkü Sözleşme temel hak ve özgürlükler konusunda “asgari standartlar” getiren, milli hukuku tamamlayıcı/ikincil nitelikte bir sözleşmedir.¹³ AİHS’nin belirtilen niteliği dolayısıyla milli hukukumuz ile AİHS m. 7 arasında bir çatışmanın olmadığı ileri sürülebilir; zira suç ve ceza içeren normların münhasıran “kanun”la düzenleneceğini belirten ve ayrıca olağanüstü hallerde dahi aleyhe geçmişe yürümeyi yasaklayan Türk hukuku, fail açısından meseleye yaklaşıldığında AİHS m. 7’ye nazaran daha güvencelidir. Ancak altını çizmek gerekir ki; milli hukukumuzun AİHS m. 7’ye göre daha güvenceli olduğu yorumu salt fail açısından meseleye yaklaşıldığında doğrudur. Fiilden etkilenenler açısından meseleye yaklaşıldığında ise failin sorumluluk alanını genişleten ve ceza hukukunun önleme fonksiyonuyla uyumlu olan AİHS m. 7 daha lehedir. AİHS m. 7’nin önemli bir fonksiyonu, kanunilik ilkesinin kalkan olarak kullanılması suretiyle hak ve özgürlük ihlallerinin milli hukukta meşrulaştırılmasını engellemektir.¹⁴ *Nürnberg yargulamalarında* olan da

¹³ Feyyaz Gölcüklü/Şeref Gözübüyük, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 11. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 16; Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Oğuz Sancakdar, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2002, s. 53.

¹⁴ Mariniello, s. 225. Bu bağlamda AİHM, önleyici içtihatlar geliştirmiştir. Örneğin, TCK m. 45’e göre, “*Suç karşılığında uygulanan yaptırım olarak cezalar, hapis ve adli para cezalarıdır*”. Bir düzenlemenin suç niteliğinde bir haksızlığa mı ilişkin

budur. *Nürnberg yargılamalarında* sanıklar kanunilik ilkesine dayanarak mahkeme kararlarının hukuka aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir; ancak söz konusu haksızlıkları cezalandırmamanın bizatihi kendisinin adaletsiz olduğu gerekçesiyle itirazları yerinde görülmeyle mahkûm edilmişlerdir.¹⁵ Keza aşağıda detaylı olarak ele alacağımız üzere 2000’li yılların başında bazı doğu Avrupa ülkelerinde de, işlendiği tarihte suç teşkil etmeyen fiiller nedeniyle AİHS m. 7 gerekçe gösterilerek mahkûm edilenler olmuştur. Kendi milli hukukları daha güvenceli olmasına rağmen ilgililerin mahkûm edilmesi ve bu mahkûmiyetlerin AİHM) tarafından onaylanması, *milli hukuk sanık bakımından daha leheyse, milli hukuku tamamlayıcı nitelikte olan AİHS m. 7 uygulanamaz* şeklindeki olası argümanın mutlak olmadığını göstermektedir.

Öte yandan, AİHS m. 7’nin de kötüye kullanılması mümkündür. Öğretide haklı olarak ifade ettiği üzere, AİHS m. 7 manipüle edilerek, milli hukukta suç olarak düzenlenmeyen fiillerin milli yargı mercilerince cezalandırılması tehlikesi bulunmaktadır.¹⁶ Milli hukukumuzda yer verilen kanunilik ilkesi ile AİHS m. 7’nin çatışma noktası da tam olarak burasıdır. Bu tehlike dolayısıyla Almanya, Alman Anayasası’na aykırı sonuçlar doğurabileceği gerekçesiyle, AİHS m. 7’ye çekince koymuştur.¹⁷ Türkiye, Almanya’nın aksine, AİHS m. 7’ye çekince koymamıştır.¹⁸ Bunun nedeni, Türkiye’nin Sözleşme’ye taraf olduğu tarihte Sözleşme’yi pek önemsememiş olması olabilir. Zira, *Tekinay*’ın aktardığına göre, Sözleşme imzalandığı

olduğunda temel ölçüt yaptırımdır. Eğer yaptırım olarak hapis ya da adli para cezası belirlenmişse söz konusu norm bir ceza normu demektir. AİHM’e göre, fiilin yaptırımı olarak hapis ya da adli para cezası dışında bir yaptırımın belirlenmesi, otomatik olarak, söz konusu düzenlemenin AİHS m. 7’nin sağladığı güvencelerin dışında kaldığı anlamına gelmez. Örneğin, Valico SLR V. Italy davasında Mahkeme, kentsel dönüşüm ile ilgili bir uyuşmazlıkta bina değerinin tamamına tekabül eden idari para cezasını, AİHS m. 7 kapsamında bir ceza olarak nitelmiştir. *7. Madde Rehberi*, s. 7-8.

AİHM’nin “suç” ve “ceza” kavramlarına yaklaşımı için ayrıca bkz. Mustafa Çağatay, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Suç ve Cezada kanunilik İlkesi”, C. 12, S.1, 2022, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, s. 84 vd.

AİHM’ye göre, bir devletin

- ¹⁵ *Kelsen*’e göre hem geçmişe yürüme yasağının ihlal edilmesi hem de İkinci Dünya Savaşı sorumlularının cezasız kalması adil değildir; yani iki adil olmayan arasında çatışma vardır. Bu çatışma da sorumluların yargılanması, yargılanmamlarından daha adildir; bu yüzden Nürnberg yargılamalarında geçmişe yürüme yasağının ihlali meşrudur. Hans Kelsen, “Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?”, Vol. 1, No. 1, 1947, International Law Quarterly, s. 165.
- ¹⁶ Sara Paiusco, *Nullum Crimen Sine Lege, the European Convention on Human Rights and the Foreseeability of the Law*, 1st Edition, Nomos, Baden-Baden, 2020, s.117.
- ¹⁷ Mariniello, s. 228.
- ¹⁸ Tezcan/Erdem/Sancakdar, s. 49.

tarihte ne siyasi ne de akademik çevre tarafından önemsenmiştir.¹⁹ Yine *Tekinay*'ın aktardığına göre Sözleşme'ye karşı ilgisizlik, Sözleşme'nin imzalanmasından itibaren yaklaşık 30 yıl boyunca devam etmiş; nihayet bu ilgisizlik, 1983 yılında, beş Avrupa Konseyi üyesi ülkenin Türkiye'nin insan haklarını ihlal ettiği gerekçesiyle Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvurmaları ve akabinde (1987 yılında) Türkiye'nin AIHM'ye bireysel başvuru hakkını tanımasıyla son bulmuştur.²⁰

AIHS m. 7'ye bir çekince konulmadığına göre, AIHS m. 7 ile milli hukukumuz arasındaki suç ve ceza içeren düzenlemelerin kaynağına ve geçmişe yürüme yasağına ilişkin çatışmanın çözümlenmesi gerekmektedir. Milli hukukumuzun uygulanacağı kabul edilirse suç ve ceza içeren normların tek kaynağı *kanundur* ve aleyhe kanun geçmişe yürümez. AIHS m. 7'nin uygulanacağı kabul edilirse AIHS m. 7, milli hukukumuzdaki aleyhe geçmişe yürüme yasağına ve suçlarla cezaların yalnızca *kanunla* konulacağı kuralına istisna getiriyor demektir. Bu mesele, alt başlıkta ele alacağımız AIHS'nin iç hukukumuzdaki konumu meselesiyle doğrudan ilgilidir.

II. AIHS'NİN İÇ HUKUKUMUZDAKİ KONUMU

Milletlerarası antlaşmalarla milli hukuk arasındaki ilişki konusunda biri, ikici (*düalist*) diğeri, tekçi (*monist*) olmak üzere iki görüş vardır:²¹

(1) İkici görüşe göre, milletlerarası hukuk ile milli hukuk birbirlerinden bağımsız iki ayrı sistem olup milletlerarası sözleşme milli hukuktan kendisine bir atıf ya da aktarma olmadıkça milli hukukta etki doğurmaz.²² Milletlerarası bir antlaşma ancak bir yasa ya da idari işlemle milli hukuka aktarıldığında mahkemelerce uyuşmazlıklarda esas alınabilir.²³ İngiltere, İsveç, Norveç, İzlanda, Finlandiya ve İrlanda bu görüşü esas alan ülkelerdir.²⁴

(2) Tekçi görüşe göre, milletlerarası hukuk ile milli hukuk bir bütün olarak hukuk düzeninin iki parçasıdır.²⁵ Tekçi görüşü esas alan ülkelerde milletlerarası antlaşmaların milli hukukta etki doğurabilmesi için milletlerarası antlaşmaya atıf yapılması ya da milletlerarası antlaşma hükümlerinin milli hukuka ayrıca aktarılmasına gerek yoktur; antlaşma

¹⁹ Tekin Akılhoğlu, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz", C. 44, S. 3-4, 1989, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, s. 155.

²⁰ Akılhoğlu, s. 155.

²¹ Detaylı bilgi için bkz. Deniz Tekin Apaydın, "Monizm-Düalizm İkileminde Türk Hukuk Sistemi: Uluslararası Hukuka Bakış Üzerine Doktrinel Uzlaşmazlığın Nedenleri ve AB Hukuku Işığında Bir Değerlendirme", C. 9, S.1, 2018, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 529-560.

²² Abdurrahman Eren, "1982 Anayasası'nın 90. Maddesindeki 2004 Değişikliğinin Anlaşmaların Türk İç Hukukundaki Yerine Etkisi", C. 8, S. 3-4, 2004, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 50; Ahmet Burak Bilgin, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukuktaki Yeri", C.22, S.1, 2016, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, s. 83; Apaydın, s. 532.

²³ Eren, s. 50; Bilgin, s. 86.

²⁴ Eren, s. 50; Bilgin, s. 85.

²⁵ Apaydın, s. 533; Bilgin, s. 85.

hükümlerinin iç hukukta etki doğurabilmesi için milletlerarası hukuka göre kabul edilmesi ve milli hukuka göre onaylama işlemlerinin tamamlanması yeterlidir.²⁶ Türkiye tekçi görüşü esas almıştır.²⁷ Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrasına göre, "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir". İlgili düzenlemeye göre, uluslararası bir antlaşma usulüne göre yürürlüğe konulmuşsa araya herhangi bir aktarma (*transformasyon*) işlemi girmeksizin iç hukukumuzun parçası haline gelebilmekte; tıpkı TBMM'nin yasama tasarrufu olan kanunlar da olduğu gibi doğrudan uygulanabilirlik kabiliyeti kazanabilmektedir.²⁸

İkinci ve tekçi görüşler, milletlerarası antlaşmaların milli hukuka dâhil edilmesi ile ilgilidir; milletlerarası antlaşmaların milli hukuktaki konumları ile ilgili değildir.²⁹ Bizim tekçi ve ikinci görüşlere değinmemizin nedeni, milletlerarası antlaşmaların milli hukuka dâhil edilmesi ile milli hukuktaki konumu meseleleri arasındaki mantıksal zorunluluktur. Zira milletlerarası bir antlaşmanın milli hukuktaki konumunun tartışılabilmesi için şüphesiz milli hukuka dâhil olması gerekir; aksi durumda milletlerarası antlaşma ile kanun ya da anayasa arasında bir çatışmadan söz edilemez.

Milletlerarası antlaşmaların milli hukukta ne şekilde konumlandırıldığı, milli hukuktan milletlerarası hukuka bakıldığında farklı,

²⁶ Eren, s. 51.

²⁷ Eren, s. 51; Akıllıoğlu, s. 157. Aksi görüş için bkz. Fethullah Bayraktar, "İstanbul Sözleşmesinden Çekilme Sürecinin Düşündürdükleri: Türk Hukukunun Uluslararası Antlaşmalarla İmtihani", Y. 14, S. 56, 2023, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, s. 129 vd.

²⁸ Bilgin, s. 86; Bahadır Kılınc, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İnfazı, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2006, s. 323.

AIHS'ye göre, taraf devletlerin kendi milli hukuklarında Sözleşme'yi ne şekilde konumlandığı önemli değildir; Sözleşme her durumda taraf devlet açısından bağlayıcıdır. Nitekim AIHS m. 1'e göre, taraf devletler Sözleşme'de tanınan hak ve hürriyetleri sağlama yükümlülüğü altındadır. Sözleşme'nin doğrudan uygulanabilir niteliğini ortaya koyan bu hükmün yanı sıra, Sözleşme'nin temel hak ve özgürlükleri düzenleyen maddeleri de doğrudan uygulanabilirlik niteliğine haizdir (*self executing*); zira, Sözleşme'de genel soyut ifadeler yerine; detaylı, açık bir dil kullanılmıştır. Zühtü Arslan, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler", C. 17, 2000, Anayasa Yargısı Dergisi, s. 275. Sözleşme'nin birinci bölümünde, haklar ve özgürlükler detaylı bir şekilde düzenlenmiş, Sözleşme'nin 8, 9, 10 ve 11. maddelerinde sınırlama sebepleri, açık ve kapsamlı bir şekilde ortaya konulmuştur. Bu özelliği dolayısıyla AIHS, mahkemeler tarafından doğrudan uygulanabilecek düzenlemeler içeren bir sözleşmedir.

²⁹ Ancak, bu meseleyi milletlerarası hukukla milli hukuk arasındaki çatışmanın çözümünde esas alan yazarlar da vardır. Örneğin, *Apaydın*'a göre, ikinci görüş kabul edilirse milli hukuk ve milletlerarası hukuk ayrı düzlemde yer alan hukuk sistemleri olacağından aralarında bir çatışmadan söz edilemez. *Apaydın*, s. 544. *Çelik*'e göre ise, milletlerarası hukukla milli hukuk arasında eşitlik kuran, ikisinin de üzerinde bir sistem olmadığından tekçi görüş esas alındığında milletlerarası hukukun milli hukuktan üstün olduğu sonucuna ulaşılır. Edip Çelik, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulanması", Y. 9, S. 1-3, 1988, İdare Hukuku ve İlimler Dergisi (Prof. Lütfi Duran'a Armağan), s. 49.

milletlerarası hukuktan milli hukuka bakıldığında farklı olabilir.³⁰ Esasen ikinci durum açıktır: milletlerarası hukuk milli hukuktan üstündür.³¹ Zira milletlerarası hukukta asolan devletlerin yükümlülüklerini yerine getirmeleridir. Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 27. maddesine göre, “devletler, iç hukuk hükümlerini gerekçe göstererek taraf oldukları antlaşmaları uygulamaktan imtina edemezler”.

Milletlerarası hukuk ve milli hukuk ilişkisi, meseleye milli hukuk bakımından yaklaşıldığında ise daha karmaşıktır. Her devlet, milletlerarası antlaşmaları kendi milli hukuklarında farklı şekilde konumlandırabilmektedir. AİHS, taraf devletlere Sözleşme'yi ne şekilde iç hukuklarına dâhil edecekleri ve iç hukuklarında ne şekilde konumlandıracakları hususunda yükümlülük getirmemektedir. Taraf devletler bu bağlamda farklı usulleri tercih etmektedir. Kimi devletler, Sözleşme'yi anayasaları ile eş değer kabul ederken, kimileri kanunların üzerinde, kimileri ise anayasalarının üzerinde konumlandırmaktadır.³² Örneğin, İtalya ve Portekiz anayasalarında Sözleşme'ye anayasa üstü değer tanımıştır.³³

Milletlerarası antlaşmaların (ve dolayısıyla AİHS'nin) milli hukukumuzdaki yeri tartışmalıdır. -Hak ve özgürlüklerin içeriğine ve uluslararası hukukun esaslarına dayanan farklı gerekçeler de mevcut olmakla birlikte- tartışmanın en temelinde Anayasa'da yer verilen düzenlemeler (2, 15, 16, 42, 92 ve bilhassa 90. madde) yer almaktadır.

Özellikle, 2004 yılındaki anayasa değişikliğinden önce, milletlerarası antlaşmalarla kanunlar arasında bir hiyerarşinin bulunup bulunulmadığı meselesi Türk hukukunda çok tartışılmıştır. Farklı gerekçelere de dayanılmakla birlikte; bazı yazarlar, Anayasa m. 90/5'te yer verilen, “usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir” ifadesinden hareketle, milletlerarası antlaşmalarla kanunların normatif olarak eş değer olduğunu; bazı yazarlar ise aynı düzenlemede yer verilen “[usulüne göre yürürlüğe konmuş milletler arası antlaşmalar hakkında] *Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz*” ifadesinden hareketle milletlerarası antlaşmaların kanunların üzerinde olduğunu ileri sürmüştür.³⁴ Bu konunun alt tartışmaları da vardır. Bir görüş, milletlerarası sözleşmelerin Anayasa'ya aykırılık denetimine konu edilememesinin, “uygun bulma kanununun” Anayasa Mahkemesi'ne götürülmesine engel olmayacağını; bu yorumu daha da daraltan başka bir görüş, “uygun bulma kanunu” çoğunlukla tek bir hükümden ibaret olduğu için milli hukuktaki yargısal denetimin ancak biçimsel yönden yapılabileceğini ve nihayet üçüncü bir görüş ise, Fransız hukukundaki “ayrılabilir işlem” kavramından hareketle, “uygun bulma kanunu”nun antlaşmadan ayrılabilir olması halinde

³⁰ Apaydın, s. 530-531.

³¹ Apaydın, s. 530-531.

³² Said Vakkas Gözlügöl, Avrupa İnsan Hakları Hukuku, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 460.

³³ Gözlügöl, s. 460.

³⁴ Bu görüşler hakkında bkz. Eren, s. 54 vd.

yargısal denetime konu edilebileceğini; aksi halde edilemeyeceğini ileri sürmektedir.³⁵

Milletlerarası antlaşmaların milli hukukumuzdaki yerine ilişkin belirsizlik, 2004 yılındaki anayasa değişikliği ile, en azından temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalarla kanunlar arasındaki çatışma bakımından açıklığa kavuşturulmuştur. Anayasa m. 90/5'e göre;

“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle nedeyle çikabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır”.

Anayasa m. 90/5'e göre, usulüne göre yürürlüğe konmuş milletlerarası bir antlaşmanın milli hukukumuzdaki yeri belirlenirken antlaşmanın temel hak ve özgürlüklere ilişkin olup olmadığı hususu önem arz eder. Hangi milletlerarası antlaşmaların temel hak ve özgürlüklere ilişkin olduğunu saptama bir sorun olarak karşımızda dursa da AİHS'nin bu kategori içerisinde yer aldığı hususunda bir tartışma yoktur.

Anayasa m. 90/5'in son cümlesi, AİHS ile kanunlar arasındaki çatışmada esas alınabilir. Ancak, Anayasa ile AİHS arasında da çatışma olabilir. Milli hukukumuzda, doğrudan, bu tür bir çatışmanın ne şekilde çözümleneceği hususuna özgülenmiş bir düzenleme yer almamaktadır. *Tanör/Yüzbaşıoğlu*, hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar ile Anayasa arasındaki çatışmayı, “Türk hukukunda çatışmanın en kritik noktası” olarak nitelemektedir.³⁶ Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, kanaatimizce, AİHS m. 7 ile Anayasa arasında biri, suç ve ceza içeren düzenlemelerin kaynağına; diğeri, aleyhe geçmişe yürüme yasağına ilişkin olmak üzere iki konuda çatışma vardır.

Anayasa ile AİHS m.7 arasındaki çatışma üç farklı yaklaşımla çözümlenebilir.

(1) AİHS ile Anayasa'nın hiyerarşik olarak eşit olduğu kabul edilebilir. Bu yaklaşım esas alınırsa; Anayasa ve AİHS m. 7 arasındaki çatışma, içlerinden birinin üstünlüğü esasına göre değil, hiyerarşik olarak eşit olan normlar arasındaki çatışma kurallarına (önceki norm-sonraki norm, özel norm-genel norm ilişkisi) göre çözümlenir.

(2) AİHS'nin Anayasa'nın üstünde olduğu kabul edilerek, AİHS m. 7'nin uygulanması gerektiği ileri sürülebilir.

(3) Anayasa'nın AİHS'nin üstünde olduğu kabul edilerek Anayasa'nın uygulanması gerektiği ileri sürülebilir.

³⁵ Görüşler ve bu görüşleri savunan yazarlar hakkında bkz. Tezcan/ Erdem/Sancakdar, s. 110.

³⁶ Bülent Tanör/Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 17. Baskı, Beta, İstanbul, 2018, s. 537.

A. ANAYASA İLE AİHS'NİN HİYERARŞİK OLARAK EŞİT OLDUĞUNU İLERİ SÜREN YAKLAŞIM

Türk öğretisinde Anayasa ile AİHS'nin eşit olduğunu kabul eden yazarlar şu gerekçelere dayanmaktadır:

(1) Anayasa koyucu m. 90/5'te, temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalarla kanunlar arasındaki çatışmalarda temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşma hükümlerinin uygulanacağını belirtmiştir. Anayasa koyucu böylece temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmaları kanunların üzerinde konumlandırmıştır. Normlar hiyerarşisinde kanunların üzerinde Anayasa yer aldığına ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar hiyerarşik olarak kanunların üzerinde olduğuna göre; AİHS hiyerarşik olarak Anayasa ile eşittir.³⁷

(2) Sözleşme'nin niteliği gereği, Sözleşme'de yer verilen düzenlemeler Anayasal değerdedir.³⁸ Temel hak ve özgürlüklere ve bunların sınırlarına ilişkin düzenlemeler Anayasa'da yer almaktadır. AİHS'de de temel hak ve özgürlüklere ve bunların sınırlarına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır; yani AİHS'nin içeriği Anayasa'ya dâhildir. AİHS, doğrudan uygulanabilir düzenlemelerden oluştuğuna, taraf devletleri bağladığına ve içeriğini temel haklarla özgürlükler oluşturduğuna göre, AİHS'de yer verilen düzenlemeler Anayasadaki düzenlemelerle eş değerdedir.³⁹

(3) Anayasa m. 15, 16, 42 ve 92 kapsamındaki konularla ilgili milletlerarası antlaşma hükümleri anayasa bloğuna dâhildir.⁴⁰ Geçmişe yürüme yasağı Anayasa m. 15'te yer almaktadır; dolayısıyla AİHS m. 7/2'de anayasa bloğuna dâhildir. Anlaşılacağı üzere, bu görüş bir bütün olarak AİHS'yi Anayasa ile eşit görmemekte, Anayasanın zikredilen düzenlemelerine dâhil olan milletlerarası antlaşma hükümlerine anayasa koyucunun anayasal değer atfettiğini ileri sürmektedir.

Anayasa ile AİHS'nin eşit olduğunu kabul etme, AİHS ve Anayasa arasındaki çatışma sorununu çözmektedir. Eşit hiyerarşideki normlar arasındaki çatışmalar, *özel norm-genel norm* ve *önceki norm-sonraki norm* ilişkisine göre çözümlenir.⁴¹

İstisna kuraldan daha özel olduğu için, kanaatimizce, geçmişe yürüme yasağına ve suçlarla cezaların münhasıran "kanun"la düzenlenebileceği kuralına istisna getiren AİHS m. 7/2, Anayasa m. 15 ve m. 38'e göre daha özeldir. Dolayısıyla, AİHS ile Anayasa'nın hiyerarşik olarak eşit olduğu kabul edilirse, kanaatimizce, AİHS m. 7/2'nin uygulanması gerekir. Ancak, zamansal olarak 1982 Anayasası'nın Türkiye'nin 1953 tarihinde tarafı olduğu AİHS'den sonra olduğu iddiasıyla öncelikle uygulanması gerektiği ileri

³⁷ Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, 21. Baskı, Beta, İstanbul, 2017, s. 97.

³⁸ Osman Korkut Kanadoğlu/Ahmet Mert Duygun, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 2. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2021, s. 425-426.

³⁹ Kanadoğlu/Duygun, s. 426.

⁴⁰ Hasan Tunç, "Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye İle İlgili Örnek Karar İncelemesi", C. 17, 2000, *Anayasa Yargısı Dergisi*, s. 180; Eren, s. 75.

⁴¹ Teziç, s.98; Eren, s. 68.

sürülebilir. Bu durumda AİHS m. 7/2'nin ihmal edilmesi gerekir. Katılmadığımız bu yorumun kabul edilebilmesi için AİHS ve Anayasa arasında bahse konu şekilde zamansal bir ilişkinin kurulması yeterli değildir; ayrıca AİHS m. 7/2'deki istisnanın, Anayasa'nın 15. ve 38. maddelerinin getirilme amacı ile bağdaşmadığının da kabul edilmesi gerekir. Zira, *önceki norm-sonraki norm* ilişkisinde, önceki norm sonrakine nazaran daha özel ise sonraki normun uygulanabilmesi için önceki normun sonraki normun getiriliş gayesi ile bağdaşmaması gerekir.⁴²

AİHS ile Anayasa'nın hiyerarşik olarak eşit olduğunu ileri süren yazarlar, söz konusu çatışma *özel norm-genel norm* ilişkisi temelinde çözümlenirse aşağıda "AİHS'nin Hiyerarşik Olarak Anayasa'dan Üstün Olduğunu İleri Süren Yaklaşım" başlığı altında görüşlerine yer vereceğimiz yazarlarla, çatışmanın *önceki norm-sonraki norm* ilişkisi temelinde çözümlenmesi halinde ise "Anayasa'nın Hiyerarşik Olarak AİHS'den Üstün Olduğunu İleri Süren Yaklaşım" başlığı altında görüşlerine yer vereceğimiz yazarlarla aynı sonuca ulaşmış olur. Çalışmanın devamında bu görüşleri ele alacağız.

B. AİHS'İN ANAYASA'DAN ÜSTÜN OLDUĞUNU İLERİ SÜREN YAKLAŞIM

Türk öğretisinde AİHS'nin Anayasa'dan üstün olduğunu ileri süren yazarlar şu gerekçelere dayanmaktadır:

(1) AİHS, iç hukukta doğrudan uygulanabilir hükümler içerdiğine ve kendisine taraf olan devletlere milli hukuklarını kendisine uydurma yükümlülüğü getirdiğine göre; Anayasa'nın üzerindedir.⁴³

(2) Tek düzen anlayışı gereği (*monist görüş*), milletlerarası hukukla milli hukuk tek bir hukuk düzeninin iki parçasıdır; çatışma ihtimalinde çatışmayı çözümlenebilecek üçüncü bir mekanizmanın olmaması nedeniyle milletlerarası hukukun üstün olduğunu kabul etmek gerekir.⁴⁴

(3) Sözleşme'nin öngördüğü standardın yakalanabilmesi için Sözleşme'nin üstünlüğünü kabul etmek gerekir. *Arslan*'a göre, Sözleşme'nin Anayasa'dan üstün olduğu kabul edilmezse Sözleşme'nin öngördüğü insan hakları standardını gerçekleştirmek neredeyse imkânsızdır; "dolayısıyla, muhtemel normlar çatışmasında, 'anayasa üstü' bir konumda olan sözleşmeye öncelik verilmesi gerekmektedir".⁴⁵

(4) Anayasa, 2. maddesinde "insan haklarına saygılı devlet" ve 15. maddesinde "milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla" ifadelerine yer vermek suretiyle AİHS'nin üstün olduğunu bizatihi kendisi kabul etmiştir. *Gözübüyük/Gölcüklü*'ye göre, bir yandan Sözleşme'nin Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülebilmesi, öte yandan Sözleşme'nin Anayasa'ya aykırı olduğundan bahisle uygulanmaması, Anayasa'nın

⁴² Teziç, s. 98.

⁴³ Çelik, s. 55.

⁴⁴ Çelik, s. 49 vd.

⁴⁵ Arslan, s. 278.

kendisinin getirdiği sisteme aykırıdır.⁴⁶ Selçuk'a göre, anayasa koyucunun milletlerarası antlaşmalarla kanunları hiyerarşik olarak eşit görmesi, anayasa koyucunun "özel iradesi (*occasio legis*)" olup anayasa koyucu, Anayasa m. 2 ve m. 15 ile ileriye yönelik, "nesnel iradesini (*ratio legis*)" ortaya koymuştur: "Anayasaya karşın dokunulmazlığını koruyarak yürürlükte kalan bir sözleşme hükmü varsa, bu hüküm Anayasaya karşın uygulanacak demektir".⁴⁷ Gülmez'e göre; AİHS'nin Anayasa'ya üstün tutulamayacağı yolundaki görüş, Anayasa'nın 2. ve 15. maddeleriyle bağdaşmaz. Anayasa m. 2'ye göre, Türkiye Cumhuriyeti'nin "insan haklarına saygılı" bir devlet olması, insan haklarına ilişkin bir antlaşma olan AİHS'nin üstün tutulmasını gerektirir; aksini kabul Anayasa'da yer verilen düzenlemelerin amacına aykırı düşer.⁴⁸

Anlaşılacağı üzere, AİHS'nin Anayasa'ya aykırı olsa dahi uygulanması gerektiğini ileri süren görüşü savunan yazarlar en çok dördüncü gerekçeye dayanmaktadır; zira Anayasa m. 2 ve m. 15'e dayanan çıkarım oldukça açık ve kuvvetlidir:

(i) AİHS, hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası bir sözleşme olduğuna,

(ii) Anayasa m. 2'ye göre Türkiye Cumhuriyeti, "insan haklarına saygılı" bir devlet olduğuna,

(iii) Anayasa m. 15'e göre, olağanüstü hallerde dahi milletler arası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilemediğine ve

(iv) Türkiye, AİHS'ye taraf olmak suretiyle AİHS'de yer alan hükümleri uygulama yükümlülüğü altında girdiğine göre; **AİHS, Anayasa ile çelişse dahi uygulanmalıdır.**

Bu görüş esas alınır; AİHS m. 7 ile Anayasa çatışmasında AİHS m. 7 uygulanacağı için suç teşkil eden fiillerin yegâne kaynağı, TBMM'nin *kanun* şeklindeki yasama işlemi değildir. Suç teşkil eden fiillerin biri *uluslararası hukuk* ve diğeri *medenî uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkeleri* olmak üzere iki kaynağı daha vardır. Ayrıca, suç ve ceza içeren düzenlemelerin geçmişe yürüyememesi kuralının tek istisnası lehe kanun değildir; medeni toplumlarca kabul edilen hukukun genel ilkelerine aykırılık halinde suç ve ceza içeren düzenlemeler aleyhe dahi olsa geçmişe yürür.

C. ANAYASA'NIN AİHS'DEN ÜSTÜN OLDUĞUNU İLERİ SÜREN YAKLAŞIM

Türk öğretisinde bu görüşü savunan yazarlar şu gerekçelere dayanmaktadır:

(1) Anayasa m. 90'ın lafzından AİHS'nin Anayasa'nın altında olduğu anlaşılmaktadır. Bu gerekçeyi savunan yazarlardan bazılarının göre AİHS,

⁴⁶ Gözübüyük/Gölcüklü, s. 22; Aynı yönde bkz. Gözlügül, s. 456.

⁴⁷ Sami Selçuk, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Uygulaması", C. 25, S. 54, 1999, Yargıtay Dergisi, s. 410.

⁴⁸ Mesut Gülmez, "Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri", S. 54, 2004, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 155.

kanunlarla hiyerarşik olarak eşit olduğu için bazılarında göre ise hiyerarşik olarak kanunlarla Anayasa arasında yer aldığı için Anayasa'nın altındadır:

(i) Anayasa m. 90/5'te, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi halinde antlaşma hükümlerinin uygulanacağı belirtilmek suretiyle, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar hiyerarşik olarak kanunlar ile Anayasa arasında konumlandırılmıştır; yani AİHS, kanunların üstünde Anayasa'nın ise altındadır.⁴⁹

(ii) Temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaların kanunlarla aynı konuda farklı hükümler içermesi halinde antlaşma hükümlerinin esas alınacağını ifade eden Anayasa m. 90/5'in son cümlesi, özel bir çatışma kuralı olup temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaların hiyerarşik konumu ile ilgili değildir. AİHS, bir milletlerarası antlaşmadır ve milletlerarası antlaşmaların iç hukukumuzdaki hiyerarşik konumunu gösterir tek düzenleme, Anayasa m. 90/5'in ilk cümlesidir; yani AİHS kanunlarla hiyerarşik olarak eşittir.⁵⁰

(2) AİHS'yi uygulama yetkisi olan AİHM, iç hukuk normlarını iptal etme yetkisini haiz olmadığına göre milli hukuktaki etkisi bakımından AİHS, Anayasa'nın altındadır.⁵¹

(3) AİHS ile Anayasa arasındaki çatışmada Anayasa'nın ihmal edilmesi, Türkiye Cumhuriyeti'nin egemenliğine ve bağımsızlığına aykırıdır.⁵²

(4) AİHS ile Anayasa arasındaki çatışmada Anayasa'nın ihmal edilmesi, Anayasa'nın hem şekli hem de maddi anlamıyla bağdaşmaz. *Tanör/Yüzbaşıoğlu'na* göre, AİHS ile Anayasa arasındaki çatışmada Anayasa'nın ihmal edilmesi durumunda, şekli anlamda Anayasa ile çelişilmiş olur; zira AİHS'nin üstün olduğunun kabul edilebilmesi için, temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir milletlerarası antlaşmanın (dolayısıyla AİHS'nin) en azından Anayasal bir normun yürürlüğe girmesine ilişkin prosedürle iç hukukta yürürlüğe girmesi gerekir; oysa temel hak ve özgürlüklere ilişkin olsun ya da olmasın milletlerarası antlaşmalar, TBMM'nin basit çoğunluğu tarafından onaylanması uygun görülen hukuki metinlerdir.⁵³ Yazarlara göre çatışmada Anayasa'nın ihmal edilmesi durumunda maddi anlamda Anayasa ile de çelişilmiş olur; zira bu durumda Anayasa'nın milletlerarası hukuka gönderme yapan düzenlemeleri dolayısıyla Anayasa ihmal edilip milletlerarası antlaşma hükümleri uygulanmış olur; bu da milletlerarası antlaşmaya yollama yapan düzenlemelerin Anayasa'daki diğer

⁴⁹ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukuna Giriş (Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku)*, 30. Baskı, Ekin Basım Yayım Dağıtım, Bursa, 2021, s. 275-276; Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 16. Baskı, Yetkin, Ankara, 2015, s. 235; Şeref İba, *Anayasa Hukuku Genel Esaslar*, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 5.

⁵⁰ Ali Karagülmez, "5170 Sayılı Yasa'yla Anayasa'nın 90. Maddesinde Yapılan Değişikliğe Bir Bakış", S. 54, 2004, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, s. 177.

⁵¹ Hasan Tahsin Fendoğlu, "Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında 'Bağımsız Ölçü Norm' veya 'Destek Ölçü Norm' Sorunu", C. 17, 2000, *Anayasa Yargısı Dergisi*, s. 381.

⁵² *Tanör/Yüzbaşıoğlu*, s. 538.

⁵³ *Tanör/Yüzbaşıoğlu*, s. 538.

düzenlemelerden üstün olması anlamına gelir; oysa anayasal normlar eşdeğerdir.⁵⁴ Tanör/Yüzbaşıoğlu'na göre, çatışma halinde Anayasa uygulanmalı, sorunun nihai çözümü, olacaksa, ulusal üstü yargı yerlerine bırakılmalıdır.

(5) Norm denetiminde Anayasa Mahkemesi'nin AİHS'de yer verilen düzenlemeleri *bağımsız ölçü norm* olarak değil, *destek ölçü norm* olarak uygulaması iç hukukumuzda AİHS'nin Anayasa'da yer alan normların altında yer aldığı gösterir.⁵⁵ AİHS, Anayasa'nın üzerinde ya da Anayasa ile eşit olsa idi, AİHS'deki düzenlemelerin de bağımsız ölçü norm olarak uygulanması gerekirdi.

Biz de, özellikle üçüncü gerekçe dolayısıyla, bu görüşe katılıyoruz. Bu görüşe göre AİHS m. 7 ile Anayasa arasındaki çatışmanın ne şekilde çözümleneceği hususunu, Anayasa Mahkemesi de bu görüşü esas aldığı için, Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşımı üzerinde duracağımız alt başlıkta ele alacağız.

D. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN YAKLAŞIMI

Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa ve AİHS arasındaki çatışmada AİHS'nin üstün olduğunu kabul eden görüşü destekleyebilecek nitelikte kararları⁵⁶ olduğu gibi, AİHS ve Anayasa'nın eşdeğer olduğunu kabul eden görüşü destekleyebilecek nitelikte kararları⁵⁷ da vardır. Ancak Mahkeme bu kararları, AİHS ve Anayasa arasında aktüel bir çatışmanın olduğu ya da açıkça AİHS'nin iç hukuktaki konumunu tartıştığı uyuşmazlıklarda vermemiştir.

Anayasa Mahkemesi, 1991 yılındaki bir kararında AİHS'nin normlar hiyerarşisinde kanunlarla eş değer olduğunu belirtmek suretiyle AİHS'yi Anayasa'nın altında konumlandırmıştır:

“Anayasa'nın 90. maddesinde ‘usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir’ denilmektedir. Buna göre, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kuralları da yasa hükmündedir. Ancak, 2820 sayılı Siyasî Partiler Yasası davada Sözleşme'ye nazaran özel yasa niteliğinde olduğundan uygulanma önceliğine sahiptir. Kaldı ki, Sözleşme siyasî parti kapatma davalarında uygulanacak somut kuralları da içermemektedir. Bu nedenlerle, davada Siyasî Partiler Yasası hükümlerinin

⁵⁴ Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 539.

⁵⁵ Hasan Tahsin Fendoğlu, Anayasa Yargısı, Yetkin, Ankara, 2010, s. 127.

⁵⁶ Anayasa Mahkemesinin bu görüşü destekleyen içtihatları vardır: “Uygar ülkeler, nesebi sahih ve nesebi gayri sahih çocuklar arasındaki tüm eşitsizlikleri kaldırmışlardır. **Anayasa üstü normlar** olarak niteleyebileceğimiz. Sözleşmelerde çocuklar arasında her türlü ayrımcılığa son vermişlerdir”. Anayasa Mahkemesi, E. 1990/15, K. 1991/5, T. 28.02.1991. (anayasa.gov.tr)

⁵⁷ Anayasa Mahkemesi, şu kararında AİHS'yi ile Anayasa'nın eş değer olduğunu ifade etmiştir: “Hukuk devletinde yasa koyucu, yasaların yalnız Anayasa'ya değil, evrensel hukuk ilkelerine de uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür”. Anayasa Mahkemesi, E. 2010/89, K. 2011/179, T. 29.12.2011. (anayasa.gov.tr)

ihmal edilerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ilgili kurallarının doğrudan uygulanması olanağı bulunmamaktadır”⁵⁸

2004 değişikliğinin ardından Anayasa Mahkemesi'nin tutumunda bir değişiklik olduğunu gösterir bir kararı yoktur (en azından biz tespit edemedik). 2008 yılında, Hak ve Özgürlükler Partisi (HAK-PAR) hakkındaki kapatma davasında verilen kapatma isteminin reddi kararına karşı 6 üye tarafından imzalanan karşı oy gerekçesi (*o tarihte Anayasa Mahkemesi 11 asil üyeden oluştuğu için bu sayı Anayasa Mahkemesi'nde çoğunluk görüşe karşılık gelmektedir*) Anayasa Mahkemesi'nin 2004 değişikliği sonrasında AİHS'yi Anayasa'nın altında konumlandığını göstermektedir:

“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11. maddesiyle çeliştiği ileri sürülen ‘iç norm’ bir yasa kuralı değil, Anayasa hükmüdür. Dolayısıyla, Anayasa'nın 90. maddesinin davada uygulama kabiliyeti yoktur. Yine Anayasa'nın 138. maddesine göre hâkimler ‘...Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler...’ ve bu nedenle de Anayasa Mahkemesinin bu somut Anayasal kurallar dururken, yorum yoluyla doğrudan AİHM içtihadını esas alarak hüküm tesis etmesi söz konusu edilemez”⁵⁹

Anayasa Mahkemesi kararlarında, AİHS'yi destek ölçü norm olarak ele alması da Anayasa Mahkemesi'nin AİHS'yi Anayasa'nın altında konumlandığını göstermektedir.⁶⁰ Zira Anayasa Mahkemesi AİHS'nin Anayasa'dan üstün olduğunu ya da en azından Anayasa ile eşit olduğunu kabul etseydi, AİHS'yi destek ölçü norm olarak değil, bağımsız ölçü norm olarak uygulardı.

Ancak Anayasa'nın hiyerarşik olarak AİHS'den üstün olduğunu kabul eden bizim de katıldığımız bu yaklaşım esas alınsa dahi, somut uyuşmazlıkta sorunun çözümü kolay değildir. Zira, **teorik olarak**, işlendiği tarihte Türk kanunlarına göre suç teşkil etmeyen bir fiilin uluslararası hukuka ya da medeni uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkelerine aykırı olduğu iddiası ile kamu davasının açılması mümkündür.

Bu ihtimalde uyuşmazlığı çözümlenmekle görevli ve yetkili mahkeme, AİHS m. 7'yi Anayasa'ya aykırı olduğundan bahisle uygulamayabilir mi? Bu soruya iki türlü yanıt verilebilir:

Birincisi, Anayasa hükümlerinin yasama, yürütme ve yargı organlarını bağladığını ifade eden Anayasa m. 11'den hareketle, yerel mahkemenin AİHS m. 7'yi ihmal edip Anayasa'yı esas alması gerektiği ileri sürülebilir. Nitekim Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu 2021 yılında bu yönde bir karar vermiştir:

“temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşma hükümlerinin normlar hiyerarşimizde aynı konuyu düzenleyen kanun hükümlerinin üzerinde, ancak, Anayasa hükümlerinin altında yer alan normlar olarak işleme tabi tutulması gerekmekte olup, Anayasa hükümleri

⁵⁸ Anayasa Mahkemesi, E. 1996/3 – K. 1997/3, T. 22.5.1997. (anayasa.gov.tr)

⁵⁹ Anayasa Mahkemesi, E.2002/1, K. 2008/1, T. 29.1.2008. Aktaran: Bilgin, s. 106, dipnot: 62.

⁶⁰ Fendoğlu, 2000, s. 381.

ile andlaşma hükümleri arasında çatışma olduğu takdirde, mahkemelerce andlaşma hükümlerinin ihmal edilip Anayasa hükümlerinin uygulanması Anayasal bir zorunluluktur”.⁶¹

İkinci yanıt olarak, mahkemelerin önlerindeki uyuşmazlıkta uygulanabilir olan normların Anayasa’ya aykırılığını denetleyemeyeceği zira bu yetkinin Anayasa m. 148’e göre münhasıran Anayasa Mahkemesi’ne ait olduğu, TCK m. 2 ve m. 7 ile çatışan AİHS m. 7’nin Anayasa m. 90/5’teki düzenleme dolayısıyla uygulama önceliğine sahip olduğu ve milletlerarası antlaşmalar bakımından somut norm denetimi yolunu kapatan Anayasa m. 90/5 dolayısıyla mahkemelerin AİHS m.7’yi uygulamak zorunda olduğu ileri sürülebilir. Bu ihtimalde sorun bireysel başvuru yoluna gidilmesi halinde Anayasa Mahkemesi’nin önüne gelecektir. Bireysel başvurularda Anayasa Mahkemesi’nin somut norm denetimi yolunu işletme yetkisinin olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre⁶² bu mümkün iken bir başka görüşe göre⁶³ mümkün değildir. Esasen bu tartışmada söz konusu görüşlerden herhangi birini tercih etmenin bizim çözümlenmeye çalıştığımız sorun üzerinde bir etkisi yoktur. Zira bireysel başvuru yolunda somut norm denetiminin yapılacağı kabul edilse bile Anayasa m. 90/5’e göre milletlerarası antlaşmalar (ve dolayısıyla AİHS m. 7) somut norm denetiminin konusu olamazlar. Bireysel başvuru yolunda da AİHS m. 7’nin iptali mümkün olamadığına göre ne olacaktır? AİHS uygulanırsa, hiyerarşik olarak Anayasal düzenlemelerin altında olan ve Anayasa ile çatışan AİHS m. 7’ye göre uyuşmazlığın çözümlenmesi çelişkisi ile karşılaşılacaktır. Bu çelişki, kanaatimizce, AİHS’nin Anayasa ile çatışan hükümlerinin “ihmal” edilmesi suretiyle giderilebilir. Bu çıkarım, Anayasa Mahkemesi’nin yargı pratiğiyle de uyumludur.⁶⁴

“Bir kanun hükmünün Anayasa’ya aykırı bulunması halinde yargı yerinin tutumu ne olabilir? Dāvaya bakmakta bulunan mahkeme (Bu mahkeme Anayasa Mahkemesi değilse) uygulanacak kanunun hükümlerini Anayasa’ya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık

⁶¹ Damıstay İDDK, E. 2021/348, K. 2021/1994, T. 25.10.2021 (Lexpera)

⁶² İbrahim Şahbaz, “Yargıtay ve Bireysel Başvuru Yolu”, C. 4, S. 7, 2015, Anayasa Hukuku Dergisi, s. 220; Sibel İnceoğlu, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri, 1. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2017, s. 199; Tolga Şirin, Türkiye’de Anayasa Şikâyeti, 1. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2013, s. 296.

⁶³ Ünal Gençtürk/Hakan Kolçak, “Yapısal Sorunların Çözümünde Somut Norm Denetimi Yolunun İşlevsel Kılınması Üzerine Bir Değerlendirme”, C. 8, S. 2, 2023, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 515 vd.

Anayasa Mahkemesi’nin de bu yaklaşımı esas aldığı hususunda bkz. Şirin, s. 294-295.

Anayasa Mahkemesi’nin son dönemde bu durumu Mahkeme İç Tüzüğü’nün 75. Maddesi gereğince “yapısal sorun” olarak nitelediği ve Anayasa ile çatışan normun ilga edilmesi veyahut değiştirilmesi için TBMM’ye çağrı yaptığı hakkında bkz. Gençtürk/Kolçak, 495 vd.

⁶⁴ Aynı yönde bkz. Tanör/Yüzbaşıoğlu, s. 539. İptal davasına konu olmayan ve Anayasa ile çatışan kanunlar bakımından *Turhan* da bu görüştedir. Bkz. Mehmet Turhan, “Anayasa Hukukumuzda İhmal Sorunu”, C. 26, S. 4, 1993, Amme İdaresi Dergisi, s. 67.

iddiasının ciddi olduğu kanısına varırsa o hükmün uygulanmasından kendi kendine vazgeçemez. Ancak Anayasa Mahkemesinden karar isteyebilir. Anayasa Mahkemesine gelince: Bu mahkeme sadece Yüce Divan işlerinde ve siyasi partilerin kapatılması dâvalarında uygulanacak kanun hükümlerini Anayasa'ya aykırı görürse beketici mesele çıkarmağa ve aykırılığı karara bağlamaya yetkilidir. Öyle ise Anayasa Mahkemesinin iptal dâvaları, itiraz başvuruları, Yüce Divan işleri ve parti kapatma dâvaları dışında Anayasa'ya aykırı bir kanun hükmünün hükmünün iptaline karar vermesi mümkün değildir. Böyle bir durumda Anayasa Mahkemesine düşen nedir? Anayasa Mahkemesinin, yapısının niteliği ve Anayasa'nın 8 inci maddesinde anlatımını bulan üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesi karşısında Anayasa'ya aykırı kanunu **bir yana bırakarak doğrudan doğruya Anayasa hükmünü uygulaması gerekir**.⁶⁵

Anayasa Mahkemesi'ne göre "ihmal edilebilme" koşulları üç tanedir:⁶⁶

- (1) Anayasa ile çatışan bir normun olması,
- (2) Anayasa'ya aykırı olan normun iptali için itiraz yoluna başvurulamıyor olunması,
- (3) Anayasa'ya aykırı olan normun düzenlediği alanın Anayasa'da açıkça düzenlenmiş olması.

AİHS m. 7, Anayasa ile çatıştığından, Anayasa m. 90/5'e göre AİHS m. 7'nin Anayasa'ya aykırı olduğundan bahisle iptali istenemediğinden ve AİHS m. 7'nin düzenlediği alan Anayasa'da açıkça düzenlenmiş olduğundan; Anayasa ile AİHS m. 7 arasındaki çatışmada bahse konu üç koşul da gerçekleşmektedir. Mahkeme, AİHS m. 7'yi ihmal ederek Anayasayı uygulaması halinde ihlal kararı verecektir. İhlal kararı üzerine dosyanın geri geldiği mahkeme de Anayasa m. 151 gereği bu karara uymalıdır.

Sonuç olarak, bizim de katıldığımız Anayasa'nın AİHS'den üstün olduğunu ileri süren görüş kabul edildiğinde AİHS m. 7 ile Anayasa arasındaki çatışmada iki türlü hareket edilebilir: Ya dava mahkemesinin ya da bireysel başvuruda yolunda Anayasa Mahkemesi'nin AİHS'yi ihmal etmesi gerektiği ileri sürülebilir. Ancak, bu iki yaklaşımdan hangisi kabul edilirse edilsin uyumsuzluk AİHM'nin önüne götürüldüğünde Mahkeme, şüphesiz AİHS m. 7'yi esas alarak uyumsuzluğu çözümleyecektir. Bu durumda AİHS m. 7'nin içeriğinin ne anlama geldiği meselesi ile karşılaşılacaktır. Çalışmanın devamında bu mesele üzerinde durulacaktır.

III. AİHS M. 7'NİN ANLAMİ

A. TARİHSEL SÜREÇ

Milyonlarca insanın hayatını kaybettiği İkinci Dünya Savaşı'ndaki acı tecrübeler göstermiştir ki; kanunilik ilkesinin salt ulusal hukuk sistemlerindeki düzenlemeler esas alınarak katı bir şekilde uygulanması çok

⁶⁵ Anayasa Mahkemesi, E. 1964/22, K. 1964/54, T. 03.07.1964. (Lexpera)

⁶⁶ Anayasa Mahkemesi, E. 1984/1, K. 1984/1, T. 28.09.1984. (Lexpera) _

tehlikeli sonuçlara yol açabilir. Nitekim, ikinci Dünya Savaşı sırasında ve sonrasında yapılan yargulamalarda yargılananlar, kendilerine isnat edilen fiillerin ulusal hukuk sistemlerine göre suç teşkil etmemesi dolayısıyla cezalandırılmayacaklarını ileri sürmüşlerdir.⁶⁷

AİHS, İkinci Dünya Savaşı'nın sona ermesinden kısa bir süre sonra imzalanmıştır.⁶⁸ Kanunilik ilkesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin taslak metnindeki hali, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (İHEB) m. 11/2'nin aynısıdır. *Schabas*'a göre bu ayniyetin temel nedenlerinden biri, Sözleşme'nin taslak metnini hazırlayanlar arasında yer alan *Fyfe* ve *Dehousse*'un İHEB'in kabul sürecinde de etkin rol oynamasıdır.⁶⁹ AİHS m. 7'nin selefi olan İHEB m. 11/2'ye göre;

“Hiç kimse, işlendiği sırada ulusal ya da uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir fiilin icrasından ya da ihmalinden dolayı suçlu sayılamaz. Kimseye, suçun işlendiği sırada yasalarda öngörülen cezadan daha ağır bir ceza verilemez”.

Birleşik Krallık, İHEB m. 11/2'nin AİHS'ye bire bir aktarılmasını “Nürnberg Mahkemesi'nin kararlarının meşruiyetini tartışmaya açacağı[ndan]” bahisle sınıclı bulmuş ve maddeye şu cümlenin eklenmesini talep etmiştir:

“Bu madde, işlendiği esnada medeni uluslar tarafından kabul edilen genel prensiplere göre suç teşkil eden fiil dolayısıyla yargılanmaya ve cezalandırılmaya hâlel getirmez”.

Benzer şekilde Lüksemburg da, “düzenlemenin mevcut halinin suçlar ve cezalar bakımından kesin bir şekilde geçmişe yürümeyi yasakla[dığını]” ve İkinci Dünya Savaşı sonrası yargulamalarda prensibin bu haliyle uygulanmadığını ileri sürerek taslak metnin şu şekilde olmasını talep etmiştir:

“İşlendiği sırada ulusal ya da uluslararası hukuka veyahut medeni uluslar tarafından kabul edilen hukukun genel prensiplerine göre haksızlık teşkil etmeyen fiil dolayısıyla kimse sorumlu tutulamaz”.⁷⁰

Başta bu talepler kabul görmese de devam eden toplantılarda Birleşik Krallık önerisinde ısrarcı olmuş ve sonuç olarak Birleşik Krallık'ın önerisi kabul edilerek AİHS m. 7'nin nihai hali ortaya çıkmıştır:

“Hiç kimse, işlendiği sırada ulusal ya da uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir fiilin icrasından ya da ihmalinden dolayı suçlu sayılamaz.

⁶⁷ William A. Schabas “Perverse Effects of the Nulla Poena Principle: National Practice and the Ad Hoc Tribunals”, Vol. 11, No. 3, 2000, European Journal of International Law, s. 522.

⁶⁸ İkinci Dünya Savaşı, Japonya'nın 14.08.1945 tarihinde koşulsuz olarak teslimiyetini ilan etmesiyle sona ermiştir. Avrupa Parlamentosu üyesi devletlerce 4.11.1950'de imzalanan AİHS, on üye devletin Antlaşma'yı onaylaması koşuluna bağlanmış bu koşulun tamamlanmasıyla Antlaşma, 3.09.1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁶⁹ William A. Schabas, The European Convention on Human Rights- A Commentary, Oxford University Press, Oxford, 2015, s. 328.

⁷⁰ Schabas, 2015, s. 329.

Kimseye, suçun işlendiği sırada yasada öngörülen cezadan daha ağır bir ceza verilemez.

Bu maddedeki hiçbir hüküm, işlendiği sırada medeni uluslar tarafından kabul edilen genel prensiplere göre suç teşkil eden fiil dolayısıyla yargılanmaya ve cezalandırılmaya halel getirmez.”

Aşağıda detaylı olarak ele alacağımız üzere Sovyet rejimi döneminde işlenen ve işlendikleri tarihte suç teşkil etmeyen fiiller 2000’li yılların başında doğu Avrupa ülkeleri tarafından AİHS m. 7’ye dayanılarak yargılama konusu yapılmıştır. Yargılananların AİHM’ye yaptıkları itirazlar da yine AİHS m. 7’ye dayanılarak Mahkeme tarafından yerinde görülmemiştir. Bu yargılamalar, literatürün dikkatinin AİHS m. 7’ye yönelmesine neden olmuştur. Tartışmaların odağında AİHS m. 7’de yer verilen “uluslararası hukuk” ve “medeni uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkelerine aykırılık” kavramlarının anlamı vardır.

B. AİHS M. 7/1’DE YER VERİLEN “ULUSLARARASI HUKUK” KAVRAMININ ANLAMI

AİHS m. 7/1’de yer verilen “uluslararası hukuk” kavramına ilişkin iki sorun ön plana çıkmaktadır:

(1) Ulusal yargı mercileri, “kanun” şeklindeki yasama tasarrufuna konu olmayan fiilin uluslararası hukuka göre suç teşkil ettiğinden bahisle yargılama yapabilir mi?

(2) AİHS m. 7/1’de yer verilen “uluslararası hukuk” kavramından ne anlaşılmalıdır?

İlk sorunu birinci bölümde Türk hukuku bakımından detaylı olarak ele aldığımız için bu başlık altında ikinci sorunun üzerinde duracağız.

Bir görüşe göre, AİHS m. 7/1’de yer verilen “uluslararası hukuk” kavramı, devletlerin iç hukuk normlarına dönüştürdükleri uluslararası normları ifade etmektedir.⁷¹ Bu görüşe göre, kanunilik ilkesinin kendisinden beklenen fonksiyonu yerine getirebilmesi ancak bu suretle mümkün olabilir.⁷² Uluslararası sözleşmelerin yükümlülük getirdiği sùjeler, kural olarak, taraf devletlerdir; bu yüzden iç hukuk normlarına dönüştürülmedikçe uluslararası normlar bireysel sorumlulukla ilgili olan suçta ve cezada kanunilik ilkesinin standartları olamazlar.⁷³

Bu görüş, kanunilik ilkesinin özünü teşkil eden erişebilme (*accessibility*) ve öngörebilme (*foreseeability*) kavramları ile uyumlu olsa da, kanaatimizce, yerinde değildir. Zira AİHS m. 7’nin vaz edilme nedenlerinden birisi de, önceki başlık altında üzerinde durduğumuz üzere, suçluların milli hukuktaki kanunilik ilkesini kalkan olarak kullanmalarını engellemektir. Uluslararası normların iç hukuk normlarına dönüştürülmedikçe bireysel sorumluluğu

⁷¹ Davi Harris/Michael O’Boyle/Edward P. Bates/Carla M. Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2nd Edition, Oxford University Press, Oxford, 2009, s. 501; Mariniello, s. 234.

⁷² Harris/O’Boyle/Bates/Buckley, s. 501; Mariniello, s. 234.

⁷³ Mariniello, s. 234.

etkilemeyeceği şeklindeki yorum, AİHS m. 7'yi işlevsizleştirebilecek niteliktedir. Öğretide bizim de katıldığımız görüşe göre, AİHS m. 7/1'de yer verilen “uluslararası hukuk” kavramının anlamında Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesi esas alınmalıdır.⁷⁴ Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesine göre; uluslararası hukukun üç asli kaynağı vardır:

- (1) genel ya da özel milletlerarası antlaşmalar,
- (2) uluslararası teamüller,
- (3) medeni uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkeleri.

AİHS m. 7/1'de “uluslararası hukuk” kavramı kullanılmasına ve bu kavram, *Statü*'nün 38. maddesine göre, “medeni uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkelerini” de kapsamına rağmen, AİHS m. 7/2'de “medeni uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkeleri”nden ayrıca söz edilmiş üstelik AİHS m. 7/2, lafzı itibariyle, AİHS m. 7/1'ye istisna getirecek şekilde formüle edilmiştir. Bu yüzden AİHS m. 7/2'de yer verilen “medeni uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkeleri”nin AİHS m. 7/1'de yer verilen “uluslararası hukuk” kavramından bağımsız olup olmadığının açıklığa kavuşturulması gerekir. Bağımsız ise AİHS m. 7/1'de yer verilen “uluslararası hukuk” kavramının kapsamı, uluslararası antlaşmalar ve teamüllerle sınırlandırılmış olur. “Medeni uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkeleri” hakkında detaylı bilgiye bir alt başlıkta yer vereceğimizden bahse konu tartışmayı detaylı olarak aşağıda ele alacağız. Keza birinci bölümde uluslararası antlaşmalar hakkında bilgi verdiğimizden bu başlık altında uluslararası antlaşmalar üzerinde de durmayacağız. Bu başlık altında, sadece, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü m. 38'de yer verilen uluslararası hukukun üç asli kaynağından birisi olan teamüller hakkında genel bir bilgi vereceğiz.

Uluslararası teamüller, devletlerin yerleşmiş yazılı olmayan uygulamalarıdır.⁷⁵ Uluslararası teamüllerin biri, belli bir uygulamanın genel, sürekli ve tutarlı bir şekilde takip edilmesi (maddi unsur); diğeri, uygulamanın tekrarının hukukun bir gereği olduğu yönünde sorumluluk bilincinin mevcut olması (psikolojik unsur) şeklinde iki unsuru vardır.⁷⁶

Uluslararası teamüllerin oluşmasında bütün devletlerin aynı şekilde hareket etmesi gerekmez, yaygın ve temsil edici bir çoğunluğun, özellikle de ilgili devletlerin aynı yönde tutum almış olması yeterlidir (maddi unsur).⁷⁷ Teamülleri uluslararası antlaşmalardan ayıran önemli bir özellik budur; antlaşmalarda yalnızca taraf olan devletler antlaşma hükümleri ile bağıyken teamüller kural olarak tüm devletleri bağlar.⁷⁸ Ancak bu durumun iki

⁷⁴ Pausco, s.111.

⁷⁵ Mesut Hakkı Caşın, *Modern Uluslararası Hukukun Temel Esasları*, 1. Baskı, Yeditepe Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 178.

⁷⁶ Hugh Thirlway, “The Sources of International Law”, 2nd Edition, Oxford University Press, Oxford, 2019, s. 65; Caşın, s. 178; Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası hukuk dersleri* (1. Kitap), 15. Baskı, Turhan kitabevi, Ankara, 2021, s. 106; Melda Su, *Uluslararası Hukukun Esasları*, Beta, 11. Baskı, 2020, s. 19; Yusuf Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I*, 6. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021, s. 75.

⁷⁷ Caşın, s. 182.

⁷⁸ Thirlway, s. 63.

istisnası vardır.⁷⁹ Birincisi, bölgesel teamüllerdir; bir bölgedeki devletler arasında yerleşmiş olan teamül, diğer devletler tarafından uygulanagelen teamülden farklı ise bölgesel olanı esas alınır.⁸⁰ İkinci istisna, genel bir uygulama birçok devlet bakımından yerleşmiş olsa dahi bu uygulamanın karşı çıkan devletler bakımından bağlayıcı olmamasıdır.⁸¹

Uluslararası teamüllerin varlığından söz edilebilmesi için tekrarlanması yeterli değildir; aynı zamanda tekrar eden uygulamanın devamının hukukun bir gereği olduğuna ilişkin bir inanışın da olması gerekir (psikolojik unsur).⁸² Teamülleri örf ve adet kurallarından ayıran, teamüllerin hukuk kuralları olduğu yönündeki bu inanıştır.⁸³ Örneğin, Uluslararası Adalet Divanı, 12.4.1960 tarihli *geçiş hakkı davası*'nda, Hindistan'daki Portekiz sömürgesine yüzyıldan fazla süredir serbest geçiş yapılmasının teamüle dönüştüğü sonucuna ulaşmıştır.⁸⁴

Antlaşma hükümleri ile teamüllerin çatışması halinde, 1907 Tarihli La Haye Sözleşmesi'nin 7. maddesine göre antlaşma hükümleri uygulanır. Ancak antlaşma hükümlerinin uygulanmaması konusunda bir pratik yerleşmişse, bu ihtimalde, teamüller üstün duruma gelmektedir; bu yüzden literatürde antlaşmalar ile teamüllerin eş değer olduğunu ileri süren bir görüş vardır.⁸⁵

Yazılı olmama nedeniyle ortaya çıkan belirsizlik ve ispat güçlüğü dolayısıyla uluslararası hukukta teamüllerin kodifiye edilmesi çalışmaları yapılmaktadır. 1856 Paris Konferansı ile 1899 ve 1907 La Haye konferansları bu çalışmaların en temel örnekleridir.⁸⁶ Kodifikasyon çalışmaları gerçek manada Birleşmiş Milletler dönemi ile başlamıştır.⁸⁷ Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 13. maddesi *genel kurula* uluslararası hukukun kodifikasyonu görevini vermiştir.

Ancak tüm teamüllerin yazılı hukuk kurallarına dönüştürüldüğü varsayılsa dahi, AİHS m. 7/1'de yer verilen "uluslararası hukuk" kavramının belirsizliğine ilişkin sorun tam olarak çözümlenmiş olmaz. Uluslararası hukukta, suç teşkil eden fiillerin kodifikasyonundaki artış, *Schabas*'ın da haklı olarak ifade ettiği üzere, AİHS m. 7/1'de yer verilen "uluslararası hukuk" kavramının kapsamını belirsizleştirmektedir; zira, "uluslararası hukuk" kavramı, lafız olarak, tüm bu suçları kapsayabilecek genişliktedir.⁸⁸ Yazarlar arasında da bu bağlamda farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre AİHS m. 7/1'de yer verilen "uluslararası hukuk" kavramı, Roma Statüsü m. 6,

⁷⁹ Thirlway, s. 63.

⁸⁰ Thirlway, s. 63.

⁸¹ Thirlway, s. 63; Pazarcı, s. 222.

⁸² Pazarcı, s. 218; Thirlway, s. 84 vd.

⁸³ Pazarcı, s. 216.

⁸⁴ Aktaran: Pazarcı, s. 219.

⁸⁵ Pazarcı, s. 226.

⁸⁶ Pazarcı, s. 227.

⁸⁷ Pazarcı, s. 227.

⁸⁸ Schabas, 2015, s. 344.

7 ve 8'de düzenlenen suçlarla (*savaş suçu, soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar ve saldırgan suçu*) sınırlıdır.⁸⁹ Bir başka görüşe göre ise *korsan faaliyetler, terörizm, uyuşturucu ticareti* gibi suçlar da bu kapsamdadır.⁹⁰ Kodifikasyon çalışmalarına ilişkin bir diğer sorun da, yine *Schabas*'ın haklı olarak ifade ettiği üzere, aynı suçun farklı uluslararası metinlerde farklı şekillerde tanımlanması ihtimalidir; bu durum hangi tanımın esas alınacağı sorusunu akla getirmektedir.⁹¹

C. AİHS M. 7/2'DE YER VERİLEN “MEDENİ ULUSLARCA KABUL EDİLEN HUKUKUN GENEL İLKELERİNE AYKIRILIK” İFADESİNİN ANLAMI

Medeni uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkelerinin uluslararası hukukta bir kaynak olarak kabul edilmesi, ilk olarak, 1907 tarihli 2. La Haye Konferansı'nda gündeme gelmiş ancak bu girişim başarılı olmamıştır.⁹² 1920 tarihli Uluslararası Sürekli Adalet Divanı Statüsü hazırlanırken gelecekte uluslararası anlaşmalarla teamüllere konu olmayan uyuşmazlıkların ortaya çıkabileceği ihtimaline binaen tekrar aynı girişimde bulunulmuş ve Statü'nün 38'inci maddesinde, medeni uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkeleri uluslararası hukukun bir kaynağı olarak kabul edilmiştir.⁹³ Bu düzenleme, 1945 yılında kabul edilen Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesine taşınmıştır.

Adalet Divanı Statüsü'nde hukukun genel ilkelerinin uluslararası hukukun kaynağı olarak kabul edilmesi, *Dworkin*'in hukuk teorisiyle uyumludur.⁹⁴ Nüfusun arttığı ve teknolojik gelişmelerin hayatın her alanına tesir ettiği günümüz dünyasında insan ilişkileri çok çeşitlidir; bu yüzden ortaya çıkabilecek her somut uyuşmazlığın önceden öngörülüp hukuk kurallarına konu edilmesi mümkün değildir. Hukuki pozitivistlere göre bu durumda boşluk vardır ve boşluk hâkim tarafından doldurulur.⁹⁵ *Dworkin*'e göre ise hukukta boşluk yoktur; hâkimin yapması gereken o hukuk kültürü içerisinde varlık kazanmış ilkeleri esas alarak uyuşmazlığı çözümlenektir.⁹⁶ Uluslararası hukuktaki somut uyuşmazlıkların çözümünde esas alınabilecek açık bir sözleşme hükmünün veya teamülün bulunmaması halinde Divan'ın

⁸⁹ Pausco, s. 112.

⁹⁰ Schabas, 2015, s. 344.

⁹¹ Schabas, 2015, s. 344.

⁹² Thirlway, s. 106.

⁹³ Thirlway, s. 106. Tamamlayıcı niteliği dolayısıyla hukukun genel ilkeleri ile anlaşma ya da teamüller arasında çatışma varsa hukukun genel ilkelerinin uygulanamayacağı hakkında bkz. Melda Sur, Uluslararası Hukukun Esasları, Beta, 15. Baskı, 2021, s. 90; Pazarcı, s. 233.

⁹⁴ Thirlway, s. 107.

⁹⁵ Ines Weyland, “Idealism and Realism in Kelsen's Treatment of Norm Conflicts”, in Essays on Kelsen, eds. Richard Tur and William Twining, Clarendon Press, Oxford, 1986, s. 258.

⁹⁶ Ronald Dworkin, Taking Rights Seriously, Harvard University Press, Cambridge MA, 1977, s. 85.

başvuracağı kaynak, medeni uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkeleridir.⁹⁷ Bu, uluslararası hukukta boşluğun olmadığı anlamına gelmektedir; yani uluslararası hukukta hâkimin önündeki uyuşmazlığı çözümlmek için başvuracağı bir kaynak mutlaka vardır; hâkimin hukuk yaratmasından söz edilemez.⁹⁸

Bununla birlikte, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü m. 38'de yer verilen “medeni uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkeleri” ifadesi akla iki soruyu getirmektedir:

(1) Hangi uluslar medenidir?

(2) (Birinci soru yanıtlandığında) bu ulusların kabul ettikleri hukukun genel ilkeleri nelerdir?

Aşağıda sırasıyla bu iki sorunun üzerinde duracağız.

Uluslararası alanda adaleti tesis etme gayesiyle kurulan ve adında da “adalet” kavramına yer verilen bir kurumun statüsünde “medeni uluslarca kabul edilen” ifadesine yer verilmesi öğretilde sert bir şekilde eleştirilmektedir.⁹⁹ Zira bu kavram, ulusların *medenî uluslar* ve *medenî olmayan uluslar* şeklinde ikiye ayrıldığı intibası yaratmaktadır. Statü’yü hazırlayan komisyondaki üyelerden *De Lapradelle*'ye göre, hukuk, medenileşmeyi ifade ettiğinden ‘medenî uluslar’ ifadesi gereksiz bir ifadedir; bu yüzden taslak metinden çıkarılması gerekir.¹⁰⁰ Bir diğer üye, *Phillimore*'a göre, hukukun genel ilkeleri tüm ulusların kendi iç hukuklarında kabul ettikleri ilkeleri ifade etmektedir ve *Statü*'nün taslak metninde bu kavrama yer verilmesi isabetlidir.¹⁰¹ *Phillimore*'un kullandığı *tüm uluslar* ifadesine dikkat etmek gerekir. Bu ifade uluslar arasında ilkel olanlar ve medeni olanlar şeklinde bir ayırımın, en azından üyelerden bazıları tarafından, kabul edilmediğini göstermektedir.¹⁰² *Yee*'ya göre, komisyon çalışmalarından anlaşılan şudur: “medenî uluslar” ifadesi; din, ahlak, örf ve adet gibi diğer sosyal normlardan ayrılabilen bir hukuk sistemine sahip olan ulusları ifade etmektedir.¹⁰³ “Medenî uluslar” ifadesi, diğer sosyal normlardan ayrılabilen hukuk normlarına sahip olan ulusları ifade edecek şekilde anlaşıldığında “hangi uluslar medenidir?” sorusu yanıt bulmaktadır.

“*Hukukun genel ilkeleri nelerdir?*” sorusunun yanıtı ise daha zordur. Bir görüşe göre hukukun genel ilkeleri milletlerarası hukukun teamüllerden bağımsız bir kaynağı değilken diğer bir görüşe göre bağımsız bir kaynağıdır.¹⁰⁴ İkinci görüşe göre teamüllerde devletlerin uluslararası

⁹⁷ Thirlway, s. 106; Alain Pellet, “Article 38”, in *The Statute of the International Court of Justice, A Commentary*, eds. Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat, and Karin Oellers-Frahm, Oxford University Press, Oxford, 2006, s. 764-773.

⁹⁸ Sur, s. 90; Pazarcı, s. 233.

⁹⁹ Detaylı bilgi için bkz. Sienho Yee, *Towards an International Law of Co-progressiveness (Part II)*, 1st Edition, Brill Nijhoff, Leiden, 2015, s. 21 vd.

¹⁰⁰ Aktaran: Yee s. 25.

¹⁰¹ Yee, s. 25.

¹⁰² Yee, s. 25.

¹⁰³ Yee, s. 25.

¹⁰⁴ Pazarcı, s. 231; Hugh Thirlway, s. 107.

alandaki tutumları esas alınmakta iken hukukun genel ilkeleri ulusal hukukla ilgilidir; bir ilke birçok devletin iç hukukunda var ise hukukun genel bir ilkesinden söz edilir.¹⁰⁵ İkinci görüşe göre, teamüller ile hukukun genel ilkeleri arasındaki bir başka önemli farklılık, ispata ilişkindir; iki devlet arasındaki uyumsuzlukta devletlerden biri uyumsuzluğu çözümlenebilecek bir teamülün var olduğunu iddia ediyorsa bu devlet diğer devlet açısından da söz konusu teamülün maddi ve psikolojik unsurlarının gerçekleştiğini ispatla yükümlüdür.¹⁰⁶ Hukukun genel ilkelerinde ise uluslararası yargı ya da hakemlik organı bir ilkenin var olup olmadığını doğrudan kendisi tespit eder.¹⁰⁷

Hukukun genel ilkeleri ile ilgili olarak literatürde, “uluslararası hukukun en müphem kaynağı”¹⁰⁸, “skandal bir kavram”¹⁰⁹ gibi olumsuz nitelermeler kullanılmaktadır. Uluslararası Adalet Divanı da, Statüsü’nün 38. maddesindeki açık düzenlemeye rağmen uluslararası uyumsuzlukların çözümünde hukukun genel ilkelerine başvurmadan kaçınmaktadır¹¹⁰. Divan’ın doğrudan bu kavramı esas aldığı çok az sayıda kararı vardır.¹¹¹ Konu ile ilgili çalışmalarda yer verilen klasik örnek, *Korfu Boğazı davası*dır.¹¹² 22 Ekim 1946 tarihinde Korfu Boğazı’ndan geçmekte olan Birleşik Krallık savaş gemilerinin, Arnavutluk sularında mayına çarpması sonucu, maddi zarar ve can kaybı meydana gelmiş, bunun üzerine Birleşik Krallık zararının tazmin edilmesini talep etmiştir. Arnavutluk, Birleşik Krallık savaş gemisinin Korfu Boğazı’ndaki varlığının uluslararası hukukun ihlali olduğunu ileri sürmüştür. Divan, bu davada, bir devletin ülkesini diğer devletlere zarar verecek şekilde kullanmama yükümlülüğü altında olmasını hukukun genel ilkelerinden biri olarak kabul ederek Birleşik Krallık lehine karar vermiştir.¹¹³

AİHS m. 7 bağlamında “hukukun genel ilkeleri” kavramına ilişkin bir başka tartışma daha vardır. AİHS m. 7/1’de “uluslararası hukuk” ifadesine yer verilmiştir. “Uluslararası hukuk” ifadesi, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü’nün 38. maddesine göre milletlerarası antlaşmaları, teamülleri ve hukukun genel ilkelerini kapsadığına göre; AİHS m. 7/2’de hukukun genel ilkelerinden neden ayrıca söz edilmiştir? Bu konuda biri, AİHS m. 7/1’de yer verilen “uluslararası hukuk” kavramının AİHS m. 7/2’de yer verilen “medeni uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkelerini” de kapsadığını; diğeri ise AİHS m. 7’nin ikinci fıkrasının birinci fıkrasına istisna getirdiğini ileri süren iki görüş vardır. Aşağıda sırasıyla bu görüşlere yer verilecektir.

¹⁰⁵ Sur, s. 91.

¹⁰⁶ Pazarıcı, s. 231.

¹⁰⁷ Pazarıcı, s. 231; Schabas, 2015, s. 352.

¹⁰⁸ Vlademir D. Degan, *Sources of International Law*, 1st Edition, Martinus Nijhoff, Hague, 1997, s. 14.

¹⁰⁹ Paiusco, s. 111.

¹¹⁰ Pazarıcı, s. 234.

¹¹¹ Thirlway, s. 112.

¹¹² Pazarıcı, s. 235; Schabas, 2015, s. 352.

¹¹³ International Court of Justice, *The Corfu Channel Case*, T. 04.09.1949. (www.refworld.org)

1. AİHS m. 7'nin Birinci Fıkrasının İkinci Fıkrasını da Kapsadığını İleri Süren Görüş

AİHS m. 7/1'de yer verilen “uluslararası hukuk” kavramının “medeni uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkeleri”ni de kapsadığını ileri süren görüşe göre, AİHS m. 7/1 ile AİHS m. 7/2, bir bütünün iki parçası olup AİHS m. 7/2'nin AİHS m. 7/1'den bağımsız bir anlamı yoktur.¹¹⁴ Bu görüşe göre AİHS m. 7/2, geçmişe yürüme yasağına istisna getirmemektedir; çünkü hukukun genel ilkeleri, uluslararası hukukun tıpkı sözleşmeler ve teamüller gibi asli kaynaklarından birisidir.¹¹⁵ İşlendiği tarihte milli hukuka, uluslararası sözleşmelere ve teamüllere göre suç teşkil etmeyen fiil, hukukun genel ilkelerine göre suçsa sonuç itibariyle işlendiği tarihte uluslararası hukuka göre suçtur. İşlendiği tarihte uluslararası hukuka göre suç teşkil eden bir fiil dolayısıyla yapılan yargılama geçmişe yürüme yasağını ihlal etmez. Bu görüşe göre AİHS m. 7/1'de yer verilen “uluslararası hukuk” kavramı, hukukun genel ilkelerini de kapsamına rağmen düzenlemenin ikinci fıkrasında hukukun genel ilkelerinden ayrıca söz edilmesinin nedeni, İkinci Dünya Savaşı'na ilişkin yargılamalardır. Bu yargılamalar neticesinde hüküm giyenlerin AİHS m. 7/1'deki düzenlemeden hareketle haklarının ihlal edildiği savunmasında bulunmasını engellemek; başka bir ifadeyle, AİHS m. 7/1'deki düzenlemenin İkinci Dünya Savaşı'na ilişkin yargılamaların geçerliliğini etkilemediğini açıkça ortaya koymak için AİHS m. 7/2'deki düzenlemeye ihtiyaç duyulmuştur.¹¹⁶ AİHM, *Kononov davasında* bu yaklaşımı esas almıştır.

Bu davaya konu maddi vakıa; *Kononov*'un emrindeki astların, 27 Mayıs 1944 tarihinde Letonya'da yer alan *Mazie Bati* köyüne girerek, düşman Alman ordusu ile işbirliği içerisinde olduklarını iddia ettikleri 6 erkek ve biri gebeliğinin son ayında olan 3 kadını öldürüp bazı evleri de ateşe vermeleridir.¹¹⁷ Bu olay dolayısıyla *Kononov*, savaş suçu işlediği gerekçesiyle Letonya'da yargılanmıştır. 03.10.2003 tarihinde Bölge Mahkemesi maktül erkeklerle kadınların durumunu birbirinden ayırmış; erkek maktüllerin nazilerle işbirliği yaptıklarından bahisle öldürülmelerinin hukuka uygun olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme, *Kononov*'u üç kadının öldürülmesi ve evlerin yakılması fiilleri dolayısıyla “üst” sıfatıyla suçlu bulmuştur. Letonya Ceza Kanunu'na göre savaş suçları zamanaşımı süresine tabi olmamakla birlikte Mahkeme kadınların öldürülmesi ve evlerin yakılmasını savaş suçu olarak değil, öldürme ve mala zarar verme suçu olarak nitelediği için *Kononov* hakkında zamanaşımı hükümlerini uygulamıştır.¹¹⁸ Bölge

¹¹⁴ Harris/O'Boyle/Bates/Buckley, s. 501; Andrew Ashworth/Alison Macdonald/Ben Emmerson, *Human Rights and Criminal Justice*, Sweet-Maxwell, London, 2001, s. 292; Joachim Renzikowski, “Coming to Terms with One's Past: the Strasbourg Court's Recent Case-Law on Article 7 ECHR and Retroactive Criminal Liability”, in *European Yearbook on Human Rights*, eds. Wolfgang Benedek, Florence Benoît-Rohmer, Wolfram Karl, Manfred Nowak, Intersentia, Cambridge, 2010, s. 260.

¹¹⁵ Pausco, s. 116.

¹¹⁶ Mariniello, s. 226-227.

¹¹⁷ *Kononov V. Latvia*, ECHR Grand Chamber, Application No: 36376/04, T. 10.05.2010. (Hudoc)

¹¹⁸ *Kononov V. Latvia*, para: 36.

Mahkemesi'nin kararını inceleyen Yüksek Mahkeme, 28.09.2004 tarihli kararında, öldürülen kişilerin sivil olduğuna, 1961 tarihli Letonya Ceza Kanunu m. 68/3'ün göndermesiyle uyuşmazlığa konu fiilin Nürnberg Şartı, 1907 tarihli Lahey Sözleşmesi ve 1949 tarihli Cenevre Sözleşmesi'ne göre *savaş suçu* oluşturduğuna hükmetmiştir.¹¹⁹

Kononov, kararın AIHS m. 7/1'i ihlal ettiği gerekçesiyle AIHM'ye başvurmuştur. İsnat edilen fiillerin olayın gerçekleştiği tarihte muhataplarınca ulaşılabilir ve anlaşılabilir bir şekilde ulusal ya da uluslararası hukukta suç olarak düzenlenmesi gerekliliğinden hareket eden Daire, Letonya Ceza Kanunu'nda *savaş suçu* teşkil eden bazı fiillerin örnekseme yoluyla sayılması ve *savaş suçu* teşkil eden fiiller bakımından doğrudan uluslararası hukuka göndermede bulunulması dolayısıyla uluslararası hukuka göre değerlendirme yapmıştır.¹²⁰ Daire'ye göre, o tarihte *Kononov* hakkında uygulanabilir nitelikte olan tek uluslararası sözleşme, 1907 tarihli Lahey Sözleşmesi'dir.¹²¹ Zira, Letonya yargı mercilerinin kararlarında zikrettikleri diğer uluslararası sözleşmeler fiilin gerçekleştiği 1944 yılından sonradır.¹²² Esasen Letonya ve Sovyetler Birliği fiilin gerçekleştiği tarihte 1907 tarihli Lahey Sözleşmesi'ne taraf değildir; ancak Daire'ye göre 1907 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin savaş hukukuna ilişkin kuralları uyuşmazlığa konu fiilin gerçekleştiği 1944 yılında uluslararası hukukun teamül kurallarına dönüşmüştür; bu yüzden somut olaya uygulanabilir niteliktedir.¹²³ 1907 tarihli Lahey Sözleşmesi'ni somut olaya uygulayan Daire, 24.08.2008 tarihli kararında 3'e karşı 4 oyla AIHS m. 7'nin ihlal edildiğine hükmetmiştir.¹²⁴

Son olarak, Daire'nin verdiği karar, AIHM Büyük Daire'nin önüne götürülmüştür. Büyük Daire; Letonya Ceza Kanunu m. 68/3'ün yollaması nedeniyle fiilin *savaş suçu* teşkil edip etmediği hususunda uluslararası hukukun esas alınması gerektiğini¹²⁵, köylülerin "sivil" olarak değil, "muharip" olarak kabul edilse dahi savaş esiri statüsünde olacaklarını ve 1907 tarihli Lahey Sözleşmesi m. 23/c'ye göre, savaş esirlerinin insani muamele görme hakkı olduğunu¹²⁶, ilgili düzenlemeye göre savaş esirleri kaçma girişiminde bulunmadıkları ve direnmedikleri müddetçe kendilerine karşı silah kullanılmayacağını¹²⁷, kadınların ve özellikle de gebe kadınların savaşta özel olarak korunması gerektiği hususunun en azından 1863 tarihli Liber Kanunu'na kadar geri çekilebilecek eski tarihli bir teamül olduğunu¹²⁸, köylülerin "savaş suçlusunu" olarak varsayılmaları halinde dahi infaz

¹¹⁹ Kononov V. Latvia, para: 40.

¹²⁰ Kononov V. Latvia, ECHR Chamber, Application No: 36376/04, T. 24.07.2008, para: 109.

¹²¹ Kononov V. Latvia, Chamber, para: 118.

¹²² Kononov V. Latvia, Chamber, para: 118

¹²³ Kononov V. Latvia, Chamber, para: 120.

¹²⁴ Kononov V. Latvia, Chamber, para: 149.

¹²⁵ Kononov V. Latvia, Grand Chamber, Para: 196.

¹²⁶ Kononov V. Latvia, Grand Chamber, para: 202 ve 216.

¹²⁷ Kononov V. Latvia, Grand Chamber, para: 202.

¹²⁸ Kononov V. Latvia, Grand Chamber, para: 218

edilmeden önce adil bir şekilde yargılanmaları gerektiğini¹²⁹, fiilin işlendiği tarihte yürürlükte olan 1926 tarihli Letonya Ceza Kanunu'nun savaş suçları ile ilgili bir düzenleme içermediğini¹³⁰, bu kanunun sosyalist düzene karşı olan fiileri cezalandıran bir kanun olduğunu¹³¹, savaş suçuna ilişkin bir düzenleme bu kanunda yer almadığı için uluslararası hukukun esas alınması gerektiğini¹³², uluslararası hukukta ise fiilin işlendiği tarihte savaş suçlarını zamanlaşımına ilişkin bir düzenleme bulunmadığını bu yüzden zamanlaşımı süresinin dolduğu şeklinde bir savunmada bulunulamayacağını¹³³, fiilin savaş suçu teşkil ettiğinin o tarihte bilinmesinin mümkün olmadığı şeklindeki iddianın yerinde olmadığını; zira başvuranın “askeri üst” olmasından mütevellit gerçekleştirilen fiillerin doğası itibarıyla savaş suçu teşkil ettiğini bilebileceğini¹³⁴ belirleterek, 10.05.2010 tarihinde, AIHS m. 7/1'in ihlal edilmediğine hükmetmiştir.

Büyük daire, AIHS m. 7/1'in ihlal edilmediğine hükmettiği için uyuşmazlığı ayrıca AIHS m. 7/2 açısından ele almamıştır. Zira Büyük Daire'ye göre fiil, uluslararası sözleşmelere ve teamüllere göre suç teşkil ettiğinde ayrıca medeni uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkelerine aykırılık teşkil edip etmediği hakkında değerlendirme yapmaya gerek yoktur. Bununla birlikte Letonya bu uyuşmazlıkta AIHS m. 7/2'yi de bir argüman olarak ileri sürdüğü için Büyük Daire, AIHS m. 7/2'ye yalnızca birkaç cümle değinmiştir. Büyük Daire'nin değerlendirmesi kısa olsa da doğrudan AIHS m. 7/2'nin hukuki niteliğine ilişkin olduğundan oldukça önemlidir. Büyük Daire'ye göre, AIHS m. 7/1 ile AIHS m. 7/2 arasında kural-istisna ilişkisi yoktur; bilakis bu iki düzenleme birbirleri ile uyum içerisindedir. AIHS m. 7/2'nin tek işlevi, düzenlemenin hazırlık çalışmalarından da anlaşılacağı üzere, Nürnberg yargılamalarının geçerliliğinin AIHS m. 7/1'den etkilenmeyeceği hususunu tartışmaya mahal vermeyecek şekilde ortaya koymaktır.¹³⁵

Mahkeme'nin günümüzdeki tutumu, *Kononov* davasında esas aldığı görüştür. Mahkeme daha sonraki içtihatlarında da da bu görüşü devam ettirmiştir.¹³⁶

¹²⁹ Kononov V. Latvia, Grand Chamber, para: 221.

¹³⁰ Kononov V. Latvia, Grand Chamber, para: 230.

¹³¹ Kononov V. Latvia, Grand Chamber, para: 230.

¹³² Kononov V. Latvia, Grand Chamber, para: 230.

¹³³ Kononov V. Latvia, Grand Chamber, para: 231-233.

¹³⁴ Kononov V. Latvia, Grand Chamber, para: 238.

¹³⁵ Kononov V. Latvia, Grand Chamber, para: 186.

¹³⁶ Bkz. Abduladhim Maktouf/Goran Damjanović V. Bosnia and Herzegovina, Applications No: 2312/08; 34179/08, T. 18.07.2013, para: 72. (Hudoc); Vasiliauskas V. Lithuania, Applicatio No: 35343/05, T. 20.10.2015, para: 188. (Hudoc). Vasiliauskas V. Litvanya davası hakkında değerlendirme için bkz. Hande Seher Demir, “AIHS m. 7/2'de Belirtilen ‘Uygar Uluslar Tarafından Tanınan Hukukun Temel İlkeleri’ İfadesine AIHM'nin İçtihadî Yaklaşımı”, 19. Uluslararası Bilimsel Araştırmalar Kongresi, UBAK, Ankara, 16-17 Mart 2024, s. 193 vd.

2. AİHS m. 7/2'nin AİHS m. 7/1'den Bağımsız Olduğunu İleri Süren Görüş

Bu görüşe göre, AİHS m. 7/2, AİHS m. 7/1'e istisna getirmektedir.¹³⁷ Biz de bu görüşe katılıyoruz. Yukarıda detaylı olarak üzerinde durduğumuz üzere AİHS'nin 7. maddesinin formülasyonuna ilişkin çalışmalarda da "uluslararası hukuk" kavramının hukukun genel ilkelerini kapsadığı bu yüzden ikinci bir fıkraya ihtiyaç olmadığı itirazında bulunulmuş ancak bu itiraz yerinde görülmediği için maddeye ikinci fıkra eklenmiştir; demek ki Sözleşme'yi hazırlayan irade, ikinci fıkra ile birinci fıkraya istisna getirmek istemiştir.¹³⁸ Kaldı ki uluslararası sözleşmelerin hazırlık çalışmaları, Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 42. maddesine göre, maddenin lafzı yeterince açık değilse bir yorum aracı olarak nazara alınmaktadır; AİHS m. 7/2'nin lafzından geçmişe yürüme yasağına istisna getirildiği ve düzenlemenin İkinci Dünya Savaşı sırasında işlenen fiillere ilişkin yargılamalarla sınırlı olmadığı anlaşılmaktadır.^{139,140} AİHM, *Kolk ve Kislyiy* başvurusunda¹⁴¹ bu yaklaşımı esas almıştır.

Kolk ve Kislyiy başvurusuna konu maddi vakıa; *August Kolk ve Petr Kislyiy* isimli şahısların, 1949 yılında Sovyet Rusya'nın kontrolü altında olan Estonya'dan sivillerin Rusya'nın uzak bölgelerine zorla götürülmesi fiiline iştirak etmeleridir. Sanıklar, bu fiil dolayısıyla 10.10.2003 tarihinde Estonya'da yargılanmış ve insanlığa karşı suç işledikleri gerekçesiyle mahkum edilmişlerdir. Sanıkların avukatı, fiilin gerçekleştiği tarihte Estonya'da 1946 tarihli Rusya Sovyet Federatif Sosyalist Cumhuriyeti Ceza Kanunu'nun uygulandığını, bu kanunda *insanlığa karşı suçlara* yer verilmediğini, *insanlığa karşı suçların* 1992 tarihli Estonya Ceza Kanunu'na 1994 yılında eklendiğini, dolayısıyla yargılamanın suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olduğunu, ayrıca insanların zorla bir yerden bir yere götürülmesi şeklindeki fiilin 1949 yılında insanlığa karşı suç olarak kabul edilip edilmediği hususu ile bu suçun maddi unsurlarının oluştuğu varsayılsa

¹³⁷ Pausco, s. 111; Grabenwarter, s. 177; Edwin Bleichrodt, "Freedom from Retrospective Effect of Penal Legislation" in *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, ed. Pieter van Dijk at all, 4th Edition, Intersentia, Cambridge, 2006, s. 660.

¹³⁸ Pausco, s. 111; Mariniello, s. 227.

¹³⁹ Pausco, s. 116; Mariniello, s. 230.

¹⁴⁰ Bu görüşü kabul eden yazarların bir kısmı meseleyi *hukuki pozitivizm* ve *doğal hukuk* tartışması ekseninde ele almaktadır. Pausco, s. 117 vd.; Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5th edition, Clarendon Press, Oxford, 1998, s. 18.

Kanaatimizce, *Ellis*'in de ifade ettiği üzere, "medeni uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkeleri" kavramı iki yöne çekilmeye de müsaittir. Hukukun genel ilkeleri, ülkelerin iç hukuklarında yer bulan ilkelerin kesişimi olduğu için hukuki pozitivizmle uyumludur. Öte yandan doğal hukuku savunan yazarlar açısından da dayanak noktası teşkil etmektedir; zira söz konusu yazarlara göre evrensel hukuk normları vardır ve hukukun genel ilkeleri evrensellik özelliği taşımaktadır. Jaye Ellis, *General Principles and Comparative Law*, Vol. 22, No. 4, 2011, *European Journal of International Law*, s. 970.

¹⁴¹ August Kolk/Petr Kislyiy V. Estonia, Applications No: 23052/04; 24018/04, T. 17.01.2006. (Hudoc)

dahi sanıkların fiillerinin insanlığa karşı suç teşkil ettiğini o tarihte bilmelerinin mümkün olup olmadığı hususunun ilk derece mahkemesince ele alınmadığını ileri sürerek Temyiz Mahkemesi'ne başvurmuştur. Temyiz Mahkemesi, uluslararası hukuku Estonya milli hukukunun ayrılamaz bir parçası olarak kabul eden Estonya Anayasası'nın 3. maddesine göndermede bulunarak; AİHS m. 7/2'ye göre işlendiği tarihte medeni uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkelerine aykırılık teşkil eden fiillerin cezalandırılmasının mümkün olduğunu, 1945 tarihli Nürnberg Şartı'nın 6. maddesinde sivillerin zorla bir ülkeden başka bir ülkeye götürülmesi fiilinin insanlığa karşı suç teşkil ettiğini, bu ilkenin Birleşmiş Milletler'in 11.12.1946 tarih 95 sayılı kararı ile teyit edildiğini, dolayısıyla olayın gerçekleştiği 1949 yılında sanıkların fiillerinin insanlığa karşı suça vücut verdiğini belirterek ilk derece mahkemesinin kararını yerinde görmüştür.

Bunun üzerine *Kolk ve Kislyiy*, 09.06.2004 Tarihinde AİHM'ye başvurmuşlardır. Başvurucular, AİHM'ye yaptıkları başvuruda ulusal yargı mercilerinde ileri sürdükleri savunmalarına ek olarak; AİHS m. 7/2'de yer verilen düzenlemenin kapsamının Nürnberg yargılamaları ile sınırlı olduğunu, Nürnberg yargılamalarına konu olabilecek fiillerin ise İkinci Dünya Savaşı'ndan önce ya da Savaş'ın devam ettiği dönemde işlenen fiillerle sınırlı olduğunu kendi fiillerinin savaştan sonraki barış döneminde olduğunu, dolayısıyla geçmişe etkili olarak gerçekleştirilen yargılamanın AİHS m. 7/1'e aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir. AİHM, 17.01.2006 tarihli kararında, 1939 yılından 1991 yılına kadar Estonya'nın bağımsız bir devlet olmadığını, Sovyet Rusya'nın hukuk kurallarını uygulamak zorunda kaldığını, Nürnberg yargılamalarını yapan *ad hoc* mahkemenin yetkisinin İkinci Dünya Savaşı sırasında ve öncesinde işlenmiş fiillerle sınırlı olsa da *Nürnberg Şartı*'nda yer verilen ilkelerin herhangi bir zaman dilimiyle sınırlı olmayan evrensel ilkeler olduğunu, bu ilkelerin Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 11.12. 1946 tarihli 95 sayılı kararında da yer aldığını, **AİHS m. 7/2'ye göre, AİHS m. 7/1'de yer verilen geçmişe yürüme yasağının medeni uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkelerine aykırılık teşkil eden fiilleri kapsamadığını**, Sovyetler Birliği'nin BM genel kurulunun 95 sayılı kararında ve Nürnberg Şartı'nda imzası olan devletlerden biri olduğunu, Sovyetler Birliği'nde görevli olan başvurucuların fiillerinin uluslararası hukuka göre suç teşkil ettiğini bilebilecek durumda olduğunu belirleterek başvuruyu yerinde görmemiştir.

Cassese'ye göre Mahkeme'nin *Kolk ve Kislyiy*'in mahkum edilmesinin AİHS'ye aykırı olmadığına karar vermesi doğrudur; ancak bu karar Rusya'nın Estonya'yı işgal etmesi fiilinin uluslararası bir suç teşkil ettiği gerekçesiyle temellendirilebilir; Mahkeme doğru sonuca yanlış gerekçelerle ulaşmıştır.¹⁴²

Cassese Mahkeme'nin kararı birçok yönden eleştirmektedir. *Cassese*'ye göre, Mahkeme'nin 1949 yılında *Kolk ve Kislyiy*'in gerçekleştirdiği fiili insanlığa karşı suç olarak nitelmesi yanlıştır; zira o tarihte Nürnberg Şartı'nda yer verilen ve insanlığa karşı suç olarak nitelenen fiiller, zaman

¹⁴² Cassese, s. 414.

olarak savaş dönemiyle sınırlıdır.¹⁴³ İnsanlığa karşı suçların bu bağlamından kopup günümüzdeki anlamını alması 1960'lı yıllarda olmuştur.¹⁴⁴

Cassese'nin bir diğer eleştirisi, kararın AIHS m. 7/2'ye dayandırılmasıdır. Yazara göre bu durum iki sebeple sorunludur. Birincisi, Mahkeme, kararında fiili insanlığa karşı suç olarak nitelemiş ve 1946 tarihli Nürnberg Şartı'na dayanmıştır. Nürnberg Şartı, uluslararası bir sözleşmedir. Yargılamaya konu fiil, 1949 yılında gerçekleşmiştir. 1946 tarihli Nürnberg Şartı'nda yer alan ilkeler, fiilin gerçekleştiği 1949 yılında uluslararası hukukun teamüllerine dönüşmüştür.¹⁴⁵ Uluslararası hukukta teamüller ve antlaşmalar, AIHS m. 7/1'deki "uluslararası hukuk" kavramının içeriğini oluşturmaktadır; dolayısıyla Mahkeme'nin AIHS m. 7/1'e atıfta bulunması gerekli ve yeterli iken AIHS m. 7/2'ye dayanması yerinde olmamıştır.¹⁴⁶ İkincisi, medeni uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkeleri, ulusların iç hukukuna gönderme yapmaktadır; ülkelerin çoğunluğunun iç hukukunda kabul gören ilkeler hukukun genel ilkeleridir; fiilin gerçekleştiği 1949 yılında birçok ülkenin iç hukukunda insanlığa karşı suçlara yer verilmediğinden bir genel ilkedен söz etmek yerinde değildir.¹⁴⁷

Son olarak *Cassese*'ye göre, başvuruçuların fiilin gerçekleştiği tarihte fiillerinin suç teşkil ettiğini bilmesi gerekliliğinin Mahkeme tarafından gerekçelendirilmesi de sorunludur.¹⁴⁸ *Mahkeme*'ye göre, Sovyetler Birliği'nin Nürnberg Şartı'ndaki ilkeleri onaylayan 1946 tarih 95 sayılı Birleşmiş Milletler kararında imzası vardır; başvuruçular Sovyetler Birliği adına çalışan kamu görevlileri oldukları için Nürnberg Şartı'nı bilmeleri gerekirdi.¹⁴⁹ *Cassese*'ye göre, Sovyetler Birliği'nin Birleşmiş Milletler kararında imzasının olması, Sovyetler Birliği'ndeki her kamu görevlisinin değil, olsa olsa yalnızca üst düzey Sovyetler Birliği görevlilerinin subjektif durumu hakkında bir ipucu olabilir.¹⁵⁰ *Cassese*'ye göre, Mahkeme'nin uyuşmazlığa konu fiilin insanlığa karşı suç oluşturduğu şeklindeki tespitini uluslararası hukukun ulusal hukuktan üstün olduğu prensibine dayandırması daha yerinde olurdu; zira Nürnberg Şartı m. 6/c'ye göre, "insanlığa karşı suçlar, bu suça vücut veren fiillerin işlendiği yerde suç olarak düzenlensin ya da düzenlenmesinin cezalandırılır".¹⁵¹

Cassese'ye katılmakla birlikte şu eklemeyi yapmayı yerinde görüyoruz: Başvuruçular, fiillerinin maddi yönünü; yani bir yerden bir yere insanları rıza hilafına götürdüklerini bilmekle birlikte fiili gerçekleştirdikleri tarihte

¹⁴³ Antonio Cassese, "Balancing the Prosecution of Crimes against Humanity and Non-Retroactivity of Criminal Law", Vol. 4, No. 2, 2006, Journal of International Criminal Justice, 410 vd.

¹⁴⁴ Cassese, s. 413.

¹⁴⁵ Cassese, s. 414.

¹⁴⁶ Cassese, s. 414-415.

¹⁴⁷ Cassese, s. 415-416.

¹⁴⁸ Cassese, s. 416.

¹⁴⁹ Cassese, s. 416.

¹⁵⁰ Cassese, s. 416.

¹⁵¹ Cassese, s. 416.

bir haksızlık gerçekleştirdiklerini bilmediklerini iddia etmişlerdir. Daha açık bir ifadeyle başvuranlar maddi gerçekliği bilmekte; hukuki gerçekliği ise bilmediklerini ileri sürmüşlerdir. Modern ceza hukukunda, kastın varlığı bakımından suçun maddi unsurlarını bilmek yeterlidir; fiilin ayrıca hukuki niteliğini bilmeme (hukuku bilmeme) bir yaklaşıma göre mazeret teşkil etmezken; diğer bir yaklaşıma göre ancak kaçınılmaz ise cezasızlık sonucunu doğurur.¹⁵² İkinci yaklaşım, kusur prensibi ile daha uyumludur; çünkü ilki objektif sorumluluğa yol açmaktadır. Mahkeme'nin "hukuku bilmeme" kavramından ve bu kavrama ilişkin tartışmalardan hareketle başvuranların subjektif durumu hakkında değerlendirme yapması, kanaatimizce, daha uygun olurdu.

SONUÇ

AİHS m. 7 ile milli hukukumuz arasında biri suç ve ceza içeren normların kaynağı, diğeri geçmişe yürüme yasağı konularında iki çelişki vardır. Milli hukukumuzla göre suç ve ceza içeren normların yegâne kaynağı, TBMM'nin bir yasama tasarrufu olan "kanun" iken AİHS m. 7'ye göre suç ve ceza içeren normların, "uluslararası hukuk" ve "medeni uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkeleri" şeklinde iki kaynağı daha vardır. Keza milli hukukumuzla göre aleyhe kanunun geçmişe yürümesi mümkün değilken AİHS m. 7/2'ye göre medeni uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkelerine aykırılık halinde aleyhe kanun geçmişe yürütülebilir.

Teorik olarak, AİHS m. 7'den hareketle, işlendiği tarihte Türk kanunlarına göre suç teşkil etmeyen bir fiilin uluslararası hukuka ya da medeni uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkelerine aykırı olduğu iddiası ile ceza davasının açılması mümkündür. Bu ihtimalde mahkeme AİHS m. 7'nin koşullarının gerçekleştiği kanaatinde ise ön sorun olarak milli hukukumuzla AİHS m. 7 arasındaki çatışmanın çözümlenmesi gerekir. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi ve bu ilkenin bir alt ilkesi olan aleyhe kanunun geçmişe yürümesi yasağı, hem Anayasa hem de 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda düzenlendiği için söz konusu çatışma, iki düzeydedir. Anayasa m. 90/5'e göre temel hak ve özgürlüklerle ilgili milletlerarası antlaşmalar ile kanunlar arasındaki çatışmada milletlerarası antlaşma hükümleri uygulanır. Bu düzenleme dolayısıyla AİHS m. 7 ile TCK arasındaki çatışmada koşulları oluşmuşsa AİHS m. 7'nin uygulanması gerekir. Doğrudan, Anayasa ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar arasındaki çatışmaları çözümlenmeye özgülünmüş bir düzenleme ise Anayasa'da yer almamaktadır. AİHS ile Anayasa çatışması konusunda Türk öğretisinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. Biz, bu çatışmada AİHS'nin tercih edilmesinin Türkiye Cumhuriyeti'nin egemenliği ve bağımsızlığı ile bağdaşmayacağını düşündüğümüz için Anayasa'nın AİHS'den hiyerarşik olarak üstün olduğu kanaatindeyiz. Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşımı da bu yöndedir.

¹⁵² Detaylı bilgi için bkz. Hans-Heinrich Jescheck, "The Doctrine of Mens Rea in German Criminal Law — Its Historical Background and Present State", Vol. 8, No.1, 1975, The Comparative and International Law Journal of Southern Africa, ss. 112-120.

Anayasa'nın AİHS'den üstün olduğu kabul edildiğinde bu kez de dava mahkemesinin önündeki uyuşmazlıkta doğrudan Anayasa'yı uygulayıp uygulayamayacağı sorunu ile karşılaşmaktadır. Bir görüşe göre bu mümkündür. Dava mahkemelerinin normların Anayasa'ya uygun olup olmadığını denetleme yetkisi olmadığı kabul edildiğinde ise (ki Anayasa m. 148'e göre bu yetki münhasıran Anayasa Mahkemesine aittir) bu mümkün değildir. Üstelik bu durumda Anayasa m. 90/5'e göre milletlerarası antlaşmalar hakkında somut norm denetimi yapılamadığından dava mahkemesinin AİHS m. 7'nin Anayasa'ya aykırılığını bekletici sorun yapması da mümkün değildir. Somut norm denetimi yapma yetkisi Anayasa Mahkemesi'ne ait olduğundan bu ihtimalde uyuşmazlığın Anayasa'ya göre çözümlenebilmesi ancak bireysel başvuru yolunda AİHS m. 7'nin ihmal edilmesi yoluyla mümkün olabilecektir. Bahse konu çözüm yollarından hangisi kabul edilirse edilsin en nihayetinde uyuşmazlık AİHM'ye götürülürse şüphesiz AİHM, uyuşmazlığı AİHS m. 7'ye göre çözümlenecektir. Bu ihtimalde AİHS m. 7'nin anlamı meselesi ile karşılaşılacaktır. Tartışmalar, AİHS m. 7'de yer verilen "uluslararası hukuk" ve "medeni uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkeleri" kavramlarının anlamı üzerinde yoğunlaşmaktadır.

"Uluslararası hukuk" kavramı, bir görüşe göre ulusal hukuk normlarına dönüştürülen uluslararası normları ifade etmektedir. Bizim de katıldığımız hâkim görüşe göre ise, "uluslararası hukuk" kavramının anlamı konusunda Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesini ölçü almak gerekir. Uluslararası Adalet Divanı Statüsü m. 38'e göre, uluslararası hukukun milletlerarası antlaşmalar, teamüller ve medeni uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkeleri şeklinde üç kaynağı vardır. Gerek AİHS m. 7/2, gerekse de Uluslararası Adalet Divanı Statüsü m. 38'de yer verilen "medeni uluslar" ifadesi, ulusların medeni olanlar ve olmayanlar şeklinde ikiye ayrıldığı intibası yaratsa da bu ifade, din, ahlak, örf ve adet gibi diğer sosyal normlardan ayrılabilen normlardan teşekkül eden bir hukuk sistemine sahip olan ulusları kapsamaktadır.

Anlaşılabileceği üzere, "medeni uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkeleri", Uluslararası Adalet Divanı Statüsü m. 38'e göre "uluslararası hukuk" kavramının kapsamında yer almaktadır. Bu durumda akla, neden AİHS m. 7/1'de "uluslararası hukuk"tan söz edilmişken AİHS m. 7/2'de "medeni uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkeleri"nden ayrıca söz edildiği sorusu gelmektedir. Bir görüşe göre AİHS m. 7/2'nin AİHS m. 7/1'den bağımsız bir anlamı yoktur. AİHS m. 7/2'ye Sözleşme'de yer verilmesinin nedeni, İkinci Dünya Savaşı'nda yargılananların AİHS m. 7/1'i dayanak göstererek yargılamaların meşruiyetini tartışmaya açmalarını engellemektir. AİHM, 2008 yılında *Kononov* davasını çözümlerken bu görüşü kabul etmiştir. Bizim de katıldığımız ve AİHM'nin 2006 yılında *Kolk* ve *Kislyiy* başvurularını değerlendirirken kabul ettiği görüşe göre ise AİHS m. 7/2, AİHS m. 7/1'e istisna getirmektedir. Zira, AİHS m.7/2'nin lafzında düzenlemenin İkinci Dünya Savaşı sırasında işlenen fiillere ilişkin yargılamalarla sınırlı olduğunu gösterir hiçbir ifadeye yer verilmemiştir.

KAYNAKÇA

- Akılhoğlu T, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz", C. 44, S. 3-4, 1989, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, ss. 153-174.
- Aksar Y, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I, 6. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021.
- Apaydın D T, "Monizm-Düalizm İkileminde Türk Hukuk Sistemi: Uluslararası Hukuka Bakış Üzerine Doktrinel Uzlaşmazlığın Nedenleri ve AB Hukuku Işığında Bir Değerlendirme", C. 9, S.1, 2018, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 529-560.
- Arslan Z, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler", C. 17, 2000, Anayasa Yargısı Dergisi, ss. 274-294.
- Ashworth A/Macdonald A/Emmerson B, Human Rights and Criminal Justice, Sweet-Maxwell, London, 2001.
- Bayraktar F, "İstanbul Sözleşmesinden Çekilme Sürecinin Düşündürdükleri: Türk Hukukunun Uluslararası Andlaşmalarla İmtihanı", Y. 14, S. 56, 2023, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, ss. 119-154.
- Bilgin A B, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukuktaki Yeri", C.22, S.1, 2016, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, ss. 81-129.
- Bleichrodt E, "Freedom from Retrospective Effect of Penal Legislation (Article 7)" in Theory and Practise of the European Convention on Human Rights, eds. Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn and Leo Zwaak, 4th Edition, Intersentia, Cambridge, 2006, ss. 651-662.
- Brownlie I, Principles of Public International Law, 5th Edition, Clarendon Press, Oxford, 1998.
- Cassese A, "Balancing the Prosecution of Crimes against Humanity and Non-Retroactivity of Criminal Law", Vol. 4, No. 2, 2006, Journal of International Criminal Justice, ss. 410-418.
- Çaşın M H, Modern Uluslararası Hukukun Temel Esasları, 1. Baskı, Yeditepe Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2019.
- Çağatay M, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Suç ve Cezada kanunilik İlkesi", C. 12, S.1, 2022, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, ss. 77-104.
- Degan V D, Sources of International Law, 1st Edition, Martinus Nijhoff, Hague, 1997.
- Demir H S, "AİHS m. 7/2'de Belirtilen 'Uygar Uluslar Tarafından Tanınan Hukukun Temel İlkeleri' İfadesine AİHM'nin İçtihadî Yaklaşımı", 19. Uluslararası Bilimsel Araştırmalar Kongresi, UBAK, Ankara, 16-17 Mart 2024, ss. 190-199.
- Durmuş D/ Erdem M R/ Önok M, Uluslararası Ceza Hukuku, 7. Baskı, Seçkin, Ankara, 2023.
- Dworkin R, Taking Rights Seriously, Harvard University Press, Cambridge MA, 1977.
- Edip Çelik, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulaması", Y. 9, S. 1-3, 1988, İdare Hukuku ve İlimler Dergisi (Prof. Lütfi Duran'a Armağan), ss. 47-56.
- Ellis J, "General Principles and Comparative Law", Vol. 22, No. 4, 2011, European Journal of International Law, ss. 949-971.

Eren A, “1982 Anayasası’nın 90. Maddesindeki 2004 Değişikliğinin Anlaşmaların Türk İç Hukukundaki Yerine Etkisi”, C. 8, S. 3-4, 2004, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 47-77.

Fendoğlu H T, “Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında ‘Bağımsız Ölçü Norm’ veya ‘Destek Ölçü Norm’ Sorunu”, C. 17, 2000, Anayasa Yargısı Dergisi, ss. 363-384.

Fendoğlu H T, Anayasa Yargısı, Yetkin, Ankara, 2010.

Gençtürk Ü/Kolçak H, “Yapısal Sorunların Çözümünde Somut Norm Denetimi Yolunun İşlevsel Kılınması Üzerine Bir Değerlendirme”, C. 8, S. 2, 2023, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, ss. 493-521.

Gölcüklü F/Gözübüyük Ş, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 11. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.

Gözler K, Anayasa Hukukuna Giriş (Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku), 30. Baskı, Ekin Basım Yayım Dağıtım, Bursa, 2021.

Gözlügül S V, Avrupa İnsan Hakları Hukuku, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.

Grabenwarter C, The European Convention on Human Rights Commentary, 1st Edition, Beck/Hart, München, 2014.

Gülmez M, “Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri”, S. 54, 2004, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, ss. 147-161.

Harris D/ O’Boyle M/ Bates E P/ Buckley C M, Law of the European Convention on Human Rights, 2nd Edition, Oxford University Press, Oxford, 2009.

İba Ş, Anayasa Hukuku Genel Esaslar, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.

İnceoğlu S, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Türkiye ve Latin Modelleri, 1. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2017.

Jeschek H H, “The Doctrine of Mens Rea in German Criminal Law — Its Historical Background and Present State”, Vol. 8, No.1, 1975, The Comparative and International Law Journal of Southern Africa, ss. 112-120.

Kanadoğlu O K/Duygun A M, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, 2. Baskı, On iki levha, İstanbul, 2021.

Karagülmez A, “5170 Sayılı Yasa’yla Anayasa’nın 90. Maddesinde Yapılan Değişikliğe Bir Bakış”, S. 54, 2004, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, ss. 163-177.

Kelsen H, “Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?”, Vol. 1, No. 1, 1947, International Law Quarterly, ss. 153-171.

Kılınç B, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İnfazı, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2006.

Koca M/Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin, Ankara, 2023.

Mariniello T, “The ‘Nuremberg Clause’ and Beyond: Legality Principle and Sources of International Criminal Law in the European Court’s Jurisprudence”, Vol. 82, No.2, 2013, Nordic Journal of International Law, ss. 221–248.

Özbudun E, Türk Anayasa Hukuku, 16. Baskı, Yetkin, Ankara, 2015.

Paiusco S, Nullum Crimen Sine Lege, the European Convention on Human Rights and the Foreseeability of the Law, 1st Edition, Nomos, Baden-Baden, 2020.

Pazarıcı H, Uluslararası hukuk dersleri (1. Kitap), 15. Baskı, Turhan kitabevi, Ankara, 2021.

Pellet A, “Article 38”, in The Statute of the International Court of Justice, A Commentary, eds. Andreas Zimmermann, Christian Tomuschat, and Karin Oellers-Frahm, Oxford University Press, Oxford, 2006, ss. 677-792.

Renzikowski J, "Coming to Terms with One's Past: the Strasbourg Court's Recent Case-Law on Article 7 ECHR and Retroactive Criminal Liability", in *European Yearbook on Human Rights*, eds. Wolfgang Benedek, Florence Benoit-Rohmer, Wolfram Karl, Manfred Nowak, Intersentia, Cambridge, 2010, ss. 257-267.

Schabas W A, "Perverse Effects of the Nulla Poena Principle: National Practice and the Ad Hoc Tribunals", Vol. 11, No. 3, 2000, *European Journal of International Law*, ss. 521-539.

Schabas W A, *The European Convention on Human Rights- A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

Selçuk S, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Uygulaması", C. 25, S. 54, 1999, *Yargıtay Dergisi*, ss. 398-411.

Sur M, *Uluslararası Hukukun Esasları*, 15. Baskı, Beta, İstanbul, 2021.

Şahbaz İ, "Yargıtay ve Bireysel Başvuru Yolu", C. 4, S. 7, 2015, *Anayasa Hukuku Dergisi*, ss. 175-225.

Şirin T, *Türkiye'de Anayasa Şikâyeti*, 1. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2013.

Tanör B/Yüzbaşıoğlu N, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 17. Baskı, Beta, İstanbul, 2018.

Tezcan D/Erdem M R/ Sancakdar O, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2002.

Thirlway H, "The Sources of International Law", 2nd Edition, Oxford University Press, Oxford, 2019.

Tunç H, "Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye ile İlgili Örnek Karar İncelemesi", C. 17, 2000, *Anayasa Yargısı Dergisi*, ss. 174-193.

Turhan M, "Anayasa Hukukumuzda İhmal Sorunu", C. 26, S. 4, 1993, *Amme İdaresi Dergisi*, ss. 69-68.

Weyland I, "Idealism and Realism in Kelsen's Treatment of Norm Conflicts", in *Essays on Kelsen*, eds. Richard Tur and William Twining, Clarendon Press, Oxford, 1986, ss. 249-269.

Yee S, *Towards an International Law of Co-progressiveness (Part II)*, 1st Edition, Brill Nijhoff, Leiden, 2015.