

İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ KARARLARININ TÜRK HUKUKUNDA UYGULANMASI

Araş. Gör. Enver ARIKOĞLU*

Giriş

Milletlerarası bir andlaşma¹ ile kurulan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM)'nin verdiği kararların Türk hukukunda uygulanması konusunun özünde, devletlerin, milletlerarası andlaşmalardan doğan ve bu andlaşmalarla kurulan milletlerarası mahkemelerce verilen kararlar neticesinde ortaya çıkan yükümlülüklerini kendi iç hukuklarında ne şekilde ve ne ölçüde yerine getirmeleri gerektiği meselesi yatmaktadır. Bunun da belirlenebilmesi için öncelikle, söz konusu andlaşmanın bu konuda getirmiş olduğu düzenin incelenmesi gerekir. Ancak bu, bizi nihaî çözüme götüremez. Çünkü söz konusu andlaşmanın iç hukuktaki yeri ve değerinin belirlenmesi, meselenin asıl can alıcı noktasını oluşturmaktadır. Milletlerarası andlaşmaların millî hukuklardaki (konumuz bakımından Türk hukukunda kurallar kademesindeki) yerinin ne olduğu ve milletlerarası mahkeme kararlarının iç hukuklarda nasıl uygulanacağı sorunları esasen milletlerarası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkiler konusunun bir parçasıdır. Ancak milletlerarası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkiler sorununun iyi anlaşılıp çözümlenmesinden sonra İHAM kararlarının Türk pozitif hukukundaki yerinin değerlendirilmesi mümkün olabilecektir. Bu sebeple, çalışmamıza² öncelikle bu konuya

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı.

1 İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS), 4 Kasım 1950 tarihinde Roma'da imzaya açılmış ve onay belgelerinin yeterli sayıya ulaşması üzerine (İHAS md.66/2 yeni md. 59/2) 3 Eylül 1953'de yürürlüğe girmiştir. Sözleşme çeşitli zamanlarda imzalanan ek protokollerle geliştirilmiştir. Bugün Sözleşme'ye ve Sözleşme sisteminde önemli değişiklik getirerek, bireysel başvurular bakımından da Mahkemenin yetkisinin kabulünü zorunla hale getiren 11 No'lu Protokol'e 46 Avrupa Konseyi üyesinin tamamı da taraf olmuştur.

2 Bu çalışma büyük ölçüde, Prof. Dr. Sevin TOLUNER'in danışmanlığında hazırlamış olduğum yüksek lisans tezinden yararlanılarak hazırlanmıştır. Bu vesileyle, saygıdeğer Hocamıza, örnek bir akademisyen ve insan olarak yolumuza ışık tuttuğu için teşekkürü bir borç biliyor, bize ve çok sevdiği, hayatını adadığı Ülkesine en güzel mira-

değinererek başlamayı uygun bulduk. Daha sonra milletlerarası hukuk açısından İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) sisteminde, İHAM kararlarının niteliği ve uygulanması konusunda taraf devletler için öngörülen yükümlülüklerin neler olduğunu saptamaya çalıştık. Son bölümde ise, milletlerarası hukukla iç hukuk arasındaki ilişkiler sorunu açısından Türk pozitif hukukunu inceleyerek, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin Türk hukukunda kurallar kademesindeki yerini ve tüm bunlardan çıkan sonuçlara göre de İHAM kararlarının Türk pozitif hukukunda uygulanmasını ve etkisini değerlendirdik. Bu değerlendirmeleri yaparken hem teorik görüşleri, hem de uygulamayı (mahkeme kararlarını) dikkate alarak bir sonuca varmaya çalıştık. İncelememizi de mevcut olan hukuk sistemi (*de lege lata*) ile sınırlayıp, olması gereken hukuk (*de lege ferenda*) açısından konuyu değerlendirme dışında bırakmayı uygun bulduk.

I. Milletlerarası Hukuk İle İç Hukuk Arasındaki İlişkiler³

Milletlerarası hukukun en önemli (belki de anlaşılması en zor) konularından biri olan milletlerarası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkiler sorununun ilgili olduğu temel noktalar şöyle özetlenebilir: Milletlerarası hukuk kuralları, iç hukukta hiçbir işleme gerek olmaksızın, kendiliğinden iç hukuk kuralı halini alabilir mi? Bu kuralların, iç hukukta, kişiler ve mahkemeler bakımından doğrudan hukukî etkileri olabilir mi? Milletlerarası hukuk kurallarının iç hukukta uygulanmaları söz konusu olduğunda, bu kurallar ile bir iç hukuk kuralının çatışması halinde hangi kural öncelikli olarak uygulanacaktır?

A. Teorik Görüşler

Bu konu ilk zamanlarda teorik planda çözümlenmeye çalışılmış ve doktrinde temel olarak iki görüş üzerinde yoğunlaşmıştır: Düalizm ve Monizm. Bu teorileri değerlendirmek, bu çalışmanın kapsamını epeyce aştığı için bunlara kısaca değinmekle yetiniyoruz:

Düalizmi savunanlara göre, milletlerarası hukuk ve iç hukuk birbirinden ta-

sı olacak değerli çalışmalarına nicelerini eklemesi temennisiyle, uzun ve sağlıklı bir ömür diliyorum.

³ Milletlerarası hukuk ve iç hukuklar bakımından her zaman önemini koruyan (Türk Hukuku bakımından hala tam olarak çözüme kavuşturulamamış olan) bu konuda, Prof. Dr. Sevin TOLUNER'in "Milletlerarası Hukuk ile İç Hukuk arasındaki İlişkiler" adlı eseri, bugün dahi güncelliğini yitirmemiş, konunun etraflıca değerlendirilip, belli bir tez çerçevesine oturtulduğu, kapsamlı bir çalışma olarak akademik literatürümüze bu konuda yapılmış en büyük katkıdır.

mamen ayrı, bağımsız iki ayrı hukuk düzenidir⁴. Biri diğerinin üzerinde olarak değil, yakın ilişkileri olan iki ayrı daire görünümündedirler. Aynı ilişkileri düzenlemedikleri için bu iki hukuk sisteminin kaynakları arasında bir ayniyet, bir kurallar çatışması söz konusu olamaz. Bir düzene ait bir kuralın içeriğinin diğerinde geçerli kılınması isteniyorsa, bunun uygulanacak olan düzenin kural koyma usulüne göre yeniden oluşturulması⁵ veya iki hukuk düzeni arasında bir atıf veya iktibas ilişkisinin söz konusu olması gerekir⁶. Düalist görüşü savunan yazarlar, iki ayrı hukuk düzeni teorilerini, iç hukukla milletlerarası hukuk arasında varlığını varsaydıkları iki farklılığa dayandırarak açıklarlar: Milletlerarası hukukla iç hukuk, farklı sosyal ilişkileri düzenlemekte ve farklı kaynaklardan doğmaktadır⁷. Monist doktrine⁸ göre ise, milletlerarası hukuk ile iç hukuk tek bir hukukî yapının parçalarıdır⁹. Düalizme bir eleştiri olarak ortaya çıkan bu teoride, milletlerarası hukukla iç hukuk arasında kişiler ve kaynaklar bakımından ileri sürülen farklılıklar kabul edilmez.

Bu teorilerin her ikisi de eleştirilmiş ve meseleyi bütünüyle açıklayamadıkları ileri sürülmüştür. Örneğin: Bu teorik tartışmaları tamamıyla yapay ve gereksiz bulan *Fitzmaurice*'e göre¹⁰, eğer aynı kurallar, aynı ilişkiler ve tasarruflara uygulanabiliyorsa, ortak bir alan söz konusu olabilir. Monist görüşler de zaten, aynı zamanda ve aynı alanda muteber olan kuralların bir birlik arz etmesi zorunluluğundan söz ederler. Her iki düzene ait kuralların geçerli olabileceği bu anlamda ortak bir alan yoktur. Çünkü milletlerarası

4 Özellikle Alman ve İtalyan hukukçular tarafından savunulan bu görüşün önde gelen taraftarları, Triepel ve Anzilotti'dir (Charles Crozat, **Devletler Umumî Hukuku: Umumî Prensipler ve Tarihçe**, Cilt: I, Çeviren: Edip Çelik, İÜHF yayın no: 102, İstanbul, 1950, s. 75).

5 Sevin Toluner, **Milletlerarası Hukuk İle İç Hukuk Arasındaki İlişkiler**, İstanbul 1973, s. 23.

6 D. Anzilotti, **Devletler Hukuku**, çeviren: Sahir Erman, İstanbul Üniversitesi Yayını No: 303, İstanbul, 1946, s. 42-47.

7 Toluner, **op. cit.**, s. 20.

8 İki monist teorinin en büyük başarısı, düalist dogmanın kaynağını teşkil eden, bu tabulaştırılarak devlete giydirilen, hâkimiyet kavramına karşı durmalarından dolayıdır. Bunlardan birisi *Duguit*'nin realist teorisidir. Milletlerarası hukuk sorunlarının çözümünde, bu teori *Scelle* tarafından benimsenerek işlenmiştir. İkincisi, *Kelsen*'in normativist teorisidir. İkisinin birleştiği husus, hukuka, irade dışında bir kaynak ara-maları ve böylece üstün irade sahibi bir hükümî şahıs, daha özel olarak, hükümran bir devlet kavramının varlığını gereksiz kılmalarıdır (Toluner, **op. cit.**, s. 24-25).

9 R. Jennings, A. Watts (eds.), **Oppenheim's International Law**, 9. Edition, Vol. I, Part 1, Longman, 1992, s. 54.

10 G.G. Fitzmaurice, "The General Principles of International Law Considered from Standpoint of the Rule of Law", **Recueil des Cours**, Cilt: II, Yıl: 1957, s. 70-71.

hukuk, devletlerarası ilişkileri düzenler. Milletlerarası hukukun, devletin ülkesi üzerindeki yetkilerini sınırladığı veya ona ülkesi üzerinde gerçekleştirebilecek olan bazı yükümler yüklediği söylendiği zaman, bundan, bu kuralların o ülkede devletin yetkilerini sınırlamakta olduğu sonucu çıkarılmaz. Bundan sadece, bu kurallara aykırı olarak birtakım davranışların bulunması halinde, devletin, milletlerarası hukuk açısından hukuku ihlâl etmiş sayılacağı sonucu çıkar. Burada bir hukuk düzeninin diğerine üstün olması değil, bu düzenlerin, düzenledikleri ilişkiler alanında üstünlüğü, daha doğrusu, o alanda uygulanabilecek bir düzen oluşu anlaşılmalıdır. Burada bir kurallar çatışması değil, ayrı ilişkileri düzenleyen kuralların yüklediği vecibeler arasında bir çatışma söz konusudur.

Toluner'e göre, düalist görüş gücünü, milletlerarası toplumun bugün dahi değişmemiş bulunan teşkilâttan yoksun yapısından almıştır. Bu niteliği bir derece farkı biçimine sokmaya çalışan her teori, bu vakıanın gücüne karşı direnmek gibi elverişsiz bir durumda kalmıştır. Bununla beraber, bu ortamın özelliklerine rağmen, bir hukukun varlığını gerekli kılan sebepler, teorik açıdan ne biçimde açıklanmış olursa olsun, uygulamada, bir hukuk kuralının niteliği ile uyumlu olan sonuçların gerçekleştirilmesini sağlayabilmiştir. Bunun doğrulanması için, şu veya bu teorinin kalıplarına girme çabasına düşmeksizin, bu konuda yegâne kanıt olabilecek uygulamayı, bir önyargıdan uzak olarak değerlendirme yoluna gidilmesi yeterlidir. Bu açıdan bakıldığında, bu sorun üzerindeki tartışmalara yön vermiş olan düalist ve monist görüşlerin, ayrı ilkelere dayanmakla beraber aynı şeyi başka sözlerle söylemekten başka bir şey yapmamış oldukları ortaya çıkar¹¹. Milletlerarası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkileri tümüyle açıklamaya çalışan her teori, her zaman, bazı hususlarda güçsüz kalmıştır. Bunu bir nedeni konunun güçlüğü, hukuk ile vakıanın en çok yaklaştığı bir noktaya ilişkin bir sorun niteliğini taşıması, diğeri ise, bu konudaki tartışmaların, tartışmayı açan düalist görüşün kanıtlarının çürütülmesiyle yetinilebileceğine inanılmasıdır. Oysa düalizm-monizm tartışması, kaynağında sadece ilişkiler sorunu için açılmış olan bir tartışma olmayıp, devletin niteliği gibi daha genel bir sorunun yanı sıra ortaya çıkmıştır. Devlet genel teorisi içinde incelendiği için de uygulamada ortaya çıkan sorunları öngörerek bir çözüm getirmek amacını gütmeyiz¹². Bu teorik spekülasyondan çok uygulamayı, pozitif hukuku değerlendirme yoluna gitmek, bu sorunun pozitif hukukta ne yolda çözümlenmekte olduğu hususunu araştırarak buradan birtakım genel prensiplere varmak daha faydalı olacaktır¹³. Uygulamada düalist görüş, ne gerçek-

¹¹ Toluner, *op. cit.*, s. 401.

¹² *Ibid.*, s. 46.

¹³ *Ibid.*, s. 45, dipnot 105.

ten kabul edilmiş, ne de lâfzen kabul edildiği durumlarda ise bütün sonuçları ile birlikte kabul edilmiştir. Düalist görüş, bu noktada ileri sürdüğü çözümün uygulamada kabul edilmiş olması nedeniyle değil, milletlerarası hukuk kurallarının oluşumu, özellikle, andlaşmaların akdi ile bunların iç hukuklarda uygulanması safhalarını birbirinden ayırması nedeniyle hukukî düşünceye damgasını vurmuştur. Bunu, milletlerarası toplumun teşkilâttan yoksun görünümüne uygun bir varsayım olduğu için yadırganmayan, devletin iki ayrı hukukî kişiliği dogmasına başvurarak başarabilmiştir¹⁴. Ancak Düalist görüş, bu kuralların, coğrafi bakımdan uygulama alanı bulabilecekleri tek yer ile kural arasına bir set çekmekle kaderini parçalamıştır. Buna karşı çıkanlar, sadece bu seti kaldırmakla yetinmişler, bunun kalkmasıyla ortaya çıkan durumu değerlendirmeyi düşünmemişlerdir. Monist görüşler, milletlerarası hukukla iç hukuk arasında bir nitelik farkı bulunmadığını ileri sürmek için diğer uca gitmekten çekinmemişler, bir vakıayı görmezlikten gelmeye çalışmışlardır: Milletlerarası toplumun bir organı olarak devlet, sadece kuralların yaratılmasında değil, uygulanması ve değiştirilmesinde de bir organ niteliğini haizdir. Milletlerarası toplumun teşkilâttan yoksun yapısı, kuralların oluşumunda olduğu gibi, değiştirilmesinde de anarşik bir durumun ortaya çıkmasına yol açmıştır. Bu düzende, bütün toplum üyelerini, kararları ile bağlayacak merkezi organlar bulunmadığı sürece, her değişikliğin, başlangıçta hukukun ihlâli olarak belirmesi kaçınılmaz bir sonuçtur. Yeni kural çok kere, bu ihlâlin tanınması ile oluşur. Bu bakımdan milletlerarası hukuk kuralının her halde iç hukuka üstün olduğunu ileri sürmek, devleti, hukuku değiştirmek konusunda sahip olduğu tek vasıttan mahrum etmek anlamını taşır. Hukukun ihlâli, hukukun gelişimini sağlayan dinamik bir unsurdur. *Kelsen*, haksız fiilden muteber bir norm doğabileceğini belirtmekle, milletlerarası toplumun niteliğine uygun, gerçekçi bir çözüm getirmiştir¹⁵.

İç hukukun milletlerarası alanda uygulanması noktasında uygulamada öncelik meselesine gelince; milletlerarası hukukun, milletlerarası alanda iç hukuka üstünlüğü, bu düzenin, hukukî niteliğinin doğal bir sonucudur. Devletin, milletlerarası hukuk kurallarını ihlâl edecek nitelikteki eylem ve işlemleri, bir iç hukuk tasarrufu olarak ortaya çıktığında, milletlerarası yükümlülüklerden kurtulmak için bu iç hukuk tasarruflarına dayanamayaca-

¹⁴ *Ibid.*, s. 47.

¹⁵ *Ibid.*, s. 47-48. *Toluner*, bu söylediklerinden, iç hukuka üstünlük tanıyan monist bir görüşü savunmakta olduğu sonucunun çıkarılmaması gerektiğini belirterek; milletlerarası hukukun *milletlerarası alanda* üstünlüğünün pozitif hukuk açısından tartışılmaz olduğunu ve bu konuda bir tartışma açmanın bu hukukun sağlamış olduğu asgari düzenden de vazgeçmek anlamını taşıdığını belirtiyor (*ibid.*, s. 48).

ğı tartışılmaksızın kabul edilen bir ilkedir¹⁶. Fakat, devletin, bu kuralları ihlâl eden eylem ve işlemlerinden ötürü, bundan zarar gören diğer devletlere karşı sorumlu tutulacağı kabul edilmekle beraber, böyle bir ihlâlin tespiti halinde, bunun, ihlâle yol açan eylem ve işlemlerin iç hukuk alanındaki kaderi üzerindeki etkisi konusunda, aynı görüş birliği mevcut olmayıp, devletlerin kendi ülkesi üzerinde inhisarî bir icra yetkisini haiz olmaları ve devletlerin üstünde yetkili bir milletlerarası otorite-merkezi organın bulunmaması vakıası karşısında bir çözüm getirilmesi güçtür¹⁷.

Genel milletlerarası hukuk, kendisine aykırı olan iç hukuk normlarının ilgasını sağlayacak herhangi bir usul veya kural öngörmüş değildir¹⁸. Milletlerarası hukukun bugünkü görünümünde, milletlerarası hukuka aykırı işlemlerin iç hukuklardaki kaderi (veya bu işlemlerden doğan milletlerarası sorumluluğun iç hukuka yansımaları), ilgili iç hukukun ilişkiler konusunda kabul etmiş bulunduğu sisteme göre değişecektir. Bu yolda olabilecek her gelişmenin devletlerin iradesine dayanması gerekir ve bu sistem konusunda getirilecek olan düzenin, devletin kendi toplumunda, milletlerarası hukuka verilen önemi yansıtan siyasi bir esasa dayanacağı şüphesizdir¹⁹.

B. Milletlerarası Andlaşmaların İç Hukuklarda Uygulanması

Yukarıdaki teorik tartışmalarda bir sonuca varılamamasından da anlaşılacağı üzere, milletlerarası andlaşmaların iç hukukta uygulanmasına yönelik milletlerarası hukukta genel bir kuralın olmaması, bu konunun tamamen iç hukuk sistemlerinin kendi düzenlerine kaldığını göstermektedir. Bu sebeple bu konuda genel bir çözüme, ancak tüm devlet uygulamaları göz önüne alınarak varılabilir. Bu çalışmanın kapsamını aşan böyle bir incelemeyi yapmamız mümkün olmadığı için, burada sadece belli başlı bazı devletlerin iç hukuklarındaki düzenlemelerden kısaca bahsetmekle yetineceğiz.

¹⁶ Toluner, *op. cit.*, s. 440. Nitekim bu ilkenin açıkça ifadesini bulduğu yargı kararları mevcuttur. Bunlara örnek olarak şu kararlar gösterilebilir: *S.S. Wimbledon (PCIJ, Series A, no. I, s. 29)*, *Interpretation of the Convention Between Greece and Bulgaria Respecting Reciprocal Emigration (PCIJ, Series B, no. 17, s. 32)*, *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory (PCIJ, Series A/B, no. 44, s. 24)*. Bu ilkenin Andlaşmaların geçersizliği konusundaki uygulaması için bakınız: 1969 Tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 46. maddesi, Sözleşme metni için: 63 *AJIL* 1969, s. 875 veya *UNTS*, vol. 1155, s. 331; Türkçe metni için, Aslan GÜNDÜZ, *Milletlerarası Hukuk Temel Belgeler, Örnek Kararlar*, s. 181 vd.

¹⁷ Toluner, *op. cit.*, s. 442.

¹⁸ Kelsen, *Principles of International Law.*, New York, 1956, s. 423.

¹⁹ Toluner, *op. cit.*, s. 444.

Andlaşmaların iç hukukta uygulanması konusundaki İngiliz sisteminde, andlaşma akdetme yetkisinin, yürütmenin bir yetkisi olarak kabul edilmesi nedeniyle, mevcut olan iç hukukun değişmesi sonucunu doğuran andlaşma hükümlerinin uygulanması için bir yasama işleminin yapılması gereği üzerinde durulmuştur²⁰. İngiliz uygulamasında, kanun koyma yetkisi ile andlaşma akdetme yetkisi birbirinden tamamen ayrılmış olduğu için andlaşmaların uygulanması sorunu özel bir biçim almıştır. *Toluner*'e göre, İngiliz uygulamasının özelliği, andlaşmanın, milletlerarası alandaki kaderi ile iç hukuk alanındaki kaderini parçalamış olmasıdır. Bunun nedeni, düalist görüşün kanıtlarından doğmaz. Andlaşmaların akdinde Parlamento'ya söz hakkının tanınmamış olması vakıası dikkate alındığında, andlaşmaların iç hukukta uygulanması sorununun altında yatan gerçek nedenlerin, kural koymak konusundaki iç hukuklarda kabul edilen organlar arası yetki paylaşımı esasları olduğunu ortaya koyar²¹.

A.B.D. Anayasası²², andlaşmaların iç hukuktaki etkileri konusunda, bu sorunu bir hükümle düzenleme yoluna gitmiştir. Anayasa'nın VI. maddesinin 2. fıkrasına göre:

"Bu Anayasa, ve buna uygun olarak yapılacak Amerika Birleşik Devletleri Kanunları; ve Amerika Birleşik Devletleri Otoritesi altında yapılmış veya yapılacak olan bütün Andlaşmalar, Ülkenin üstün Hukuk Kuralları olacaktır; ve her (federe) Devletteki Hakimler, bir (federe) Devletin Anayasası veya Kanunlarında bunlara aykırı herhangi bir hususa rağmen, bunlarla bağlı olacaklardır."

Amerikan Anayasası'nın yukarıda zikrettiğimiz maddeleri, andlaşmaları ülkede geçerli hukuk kuralları olarak beyan ettiği için, mahkemeler, önlerine gelen meselelerde andlaşmalara başvurmak konusunda herhangi bir hukukî esas arama külfetine girmeden andlaşma hükümlerini uygulayabilmişler ve hatta bunu bir yüküm olarak anayasa uyarınca yüklenmişlerdir. Ancak, andlaşma yapma yetkisi açısından kanun koyucu organın sadece bir dalının yetkili oluşu, andlaşmalara iç hukukta kanunlar gibi geçerlilik tanıyan anayasa maddeleri karşısında, andlaşmaların yapılması konusundaki yetkilere bir sınırlama getirilmek için ileri sürülen Kongre yetkilerinin, andlaşmalar-

²⁰ Bakınız: *Attorney General for Canada v. Attorney General for Ontario* davası, AD, vol:8, 1935, no:17, s. 43.

²¹ *Toluner*, *op. cit.*, s. 464.

²² A.B.D. Anayasasının metni için bakınız: H. J. Grilliot, **Introduction to Law and the Legal System**, 3. bası, Houghton Mifflin Company, 1983, s. 641 vd. Ayrıca bakınız; A.B.D. Temsilciler Meclisi websitesi, <<http://www.house.gov/house/Constitution/Constitution.html>>, 15.06.2005 veya A.B.D. Kongre Kütüphanesi websitesi, <<http://www.loc.gov/law/guide/usconst.html>> , 15.06.2005.

rın iç hukukta uygulanması açısından da bir sınırlama getirdiği kabul edilerek, andlaşmalar açısından *kendiliğinden uygulanabilir olan / olmayan (self-executing treaties / non-self-executing treaties)* ayrımı yapılmıştır. Amerikan mahkemeleri, andlaşma metni ile pek de ilgili olmayan birçok nedenden dolayı andlaşma hükümlerini kendiliğinden uygulanamaz nitelikte bulmaktadır²³. Uygulamada öncelik sorunu konusunda A.B.D.'nde, andlaşmaların federe devletler hukukuna üstünlüğü konusunda mevcut anayasa hükmü ve mahkeme içtihatları açısından bir tereddüt bulunmamaktadır²⁴. Ancak, andlaşmaların Federal Anayasa ve kanunlarla birlikte ülkenin üstün hukuk kuralları olduğunu belirten Anayasa, bu kuralların birbirleri karşısındaki hiyerarşik ilişkileri noktasında bir açıklık getirmemektedir. Amerikan uygulamasında, Anayasa'nın IV. maddesinin gereği olarak, andlaşmaların Kongrenin çıkardığı bir kanuna eşit statüde olduğu kabul edilmektedir. Bunun sonucu olarak da eğer bir andlaşma ile bir kanun arasında bir çatışma olması durumunda sonraki işleme üstünlük tanınmaktadır²⁵. Tabi ki burada hatırlanması gereken önemli bir nokta, Amerikan uygulamasında bir andlaşmanın iç hukukta uygulanabilmesi için kendiliğinden uygulanabilir nitelikte olması gereğidir. Diğer önemli bir nokta da, Amerikan Anayasası'nda bahsedilen andlaşmaların Senatonun katılımı ile yapılan andlaşmalar olmasıdır. Bunlar dışındaki andlaşmalar ve diğer milletlerarası tasarrufların, yani Başkanın yetkilerine dayanarak yaptığı "*executive agreemeent*" ve Kongre-Başkan işbirliğiyle yapılan milletlerarası tasarrufların, iç hukukta uygulanmasına ilişkin Anayasa'da bir hüküm olmadığı için bunlarla kanunlar arasındaki ilişkide daha farklı bir değerlendirme yapılmıştır. Kongrenin yetkilerine giren bir konuda, Kongrenin bir düzen getirdiği konularda, Başkanın kendi yetkilerine dayanarak yaptığı andlaşmaların iç hukukta geçerlilik kazanamayacağı konusunda kuvvetli bir eğilim vardır²⁶.

Amerikan uygulamasında, Kongrenin sonraki bir kanunla andlaşmaların iç hukukta uygulanmasını engelleyebilmesi hususunun, Amerika'nın milletlerarası yükümlülüğünü yerine getirememesine neden olmaması için bir yorum kuralı geliştirilmiştir. Buna göre, bir kanun ile andlaşma çatıştığında, mahkemeler, her ikisinin de birlikte uygulanmasını sağlayacak bir yorumu kabul ederler. Eğer bu şekilde birbirleriyle bağdaştırılamıyorsa, sonraki ta-

²³ Thomas Buergenthal, "*Self-Executing and Non-Self-Executing Treaties in National and International Law*", *Recueil des Cours*, 1992, IV, s. 370.

²⁴ Toluner, *op. cit.*, s. 476.

²⁴ Louis Henkin, "*International Law as Law in the United States*", *Michigan Law Review*, Vol. 82, 1984, s. 1564; George Slyz, "*International Law in National Courts*", *International Law Decisions in National Courts*, Edited by. Thomas M. Franck Gregory H. Fox, Transnational Publishers, 1996, s. 85.

²⁶ Toluner, *op. cit.*, s. 484.

sarruf uygulanır. Açıkça belirtilmedikçe, Kongrenin bir andlaşma hükmünün yürürlüğünü durdurmak amacını taşıdığı varsayılmaz²⁷. Amerikan Anayasası ve andlaşma hükümleri arasındaki ilişki çok açık değildir²⁸. Ancak, Anayasa'nın kişi hak ve özgürlüklerini düzenleyen hükümlerinin andlaşmalar yoluyla ihlâl edilemeyeceği hususu, 1957 tarihli *Reid v. Covert* davasıyla yerleşmiştir²⁹. Bu karar uyarınca doktrinde yaygın olarak kabul edilen husus, Anayasa ile çatışan andlaşmaların, milletlerarası alanda bağlayıcı olsalar da, iç hukukta uygulanamayacakları³⁰, yani Anayasa'nın andlaşmalara üstün olduğudur³¹.

Alman uygulamasında, andlaşma hükümlerinin iç hukukta uygulanabilmeleri için, bunları iç hukuk kurallarına çeviren bir iç hukuk işleminin gerekli olduğu kazaî içtihat tarafından benimsenmiştir³². Bu uygulamada, uygun bulma kanunu, biri andlaşma akdetme yetkisini veren bir işlem diğeri de andlaşma hükmünün niteliğini değiştirerek iç hukukta yürürlüğünü sağlayan bir transformasyon işlemi olarak, iki hukukî karakteri olan bir tasarruf şeklinde değerlendirilmiştir³³. Fakat Alman uygulamasında düalist görüşün tüm sonuçlarıyla benimsenmemiş olduğunu gösteren örnekler mevcuttur. Bazı andlaşmaların, andlaşmaların akdi usulü gereği olarak resmi gazetede ilân edilmemesine rağmen, iç hukukta muteber olup veya iç hukuka aktarılmış bir andlaşma hükmünde bulunan bir atıf gereği olarak muhtevası önceden bilinmeyen sonraki bir andlaşmanın (Almanya taraf olmasa bile) ilân dahi edilmeksizin özel kişilerin hakları üzerinde etkili olabileceğini kabul eden kararlar bulunmaktadır³⁴. Yine Alman uygulamasında düalist görüşün tamamıyla benimsenmemiş olduğunu gösteren bir diğeri örnek, andlaşmaların iç hukukta yürürlük kazanmasının tarihi konusunda kabul edilen çözümdür. Bu konuda iç hukuk işlemi haline gelmesi için bir transformasyon işleminin gereği kabul edilmiş olmasına rağmen yürürlük tarihi olarak bu iç hukuk işleminin tarihi değil, andlaşmanın milletlerarası alanda yürürlük kazandığı tarih esas alınmıştır³⁵. Yine aynı şekilde andlaşmaların sona er-

²⁷ Slyz, *op. cit.*, s. 85-86; Toluner, *op. cit.*, s. 486.

²⁸ Slyz, *op. cit.*, s. 86.

²⁹ Toluner, *op. cit.*, s. 493-494.

³⁰ Henkin, *op. cit.*, s. 1563.

³¹ Stefan A. Riesenfeld, Frederick M. Abbott; "The Scope of U.S. Senate Control over the Conclusion and Operation of Treaties", *Chicago-Kent Law Review*, Vol.67, 1991, s. 578.

³² Toluner, *op. cit.*, s. 497-498.

³³ Slyz, *op. cit.*, 83, Toluner, *op. cit.*, s. 500.

³⁴ Bakınız: Toluner, *op. cit.*, s. 501-502-503.

³⁵ *Ibid.*, s. 504-505.

mesi ve yorumu konusunda iç hukuka değil milletlerarası alandaki ilkelere başvurulması da düalizmin gereklerine uygun değildir³⁶.

Alman uygulamasında düalizmin benimsenmesine ve kanun koyucu organın yetkilerine giren konularda bir düzen getiren andlaşmaların akdedilmesi aşamasında da yine bu organın yetkilendirilmiş olmasına rağmen, uygulamada bir andlaşma hükmünün kendiliğinden uygulanabilir olup olmadığı yine tartışma konusu olmuş, bir kanunla uygun bulunmakla iç hukuk haline geldiği kabul edilen bir andlaşmaya dayanarak kişilerin hak iddia edebilmeleri için, ilgili hükmün başka bir tasarrufun yapılmasına gerek kalmaksızın kendiliğinden uygulanabilme niteliğini haiz olması aranmıştır³⁷. Örneğin, Alman Federal Yüksek Mahkemesi 1956 yılında verdiği bir kararda İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 8. maddesinin bu niteliği haiz olduğunu kabul etmiştir³⁸. Aksi yönde bir örnek olarak da, GATT andlaşmasının kendiliğinden uygulanır nitelikte olmadığına hükmeden kararlar gösterilebilir³⁹.

Federal kanunlarla andlaşmalar arasındaki öncelik sorunu konusunda ise, düalist görüşü benimseyen bir uygulama olduğu için bu görüşün doğal sonucu olarak sonraki tarihli işleme üstünlük tanınması yani *lex posterior derogat legi priori* prensibi başka bir gerekçeye lüzum kalmaksızın uygulanmıştır⁴⁰. Ancak andlaşmadan doğan hukuk kurallarının bazı yönlerden iç hukuk kurallarına tam olarak benzetilememesi (örneğin andlaşmaların milletlerarası alandaki kaderlerini takip etmeleri ve sona erme şekillerinin milletlerarası kurallarla belirli olması) nedeniyle bu yorum kuralı başka birtakım yorum kurallarıyla yumuşatılmaya çalışılmıştır. Örneğin, andlaşmayla kanun arasında bir çatışma durumunda, kanun koyucunun andlaşmayı ihlâl etmek niyetiyle hareket edip bu kanunu çıkardığı, yanlışlığa mahal vermeyecek şekilde ispatlanmadıkça, böyle bir niyetin bulunduğu varsayılmayacağı⁴¹ ve sonraki işlemin andlaşmayla çatışmayacak şekilde yorumlanması gibi⁴².

³⁶ Bu örnekler için bakınız: *Ibid.*, s. 505-506-507.

³⁷ *Ibid.*, s. 509-510.

³⁸ Karar için bakınız: *ILR*, vol. 23, 1956, s. 393.

³⁹ Bunlar için bakınız: Buergenthal, *op. cit.*, s. 385-386.

⁴⁰ Toluner, *op. cit.*, s. 514-515. Yakın zamanda Alman Federal Anayasa Mahkemesi, İHAS'ni (dolayısıyla milletlerarası andlaşmaları) federal yasalarla eş düzeyde saymıştır: Federal Anayasa Mahkemesi Kararı, 2 *BvR* 1481/04, 14.10.2004, kararın ingilizce çevirisi için bakınız: <http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20041014_2bvr148104e.html>. Bu kararın yorumu için bakınız: Matthias Hartwig, "Much Ado About Human Rights: The Federal Constitutional Court Confronts the European Court of Human Rights", *German Law Journal*, vol. 6, no. 5, 2005, s. 869-894.

⁴¹ Toluner, *op. cit.*, s. 515.

⁴² Slyz, *op. cit.*, s. 87.

Kısaca ifade edilirse, Anayasa'nın 59/2 hükmü gereği olarak, andlaşmalar federal kanunlarla eşit seviyede kabul edilmektedir. Bunun sonucu olarak da (federal hukukun üstünlüğü kuralı gereği) andlaşmalar federe devlet hukukuna üstün olacaktır (elbette ki federe devletlerin yetkisine giren konularda yapılan andlaşmalarla ilgili tartışmalar saklı kalmak üzere). Bununla birlikte, federal yasa koyucunun bazı önemli alanlara ilişkin (örneğin, vergi, yabancıların durumu, sınırdışı etme gibi) andlaşmalara sonraki tasarruflar karşısında üstünlük tanınması söz konusu olabilmektedir⁴³.

Hollanda anayasa düzeninde 1953 Değişikliğine kadar, milletlerarası andlaşmaların iç hukukta uygulanması sorununu düzenleyen herhangi bir hüküm yer almamış olmasına rağmen, mahkemeler, kendilerine sunulan uyuşmazlıklarda, bir andlaşmaya başvurulması gerekli olduğunda, bu andlaşmayı uygulama konusunda tereddüt duymamışlardır⁴⁴. Mahkemeler bu konudaki yetkilerinin kaynağını, Anayasa'nın andlaşmaların akdini düzenleyen hükümlerinde bulmuşlar, andlaşmaların akdini düzenleyen anayasa hükümlerini kanun koyma usulüne paralel bir kaide koyma usulü olarak değerlendirmişlerdir⁴⁵. Bu sebeple andlaşmaların iç hukuk alanında bağlayıcı nitelikte hukuk kuralları olduğunu belirten 1953 Değişikliği anayasa uygulamasına bir yenilik getirmemiştir. Ancak bu hükümlere rağmen yine de bir düalizm-monizm tartışması tamamen ortadan kalkmış değildir⁴⁶.

Uygulamada öncelik sorunu konusunda Hollanda uygulamasında, 1953 Değişikliğinden önceki uygulama soruna tam olarak bir çözüm getirmemiş, çatışma durumunda milletlerarası hukuka üstünlük tanınmasında çekingen davranmıştır. Buna rağmen, yine de çatışma durumunda çatışmayı önleyici yorum kurallarına başvurmuştur⁴⁷. 1953 ve 1956 Anayasa Değişiklikleri ile getirilen düzende, andlaşmaların kişiler açısından bağlayıcı olabilmesi için ilân edilmiş olma şartı getirilmiş (Anayasa md. 65) ve andlaşmaların iç hukuk tasarruflarına üstün olacakları kabul edilmiştir (Anayasa md. 66)⁴⁸. Mukayeseli hukuk açısından önem arz eden husus ise, her iki mecliste de 2/3 çoğunlukla uygun bulunarak kabul edilen andlaşmaların anayasaya ayırık hükümler getirebileceğinin kabul edilmiş olunmasıdır (Anayasa md. 63). Bu hüküm, Anayasa'nın, mahkemelerin andlaşmanın anayasaya uygunluğunu denetleyemeyeceklerini belirten hükmüyle birlikte değerlendirilince, andlaşmaların bu

⁴³ **Loc. cit.**

⁴⁴ Toluner, **op. cit.**, s. 520.

⁴⁵ **Ibid.**, s. 521.

⁴⁶ **Loc. cit.**

⁴⁷ Toluner, **op. cit.**, s. 536-537-538.

⁴⁸ Bakınız: Panhuys, "The Netherlands Constitution and International Law", **AJIL**, Vol. 58, 1964, s. 108.

usule uyulmadan akdedilmesi durumunu denetleme yetkisini mahkemelere tanımamıştır⁴⁹. 17 Şubat 1983 tarihinde yürürlüğe giren son anayasa değişikliklerine bakılınca; Hükûmetin milletlerarası hukuk düzeninin gelişimini destekleyeceği (90. madde), anayasayla çatışan herhangi bir hüküm içeren andlaşmaların, Parlamentonun 2/3 olumlu oyuyla kabulünün gerekli olduğu (91/3) ve mahkemelerin, kanunların ve andlaşmaların anayasaya aykırılığını denetleyemeyeceği (120. madde), herhangi bir andlaşma hükmünün veya bir milletlerarası teşkilâtın aldığı kararın kişiler için bağlayıcı olabilmesi için yayınlanmasının şart olduğu (93. madde) ve yayınlanma usulünün Parlamento tarafından belirleneceği (95. madde), andlaşma veya milletlerarası teşkilât kararları ile çatışan iç hukuk hükümlerinin uygulanmayacağı (94. madde) şeklinde 1953 ile getirilen düzeni devam ettiren hükümler mevcuttur⁵⁰.

Fransız hukukuna bakıldığında, 1946 Anayasası'na kadar andlaşmaların iç hukukta uygulanmalarına dair açık bir hükme rastlanmamasına ve önceki anayasa düzenlerinde sadece andlaşmaların akdi konusunda organlar arası yetki paylaşımının düzenlenmesi ile yetinilmiş bulunmasına rağmen, mahkemeler, o dönemde de diğer devlet uygulamalarında da geçerli öngörülen bazı prensipler uyarınca, bu tasarrufları (andlaşmaları) değerlendirmek yetkisini kendilerinde bulmuşlardır⁵¹. Bu prensiplere örnek olarak, andlaşmaların iç hukukta icraî nitelik kazanması için neşredilmesi gereği⁵², kanunlarda değişiklik getiren ve parlamentoya sunulmaksızın akdedilen andlaşmalara iç hukukta geçerlilik tanınmaması⁵³ gösterilebilir. 1946 Anayasası'nın benimsediği sisteme, 1958 Anayasası 55. maddeyle değişiklik getirmiştir. Bu madde hükmü uyarınca, yalnız onaylanmış olan andlaşmalar değil, onaylanmış veya uygun bulunmuş, andlaşma veya anlaşmalar kanunlara üstün olan bir hukukî değeri haiz olacak, ancak bu diğer akit devletlerce uygulanma (yani mütekabiliyet) şartı ile sınırlı olacaktır⁵⁴.

Uygulamada öncelik konusunda Fransız uygulamasında, kanunlar ile and-

⁴⁹ Panhuys, "The Netherlands Constitution and International Law", *AJIL*, vol. 47, 1953, s. 551.

⁵⁰ 1983 tarihli Anayasa metni için bakınız: <http://www.minbzk.nl/uk/constitution_and/publications/the_constitution_of> veya <<http://confinder.richmond.edu/>>, 15.06.2005. (2002 tarihli değişiklik söz konusu hükümlerde bir farklılık getirmemektedir).

⁵¹ Toluner, *op. cit.*, s. 546-547.

⁵² Bakınız: *Ibid.*, s. 547 vd.

⁵³ *Ibid.*, s. 550 vd.

⁵⁴ 55 inci madde hükmü şöyledir: "Usulüne uygun olarak onaylanan veya uygun bulunan andlaşma veya anlaşmalar, her bir andlaşma veya anlaşmanın diğer akit devletlerce uygulanması şartına bağlı olarak, ilânlarından itibaren, Parlamentonun işlemlerine üstün olacaklardır" (Anayasanın İngilizce metni için bakınız: The French National Assembly Website, <<http://www.assemblee-nationale.fr/english/8ab.asp>>, 15.06.2005).

laşmalar açısından açık bir anayasa hükmü mevcuttur⁵⁵. Bu hükme göre; usulüne uygun olarak onaylanan veya uygun bulunan andlaşma veya anlaşmalar, diğer akit devletlerce uygulanmaları şartına bağlı olarak, kanunlara üstün bir kuvveti haizdirler. Andlaşmaların anayasa karşısındaki durumuna gelince, bu konuda da Fransız Anayasası'nda açık bir hüküm mevcuttur ve anayasaya aykırılığı konusunda, daha andlaşmanın milletlerarası alanda akdinden önce bir sınırlama getirilmiştir:

“Anayasa Konseyi, Cumhurbaşkanı, Başbakan, Meclislerden biri veya diğerinin Başkanı veya altmış milletvekili ya da senatör tarafından kendisine başvurulduğunda, bir milletlerarası taahhüdün (international commitment) anayasaya aykırı bir hüküm ihtiva ettiğine karar verirse, bu taahhüdün onaylanması veya uygun bulunması yetkisi, ancak, Anayasanın değişikliğinden sonra verilebilir”⁵⁶

C. Milletlerarası Mahkeme Kararlarının İç Hukukta Uygulanması

Milletlerarası hukukta, milletlerarası mahkemelere zorunlu yargı yetkisinin tanınmamış olması, bu hukuk düzeninin zaafi olarak ileri sürülebilir. Milletlerarası mahkemelerin yargı yetkilerinin devletlerce tanınmış olduğu durumlarda bile, bu yetkinin mahkeme kararlarının icrası için de geçerli olup olmadığı sorunu bir yana, bu kararların uygulanmasını sağlayacak mekanizmaların yetersizliği (hatta bulunmayışı) yargılama sonucu elde edilmek istenen sonucu çoğu defa etkileyebilmektedir. Devletlerin karşılıklı rızaları ile milletlerarası mahkemelere her türlü hukukî uyumsuzluğu havale edebilme imkânları, yargılama sonrasında taraflardan birinin mahkeme kararını yerine getirmede isteksiz davranması durumunda pratik önemini kaybetmektedir⁵⁷. Milletlerarası yargı kararlarının uygulanması hususundaki bu eksiklik, uygulamanın millî organlar, özellikle millî mahkemeler vasıtasıyla gerçekleştirilme teşebbüslerine yol açmıştır⁵⁸.

Milletlerarası mahkeme kararları, milletlerarası hukukun kişileri olarak devletleri, kural olarak, bağlayıcı niteliktedirler. Bununla beraber, bu kararlar, millî mahkemelere veya devletin diğer organlarına, kararların iç hukuk düzenlerinde yerine getirilmesine dair (doğrudan/kendiliğinden) bir borç ya-

⁵⁵ 1958 Anayasasının 55. maddesi, *supra*, dipnot 54.

⁵⁶ 1958 Anayasasının 54. maddesi, *supra*, dipnot 54.

⁵⁷ Rauf Versan, *“Milletlerarası Mahkeme Kararlarının Millî Mahkemeler Tarafından Uygulanması”*, Mahmut R. Belik'e Armağan, İstanbul, 1993, s. 461-462.

⁵⁸ *Ibid.*, s. 462.

ratmamaktadırlar⁵⁹. Bu sebeple bağlayıcılık devletler bakımından ancak milletlerarası düzeyde hüküm ifade eder. Devletler iç yetki alanlarını milletlerarası mahkeme kararlarına açmak yükümünde değildirler⁶⁰. Fakat şüphe yok ki, devletin organları, yetkilerinin sınırları çerçevesinde devletin kendisini bağlayan milletlerarası mahkeme kararına uymasını da sağlamaya çalışmalıdır. Yani, -mahkemeler dâhil- millî organlarla, devletin milletlerarası hukuktan doğan -milletlerarası mahkeme kararlarının gereklerini de içeren- görevleri arasındaki uyumsuzlukları engellemek iç hukuklara kalmıştır⁶¹. Eğer milletlerarası mahkeme kararlarının uygulanması millî organlar tarafından herhangi bir eylem veya işlemin yapılmasını gerektiriyorsa, bu durumda devlet, milletlerarası hukuka göre bunların yapılmasını temin etmekle yükümlüdür⁶². Yani bu kararların doğrudan bir etkileri olmayıp, icraları devletin yetkisinde, daha doğru ifadeyle yükümlülüğündedir. Ancak devletin bu yükümlülüğünü ne şekilde yerine getireceği onun iradesine bırakılmış olup, bu yükümlülüğün ihlâli halinde devletin milletlerarası alanda hukukî sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bununla beraber, bu ilkenin istisnaları da bulunabilir. Bunların başlıcası, iç hukukun milletlerarası yargı kararlarına doğrudan uygulanabilirlik vasfını tanınmasıdır. Bir diğer istisna, bu vasfın andlaşma ile tanınmış olmasıdır. Bir milletlerarası yargı organının kurucu andlaşmasında bu organ kararlarının iç hukukta doğrudan etki meydana getirmesine ilişkin hükümlerin bulunması halinde bu hükümlerde öngörülen icra prosedürü andlaşmaya taraf devletler bakımından bağlayıcı olacaktır⁶³ (Elbette ki o devletin iç hukukunda andlaşmaların doğrudan uygulanabilir olması şartına bağlı olarak).

Milletlerarası mahkeme kararları, millî mahkemelerin verdiği kararlar gibi, hüküm fıkralarının gayelerine göre analiz edilip sınıflandırılabilir: Yeni bir hukukî durum yaratan, belirli bir edimin ifasını gerektiren, beyan edici nitelikte olan veya talebin reddini öngören kararlar⁶⁴. Milletlerarası mahkemelere havale edilmiş olan uyuşmazlıkların hepsi, uygulanmayı gerektirecek nitelikte değildir. Bu gibi uyuşmazlıklarda mahkemenin görevi, hukukî durumun açıklığa kavuşturulması (tespiti) ile sona ermiş olur. Milletlerara-

⁵⁹ Herman Mosler, "Supra-National Judicial Decisions and National Courts", **Hasting International and Comparative Law Review**, Vol. 4, No. 3, 1981, s. 426. Millî bir kuralı, idarî eylemi veya mahkeme kararlarını değerlendirmek yetkisinde olsalar bile yine de milletlerarası mahkemeler, millî mahkemeler üzerinde bir temyiz veya nihai çözüm mahkemesi değildirler (*ibid.*, s. 451).

⁶⁰ Versan, *op. cit.*, s. 463.

⁶¹ Mosler, *op. cit.*, s. 426.

⁶² Versan, *op. cit.*, s. 463.

⁶³ *Loc. cit.*

⁶⁴ Moslers, *op. cit.*, 439.

sı hukuktan kaynaklanan bir taahhüdün yerine getirilip getirilmediğine veya andlaşmanın yorumuna ilişkin uyuşmazlıklar, bu durumun örneğidir⁶⁵. Millî mahkemeler, milletlerarası bir yükümlüğün yerine getirilmesine yönelik taleplerle karşılaştıklarında kendi hukuklarının öngördüğü şekilde yetkilerini kullanırlar⁶⁶.

Aslında milletlerarası mahkeme kararlarının icrasını etkileyen en büyük unsur, bu mahkemelerin yer itibarıyla yetkilerinin bulunmamasıdır⁶⁷. Milletlerarası mahkemeler bu özellikleri ile millî mahkeme kararlarından ayrılırlar. Mahkeme kararları, kararı veren mahkemenin ait olduğu devletin ülkesinde uygulanırlar. Bu yetkinin mülkîliği ilkesinin bir sonucudur. Ülke unsurunun mevcudiyeti, mahkeme kararlarının uygulanabilmesinin önemli bir şartını ve aynı zamanda sınırını teşkil eder⁶⁸. Millî mahkemelerin de ait oldukları devletin ülkesi dışında kararlarını icra ettirebilme yetkileri yoktur. Fakat bu, milletlerarası adli yardımlaşmayı düzenleyen kurallar sayesinde mümkün olabilmektedir. Bu noktada millî mahkemeler yabancı devlet mahkeme kararlarının icrasına ilişkin kurallar ve usulleri milletlerarası mahkeme kararları için uygulayabileceği ileri sürülmüştür⁶⁹. Bunun ilk bakışta doğal bir yol olduğu izlenimi uyansa da bunun birtakım zorlukları beraberinde getireceği açıktır. Devletler hususî hukuku kurallarının, kıyas yolu ile dahi, milletlerarası mahkeme kararları bakımından uygulanmalarının mümkün olmadığını iddia etmek gerekir⁷⁰. Çünkü bir devlet, yabancı mahkeme kararlarını tanımak mecburiyetinde değildir⁷¹.

Milletlerarası mahkeme kararının iç hukuk düzeyinde de taraflar için kesin hüküm (*res judicata*) niteliğini taşıyor olmasının kabulü, şüphesiz bu kara-

⁶⁵ *Ibid.*, s. 470.

⁶⁶ Versan, *op. cit.*, s. 471.

⁶⁷ *Ibid.*, s. 466.

⁶⁸ *Loc. cit.*

⁶⁹ Bakınız: Jenks, *The Prospects of International Adjudication*, 1964, s. 681. Atâ Sakmar, *Yabancı İlamların Türkiyedeki Sonuçları*, İstanbul, 1982, s. 18-19-20. Ergin Nomer, *Devletler Hususî Hukuku*, 8. bası, İstanbul, 1996, s. 385: "Milletlerarası mahkeme kararları, Türkiye'nin bunlara ilişkin milletlerarası sözleşmelere katılmış olup olmamasına bağlı olarak muamele görürler. Bu sözleşmelerde özel düzenlemeler var ise, bu nevi kararların akibe'i de bu düzenlemelere tâbi olur. Sözleşmesine iltihak edilmemiş bir milletlerarası mahkemenin kararı, 34'üncü madde ve devamına tâbi olur" (Burada bahsedilen, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunu'nun 34. maddesidir).

⁷⁰ Versan, *op. cit.*, s. 468.

⁷¹ Nomer, *op. cit.*, s.382. Nitekim bazı devletler yabancı mahkeme kararlarının tenfizini hiçbir şekilde kabul etmemektedirler: meselâ, İsveç, Finlandiya, İzlanda, İsviçre'de Glarus Kantonu (*ibid.* s. 382, dipnot 198).

rın iç hukukta doğrudan uygulanmasının ön şartını teşkil etmektedir⁷². *Res judicata* etkisi davanın tarafları ve hüküm fıkrasında ifade edilen karar ile sınırlıdır⁷³. Bu bir genel hukuk prensibidir ve aynı zamanda Milletlerarası Adalet Divanının Statüsü'nde ifade edilmiştir: "*Divan'ın kararı ancak uyuşmazlığın tarafları bakımından ve karar verilen iş için bağlayıcıdır.*" (md. 59). Kural olarak, milletlerarası yargı kararlarının kesin hüküm etkisi millî mahkemeler önündeki yargılamalara uzatılamaz. Bu, sadece devletin doğrudan bu kararlarla bağlı olduğu, organlarının doğrudan bağlı olmadığı genel kuralından çıkar. Bu sonucun aksi, ancak bir andlaşma hükmünün millî hukuk düzenlerinde böyle bir doğrudan etkiyi tanıması ile⁷⁴ veya o devletin iç hukukunun milletlerarası hukuka veya milletlerarası mahkeme kararlarına açıkça böyle bir doğrudan etkiyi tanıması halinde mümkündür.

Devletlerarası uyuşmazlıklarda tarafların aynı olması gereği yerine gelmediği için millî mahkemeler önünde kesin hükmün doğrudan bir etkisinin tanınması imkânsızdır⁷⁵. Bu konuya örnek olarak Belçika İlk Derece Mahkemesinin '*Socobel*' v. *Greek State*⁷⁶ davasındaki yorumu gösterilmektedir⁷⁷. Bu davada Mahkeme, davacının dayandığı Daimî Adalet Divanı Kararının Belçika'da icra edilemez olduğuna karar vermiştir⁷⁸. Belçika Mahkemesi, Daimî Adalet Divanının verdiği kararın taraflarının Belçika ve Yunan Hükümetleri olduğunu ve şirketin milletlerarası yargılamanın tarafı olmadıkları için tarafı olmadıkları bir karara dayanamayacaklarını, bu yüzden de bu karara ilişkin bir tenfiz kararını alma imkânlarının olmadığını gerekçe göstermiştir⁷⁹.

Yakın zamanlarda, Amerikan mahkemeleri önünde Milletlerarası Adalet Divanı kararlarının uygulanmasına⁸⁰ ilişkin örnek kararlar söz konusu olmuş-

⁷² Versan, *op. cit.*, s. 468.

⁷³ Mosler, *op. cit.*, s. 454.

⁷⁴ Mosler, *op. cit.*, s. 456. Kesin hüküm sorunu ile millî otoriteyi oluşturan organlar tarafından bir milletlerarası kararın uygulanması yükümünü karıştırmamak gerekir (*ibid.* s. 456, dipnot 118).

⁷⁵ *Ibid.*, s. 456. Ayrıca bakınız: Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6. edition, 2003, s. 51.

⁷⁶ *ILR*, vol. 18, 1951, s. 3 vd.; *AJIL*, vol. 47, 1953, s. 508-509. Ayrıca bakınız : *Committee of United States Citizens Living in Nicaraguav. Reagan*, 859 F.2d. 929, 933 (1988).

⁷⁷ Mosler, *op. cit.*, s. 456.

⁷⁸ *ILR*, vol. 18, 1951, s. 4.

⁷⁹ *Ibid.*, s. 5. Bu davada mahkemenin neden milletlerarası mahkeme kararını davacının dayandığı bir delil olarak tanımadığı eleştirisi haklı olarak ileri sürülmektedir (Mosler, *op. cit.*, s. 456).

⁸⁰ Milletlerarası Adalet Divanı kararlarının uygulanmasına ilişkin bakınız: Oscar Schachter, "*The Enforcement of International Judicial and Arbitral Decisions*", *AJIL*,

tur: 3 Nisan 1998 tarihinde Paraguay, A.B.D. aleyhine, vatandaşı olan ve Amerikan mahkemeleri önünde ölüm cezasına çarptırılan A.F. Breard adlı kişi ile ilgili olarak 1963 tarihli *Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi*'nin 36/1(b) hükmünün ihlâli nedeniyle Milletlerarası Adalet Divanı önünde dava açmıştır⁸¹ ve vatandaşı olan kişinin idam kararının durdurulmasına ilişkin tedbir kararı talebinde bulunmuştur⁸². Divan, 9 Nisan 1998 tarihinde, Amerika'nın Paraguay vatandaşının idamını durdurması talebini içeren bir tedbir kararı vermiştir. Ancak, Amerikan mahkemeleri bu karara doğrudan etki tanımamış ve idam kararı uygulanmıştır. Aynı konuda, Almanya⁸³ ve Meksika⁸⁴ da vatandaşlarının haklarını korumak için A.B.D. aleyhine Divan'a dava açmış, Divanın kararlarının uygulanmasına ilişkin aynı sorunlar yaşanmıştır⁸⁵. Son davada, Amerikan Başkanı'nın, Mahkemenin Divanın kararına uyması yönünde bir Memorandum⁸⁶ yayınlamasına rağmen, Amerikan Yüksek Mahkemesi, Milletlerarası Adalet Divanı kararının kişiler için doğrudan hak doğurmayacağına ve Divan kararındaki ilgili Sözleşmeye ilişkin yorumla kendisinin bağlı olmayacağına karar vermiştir⁸⁷.

Vol. 54, 1960, s. 1-24; G. Guillaume, "Enforcement of Decisions of the International Court of Justice", **Perspectives on International Law**, Nandasiri Jasentuliyana (ed.), Kluwer, 1995, s. 275-288; Attila Tanzi, "Problems of Enforcement of Decisions of the ICJ and the Law of UN", 6 **EJIL** (1995), s. 539-572; C. H. Schreuer, "The Implementation of International Judicial Decisions by Domestic Courts", **ICLQ**, Vol. 24, April 1975, s. 153-183.

⁸¹ Application of the Republic of Paraguay, **Case concerning the Vienna Convention on Consular Relations**, < <http://www.icj-cij.org/idocket/ipaus/ipausorder/ipausapplication980403.html>>, 15.06.2005.

⁸² Request for the indication of provisional measures of protection submitted by the government of the Republic of Paraguay, <<http://www.icj-ij.org/idocket/ipaus/ipauseorder/ipausprovisionalmeasures980403.html>>.

⁸³ *LaGrand Case (Germany v. United States)*, 2001 **ICJ Rep.** 466.

⁸⁴ *Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals*, 2004 **ICJ Rep.** 128.

⁸⁵ Bu konuda değerlendirme ve tartışmalar için bakınız: Sanja Djajic, "The Effect of International Court of Justice Decisions on Municipal Courts in the United States: *Breard v. Greene*", **Hasting International and Comparative Law Review**, Fall 1999, Vol. 23, s. 27-108; Constanze Schulte, "Jurisprudence of the International Court of Justice: Order Issued in the Case Concerning the Vienna Convention on Consular Relations (*Paraguay v. U.S.A.*)", **EJIL**, Vol. 9 (1998), No.4, s. 761 vd.; A. Mark Weisburd, Harold H. Koh, "Vertical Conflict Between International and National Tribunals", **ASIL Proceeding of the Annual Meeting**, 2002, s.42 vd.; Frederic L. Kirgis, "President Bush's Determination Regarding Mexican Nationals and Consular Convention Rights", **ASIL Insights**, (March 2005) ve "The Supreme Court Backs Away from a Consular Convention Case", **ASIL Insights**, (May 31, 2005), <<http://www.asil.org/insights.htm>>; "Symposium: Reflections on the ICJ's *LaGrand* Decision", **AJIL**, Summer 2003, Vol. 27, Number 2, s. 423-452.

⁸⁶ **ILM**, Vol. 44, July 2005, s. 964.

⁸⁷ *Medellin v. Dretke*, **ILM**, Vol. 44, July 2005, s. 965.

Eğer milletlerarası yargıda taraflardan biri devlet diğeri birey veya şirket ise, o zaman tarafların ve dava konusunun aynı olmadığı gerekçesi ileri sürülemez olduğundan, bu durum milletlerarası mahkeme kararının millî mahkemeler önünde kesin hüküm etkisine engel teşkil etmeyecektir⁸⁸. Bununla birlikte andlaşma ile özel olarak düzenlenmedikçe milletlerarası hukukta milletlerarası mahkeme kararlarına millî yargılamada doğrudan etki tanıyan genel bir kural yoktur⁸⁹. Bu, yine de millî mahkemelerin milletlerarası yargı kararlarını uygulayamayacakları anlamına gelmez. Teoride milletlerarası mahkeme kararlarının ne hüküm kısmı, ne de gerekçesi ile doğrudan bağlı olmasalar da millî mahkemeler, ya ikna edici otorite olarak veya devletlerinin milletlerarası yükümlülüklerinin ifadesi olarak bu kararları mümkün olduğunca dikkate almaktadırlar⁹⁰.

Milletlerarası yargı kararlarıyla ilgili olarak, millî mahkemelerin fonksiyonları konusunda anayasalar ve kanunlar genel olarak sessizdirler. Bununla beraber istisnalar da mevcuttur. Örneğin, Hollanda Anayasası (md.66), *self-executing* hüküm taşıyan milletlerarası anlaşmalara üstünlük tanıyan kural; benzer bir şekilde milletlerarası kuruluşların milletlerarası hukuka dayanan kararları için de uygulanma imkânını öngörür. Bundan çıkan sonuç olarak, milletlerarası mahkemelerin, *self-executing* nitelikteki kararları, bu nitelikte andlaşma hükümleri olarak kanunlara ve anayasaya aynı üstünlüğü taşırlar⁹¹.

Prensip olarak, anayasa veya kanunlar tarafından milletlerarası hukuku uygulamakla yükümlü tutulan millî yargıçlar, aksine bir açık millî hükümle engellenmedikçe milletlerarası mahkeme kararlarını dikkate alırlar⁹².

Andlaşma hükümlerini doğrudan iç hukuk hükümleri olarak kabul etmeyen devletler açısından millî mahkemelerin durumu diğerlerinden farklıdır. Bir iç hukuk kuralı olmadıkça andlaşmalara iç hukukta etki tanımayan bu ülkeler içinde önemli bir örnek İngiltere'dir. Bununla beraber bu ülkede de, mahkemeler, İngiliz hukukunu mümkün olduğunca ülkenin milletlerarası yükümlülüklerine uygun yorumlanmaya çalışılır, meğer ki açık bir iç hukuk kuralı buna engel teşkil etmesin⁹³. Genel uygulamaya göre millî mahkeme-

⁸⁸ Mosler, *op. cit.*, s.456.

⁸⁹ *Loc. cit.*

⁹⁰ *Loc. cit.*

⁹¹ *Ibid.*, s. 460.

⁹² *Ibid.*, s. 461. John W. Bridge, "İngiliz Uygulamasında Devletler Umumi Hukuku ile İç Hukuk Arasındaki İlişki", Çeviren: F. Hakan Baykal, *Argumentum*, Mart 1991, Cilt: 1, Sayı: 8, s. 119-120.

⁹³ Mosler, *op. cit.*, s. 463-464; Bridge, *op. cit.*, s. 120-121.

ler, mili hukukları, hükümetlerinin milletlerarası ilişkilerde sorumluluklarını doğurmayacak şekilde yorumlamaya çalışırlar⁹⁴.

Milletlerarası mahkeme kararlarının *stare decisis* prensibi uyarınca sonraki mahkeme kararlarını bağlar nitelikte olup olmadığı sorununun da değerlendirilmesi gerekir. *Common law* doktrini olarak *stare decisis*, önceki mahkeme kararlarında ifade edilen hukuk kurallarını olayların büyük ölçüde aynı olduğu sonraki davalarda uygulama yükümlüdür⁹⁵. “Divan’ın kararı ancak uyumsuzluğun tarafları bakımından ve karar verilen iş için bağlayıcıdır” şeklindeki Milletlerarası Adalet Divanı Statüsü’nün 59. maddesi, *stare decisis* prensibini Milletlerarası Adalet Divanı kararları açısından olanaksız bırakmış görünmektedir. Buna rağmen, Divan, destek ve aydınlatma amacıyla mütemadiyen önceki kararlarına atıfta bulunmaktadır⁹⁶. Millî mahkemeler açısından bu meseleye bakıldığında, bu prensiple bağlı olmayan ülkeler açısından bir güçlük doğmamaktadır. Bu prensibi benimsemiş olan Anglo-Amerikan yargısında ise, milletlerarası mahkeme kararları açısından da bu prensibin geçerli olup olmadığı sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu soruya İngiliz mahkemelerinin verdiği yanıt; bu prensibin milletlerarası kuralların tanımının verildiği bir önceki karara göre kuralın veya yorumunun değişmesi durumunda kararın yeniden gözden geçirileceği yani bu prensibin milletlerarası hukuk açısından geçerli olmadığıdır⁹⁷.

Sonuç olarak, milletlerarası mahkemeler ile millî mahkemeler arasındaki ilişki, bir hukukî sistem içindeki ilk derece mahkemeleri ile temyiz mahkemeleri veya milletlerüstü mahkemelerle (örn. Avrupa Birliği Adalet Divanı) millî mahkemeler arasındaki ilişkiden farklıdır, kendi başına farklı bir kategori oluşturur⁹⁸.

II. İHAM Kararlarının Uygulanması Açısından İHAS’ın Getirdiği Düzen

A. Taraf Devletlerin Sözleşme’den Doğan Yükümlülükleri

İHAM kararlarının taraf devletlerin iç hukuk sistemlerindeki yerini ve etkisini tayin etmek oldukça karmaşık ve çok yönlü bir konudur. Bu etkinin ta-

⁹⁴ Mosler, *op. cit.*, s. 464.

⁹⁵ Sarita Ordonez, David Reilly, “Effect of the Jurisprudence of the International Court of Justice on National Courts”, *International Law Decisions in National Courts*, Edited by. Thomas M. Franck, Gregory H. Fox, Transnational Publishers, 1996, s. 342.

⁹⁶ Ordonez/Reilly, *op. cit.*, s. 343; Mosler, *op. cit.*, s. 455-456.

⁹⁷ Mosler, *op. cit.*, s. 472.

⁹⁸ Ordonez/Reilly, *op. cit.*, s. 344-345.

yin edilebilmesi, taraf devletlerin Sözleşme'den doğan yükümlülüklerine bağlı olduğu kadar, taraf devletlerin bu yükümlüğü yerine getirmek için iç hukuklarında ne tür çözümler (örneğin, Sözleşme'nin iç hukuka nasıl dâhil edildiği, kurallar kademesinde hangi yere sahip olduğu, iç hukukun gözden geçirilip düzeltilmesi için ne tür hükümlerin mevcut olduğu gibi) öngördüklerine de aynı ölçüde bağlıdır⁹⁹. Bu sebeple, Mahkeme kararlarının hukukî etkisinin değerlendirilmesi, iki yönlü bir incelemeyi gerektirmektedir: Birinci olarak, milletlerarası hukuk bakımından tarafların Sözleşme'den doğan yükümlülüklerinin kapsamı ve ikinci olarak da taraf devletlerin iç hukuklarında bu yükümlülüğün nasıl yerine getirilmekte olduğu incelenmelidir.

Her ne kadar Sözleşme'nin kendine özgü (sui generis) nitelikleri olup, oluşturduğu koruma sistemi anayasal denetim benzeri etkilere sahip olsa da, Sözleşme'nin statü olarak bir milletlerarası andlaşma olduğu gerçeği değişmez. Bu sebeple, bir andlaşma olarak mevcudiyeti, içeriği, yorumu ve taraflar arasında bağlayıcı etkisi milletlerarası hukuka göre belirlenmek durumundadır¹⁰⁰. Ancak, bir andlaşmanın millî hukuk sisteminde herhangi bir etkiye sahip olup olmadığı sorunu, temel olarak devletin anayasal hukuk sistemi tarafından düzenlenen ve yönetilen bir sorundur. Bununla beraber, eğer bir andlaşma millî hukuk sisteminde bir etkiye sahip olmayı öngörüyorsa bu yüküm millî hukuk sistemlerinde mevcut olan engellere üstün gelecektir. Bunun sebebi ise tamamen milletlerarası hukuktan kaynaklanır, çünkü devlet andlaşmadan doğan yükümlülüklerini ihlâl gerekçesi olarak iç hukuk hükümlerine başvuramaz (Bakınız: Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi md. 27)¹⁰¹. Devletin milletlerarası hukuk içinde sorumluluğu andlaşmaya göre belirlenirken, iç hukuk açısından bakıldığında, eğer andlaşmaya doğrudan bir etki tanınmışsa, bu hukuk tarafından yine bu etkinin ne ölçüde olacağını belirlemek ve yükümlülükleri saptamak için andlaşma hükümlerine bakmak gerekecek ve devletin yükümlülüğünün kapsamı ancak bu şekilde belirlenebilecektir. İHAS açısından bu konuyla ilgili olarak şu iki soru gündeme gelmektedir:

- Sözleşme, taraf devletler için bir yüküm olarak, korumasını öngördüğü temel hak ve özgürlüklere iç hukukta doğrudan bir etki tanımayı ve Sözleşme'de öngörülen haklarının ihlâl edildiğini iddia eden bireyler için iç hukukta Sözleşme'ye doğrudan bir başvuru imkânını sağlamayı öngörüyor mu?

⁹⁹ G. Ress, "The Effects of Judgements and Decisions in Domestic Law", **The European System for the Protection of Human Rights**, (Eds.) R. St. J. Macdonald et al., Kluwer Academic Publisher, 1993, s. 801.

¹⁰⁰ Janis/Kay/Bradley, **European Human Rights Law: Text and Materials**, Second Edition, Oxford University Press, 2000, s. 468.

¹⁰¹ **Ibid.**, s. 468-469.

— Sözleşme, Sözleşme'yi ihlâl ettiğini öngören Mahkeme kararlarına iç hukukta doğrudan etki tanımayı taraf devletler için bir yüküm olarak öngörüyor mu?

Sözleşme'nin 42, 44 ve 46. maddeleri dikkate alındığında, Mahkeme kararlarının hukukî olarak kesin ve bağlayıcı olduğu açıktır. Bununla beraber, Mahkemenin görevi, 41. maddede (eski 50. madde) belirtildiği üzere, âkit devletin veya onun otoritesi altındaki organ veya kişilerin işlem veya eylemleri tarafından "Sözleşme'nin veya Protokollerin ihlâl edilip edilmediğine" karar vermek ve "ilgili âkit devletin iç hukuku ancak bu ihlâli kısmen giderme imkânı veriyorsa" zarara uğrayan taraf lehine hakkaniyete uygun bir tazminata hükmetmektir. Bu sebeple İHAM kararlarının temyiz niteliğinde bir etkiye sahip olması ya da taraf devlet organlarının herhangi bir kanun, mahkeme kararı veya başka bir işlemi iptal etme imkânı yoktur¹⁰². Yine, Mahkemenin, taraf devletten, belli bir ceza veya disiplin yaptırımını iptal etme, belli önlemleri alma gibi talepleri olamaz¹⁰³. Kısaca, Mahkeme, Sözleşme'nin ihlâl edilip edilmediğini tespit eder ve eğer gerekliyse tazminata hükmeder.

Sözleşme'nin 46. (eski 53.) maddesi, taraf devletlerin Mahkeme kararlarına uymayı taahhüt ettiklerini ifade eder. Bu yüküm, Sözleşme'nin 1. ve 52. (eski 57.) maddesinden de çıkarılabilir. 1. maddede âkit devletlerin Sözleşme'nin birinci bölümünde tanınan hak ve özgürlükleri kendi yetkisi (jurisdiction) içinde olan herkes için güvence altına alacağı ve 52. maddede de Sözleşme hükümlerinin iç hukukta güvence altına alınması konusunda aldığı önlemleri Genel Sekretere bildirmesi öngörülmüştür. Bununla beraber, Mahkeme, bir ihlâl durumunda ilgili devletin iç hukukunu nasıl Sözleşmeye uygun hale getireceği konusunda, prensip olarak, hüküm vermek ve talimat vermekten kaçınmaktadır. Bu sebeple, ihlâlin giderilmesi yöntemi konusunda taraf devletlere bir takdir yetkisi tanındığı için, burada devletler için öngörülen yüküm bir sonuç yükümü olmaktadır. Ancak belli bir tazminatın ödenmesine hükmedilmişse bu tazminatın ödenmesi konusunda artık devletlerin takdiri söz konusu değildir¹⁰⁴.

46. madde altında Mahkeme kararının taraf devletler için getirdiği yüküm bir sonuç yükümüdür ve bu sonuç da mümkün olduğu nispette eski hale ia-

¹⁰² Ress, *op. cit.*, s. 802; J. Velu, "Report on Responsibilities for States Parties to the European Convention", *Proceedings of the Sixth International Colloquy About the European Convention on Human Rights (13-16 November 1985)*, Kluwer Academic Publishers, 1988, s. 566.

¹⁰³ Velu, *loc. cit.*

¹⁰⁴ Ress, *op. cit.*, s. 803.

de (*restitutio in integrum*) yükümlüdür¹⁰⁵. Bu sebeple, bir ihlâlin düzeltilmesi belli bir işlemi gerekli kılabilir. Eğer mevcut bir yasa hükmü ihlâle neden olmuşsa, sadece iç hukukta bu hükmün değiştirilmesi ile ancak devlet, tam olarak yükümünü yerine getirmiş olabilir. Fakat mahkeme kararlarında belirtildiği üzere bunun yöntemi devletlerin takdirine bırakılmış ve mahkeme kararının kendisine doğrudan böyle bir sonuç yaratma imkânı tanınmamıştır.

Doktrinde üzerinde durulan diğer bir nokta, 13. maddede öngörülen, Sözleşme'den doğan hakları ihlâl edilen kişilere "*millî makamlar önünde etkili bir başvuru*" imkânının tanınması yükümlüdür. Buradan hareketle bazı yazarlar, Sözleşme millî hukuka dâhil edilsin veya edilmesin doğrudan iç hukukta uygulanabilir olduğu görüşündedir¹⁰⁶. Fakat böyle bir yüküm, yazarların çoğu, Komisyon ve Mahkeme tarafından açıkça reddedilmiştir¹⁰⁷. Taraf ülkeler için Sözleşme hükümlerini doğrudan iç hukuka katmak hukukî bir yüküm değildir. Bu durum Mahkemenin *Swedish Engine Drivers* davasında açıkça ifade edilmiştir: "...ne 13. madde ne de genel olarak Sözleşme, taraf devletler için, Sözleşme'nin herhangi bir hükmünün iç hukuklarında etkili bir şekilde uygulanmasını sağlamak için herhangi bir usul ihdas etmiş değildir."¹⁰⁸

Sonuç olarak, Mahkemeye göre, Sözleşme'nin 13. maddesi, Sözleşme hükümlerine iç hukukta doğrudan etki tanıma yükümünü öngörmek yerine, ne yöntemle olursa olsun (Sözleşme'yi doğrudan iç hukuka aktarmak olabilir veya anayasa veya başka yasalarda Sözleşme'deki hakların korunma altına alınması şeklinde olabilir) esas olarak Sözleşme'deki hakların korunmasını sağlamak için iç hukukta etkili bir başvuru yolunun sağlanması yükümünü öngörmüştür. Bu sebeple, genel olarak kabul edildiği şekilde, taraf devletler kural olarak Sözleşme'de öngörülen hak ve özgürlüklerin korunması yöntemini seçmekte özgür olmakla beraber, iç hukuklarının Sözleşmeye uygun olması sonucunu yüküm olarak kabul etmiş ama bu sonucu sağlama yöntemini seçmekte serbest bırakılmışlardır¹⁰⁹.

¹⁰⁵ **Loc. cit.**

¹⁰⁶ Bu konudaki değişik görüşler için bakınız: Andrew Drzemczewski, **European Human Rights Convention in Domestic Law: A Comparative Study**, Oxford, 1983, s. 40 vd; Thomas Buergenthal, "*The Effect of the European Convention on Human Rights on the Internal Law of Member States*", **ICLQ**, Supplementary Publication No. 11, 1965, s. 81 vd; Janis/Kay/Bradley, **op. cit.**, s. 468 vd.

¹⁰⁷ Ress, **op. cit.**, s. 804, dipnot 10a; Jörg Polakiewicz, "*The Status of the Convention in National Law*", **Fundamental Rights in Europe: The European Convention on Human Rights and its Member States, 1950-2000**, Eds. Robert Blackburn and Jörg Polakiewicz, Oxford University Press, 2001, s. 32-33.

¹⁰⁸ İHAM kararı, 06/02/1976, **Series A**, Vol. 20, 18, paragraf 50.

¹⁰⁹ Polakiewicz, **The Status...**, s. 33.

Bu sebeple ve milletlerarası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkiler bakımından devletlerin uygulamalarındaki farklılıklar neticesinde, İHAS'nin taraf ülkelerdeki konumu da farklılık arz etmektedir. Sözleşmeyi anayasa ve anayasaüstü değerde sayan ülkeler olduğu gibi, kanunlarla eşdeğerde kabul eden ülkeler de mevcuttur. Hatta Sözleşmeyi doğrudan iç hukukuna aktarmayan ülkeler de mevcuttur¹¹⁰.

B. İHAM Kararlarının Hukukî Niteliği ve Uygulanması

Sözleşme'nin 41, 44, 45 ve 46. madde hükümleri, milletlerarası mahkeme kararlarının etkileri konusunda geleneksel düalist anlayışı temel almış gözükmektedir. Bu görüşe göre, bu gibi kararların iç hukukta doğrudan etkisi olmayacağı, bunun ancak iç hukukun kendisinin öngörmesi veya izin vermesi durumunda söz konusu olacağıdır¹¹¹. Sözleşme, mahkeme kararına iç hukukta hemen hukukî etki tanıyan İnsan Hakları Amerika Sözleşmesi'nin 68/2. maddesi benzeri bir hüküm taşımamaktadır. Bu maddeye göre: “*Bir kararın zararın tazminine ilişkin kısmı ilgili devlet ülkesinde, devlet aleyhine olan kararların icrasına ilişkin iç hukuk usullerince icra edilebilir.*”¹¹²

Mahkemenin birçok kararında (örneğin, *Marcks v. Belçika*, *Belilos v. İsviçre*, *Incal v. Türkiye*, *Akdıvar v. Türkiye* gibi) ifade edildiği üzere, Mahkemece Sözleşme'nin ihlâl edildiği kararının alınması, herhangi bir işlem yapılmadan, kendiliğinden iç hukuku etkilemez. Mahkeme kararı, Sözleşmeye aykırılığı saptanan işlemi ne iptal eder, ne değiştirir, ne de bozar. Mahkeme böyle bir yetkiye sahip değildir, yalnız dava konusu işlemin, ya da eylemin Sözleşmeye aykırı olduğunu, Sözleşme'nin ihlâl edildiğini beyanla yetinir. Buna mukabil, âkit devletler davada taraf oldukları kararlara uymakla ve bunların gereğini yerine getirmekle yükümlüdürler. Bu durum uygulamada birçok sorunu da beraberinde getirmektedir. Mahkeme kararları iç hukukta doğrudan infaz kabiliyeti olan kararlar olmadığı için kararın yerine getirilmesi yö-

¹¹⁰ Sözleşmenin taraf ülkelerdeki durumu için bakınız: Robert Blackburn and Jörg Polakiewicz (eds.), **Fundamental Rights in Europe: The European Convention on Human Rights and its Member States, 1950-2000**, Oxford University Press, 2001, passim; Drzemczewski, *op. cit.*, passim.

¹¹¹ Polakiewicz, “*The Execution of Judgements of the European Court of Human Rights*”, **Fundamental Rights in Europe: The European Convention on Human Rights and its Member States, 1950-2000**, Eds. Robert Blackburn and Jörg Polakiewicz, Oxford University Press, 2001, s.55-56.

¹¹² İnsan Hakları Amerika Sözleşmesi metni için bakınız: Malcolm D. Evans (ed.), **Blackstone's International Law Documents**, 2. Edition, 1994, s. 177 vd.; veya Amerikan Devletleri Teşkilatı resmi web sitesi, <<http://www.oas.org/juridico/english/Treaties/b-32.htm>>.

nünde gereken önlemleri almak davalı devlete düşmektedir. Mahkemenin birçok kararında (örneğin, *Pakelli, Hauschildt, Brozicek*) belirtildiği gibi, kararı yerine getirecek devlet, kararı yerine getirme yol ve yöntemini seçmekte serbesttir¹¹³. Bir ihlâl kararının yerine getirilmesi maddi imkânsızlıklar hariç, saptanan ihlâlin ve bu ihlâlden doğan sonuçların ortadan kaldırılması, sonuçlarının silinmesi demektir. Ancak milletlerarası hukukta cebrî icranın söz konusu olmaması nedeniyle Sözleşme ile kurulan sistemde Mahkeme kararları, taraf devletlerin millî hukuk düzenlerinde doğrudan uygulanıp sonuç doğurma niteliğine sahip değildirler. Alınmış olunan ihlâl kararlarının gereğinin yerine getirilmesi ve ihlâlin ortadan kaldırılması için gerekli tedbirlerin alınması taraf devletlerin yetkisinde bulunan bir görevdir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi ihlâl kararlarını *yerine getirmekle* değil, fakat bunların yerine getirilmesini *gözetmekle* görevlendirilmiştir (md. 46/2)¹¹⁴. Sözleşme'yi ihlâl ettiğine karar verilen devlet, ihlâli tamir için ne yapması gerektiğini ilgili kararın gerekçesini okuyarak kendisi bulacaktır. Sözleşme organları, devletlere ne yapacakları konusunda talimat verme yetkisine sahip değildir, devletlere yüklenen yüküm bir sonuç yükümüdür¹¹⁵. Bu, *Papamichalopoulos v. Greece* davasında şu şekilde ifade edilmiştir: "...Mahkemenin Sözleşme'nin ihlâl edildiği sonucuna vardığı bir karar, sorumlu devlete ihlâli sona erdirme ve mümkün olduğu ölçüde durumu ihlâlden önceki haline döndürecek bir şekilde tüm sonuçlarını tamir etme hukukî yükümünü yükler."¹¹⁶

Mahkeme'nin Sözleşme'nin çiğnendiğini saptayan kararlarının, ilgili devletçe yerine getirilmesi çeşitli devlet organlarının (yasama, yargı, yürütme) devreye girmesini zorunlu kılabilir. Bu alanda karşılaşılan en büyük güçlük, yasama ya da yargı organının bir işleminden kaynaklanan ihlâllerin giderilmesi durumunda ortaya çıkar. Kimi durumlarda, yasalarda, hatta Anayasa'da değişiklik yapılması, yahut kesin hüküm halini almış bir yargı kararının kaldırılması gerekebilir. Mahkeme, saptanan ihlâlden hangi organın (yasama, yargı ve yürütme) sorumlu olduğunu belirtmekten kaçınmaktadır. Mahkeme için asıl olan husus, bütün organlarıyla devletin milletlerarası sorumluluğudur¹¹⁷.

Yargı kararlarının Sözleşmeye aykırılığını saptayan Mahkeme kararlarının uygulanması noktasında, kesin hüküm niteliğini kazanmış yargı kararları-

¹¹³ Gölcüklü/Gözübüyük, *op. cit.*, s. 124; Polkiewicz, *The Execution...*, s. 56.

¹¹⁴ Gölcüklü/Gözübüyük, *op. cit.*, s. 124.

¹¹⁵ *Ibid.*, s. 125.

¹¹⁶ *Papamichalopoulos and Others v. Greece*, judgement (art. 50) of 31.10.1995, **Series A no. 330-B**, paragraf 34.

¹¹⁷ Polakiewicz, *op. cit.*, s. 57.

nın Sözleşmeye aykırılığının Mahkeme kararı ile saptanması durumunda, bu kararın yerine getirilmesi değişik uygulamalara neden olmaktadır. Bunlar arasında af çıkarmak, şartlı salıvermek, tazminat ödeme, ya da yeniden yargılama gibi çeşitli yollar vardır. Âkit devletler, Mahkeme kararının yerine getirilmesinde karşılaştıkları güçlükleri aşmak için yasal düzenlemelere gitmektedirler¹¹⁸. İHAM içtihatlarında taraf devletler bakımından yargılamanın yenilenmesi gibi bir usulün kabul edilmesinin zorunlu olmadığı öngörülmektedir¹¹⁹. Nitekim Bakanlar Komitesi de, belli istisnai durumlarda, ihlalin ortadan kaldırılabilmesi için bazen tek çarenin yargılamanın yenilenmesi veya dosyanın yeniden incelenmesi olabileceğini belirterek, taraf devletlere bu yönde yasal değişiklikler yapılmasını “*tavsiye*” etmiştir¹²⁰. Bu konuda çoğu taraf ülkede sadece ceza davaları bakımından yargılamanın yenilenmesi yolu kabul edilmiş, medeni usul ve idari usul bakımından daha az sayıda ülke yargılamanın yenilenmesini kabul etmiştir¹²¹.

İhlâlin bir mevzuat hükmünden kaynaklanması durumunda Mahkeme kararlarının uygulanması noktasında; Sözleşme'nin 33. maddesi uyarınca, âkit devletler tarafından diğer bir âkit devletin belli bir yasasının soyut olarak sözleşmeye aykırılığı iddiasıyla Mahkemeye getirilmesi ve Mahkemece söz konusu yasanın Sözleşmeye aykırılığının tespit edilmesi üzerine, böyle bir kararın davalı devletçe uygulanması ancak Sözleşmeye aykırı bulunan yasa da değişiklik yapılması ile olur. Sözleşme'nin 34. maddesi uyarınca, bireysel başvuru yolu ile, devlet başvurusundan farklı olarak, yasaların soyut olarak Sözleşmeye aykırılığı kural olarak ileri sürülemez. Bireysel başvuru yoluyla ancak, somut olarak yasanın başvurana uygulanmasının Sözleşmeye aykırılık oluşturup oluşturmadığı incelenir ve karara bağlanır. Ancak böyle bir ihlâl kararının gereğinin yerine getirilebilmesi için de, önce kararın içeriğine, dayandığı gerekçeye ve hüküm fıkrasına bakmak ve ihlâlin kaynağını saptamak gerekir. Eğer ihlâlin nedeni doğrudan doğruya yasa hükmünün kendisi ise, Mahkeme kararının yerine getirilmesi ancak bu kanun hükmünün değiştirilmesi ile mümkün olacaktır¹²².

118 Gölcüklü/Gözübüyük, *op. cit.*, s. 126.

119 *Saidi v. France* (20/09/1993); *Lyons and Others v. United Kingdom* (Application no. 15227/03). İHAM kararları için bakınız: <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/default.htm>>.

120 Recommendation No. R (2002), <<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=334147&BackColorInternet>>.

121 Bu ülkeler için bakınız: Hartwig, *op. cit.*, s. 883, dipnot 71 ve 72; Naz Çavuşoğlu, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi: Kararların Uygulanması*, Su Yayınevi, 2003, s. 43 vd.

122 Gölcüklü/Gözübüyük, *op. cit.*, s. 126-127.

Bazen de ihlâlin mevzuatta yer alan bir hükümden değil, fakat mevzuattaki boşluktan kaynaklanması söz konusu olabilmektedir. Yani, devlet pozitif yükümünü yerine getirmeyerek, Sözleşme'deki hak ve özgürlüklerden bireyin yararlanması için gerekli düzenlemeleri yapmadığı için, bu mevzuat boşluğu da bir hakkın ihlâline yol açmıştır. Bu durumda mahkeme kararının yerine getirilmiş olması için değilse bile, gelecekte tekrar Mahkeme önüne davalı sıfatıyla çıkmamak için, ilgili devletin söz konusu mevzuat boşluğunu doldurması gerekir¹²³.

Mahkeme kararlarının uygulanmasının denetimi konusunda¹²⁴; Sözleşme Mahkeme kararlarının yerine getirilmesi sürecinin denetimini Avrupa Konseyi'nin karar ve yürütme organı olan ve siyasal niteliğe sahip Bakanlar Komitesine vermiştir (md. 46). Mahkeme kararı, Mahkeme Başkanı tarafından, uygulanması denetlenmek üzere Bakanlar Komitesine gönderilir (md. 46/2). Bakanlar Komitesi, davalı devletin Mahkeme kararını yerine getirmek üzere ne gibi önlemler aldığını bildirmesini ister. Bakanlar Komitesi, Mahkeme kararının yerine getirilmesi amacı ile devlete bir bildirimde bulunurken, herhangi bir öneride bulunmaz. Mahkeme kararının yerine getirilmesi yol ve yönteminin takdirini ve seçimini davalı devlete bırakır. Davalı devlet, Mahkeme kararının yerine getirildiğinin Bakanlar Komitesince saptanabilmesi için aldığı önlemleri Bakanlar Komitesine ayrıntılı olarak bildirmekle yükümlüdür. Bakanlar Komitesi, davalı devletten tatmin edici bir sonuç alana kadar konuyu gündeminde tutar. Bu denetim yetkisi, Mahkeme kararının yerine getirildiğini saptayan bir kararla son bulur¹²⁵.

¹²³ *Ibid.*, s. 127-128. İHAM kararlarının gereğini yerine getirmek için Taraf ülkelerde yapılan yasal değişikliklere ilişkin olarak bakınız: **Effects of Judgements or Cases 1959-1998**, <<http://www.echr.coe.int/Eng/EDocs/EffectsOfJudgements.html>>.

¹²⁴ Bakınız: E. Lambert-Abdelgawad, **The Execution of Judgements of the ECHR**, Council of Europe Publishing, 2002.

¹²⁵ *Ibid.*, s. 128-129. Sözleşmenin sürekli ihlali durumunda taraf devletler için söz konusu olabilecek en temel yaptırım, Avrupa Konseyi Statüsü'nün 8. maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde, temsil hakkından bir süre için yoksun bırakılmayı ve Konsey'den çıkarılmayı düzenler. Statü'nün 8. Maddesi şöyledir: "Avrupa Konseyinin 3. Madde hükümlerini ağır biçimde çiğneyen her üyesi temsil hakkından bir süre için yoksun bırakılabilir ve, Bakanlar Komitesi tarafından 7. Maddedeki koşullar içinde, Konseyden çekilmeye çağrılabilir. Bu çağrı dinlenmediği zaman Komite, bizzat saptayacağı gündün başlayarak, söz konusu üyenin artık Konseye üye olmadığına karar verebilir."

III. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin Türk Hukukundaki Yeri

A. 7 Mayıs 2004 Tarihli Anayasa Değişikliğinden¹²⁶ Önceki Durum

1. Doktrindeki Değerlendirmeler

Türkiye, Sözleşme'yi 4.11.1950 tarihinde imzalamış, TBMM'nin 10 Mart 1954 gün ve 6366 sayılı kanunla¹²⁷ onaylamayı uygun bulmasından sonra, onay belgesi 18.05.1954 tarihinde depo merciine ulaşmış ve Türkiye açısından Sözleşme bu tarihten itibaren yürürlüğe girmiştir. Komisyon ve Divanı birleştirerek daimî olarak çalışan tek bir mahkeme öngören ve bu mahkemenin (İHAM) yargı yetkisinin kabulünü bireysel başvurular için de zorunlu hale getiren 11 No'lu Protokolü imzalayıp onaylayarak Mahkemenin yargı yetkisini, artık süresiz olarak, tanımış olmaktadır¹²⁸.

Sözleşme ile güvence altına alınan haklar gerek 1961, gerekse 1982 Anayasaları tarafından esas itibarıyla güvence altına alınmıştır¹²⁹. İHAS'nde yer alan pek çok hak, kimi kısıtlamalar olmakla beraber 1982 Anayasası'nda benzer bir şekilde düzenlenmiştir (Örneğin 1982 Anayasa madde 15 ile İHAS madde 15, Anayasa madde 17 ile Sözleşme madde 3, Anayasa madde 38 ile Sözleşme madde 7 gibi)¹³⁰. Ancak, Anayasa'nın Sözleşme'yle tamamen uyumlu olduğu da söylenemez¹³¹. Bu açıdan, Sözleşme'nin ve İHAM karar-

¹²⁶ Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun'un (Kanun no.5170) 7. maddesi ile birlikte Anayasamızın 90. maddesinin son fıkrasına aşağıdaki hüküm eklenmiştir: "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır." (R.G. Tarih: 22 Mayıs 2004, Sayı: 25469).

¹²⁷ R.G. 19 Mart 1954, sayı: 8662.

¹²⁸ Türkiye önceki sistemde, 28.01.1987 tarihli 11439 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla 2201/1990 tarihinde geçerli olmak üzere Komisyon'a bireysel başvuru hakkını, 25.09.1989 tarih ve 14563 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla da Divan'ın yargı yetkisini tanımıştı. Süreli olan bu tanıma beyanları belirli sürelerle uzatılmaktaydı.

¹²⁹ A. Şeref Gözübüyük, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı", **İnsan Hakları Yıllığı**, Cilt: 9, 1987, s. 5.

¹³⁰ Yılmaz Aliefendioğlu, "Anayasal Normlar Hiyerarşisinin Temel Hakları Koruma İşlevi", **VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı: Türk Anayasa Mahkemesi Raporu**, 7-10 Mayıs 1990, 2. Cilt, Türk Anayasa Mahkemesi yayınları no. 17, s. 33; Nemci Yüzbaşıoğlu, "Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine", **İnsan Hakları Merkezi Dergisi**, Cilt: II, Sayı:1, Mayıs 1994, s. 29. Bu konunun geniş bir değerlendirmesi için bakınız: Süheyl Batum **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri**, İstanbul, 1993, s. 3 vd.

¹³¹ Yüzbaşıoğlu, *loc. cit.*

larının hukukumuzda uygulanması bakımından, Sözleşmenin anayasa ve yasalar karşısındaki değerinin belirlenmesi kaçınılmaz olmaktadır.

İHAS'nin Türk hukukundaki Anayasa ve yasalar karşısındaki konumu üzerine doktrinde yapılan tartışmalar, "temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmalara" kanunlar karşısında üstünlük tanıyan değişiklikten önce, genel olarak milletlerarası andlaşmaların Türk hukukundaki yeri konusundaki değerlendirmelerin bir parçasını oluşturmaktaydı. Andlaşmaların Türk hukukunda normlar hiyerarşisi içinde nerede yer aldığı meselesi üzerinde iki temel görüş söz konusudur: Birincisi, andlaşmaları kanunlarla eşdeğerde sayan görüş¹³², ikincisi ise, andlaşmalara kanunlar –hatta anayasa- karşısında üstünlük veren görüş¹³³. Farklı görüşlerin ortaya çıkmasının ardındaki husus, gerek önceki, gerekse 1982 Anayasası düzeninde andlaşmalarla yasaların çatışması durumuna ilişkin açık bir düzenlemenin olmaması ve bu konuya ilişkin tartışmalara yol açan şu iki hükmün yer almasıdır: "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz*" (1982 Any., Madde 90)¹³⁴. Bu konudaki tartışmalara kısaca değinmenin, yapılan son değişikliğin ve İHAS'nin hukukumuzdaki yerinin anlaşılması bakımından gerekli olduğunu düşünüyoruz.

Andlaşmaları kanunlarla eşdeğerde sayan yazarların temel gerekçeleri şöyledir: Anayasa hükmü (1961 Any. Md. 65, 1982 Any. Md. 90) müphem ve çeşitli yorumlara açık olsa da, andlaşmalar kanunlarla eşdeğerdedir, Anayasa hükmünü bunun aksine yorumlamak mümkün değildir. Andlaşmalarla kanunlar çatışırsa, sorun öncelik-sonralık (*lex posterior derogat legi priori*) ve

¹³² Seha L. Meray, **Devletler Hukukuna Giriş**, Birinci Cilt, Gözden geçirilmiş 3. bası, AÜSBF yayını no. 237, 1968, s. 131-132; Toluner, **op. cit.**, s. 589-602; Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Gözden geçirilmiş 4. baskı, Ankara, 1995, s. 355; Hüseyin Pazarcı, **Uluslararası Hukuk Dersleri**, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Ankara, 2004, s. 28; Aslan Gündüz, "*İktidar ve Milletlerarası Sınırları*", **İstanbul Barosu Dergisi**, Sayı: 1-2-3, İstanbul, 1990, p. 61.

¹³³ Ömer İlhan Akipek, **Devletler Hukuku: Birinci Kitap: Başlangıç**, İkinci bası, Ankara, 1965, p. 28; Mümtaz Soysal, "*Uluslararası Andlaşmalar Konusunda Anayasa Yargısı*", **Anayasa Yargısı**, cilt: 14, AYM yayınları no. 36, s. 172; Gözübüyük, **Anayasa Hukuku**, 9. bası, Ankara, 2000, s. 291-292; Edip Çelik, "*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulaması*", **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Sayı: 1-3, 1988, s. 50; Erol Cansel, "*Anayasal Normlar Hiyerarşisi*", **VI-II. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı: Türk Anayasa Mahkemesi Raporu**, 7-10 Mayıs 1990, 2. Cilt, Türk Anayasa Mahkemesi yayınları no. 17, s. 23.

¹³⁴ Anayasa'nın "*Milletlerarası Andlaşmaları Uygun Bulma*" başlıklı 90. maddesi, 1961 Anayasası'nın 65. maddesi ile birkaç kelime değişikliği dışında aynı hükümleri taşımaktadır ve 1961 Anayasa düzeni içinde yapılan yorumlar bu dönem için de geçerliliğini korumaktadır.

özel hüküm–genel hüküm (*lex specialis derogat lex generali*) yorum kuralları çerçevesinde çözümlenecektir¹³⁵. Andlaşmaların kanunlardan üstün olduğu durumlar istisnai olarak Anayasamızda düzenlenmiştir (1982 Any. Md. 15, 16, 42, ve 92)¹³⁶. Şayet, 90. madde hükmü andlaşmalara üstünlük tanıyor olsaydı, söz konusu maddelerde milletlerarası hukukun (dolayısıyla andlaşmaların) üstünlüğünü açıkça belirtmesine gerek olmazdı¹³⁷. Bu istisnai durumlara, son değişiklikle “temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmalar” da dâhil olmuştur¹³⁸.

Andlaşmaların kanunlar karşısında üstün olduğunu savunanların ise temel dayanaklarından biri, andlaşmalar aleyhine Anayasa Mahkemesine başvurulmamasıdır. Bu yazarlara göre, andlaşmaların anayasaya uygunluğunun Anayasa Mahkemesi denetimi dışında bırakılması “devletler hukukunun üstünlüğü tezinin teyidi”dir¹³⁹. Andlaşmalar Anayasaya aykırı olsalar bile uygulanırlar. Bu sebeple, andlaşmadan sonra yürürlüğe giren bir Anayasa hükmü andlaşmayı değiştiremeyecektir. Anayasa hükmü bu niteliği haiz değilken, andlaşmadan sonra yürürlüğe giren yasanın andlaşmayı değiştireceğini kabul etmek, çelişkili bir yaklaşım olur¹⁴⁰. Diğer bir dayanak noktası ise, kanunların andlaşmaları değiştirmesinin mümkün olmamasıdır. Andlaşmaların kanun hükmünde olduğunu söylemek, onların yasa ile değiştirilebileceği anlamına gelmez. Andlaşmalar, ancak milletlerarası hukuka göre bozulabilir veya değiştirilebilir. Kısaca, andlaşmalar milli hukuk kurallarına üstündür¹⁴¹.

Andlaşmalara kanunlar üzerinde değer atfeden görüşlerin kabul edilmesi mevcut hukuk düzenimiz altında mümkün değildir. Yasama organının iradesi açık bir şekilde aksi yöndedir. Çünkü, milletlerarası andlaşmalara kanunlar karşısında üstün bir değer tanınmasını öngören önergeler, tartışılmaksızın reddedilmiştir¹⁴². 2001 yılında yapılan kapsamlı değişiklik önerisinde, “kanunlar ile milletlerarası andlaşmaların çatışması halinde milletlerarası andlaşmalar esas alınır” şeklinde bir hükmün Anayasamızın 90. maddesine eklenmesi istenmiş, ancak yeterli oyu alamayarak kabul edilmemiştir¹⁴³. 7

¹³⁵ Meray, *op. cit.*, s. 131-132; Özbudun, *op. cit.*, s. 355.

¹³⁶ Pazarıcı, *op. cit.*, s. 28, Gündüz, *op. cit.*, 61.

¹³⁷ Gündüz, *loc. cit.*

¹³⁸ Pazarıcı, *loc. cit.*

¹³⁹ Akipek, *op. cit.*, s. 28.

¹⁴⁰ Gözübüyük, *op. cit.*, s. 291-292.

¹⁴¹ Gözübüyük, *loc. cit.*

¹⁴² Toluner, *op. cit.*, s. 590.

¹⁴³ Bu konudaki öneriler ve değerlendirme için bakınız: Enver Arıkoğlu, *İHAM İctihatlarının Türk Pozitif Hukukundaki Yeri*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2003, s. 88-89.

Mayıs 2004 tarihli değişiklikle, sadece “temel hak ve özgürlüklere” ilişkin andlaşmalara kanunlar karşısında üstünlük tanınmış olması da yasa koyucunun iradesini açık bir şekilde ortaya koymuştur: *Usulüne uygun olarak akdedilmiş milletlerarası andlaşmalar Türk pozitif hukukunda kanunlarla eşdeğerdedir*¹⁴⁴.

Andlaşmalar aleyhine Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayacağına ilişkin hükmün, andlaşmalara üstünlük tanıyan bir hüküm olarak yorumlanması ise üzerinde dikkatle durulması gereken bir husustur. Bu hükmün, bu şekilde değerlendirilmesinin sonucu, andlaşmalara kanunlar üzerinde değil, bizzat Anayasa üzerinde değer atfedilmesidir. Anayasa Mahkemesine başvurulamıyor olması, Anayasaya aykırı olan bir andlaşmanın, Anayasa hükümleri yerine mutlak olarak uygulanması anlamına mı gelmektedir?¹⁴⁵ Böyle olsaydı, Anayasada usulüne uygun olarak

¹⁴⁴ Nitekim, ; 244 sayılı ve 31/5/1963 tarihli (R.G. 11/6/1963-14425) “Milletlerarası Antlaşmaların Yapılması, Yürürlüğü ve Yayınlanması ile Bazı Antlaşmaların Yapılması için Bakanlar Kuruluna Yetki Verilmesi Hakkında Kanun”un 3. maddesi gerekçesinde de bu açıkça belirtilmektedir: “Dikkat edilirse, Anayasa andlaşmalara kanunlardan üstün bir kuvvet vermemiş olup, sadece kanun kuvvetini vermiştir. Böyle olunca, bir andlaşmaya aykırı bir kanun çıkarma da kabildir. Bu takdirde, o andlaşmanın Türk iç hukukunda uygulanmaması ayrı, bu yüzden Devletin milletlerarası sorumluluğunun ortaya çıkması konusu ise ayrıdır. Anayasa sadece, andlaşmaların iptali için Anayasa Mahkemesine müracaat yollarını kapamakla yetinmiştir.” (S. Sayısı 114, Millet Meclisi Tutanak Dergisi, 1963, Dönem 1, C.16, S. 114, s. 3)

¹⁴⁵ “...Andlaşmalar, daha doğru bir deyişle andlaşmanın uygun bulunmasına dair kanun aleyhine Anayasa Mahkemesi'ne başvuru imkânının reddedilmiş olmasını Türk doktrininde önce Akipek, ‘devletler hukukunun üstünlüğü tezinin teyidi’ olarak değerlendirilip aksi görüş olarak ileri sürmüştür. Yakın zamanlarda bu ikinci görüşün, eleştirilmeksizin ve yaygın olan aksi görüşlerin farkında bile olunmaksızın, gerçeğin kendisi gibi rahatlıkla beyan edildiğini görüyoruz. Bu görüşe, 1982 tarihli Anayasamızın başlangıç hükümleri arasında yer alan ‘Dünya milletler ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi olarak’ ifadesi, anlaşılması güç şöyle bir gerekçeye dayanak olarak kullanılmıştır: ‘Bu ailenin şerefli bir üyesi olmak demek, milletlerarası topluluğun kurduğu düzeni asgari ölçüde sağlayan Devletler Hukukunun iç hukuk normlarının üstünde normları içerdiğini kabul etmek demektir’ (Prof. Dr. Erol Cansel, “Anayasal Normlar Hiyerarşisi”, VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı: Türk Anayasa Mahkemesi Raporu, 7-10 Mayıs 1990, s. 23; Ayrıca bkz: Danıştay, Beşinci Daire, Esas No: 1986/1723, Karar No: 1991/933) Bu mantık kabul edilirse, adlaşmaları kanunlara eşdeğerde sayan her uygulamayı, bu arada, Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere, Almanya ve İtalya’yı, dünya milletler ailesinin ‘şerefli olmayan üyeleri’ saymak gerekmeyecek midir? Gerçek odur ki, anayasanın andlaşmaya kanun karşısında üstün değer tanıyan bir hükmü bulunmadıkça, -örneğin Fransa ve Hollanda da böyledir-, egemenliğine saygılı hiçbir devlet uygulamasında bu yola gidilmemiştir; böyle bir hükme yer veren anayasa uygulamalarında bile mahkemeler, yasa organının sonraki tarihli iradesini bir yana bırakırken hep zorlanmışlardır. 1961 tarihli Anayasanın 65. maddesi hazırlanırken farklı bir irade ortaya konmadı-

akdedilen andlaşmaların kanun hükmünde olduğuna ilişkin hükme ve son olarak eklenen “temel hak ve özgürlüklere” ilişkin andlaşmalara kanunlar karşısında üstünlük tanıyan hükme ne gerek vardı. Ayrıca, “Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü” (1982 Any. Md. 11/1) ve “Hakimler...Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler” (1982 Any. Md. 138/1) şeklindeki anayasal kurallar karşısında, Türk hâkiminin Anayasa ile milletlerarası andlaşma kuralları arasında açık (uygun yorum yöntemleriyle bağdaşmayan)¹⁴⁶ bir çatışma durumunda, Anayasayı uygulamaktan başka seçenekleri yoktur¹⁴⁷. Kanunlar bakımından Anayasaya aykırılık değerlendirmesini yapmaya yetkili organın Anayasa Mahkemesi olması ve mahkemelerin Anayasaya aykırı gördükleri (veya taraflarca aykırılık iddiasında bulunulduğunda) itiraz yoluyla bir yasa hükmünü Anayasa Mahkemesine göndermeleri durumunda, beş ay içinde Anayasa Mahkemesi kararı belli olmazsa, önlerindeki davayı kanun hükümlerine göre sonuçlandırmak zorundadırlar (1982 Any. Md. 152/3). Kanunlar için mahkemelerin Anayasaya aykırılık durumunda Anayasa Mahkemesine başvurmasını zorunlu kılan ve beş ay içinde karar çıkmazsa kanunu Anayasaya aykırı gör-

ğı halde, Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yolunun kapatılmasından hareketle bu tür bir sonuca varmak, yalnız Anayasanın açık ifadesini, ‘kanun hükmündedir’ deyişini ihmal etmek anlamına gelmekle kalmaz; anayasaya aykırılığın ileri sürülüp sürülmemesi sorunu ile öncelik sorunu gibi nitelikleri itibariyle tamamen farklı sorunların birbirine karıştırılması sonucunu doğurur. Anayasaya aykırılığın ileri sürülememesinden ötürü uygulamadan alıkonulamayan bir kanunun sonraki tarihli bir kanunla ilga edilmesi veya değiştirilmesi nasıl olanaksız değilse, anayasaya aykırılığı dava konusu yapılamayan bir andlaşmanın sonraki tarihli bir kanunla uygulamadan alıkonulması da aynı gerekçeyle olanaksız değildir. O halde, andlaşmanın kanuna üstünlüğü, anayasaya aykırılığının ileri sürülememesinden ötürü değil, örneğin Hollanda’da olduğu gibi, andlaşmaya üstün değer tanıyan bir anayasa hükmüyle sağlanabilir. Nitekim, anayasa koyucunun niyeti bu yolda olduğunda bunu açık bir hükümle ifade etmiştir (1982 tarihli Anayasa, md. 15, 16, 42)...” (Sevin Toluner, “6 Mart 1995 Tarihli Ortaklık Konseyi Kararı: Milletlerarası Hukuk Açısından Bir Değerlendirme”, İHFM, C. LV, 1996, pp.16-17, dipnot 13).

¹⁴⁶ “...Çatışan hükümler getiren sonraki tarihli kanun ile andlaşma hükümlerinin bağdaştırılamadığı, her ikisinin de uygulanmasını sağlayacak bir yoruma gidilemediği durumlarda, -kanun koyucunun, andlaşma düzeninden sapmak ve bu düzeni ihlâl etmek niyetini açıkça izhar etmiş olduğu durumlarda- mahkemeler, kanımızca, kanun koyucunun sonraki iradesi ile bağlı olmalıdırlar...” (Toluner, **Milletlerarası Hukuk...**, s. 595).

¹⁴⁷ Toluner, **6 Mart 1995...**, s. 139-140; Toluner, **Milletlerarası Hukuk...**, s. 600; Tanör/Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 7. Bası, 2005, s. 106-107, 474-475. Aynı yönde, Anayasa Mahkemesi kararı için bakınız **infra** dipnot 157; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kararı için bakınız: **infra** dipnot 162 ve 163; Yargıtay karar için bakınız: **infra** dipnot 164; aksi yönde Danıştay kararı için bakınız: **infra** dipnot 159.

seler bile uygulamak durumunda bırakan bu açık hüküm gibi bir sınırlama Anayasaya aykırı andlaşma hükümleri için yoktur. Kaldı ki, Anayasaya aykırılık iddiasında bulunulamayan yasa hükümleri (değiştirilmeden önce, 1982 Any. Geçici Md. 15) bakımından bile, Anayasa Mahkemesinin istisnai de olsa, yasayı ihmal edip doğrudan Anayasa hükümlerini uyguladığı kararlar da mevcuttur¹⁴⁸.

Doktrinde İHAS'nin Türk hukukundaki yeri konusunda yapılan tartışmaların genel çerçevesi de yukarıdaki gibidir. Farklılık gösteren husus, 1982 Anayasası'nın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyetinin temel niteliklerinden birisi olarak sayılan insan haklarına saygı ilkesinden hareketle İHAS'ne üstünlük tanınmasıdır¹⁴⁹. Milletlerarası andlaşmalar aleyhine Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağından hareketle, bütün andlaşmalara kanunlar –hatta Anayasa¹⁵⁰-, karşısında üstünlük tanıyanlar, doğal olarak İHAS'ne

¹⁴⁸ Bakınız: Tanör/Yüzbaşıoğlu, *op. cit.*, s. 107, dipnot 124, s. 112; Bu konu için diğer Anayasa Mahkemesi kararları ve değerlendirme için bakınız: Yılmaz Aliefendioğlu, *Anayasa Yargısı*, Ankara, 1997, s. 277-290.

¹⁴⁹ Bu konuda görüş beyan eden *Bilge*, 1982 Anayasası'nın 4. maddesinden hareketle, Türkiye Cumhuriyetinin temel niteliklerinden birisi olan insan haklarına saygı ilkesinin değiştirilemez olduğunu belirterek, Anayasa ile bile değiştirilemeyecek olan insan haklarına saygı ilkesinin bir kanunla hiçbir biçimde ortadan kaldırılamayacağını ve bu durumda hiçbir Türk kanununun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı olamayacağını, olanların zımnen veya Anayasa Mahkemesi kararı ile iptal edilebileceğini söylemektedir. Yazar'a göre, İHAS, gerek Anayasamızdaki ilkelerin varlığı, gerekse özel bir nitelikte milletlerarası andlaşma olması nedenleri ile, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlar ve Sözleşmeye aykırı Türk kanunları ve uygulamaları söz konusu olamaz. Sözleşmeye aykırı olan kanunu hâkimin Anayasa Mahkemesi kararına sunması gerekir (A. Suat Bilge, "*İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri*", *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt: 6, 1989, s. 987-990); *Akıllıoğlu* da, Anayasa'nın eksenini oluşturduğunu söylediği "*insan haklarına saygı*" ilkesinin sadece İHAS'nin değil, bütün milletlerarası insan hakları normlarının anayasal değerinde olduğunu kabulünü zorunlu kıldığını ileri sürmektedir (Tekin Akıllıoğlu, "*Uluslararası İnsan Hakları Kurallarının İç Hukukta Yeri ve Değeri*", *İnsan Hakları Merkezi Dergisi*, Cilt I, Sayı: 2-3, Mayıs-Eylül 1991, s. 41); benzer şekilde: Yüzbaşıoğlu, *op. cit.*, s. 35.

¹⁵⁰ *Gölcüklü* ve *Gözübüyük*'e göre, Sözleşme, kanunların ve hatta Anayasa'nın da üstündür. Yazarlara göre, Sözleşme'nin Anayasa'ya aykırılığı iddia edilmez ve bunun doğal sonucu ise, Sözleşme Anayasa'ya aykırı olsa bile uygulanır. Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülemeyen Sözleşme'nin, yasaya aykırılığı nedeniyle uygulanamaması Anayasa'nın getirdiği sisteme ters düşer. Sözleşme'den sonra yürürlüğe giren Anayasa, Sözleşme'yi, değiştiremeyeceğini, buna karşın Sözleşme'den sonra yürürlüğe giren bir yasanın Sözleşme'yi değiştirebileceğini kabul etmek çelişkili bir yaklaşım olur. Andlaşmanın yasa değerinde olduğunu söylemek, andlaşmanın kanun olduğu anlamına gelmez. Andlaşma, yasaya göre olan özelliklerini korur. Milletlerarası hukuk bakımından da Sözleşme Türkiye'yi bağlayan bir andlaşmadır. Sözleşme bu yönden de bir

de kanunlar karşısında üstün bir yer vermektedirler¹⁵¹.

2. Uygulama

Milletlerarası andlaşmaların kurallar kademesindeki yeri noktasında Anayasa Mahkemesi, daha çok insan hakları ile ilgili belgelere atıfta bulunmakta ancak bu andlaşma ve belgeleri tek başına kararına dayanak almayıp¹⁵² Anayasa'nın ilgili hükümlerini (ve varmış olduğu kararı) desteklemek¹⁵³ için kullanmaktadır. Bu gibi milletlerarası andlaşmaları destek ölçü norm olarak

yasa ile değiştirilemez. Andlaşmalar, kendi koyduğu kurallara göre bozulabilir ya da değiştirilebilir. Sözleşme bozulmadıkça, bir yasa ile tek yanlı olarak değiştirilemez. Kaldı ki, bir devlet milletlerarası andlaşmayı tek yanlı olarak da değiştiremez. Sözleşme'den sonra çıkan Anayasa, ya da yasa ile, ne açıkça, ne de üstü kapalı bir biçimde Sözleşme'de değişiklik yapma olanağı yoktur. Bu gibi durumlarda Sözleşme yürürlüktedir; hukuksal sonuçlarını hem millî hukukta, hem de milletlerarası hukukta doğurmaya devam eder (Gölcüklü/Gözübüyük, *op. cit.*, s. 21); Çelik'e göre de, bazı andlaşmaların düzenledikleri konular nedeniyle bir kanunla değiştirilebilme imkânı yoktur. Ülke sınırlarına ve ülke statüsüne ilişkin olanlar bunların başında gelir. Yazar, Lozan ve Montrö Sözleşmesinin bazı maddelerini de değiştirilemez olmak açısından örnek olarak göstermektedir (Çelik, *op. cit.*, s. 50-51).

151 Örneğin, Batum, *op. cit.*, s. 56-57. Değerlendirme için bakınız: Arıkoğlu, *op. cit.*, s. 109 vd. Sözleşmeye üstünlük tanıyan görüşleri eleştiren *Gözler*'e göre, bu yazarların görüşlerinin bir kısmı İHAS'nin ne kadar önemli olduğunu vurgulamaktadır. Bu yazarlara göre, muhtemelen İHAS'nin hükümlerinden bazıları, 1982 Anayasası hükümlerinden bazılarından daha değerlidir. *Gözler*, yazarların bu bakış açılarının hukukî değil, tamamen *moral* olduğunu, bu kanaatlerinden hiçbir hukukî sonucun çıkmayacağını, tartışılan noktanın İHAS'nin "moral" değeri değil, "hukukî" değeri olduğunu belirtmektedir. Yazar'a göre, bu görüşlerin bir kısmı da esas itibarıyla milletlerarası hukukun iç hukuk karşısında üstünlüğü yolundaki prensipten hareket etmektedirler. Ancak, milletlerarası hukukun üstünlüğü prensibinin müeyyidesi, milletlerarası hukuka aykırı olan iç hukuk normunun iptali değil, bu normların milletlerarası düzeyde ileri sürülememesi olduğunu, bu yazarların bu hususu görmezlikten geldikleri gibi, bir normun *iç geçerliği* ile *milletlerarası geçerliliği* kavramlarının birbirinden farklı olduğundan habersiz göründüklerini, iç geçersizliğin müeyyidesinin o normun iç yargı organları tarafından iptali olduğunu, milletlerarası geçersizliğin müeyyidesinin ise, iç ya da milletlerarası yargı organları tarafından iptal değil, o normun milletlerarası düzeyde ileri sürülememesinden ibaret olduğunu belirtmektedir (Kemal Gözler, "İnsan Hakları Normlarının Anayasaüstünlüğü Sorunu", **Türkiye'de İnsan Hakları**, TODAİE yayın no. 301, Ankara, 2000, s. 38).

152 Anayasa Mahkemesi, milletlerarası andlaşmaları anayasal denetim yaparken "bağımsız ölçü norm" olarak değil, sadece "destek ölçü norm" olarak dayanak almaktadır. Bunu açıkça ifade ettiği bir karar olarak bkz. E. 1996/15, K. 1996/34, K.T. 23.9.1996, **AMKD**, Sayı: 32, Cilt: 2, s. 807: "Anayasa'ya uygunluk denetiminde dayanılmamakla birlikte değerlendirmede gözetilen uluslararası belgelerin..."

153 Örnek olarak bkz. E. 1993/1 (Siyasî Parti Kapatma), K. 1993/2, K.T. 23.11.1993, **AMKD**, Sayı: 30, Cilt: 2, s. 918-919 vd.

kullandığı kararlarında Anayasa Mahkemesi, genellikle uygulamada öncelik sorununa açık bir çözüm getirmemekte, gerek Anayasa'ya uygunluk denetiminde, gerekse siyasi parti kapatma davalarında, usulüne uygun yürürlüğe girmiş olan uluslararası andlaşmaları, kendi ifadesiyle, "gözetmekte"dir¹⁵⁴. Anayasa Mahkemesi, uluslararası andlaşmalara göndermede bulunduğu davalarda, sözleşmelerin iç hukuktaki yerini, kurallar hiyerarşisindeki konumunu belirtmekten kaçınmıştır. Bununla beraber, kimi kararlarda Mahkeme'nin Sözleşmeyi "üstün norm" olarak kabul ettiğinin izlerini bulmak mümkündür¹⁵⁵. Fakat Anayasa Mahkemesi hiçbir kararında açıkça milletlerarası andlaşmaları ne anayasüstü norm olarak, ne de kanunların anayasa'ya uygunluğunun denetiminde anayasadan bağımsız olarak ölçü norm olarak kabul etmiştir. Kanunlarla milletlerarası andlaşmalar arasındaki üstünlük (uygulamada öncelik) konusunda ise yakın tarihli bir kararında açıkça doktrinindeki üstünlük lehindeki görüşleri¹⁵⁶ reddetmiştir:

¹⁵⁴ Bkz. E.1996/1 (Siyasî Parti Kapatma), K.1997/1, K.T.14.2.1997, **AMKD**, Sayı 34/2, s. 758: "Anayasa Mahkemesi, siyasi parti kapatma davalarında usulüne uygun biçimde yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşma kurallarını da gözetmektedir. Bu bağlamda kimi kararlarda, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ve Avrupa Sosyal Haklar Temel Yasası'na yollamada bulunulmuştur." Ayrıca bkz. E.1997/1 (Siyasî Parti Kapatma), K. 1998/1, K.T.16.1.1998 **AMKD**, Sayı 34/2, s. 1049-1050: "Anayasa Mahkemesi, siyasi parti kapatma davalarında usulüne uygun biçimde yürürlüğe konulan andlaşma kurallarını da gözetmektedir. Bu nedenle, kararlarında, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ile İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine ve Avrupa Sosyal Haklar Temel Yasası'na yollamada bulunmaktadır. İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme kapsamındaki hak ve özgürlükler Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda da güvence altına alınmıştır." Ayrıca bkz. E. 1995/1 (Siyasî Parti Kapatma), K. 1996/1, K.T. 19.3.1996, **AMKD**, Sayı: 33, Cilt: 1, s. 722; E. 1993/4, K. 1995/1, K.T. 19.7.1995, **AMKD**, Sayı: 33, Cilt: 1, s. 633. Siyasi Parti kapatma davaları dışında da Anayasa Mahkemesi, örneğin; Medeni Kanunun, kadın-erkek eşitsizliğiyle ilgili hükmünü (E.1990/30, K.1990/31, K.T. 29.11.1990. **AMKD**, Sayı 27/1, s. 57-63) ya da meşru - gayri meşru çocukların durumundaki eşitsizlikleri (E.1987/1, K.1987/18, K.T.11.9.1987, **AMKD** Sayı 23, s. 307; E.1990/15, K.1991/5, K.T. 28.2.1991, **AMKD** Sayı 27/1, s. 175-178) Anayasa'ya aykırı bulurken, Anayasa Mahkemesi uluslararası andlaşmaları "destekleyici norm" olarak kullanmıştır.

¹⁵⁵ 1991 yılında Medeni Kanunun "evli erkek ve kadınların zinasından doğan çocuğun tanınmayacağı" nı belirten 292. maddesini iptal ederken, Anayasa Mahkemesi milletlerarası sözleşmelere göndermede bulunmuştur. Bu kararında Anayasa Mahkemesi, milletlerarası sözleşmeleri "Anayasa üstü normlar olarak niteleyebileceğimiz" i belirtmektedir (E.1990/15, K.1991/E, K.T.28.2.1991, **AMKD**, 27/1, s. 174).

¹⁵⁶ Bu görüşlerin en önemli dayanağını teşkil eden, milletlerarası andlaşmalar aleyhine Anayasa Mahkemesine başvurulamaması şeklinde kayıt içeren Anayasa hükmünün doktrinde savunulduğu gibi kanunlara üstünlük tanımak amacıyla değil genel kabul gören görüşlerde belirtildiği üzere milletlerarası andlaşmaların niteliğinden dolayı konulmuş bir hüküm olduğunu gösterecek Anayasa Mahkemesi'nin şöyle bir ifadesi-

“Anayasa’nın 90. maddesinin son fıkrasında, usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmaların kanun hükmünde olduğu belirtilmiş ve bunlar hakkında Anayasa’ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi’ne başvurulamayacağı kurala bağlanmıştır. Kimi ülkelerde, uluslararası andlaşmaların yasaüstü ve hattâ Anayasaüstü normlar olduğunun kabul edilmiş olmasına ve doktrinde de bu görüşün savunulmasına karşın, Anayasa’nın 90. maddesinden bu sonucu çıkarmak olanaklı değildir. Anayasa’da çıkarılacak bir yasanın yürürlükte bulunan bir andlaşmaya aykırı olamayacağı yolunda bir kurala yer verilmemiştir. Bu nedenle, anlaşma kuralına aykırı bir yasa çıkarılması olanaklıdır. Böyle bir yasanın, uluslararası sorumluluğu gerektirse dahi, iç hukuk bakımından geçerli olacağı da kuşkusuzdur.

İç hukuk yönünden; anlaşmalar ile yasalar arasında herhangi bir çatışma olması ve yorum yoluyla çözüm bulunamaması durumunda iç hukuka ait iki yasa arasındaki çatışmada uygulanacak kurallarla sorunun çözümü gerekir.”¹⁵⁷

Bu konuda tartışmaya en açık kararlar Danıştay tarafından verilmiştir. Danıştay 5. Dairesinin ifade özgürlüğü ile ilgili verdiği bir kararda andlaşmaların Anayasa’ya aykırı hüküm taşıyabilirler bile uygulanacaklarını ve yasalara üstün olacağını belirtirken dayandığı gerekçe bu görüşün Türk hukukunda genellikle kabul edildiğidir. İHAS için belki böyle bir görüşün -sadece Sözleşme’nin yasalar üstünde olduğu noktasında - genellikle kabul edildiği söylenebilir ama andlaşmaların yasalar ve hatta anayasa üstünde olduğu şeklin-

ne de değinmekte yarar var: “Anayasa’nın uluslararası andlaşmaları uygun bulma ile ilgili 90. maddesinde de; ‘Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz’ hükmü yer almaktadır. Bu ve Geçici 15. maddedeki düzenleme, Anayasa’da yer alan genel hukuk ilkelerinin ayrıklığını oluşturan ulusal ve uluslararası uzlaşmalarla ilgili siyasal ağırlıklı kurallardır.

Geçici 15. maddenin tümü dikkatli olarak incelendiğinde, yapılan düzenlemede konu edilen yasalar için mutlak bir dokunulmazlığın sağlandığını söylemek güçtür. Her şeyden önce Anayasa’da yer alan hukuk devleti ilkesi buna olur vermez. Bu madde kapsamındaki, olağanüstü yönetimin olağanüstü koşullar altında çıkarılan yasalarla yasa hükmündeki kararnamelerin geçilen demokratik düzen içinde değiştirilmesine ya da yürürlükten kaldırılmasına değin Anayasa’ya uygunluk denetimi yolu ile belirtilen dönemin tartışma konusu yapılmamasında kamu yararı görülmüştür. Ancak yasakoyucu, siyasal ve sosyal gelişmelere ve gereksinimlere göre, söz konusu yasal kurallardan gerekli gördüklerini değiştireceği ya da kaldırabileceği gibi Anayasa’da öngörülen koşullara uyarak Anayasa’daki geçici maddeleri de kaldırabilir. Bunlar dışında bir yargı organının Anayasa’yı dışlayan bir yorumla Geçici 15. maddeyi etkisiz duruma getirmesi olanaksızdır” (E. 1992/7, K. 1992/2, K.T. 28.1.1992, AMKD, Sayı: 28, Cilt: 1, s. 128-129).

¹⁵⁷ E.1996/55, K. 1997/33, K.T. 27.2.1997, R.G., 24 Mart 2001, Sayı: 24352, s. 48. Anayasa Mahkemesinin İHAS ile ilgili kararları için bakınız: Şahnaz Gerek, Ali Rıza Aydın; “Türk Anayasa Yargısında İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin Yeri”, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 37, Sayı 3, 3 Eylül 2004, s. 111-120.

deki görüş Türk doktrininde ve mahkeme içtihatlarında genellikle kabul edilmiş olan görüş değildir¹⁵⁸. Bu kararında Danıştay şu gerekçelere dayanmaktadır:

*“Uluslararası sözleşmelerin Anayasaya aykırılığı ileri sürülemezliğine ve bu sözleşmelerle bir devlet diğer devletlere karşı sözleşmede yeralan hak ve hürriyetlerden kendi vatandaşlarını da yararlandırmak konusunda diğer devletlere karşı uluslararası yükümlülük altına girmiş olduğuna göre, usulüne uygun şekilde onaylanarak yürürlüğe konulmuş bu nitelikte bir Sözleşme'nin Anayasaya aykırı hüküm taşısa bile uygulanmaktan alıkonulamayacağı, kendisinden önce veya sonra çıkmış olan yasalara aykırılığı, ya da sonradan çıkan yasanın sözleşme kurallarını değiştirdiği ileri sürülerek uygulanmasının saksaklanamayacağı Türk Hukukunda genellikle kabul edilmektedir. Anayasa, andlaşmaların Anayasaya aykırılığının ileri sürülemezliğini açıklamak suretiyle, iç hukuk yönünden andlaşmaların üstünlüğü ilkesini benimsediğini belirtmiş olmaktadır...”*¹⁵⁹

¹⁵⁸ Bakınız: Toluner, *supra* not 145; ayrıca, Durmuş Tezcan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Verdiği Kararlar ve Bu Kararların Yaptırım Gücünün Türkiye Açısından Değerlendirilmesi”, **Kopenhag Kriterleri AB'nin Ortak Paydası mı?**, (ed.) İbrahim Kaboğlu, İst. Barosu İnsan Hakları Merkezi Yay. No. 1, Kasım 2001, s. 162-163.

¹⁵⁹ Danıştay, 5. Daire, E. 1986/1723, K. 1991/933, **Danıştay Dergisi**, Yıl: 22, Sayı. 84-85, s. 325. Bu karardan bir ay sonra Danıştay Birinci Daire 14.6.1991 gününde verdiği istişarî mütalâasında aynı şekilde, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan milletlerarası andlaşma hükümlerinin iç hukukla çatışması halinde andlaşma hükümlerinin öncelikle uygulanmasının gerekliliğini, yani iç hukuka üstünlüğünü açık biçimde savunmuştur: “...İzmir Andlaşmasının gerek Anayasanın 90 ıncı maddesi gerekse 244 sayılı Yasa hükümlerine göre usulüne uygun biçimde yürürlüğe konulan milletlerarası bir andlaşma olduğu kuşkusuzdur. Bu niteliğiyle de uluslararası hukukun iç hukukla çatışma halinde dış hukukun önceliği kuralına göre sorunun çözümünde 5590 sayılı Kanun hükümlerinin değil, İzmir Andlaşmasının XXX uncu maddesi hükmü uyarınca üç Devletin aralarında ‘ECO Sanayi ve Ticaret Odası’ kurulmasına olanak sağlayan hükmünün öncelikle uygulanması gerekmektedir.” (E. 1991/92, K. 1991/100, **DD**, Yıl: 22, Sayı: 84-85, s. 19-21). Bu kararda belirtilen “iç hukukla çatışma halinde dış hukukun önceliği kuralı”nın nereden çıktığını belirlemek güçtür. Kararda buna ilişkin bir açıklama yoktur. Böyle bir kural bizim iç hukukumuzda öngörülmemiş değildir. Milletlerarası hukukta da böyle bir kural yoktur. Milletlerarası hukukta milletlerarası hukukun üstünlüğüne ilişkin bir kural mevcuttur ama bu milletlerarası alanda öngörülmemiş bir üstünlüktür. Yoksa milletlerarası hukuk devletler için iç hukuklarında milletlerarası hukuka üstünlük tanımaları yönünde bir yükümlülük ve kural öngörmüş değildir. Bu kararda dayanılması gereken kural sonraki iradenin öncekine olan üstünlüğüdür. Anladığımız kadarıyla, “andlaşmaların iç hukuka takdimen uygulanacağı yolundaki genel prensip” Danıştay kararlarında istikrarlı bir şekilde bahsedilen bir şey olmakla beraber, bazen iç hukuk kurallarının kolayca ihmal edilip andlaşmanın uygulanmadığı yönünde değerlendirilebilecek Danıştay kararlarına da rastlamak mümkündür: Örneğin, Danıştay 12. Daire Kararında, andlaşmanın bir maddesinin mutlak biçimde uygulanmasının “...berat veren

Milletlerarası andlaşmalara kanunlardan üstün bir değer tanımakta olan Danıştay, bu açıdan İHAS'ne de birçok kararında yer vermektedir. Örneğin, Danıştay 10. Dairesi bir kararında, Anayasa'da düzenlenmeyen kamu görevlilerinin sendikalaşma hakkının, İHAS 11. maddesinde güvence altına alındığını belirterek, idarenin, memurların sendika kurmaları ve sendikal faaliyetlerde bulunmalarının mümkün olmadığı yolundaki genelgesinin iptaline karar vermiştir¹⁶⁰. Danıştay'ın bir yasa maddesinin –hatta anayasa maddelerinin- yorumunda Sözleşmeyi dikkate alarak, Sözleşmeye uygun yorum yoluna gittiğini gösteren kararlar da mevcuttur¹⁶¹.

Türk uygulamasında milletlerarası andlaşmaların yerinin ne olduğunu ve çatışma durumunda öncelikle uygulanacak kuralın hangisi olacağı şeklindeki bir sorunu kararında açıklıkla ele alan ve cevaplandıran Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kararları olmuştur:

“Türk hukuk düzenine gelince, bilindiği gibi uluslararası hukuk kurallarına anayasal değer tanıyan açık bir hüküm bugüne kadar Anayasalarımızda yer almış değildir. 1961 Anayasası'nda olduğu gibi (m.65), 1982 Anayasası'nda da, usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmaların ‘kanun hükmünde’ oldukları, ancak bunlar hakkında anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı kabul edilmiştir. (m.90 / son fıkra)

Bu hükme göre, uluslararası andlaşmaların ‘kanun hükmünde’ olmaları; onların kanun gücünde ve değerinde olmaları, kanun kadar bağlayıcı olmaları anlamına gelmektedir. Anayasaya aykırılıklarının ileri sürülemezmesi onlara kanunların üstünde bir yer ve değer kazandırmaz...

Bu bakımdan Türk hukuk düzeninde uluslararası hukuk kurallarının Anayasa üstü değer taşıdıkları sonucuna varılamayacağı gibi, uluslararası andlaşma ile Anayasanın çatışması durumunda mahkemelerin Anaya-

*memleketleri, berat sahibi memleketin pazarı durumuna getirebileceğinden....iç hukuk kuralları da gözönünde bulundurulur yorumlanması” gerektiğine hükmedilmiş, ancak Mahkemeye göre bu durum, “andlaşmaların iç hukuk kurallarına takdimen uygulanacağı yolundaki genel prensibin çiğnenmesi anlamına da gelme(mektedir)...” (K.T. 15.6.1980, E. 1968/1117, K. 1970/1310). Danıştay uygulamasının geniş bir derleme ve değerlendirilmesi için bakınız: Emin Memiş, “**Kanun Hükmünde**” **Andlaşma ve Danıştay Uygulaması**, Alfa yayınları, 2004.*

¹⁶⁰ “Kamu görevlilerinin sendikalaşma hakkı, 6366 sayılı Yasa ile onaylanan ‘İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerini Koruma Sözleşmesi’nin 11. maddesinde güvence altına alınmıştır. Yasayla usulüne göre onaylanması nedeniyle iç hukuka intikal etmiş bulunan, Anayasanın 90. maddesine göre Anayasaya aykırılığı ileri sürülemeyecek uluslararası anlaşma niteliğindeki anılan sözleşmenin...” (E. 1991/1262, K. 1992/3911).

¹⁶¹ Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu Kararı, E. 1988/6, K. 1989/4, R.G., 9 Şubat 1990 Sayı: 20428.

sa hükmünü ihmal ederek andlaşma hükmünü uygulamalarına da hukuken olanak yoktur. Uluslararası andlaşmaya aykırı olsa bile mahkemeler Anayasa hükmünü uygulamak zorundadırlar; uygulama dışı ve etkisiz bırakamazlar”¹⁶²

İHAS'nin Türk hukuk düzenindeki yeri açısından da Askeri Yüksek İdare Mahkemesi bu görüşünü devam ettirmiştir. Anayasa'nın Yüksek Askeri Şura kararlarını yargı denetimi dışında bırakan 125/2. maddesinin, Sözleşme'nin hak arama hürriyeti içeren 6/1. maddesine aykırı olduğu ve bu sebeple Anayasa kuralının ihmal edilip, Sözleşme hükmünün uygulanması yönündeki talebi reddettiği kararında, öğretilerdeki görüşleri değerlendiren ve baskın olan görüşün İHAS'nin yasa değerinde olduğu yönündeki görüş olduğunu belirten mahkeme, andlaşmaların Anayasa'ya aykırılıklarının ileri sürülememesinin onlara kanunlar üstünde bir yer ve değer kazandırmayacağını belirterek, milletlerarası andlaşma ile Anayasa'nın çatışması durumunda, mahkemelerin Anayasa hükmünü ihmal ederek andlaşma hükümlerini uygulamalarına hukuken olanak olmadığı, milletlerarası andlaşmalara aykırı olsa bile Anayasa hükmünü uygulamak zorunda olduklarını, bu sebeple Anayasa'nın 125/2. maddesi hükmü ihmal edilerek, İHAS'nin 6 ve 13. maddeleri gereğince davacı hakkındaki Yüksek Askeri Şura kararının yargı denetimine tâbi kılınmasının mümkün olmadığına karar vermiştir¹⁶³.

Milletlerarası Andlaşmaların iç hukukta uygulanmasına ilişkin Yargıtay kararlarına gelince, bu konuda Yargıtay'ın da açıkça sorunu değerlendirdiği ve usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan milletlerarası andlaşmaların iç hukukumuzda doğrudan uygulanacağına ancak kanunlarla eşdeğerde olarak uygulanacağına dair kararları mevcuttur. Bu kararlardan, sorunu detaylı bir şekilde irdeleyip sonuca varan Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin şu kararına etraflıca değinmekte fayda var kanaatindeyiz:

“Kısaca Mahkeme, ‘ILO Sözleşmesi’ hükümlerine İç Hukuk’u kurallarını dikkate almadan öncelik vermiştir. Bu tür sonuç ise, Anayasal sistemimize ve ücret konusunda egemen İş Hukuku kurallarına uygun düşmemiştir.

Gerçekten; uyuşmazlık konusu olayda; öncelikle çözümlenmesi gereken temel sorun; Uluslar arası bir sözleşmenin, İç hukuk sistemimize yansımaları ve sözleşme kurallarının iç hukuk kurallarına üstünlük taşıyarak uygulanma önceliği bulunup bulunmadığı konusuna yöneliktir.

Bu tür bir konu ise, doğrudan Anayasa Hukuku ve Anayasal sistem açısından değerlendirilmeli ve çözümlenmelidir...

¹⁶² AYİM. 1. D., 15.12.1998, E. 1998/1041, K. 1998/1059.

¹⁶³ AYİM, 1. D., 15.12.1998, E. 1198/1041, K. 1998/1059; aynı yönde AYİM, 1. D., 22.1.1998, E. 1997/147, K. 1998/200, AYİMKD, Sayı: 12, s. 1143-1444.

Türk Anayasal sistemine gelince; 1982 ve daha önce yürürlükte bulunan 1961 Anayasası' 90. ve 65. maddelerinde; 'Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir' kuralını kabul etmekle, dualist sisteme yaklaşmıştır. Anayasa; bir kanunla kabul edilmek koşuluyla, uluslararası sözleşmeyi, iç hukuk düzeninde ancak kanun gücünde bir tasarruf olarak kabul etmiştir. Gerçi anılan Anayasa maddeleri, bu kanunlar hakkında Anayasal Yargı yolunun kapalı olduğunu kabul etmişse de bu durum, anılan tasarrufların kanun üstünde bir güce sahip olduğunu göstermez. Nitekim, Anayasamız; sözü edilen uluslararası sözleşmelerin sadece birer yasa olduğunu vurgulamış, bunların iç hukukta, diğer yasalar karşısında uygulanma önceliği ve üstünlüğü olduğu yolunda bir açıklama veya ibareye yer vermemiştir. Şu duruma göre, uluslararası bir sözleşme yöntemine uygun olarak uygulanmaya konmakla bir yasal tasarrufa dönüşür ve iç hukuktaki yasal kurallarla çatıştığında, sorun, Anayasal ilke ve hukukun bu alandaki kuralları dikkate alınarak çözümlenir. Anayasamızın, 11. maddesinde istisnasız kabul ettiği ilkeye göre; Anayasada yer alan hükümlerin tüm Devlet organları ile yargı kuruluşlarını bağlayacağını öngörmüş ve kurallar hiyerarşisinde en üst yeri Anayasal hükümlere vermiştir. Böyle olunca; kurallar arasındaki çatışmada önceliğin Anayasal hükümlere verilmesi ve uluslararası bir sözleşme kuralı ile Anayasa hükmünün çatışması halinde, Anayasa hükmüne geçerlik tanınması zorunludur. Anayasanın 138/1. maddesinde, Mahkemelerin bu sıralamayı dikkate alması bir kere daha belirlenmiştir. Bu kurallar sonucu olarak, denilebilir ki, Anayasal hükümlerle çatışan uluslararası bir sözleşme kuralının, Anayasal değişiklik gerçekleşmeden veya Anayasal olur sağlanmadan, mahkemelerce, doğrudan uygulanması düşünülemez. Öte yandan, uluslararası sözleşmenin iç hukukta yer alan bir yasal kurala göre öncelik ve üstünlük taşıması veya doğrudan uygulanabilmesi uluslararası andlaşma hükümlerine uygun iç hukukta düzenleme yapılıp yapılmadığı ve bu alanda yasal sistemde boşluk bulunup bulunmadığına bağlıdır. Gerçinde yasa kurallarının çatışması durumunda;

'a) Sonraki norm öncekinin yerini alır (Lex posterior derogat priori),

b) Özel kanun, genel kanundan önce gelir (Lex specialis per generalem non derogatur)

c) Açık anlamlı norm, kapalı anlamlı norm'dan önce gelir' ilkeleri de gözetilerek sonuca ulaşılır.

...Sözleşme T.B.M.M. tarafından onanmış ve bu sözleşmeye katılmak üzere hükümete 14.12.1960 tarihinde 161 no'lu Kanunla yetki verilmişse de, bu sözleşme hükümlerinin İç Hukukumuzda oluşturulmuş Anayasal sisteme uygun düzenlemelerin üzerine çıkması ve öncelik taşıması Anayasal ve yasal değişikliklerin yapılmasından önce mümkün değildir. Gerçekten, sözü edilen uluslararası sözleşme ile Devlet, bir yükümlülük altına girmiştir. Ne var ki, bu sözleşmenin yapılmasın ve yürürlüğünden sonra, kabul edi-

len Anayasal kurla ve buna bağı yasalarla, TIS hükümlerinin uygulanacağı kimseler açıkça ortaya konmuş, Devlet bu alandaki tercihini belirlemiştir. Başka bir anlatımla; yukarıda sözü edilen ILO Sözleşmesi hükümlerine sonradan yaptığı yasal düzenlemelerde yer vermemiş...Sözleşmeden sonra yapılan Ulusal hukukun açık düzenleme ve kuralları karşısında, artık, uluslararası bir sözleşme kuralına öncelik ve geçerlilik tanınması Anayasal sistemimize ters düşer ve kabul edilemez...”¹⁶⁴

Yargıtay'ın İHAS'yle ilgili içtihadına örnek olarak İHAS'ni doğrudan uyguladığı ve TCK 39 ve CMUK 406 vd. maddeleriyle Sözleşme'nin ilgili maddesi arasında genel hüküm-özel hüküm ilişkisi olduğu gerekçesiyle Sözleşme hükmünü uygulayan Ceza Genel Kurulu kararını gösterebiliriz¹⁶⁵.

¹⁶⁴ Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Kararı, E. 1996/2261, K. 1996/5790, **YKD**, Nisan 1997, Cilt/Sayı: 23/4, s. 582. Yargıtay 10. Dairesinin bir kararında da, T.C. ile Libya arasında imzalanan Sosyal Güvenlik Sözleşmesi, kanun hükmünde kabul edilerek uygulanmış fakat daha sonraki tarihli yine iki ülke arasındaki Karama Ekonomik Komisyonunda kabul edilen protokolü ise, olayda, uygun bulma kanunu çıkarılarak yürürlüğe konulan Sözleşme ile 506 sayılı Kanun hükümlerini değiştirir nitelikte olacağından ve bu sebeple uygun bulma kanunu çıkarılması gerekeceğinden ve bu nitelikte bir işlemle iç hukuka aktarılmadığından uygulamaktan kaçınmıştır (E. 1994/12170, K. 1994/19856, K.T. 6.12.1994, **YKD**, Mart 1995, Sayı: 3, C. 21, s. 416). Yargıtay'ın kamu görevlilerinin sendika kurma haklarına ilişkin olarak taraf olduğumuz ilgili milletlerarası sözleşmelerin yorumu ve uygulanması konusundaki kararları birbiriyle tutarlı gözükmemektedir. Bu konuda Yargıtay 4. Hukuk Dairesi verdiği kararda (Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 1993/7488, K. 1994/1016, K.T. 14.2.1994; yine aynı dairesinin aynı yönde başka bir kararı için bakınız: E. 1993/8217, K. 1994/6585, K.T. 11.7.1994, **YKD**, Cilt:21, Sayı: 1, 1995, s. 24) söz konusu sözleşmelerin usulüne uygun olarak iç hukukumuzla aktarıldığından hareketle kanun hükmünde olduklarını kabul edip bu sözleşmelere dayanarak kamu görevlilerinin sendikal kurabileceklerine karar vermiş, bu karar yerel mahkemenin direnmesi üzerine Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca incelenmiş ve söz konusu Sözleşme hükümlerinin doğrudan uygulanabilir olmadığına karar verilerek yerel mahkemenin direnme kararı onanmıştır: “TBMM’ce kanunla kabul edilen bu sözleşmeler, doğrudan doğruya konuyu düzenlemekte üye ülkelere gerekli düzenlemeyi yapmak görevini yüklemektedir. Bu sözleşmelerin kabulünden sonra da henüz kamu görevlileri sendikası ile ilgili düzenleme yapılmadığından dava konusu sendika tüzel kişilik kazanmamıştır...” (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 1995/4-367, K. 1995/550, K.T. 24.05.1995). Aynı Sözleşmelerle ilgili Yargıtay 8. Ceza Dairesi verdiği bir kararında ise, “Türkiye’nin de taraf olduğu bu sözleşmelerin İç Hukukumuzla bütünleşerek bağlayıcılık kazandığı, yasa koyucunun onayladığı sözleşmelerin kural olarak Devlet memurlarına sendika kurma hakkını verdiği, bu itibarla davaya konu memur sendikalarının tüzel kişilik kazanmış olduğu...”na karar vermiştir (Yargıtay 8. Ceza Dairesi, E. 1995/17577, K. 1996/2011, K.T. 12.2.1996).

¹⁶⁵ Bu karara konu olan olayda, yerel mahkeme kararı hakkında Yargıtay 6. Ceza Dairesi; “Anayasanın 90. maddesinde dayanağını bulan ve 4 Kasım 1950 tarihinde Roma’da imzalanıp, 3 Eylül 1953 tarihinden bu yana yürürlükte olup Türkiye tarafından da onaylanmış bulunan İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşme’nin 6/3-e maddesinde yazılı sanık olarak yargılanan kişinin ‘duruşmada

B. 7 Mayıs 2004 Tarihli Anayasa Değişikliğinden Sonra

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun'un (Kanun no.5170) 7. maddesi ile birlikte Anayasamızın 90. maddesinin son fıkrasına aşağıdaki hüküm eklenmiştir:

“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”¹⁶⁶

Bu değişikliğin gerekçesi olarak da, uygulamada usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin milletlerarası andlaşmalar ile kanun hükümlerinin çelişmesi halinde ortaya çıkacak bir uyuşmazlığın hallinde hangisine öncelik verileceği konusundaki tereddütlerin giderilmesi amacıyla bu hükmün eklendiği belirtilmiştir.

Anayasaya bu hükmün eklenmesi ile yukarıda değindiğimiz milletlerarası andlaşmaların iç hukukta uygulanması meselesinde hangi kurala öncelik tanınacağı konusunda Türk hukukundaki tartışmalara (en azından insan haklarına ilişkin olan andlaşmalarla ilgili olan kısma) bir son vermiştir. Bundan sonra Türk hukukunda ister önceki, ister sonraki tarihli olsun bir kanunla insan haklarına ilişkin bir andlaşma hükmü çatışırsa öncelik andlaşma hükmüne tanınacaktır. Bundan çıkan sonuç, milletlerarası insan hakları andlaşmalarının Türk normlar hiyerarşisinde kanunlardan üstün ancak anayasadan aşağı bir düzeyde olduğunu açıkça göstermektedir¹⁶⁷. Ancak bu

kullanılan dili anlamadığı veya konuşmadığı takdirde bir tercüman yardımından meccanen faydalanmak hakkına sahiptir’ hükmüne aykırı olarak, tercüman bilirkişi ücretinin sanıklara yükletilmesi yasaya aykırı olduğundan, tercüman ücreti çıkartılmak suretiyle hükmün düzeltilerek onanmasına” karar vermiştir. Bu karara karşı Yargıtay C. Başsavcılığı, “Her ülke kendi ulusal mevzuatını uygulayacaktır. Yasalar, uluslararası sözleşmelere uygun hale getirilecektir. 1982 Anayasası’na göre antlaşmalar yasa gücündedir ve Anayasaya aykırılığı ileri sürülemez. Anayasada, anlaşmalara aykırı yasa çıkarılamayacağına dair hüküm olmadığından, ulusal yasalar her zaman uygulanacaktır. Sözleşmelerin doğrudan uygulanması yerine, iç hukukun sözleşme amaç ve ideallerine uyumlu hale getirilmesi ve uygulanması, hem uygulanabilirlik ve hem de diğer ülkelerin tatbikatının ortaya çıkardığı bir olgudur” gerekçesiyle itiraz etmiş, bunun üzerine Ceza Genel Kurulu, Anayasa uyarınca usulüne uygun olarak onaylanan Sözleşmenin yasa niteliğinde olduğunu belirterek, yargılama giderlerinin kime yükletileceğine ilişkin olan TCK 39 ve CMUK 406 ve devamı maddeleri yanında İHAS’nin 6/3-e maddesinin istisna hüküm olduğunu belirterek, Yargıtay C. Başsavcılığı’nın itirazını reddetmiştir (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 1996/6-2, K. 1996/33, K.T. 12.3.1996, YKD, Cilt: 22, Sayı: 4, 1996, s. 621).

¹⁶⁶ R.G. Tarih: 22 Mayıs 2004, Sayı: 25469.

¹⁶⁷ Son Anayasa değişikliğinden sonraki uygulamaya örnek olarak: Yargıtay Yedinci Ce-

eklenen hükmün ifadesinden hareketle çeşitli tartışmalar çıkabilecektir. Çünkü “temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşma” ifadesine ilişkin olarak, hangi anlaşmaların temel hak ve özgürlüklere ilişkin olduğu sorusu ortaya atılacaktır. Yine “temel hak ve özgürlükler” ifadesi ile “insan hakları” arasında bir ayrım söz konusu mudur diye bir soru gündeme gelebilecektir¹⁶⁸. Hükmün amacından, bütün insan hakları ile ilgili Sözleşmelerin (tabii ki, Türkiye’nin Anayasamızın öngördüğü usule uygun olarak taraf olması gerekir) madde kapsamında sayılması gerekir. Diğer bir nokta da, sadece belli hükümleri insan hakları ile ilgili olan bir andlaşmanın ilgili hükümleri kanunlara üstün olacak mıdır gibi tartışmalara mahkemelerimiz cevap bulmak durumundadır. Ancak, doğrudan uygulanabilir nitelikte olmayan hükümler açısından kanunlarla gerçek bir çatışmanın var olup olamayacağı dikkate alınmalıdır. Dikkat edilmesi gereken önemli bir husus da, her halükarda Sözleşme hükmünün uygulanması söz konusu değildir. Çünkü, insan haklarına ilişkin andlaşmalar, konumuz bakımından İHAS özel olarak kendisinden daha geniş bir şekilde insan haklarını koruyan düzenlemeler karşısında kendisinin uygulanmayacağına ilişkin hüküm getirmiştir¹⁶⁹. Bu durumda kanunlarımız İHAS’ndan daha geniş bir koruma getiriyorsa, Sözleşme’nin amacı ve açık hükmü karşısında Sözleşme değil daha geniş haklar veren kanun uygulanmalıdır. Yine, “milletlerarası andlaşma” deyimine dikkat etmek gerekir. Örneğin milletlerarası andlaşma niteliğini haiz olmayan belgelerin (Örneğin, Helsinki Nihaî Senedi gibi, AGİT kapsamındaki birçok

za Dairesi, E. 2003/10073, K. 2004/11328, T. 27.9.2004, **YKD**, Cilt: 31, Sayı: 7, Temmuz 2005, s. 1160-61; Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun bu konuda verdiği yeni tarihli bir karar için bakınız: E.2005/7-24, K.2005/56, T.24.5.2005, **YKD**, Cilt:31, Sayı:8, Ağustos 2005, s. 12761-85. Bu kararlarda, Yedinci Daire ilgili kanun hükmünü BM Çocuk Hakları Sözleşmesine aykırı bulmuş ve Anayasa değişikliğine dayanarak Sözleşmeyi uygulamış, Ceza Genel Kurulu ise kanun hükmü ile Sözleşme hükümleri arasında çatışma olmadığına karar vererek ilgili kanun hükmünün uygulanmaktan kaçınılamayacağına karar vermiştir.

- ¹⁶⁸ Değişiklik sonrası yapılan konuyla ilgili değerlendirmeler için bakınız: Şahnaz Gerek, Ali Rıza Aydın, “Anayasa’nın 90. Maddesi Değişikliği Karşısında Yasaların Geleceği ve Anayasal Denetim”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl: 17, Sayı: 55, Kasım-Aralık 2004, s. 226-238; Ali Karagülmez, “5170 Sayılı Yasa’yla Anayasa’nın 90. Maddesinde Yapılan Değişikliğe Bir Bakış”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 54, 2004, s. 163-177; Mesut Gülmez, “Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerini İç Hukuktaki Yeri ve Değeri”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 54, 2004, s. 147-161; İbrahim Şahbaz, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 54, 2004, s. 179-217; Levent Gönenç, “2004 Anayasa Değişiklikleri”, **Güncel Hukuk**, Sayı: 7, Temmuz 2004, 44-48.
- ¹⁶⁹ İHAS madde 53: “Bu Sözleşmenin hiçbir hükmü, Sözleşmeciler Tarafının iç hukuklarında güvence altına aldıkları insan hakları ve temel özgürlükleri kısıtlayacak ve taraf oldukları anlaşmalardaki yükümlülüklerini azaltacak biçimde yorumlanamaz.”

belge andlaşma niteliğinde sayılmamakta, sadece siyasi olarak bağlayıcı kabul edilmektedir) kanunlarımızdan üstün olduğunu söylemek mümkün değildir. Hüküm yeterince açık olsa da, eski tartışmaların bazıları örneğin Anayasamızın 90. maddesinde yer alan milletlerarası andlaşmalar aleyhine Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı hükmünden hareketle Anayasaya aykırı da olsa milletlerarası andlaşmaların mahkemelerimizce uygulanması gerekeceğini hala savunanlar çıkacaktır. Fakat yasa koyucu, sadece temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmalar açısından ve yine sadece kanunlara karşı bir üstünlük tanıyan bir iradeyi açıkça ortaya koymuştur. Bu hükmü göz ardı edip Anayasa Mahkemesine başvurulamaması hükmünden hareket ederek milletlerarası andlaşmalara Anayasamızdan da üstün bir yer vermek, yukarıda değindiğimiz üzere, ne Anayasa hukuku mantığına, ne de hukuk mantığına uygun bir yorum olacaktır. Kaldı ki, 2004 değişikliklerinden biri de, “Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere vatandaşı, suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemez” (1982 Any. md. 38/son fıkra) hükmüdür. Henüz tarafı olmadığımız bir Sözleşme ile kurulan bir Mahkemeye ilişkin bu hükmün getirilme gayesi, taraf olduğumuz zaman Anayasa karşısında Sözleşmenin ilgili hükmünün uygulanamayacak olması nedeniyle, önceden Anayasal değişiklikle bu sorunu çözmek olsa gerektir. Andlaşmalar anayasaya aykırı olsa bile -en azından hiçbir tereddüde yer olmaksızın- uygulanmak durumunda olsaydı, o zaman bu değişikliğe lüzum olmamalıydı.

IV. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk Hukukundaki Yeri

A. Genel Olarak

Yukarıda açıklamaya çalıştığımız üzere İHAM kararlarının niteliği üzerinde yine kısaca durmak gerekirse, Mahkemenin birçok kararında ifade edildiği üzere, Mahkemece Sözleşme'nin ihlâl edildiği kararının alınması, herhangi bir işlem yapılmadan, kendiliğinden iç hukuku etkilemez. Mahkeme kararı, Sözleşmeye aykırılığı saptanan işlemi ne iptal eder, ne değiştirir, ne de bozar. Mahkeme böyle bir yetkiye sahip değildir, yalnız dava konusu işlemin, ya da eylemin Sözleşmeye aykırı olduğunu, Sözleşme'nin ihlâl edildiğini beyanla yetinir. Buna mukabil, âkit devletler davada taraf oldukları kararlara uymakla ve bunların gereğini yerine getirmekle yükümlüdürler. Mahkemenin birçok kararında belirtildiği gibi, kararı yerine getirecek devlet, kararı yerine getirme yol ve yöntemini seçmekte serbesttir.

Mahkemenin görevi, 41. maddede (eski 50. madde) belirtildiği üzere, âkit devletin veya onun otoritesi altındaki organ veya kişilerin işlem veya eylem-

leri tarafından “Sözleşme’nin veya Protokollerin ihlâl” edilip edilmediğine karar vermek ve “ilgili âkit devletin iç hukuku ancak bu ihlâli kısmen giderme imkânı veriyorsa” zarara uğrayan tarafa hakkaniyete uygun bir tazminata hükmetmektir. Bu sebeple İHAM kararlarının temyiz niteliğinde bir etkiye sahip olması ya da taraf devlet organlarının herhangi bir kanun, mahkeme kararı veya başka bir işlemi iptal etme imkânı yoktur¹⁷⁰. Yine mahkemenin, taraf devletten, belli bir ceza veya disiplin yaptırımını iptal etme, belli önlemleri alma gibi talepleri olamaz¹⁷¹. Kısaca, Mahkeme, Sözleşme’nin ihlâl edilip edilmediğini tespit eder ve eğer gerekliyse tazminata hükmeder. Kısaca Mahkemenin iki türlü kararı söz konusu olmaktadır; beyan edici nitelikte (ihlâlin varlığını tespit eden) kararlar ve eğer gerekli görülürse bu ihlâlden zarar gören taraf lehine hakkaniyete uygun bir tazminata (*just satisfaction*) hükmeden kararlar.

Türk hukuk uygulaması incelendiğinde İHAM kararlarına mahkeme kararlarında çok fazla atıf yapılmamakta, genelde Sözleşmeye atıf yapılmaktadır. Sözleşme Türk hukukunun bir parçası olarak uygulandığına göre İHAM kararları da Sözleşme hükümlerine açıklık getirdiği ölçüde, Türk Mahkemeleri tarafından Sözleşme hükümlerinin yorumu konusunda dikkate alınacaktır. Fakat bu mahkeme kararlarının doğrudan uygulanması anlamına gelmez. Zaten İHAM kararlarının yukarıda değindiğimiz üzere ihlâli tespit eden nitelikteki kararlarının hüküm fıkralarının bu anlamda icraî bir niteliği yoktur. Bu ihlâl, eğer bir yasa kuralının Sözleşmeye aykırılığından dolayı ise, İHAM kararının gereğini yerine getirmek Yürütme organı ve TBMM’ye düşmektedir. Yeni yapılan değişiklik çerçevesinde yargılamanın yenilenmesi dışında, Türk mahkemelerinin bu konuda yapabilecekleri bir şey bulunmamaktadır. İHAM’nin tazminata ilişkin kararları ise, biraz daha farklı değerlendirilebilir. Çünkü bu nitelikteki kararların hüküm fıkralarında bir edimin yerine getirilmesi öngörülmekte, belli bir miktarın sorumlu devletçe ödenmesi istenmektedir. Bu durumda şimdiye kadar Türkiye’nin *Loizidou*¹⁷² davası dışında (kaldı ki yakın zamanda Türkiye, Kıbrıs sorunu-

¹⁷⁰ Ress, **op. cit.**, s. 802; Velu, **op. cit.**, s. 566.

¹⁷¹ Velu, **loc. cit.**

¹⁷² Türkiye’nin bu davada verilen kararı yerine getirmemesiyle ilgili olarak Bakanlar Komitesi, yetkisi uyarınca (İHAS md. 46/2), Türkiye’ye kararların gereğini yerine getirme yükümünü hatırlatan (**IntResDH (99)680**) ve son olarak da, Türkiye’nin kararın gereğini yerine getirmemesini “*yargı kararlarına uyulmadığına ilk örnek*” bir durum ve Türkiye’nin “*milletlerarası vecibelerinin açık ihlâli*” olarak nitelendiren (**IntResDH(2000)105**) kararlar almıştır. Bu kararların metnine Avrupa Konseyi’nin internet sayfasından ulaşabilirsiniz: <http://www.coe.int/t/E/Committee_of_Ministers/Home/Documents>. Ayrıca Loizidou kararının Kıbrıs sorunu ile bağlantılı olarak değerlendirilmesi için bakınız: Sevin Toluner, “*NOT*”, **Milletlerarası Hukuk Açısından Türkiye’nin Bazı Dış Politika Sorunları**, s. 179-186.

na çözüm arayışları ve AB üyeliği önündeki engelleri kaldırma amacıyla davada mahkûm olduğu tazminatı belli şartlarla ödemeyi kabul etmiş ve ödemiştir) genellikle bütün tazminatları ödeme eğilimindedir. Burada sorun, devlet bu tazminatları ödemediğinde bu kararların icrasının ne şekilde yapılacağıdır. Bir başka ülke mahkemeleri ve icra daireleri önünde bu tazminatın talep edilip edilemeyeceği sorusu burada akla gelebilir. Ancak, bunun milletlerarası hukuk çerçevesinde imkân dâhilinde olmadığını belirtmeliyiz. Böyle bir talebin önündeki engel devletlerin yargı ve icra bağışıklığı olacaktır. Bu konuda İHAM'nin yakın zamanlarda verdiği içtihatlar da göstermektedir ki, insan hakları ihlallerinde, bir devletin diğer bir devlet üzerinde yargı yetkisini ortadan kaldıran bağışıklık kuralına bir istisna getirilmiş değildir¹⁷³. İkinci sorun da, devletin mahkemenin tespit ettiği ihlâlden dolayı tazmin sorumluluğuna ilişkin olarak iç hukukta bir dava söz konusu olduğunda, İHAM'nin verdiği bu kararın kesin hüküm niteliği taşıyıp kişinin tekrar tazminat davası açmasını engeller nitelikte olup olmayacağıdır (Eğer iç hukuk yollarının tüketilmesi şartının yerine getirilmesi sırasında kesin hüküm olacak bir iç mahkeme kararı daha önceden alınmamışsa). Bu konu, İHAM kararlarının iç hukukta kesin hüküm niteliği taşıyan kararlar olarak kabul edilip edilmeyeceği ile ilgilidir. İHAM kararlarını icra edecek ve gereğini yerine getirecek olan asıl organ devletin yürütme organı olacaktır. Kararın tazminata ilişkin kısmının ödenmesi, eğer yasama değişikliği söz konusu ise gerekli girişimleri TBMM önünde yapılması (tabi ki sadece yürütme organı değil diğer milletvekilleri de bu konuda girişimde bulunabilir) yürütme organınca yapılması gereken şeylerdir. Aşağıda inceleyeceğimiz üzere yargı organı ise yargılamanın yenilenmesi durumu söz konusu olduğunda İHAM kararındaki ihlâlin giderilmesi konusunda harekete geçebilecektir. İHAS son anayasal değişiklikten sonra kanunların üstünde yer alacağından dolayı yargı organlarımız kanunların ve diğer mevzuatın uygulanması sırasında bunların İHAS'ne uygun olup olmadığını denetleyecek ve eğer Sözleşmeye aykırılık varsa Sözleşme hükmünü uygulamak zorunda kalacaktır. Sözleşmenin uygulanması ve hükümlerinin yorumlanmasında ise birincil derecede yetkin organ olan İHAM'nin kararları ve içtihatlarını da göz önünde tutacaktır. Ancak yine de bu tabi ki İHAM kararlarının doğrudan uygulanması anlamına gelmemektedir.

B. *Res Judicata* Etkisi

Kesin hüküm (*res judicata*) etkisi davanın tarafları ve hüküm fıkrasında ifade edilen karar ile sınırlıdır. Devletlerarası uyuşmazlıklarda, tarafların ay-

¹⁷³ Bu konudaki kararlar ve değerlendirmeler için bakınız: Xiaodong Yang, "State Immunity in the European Court of Human Rights: Reaffirmations and Misconceptions", *British Yearbook of International Law*, vol. 74, 2003, s. 333-408.

nı olması gereği yerine gelmediği için millî mahkemeler önünde kesin hükmün doğrudan bir etkisinin tanınması imkânsızdır. Buna mukabil, bireyin milletlerarası mahkeme önünde doğrudan taraf olduğu durumlarda, örneğin İHAM'nin bireysel şikâyet sonucu verdiği kararlarda, iç hukukta tarafların ayniyeti söz konusu olabilir. Fakat bu durumlarda da, dava konusu talebin ayniyeti kanımızca sorun olabilir.

Milletlerarası mahkeme kararının iç hukuk düzeyinde de taraflar için *res judicata* niteliğini taşıyor olmasının kabulü, şüphesiz bu kararın iç hukukta doğrudan uygulanmasının ön şartını teşkil etmektedir¹⁷⁴. Bu, kesin hüküm niteliğinin olumlu yönünü oluşturmaktadır. Bir de olumsuz yönünü dikkate alırsak, bu da kesin hüküm haline gelmiş uyuşmazlığın bir daha mahkeme önüne getirilememesidir. Bu anlamda da milletlerarası mahkeme kararı ile tarafları ve dava konusu aynı olan bir kararın varlığı durumunda artık bu konunun iç hukukta da bir daha dava konusu yapılamayacağı anlamına gelir.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere milletlerarası mahkemelere havale edilmiş olan uyuşmazlıkların hepsi, uygulanmayı gerektiren karara ihtiyaç gösterecek nitelikte değildir. Bu gibi uyuşmazlıklarda, mahkemenin görevi, çoğunlukla, hukukî durumun açıklığa kavuşturulması (tespiti) ile sona ermiş olur. Milletlerarası hukuktan kaynaklanan bir taahhüdün yerine getirilip getirilmediğine veya andlaşmanın yorumuna ilişkin uyuşmazlıklar ve İHAM'nin bir ihlâli tespit niteliğindeki kararları bu durumun örneğidir.

İHAM'nin tazminata ilişkin kararlarının iç hukuk bakımından kesin hüküm niteliği taşıyıp taşımadığı sorunu tartışmalı olabilir. Çünkü kural olarak, İHAM kararlarının taraf devletlerce yerine getirilmesi usulü devletlere bırakılmıştır. Gerçi bu tazminata ilişkin olunca tek yol tazminatın ödenmesidir. Ancak bu tazminata ilişkin olan İHAM kararına devletin iç hukuku bakımından kesin hüküm niteliği taşıyan bir mahkeme kararı niteliği tanıma yükümü getirmediği ileri sürülebilir. Milletlerarası alanda devleti temsil eden organ yürütme organı olduğuna göre, kural olarak milletlerarası yükümlülüklerin yerine getirilmesinden sorumlu organ da yürütme organıdır. Yürütme organı tazminata ilişkin İHAM kararının gereğini yerine getirmediğinde, kişi bu karara dayanarak Türkiye'de veya diğer bir taraf ülkede bu tazminat kararının icrasını sağlamak için herhangi bir imkâna sahip midir?¹⁷⁵

Diğer bir taraf ülkede, başka bir devlet aleyhine verilmiş kararın uygulanmasının karşısında devletlerin yargı ve icra bağışıklığı gündeme gelecektir.

¹⁷⁴ Rauf Versan, *op. cit.*, s. 468.

¹⁷⁵ Bu noktada devletin yargı ve icra bağışıklığı konusunu da dikkate almak gerekecektir.

İnsan haklarına ilişkin ihlaller durumu bu bağışıklığı ortadan kaldıran bir neden olarak henüz kabul edilmiş değildir¹⁷⁶. Türk hukuku bakımından ise, örneğin, İdari Yargılama Usulü Kanununun 28/2. maddesine göre “*tam yargı davaları hakkındaki kararlardan belli bir miktarı içerenler genel hükümler dairesinde infaz ve icra olunur*” kuralı yer almaktadır. Buna göre tam yargı davası ile elde edilen kararın yönetim tarafından kendiliğinden yerine getirilmemesi durumunda, ilgilinin icra dairesine başvurması gerekir. İcra dairesi, haciz yolu dışında kalan, diğer olanakları yönetime karşı uygular. Bilindiği gibi devlet malları haczedilemez. Bu yol istisnaî olarak bazı kamu kuruluşlarının haczedilebilen mallarına uygulanabilir¹⁷⁷. İdarî Yargılama Usulü Kanununun 28. maddesinde yer alan kurallar, mahkeme kararlarının yönetimce gecikmeden yerine getirilmesini sağlamaktadır ve maddede yer alan kurala göre, “*Tazminat ve vergi davalarında kararın idareye tebliğinden itibaren infazın gecikmesi sebebiyle idarece kanunî gecikme faizi ödenir.*”¹⁷⁸ Bu hükümlerin İHAM’nin tazminata ilişkin kararları için de uygulanıp uygulanamayacağı sorusu değerlendirilmelidir. Bir görüş olarak Anayasamızın 90. maddesindeki “*usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir*” şeklindeki düzenlemeden hareketle İHAS’ne dayalı olarak yargılama yapan mahkemenin kararlarının da aynı Sözleşme gibi iç hukukumuzda doğrudan hüküm doğuracağı ileri sürülebilir. Kanımızca, bu görüşün savunulabilmesi için öncelikle İHAS’nin İHAM kararlarına bu niteliği tanımış olduğunun ispatı gereklidir. Yukarıda incelemeye gayret ettiğimiz kadarıyla, İHAS’nin İHAM kararlarına bu niteliği tanıdığını savunmak kolay gözükmemektedir. Tazminata hükmeden kararları dışındakiler için hiçbir şekilde mümkün gözükmemektedir. Sözleşme’nin kendisi böyle bir yükümü öngörmediğine göre, Anayasamızın 90. maddesinden hareketle Sözleşmeye dayanarak İHAM kararlarına doğrudan bir etki tanımak mümkün olamaz. İç hukukumuzda milletlerarası mahkeme kararlarının millî hukukumuzda icrasına ilişkin bir düzenleme olmadığına göre, meseleyi hukukun ve özellikle milletlerarası hukukun genel kuralları çerçevesinde çözmek zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. En baştan beri cevaplama-ya çalıştığımız soru da milletlerarası hukuk, milletlerarası mahkeme kararlarının millî hukuklardaki uygulanmasına ilişkin ne gibi hükümler öngörmüştür sorusunun cevabı ise maalesef açık değildir -daha doğrusu, doğrudan hüküm doğuracağı yönünde açık değildir-. Daha önce değindiğimiz, milletlerarası yargı kararlarının iç hukuklarda doğrudan uygulanmasını kabul etmeyen çeşitli millî yargı kararları da mevcuttur. Bugün dahi milletlerara-

¹⁷⁶ İHAM’nin bağışıklık konusundaki kararları için bakınız: *supra* dipnot 172.

¹⁷⁷ A. Şeref Gözübüyük, *Yönetmelik Yargı*, Gözden geçirilmiş 10. bası, Ankara, 1996, s. 291.

¹⁷⁸ *Loc. cit.*

sı hukuk, kural olarak hâlâ, *devletlerarası ilişkileri düzenleyen* bir hukuk dalı olma özelliğini mutlak olarak kaybetmediği ve milletlerarası yargı organları yetkilerini devletlerin rızalarından almaya devam ettiği için, açık bir kural veya düzenleme olmadan devletin milletlerarası alanda yargılama için verdiği rızanın bu kararın iç hukukta doğrudan uygulanması anlamına geldiğini yorum yoluyla savunmak pek mümkün görünmemektedir¹⁷⁹.

C. *Stare Decisis* Etkisi

Milletlerarası mahkeme kararlarının *stare decisis* prensibi uyarınca sonraki mahkeme kararlarını bağlar nitelikte olup olmadığı sorunun da değerlendirilmesi gerekir. *Common law* doktrini olarak *stare decisis*, önceki mahkeme kararlarında ifade edilen hukuk kurallarını olayların büyük ölçüde aynı olduğu sonraki davalarda uygulama yükümlüdür. Millî mahkemeler açısından bu meseleye bakıldığında, bu prensiple bağlı olmayan ülkeler açısından bir güçlük doğmamaktadır. Bu prensibi benimsemiş olan Anglo-Amerikan yargısında ise, milletlerarası mahkeme kararları açısından da bu prensibin geçerli olup olmadığı sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu soruya İngiliz mahkemelerinin verdiği yanıt; bu prensibin milletlerarası kuralların tanımının verildiği bir önceki karara göre kuralın veya yorumunun değişmesi durumunda kararın yeniden gözden geçirileceği yani, bu prensibin milletlerarası hukuk açısından geçerli olmadığıdır.

Millî mahkemeler, kendisine havale edilen uyuşmazlığı çözmek için milletlerarası hukukun bir kuralını dikkate almak durumunda kaldığında, milletlerarası mahkemeler tarafından verilmiş olan kararları söz konusu milletlerarası hukuk kuralına açıklık getirebildikleri ölçüde dikkate alırlar. Bu durumun, yani millî mahkemelerin milletlerarası yargı kararlarını milletlerarası hukuk ve hatta iç hukuk kurallarına açıklık getirdikleri için dikkate almalarının, bu kararların "*uygulanması*" anlamına gelmediği şüphesizdir. Mahkeme içtihatlarının bütün hukuk sistemlerinde yol gösterici niteliğe ve bunun sonucu olarak bu anlamda bağlayıcılığa sahip olduklarını kabul etmek gerekir. Fakat bu bağlayıcılık esas itibarıyla manevi anlamda olup, mahkemeler için hukukî bir yükümlülük teşkil etmemektedirler. Yargıçlar, milletlerarası yargı kararlarını (özellikle Milletlerarası Adalet Divanı kararlarını), daha çok, milletlerarası hukukla ilgili bir sorunda hukukun veya vakıanın delili olarak uygulama eğilimindedirler.

¹⁷⁹ Burada, milletlerarası mahkeme kararının –devlet bu davanın tarafı olsun olmasın– milletlerarası hukukun bir kaynağı olarak, bir milletlerarası kuralın yorumunda millî mahkemeler için yol gösterici niteliği ve etkisini, bu karara iç hukukta kesin hüküm niteliği tanımaktan farklı olduğunu tekrar hatırlatmakta fayda var sanıyorum.

İHAM kararları açısından da, bu kararların Türk mahkemeleri için, diğer davalar açısından bağlayıcı oldukları söylenemez. Bunun birinci sebebi, Türk hukukunda *stare decisis* ilkesinin kabul edilmemiş olması, ikincisi de bizzat Sözleşme ve İHAM içtihatlarında böyle bir bağlayıcılık öngörülmemiş olup, hatta Sözleşme “yaşayan bir enstrüman” olarak tanımlanmış ve Sözleşmenin sosyal değişime göre dinamik olarak yorumlanması öngörülmüştür¹⁸⁰. Bu durumda mahkeme kararlarının, Sözleşme’nin yorumuna ilişkin olarak, en yetkili organ olan mahkemenin yorumu olmaları nedeniyle millî mahkemeler tarafından Sözleşme’nin yorumunda dikkate alınacakları kesin olmakla beraber, bu kararların ve İHAM’nin yorumunun mutlak bağlayıcılığı söz konusu olmayacaktır. Gerek İHAM ve gerekse de yerel mahkemeler, gelişen yeni durumlara göre Sözleşme’yi yorumlayabileceklerdir. Aksini düşünmek, İHAM’ne bir temyiz mercii vasfını yüklemek anlamına gelir ki, bu ne Sözleşme sisteminde ne de Türk hukuk sisteminde kabul edilmiş bir durum değildir¹⁸¹.

D. Yargılamanın Yenilenmesi Yolu

03.08.2002 tarih ve 4771 nolu “Çeşitli kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun” ile getirilen değişikliklerden birisi de, İHAM kararlarının tazminatla giderilemeyecek sonuçlar doğurması durumunda; Hukuk ve Ceza davaları açısından yargılamanın yenilenmesi sebebi sayılmasına ilişkin, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa 327/a maddesinin, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa 445/a maddesinin eklenmesidir¹⁸².

¹⁸⁰ Drzemczewski, *op. cit.*, s. 54.

¹⁸¹ İHAM’nin 26.02.2004 tarihli, *Görgülü v. Germany* (Ap. No: 7469201) kararının uygulanmasına ilişkin olarak Alman Anayasa Mahkemesi, İHAS’ni federal yasalarla eş düzeyde kabul etmiş ve İHAM kararının ve İHAM tarafından yapılan Sözleşmeye ilişkin yorumun Alman mahkemelerini bağlamayacağına karar vermiştir: Federal Anayasa Mahkemesi Kararı, 2 BvR 1481/04, 14.10.2004, kararın İngilizce çevirisi için bakınız: <http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20041014_2bvr148104e.html>. Yine, Milletlerarası Adalet Divanı’nın *Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals* davasındaki ilgili sözleşmeye ilişkin yorumuyla kendini bağlı saymayan bir milli mahkeme kararına örnek olarak bakınız: *Medellin v. Dretke*, **International Legal Materials**, Vol. 44, July 2005, s. 965. Bu kararın değerlendirmesi için bakınız: A. Mark Weisburd, “*International Judicial Decisions, Domestic Courts, and the Foreign Affairs Power*”, **Cato Supreme Court Review**, 2004-2005, s. 287-320.

¹⁸² R.G. 9 Ağustos 2002, Sayı: 24841. Bu kanunun 6. maddesine göre Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa eklenmesi öngörülen 445/a maddesi hükmü şöyledir:

“Madde 445/a. – Kesin olarak verilmiş veya kesinleşmiş olan bir kararın, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme’nin veya eki protokollerin ihlâli suretiyle verildiği saptandığında, ihlâlin ni-

Bu kanunun Geçici 2. maddesi yargılamanın yenilenmesine ilişkin söz konusu değişikliklerin (madde 6 ve 7), bu maddelerin yürürlüğe girdiği tarihten sonra (ki bu tarih Kanununun 13. maddesinde Kanunun yayımı tarihinden bir yıl sonrası olarak belirtilmiştir) İHAM'ne yapılan başvurular üzerine verilecek kararlar hakkında uygulanacağını ifade etmektedir.

4771 sayılı Kanununun egemenlik ve yargı bağımsızlığı bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla açılan davada Anayasa Mahkemesi: "...istem (yargılamanın yenilenmesi istemi) uygun görüldüğünde kabul edilerek davanın esası hakkında yeni bir karar verilecektir. Yargılamanın sonucuna göre, mahkemenin önceki kararını onaylaması da bir olasılık olup, getirilen düzenlemede bunu engelleyecek bir kural yer almamaktadır. Ayrıca, davaya bakan hâkimler, Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm vereceklerinden, iç hukukun yargılama usulüne müdahale veya yargı yetkisinin devri ya da mahkemelerin bağımsızlığını zedeleyen bir durum söz konusu değildir." gerekçesiyle aykırılık iddiasını reddetmiştir¹⁸³.

Daha sonra 4793 sayılı Kanunla¹⁸⁴ yapılan yeni bir değişiklikle, yukarıda

telîği ve ağırlığı bakımından Sözleşme'nin 41 inci maddesine göre hükmedilmiş olan tazminatla giderilemeyecek sonuçlar doğurduğu anlaşılırsa; Adalet Bakanı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuruda bulunan veya yasal temsilcisi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde Yargıtay Birinci Başkanlığından muhakemenin iadesi isteminde bulunabilirler.

Bu istem, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca incelenir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince saptanan ihlâlin sonuçları tazminatla giderilmiş veya istem süresi içinde yapılmamış ise reddine; aksi hâlde, dosyanın davaya bakması için kararı veren mahkemeye gönderilmesine duruşma yapmaksızın kesin olarak karar verir."

Bu kanunun 7. maddesine göre Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa eklenmesi gereken 327/a maddesi şu şekilde düzenlenmiştir:

"Madde 327/a. – Kesinleşmiş bir ceza hükmünün Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'nin veya eki protokollerin ihlâli suretiyle verildiği saptandığında ihlâlin niteliği ve ağırlığı bakımından Sözleşme'nin 41 inci maddesine göre hükmedilmiş olan tazminatla giderilemeyecek sonuçlar doğurduğu anlaşılırsa; Adalet Bakanı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuruda bulunan veya yasal temsilcisi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde Yargıtay Birinci Başkanlığından muhakemenin iadesi isteminde bulunabilirler.

Bu istem, Yargıtay Ceza Genel Kurulunca incelenir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince saptanan ihlâlin sonuçları tazminatla giderilmiş veya istem süresi içinde yapılmamış ise reddine; aksi hâlde, dosyanın davaya bakması için kararı veren mahkemeye gönderilmesine duruşma yapmaksızın kesin olarak karar verir."

¹⁸³ E. 2002/146, K. 2002/201, T. 27.12.2002, R.G., T. 11 Aralık 2003, Sayı 25313.

¹⁸⁴ R.G. Tarih: 4 Şubat 2003, Sayı: 25014

Hukuk Usulü ve Ceza Usulü Kanunlarına eklenen maddeler kaldırılmış (madde 5) ve aşağıdaki hükümler eklenmiştir:

18.6.1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 445. maddesinin birinci fıkrasına aşağıdaki 11 inci bent eklenmiştir:

"11-Hükmün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlâli suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması."

Yine Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 447. maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiştir:

"445 inci maddenin birinci fıkrasının 11 inci bendinde yazılı sebepten dolayı iade-i muhakeme müddeti Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıldır."

4.4.1929 tarihli ve 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 327 inci maddesine ise aşağıdaki 6. bent eklenmiştir:

"6-Ceza hükmünün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlâli suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması. Bu halde, muhakemenin iadesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde istenebilir."

Yine 4793 sayılı Kanunla¹⁸⁵ yapılan bu değişiklikle birlikte, 4771 sayılı Kanunun geçici 2'nci maddesi de yürürlükten kaldırılarak yerine şu geçici madde konulmuştur:

"Bu Kanunun 1 ve 3 üncü maddeleri, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararları ile bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvurular üzerine verilecek kararlar hakkında uygulanır. Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte kesinleşmiş olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına ilişkin muhakemenin iadesi istemleri, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılır."

Benzer hükümler 4928 sayılı kanun değişikliğinin¹⁸⁶ 6. ve 7. maddesi ile İdari Yargılama Usulü Kanunu'na da eklenmiştir¹⁸⁷.

¹⁸⁵ R.G. Tarih: 4 Şubat 2003, Sayı: 25014

¹⁸⁶ R.G. Tarih: 19 Temmuz 2003, Sayı: 25173.

¹⁸⁷ "MADDE 6 — 6.1.1982 tarihli ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 53 üncü maddesinin (1) numaralı fıkrasına aşağıdaki (ı) bendi eklenmiş ve (3) numaralı fıkrasının birinci cümlesi aşağıdaki şekilde değiştirilmiştir.

ı) Hükmün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya eki protokollerin ihlâli suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararıyla tespit edilmiş olması.

Bu hükümlerden anlaşıldığı üzere, Türk hukukunca kesinleşmiş bir mahkeme kararının, İHAM kararınca Sözleşme ve ek protokollerini ihlâl eder nitelikte bulunması durumunda, yargılamanın iadesi söz konusu olacaktır. İlk değişiklikte getirilen belli şartlar (mesela ihlâlin tazminatla giderilemeyecek olması gibi) sonraki değişiklikte kaldırılmış ve sadece süre sınırlaması kalmıştır. Bu durumda, yargılamanın yenilenmesi için başvuru şartları şu şekilde özetlenebilir: Öncelikle iç hukukumuzda kesin hüküm niteliğini kazanmış bir yargı kararının bulunması ve bu kararın ilgili durumun İHAM tarafından Sözleşme ve Ek Protokollerine aykırı bulunması gerekir. İHAM kararının kesinleşmesinden itibaren bir yıl içinde yargılamanın yenilenmesi istemi yapılmış olmalıdır. Süre bakımından önemli bir sınırlama ise, geçici maddelerle kanunlara eklenen sınırlamalardır. Hukuk ve Ceza davaları açısından, ilgili kanunun (geçici madde gereği) yürürlüğe girdiği tarih 4.2.2003'tür ve bu tarihten önce kesinleşmiş olan İHAM kararları ile bu tarihten sonra yapılan başvurular açısından yargılamanın yenilenmesi söz konusu olacaktır. 4.2.2003 tarihinden önce kesinleşmiş İHAM kararları için de 4.2.2003 tarihinden itibaren bir yıllık bir başvuru süresi öngörülmüştür. İdari davalar açısından ise, ilgili kanun 19.7.2003 tarihinde yürürlüğe girdiği için az önceki durum sadece bu tarih göz önünde tutularak uygulanacaktır. Yani şöyle de özetleyebiliriz, 4.2.2003 tarihinden önce İHAM'ne yapılmış ve bu tarihe kadar kesinleşmemiş davalar açısından Hukuk ve Ceza mahkemelerimiz önünde yargılamanın yenilenmesi talebi yapılamaz. 19.7.2003 tarihinden önce yapılmış ve bu tarihe kadar kesinleşmemiş davalar açısından ise İdare mahkemelerimiz önünde yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunulamaz. Bu tarihlerden sonra İHAM'ne yapılmış olan başvurular bakımından ise, İHAM'nin başvuruya ilişkin kesin hüküm niteliğindeki kararından itibaren bir yıl içinde yargılamanın yenilenmesi için başvuruda bulunmak gerekir¹⁸⁸.

Yargılamanın yenilenmesi süresi, (1) numaralı fıkranın (h) bendinde yazılı sebep için on yıl, (1) numaralı fıkranın (ı) bendinde yazılı sebep için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl ve diğer sebepler için altmış gündür.

MADDE 7 — 2577 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici madde eklenmiştir.

GEÇİCİ MADDE 5 — 53 üncü maddenin (1) numaralı fıkrasının (ı) bendi, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararları ile bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine yapılan başvurular üzerine verilecek kararlar hakkında uygulanır. Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte kesinleşmiş olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına ilişkin yargılamanın yenilenmesi istemleri, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılır.”

¹⁸⁸ Yargılamanın yenilenmesi konusunda ayrıca bakınız: M. Handan Surlu, **Hukuk ve Cezada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı Nedeniyle Yargılamanın Yenilenmesi (İade-i Muhakeme)**, Ankara, 2003.

Yargılamanın yenilenmesi talebi uygun görülüp yeniden dava esastan görülmeye başladığında mahkemeler, ihlâlin nedeni, örneğin yargılama usulüne ilişkin ise, -adil yargılanma hakkının (Sözleşme md. 6) ihlâli gibi-, o zaman mahkeme yeniden yargılama sırasında bu usulî eksikliği giderecek ve kanımızca, eğer yine de mahkûmiyet kararı vermesi gerekiyorsa, bu kararı verecektir. İhlâl, eğer bir kanundan veya tüzük vb. mevzuattan kaynaklanıyorsa, mahkemelerimiz İHAM'nin kararında bu mevzuatın Sözleşme ve Ek Protokollerine aykırı bulunduğunu dikkate alarak İHAS kanunlarımızdan üstün olduğu için Sözleşmeyi uygulayarak yeniden hüküm tesis edeceklerdir. Ancak burada mahkemelerimizin İHAM'nin mevzuatımızın Sözleşmeye aykırılığına ilişkin yorumuyla mutlak anlamda bağlı olduklarını söylemek mümkün değildir. Yetkin bir otorite olarak İHAM kararlarındaki Sözleşmeye dair yorumu dikkate almak durumunda olmakla beraber, yine de mahkemelerimizin Sözleşmeyi kendileri yorumlamak yetkileri saklıdır ve az bir ihtimal olsa bile farklı sonuçlara varabilirler. Bu durum, İHAM'nin bir temyiz mercii olmaması, -kaldı ki temyiz sistemi içerisinde de belli ölçüde ilk derece mahkemeleri üst yargı organının yorumuyla bağlı olmayıp direnme imkânına sahiptirler-, nedeniyledir. Asıl önemli sorun Sözleşmeyle Anayasamızın aykırılık içinde bulunması durumu olacaktır. Eğer yerel mahkemelerimiz Anayasayı yanlış uygulamadıkları veya yanlış yorumlamadıklarını düşündükleri durumlarda, tekrar yargılama yapsalar bile, hükümlerinin değişmesi söz konusu olamayacaktır. Yukarıda da incelediğimiz üzere Sözleşme, ne Anayasal değerde, ne de anayasa üstü bir değerdedir.

Sonuç

Milletlerarası hukukla iç hukuk arasındaki ilişkiler sorununa ilişkin önemli noktalar şunlardır: Milletlerarası hukukun milletlerarası alandaki üstünlüğü tartışılmaz. Hiçbir devlet kendi anayasası veya kanunlarına dayanarak, kural olarak, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerinden kurtulamaz. Ancak, milletlerarası hukuk, hiçbir devlete milletlerarası hukuk kurallarını iç hukukuna doğrudan aktarma ve uygulama yükümlülüğü getirmemiş ve buna ilişkin belli usul ve yöntemlerin kabulünü devletler için öngörmemiştir. Bu sebeple milletlerarası hukuk kurallarının iç hukuktaki statüsü ve uygulanması konusu, iç hukukta benimsenmiş anayasal prensiplerle ilgilidir. Bu prensiplerden birisi ve belki en önemlisi de kuvvetler ayrılığı ilkesidir. İç hukukta kural koyucu organla, milletlerarası alanda devlet adına kurullarla bağlanan organlar arasındaki yetki paylaşımı, milletlerarası kurulların iç hukukta uygulanması noktasında önemlidir.

İHAS de bir milletlerarası andlaşma olup, öngördüğü sistem milletlerarası hukuka göre kurulmuş bir sistem olduğu için, bu sistemde mahkeme karar-

ları ve Sözleşme'nin iç hukuktaki yerine ve uygulanmasına ilişkin taraf devletlere belirli bir yöntem dayatılmış değildir. Sistemin bizzat kendisi ikincil nitelikte olmayı öngörür ve esas olan iç hukuklardaki korumadır. Ancak, devletler bu yükümlülüklerini yerine getirmediğinde milletlerarası alanda sorumlu olacaklardır.

Bu sebeple İHAM kararlarının iç hukukta uygulanması ve yerinin ne olduğu meselesi, esas olarak Türk hukukunun milletlerarası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkiler konusunda getirdiği sisteme bağlı olarak çözümlenecek bir konudur. Bu konuda da genel ve yaygın görüş ve uygulama, milletlerarası andlaşmaların iç hukukta kanunlarla aynı değere haiz oldukları ve usulüne uygun olarak akdedilmek şartıyla, başka bir işleme gerek kalmaksızın Türk hukukunda doğrudan uygulanacaklarıdır. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir andlaşma söz konusu olduğunda ise, son anayasa değişikliğinden sonra artık bu tür andlaşmaların kanunlarımızdan üstün bir konumda olduğudur. Bu açıdan İHAS de temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir milletlerarası andlaşma olarak kanunlarımızdan üstündür. Zaten, Sözleşme'de yer alan birçok temel hak ve özgürlüğün Anayasamızda da yer aldığı göz önüne alındığında çoğu zaman Sözleşme ile çatışan kanun Anayasa ile de çatışır durumda olacaktır. Mukayeseli olarak devletlerin uygulamaları incelendiğinde, bu çatışma konusundaki sorunlar belirli temel yorum kurallarıyla halledilmektedir. Bu temel yorum kurallarından en önemlisi ise, devletlerin, açıkça aksi öngörülmediği müddetçe, milletlerarası yükümlülüklerine uyma niyetini taşıdıkları varsayımından hareket ederek, devletin aksi yönde bir iradesi açıkça ortaya çıkmadıkça, iç hukuk kurallarının devletin milletlerarası yükümlülüklerini ihlâl etmeyecek şekilde yorumlanması ilkesidir.

İHAM kararları da Sözleşme'den doğan yükümlülüklerimize dayanmakta ve bu çerçevede uygulanması gereken kararlar niteliğini taşımaktadır. Ancak, Sözleşme uyarınca İHAM kararlarının ihlâli tespit niteliğindeki kararlarının iç hukukta doğrudan millî mahkeme kararlarımız gibi uygulanması söz konusu değildir. Çünkü, bu kararların hüküm fıkraları zaten böyle bir şeyi öngörmemektedir. Böyle bir kararın gereğini yerine getirmek ve uygun düzenlemeleri yapmak yürütme, yasama ve artık belli ölçüde yargı organlarımıza düşmektedir. İhlâl sonucunda tazminata ilişkin İHAM kararları ise, sadece belli bir miktar tazminat ödenmesini öngörür niteliktedir ve bu tazminatlar da idarece ödenmektedir. Türk hukukunda yeni yapılan düzenlemelerle belirli sınırla İHAM kararlarının yargılamanın yenilenmesi nedeni sayılması da, bu kararların tamamının doğrudan iç hukukta hüküm doğurmadığına bir delil olarak yorumlanabilir. Bu sebeple temel mesele, iç hukukumuzda insan hak ve özgürlüklerinin esas olarak korunmasına ilişkin gerekli kural ve düzenlemelerin yapılması olmalıdır. Ancak, tüm bunlardan İHAM kararlarının bağlayıcı olmadığı sonucu çıkarılmamalıdır. İHAM ka-

rarları taraf ülkeleri kesin bir şekilde bağlayıcı niteliği haizdirler ve gerekli yükümlülükleri yerine getirmek taraf devletler için bir milletlerarası sorumluluktur. Bu kararların gereğini yerine getirmek temel olarak gerekli iç hukuk değişikliklerini yapmakla olacaktır. İdarî ve hukukî uygulamalarda da İHAM'si içtihatlarının yol göstericiliği ışığında hareket ederek kendi hukuk ve uygulamamızın birincil olarak Sözleşme sistemine uygun hale getirilmesi gerekir. Bu en doğru uygulama olacaktır. Çünkü yargılamanın yenilenmesi yolu, sınırlı bir uygulama niteliğindedir ve her durumda mümkün olmayacaktır. Çoğunlukla yasal ve anayasal değişiklikler gerekecek ve en önemlisi de, ihlâl doğuran idarî uygulamaların Sözleşmeye uygun hâle getirilmesi Türkiye'nin İHAM tarafından yüklü tazminatlara mahkûm edilmesini önleyecektir.