

TÜRK HUKUKUNDA ANDLAŞMALAR İLE YASALARIN ÇATIŞMASI

Prof. Dr. Hüseyin PAZARCI*

Özet

7.5.2004 tarihinde Anayasamızın 90. maddesinin son fıkrasına eklenen temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmaların çatışma durumunda yasalara üstün tutulacağı cümlesi daha önce öğretilerde ve yargı kararlarında karşılaşılan kuşkuları ortadan kaldırmıştır. Ancak, bu değişiklik ile bundan sonra yargı organlarımızın bir çok yeni sorunlarla karşılaşması ve bunlara bir çözüm getirmesi gerekmektedir.

Abstract

New constitutional amendment of 7 th May 2004 to the Article 90 dispose that treaties concerning fundamental rights and freedom is superior to national laws when they are in conflict. This adjustment resolve the problem of hesitation reflected by doctrine and on the jurisprudential decisions. But this amendment brings many new problems for the Turkish tribunals to resolve.

Giriş

Türk hukukunda Türkiye'nin taraf olduğu bir andlaşmanın ülkemizde uygulanması sırasında aynı konuyu düzenleyen bir yasa ile çatışması durumunda hangisinin üstün tutulacağı sorusu öğretilerde yakın zamana kadar tartışılmalıdır. T.B.M.M.'nin 7.5.2004 tarihinde kabul ettiği 5170 sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun" ile bu sorunun cevabı ilke düzeyinde açıklığa kavuşmuş bulunmaktadır. Zira, anılan yasanın 7. maddesi ile Anayasamızın 90. maddesinin son fıkrasına aşağıdaki cümle eklenmiştir:

"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içer-

* Uluslararası Hukuk Öğretim Üyesi, Atılım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi.

mesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır”.¹

Belirtilen bu gelişmelerin ışığında önce Anayasamız, yargı kararları ve öğreti çerçevesinde andlaşmalar ile yasaların çatışması durumunda geçerli olan kuralların ortaya konmasına çalışılacak, sonra yeni değişiklikler sonucu temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmaların yasalarla çatışması durumunda ortaya çıkabilecek başlıca sorunların değerlendirilmesine gidilecektir.

I. Bölüm: Anayasa, Yargı Kararları ve Öğreti

Türk hukukunda andlaşmaların yasalarla çatışması durumuna ışık tutacak ilk anayasal hüküm 1961 Anayasası ile konulmuştur.² Anılan Anayasanın 65. maddesinin son fıkrasının ilk cümlesine göre,

“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir”.

Aynı hüküm hiçbir değişikliğe uğratılmadan 1982 Anayasasının 90. maddesinin son fıkrasının ilk cümlesi olarak da yer almaktadır. Anılan hüküm çok açık bir biçimde, usulüne uygun yürürlüğe konulması koşuluyla, andlaşmaların yasa gücünde olduğunu bildirmektedir. Ancak, 1961 ve 1982 Anayasalarının 2004 değişikliğine kadar andlaşma ile yasa arasındaki çatışma sorununa ilişkin herhangi bir açık hüküm içermemesi karşısında, kimi yazarlar çatışma durumunu değerlendirirken belirtilen hüküm yanında başka anayasal hükümleri de gözönünde bulundurarak bir yoruma gitmiştir. Bu çerçevede, 1982 Anayasasındaki biçimiyle, anılan fıkranın ikinci cümlesinin,

“Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz”

hükmünü içermesine özellikle dayanarak kimi yazarlar, Anayasamızın çatışma durumunda andlaşmaları üstün tuttuğu sonucuna varmaktadır.

Nitekim Ömer İlhan Akipek, yasalar için varolan bu başvurma yolunun andlaşmalar açısından kapalı olması karşısında, aslında uluslararası hukukun iç hukukumuzda üstünlüğü konusundaki kanısını bildirirken, dolaylı olarak uluslararası hukukun kaynağını oluşturan bir andlaşma hükmünün iç hukukumuzun kaynağını oluşturan yasaların üstünde olduğunu da kabul etmiş olmaktadır.³ Yine Ö. İlhan Akipek, 1961 Anayasasının 13. maddesinde temel hak ve özgürlüklerin yabancılar bakımından uluslararası hukuka uygun olarak yasayla sınırlandırılabilmesi hükmünü de “bu neviden bir kanu-

¹ R.G., 22.5.2004, Sayı 25469

² TOLUNER, *Milletlerarası Hukuk İle İç Hukuk Arasındaki İlişkiler*, İstanbul, 1973, 572.

³ AKİPEK, *Devletler Hukuku, Birinci Kitap: Başlangıç*, 3. Bası, Ankara, 28.

nun (iç hukuk kaidesinin) milletlerarası düzen kaidesine (devletler hukukuna) aykırı olmamasını amirdir”⁴ biçiminde değerlendirmek suretiyle, en azından bu konudaki andlaşmaların yasalara üstünlüğünü biraz daha açık olarak belirtmektedir.

Buna karşılık, genel kural olarak andlaşmaların yasalara göre yerini değerlendiren kimi yazarlar usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan andlaşmaların yasa hükmünde olduğu temel hükmünün anlamının Anayasanın öteki hükümlerine bakarak değiştirilemeyeceğini, dolayısıyla andlaşmaların yasalarla eşdeğerde olduğunu ileri sürmektedir. Nitekim, bu konuda Suat Bilge,

“Metnin açıklığı karşısında başka yollar düşünmek mümkün değildir. Çünkü açık metnin tefsiri yapılamaz.... Fakat açık metin varken bundan tefsir yolu ile başka sonuçlar çıkarmak tefsir değil, metin değiştirmek olur”⁵

görüşünü bildirmektedir.

Öte yandan kimi yazarlar genel olarak andlaşmaları değerlendirirken, andlaşmaların yasa hükmünde olması hükmünün kuşkuları ortadan kaldırmaya yönelik bulunduğu işaret etmekle birlikte Anayasa Mahkemesine başvurulamaması hükmünün çeşitli yorumlara olanak tanıdığını bildirerek kesin bir sonuca varamazken,⁶ başka yazarlar da bu kuşkuları paylaşmakla birlikte, andlaşmalar ile yasaların çatışması durumuna ilişkin olarak doğrudan hiçbir hüküm içermemesi nedeniyle 90. maddenin ilk cümlesine ağırlık vererek andlaşmalar ile yasaların eşdeğerde olduğunu düşünme olanağının bulunduğunu açıklamaktadır.⁷

Anılan son yazarların belirli kuşkularına rağmen, daha sonraki kuşak yazarlar salt andlaşmaların Türk hukukundaki yerini değerlendirirken, kimisi Anayasamızın uluslararası hukukun iç hukukumuzda üstünlüğü ilkesini kabul etmediği gerekçesiyle⁸, kimisi andlaşmalar ile sonraki yasaların çatışması durumunda ikisini bağdaştırma olanağı bulunamaması karşısında yasa koyucunun iradesi ile bağlı olunması gerekliliği nedeniyle⁹, kimisi ise Anayasamızda andlaşmaların “kanun hükmünde” olduğunun öngörülmesi ve aksine yasaların üstünde olduğunun, örneğin Fransız Anayasasında oldu-

4 AKİPEK, (dn. 3), 28.

5 BİLGE, “Türk Hukukuna Göre Milletlerarası Andlaşmaların Akti”, S.B.F.D., Cilt 22, 1967, 130.

6 Örneğin, ÇELİK, *Milletlerarası Hukuk*, Birinci Kitap, 2. Baskı, İstanbul, 1987, 110-111.

7 Örneğin, MERAY, *Devletler Hukukuna Giriş*, Birinci Cilt, 3. bası, Ankara, 1968, 131-132.

8 ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, 2. bası, Ankara, 1988, 177-178.

9 TOLUNER, (dn. 2), 595-596.

ğu gibi, öngörülmemesi nedeniyle¹⁰, Türk hukuk düzeninde andlaşmalar ile yasaların ilke olarak eşdeğerde olduğu görüşünü benimsemektedir.

Ancak, 1970'li yıllardan başlayarak öğretisi Türk hukukunda andlaşmaların yasalara göre yeri sorununu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (A.İ.H.S.) Türk hukukundaki yeri sorunu ile eş tutan bir izlenim vermektedir. A.İ.H.S.'nin de bir andlaşma olması nedeniyle özünde doğru olan bu yaklaşım, A.İ.H.S.'nin Türk yasalarına göre ulusal hukuk düzenimizdeki yerini değerlendirirken, salt A.İ.H.S.'nin Anayasamızdan ve kendine özgü verilerinden kaynaklanan birtakım özelliklerini tüm andlaşmalar bakımından genelleştirmeye de yöneldiği için kanımızca hukuksal açıdan doğru olmayan bir düşünce karışıklığına yer vermiştir.

A.İ.H.S.'nin Türk hukukunda yeri sorunu nedeniyle ileri sürülen görüşlerden biri Türk hukuk düzeninde uluslararası hukuk ile iç hukuk ilişkileri değerlendirmesinde Türkiye'nin tekçi (moniste) görüşü benimsediği ve bu çerçevede de uluslararası hukuku genel bir biçimde Türk hukukuna üstün tuttuğu görüşüdür. Anılan görüş benimsendiği takdirde, "uluslararası hukuk düzeninin en önemli kaynağı olan andlaşmaların da ulusal hukuk kurallarına üstün olduğunda şüphe yoktur".¹¹ Türk hukuk düzeninin tekçi (moniste) ya da ikici (dualiste) görüşü kabul ettiği konusunun gerek Anayasamızın gerek ulusal yargı organlarımızın kararlarının incelenmesi sonucunda, tartışmalı bir nitelik göstermesi yanında,¹² A.İ.H.S.'nin Türkiye'de yasalara üstün tutulması gerektiğini ileri süren yazarlar arasında da yalnızca bu genel gerekçeye dayanan yazara da rastlanmamaktadır.

Buna karşılık, A.İ.H.S.'nin Türk yasalarına ve hatta Anayasasına üstünlüğünü savunan kimi yazarlara göre, A.İ.H.S.'nin 1. maddesi aracılığıyla Sözleşmenin tanıdığı hak ve özgürlükleri tanıması nedeniyle o devletin, başta anayasası olmak üzere bütün ulusal hukuk düzeninin anılan yükümlülükler ile uyum içinde olması gerekmektedir; devletler A.İ.H.S.'nin 1. maddesine uygun olarak Sözleşmeye aykırı düzenlemeler yapmamayı kabul etmiştir.¹³ A.İ.H.S.'nin özelliği nedeniyle yasaların bunu değiştiremeyeceğini ve dolayısıyla yasaların üstünde olduğunu ileri süren bu görüş, başka yazarlarca da paylaşılmakta ve değil yasalara hatta Sözleşmenin Anayasamıza aykırı olsa

¹⁰ PAZARCI, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, I. Kitap, 9. Bası, Ankara, 2001, 32.

¹¹ YÜZBAŞIOĞLU, "Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri", A.Ü.S.B.F. İnsan Hakları Merkezi Dergisi, Cilt II, Sayı 1, 1994, 30.

¹² Bkz. TOLUNER (dn. 2), 570-586; PAZARCI (dn. 10), 22-30.

¹³ ÇELİK, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulaması", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi* (Lütfü Duran'a Armağan), Yıl 9, Sayı 1-3, 1988, 51-52.

bile uygulanacağı belirtilmektedir.¹⁴ Anılan görüşler, uluslararası hukuk kurallarına uyulması sorunu ile bu kuralların iç hukuktaki değeri sorunu arasında ayırım yapmamaktan kaynaklanmaktadır. Oysa, andlaşmaların başlıca kaynağını oluşturduğu uluslararası hukuk çerçevesinde doğan yükümlülükler uyulmamasının olağan hukuksal sonucu yükümlülüğünü yerine getirmeyen devletin uluslararası sorumluluğunun kabulü olmaktadır.¹⁵ Devletlerin bir andlaşmadan doğan yükümlülüklerini bir yasa çıkartmak suretiyle çiğnemesi durumunda da bu kural geçerlidir.¹⁶ İnsan haklarının uluslararası düzeyde korunması mekanizmaları da, uluslararası sorumluluk kurumundan birtakım farklılıklar göstermesine rağmen¹⁷, sonuçta insan hakları ile ilgili andlaşmalara aykırılığı saptama, bu durumun düzeltilmesini isteme ve gerekirse zarar giderim ödenmesine karar verebilme olanakları ile donatılmıştır.¹⁸ Dolayısıyla, ne genel uluslararası sorumluluk ne de insan haklarının uluslararası andlaşmalarla korunması çerçevesinde bir uluslararası yargı ya da hakemlik organının andlaşmalara aykırı olan yasa ya da öteki iç hukuk işlemlerini iptal etme ya da değiştirme yetkisi bulunmaktadır.¹⁹ Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Divanı da 13.6.1979 tarihli **Marckx Davası** kararında bu kuralı aşağıdaki terimlerle açıkça bildirmektedir:

“Bizatihi Divan kararı dava konusu hükümleri iptal ya da ilga edemez. Esas itibariyle bildirici nitelikte olan karar, 53.maddeden kaynaklanan yükümlülükten kurtulmak için iç hukukunda alacağı tedbirlerin seçimini devlete bırakmaktadır”²⁰.

¹⁴ Örneğin, GÖZÜBÜYÜK, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri”, İnsan Hakları Kurallarının İç Hukukta Uygulanması-Hukuksal Kollokyum, Ankara, 13-14 Eylül 1990, Ankara, 1992, 26; GÖLCÜKLÜ ve GÖZÜBÜYÜK, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 3. bası, Ankara, 2002, 21.

¹⁵ Uluslararası andlaşma konusunda genel bilgi için örneğin bkz. PAZARCI, *Uluslararası Hukuk*, Ankara, 2003, 401-425.

¹⁶ Örneğin, Fransa ile İspanya arasında 1862’de yapılan bir andlaşmaya aykırı olarak Fransa’nın 1916’da kabul ettiği İspanyol tüccarları da kapsayan vergi yasası karşısında **Savaş Kazançlarının Vergilendirilmesi Davası** ile ilgili olarak kurulan hakemlik mahkemesi 25.6.1922 tarihli kararında Fransa’nın uluslararası sorumluluğunun doğduğuna hükmetmiştir: Bkz. *Recueil des Sentences Arbitrales*, Vol I, 301-305.

¹⁷ Bu farklılıklar için örneğin bkz. PAZARCI (dn. 15), 401.

¹⁸ Örneğin, 1950 tarihli A.İ.H.S., mad.50 ve 11 sayılı Protokolün 1.11.1998 tarihinde yürürlüğe girmesi ile A.İ.H.S.’nin son durumunda mad. 41.

¹⁹ Daha çok bilgi için GÖZLER, “İnsan Hakları Normlarının Anayasaüstülüğü Sorunu”, Türkiye’de İnsan Hakları Konferansı, 7-9 Aralık 1998, Ankara, 2000, özellikle 30-32.

²⁰ Aktaran GÖZLER (dn.19), 32 ve dipnot 41. Anılan karar A.İ.H.S.’nin 1950 tarihli biçimindeki 53.maddeye dayandırılmış olup 11 sayılı Protokolün A.İ.H.S. üzerinde meydana getirdiği değişiklikler sonucu 1.11.1998’de yürürlüğe girmiş biçimiyle mad. 46/1’dir.

Durum böyle olunca, andlaşmaların herhangi bir iç hukuk düzeninde yasaların üstünde olduğunu ve onlara aykırı yasaların bir hiyerarşi düzeni içinde uygulanamayacağını ileri sürmek ya uluslararası hukukun iç hukuka üstünlüğünü kabul eden tekçi görüşü açıkça benimseyen devletler bakımından²¹ ya da andlaşmaların yasalara üstünlüğünü anayasal düzeyde kabul eden devletler bakımından geçerli olacaktır. Başka bir deyişle, iç hukukunda belirtilen ilkeleri kabul etmemiş olan devletler için bir andlaşmaya uyulması gerektiği görüşü, yalnızca uluslararası hukuk düzeyinde geçerli olup, bunun da yaptırımını uluslararası sorumluluk olmakta ve otomatik olarak iç hukuk düzeninde andlaşmaları yasaların üstüne yerleştirememektedir.

A.İ.H.S.'nin Türk hukukunda yasalara üstünlüğünü ileri süren bir başka grup yazar ise, A.İ.H.S.'nin "özelliği olan bir andlaşma" olması üzerinde durmaktadır.²² Anılan görüşü benimseyen yazarlar, bir yandan, A.İ.H.S.'nin kendinden kaynaklanan şu özelliklerinin olduğunu bildirmektedir: i) Sözleşme doğrudan bireyler lehine kurallar koymaktadır; ii) Sözleşme temel hak ve özgürlükler konusunda kural koyucu bir andlaşma olup hem uluslararası hukuku hem de iç hukuku etkilemektedir; iii) Sözleşme ile bireyler doğrudan hakları koruyan bir uluslararası organa başvurabilmektedir; iv) Sözleşme "karşılıklılık"(réciprocité) esasına dayanan geleneksel bir andlaşma değildir; v) Sözleşme taraf devletlerin aykırı eylem ve işlemlerini ortadan kaldırmaları yükümünü getirmektedir; vi) Sözleşme ile düzenlenen uluslararası koruma mekanizması yedek bir düzen olup asıl koruma ulusal yargı organlarına bırakılmıştır.²³ Bu özellikler anılan yazarlarca, "insan hakları sözleşmelerine öteki uluslararası metinlere göre farklı bir konum sağlamaktadır. Bu konumun iç hukuka etki sorununu belirleyici rol oynadığı açıktır" biçiminde değerlendirilmektedir.²⁴ Anılan yazarların bir bölümü, öte yandan, insan hakları sözleşmelerinin genel andlaşmalar rejiminden farkını, ayrıca, 1982 Anayasası hükümlerine de dayandırma yoluna gitmektedir. Örneğin, Tekin Akıllıoğlu, Anayasanın 15.,16. ve 42.maddelerini bu görüşü doğrulayan kurallar olarak belirtmektedir.²⁵ Hatırlanacağı gibi, Anayasanın 15.maddesi, savaş, seferberlik, sıkıyönetim ya da olağanüstü durumlarda temel hak ve özgürlüklerin "milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla" sınırlanabileceğini; 16. maddesi temel hak ve özgürlüklerin yabancılar için "milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla" sınır-

²¹ Ayrıntılı bir kuramsal tartışma için bkz. GÖZLER (dn. 19), 26-30.

²² AKILLIOĞLU, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz", S.B.F.D., Cilt 44, Sayı 3-4, 1989, 158.

²³ Bkz. AKILLIOĞLU (dn. 22), 158-159; GÖZÜBÜYÜK (dn. 14), 24-26.

²⁴ AKILLIOĞLU(dn. 22), 157.

²⁵ AKILLIOĞLU (dn. 22), 173; AKILLIOĞLU, *İnsan Hakları-I*, Ankara, 1995, 68-69.

lanabileceğini; 42.maddesi de Türkçeden başka hiçbir dilin eğitim ve öğretim kurumlarında ana dil olarak okutulması yasağını koyarken “milletlerarası andlaşma hükümleri”ni saklı tuttuğunu bildirmektedir.

Belirtilen bu görüşlerden insan hakları sözleşmelerinin kendinden kaynaklanan özellikleri nedeniyle devletlerin iç hukuklarında farklı bir rejime ve dolayısıyla yasalar üstünde bir konuma sahip olması görüşü tek başına bu tür andlaşmaları Türk hukuk düzeninde yasaların üstünde değerlendirmeye yeterli değildir. Zira, yukarıda bu tür andlaşmaların yapılması sırasında ilgili devletlerin iç hukuklarını bunlarla uyumlu bulundurması gerektiği anlayışına ilişkin olarak bildirdiğimiz gibi, günümüz uygulanan uluslararası hukuka göre insan hakları andlaşmalarına uyulmaması durumunda da yaptırım ilgili devletlerin uluslararası sorumluluğunun doğması olup andlaşmalara aykırı düşen yasaların iptali ya da değiştirilmesi yoluna gidilemeyeceği için, ilgili devletin iç hukukunda andlaşmaların yasalara üstünlüğünün salt bu nedenle sağlanması olanaklı değildir. Buna karşılık, insan hakları andlaşmalarının özelliğinin Anayasamızda da kabul edildiği ve bunlara anayasal düzeyde değer tanındığı görüşü, bizzat iç hukukumuzda varolan bir dayanağı oluşturmakta ve Türk hukukunda andlaşmalar ile yasaların değeri konusunda ışık tutucu olmaktadır.

Anayasamızın uluslararası insan hakları andlaşmalarına iç hukukumuzda da etkiler atfeden hükümleri konusunda Türk hukuk düzeninin tekçi görüşü benimsediği yolunda görüşler ileri süren başka yazarların da bulunduğu gözlenmektedir. Örneğin, Necmi Yüzbaşıoğlu “Türk hukukunu uluslararası hukuka açan” Anayasa hükümleri bulunduğunu bildirerek 1982 Anayasasının özellikle 2. ve 15.maddelerini belirtmektedir.²⁶ Bilindiği gibi Anayasamızın 2.maddesi Türkiye Cumhuriyeti'nin insan haklarına saygılı olduğunu öngörürken, 15.maddesi de temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulmasında “milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek” kaydını koymaktadır. Daha önce de belirttiğimiz gibi, Türk hukuk düzeninin tekçi görüşü benimsediği konusu kuşkulu olmakla birlikte, Türkiye'nin ikici görüşü benimsemesi durumunda da anılan hükümlerin varlığı insan hakları andlaşmalarına Türk hukukunda özel bir konum tanındığını ve Anayasamız gereği bu tür andlaşmalara yasaların üstünde bir etki tanındığını söylemek olanağı bulunmaktadır.

Bütün bu veriler karşısında Türk hukuk düzeninde genel olarak andlaşmaların yasalara göre yeri ile insan hakları andlaşmalarının özel olarak yasalara göre yeri konusunda kesin kararı Türk yargı organları vereceği için Türk yargı organlarının içtihadının incelenmesi gerekli olmaktadır.

²⁶ YÜZBAŞIOĞLU (dn. 11), 34.

Mayıs 2004 Anayasa değişikliğine kadar Türk yargı organları içtihadı incelendiğinde de istikrarlı bir içtihattan söz etme olanağı bulunmamaktadır. Örneğin Yargıtay Ceza Genel Kurulu 12.3.1996 tarihli bir kararında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin yasa değerinde olduğunu öngörmek²⁷ suretiyle, gerek genel olarak andlaşmaları gerekse A.İ.H.S.'ni yasalarla eşdeğer olarak değerlendirmektedir. Buna karşılık, Danıştay genel olarak andlaşmaların yasalara karşı değerini belirlerken ihtira beratine ilişkin bir andlaşma hükmü ile bir yasa hükmünün çatışması durumunda 15.6.1970 tarihli bir kararında²⁸ “andlaşmaların iç hukuk kurallarına takdimen uygulanacağı yolundaki genel prensip (...)” den söz etmesine rağmen, “berat veren memleketin mevzuatında ithal yasağı koyan bir hüküm mevcut ise evvela ona itibar edilmesi zaruridir” cümlesi ile andlaşma ve yasanın birlikte yorumlanması gerektiğini vurgulamaktadır. Ancak, Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulunun 7.12.1989 tarihli bir kararıyla²⁹ Sıkıyönetim yasasının bir hükmünü değerlendirirken Anayasamızın temel hak ve özgürlüklerine ilişkin birtakım hükümlerine dayanarak³⁰ anılan hükmün yorumlanmasında İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ve A.İ.H.S. hükümlerini gözönünde tutmuş ve yasa hükmünü bunlara bağlı olarak yorumlamıştır.³¹ Anılan kararla Danıştay temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmalarla Anayasa hükümlerine dayanarak öteki andlaşmalardan farklı bir değerlendirmede bulunmuş ve onların hükümlerini esas almıştır. Anılan bu kararla Danıştay'ın, tam bir karşıtlık göstermeyen yasalar ile A.İ.H.S.'ni bağdaştırması nedeniyle, temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmaları yasaların üstünde tuttuğuna ilişkin kesin bir yargıya varmak olanaklı olmamakla birlikte, Danıştay'ın başka kararlarında bu yolda bir üstünlüğü kabul ettiği bildirilmektedir.³²

Anayasa Mahkemesinin kararlarına gelince, bu yüce yargı organı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi dahil tüm andlaşmaları Anayasamızın 90.maddesinde belirtilen “usulüne göre yürürlüğe konulmuş” olmaları durumunda Türk yasaları ile eşdeğerde saymaktadır. Bu konuda gösterilen ilk örnek Anayasa Mahkemesinin 26.9.1965 tarihli bir kararında A.İ.H.S.'nin hükümlerine dayanarak Türk Ceza Kanununun 141. ve 142. maddelerini yorumlaması olmaktadır.³³ Ancak anılan kararda Anayasa Mahkemesi andlaşmanın ve ya-

²⁷ 12.3.1996 6-2/33: Aktaran TEZCAN, ERDEM ve SANCAKDAR, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Ankara, 2002, 112 ve dipnot 179.

²⁸ 12.Daire, E.1968/1117, K.1970/1310: *Danıştay Dergisi*, 1971, Yıl 1, Sayı 2, 306.

²⁹ E. 1988/6 ve K. 1989/4: *R.G.*, 9 Şubat 1990, Sayı 20428, 67-78.

³⁰ *R.G.* (dn. 29), 74-76.

³¹ *R.G.* (dn. 29), 76-77.

³² Örneğin bkz. TEZCAN, ERDEM ve SANCAKTAR (dn. 27), 112.

³³ E.1963/173, K.1965/40, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, 1967, Sayı 4, 327-328: Aktaran AKILLIOĞLU (dn. 22), 170-171.

sanın değerlerini doğrudan karşılaştırmamıştır. Buna karşılık, yüce yargı organının Demokrat Barış Hareketi Partisinin kapatılması davasına ilişkin 22.5.1997 tarihli kararında A.İ.H.S.'nin yasa değerinde bulunduğunu açıkça bildirdiği görülmektedir.³⁴ Anılan kararda Mahkeme aynen şu görüşü belirtmektedir:

*“Anayasa'nın 90. maddesinde ‘Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir’ denilmektedir. Buna göre, Avrupa İnsan Hakları Kuralları da yasa hükmündedir”.*³⁵

Anayasa Mahkemesi bu somut olayda 2820 sayılı Siyasi Partiler Yasasını A.İ.H.S.'ne göre özel yasa (lex specialis) olarak değerlendirmiş ve yasalar çatışması ilkelerini uygulayarak **lex specialis derogat generali** ilkesi uyarınca 2820 sayılı yasayı A.İ.H.S.'ne göre üstün tutmuştur.

Ancak, Anayasa Mahkemesinin kimi kararlarında Anayasamızda güvence altına alınan hak ve özgürlükleri kapsamı nedeniyle A.İ.H.S.'ni ya da İnsan Hakları Evrensel Bildirisini uygulama yoluna gittiği de görülmektedir.³⁶ Bu gibi durumlarda Anayasa Mahkemesinin genel olarak bir andlaşmaya yasalara göre üstünlük tanıma yerine, ilgili insan hakları andlaşmasını ya da aslında bir andlaşma niteliği taşımayan İnsan Hakları Evrensel Bildirisini Anayasanın bir hükmüne dayanarak uygulaması ve gerekirse yasaların üstünde değerlendirmesi sözkonusudur.

Yargı organlarımızın kararlarında, görüleceği gibi, kesin ve tek bir sonuca varıldığını söylemek zor görünmektedir. Genel bir biçimde andlaşmaların yasalara göre yerini değerlendirdiğimizde her üç yüksek yargı organımızın da andlaşmaları yasalarla eşdeğerde tuttuğunu söylemek olanaklıdır. Ancak temel hak ve özgürlüklerle ilgili olaylarda yüksek yargı organlarımızın insan haklarına ilişkin kimi andlaşma hükümlerini ve hatta andlaşma niteliği taşımayan kimi uluslararası belgeleri öteki andlaşmalardan farklı değerlendirdikleri görülmektedir. İnsan haklarına ve özellikle A.İ.H.S.'ne yer verilen bu tür kararlarda, anılan andlaşmaların Anayasamızda da korunan hak ve özgürlükleri kapsamı nedeniyle daha çok gerek Anayasamızda gerekse yasalarımızda yeralan temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümlere açıklık getirmek ve anlamlarını yorumlamak için bu andlaşmalara başvurulduğu gözlenmektedir. Dolayısıyla, insan hakları andlaşmalarının yüksek yargı organlarımızca yasalarla birlikte büyük ölçüde yorum amaçlı uygulan-

³⁴ E.1996/3, K.1997/3: R.G., 2 Haziran 2000, Sayı 24067.

³⁵ R.G., 2 Haziran 2000, Sayı 24067, 44.

³⁶ Çeşitli örnekler için bkz. AKILLIOĞLU, (dn. 22), 171-173.

maları bu iki hukuk kaynağını bağdaştırıcı bir işlev görmekte olup, insan hakları andlaşmalarının yasalara üstün tutulduğu sonucunu doğurmamaktadır. Bununla birlikte, öğretilerde rastlandığı gibi, kimi yüksek yargı organlarımız kararlarının özellikle A.İ.H.S.'ni doğrudan uyguladığı ve yasalara üstün tuttuğu yolunda bir takım izlenimler de bulunmaktadır.³⁷

Son Mayıs 2004 Anayasa değişikliği ile andlaşmaların yasalara göre yerine ilişkin bu tür sorgulamalar açık bir biçimde cevaplanmış olmaktadır. Anayasamızın 90. maddesinin son fıkrasına eklenen yasalarla çatışması durumunda temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmaların esas alınacağını bildiren cümleye ilişkin değişikliği açıklayan madde gerekçesinde açıkça “tereddütlerin giderilmesi amacıyla” bu hükmün eklendiği bildirilmektedir. Anılan son değişiklik 90. maddenin son fıkrasının ilk cümlesindeki “usulüne göre yürürlüğe konulmuş andlaşmaların kanun hükmünde” olduğu hükmünü değiştirmemek ve madde gerekçesinde belirtildiği gibi yalnızca “insan haklarına ilişkin milletlerarası andlaşmalar ile kanun hükümlerinin çelişmesi” durumları ile sınırlı bir yeni hüküm eklemek suretiyle, yasalar ile andlaşmaların eşdeğerde olduğu temel hükmünü de üstü kapalı teyid etmiş olmaktadır. Getirilen değişiklik ile bundan böyle çok açık bir biçimde andlaşmaların yasalar ile eşitliğinin temel ilke ve insan haklarına ilişkin andlaşmaların yasalara üstünlüğünün ise kuraldışılığı oluşturduğu ortaya çıkmaktadır. Başka bir deyişle, insan haklarına ilişkin andlaşmalar dışında kalan Türkiye'nin taraf olduğu öteki andlaşmalar yasalar ile eşdeğerde olup, bu sonuncu tür andlaşmaların yasalar ile çelişkiye düşmesi durumunda, uluslararası hukukun sorumluluk kuralları geçerli kalmak üzere, yasaların çatışması kurallarının uygulanması gerekecektir. Böylece yasa ya da andlaşmanın özel hüküm oluşturması durumunda, **Lex specialis derogat generali** ilkesi uyarınca özel kural genel kurala üstün tutulurken, her ikisinin de genel kurallar içermesi durumunda **Lex posterior derogat priori** ilkesi uyarınca sonraki kuralın öncekine üstün tutulması gerekmektedir.

II. Bölüm: Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Andlaşmaların Yasalarla Çatışması Durumunda Uygulamada Karşılaşılabilecek Sorunlar

Anayasamızın bu değişikliğinden sonra uygulamada birtakım sorunların ortaya çıkması sözkonusudur. Bu sorunların ilki, anılan değişiklik hükmünde “temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar” deyimini kullanılması nedeniyle, büyük çoğunluğu insan hakları andlaşmaları adını taşıyan andlaşmalardaki insan hakları kavramı ile temel hak ve özgürlükler kavra-

³⁷ Örneğin, AKILLIOĞLU (dn. 22), 172.

mının ilişkisi konusundadır. Ortaya çıkması olasılığı bulunan bir başka sorun, yasalarla çatışma durumunu değerlendirecek andlaşmaların tümüyle insan haklarını düzenlemesi mi gerektiği, yoksa birtakım insan hakları hükümleri içeren daha geniş amaçlı andlaşmaların da bu kapsamda ele alınması mı gerektiği sorusuna ilişkindir. Öte yandan, cevap aranması gereken bir sorun da Anayasamızın 90. maddesine eklenen yeni hükmün uygulanmasının yapılacağı organlarla ilgilidir: anılan hüküm yalnızca yargı organlarınca mı uygulanacak, yoksa yönetim düzeyinde de uygulanması gerekecek midir?

A. Temel Hak ve Özgürlükler ve İnsan Hakları Kavramları İlişkisi

Anayasamızın 90. maddesine ilişkin Mayıs 2004 değişikliği yasalar ile çatışması durumunda üstün tutulmasını öngördüğü andlaşmaları nitelendirirken uygulanan uluslararası hukukta kullanılan “insan haklarına ilişkin andlaşmalar” deyimini yerine iç hukukumuzda kullanılan “temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmalar” deyimini seçmiştir. Bu seçim Anayasamızın 2. maddesinde Türkiye Cumhuriyeti’nin “insan haklarına saygılı” bir hukuk devleti olduğunun bildirilmesine rağmen, Anayasamızın, Başlangıç Bölümünün altıncı fıkrasında ve 12. maddesinde de ifade edildiği gibi, ülkemizde vatandaşlarımızın sahip olduğu hak ve özgürlükler kavramına dayandırılmasından kaynaklanmaktadır.

Bu çerçevede doğal olarak akla gelen ilk soru Anayasa değişiklik hükmünde kullanılan “temel hak ve özgürlükler” deyiminin uygulanan uluslararası hukukta kullanılan “insan hakları” deyimini ile aynı anlama gelip gelmediği olmaktadır.

Temel hak ve özgürlükler kavramının anlamı genel bir biçimde araştırıldığında öğreti kuramsal düzeyde bir çok tanımlamaya ve ayrıma gitmektedir.³⁸ Bu çerçevede kimi görüşlere göre temel sıfatının hak ve özgürlüklerin bir başkasına bağlı olmamasını belirttiği ileri sürülmek suretiyle başkalarına bağlı olarak kullanılacak hakların, örneğin kollektif hakların, temel haklar olamayacağı sonucuna varılırken,³⁹ kimi görüşlere göre ise insanın kişiliğine bağlı temel sıfatı B.M. Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi için olduğu gibi, “hakların hemen ve tam olarak sağlanması gereken haklar” olduğuna işaret ederken, öteki hakları oluşturan ekonomik, toplumsal ve kültürel hakların devletlerin “olanaklarına göre değişik ölçülerde veaşamalı olarak” gerçekleştirilmesi öngörülen haklar olduğu bildirilmektedir.⁴⁰ Başka bir

³⁸ Bkz. KABOĞLU, *Kollektif Özgürlükler*, Diyarbakır, 1989, 16-18.

³⁹ KABOĞLU (dn. 38), 17.

⁴⁰ Bkz. KAPANİ, *İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları*, Ankara, 1987, 29.

deyişle, kuramsal düzeyde ele alındığında temel haklar kavramının tanımı ve kapsamı konusunda çok değişik görüşler bulunmaktadır.

Buna karşılık, uygulanan hukuk (pozitif hukuk) incelendiğinde temel haklar ve özgürlükler kavramının “kamu özgürlükleri” kavramına eş anlamda özellikle Alman (Grundrechte) ve Fransız (libertés publiques) öğretisinde kullanıldığı görülmektedir.⁴¹ Oysa kamu özgürlükleri bu çerçevede “belli bir devlette yaşayan yurttaşların sahip olduğu hak ve özgürlüklerin hukuksal rejimi (...)” olarak anlaşılmaktadır.⁴² 1949 Federal Almanya Anayasasında kullanılan temel haklar deyimi ve bunlara Anayasada verilen yer 1961 Anayasamız ile benimsenmiş olup 1982 Anayasamızda da, hak ve özgürlükler yanında kişiler bakımından bir takım ödevleri de içermesi nedeniyle, “Temel Haklar ve Ödevler” başlığı altında Anayasamızın İkinci Kısmını oluşturmaktadır.⁴³

Anayasamızın temel hakları düzenleyen ilk maddesi olan 12. maddesinin “herkes kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve özgürlüklere sahiptir” demesinin öğretilde doğal hukuk ve liberal görüşe uygun bir insan hakları anlayışını yansıttığı kabul edilmektedir.⁴⁴ Ancak, uygulanan hukuk çerçevesinde anayasal düzeyde düzenlenen temel haklar ile uluslararası andlaşmalarda düzenlenen insan hakları kuramsal olarak aynı içerikte olmak zorunda da değildir.⁴⁵ Nitekim, uygulamada, kimi anayasalar “birinci kuşak insan hakları” olarak nitelenen insan ve vatandaşların kişiliğine bağlı hakları tanırken, kimi anayasalar “ikinci kuşak insan hakları” denilen ekonomik, toplumsal ve kültürel hakları ve hatta “üçüncü kuşak insan hakları” denilen çevre hakkı türü hakları da tanıma yoluna gitmektedir.⁴⁶

Bu durumda, son Anayasa değişikliğinde sözü edilen temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmalar ile uluslararası hukukta genelde insan hakları andlaşmaları olarak anılan andlaşmaların örtüşüp örtüşmediğini belirlemek gerekmektedir. Genel kuram çerçevesinde anılan her iki tür andlaşmanın değişik içerikte olabileceği ve dolayısıyla örtüşmeyeceği olasıdır. Buna karşılık, Mayıs 2004 Anayasa değişikliğinde “usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar”dan söz edilmesi nedeniyle, Türk hukukuna maledilmiş ve mevzuatımızın bir parçası durumu-

41 Bkz. CİVELEK, *Uluslararası İnsan Hakları Hukuku*, İstanbul, 1984, 46.

42 KABOĞLU (dn. 38), 21.

43 SABUNCU, *Anayasaya Giriş*, 10.bası, Ankara, 2004, 48.

44 Örneğin: SABUNCU (dn. 43), 49; KABOĞLU (dn. 38), 21-22.

45 AKILLIOĞLU (dn. 33), 19-20.

46 KABOĞLU, *Özgürlükler Hukuku: İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı Üzerine Bir Deneme*, İstanbul, 1994, 37-38.

nu kazanmış tüm insan hakları andlaşmalarının Anayasamızda belirtilen temel hak ve özgürlükler kapsamına girdiğini bildirmek doğru olacaktır. Başka bir deyişle, “usulüne göre yürürlüğe konulmuş” olmaları koşuluyla Türkiye'nin taraf olduğu insan hakları andlaşmaları uygulanan Türk hukukunun bir parçasını oluşturmakta ve Anayasa değişikliğindeki temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmalar niteliğini kazanmaktadır. Bu görüş ilgili Anayasa değişikliğinin madde gerekçesinde de, temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmalar deyimini yerine ve onunla eş anlamlı olarak “insan haklarına ilişkin andlaşmalar” deyiminin kullanılması ile de teyid edilmektedir.

Bu çerçevede özenle altı çizilmesi gereken bir nokta, söz konusu temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmaların yalnızca Türkiye Cumhuriyeti'ni bağlayan andlaşmalar olacağı ve bunların dışında kalan insan hakları andlaşmaları ile öteki insan hakları uluslararası belgelerinin bu kapsam içinde değerlendirilemeyeceğidir. Böylece, örneğin, B.M. Genel Kurulu'nun bir kararını oluşturan ve dolayısıyla salt kendi başına alındığında üye devletler bakımından bir tavsiye niteliğine sahip olan İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ya da AGİT'in hukuksal bağlayıcılığı öngörülme-yen insan haklarına ilişkin kimi belgelerinin, usulüne göre yürürlüğe konulmuş andlaşma nitelikleri bulunmadığı için, Anayasamızın 90. maddesinin son fıkrasına eklenen değişiklikteki temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşma olarak değerlendirilmesi ve bu sıfatla yasalarla karşılaştırılması olanaklı değildir. Ancak, Anayasamızın Başlangıç bölümünde Türkiye'nin “insan haklarına saygılı” bir hukuk devleti olduğunun ve daha sonra bir çok hükmünde vatandaşlara temel hak ve özgürlüklerin tanındığının bildirilmesi nedeniyle, anılan uluslararası belgelere, bir andlaşma niteliği ile değil, fakat Anayasamızın yaptığı atıf çerçevesinde başvurulması ve yüksek yargı organlarımızın birçok kararında yapıldığı gibi bir anayasal hükmün yorumunda değerlendirilmesi olanaklıdır.

B. İnsan Haklarını Tümüyle ya da Bir Bölümüyle Düzenleyen Andlaşmalar Sorunu.

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmalar tümüyle ya da yalnızca bir bölümleri, hatta bir-iki maddesi ile insan hakları düzenlemesi oluşturabilecektir. Nitekim, bir barış andlaşmasının⁴⁷ ya da dostluk andlaşmasının⁴⁸ kimi hükümlerinde insan haklarına ilişkin düzenlemelere sık sık rastlanmaktadır. Yine, Birleşmiş Milletler Andlaşması⁴⁹ gibi uluslararası örgütlerin ku-

47 Örneğin, Lozan Barış Andlaşmasının azınlıklara ilişkin II. Bölümünün III. Kesimi, mad. 37-45.

48 Örneğin, Türkiye ile Bulgaristan arasındaki 18.10.1925 tarihli Dostluk Andlaşmasının azınlıkların korunmasına ilişkin hükümleri: Bkz. R.G., 20.6.1926, Sayı 403.

49 Örneğin, Andlaşmanın Başlangıç bölümü ve mad.1, 13, 55, 56, 62, 68, 76 ve 83.

rucu andlaşmalarında da insan haklarının korunmasına ilişkin bir takım hükümlerle karşılaşılmaktadır.⁵⁰ Bu durumda insan haklarını kısmen düzenleyen ya da bu konuda hükümler içeren andlaşmaların yasalara göre yerinin değerlendirilmesi sözkonusu olabilecektir.

İlgili Anayasa değişikliğinde andlaşmaların tümüyle ya da bir bölümüyle temel hak ve özgürlüklere ilişkin olması durumlarından sözedilmiyorsa da, değişikliğin amacı bu konuda yol gösterici olmaktadır. Zira, Mayıs 2004 Anayasa değişikliğine ilişkin genel gerekçede, “temel hak ve hürriyetlerin evrensel düzeyde kabul edilmiş standart ve normlar ile Avrupa Birliği kriterleri seviyesine çıkarılması”nın temel amaç olduğu bildirildiğine göre, bu konuya ilişkin her türlü andlaşma hükmünün aynı amaç çerçevesinde ele alınması gerekmektedir. Başka bir deyişle, insan haklarına ilişkin aynı nitelikteki hükümlerin tümüyle bu konuya ayrılmış bir andlaşmada bulunması durumunda yasalara üstün ve başka konular yanında kısmen yer aldıkları bir andlaşmada bulunması durumunda ise yasalara eşdeğerde tutulması en başta bu temel amaca aykırı düşecektir.

Öte yandan, Anayasamızın 12. maddesinde ifadesini bulan temel hak ve özgürlüklerin dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez niteliği bunların düzenlendiği uluslararası andlaşmaya göre değişik hukuksal etkiler doğurmasına izin vermeyeceğinden böyle bir ayırım bu hak ve özgürlüklerin özüne de aykırı düşecektir. Dolayısıyla temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşma hükümlerinin ister tümüyle isterse kısmen bu konuyu düzenleyen bir andlaşmada yer alsın, yasalara üstün tutulması gerekecektir.

Ancak, belirtilen üstünlük durumu insan haklarını kısmen düzenleyen andlaşmaların yalnızca bu nitelikli hükümleri bakımından geçerli olacaktır. Başka bir deyişle, insan haklarına ilişkin andlaşmalar ile öteki andlaşmaların yasalara göre değerleri farklı olduğundan, insan haklarını kısmen düzenleyen andlaşmaların bu nitelikli hükümleri yasalara üstün tutulurken, öteki hükümlerinin yasalara eşdeğer etki doğurması gerekmektedir.

İnsan haklarına ilişkin andlaşma hükümlerine Türkiye tarafından çekince konulmuş bulunulması durumunda ise, anılan hükümlerin bu çekince ölçüsünde geçerli olacağı açıktır. Böylece, ilgili andlaşma hükümleri uluslararası hukukun kabul ettiği kurallar uyarınca⁵¹, çekinceli biçimleriyle ele alınması ve yasalarla çelişkilerinin bu kapsamlarıyla değerlendirilmesi gerek-

⁵⁰ Bkz. AKILLIOĞLU (dn.33), 424-425.

⁵¹ İnsan hakları andlaşmalarına çekince konulması konusu bir hayli tartışmaya yer vermekle birlikte, uygulamada kısıtlı da olsa çekince koyma hakkı tanınmaktadır. Bu tür andlaşmalara çekince konulması tartışmaları için bkz. FLAUSZ, “La protection des droits de l’homme et les sources du droit international”, in S.F.D.I., La protection des

mektedir. Bu nedenle, insan haklarına ilişkin andlaşma hükümlerine konulan çekincelerin onaylama yetkisinin kullanılması sırasında Anayasamızca yetkili kılınan T.B.M.M. ya da Bakanlar Kurulunca usulüne uygun olarak konulmasına ve ilgili andlaşma metni ile birlikte Resmi Gazete'de yayınlanmasına özen gösterilmesi gerekecektir. Bununla birlikte, 11 sayılı Protokolün zorunlu yargı yetkisini öngörmesine kadar Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde düzenlenen bireysel başvuru hakkının kabulü vesilesiyle Türkiye'nin yaptığı bildirimlerde koyduğu birtakım çekince nitelikli koşullarla ilgili olarak Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun yaptığı gibi,⁵² Türkiye'nin koyduğu çekincelerin reddedilmesi olasılığı da bulunmaktadır. Çekincelerin böyle geçersiz sayıldığı durumlarda Türkiye'nin bağlandığı insan hakları andlaşması hükümlerinin bu kez çekince konulmamış biçimiyle ele alınması ve yasalarla çelişkisinin bu çerçevede değerlendirilmesi uygun olacaktır.

İnsan haklarını bir bölümüyle düzenleyen andlaşmalar sorunu belirli birtakım alanlarda yapılan andlaşmaların da değerlendirilmesini gerektirmektedir. Bu nitelikli andlaşmaların başlıcaları azınlıklara, çalışanlara ve silahlı çatışmalar sırasında uygulanması öngörülen insancıl hukuka ilişkin andlaşmalardır.

Uygulanan uluslararası hukukta azınlık tanımı Uluslararası Sürekli Adalet Divanı'nın birkaç danışma görüşünde yer almakta olup, Birinci Dünya Savaşı sonrası azınlık anlayışını yansıtmaktadır. Bu tanım, bir devletin vatandaşı olmakla birlikte nüfusu ayrı bir ırk, dil ya da dinden oluşan toplumsal grupları belirtmek için kullanılmaktadır.⁵³ Günümüzdeki azınlık anlayışı, ayrıca, bu grupların egemen olmayan bir konumda bulunmalarını ve özelliklerini topluluk olarak koruma amacı gütmelerini de içermektedir.⁵⁴ Ancak, bu yeni anlayışı içeren bir tanım herhangi bir bağlayıcı uygulanan uluslararası hukuk belgesinde henüz yer almış değildir. Bütün bu özellikleriyle azınlıkların korunması İkinci Dünya Savaşına kadar ayrı bir uluslararası koruma rejimi olarak gelişirken, İkinci Dünya Savaşından sonra giderek insan haklarının korunması çerçevesinde ele alınmaya başlamıştır. Ancak, azınlıklar sorununun günümüzde aldığı biçim azınlıkların yönetime katılmaları ya da özerklikten yararlanma gibi siyasal perspektifli yaklaşımları da içermeye-

droits de l'homme et l'évolution du droit international, Paris, 1998, 41-48. A.İ.H.S. mad. 57'de sınırlı çekinceleri kabul etmektedir.

⁵² Bildirim metinleri ve Komisyonun tutumu için bkz. TEZCAN, ERDEM ve SANCAKDAR (dn. 27), 58-62.

⁵³ Bkz. PAZARCI, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, II. Kitap, 7. bası, Ankara, 2003, 169-170.

⁵⁴ Örneğin, B.M. Azınlıklar Alt-Komitesi Raportörü F. Capotorti'nin tanımı: Bkz. *Etude des droits appartenant aux minorités ethniques, religieuses et linguistiques*, New York, 1979, 568.

ye başladığı için azınlıklara ilişkin tüm düzenlemelerin insan haklarının korunması niteliği taşıyıp taşımadığı sorgulanır olmuştur.

Günümüz uygulanan uluslararası hukuku azınlıkların korunması konusunu kimi belgelerde insan haklarının korunması kapsamında değerlendirmektedir. Örneğin Avrupa Konseyi bünyesinde 1.2.1995'te imzalanan Ulusal Azınlıkların Korunması Çerçeve-Sözleşmesinin 1.maddesi bu görüşü açıkça belirtmektedir.⁵⁵ Ancak, anılan Çerçeve-Sözleşmenin düzenlediği koruma mekanizması daha çok siyasal nitelikli olup, A.İ.H.S. ve ekleri Protokollerin oluşturduğu insan hakları düzeni dışında yer almaktadır. Buna karşılık, öğretide azınlıklara karşı ayırım gözetilmemesi ilkesi dışındaki öteki hak ve özgürlüklerin korunmasının evrensel düzeyde yapılageliş nitelikli insan haklarının korunmasının kapsamında yer aldığı konusunda kuşkular bulunmaktadır.⁵⁶ Bununla birlikte, B.M. Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin 27.maddesinde olduğu gibi, ulusal azınlıkların kendi din ve dillerini kullanmasını ya da kültürlerine sahip olmasını düzenleyen andlaşma hükümlerinin insan hakları kapsamına girdiği şüphe götürmemektedir.

Çalışanların korunmasına ilişkin andlaşmalara gelince, öğretide bu tür andlaşmaların teknik çalışma koşullarını düzenleyen ve insan haklarının korunması ile bağlantılı olmayan hükümlerinin insan hakları andlaşmaları kapsamında değerlendirilemeyeceğini kabul etmektedir. Örneğin, Tekin Akıllıoğlu bu alanda verdiği andlaşmalar listesinde, “sadece insan hakları andlaşması niteliğinde sayılanlar” başlığı altında yalnızca sendika özgürlüğü, zorla çalıştırma yasağı, göçmen işçiler ve sosyal güvenlik konularını kapsayan andlaşmaları saymaktadır.⁵⁷ Buna karşılık, Mesut Gülmez, Uluslararası Çalışma Örgütü bünyesinde taraf olduğumuz “Temel İnsan Hakları Sözleşmeleri”nin özellikle insan hakları andlaşmaları kapsamında yer aldığını vurgularken, bu kapsamı genişleterek “bu kümede yer almeyen onayladığımız öteki sözleşmeleri” de insan hakları kapsamına sokmaktadır.⁵⁸ Söz konusu andlaşmaların tümüyle insan hakları andlaşması niteliği gösterip göstermediğinin ya da içerdiği birtakım hükümlerinin bu nitelikte olup olmadığının anılan andlaşmaların yeri geldiğinde yargı organlarınca bu açıdan değerlendirilmesini gerektirecektir.

Silahlı çatışmalar sırasında uygulanan insancıl hukuk andlaşmalarının in-

⁵⁵ CONSEIL DE L'EUROPE, *Série de Traités Européens*, No. 157.

⁵⁶ Örneğin bkz. FLAUSS (dn. 51), 60.

⁵⁷ AKILLIOĞLU (dn. 33), 436-439.

⁵⁸ GÜLMEZ, “Anayasa Değişikliği Sırasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Eylül/Ekim 2004, Sayı 54, 153-154.

san hakları andlaşması niteliği taşıyıp taşımadığı konusuna gelince, öncelikle insancıl hukuk kavramının açıklanması gerekmektedir. Geleneksel olarak uluslararası hukuk öğretisi büyük ölçüde silahlı çatışma yöntemlerini düzenleyen 1899 ve 1907 La Haye Sözleşmelerini savaş hukuku olarak adlandırırken, özellikle silahlı çatışmalarda bireylerin korunmasını düzenleyen 1949 Cenevre Sözleşmelerini de insancıl hukuk diye adlandırma yoluna gitmiştir.⁵⁹ Ancak, Uluslararası Kızılhaç Komitesi 1956'dan bu yana insancıl hukuk kavramını hem La Haye hem de Cenevre kurallarını kapsayacak biçimde kullanmaya başlamıştır. Dolayısıyla, günümüzde bu kavram her iki anlamda da kullanılmaktadır.

İnsancıl hukuk kavramı ister dar isterse geniş anlamda kullanılsın genellikle, bir yandan devletlerin güvenliğini ve öte yandan insan haklarını koruma amacı gütmektedir.⁶⁰ Ancak, insancıl hukuk insan haklarından daha dar bir alanı kapsamaktadır. İnsancıl hukuk, silahlı çatışmalar gibi olağan-dışı zamanlarda uygulanmakta, kişileri hukukun özneleri yerine daha çok konusu (objet) olarak görmekte, kişilerden çok toplulukları korumakta ve kişilerin haklarından yararlanmasından çok bu hakları çiğneyenlere yasak getirme ve onları cezalandırma anlayışı üzerine kurulmaktadır.⁶¹ Bu durumda insancıl hukuk andlaşmalarının, en başta La Haye kuralları diye anılan silahlı çatışmalar yöntemlerini düzenleyen hükümlerinin insan haklarının korunması ile ilgisi yoktur. İkincisi, kişilerin haklarının korunmasına yönelik insancıl hukuk kurallarının da bu hakları çiğneyenleri cezalandırmaya yönelik olanlarının da salt insan haklarının tanınması ile ilgili bulunmama olasılığı vardır. Dolayısıyla, yeni Anayasa değişikliği çerçevesinde insancıl hukuk andlaşmalarının yasalarla çatışması durumları değerlendirilirken doğrudan insan haklarının tanınmasına ve korunmasına ilişkin hükümlerinin ele alınması gerekecektir. İnsancıl hukuk andlaşmalarının insan hakları ile ilgili hükümlerinin başlıcaları kişinin yaşam hakkı ile fizik ve ruhsal bütünlüğünün korunmasına ilişkindir. Bu haklar, Uluslararası Adalet Divanı'nın 27.6.1986 tarihli **Nikaragua'da Askeri ve Yarı Askeri Faaliyetler Davası** kararında "temel insancıl hukuk genel ilkeleri" olarak adlandırdığı, özellikle soykırımın yasaklanması, köleliğin yasaklanması, işkence ve benzeri muamelelerin yasaklanması, özgürlüklerin ölçsüz kısıtlanması, yaşam hakkı, yargısız infaz, zorla göç ve düzenli ırksal ayrımcılık gibi ilkeleri kapsamaktadır.⁶²

⁵⁹ PAZARCI, *Uluslararası Hukuk*, IV. Kitap, Ankara, 2000, 127.

⁶⁰ COMBACAU et SUR, *Droit international public*, 6 eme éd., Paris, 2004, 665.

⁶¹ COMBACAU et SUR (dn. 60).

⁶² FLAUSS (dn. 51), 57-59.

C. Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Andlaşmalar ile Yasaların Çatışmasını Değerlendirecek Organlar ve Karşılaşabilecekleri Sorunlar

Yapılan anayasal değişiklik, temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmalar ile yasaların “aynı konuda farklı hükümler içermesi” durumunda çıkabilecek “uyuşmazlıklarda” andlaşma hükümlerinin “esas” alınmasını öngörmektedir.

Burada birinci sorun, ortaya çıkan “uyuşmazlıkları” hangi makamın çözeceği olmaktadır. Olağan bir andlaşma ile bir yasa arasındaki farklı hükümlerden doğan “uyuşmazlığı” çözmek yargı organlarının görev alanına girmektedir. Dolayısıyla, sorun adli, yönetsel ya da askeri hangi yargı organı önüne gelmişse onun tarafından çözümü gerekecektir. İlk derece yargı organlarının kararları da Yargıtay, Danıştay, Askeri İdare Mahkemesi, Askeri Yargıtay vb. üst yargı organları önüne taşınabilecektir. Buna karşılık, temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmalar ile yasaların çatışması sorunlarının Anayasa Mahkemesi önüne gelmesi olasılığı birtakım yeni değerlendirmelerin yapılmasını gerektirmektedir.⁶³ Zira, Anayasamızın 152/1. maddesi çerçevesinde itiraz yoluyla yargı organlarınca yapılacak iptal başvuruları o davada uygulanacak kurala ilişkin olmak zorunda bulunduğu ve bu kural yalnızca bir yasa ya da yasa hükmünde kararname olabileceği nedenle, yeni değişiklikte temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmalar ile çatışan bir yasanın uygulanması da söz konusu olamayacağı için, itiraz yoluyla böyle bir sorunun Anayasa Mahkemesi önüne gelmesi biraz zor görünmektedir.⁶⁴ Anayasamızın 150. maddesi uyarınca Cumhurbaşkanı, Meclis grupları ya da T.B.M.M. üyelerinin en az beşte birince yasa ve yasa hükmünde kararlara karşı yapılabilecek iptal başvurularının ise, yeni değişiklikten sonra salt Anayasa'nın 90. madde son fıkrasına aykırılık nedeniyle yapılabileceği bu yüce yargı organımızın değerlendirmesini gerektirmektedir.

Ancak, temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmaların yasalarla çatışması durumları bir çok kez önce yürütme ya da ona bağlı yönetim organları önünde ortaya çıkacaktır. Başka bir deyişle, günlük yaşamda özellikle yönetim organlarının iki çelişkili hüküm karşısında sık sık karar vermeleri gerekebilecektir. Bu durumlarda andlaşma hükmü doğrudan uygulanan (self-executing) ve anlamı açık nitelikli ise, yöneticilerin andlaşma hükmünü uygulamaması, görevi savsaklama olarak ortaya çıkabilecektir. Bu nedenle, Yürütme ve yönetimin de, doğrudan uygulanan nitelikte ve açık andlaşma hükümlerini uygulaması gerekir görünmektedir.

⁶³ Bkz. KARAGÜLMEZ, “5170 Sayılı Yasa’yla Anayasa’nın 90.Maddesinde Yapılan Değişikliğe Bir Bakış”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Eylül/Ekim 2004, Sayı 54, 174-177.

⁶⁴ Bu konuda çeşitli olası yaklaşımlar için bkz. KARAGÜLMEZ (dn. 63), 175-176.

Yeni anayasal değişiklikte sözü edilen insan hakları andlaşmaları ile yasalar arasında “ farklı hükümler” bulunması durumunda andlaşmaların üstün tutulacağı konusunda yargı organlarımızın gecikmeden değerlendirmesi gereken bir hukuksal sorun, bu farklılığın andlaşmada yasadan daha kısıtlayıcı bir hüküm olarak ortaya çıkması durumunda yine de andlaşmanın üstün tutulup tutulmayacağı ile ilgilidir. Türk yazarlar, özellikle temel hak ve özgürlüklerin korunması ruhu açısından, anılan Anayasa değişikliği hükmünün yalnızca andlaşmanın kişilerin lehinde hüküm içermesi durumunda uygulanması gerektiğini bildirmektedir.⁶⁵ Başlıca insan hakları sözleşmeleri de aynı yönde hükümler içermektedir. Örneğin, 1966 B.M. Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin 5/2. maddesi ile 1966 B.M. Ekonomik, Toplumsal, Kültürel Haklar Sözleşmesinin 5/2. maddesi yasalar, başka sözleşmeler, öteki düzenleyici işlemler ya da gelenekler yoluyla tanınan hak ve özgürlüklere sınırlama getirilemeyeceğini öngörmektedir. Yine, aynı yönde, A.İ.H.S.’nin 53.maddesi şöyle kaleme alınmıştır:

“Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, herhangi bir Yüksek Sözleşen Tarafın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşmeye göre tanımlanabilecek insan haklarını ve temel özgürlüklerini sınırlayamaz, ya da onlara aykırı düşecek şekilde yorumlanamaz.”

Başlıca andlaşmaların bu hükümleri karşısında, yalnızca insan haklarının korunması ruhu değil, uygulanması söz konusu olacak andlaşmaların lafzı da ilgili andlaşma hükümlerinin yalnızca lehe oldukları takdirde üstün tutulmalarını zorunlu kılmaktadır.

Bu vesileyle, Türk yazarlarca sorgulanan bir sorunun da cevaplanması uygun olacaktır: andlaşma ile yasa çatışmasında ilgili andlaşmanın ve yasanın yalnızca çatışan hükümlerine mi bakılacaktır, yoksa bunlar bir bütün olarak mı değerlendirilecektir?⁶⁶ Yargıtay içtihadının ceza yasaları ile ilgili olarak lehe olan yasanın belirlenmesinde yasaların tüm maddelerini gözönünde bulundurduğu hatırlandığında⁶⁷, hükümlü ya da sanık lehine olan aynı yaklaşımın insan haklarının korunması ruhu açısından da uygun olacağı açıktır. Buna ek olarak, andlaşmaların yorum kurallarının da bir gereği olarak, bir andlaşma hükmünün andlaşmanın içeriği (contexte) ile bağlantılı olarak ve konu ve amacının ışığı altında yorumlanması gerekmektedir.⁶⁸ Başka bir

⁶⁵ KARAGÜLMEZ (dn. 63), 173; ŞAHBAZ, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Yargı Sistemindeki Yeri”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Eylül/Ekim, 2004, Sayı 54, 207.

⁶⁶ ŞAHBAZ (dn. 65), 213.

⁶⁷ ŞAHBAZ (dn. 65).

⁶⁸ Türkiye’nin taraf olmadığı, ancak ilgili hükmün bir yapılageliş kuralı niteliği taşıdığı genellikle kabul edilen 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, mad. 31/1.

deyişle, bir andlaşma hükmünün hukuksal etkisi andlaşmanın tümü gözönünde tutularak değerlendirilmektedir. Nitekim, 1966 B.M. Sözleşmelerinin 5/2. maddesinin ve A.İ.H.S.'nin 53.maddesinin açık hükümleri gibi hükümlerin gözönünde tutulmaması anılan andlaşmaların öteki hükümlerinin açıkça yanlış yorumlanması sonucunu doğuracaktır. Ayrıca, Mayıs 2004 Anayasa değişikliğinin genel gerekçesinde belirtilenin aksine, amaçlanan “temel hak ve özgürlüklerin evrensel düzeyde kabul edilmiş standart ve normlar ile Avrupa Birliği kriterleri seviyesine çıkarılması” da terk edilmiş olacaktır. Bu nedenlerle insan haklarına ilişkin andlaşmalar ile yasaların karşılaştırılmasında ilgili belgelerin tüm hükümlerinin birlikte ele alınması ayrıca hukuksal bir zorunluluktur.

İnsan haklarına ilişkin andlaşmaların yasalara üstünlüğü konusunda karşılaşılabilecek bir başka sorun, ilgili andlaşmaların yasa hükmünde kararname ya da tüzük, kararname ve yönetmelik gibi öteki düzenleyici işlemlerle farklı hükümler içermesi durumunda yine bu andlaşma hükümlerinin üstün tutulup tutulmayacağına ilişkindir. Her ne kadar Anayasanın 91/1. maddesinde temel haklar, kişi hakları ve siyasal haklar konularında yasa hükmünde kararname çıkarılması yasaklanmakta ise de, anılan hükümde sıkıyönetim ve olağanüstü haller durumları açıkça saklı tutulmuş ve toplumsal ve ekonomik haklar da bu yasaklama dışında bırakılmış olduğu için, insan hakları andlaşmaları ile kimi yasa hükmünde kararnamelerin farklı hükümler içermesi olasılığı bulunmaktadır.⁶⁹ Yine Anayasanın 115. maddesinde Bakanlar Kuruluna yasaları uygulamak üzere tüzükler, 167. maddesinde yine Bakanlar Kuruluna dış ticaret alanında kararnameler ve 124. maddesinde Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzel kişilerine yasaları ve tüzükleri uygulamak üzere yönetmelikler çıkarma yetkisi tanınmakta olup, anılan düzenleyici işlemlerin insan hakları andlaşmaları ile çatışması olasılığı vardır.

Anılan düzenleyici işlemlerden yasa hükmünde kararname olağan olarak Anayasanın 91/1. maddesi uyarınca T.B.M.M.'ce Bakanlar Kuruluna tanınan yetkiye dayanmaktadır. Ancak, Anayasanın 122/2. maddesi uyarınca sıkıyönetim gibi olağanüstü durumlarda Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu T.B.M.M.'den herhangi bir yetki yasası çıkmadan da yasa hükmünde kararname çıkarabilmektedir. Dayanağı hangi Anayasa hükmü olursa olsun, her iki tür yasa hükmünde kararname de Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmekle birlikte, Anayasanın 91/7. ve 122/3. maddeleri uyarınca, T.B.M.M.'nin onayına sunulmak zorundadır. Yasa hükmünde kararnameler, adından da anlaşılacağı gibi, yasa değerinin

⁶⁹ KARAGÜLMEZ (dn. 63), 170-171; GÜLMEZ (dn. 58), 154-155.

dedir. Anayasanın 167. maddesi uyarınca Bakanlar Kurulunca çıkarılabilecek kararnameler yasa hükmünde kararnamelerden ayrı, hukuk kuralı koyan ve aslında yasa konusu alanları düzenleyen⁷⁰, yürütmenin bir düzenleyici işlemidir. Bu kararnamelerin çıkarılabilmesi için de T.B.M.M.'nin Bakanlar Kurulunu yasa ile yetkilendirmesi gerekmektedir. Kararnamelere karşı da iptal davası yolu açıktır. Tüzük ve yönetmeliklere gelince, bunların dayanağı yasadır ve yasaya aykırı olamazlar. Yasaya aykırılıkları durumunda bu işlemlere karşı yönetsel yargıda iptal kararı verilebilecektir.

Görüleceği gibi, anılan tüm düzenleyici işlemler ya yasa değerinde ya da yasanın altında bir değere sahip olup, ya T.B.M.M.'ne sunulma ya da yasaya aykırılık nedeniyle yargı denetimine konulma durumunda bulunmaktadır. Başka bir deyişle, bu düzenleyici işlemler yasalarla ya da onları onaylaması gereken T.B.M.M. ile sıkı bir hiyerarşik ilişki içinde bulunmaktadır. Anılan işlemlerin bu nitelikleri gözönüne alındığında, yeni Anayasa değişikliğindeki yalnızca yasaların "farklı hükümler" içermesinden söz edilmesine rağmen, yasalarla eşdeğer ya da altında ve onlara bağımlı düzenleyici işlemleri tümüyle onların dışında bir hukuksal işlem gibi değerlendirmek ve onların insan hakları andlaşmalarına aykırılıkları durumunda ilgili andlaşmaları uygulamamak en başta kurallar hiyerarşisi ilkesine aykırı düşecektir.⁷¹ Zira, bir üst kuralı oluşturan yasa uygulanmaz iken ona bağımlı bir alt-kuralın uygulanması ilgili hukuk düzeninde kurallar hiyerarşisinin bozulması sonucunu doğuracaktır. Böylece, örneğin iyi niyetten yoksun bir yaklaşımla, taraf olunan belli bir insan hakları andlaşması hükümlerinin uygulanmasından kaçmak için o konuda yasa yerine bir yasa hükmünde kararname ve hatta belki bir tüzük ya da yönetmelik çıkarılma yoluna gidilebilecektir. İnsan hakları andlaşmalarının düzenleyici işlemlerle "farklı hükümler" içermesi durumunda ilgili andlaşmaların üstün tutulmaması, ikinci olarak, yeni anayasal değişikliğin genel gerekçesinde açıklanan "temel hak ve hürriyetlerin evrensel düzeyde kabul edilmiş standart ve normlar ile Avrupa Birliği kriterleri seviyesine" ulaşılması amacına da açıkça aykırı düşecektir.

Bu nedenlerle, insan hakları andlaşmaları ile anılan düzenleyici işlemlerin çatışması durumunda ilgili andlaşmaların uygulanması zorunluluğu vardır. Ancak, bu konudaki karar yargı organlarına düşmektedir. Yargı organ-

⁷⁰ Anayasa Mahkemesinin 28.3.1963 gün, E.63/4 ve K.63/71 sayılı kararı, Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Sayı 1, 132: Aktaran GÖZÜBÜYÜK, *Yönetim Hukuku*, 2. bası, Ankara 1987, 49.

⁷¹ Kurallar hiyerarşisi ya da H. Kelsen'in deyimi ile "Normlar sistemi" konusunda bkz. KELSEN (trad. Ch.EISEMANN), *Théorie pure du droit*, Paris, 1962, özellikle 255-257, 299-309 ve 454-455.

larımızın yasa hükmündeki kararnamelerin T.B.M.M.'ne sunulana kadar da yasa gücünde olması nedeniyle bu işlemler için ilgili Anayasa değişikliğinde yeralan "kanun" sözcüğünü geniş anlamda yorumlamak suretiyle bu sonuca varması olanaklıdır. Anayasanın 167. maddesindeki kararnameler için, konuları nedeniyle çatışma olasılığı zayıf olmakla birlikte, böyle bir olasılıkta anılan işlemlerin, 1963 tarihli Anayasa Mahkemesi kararına da uygun olarak, maddi hukuk açısından bir yasa gibi değerlendirerek aynı sonuca varması düşünülebilecektir. Tüzük ve yönetmeliklerle çatışan insan hakları andlaşmaları durumunda ise, ilgili yargı organlarının bu işlemlerin önce yasaya (ya da yönetmelikler için gerektiğinde tüzüğe) uygunluğunun denetlenerek düzeltilmesi ve sonra andlaşma ile farklılığının değerlendirilmesi yolu düşünülebilecek olmakla birlikte, bunun sonucu geciktirmekten ve bir temel hak ve özgürlüğün bir süre daha uygulanmasını engellemekten başka bir yararı olmayacaktır.

İnsan hakları andlaşmaları ile yasaların" farklı hükümler" içermesinin saptanmasında karşılaşılabilecek bir başka sorun, ilgili andlaşmaların yorumlanması ve uygulanmasında yetkili bir uluslararası yargı organı bulunması durumunda bu yargı organının kararlarının etkisi konusu ile ilgilidir. Zira, böyle bir yargı organı ilgili andlaşmaya uyulmasını sağlamakla görevlendirilmiş olup, kararları ile ayrıca andlaşmanın resmi (authentic) yorumunu da gerçekleştirmektedir. Örneğin, A.İ.H.M.'nin varlığını öngörmesi nedeniyle anılan Sözleşme hükümlerinin yasalarımızla çatışması durumunda A.İ.H.M.'nin kararlarının bu çatışmayı değerlendirmede ne gibi bir etkisi olacaktır?

Kuramsal olarak değerlendirildiğinde bir andlaşma çerçevesinde işleyen bir uluslararası yargı organının kararlarının iki tür hukuksal etkisi sözkonusu olabilmektedir. Birinci hukuksal etki bu kararların taraf devletlerde doğrudan tenfiz edilip edilmemeleri ile ilgilidir. İkinci hukuksal etki ise, kararların yarattığı içtihat aracılığıyla ilgili andlaşma hükümlerinin ve kavramlarının resmi (authentic) yorumu ile ilgili olmaktadır.

A.İ.H.S.'nin taraf devletlerde doğrudan etki doğurması konusuna baktığımızda, Sözleşmenin 46/1. maddesi bu devletlerin "taraf oldukları davalarda Mahkemenin kesinleşmiş kararlarına uymayı" kabul ettiklerini bildirmektedir. A.İ.H.S.'ne ilişkin istikrarlı içtihat, bu kararların yalnızca Sözleşmenin çiğnendiğini belirlediğini, taraf devletlerin iç hukukunda doğrudan tenfiz yeteneği bulunmadığını ve karara uymakla yükümlü devletin karar gereğini yerine getirme yol ve yöntemini seçmekte serbest olduğunu göstermektedir.⁷²

⁷² GÖLCÜKLÜ ve GÖZÜBÜYÜK (dn. 14), 124; TEZCAN, ERDEM ve SANCAKDAR (dn. 27), 113.

Bu veriler karşısında yeni Anayasa değişikliğinden sonra A.İ.H.M.'nin kararlarının Türkiye'de uygulanması konusunda A.İ.H.M. zarar-giderim ödenmesine karar vermişse bu ödemenin yapılması yoluna gidilmesi yeterli olacaktır. Buna karşılık, A.İ.H.M.'nin kimi kararlarda yaptığı gibi, Türk mevzuatının Sözleşme kuralları ile bağdaşmadığı yönünde bir saptama yapması durumunda, yeni Anayasa değişikliğinden sonra ilgili kararın Sözleşmenin bir hükmü gibi değerlendirilerek Türkiye'de doğrudan uygulanması olanaklı mıdır? Kanımızca, A.İ.H.S.'nin 46. maddesinin hukuksal etkisi herhangi bir değişikliğe uğramadığına göre, A.İ.H.M. kararlarının içeriği ne olursa olsun, bunların taraf devletlerde doğrudan uygulanmasını sağlamaya olanak vermemektedir. Öte yandan, Anayasamız da buna engeldir. Zira, Anayasanın 6/1. maddesi "Türk Milleti, egemenliğini, Anayasanın koyduğu esaslara göre, yetkili organları eliyle kullanır" dedikten sonra, 9. maddesi de "yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır" demektir. Dolayısıyla, bu tür Sözleşmeye aykırılıkların saptanması karşısında Türkiye'nin başvurabileceği bir yol, eskiden de olduğu gibi, mevzuatında değişiklikler yapmak suretiyle Sözleşmeye uygun duruma getirmesidir.⁷³ Bu tür Sözleşmeye aykırılıkların saptanması durumunda Türkiye'de başvurulabilecek ikinci yol ise, mağdurların A.İ.H.M.'nin bu kararına dayanarak Türkiye'deki yargılamanın yenilenmesini istemeleri olmaktadır. CMUY'un 327. maddesine 23.1.2003 gün 4793 sayılı yasanın 3. maddesi ile eklenen "Ceza hükmünün, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmesinin veya eki protokollerin ihlali suretiyle verildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kesinleşmiş kararı ile tesbit edilmiş olması" hükmü Türk yargı organlarının yargılamalarının yenilenmesine olanak vermektedir. Nitekim, Yargıtay 9. Dairesi Leyla Zana ve arkadaşlarına ilişkin 13.7.2004 gün, E.2004/3780 ve K.2004/3879 sayılı temyiz kararıyla⁷⁴ yeni Anayasa değişikliğinden sonra da yargılamanın yenilenmesini kabul etmek suretiyle bu aşamada da yargı yetkisinin Türk yargı organlarına ait olduğunu üstü kapalı teyid etmiş olmaktadır.

A.İ.H.M. kararlarının taraf devletlerde Sözleşme hükümlerinin resmi yorumu çerçevesinde etki doğurması konusuna gelince, Sözleşme hükümlerinde açıkça yer almamakla birlikte, A.İ.H.M.'nin Sözleşmeyi yorumlamaya tek yetkili organ olması nedeniyle, kararlarının gerek açıkça Sözleşmeye aykırılığını saptadığı Türk yasaları ve benzer mevzuat gerekse Sözleşmenin içerdiği kavramların anlamı bakımından, yeni Anayasa değişikliği çerçevesinde, Türk yasalarına üstün tutulması mantık gereğidir. Zira, aksine

⁷³ Örneğin, TEZCAN, ERDEM ve SANCAKTAR (dn. 27), bu konuda 1992'de C.M.U.K.'da yapılan değişiklikleri bildirmektedir, 117.

⁷⁴ Makalenin yazımı sırasında henüz yayınlanmamış Yargıtay kararı.

bir anlayışla hareket edilirse, sonuçta A.İ.H.M. kararlarının Sözleşmeye ilişkin getirdikleri bu yorumları, yukarıda belirtilen kararların taraf devletlerde uygulanmasına ilişkin kurallar uyarınca, Türk yargı organlarının kendi kararı haline dönüştürülmesi gerekli olmaktadır. Başka bir deyişle, yeni Anayasa değişikliğinden sonra, A.İ.H.S.'nin A.İ.H.M.'nce yorumlanmış biçimiyle Türk yasalarıyla çatışması durumunda Türk yargı organlarınca Sözleşmenin bu yorumlanmış durumuyla uygulanması gerekmektedir.

Sonuç

Görüleceği gibi, Mayıs 2004 Anayasa değişikliği ile Türk mevzuatında genel olarak andlaşmaların yasalarla eşdeğerde olduğu ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmaların buna kuraldışılık oluşturduğu kesin bir biçimde ortaya çıkmaktadır. İki tür andlaşma arasındaki bu farklılık bundan böyle yargı organlarımıza birçok yeni hukuksal değerlendirme yapma görevi yüklemektedir. Yine, yargı organlarımızın bu değerlendirmeleri gereği gibi yapabilmeleri için insan haklarına ilişkin uluslararası gelişmeleri ve özellikle belli insan hakları sözleşmeleri çerçevesinde çalışan uluslararası yargı ve denetim organlarının içtihat ve uygulamalarını çok yakından izlemesi gerekmektedir.