

# Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukuktaki Yeri

(The Status of the European Convention On Human  
Rights in Turkish Law)



Dr. Ahmet Burak BİLGİN\*

## ÖZET

Başta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olmak üzere uluslararası anlaşmaların yeri meselesi, Türk anayasal sisteminde daima tartışmalı bir mesele olmuştur. 2004 yılında yapılan anayasa değişikliği ile, bu meselelere bazı yönlerden cevap verilmeye çalışılmıştır. Halihazırdaki durumu anlamak için 2004 öncesi durumu anlamak ve bu bağlamda o döneme dair doktriner ve içtihadi tartışmaları bilmek gerekmektedir. Kaldı ki, 2004 düzenlemesi de, kendisine takaddüm eden tüm tartışmaları tamamıyla bitiren bir düzenleme olmamış; insan haklarıyla ilgili uluslararası normlarla ulusal kanunlar arasındaki çatışma dışında diğer hususlardaki tartışmalar, canlılığını sürdürmüştür. Örneğin insan haklarıyla ilgili olmayan uluslararası normlarla kanunlar arasındaki çatışma ile uluslararası kuralların anayasal normlar karşısındaki konumu gibi meselelere dair tartışmalar, halen daha güncelliğini korumaktadır. Çalışmada, 2004 öncesi ve sonrasındaki tartışmalar derli toplu bir şekilde verilecek; ardından da 2004 sonrası gelinen noktada meselelerin nasıl çözüleceğine ilişkin önerilerde bulunulacaktır.

***Anahtar Kavramlar:** AİHS'in iç hukuktaki yeri, 2004 anayasa değişikliği, ulusal hukuk-uluslararası hukuk çatışması*

## ABSTRACT

The issue of the status of international agreements including the European Convention on Human Rights has always been controversial in the constitutional system of Turkey. The constitutional amendment of 2004 has responded those controversial issues to a degree. In order to comprehend the status quo, one must cognize the pre-2004 situation and be familiar with the then doctrinal and jurisprudential debates. Nevertheless, the 2004 amendment appears to have failed to resolve all the prevailing debates. Other questions preserve their actuality, save the conflict between international norms regarding human rights and domestic laws. For instance, the

\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

question of conflict between international norms that are not related to human rights and domestic legislation, as well as the position of international legislation vis-à-vis the constitutional rules is still an actual issue. In this study we will briefly compile the arguments of pre and post 2004 period; and subsequently offer some solutions as to how to deal with those questions.

**Keywords:** *The status of the ECHR in domestic law, the constitutional amendment of 2004, conflict between international law and municipal law*

## Giriş

İç hukukla uluslararası hukuk arasındaki ilişki ve bu anlamda uluslararası hukukun temel kaynağı olan uluslararası anlaşmaların<sup>1</sup> iç hukuktaki yeri, Anayasa Hukuku ile Uluslararası Hukuk disiplinlerinin en çok tartışılan konularından birisidir. Mesele, özü itibarıyla Uluslararası Hukuku ilgilendirse de, bu ilişkiye dair kurallar genelde anayasalarda bulunduğundan, Anayasa Hukuku ilke ve kuralları da tartışmaya katılmaktadır. Türk Hukukunda da, bu mesele, hem 1961 hem de 1982 Anayasası dönemlerinde yoğun biçimde tartışılmış ve farklı görüşler/çözümler öne sürülmüştür. Çözümler diyoruz; çünkü, her iki hukuk düzeninin normları, beraberce bulunduğu bir çatışma/çelişme durumu muhtemel olduğundan, ulusal hukukla uluslararası hukuk arasındaki bu ilişki, salt teorik tartışmanın ötesinde bir anlam ifade etmekte ve bu çatışmanın nasıl çözüleceğine dair çözümleri gerektirmektedir. Nitekim öğretilerdeki bu zenginlik, yüksek mahkeme kararlarına da yansımış ve başta Anayasa Mahkemesi ile Danıştay ve Yargıtay olmak üzere farklı yaklaşımlar benimsenmiştir. 1982 Anayasası döneminde var olan bu tartışmalar, Anayasa'da 2004 yılında yapılan bir değişiklikle farklı bir boyuta taşınmış; yeni düzenleme ile, artık eski tartışmaların tamamen sona erdiği, kısmen sona erdiği ve hiç sona ermeyip aynen devam ettiği gibi yorumlara yol açmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi<sup>2</sup> de, bilindiği üzere, günümüzde en prestijli; getirdiği zorunlu yargı sistemi ve kurduğu yargı organı ile insan haklarının korunması bağlamında en etkili uluslararası metinlerden birisi ve hatta belki de en önde gelenidir.<sup>3</sup> Türk Hukuku bakımından da, uluslararası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişki

<sup>1</sup> Devletlerin ikili yahut çok taraflı olarak birbirleri arasında veya uluslararası örgütlerin çatısı altında yaptıkları hukuken bağlayıcı taahhütlere, uygulamada ve öğretilerde, aralarındaki belli nüanslar gözetilerek, farklı isimler verilmektedir. *Anlaşma, sözleşme, antlaşma, andlaşma, konvansiyon* gibi terimler, bunlardan bazılarıdır. Bu çalışmada, atf yapılan yerde kullanılan terimlere (örneğin 1982 Anayasası m.90, "andlaşma" kavramını kullanmaktadır) saygı göstermek kaydıyla, genel olarak "anlaşma" terimi kullanılacaktır.

<sup>2</sup> Metin boyunca "AİHS" kısaltması yahut "Sözleşme" terimi ile ifade edilecektir.

<sup>3</sup> Bu yönüyle o, sadece insan haklarını güvence altına alan bir belge değil; Batı Demokrasisini somutlaştırma işlevi üstlenen bir belge olarak görülmüş ve bu yüzden de, onun için, "Avrupa Anayasası", "Avrupa'nın anayasal şartı" gibi nitelermeler yapılmıştır (Emin Memiş, İnsan Hakları Avrupa

ve muhtemel çatışmaların çözüm yolları dendiğinde, elbette Türkiye'nin taraf olduğu tüm anlaşmalar bu kapsama girse de; akla ilk gelen, AİHS ile iç hukuk arasındaki ilişki, bu bağlamda AİHS'in Türk Hukukundaki yeri ve etkisidir. Bilhassa Türkiye'nin Sözleşme kapsamında son yıllara kadar en fazla dava edilen ve aleyhine en fazla ihlal kararı verilen devletlerden biri olması,<sup>4</sup> bu ilişkiyi daha da önemli hale getirmektedir. Yukarıda bahsettiğimiz 2004 değişikliğine dair (önceki tartışmaları bitirdi mi, devam mı ettirecek şeklindeki eski) tartışmalar bağlamında, belki de, en tartışmasız ve net husus, temel hak ve hürriyetlere dair anlaşmalar ile kanunların çatışması meselesi halinde ne yapılacağıdır. Bu anlamda, temel hak ve özgürlüklerle ilgili olduğu şüphesiz olan AİHS de, bir ölçüde bu netlikten yararlanmaktadır. Ancak AİHS'in Anayasa karşısındaki konumu, halen daha tartışmalıdır. Esasen Türk Anayasası'nın, özellikle 2000'li yıllardan sonra yapılan değişikliklerle birlikte, AİHS ile büyük oranda uyumlaştırıldığı düşünüldüğünde, bu noktada gerçek bir çatışma ihtimali az olsa da, özellikle Sözleşmenin yargı organı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Sözleşmeyi dinamik bir belge olarak sürekli geliştirmesi ve içerdiği güvencelerin kapsamını genişletmesi sebebiyle, böyle bir çatışma ihtimali her zaman canlıdır. Mahkeme'nin, kararlarının bağlayıcı olup, tespit ettiği ihlalin ortadan kaldırılması için gereken her şeyi yapmanın tüm taraf devletlerin üzerinde bir yükümlülük olduğu düşünüldüğünde, bu ilişki farklı bir boyut kazanmakta ve Sözleşmenin değerlendirilmesinde yargı organının yorum ve içtihatlarını da devreye sokmaktadır.

Bu makalede, tüm bu tartışmalara yer verilecek ve bazı çözümler önerilecektir. Önce, Sözleşmenin taraf devletlerdeki yerine dair Türkiye dışından örnekler verecek ve kısa bir mukayeseli hukuk çalışması yapacağız. Tabii bunu yaparken de, ister istemez, genel olarak uluslararası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkiyi açıklayan sistemlere ve bu bağlamda AİHS'in bazı ülkelerde aldığı pozisyona bakacağız. Ardından Türk Hukukunda Sözleşmenin yerini incelemeye geçeceğiz. Burada da, aslında güncel anayasal yapı 2004 değişikliği ile şekillenmiş olsa da, yukarıda da belirttiğimiz gibi, 2004 öncesi tartışmalar, bir ölçüde 2004 sonrası dönemde de geçerli olduğundan; önce 2004 öncesindeki duruma, hemen ardından da 2004 sonrası gelinen noktaya bakacağız. Her iki dönemi incelerken de, önce öğretilerdeki görüşlere yer verecek; ardından

---

Standardı ve İç Hukuk Etkileşimi Analizleri, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:17, 2000, s.132). AİHS, bu niteliğiyle, özellikle II. Dünya Savaşı'ndan sonra başlayan insan haklarının korunmasının ulusal ölçekten uluslararası ölçüğe taşınması; insan haklarının devletlerin salt bir iç meselesi olmaktan çıkıp kolektif bir nitelik kazanması ve bireyin de, hak sahibi olarak uluslararası hukukun bir öznesi konumuna getirilmesi sürecinin köşe taşlarından birini oluşturur (Ibid. s.131, 132. Aynı doğrultuda bkz.: Süheyl Batum, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye*, Kavram Yayınları, 107, Ağustos, 1996, s.13; Tekin Akilloğlu, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz*, AÜSBFD, Cilt: 44, Sayı:3-4, Temmuz-Aralık 1989).

<sup>4</sup> İstatistikler için bkz.: [http://www.echr.coe.int/Documents/Stats\\_analysis\\_2014\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_analysis_2014_ENG.pdf), s. 8, 11, 12, 58, Erişim Tarihi: 12.10.2015.

dan belli başlı mahkemelerin kararlarında meselenin nasıl ortaya konup çözüldüğüne bakacak ve bir değerlendirme yapacağız.

### A. AİHS'in Taraf Devletlerin İç Hukuklarındaki Niteliği ve Yeri

AİHS, mahiyeti itibarıyla bir uluslararası anlaşmadır. Bundan ötürü de, kendisine taraf devletlerin ulusal hukuk sistemlerindeki yeri, bu devletlerin uluslararası hukuk ve özelde uluslararası anlaşmalar ile iç hukuk arasındaki ilişkiyi açıklayan sistemlerden hangisini kabul ettiklerine göre tayin olunur. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, bir taraf devletin bu sistemlerden hangisini kabul ettiği, öncelikle Sözleşmenin iç hukukun (yani milli mevzuatın) bir parçası haline getirilip getirilmediği ile ilgili bir konu olup; Sözleşmenin bu iç hukukta (yani milli mevzuat içinde) hiyerarşik anlamda nerede yer aldığı hususu, kabul edilen bu sistemden bağımsız olarak yine milli hukuklar tarafından belirlenecek ayrı bir durumdur. Diğer bir deyişle, kabul edilen sistem, öncelikle, Sözleşmenin o devletin idare ve yargı organlarının somut olaylarda başvurulabilecek bir kaynak olup olmadığına cevap vermekte olup; Sözleşmenin – velev ki iç hukukun bir parçası haline getirilmiş olsun – ulusal mevzuat içinde hangi statüde olduğu (Anayasa ile denk mi, yoka kanun kuvvetinde mi gibi) hususunu tek başına belirlemeye yetmemekte; bu husus, kabul edilen sistemden bağımsız olarak, yine o devletlerin anayasal kurallarınca belirlenmektedir.

Biz de burada, öncelikle, uluslararası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkiyi açıklayan bu sistemler hakkında kısaca bilgi verecek; ardından, AİHS'in belli taraf devletlerdeki yerini inceleyeceğiz.

#### A.1. Genel Olarak: Uluslararası Hukuk ile İç Hukuk Arasındaki İlişkiyi Açıklayan Sistemler

Bilindiği üzere, genel anlamda uluslararası hukuk ve özelde de uluslararası anlaşmaların milli (iç) hukuklar ile ilişkisi konusunda, *ikici (düalist)* ve *tekçi (monist)* olmak üzere iki sistem mevcuttur.<sup>5</sup>

- *İkici (Düalist) Sistem'e* göre; uluslararası hukuk ile iç hukuk birbirinden farklı ve tamamen bağımsız iki ayrı hukuk düzenidir. Diğer bir deyişle, her ikisinin düzenledikleri toplumsal ilişkiler birbirinden farklıdır. Şöyle ki, iç hukuk, ulusal düzeyde bireyler ve bireyle devlet arasındaki ilişkileri; uluslararası hukuk ise, uluslararası camianın öznelere (genelde devletler ve bunların yanı sıra uluslararası kuruluşlar ve hatta bireyler) arasındaki uluslararası niteliğe sahip ilişkileri düzenler. Bu sistemde, her iki hukuk

<sup>5</sup> Monizm ve düalizm hakkında ayrıntılı bir doktriner tartışma için bkz.: Ender Ethem Atay, **Uluslararası Antlaşmaların İç Hukuktaki Yeri ve İdareyi Bağlayıcılığı**, *Hukuk Kurultayı* 2000, 12/16 Ocak 2000, Ankara, Cilt:1, s.393 vd.

düzeni birbirinden bağımsız olduğundan, birindeki kuralın diğesinde de geçerli olabilmesi, buna ilişkin olarak ya açıkça bir *yollamada* (atıfta) bulunulmasına ya da bir *aktarma işleminin* yapılmasına bağlıdır. Bu itibarla, bu anlayışa göre, uluslararası hukukun ve özellikle de uluslararası anlaşmaların iç hukukta uygulanabilmesi için, bunların, idari makamların veya yasa organının bir tasarrufu ile iç hukuka aktarılması gereklidir.<sup>6</sup> AİHS'e taraf devletlerden örneğin İngiltere, İrlanda, Danimarka, Malta, Norveç, İzlanda ve İsveç'te bu sistem egemendir.<sup>7</sup>

- *Tekçi (Monist) Sistem'de ise*; uluslararası hukuk ile iç hukukun bir bütünün parçaları olduğu tek bir hukuk düzeni söz konusudur.<sup>8</sup> Bu anlayışa göre, *uluslararası hukuk alanında usulüne göre oluşturulan bir kural, doğrudan ulusal kurallar (milli mevzuat) arasındaki yerini alır ve aldığı yere (yani kurallar kademelenmesindeki yerine) göre de uygulanır.*<sup>9</sup> Sözleşmeye taraf devletlerden örneğin Fransa, İtalya, Portekiz, Yunanistan ve Türkiye'nin<sup>10</sup> hukuk düzenlerinde bu anlayış geçerlidir.

<sup>6</sup> Feyyaz Gölcüklü, Şeref Gözübüyük, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Turhan Kitabevi, Genişletilmiş 7. Baskı, Ankara, 2007, s. 19.

<sup>7</sup> Kadir Yıldırım; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Divan Kararlarının Hukuksal Niteliği ve Taraf Devletlerde Uygulanması**, Kazancı Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 1997, s. 47 vd.; İbrahim Şahbaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri**, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:54, 2004, s.178; Gölcüklü – Gözübüyük; s. 19.

<sup>8</sup> En önde gelen temsilcisi olarak gösterilen Hans Kelsen'e göre; dünyada var olan hukuk düzeni, tek bir hukuk düzenidir ve uluslararası hukuk ile ulusal hukuk, bu düzenin parçalarını oluşturur (Hüseyin Pazarıcı, **Uluslararası Hukuk**, 15. Baskı, Turhan, 2015, s.19). Çelik'e göre de; uluslararası hukukla ulusal hukuk arasında eşitlik ilişkisinin bulunabilmesi, bu eşitliği kuran ve bu düzenlerden her birinin geçerlik alanlarını saptayan üçüncü ve üstün bir normlar sisteminin varlığına bağlıdır. Oysa, bu düzenlerden başka ve bunlardan üstün bir üçüncü düzen yoktur. Eşitlik söz konusu olamayacağına göre, bu iki sistem arasında zorunlu olarak bir hiyerarşi ilişkisi bulunacak ve normların sıralanışında uluslararası hukuk kuralları, iç hukuk kurallarının önünde yer alacaktır. Bunun sonucu olarak ise, bu iki hukuk normu çatıştığında, uluslararası hukuka üstünlük tanınacaktır (Edip Çelik, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulaması**, İdare Hukuku ve İlimler Dergisi, Sayı:1-3, 1988, s.49).

<sup>9</sup> Gölcüklü, Gözübüyük, s. 19.

<sup>10</sup> 1982 Anayasası'nın 90/5. maddesi, “*usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar, kanun hükmündedir*” hükmünü havidir. Bir uluslararası anlaşmanın nasıl yapıp yürürlüğe konacağı, anlaşmanın türüne göre 90. maddenin diğer fıkraları ile *244 sayılı Milletlerarası Anlaşmaların Yapılması, Yürürlüğü ve Yaşınlanması ile Bazı Anlaşmaların Yapılması İçin Bakanlar Kuruluna Yetki Verilmesi Hakkında Kanun*'da açıkça belirtilmiştir. İşte bir uluslararası anlaşma, buralarda belirtilen usullere göre yürürlüğe konmakla, iç hukukun bir parçası haline gelecek; diğer bir deyişle, gerek idare organları gerek mahkemelerce, aynı bir Türk kanunu gibi somut olaylarda uygulanabilecektir. Görüldüğü gibi, *Türk hukukunda*, uluslararası anlaşmaların iç hukukun bir parçası olabilmesi için usulüne göre yürürlüğe konması yeterli olup, ayrıca bir *aktarma (transformasyon) işlemine gerek bulunmamaktadır*. (Aynı doğrultuda bkz.: Bahadır Kılınc, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İnfazı**, Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, 2006, s. 323. ) Buna karşılık bazı yazarlar, Türkiye'nin düalist sistemde olduğunu savunmaktadırlar. Bu yönde görüşler için bkz.: Kemal Başlar, **Yeni Sivil Anayasada Uluslararası**

## A.2. *Taraf Devletlerin Hukuklarında AİHS*

Yukarıda da bahsettiğimiz gibi, Sözleşmenin, taraf devletlerin iç hukuklarının bir parçası olup olmaması ile iç hukukun bir parçası olduğu takdirde buradaki hiyerarşik yeri, birbiriyle bağlantılı, fakat ayrı şeylerdir. Öncelikle, *ikici* sistemde, söylediğimiz anlamda bir iç hukuka aktarma ya da yollama olmadan, uluslararası anlaşmaların ve dolayısıyla da Sözleşmenin, iç hukukun bir parçası olabilmesi ve ulusal makamlarca somut olaylarda uygulanabilmesi mümkün değildir. Sözleşmenin böyle bir aktarma veya yollama suretiyle iç hukukun bir parçası haline getirilmesi durumunda ise, Sözleşmenin o devletin ulusal mevzuatındaki kurallar arasındaki yeri, yine o devletin iç hukukunca ve genellikle de anayasası tarafından belirlenecektir. Aynı durum, *tekçi sistemin* kabul edildiği ülkeler bakımından da geçerlidir. Bu ülkelerde de, tekçi sistemin kabul edilmiş olması, sadece Sözleşmenin, iç hukukun bir parçası olabilmesi için bir aktarma işlemine gerek olmadığı, usulüne göre onaylanıp yürürlüğe konmakla iç hukukun bir parçası olduğu sonucunu doğurmaktan öte bir anlam ifade etmemekte; iç hukukun bir parçası durumunda bulunan Sözleşmenin iç hukuktaki hiyerarşik yeri, yine o devletin ulusal hukukunca ve çoğunlukla da anayasasınca belirlenmesi gereken ayrı bir husus olarak karşımızda durmaktadır. Diğer bir deyişle, bir devletin bu konuda kabul ettiği sistem, sadece Sözleşmenin o ülkede iç hukukun bir parçası haline gelip gelmediği ile ilgili olup, iç hukuktaki hiyerarşik yeri hakkında tek başına bir fikir vermemektedir.

Bu bağlamda, mukayeseli hukuka baktığımızda, ister ikici ister tekçi sistemi kabul etmiş olsun, taraf devletler arasında, iç hukuklarında Sözleşmeye tanıdıkları statü bakımından farklı uygulamalar mevcuttur. Biz de, burada öncelikle, mukayeseli hukuktaki duruma bir göz atacak, ardından Türk Hukukundaki duruma – öğreti ve mahkeme kararları ışığında – değineceğiz. Ancak, başlamadan önce bir hususu hatırlatmak gerekmektedir. Bütün bu anlattıklarımız, AİHS'in taraf devletlerin iç hukuklarındaki hiyerarşik yeri ile ilgili olup; ister ikici ister tekçi sistemi benimsemiş olsun, ister aşağıda değineceğimiz gibi, Sözleşmeye anayasal değer vermiş ister onu kanunla bir tutmuş olsun, ne Sözleşmenin tüm taraf devletler için bağlayıcılığına, ne de bu devletlerin, Sözleşmenin yorumlayıcısı ve uygulayıcısı olan AİHM kararlarının gereklerini yerine getirmekle yükümlü bulunmaları durumuna bir hanel getirecektir.

Mukayeseli hukuka baktığımızda, taraf devletler arasında farklı uygulamalar olduğu görülmektedir. Öncelikle, Sözleşmenin iç hukuklardaki hiyerarşik yerinden bahsedebilmek için, Sözleşmenin o ülke iç hukukunun bir parçası haline gelmiş veya getirilmiş olması gerektiği açıktır. Bu noktada, *tekçi* sistemi kabul eden ülkeler bakı-

mından böyle bir sorun söz konusu olmamakla birlikte, *ikinci* sistemi kabul eden ülkeler bakımından, bu hususun öncelikle ele alınması gerekmektedir.<sup>11</sup> Ancak bir hususu belirtmek gerekir ki, Yüzbaşıoğlu'nun da belirttiği gibi, taraf devletlerin pek çoğunun (hatta 1990'lara kadar neredeyse tamamının) anayasaları, Sözleşmenin ortaya çıkışından önce yapıldığı için, bunlardaki (örtülü ya da açık) çatışma kuralları, Sözleşmenin yerini hedef almaktan ziyade, genel olarak uluslararası anlaşmaların (veya hukukun genel ilkelerinin) yerine ilişkindir. Sözleşmenin kabulünden sonra yapılan anayasalarda ise, bazıları doğrudan AİHS'e temas etmekle birlikte (mesela 1978 İspanya Anayasası), bir çoğunun, yine genel olarak uluslararası anlaşmalara ilişkin çatışma ve kademelenme hükümleri getirdiği görülmektedir.<sup>12</sup>

*Sözleşmeyi İç Hukuklarının Bir Parçası Haline Getirmemiş Devletler*: Uluslararası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişki bakımından *ikinci* sistemi kabul eden devletlerde, bir uluslararası anlaşmanın iç hukukun bir parçası olabilmesi için, bir *aktarma* (*transformation*) veya *yollama* (*attribution*) işlemine ihtiyaç duyulduğunu önceden söylemiştik. Bu sistemi benimseyen taraf devletlere baktığımızda, bazılarında, bu şekilde bir aktarma veya yollama işlemi yapmak suretiyle Sözleşmenin iç hukukun bir parçası haline getirildiğini; buna karşılık bazılarının ise, henüz böyle bir işlem yaparak Sözleşmeyi iç hukukun bir parçası haline getirmedeğini görmekteyiz. Elbette ki, yukarıda da belirttiğimiz gibi, Sözleşmenin ve mahkemesinin kararlarının tüm taraf devletler için bağlayıcı olduğu konusunda bir şüphe olmamakla birlikte, bu ikinci grup devletler bakımından, Sözleşmenin iç hukuktaki hiyerarşik yeri gibi bir husus da söz konusu olmayacaktır; zira bu devletlerde, Sözleşme, zaten iç hukukun bir parçası değildir. Sözleşmeye taraf devletlerden, İngiltere, İsveç, Norveç, İzlanda, Finlandiya, İrlanda, Almanya, bu grup devletlere örnek olarak gösterilebilir.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Bu noktada belirtelim ki, Sözleşmeye taraf olmanın, otomatik olarak, Sözleşmeyi iç hukukun bir parçası haline getirme yükümlülüğünü doğurup doğurmadığı tartışmalıdır. Sözleşme'nin yargı organı, çeşitli kararlarında, bu yönde ifadeler ("Sözleşmenin iç hukuka aktarılmasının, Sözleşmeyi hazırlayanların niyetini daha iyi yansıtacağı", "Sözleşmedeki hakların iç hukukta etkin biçimde korunabilmesi için, Sözleşmenin iç hukukun bir parçası haline getirilmesinin önemli olduğu" gibi) kullanmıştır (Vahit Bıçak, *Uluslararası İnsan Hakları Normlarının Yorum Organı Olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Kararlarının Türk Hukukunun Gelişimine Katkısı*, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:17, 2000, s.110; Zühtü Arslan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler*, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:17, 2000, s.275, 276). Öğretide genelde kabul edilen ise, Sözleşmenin (1 ve 46. maddelerinin) böyle bir yükümlülük getirmeyeceğidir (Jacobs, White, & Ovey, *The European Convention on Human Rights*, 6. Ed., Oxford University Press, Oxford, 2014, p.16; David J. Harris, Michael O'Boyle, Colin Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, 3. Ed., Oxford University Press, Oxford, 2014, p.29; Rıza Türmen, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İç Hukukumuza Etkileri*, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:17, 2000, s.32.). Ancak ne olursa olsun kesin olan bir şey, taraf devletlerin, iç hukuklarını, tüm yönleriyle Sözleşme ve yargı organının kararlarıyla uyumlu hale getirmeleri mecburiyettir (Arslan, s.276).

<sup>12</sup> Necmi Yüzbaşıoğlu, *Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine*, *İnsan Hakları Merkezi Dergisi*, Cilt:11, Sayı:1, Mayıs 1994, s.28.

<sup>13</sup> Yıldırım, s. 49 vd.

*Sözleşmeyi İç Hukuklarının Bir Parçası Haline Getirmiş Devletler:* Tekçi sistemi kabul etmiş (veya ikici sistemi kabul etmekle birlikte bir aktarma işlemiyle Sözleşmeyi iç hukuklarının bir parçası haline getirmiş) taraf devletlerde, Sözleşmenin milli mevzuat içindeki hiyerarşik yeri konusunda dört farklı uygulama karşımıza çıkmaktadır:

- Sözleşmeyi sıradan bir kanun kuvvetinde gören devletler
- Sözleşmeyi kanundan üstte fakat anayasadan aşağıda gören devletler
- Sözleşmeye anayasal bir değer atfeden devletler ve
- Sözleşmeyi anayasadan dahi üstte tutan devletler

Sözleşmenin bu şekilde iç hukukun bir parçası haline getirildiği ülkelerde, Sözleşme ile bir kanun ve hatta anayasa hükmü çatıştığında, bunlardan hangisine üstünlük tanınacağı sorunu da beraberinde gelmektedir.<sup>14</sup>

- *Sözleşmeye sıradan bir kanunla aynı hiyerarşik değeri atfeden ülkelerde*, bir Sözleşme – anayasa hükmü çatışmasında, elbette ki, anayasa hükmüne üstünlük tanınacak; bir kanun – Sözleşme hükmü çatışmasında ise, mesele, iki kanun arasındaki bir çatışma halinde uygulanacak kurallara göre (sonraki – önceki kanun ve genel – özel kanun ilişkisi) çözülecektir. Buna göre örneğin, Sözleşmenin o ülkede yürürlüğe girdiği tarihten sonra çıkarılan bir kanun ile bir Sözleşme hükmü çatışırsa – ve yukarıda belirttiğimiz gibi kanunun Sözleşmeye uygun yorumu da mümkün değilse – idare ve yargı

<sup>14</sup> Burada durumu her bir sisteme göre ayrı ayrı incelemeye geçmeden önce, bu dört farklı sistemin tümü için de geçerli olan bir hususu tekrardan vurgulamakta fayda vardır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, ister tekçi ister ikici sistemi kabul etmiş olsun ve ister Sözleşmeye bir kanun kuvveti isterse anayasal değer vermiş olsun, Sözleşme ile Divan kararları, Sözleşmenin 1. ve 46. maddeleri uyarınca tüm taraf devletler için bağlayıcıdır. Diğer bir deyişle, bir taraf devlet, ikici sistemi kabul ettiğini ve henüz iç hukuka aktarma işlemini de yapmadığını ileri sürerek Sözleşme ile bağlı olduğu gerçeğini inkar edemeyeceği ve Divan kararlarının gereklerini yerine getirmekten kaçınamayacağı gibi; iç hukukla Sözleşmenin çatışması halinde, kendi anayasasına göre iç hukukun üstün olduğunu öne sürerek Sözleşmeyi uygulamamasından doğacak sorumluluktan da kurtulamayacaktır. Bir taraf devletin anayasası, bu gibi hallerde eğer iç hukuka üstünlük tanıdıysa, yapılması gerekli şey, iç hukukun Sözleşmeye uygun olarak yorumlanmasıdır. Ancak Sözleşme ile iç hukuk arasındaki çatışmanın bariz olduğu ve böyle bir uygun yorumun mümkün olmadığı durumlarda, genel eğilim, ulusal idare ve yargı makamlarının, o somut olayda iç hukuklarını (kendi kanun ve anayasalarını) uygulamalarıdır. Ancak bu halde Sözleşmenin getirdiği uluslararası sorumluluğun da kaçınılmaz olduğu, diğer bir deyişle AIHM tarafından mahkum edilmekten de kurtulanamayacağı açıktır. Dolayısıyla aşağıda ele alacağımız Sözleşme ile iç hukuk arasındaki bir çatışmanın nasıl çözüleceği hususu, o devletin ulusal idare ve yargı makamlarının somut bir olayda nasıl davranacağına ilişkin olup, uluslararası boyutta, bahsettiğimiz gibi, ana ilke, *Sözleşmenin üstünlüğüdür*. Bu önemli hususu belirttikten sonra, bu dört grup devlet bakımından Sözleşme ile iç hukuk arasındaki bariz bir çatışmanın nasıl çözüleceğini incelemeye geçebiliriz.



makamları, mecburen kanuna öncelik tanıyacaktır. Almanya,<sup>15</sup> İtalya<sup>16</sup> ve İsviçre bu gruba örnek verilebilir.<sup>17</sup>

- *Sözleşme'ye kanun ile anayasa arası bir hiyerarşik statü tanıyan (yani Sözleşme'ye kanunların üstünde fakat anayasanın altında bir hiyerarşik değer atfeden) ülkelerde*, Sözleşme ile anayasa hükmü arasındaki çatışmada yine anayasaya üstünlük tanınacak; bir Sözleşme hükmü ile kanunun çatışmasında ise, Sözleşme hükmü öncelikle uygulanacaktır. Fransa, Malta, Lüksemburg, Kıbrıs (Rum Kesimi) ve Portekiz, bu gruba örnek verilebilir.<sup>18</sup>
- *Sözleşmeye kanunların üstünde anayasal bir değer atfeden (yani Sözleşmeyi kurallar kademelenmesinde anayasası ile eş tutan) ülkelerde* (mesela Avusturya, İsviçre, Belçika),<sup>19</sup> Sözleşme ile bir kanun hükmünün çatışması halinde ne olacağına verilecek cevap kolay olup, hemen bir yukarıdaki sistem için verdiğimiz cevap ile aynıdır. Buna karşılık bir anayasa hükmü ile Sözleşmenin çatıştığı ihtimalde ise, durum biraz karmaşıktır. Aslında burada ilke basittir: anayasanın iki hükmü arasında bir çatışma çıktığı vakit, durum nasıl çözülüyorsa, Sözleşme de anayasal değerde olduğundan, burada da çözüm aynı olacaktır. Karmaşık olan, iki anayasa hükmünün çatışması halinde bunun nasıl çözüleceğinin bizatihi *anayasa hukukunda* tartışmalı bir konu olmasıdır. Eğer bir anayasa, açıkça kendi hükümleri arasındaki böyle bir çatışmada izlenecek yolu göstermişse, çözüm buna göre bulunacaktır. Ancak, anayasanın kendi içinde birbiriyle çelişik hükümler içermesi, olası bir durum olarak görülmediğinden, anayasalarda genelde böyle bir çatışma hükmü yer almaz. Böyle anayasalarda, kural olarak anayasanın tüm hükümleri arasında bir astlık-üstlük ilişkisi bulunmadığı ve tümünün eşit hiyerarşide olduğu kabul edilmektedir. Burada, konumuz bu olmadığından fazla ayrıntıya girmiyor, bu halde konunun o ülkenin anayasa hukuku ilkelere göre çözüleceğini belirtmekle yetiniyoruz.<sup>20</sup>

<sup>15</sup> Yüzbaşıoğlu'na göre; Anayasa'nın lafzı böyle olmakla birlikte; Alman Anayasa Mahkemesine göre, yasama organının iradesinin açıkça aksi yönde olmaması koşuluyla, AİHS hükümlerine, sonraki kanunlar karşısında öncelik verilmesi benimsenmiştir (Yüzbaşıoğlu, s.29).

<sup>16</sup> Yüzbaşıoğlu'na göre, İtalya Anayasası'nda, uluslararası anlaşmalar ve dolayısıyla AİHS'in yerine ilişkin doğrudan bir hüküm bulunmamasıyla birlikte; AİHS, bir kanunla iç hukuka aktarıldığı için, Sözleşmenin kanun değerinde olduğu kabul edilmektedir (*Ibid*).

<sup>17</sup> Şahbaz, s.180. Alman yargısında meselenin güzel bir analizi için bkz.: Bilgütay Kural, **Bir Alman Anayasa Mahkemesi Kararı Işığında AİHS'nin Alman Hukuku'na Etkisi**, <http://www.gunisigihukuk.com/abanayasasi.html>, Erişim Tarihi: 10.12.2014.

<sup>18</sup> Şahbaz, s.180.

<sup>19</sup> *Ibid.*; Arslan, s.277.

<sup>20</sup> Örneğin, 1982 Anayasası böyledir; zira hiçbir maddesinde, böyle bir çatışmanın nasıl çözüleceğine dair bir hüküm yoktur. Her ne kadar, Anayasa'nın Devletin temel niteliklerine ilişkin maddelerinin (mesela hukuk devleti, laiklik, eşitlik, üniter devlet vs.), diğer hükümlerden üstün olduğuna ve

- Son olarak da, Sözleşmeyi hiyerarşik anlamda anayasalarından dahi üstün tutan ülkeler bakımından (bu durum, anayasada açıkça belirtilmiş olabilir ya da anayasa maddelerinin yorumundan hareketle öğretilerde ve daha da önemlisi yargı kararlarıyla ortaya konmuş olabilir), elbette ki, Sözleşme, gerek bir kanun gerekse bir anayasa hükmü ile çatıştığında, Sözleşmeye üstünlük tanınacağına kuşku yoktur. Hollanda,<sup>21</sup> İspanya ve Yunanistan, bu gruba giren AİHS devletleri olarak gösterilmektedir.<sup>22</sup>

## B. Türk Hukukunda Sözleşmenin Niteliği ve Yeri

Uluslararası anlaşmaların *Türk hukukundaki* statüsü ve yeri konusunda esas hüküm, Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası olmakla birlikte, dolaylı olarak bu konuya değinen başka Anayasa hükümleri de (m.2, 15, 16, 42, 92 ve Başlangıç 4. paragraf) mevcuttur.<sup>23</sup> Anayasa'nın m. 90/5 hükmüne baktığımızda ise, 2004 yılındaki değişiklikle kategorik bir ayrıma gidildiği ve uluslararası anlaşmaların temel hak ve özgürlüklere ilişkin olanlar ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin olmayanlar şeklinde ikiye ayrıldığı görülmektedir. Şu halde, usulüne göre onaylanıp yürürlüğe konmuş ve böylece de iç hukukun (ulusal mevzuatın) bir parçası haline gelmiş bir uluslararası anlaşmanın iç hukuk (ulusal mevzuat)'taki yeri de, o anlaşmanın temel hak ve özgürlüklere ilişkin olup olmadığına göre belirlenecektir. İncelemekte olduğumuz AİHS de, bu kurala tabidir. Diğer bir deyişle, Sözleşmenin *Türk hukukunda* hiyerarşik anlamda özel bir yeri olmayıp, iç hukuktaki statüsü, bu iki kategoriden hangisine girdiğine göre

---

Anayasa Mahkemesinin de, bu yönde bir yaklaşımı benimsediğine dair görüşlere rastlanmaktaysa da, Anayasa'nın açıkça böyle bir hiyerarşi/çatışma hükmü içermediği açıktır. Türk Hukuku bağlamında bu tartışmaya ileride tekrardan döneceğiz.

- <sup>21</sup> Hollanda Anayasası'na göre (m.91), Anayasa ile çatışan bir uluslararası anlaşmanın onaylanabilmesinin, Hollanda Parlamentosu'nun 2/3 ile kabulüne bağlı olduğunu belirtelim.
- <sup>22</sup> **Ibid.** Bu noktada bir mukayese yapmak adına, başka bir bölgesel insan hakları koruma sistemi olan 1969 yılında imzalanan *Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi*'ne (*American Convention on Human Rights*) baktığımızda da, benzer bir tabloya rastlamaktayız. Sözleşme hükümlerine, anayasa-üstü (Kolombiya, Venezuela gibi); anayasal (Arjantin gibi); yasa-anayasa arası (Kosta Rika, El Salvador gibi) ve nihayet yasalarla eş (Meksika gibi) statü tanınmasının söz konusu olduğunu görmekteyiz (Volkan Aslan, *Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sistemi*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:3, Sayı:3, 2012, s.270).
- <sup>23</sup> Eski Anayasalara baktığımızda, 1924 Anayasası'nda, uluslararası anlaşmaların nasıl onaylanacağını göstermek dışında (m.26), iç hukuktaki yerine doğrudan değinen bir hüküm bulunmamaktaydı (Abdurrahman Eren, **1982 Anayasası'nın 90. Maddesindeki 2004 Değişikliğinin Anlaşmaların Türk İç Hukukundaki Yerine Etkisi**, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:8, S:3-4, 2004, s.54). Ancak, gerek 1921 (m.7) gerek 1924 (m.26) Anayasalarında, anlaşmaların TBMM tarafından yapılacağı öngörüldüğünden, usul ve şekil bakımından anlaşmaların kanun mahiyetini aldığı ve bu etki ve değerle de uygulandığı söylenmiştir (Suat Bilge, *İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Hukukundaki Yeri*, *Ankara Barosu Dergisi*, 1989/6, s.985, 986; Atay, s.407). 1961 Anayasası'na bakıldığında ise, 65. maddede bu konuda doğrudan bir hüküm getirildiğini görmekteyiz. Bu hükmü, aşağıda değineceğiz.

belirlenecektir. Bu noktada, AIHS'in temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir uluslararası anlaşma olduğunda kuşku bulunmadığına göre, bu kategoriye ilişkin söylenecekler, tabiatıyla Sözleşme için de geçerli olacaktır.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, *Türk hukukunda* uluslararası anlaşmaların yerini düzenleyen Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası hükmünde 2004 yılında bir değişiklik yapıldığından, konuyu, bu değişiklikten önceki ve sonraki haliyle inceleyeceğiz.

### **B.1. 2004 Değişikliğinden Önceki Durum**

#### *Genel Olarak*

Anayasa'nın 90/5. maddesi, 2004 yılındaki değişiklikten önce; “*usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz*” hükmünü haviydi. Görüldüğü üzere, Anayasa'nın 90/5. maddesi, bu dönemde, anlaşmalar arasında bir sınıflandırma yapmamakta; diğer bir deyişle, görünürde, tüm anlaşmaları, hiyerarşik anlamda aynı statüde kabul etmekteydi.<sup>24</sup>

Hüküm, uluslararası anlaşmaların kanun hükmünde olduğunu belirttiğinden ve fakat hemen sonra bunların – normal kanunlardan farklı olarak – Anayasa'ya aykırılıklarının ileri sürülemeyeceğini söylediğinden ötürü, uluslararası anlaşmaların (ve dolayısıyla da Sözleşmenin) iç hukuktaki hiyerarşik yeri hususu, öğreti ve yargı kararlarında sürekli tartışılmıştır. Buradaki “kanun hükmündedir” ibaresinden maksadın ne olduğu, bunların Anayasa'ya aykırılığının iddia edilememesinin bir üstünlük göstergesi mi yoksa sadece bir ayrıcalık mı olduğu gibi meseleler, öğretilerde tartışılmalı olduğu gibi; konu, yargı kararlarıyla da tam olarak netlik kazanmış sayılmazdı.

Biz de, burada öncelikle, öğretilerdeki görüşlere yer verecek; ardından yine bu dönemde verilmiş konuya ilişkin içtihatları değineceğiz. Tekraren vurgulayalım ki, savunduğumuz görüşe göre, 2004 değişikliği, konumuzla ilgili tartışmaların bir bölümüne cevap verdiği ve bu anlamda 2004 öncesi tartışmalar, belli bir ölçüde 2004 sonrası süreçte geçerliliğini koruduğu için; 2004 sonrasını anlayabilmek adına 2004 öncesi süreci ve bu süreçte yaşanan tartışmaları da kavramak gerekmektedir.

#### **B.1.1. Öğretilerdeki Görüşler**

Konuya ilişkin öğretilerdeki görüşler, (kendi içinde daha alt gruplara ayrılmak kaydıyla) esas olarak üç gruba ayrılabilir.

<sup>24</sup> Ancak aşağıda ele alacağımız diğer Anayasa hükümlerinin, aksi yönde yoruma yol açtığı; yani her ne kadar Anayasa'nın 90/5 hükmü, lafzen böyle bir ayırım yapmasa da, yukarıda belirttiğimiz diğer hükümlerinin yorumundan hareketle, Anayasa'nın insan haklarına ilişkin anlaşmalar ile bunların haricindeki anlaşmalar arasında bir ayırım gözettiği ileri sürülmekteydi. Bu konuya aşağıda değineceğiz.

*Kanuna eş değer sayan görüş:* Öğretide bir görüş, söz konusu fıkradaki “kanun hükmündedir” ibaresinden hareketle, uluslararası anlaşmaların kurallar kademelenmesinde Anayasa’nın altında ve kanunlarla eş değer olduğunu; 2. cümledeki “... Anayasa Mahkemesine başvurulamaz” ibaresinin ise, uluslararası anlaşmalara kanunlardan üstünlük tanındığı şeklinde değil, bunların Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi suretiyle devletin uluslararası sorumluluğunun doğmasına engel olmak amacıyla getirilmiş ve bu anlamda uluslararası anlaşmalara ayrıcalık tanıyan bir düzenleme şeklinde yorumlanması gerektiğini savunmaktaydı.<sup>25</sup> Bu görüş kabul edildiğinde, Sözleşme ile bir Anayasa hükmünün çatışması halinde Anayasa hükmüne üstünlük tanınacak; bir Sözleşme – kanun çatışması ihtimalinde ise – kanunun Sözleşmeye uygun yorumu mümkün değilse<sup>26</sup> – mesele, kanunlar arasındaki çatışma (sonraki kanun-önceki kanun ve genel-özel kanun) kurallarına göre çözülecekti. Görüldüğü gibi, bu görüşe göre, bir uluslararası anlaşmanın ve dolayısıyla AİHS’in sıradan bir kanun hükmünden bir farkı olmayıp; Sözleşmenin bazı hükümlerinin, kendisinden sonra yürürlüğe giren bir kanun ile yürürlükten kaldırılabilmesi veya en azından iç hukukta etkisiz kılınması mümkündür.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> Öğretide bu görüşü savunan yazarlar için bkz.: Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu; **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta Yayınevi, 9. Bası, İstanbul, 2009, s.480, dipnot:94; Eren, s.57, dipnot 33. Örneğin Güran, anayasaya aykırılığın ileri sürülmesi yaşağının varlığının, uluslararası anlaşmaları, ne kanunlardan üstün ne de Anayasa ile eş düzeyde yapacağını; bunun sebebinin, birden çok dış iradenin uyumunu ile oluşan anlaşmaların iki veya daha fazla farklı egemenliğin iradesinin ürünü olması ve bu sebeple, Anayasa Mahkemesinin egemenlik alanının dışında bulunması ve ayrıca Anayasa’ya aykırı görülse bile, ortada, iptal edilerek hukuk aleminden tamamen kaldırmaya (özellikle oluşum süreci itibarıyla) elverişli bir hukuk normunun olmaması olduğunu söylemektedir. Yazar, ayrıca, üstünlüğün mutlak surette Anayasa’da olduğunu ve 90. maddede, uluslararası anlaşmaların ancak kanunlara değişiklik getirebilmesine ve iç hukuk hiyerarşisinde ancak kanunlarla eşit basamakta konuşlanmalarına izin verilmiş olmasının, tam da, Anayasa’nın üstünlüğü mutlak ilkesinin istisnasız ifadesi ve teyidi olduğunu söylemektedir (Sait Güran, **Egemenlik Ulus’undur Üstünlük Anayasa’dadır**, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:17, 2000, s.47). Bu noktadaki bir başka argüman da, uluslararası anlaşmaların, yasa koyucunun yasama yetkisine sınır koyamayacağı; Türkiye’nin çıkarları öyle gerektiriyorsa, anlaşmalara aykırı bir kanunun sonradan da çıkartılabileceği; ancak bunun hesabının önceden özenle yapılması gerektiği; bu durumda kanunun uygulanacağı ve bunun da anlaşmanın tek taraflı bir iç hukuk işlemi ile değiştirilmesi demek olmayacağıdır (Serdar Arıkan, **İnsan Haklarıyla İlgili Uluslararası Sözleşmelerin Türk İç Hukukundaki Yeri**, *Yargıtay Dergisi*, Cilt:25, Sayı:4, Ekim 1999, s.637, 638).

<sup>26</sup> Bu noktada hemen, bütün makalenin üzerine oturduğu kavramlardan birini de, en baştan açıklamak gerekir. Çalışma boyunca, “çatışma”, daha açık ifadesiyle, “anlaşma-kanun çatışması” veya “anlaşma-anayasa çatışması” dediğimizde, kastettiğimiz hukuki problem, iki normun, aynı konuda farklı düzenlemeler içermesi ve bu farklılığın, “uygun yorum” ile telif edilmesinin mümkün olmaması şeklinde ortaya çıkan problemidir. Biraz daha somutlaştırmak gerekirse, birinci ihtimal olarak, bir konuda herhangi bir uluslararası anlaşmada hüküm var ve fakat Anayasa’da ve yasalarda açık bir düzenleme yoksa, zaten ortada, Anayasa m.90/5, c.3 ve dolayısıyla bu makale anlamında bir çatışmadan bahsedilemez (kural olarak, tüm anlaşmalar, kanun hükmünde olarak uygulanır). İkinci ihtimal olarak anlaşma ile yasalar arasında bahsettiğimiz türden bir farklılık varsa, işte bu, bizim burada kastettiğimiz manada bir çatışma olacaktır.

<sup>27</sup> Bu yöndeki görüşler için bkz.: Kemal Başlar; **Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine**, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni: Prof. Dr.*

*Kanundan üstün tutan görüş:* Öğretideki diğer görüş ise, uluslararası hukukun genel olarak iç hukuka üstünlüğü ilkesinden ve/veya Anayasa'nın uluslararası anlaşmalar hakkında Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağını öngören m.90/5, c.2 hükmünden hareketle, *tüm* uluslararası anlaşmaların kanunlardan üstün olduğunu ileri sürmekteydi.<sup>28</sup> Bu görüşü savunan bazı yazarlara göre, anılan fıkranın ilk cümlesindeki "kanun hükmündedir" ibaresi, uluslararası anlaşmaların hiyerarşik anlamda kurallar kademelenmesinde kanunlarla bir tutulduğu anlamına gelmeyip, usulüne göre yürürlüğe konmuş bir uluslararası anlaşmanın ayrıca başka bir işleme gerek olmaksızın iç hukukun bir parçası haline geldiği (yani tekçi/monist sistemin benimsendiği) konusunda uygulayıcılara yol göstermeyi amaçlamaktaydı. Bu görüşü savunanlara göre, bir uluslararası anlaşma ile bir kanun hükmünün çatışması halinde Sözleşmeye üstünlük tanınması söz konusuydu.<sup>29</sup>

*Sevin Toluner'e Armağan*, 24/1-2, 2004, s.19, 46 numaralı dipnottaki kaynaklar; Şahbaz, s.189, 23 ve s. 191, 28 numaralı dipnottaki kaynaklar. Öğretide Gözler ise, temelde, Kelsen'in "hiyerarşi" ve "hukuk normlarının geçerliliği" kavramlarından hareket ederek farklı bir noktadan olaya yaklaşmaktadır. Yazar, normlar arasındaki hiyerarşiyi, o normların arasındaki geçerlilik ilişkisi olarak tanımlamakta; bu anlamda, ancak iki norm arasında geçerlilik ilişkisi varsa, yani bir norm geçerliğini diğer normdan alıyorsa, aralarında bir hiyerarşi ilişkisi olabileceğini; burada da, alt normun, geçerliliğini üst normdan aldığını ve arada bir çatışma olduğunda da, üst normun tamamen tercih edilip, alt normun ihmal veya iptal edileceğini söylemektedir. Yazara göre, gerçek anlamda "hukuki hiyerarşi" budur. Bu tespitler temelinde, yazar, anlaşmalar ve de AİHS ile Anayasa arasında bir hiyerarşi olmadığını; zira bu iki grup metin arasında geçerlilik ilişkisi bulunmadığını; çünkü ne anlaşmaların iç hukuk normlarıyla ilga veya iç yargı organlarıncı iptal edilebileceğini ne de ulusal normların uluslararası normlarla ilga ve uluslararası yargı organlarıncı iptal edilebileceğini ileri sürmektedir. Böyle olunca, "iç geçerlilik" ile "dış geçerliliğin" farkı meydana çıkmakta; mesele, ulusal veya uluslararası düzeyde bir geçersizlik değil; olsa olsa bir "ileri sürülemez" (dermeyan edilemez) sorunu haline gelmektedir. Nihayet, arada bir "geçerlilik" ilişkisi kurulmadığına göre de, birinin diğerinin üstünde olduğunu iddia etmek, makul değildir (Kemal Gözler, İnsan Hakları Normlarının Anayasaüstünlüğü Sorunu, *Türkiye'de İnsan Hakları*, Ankara, TODAİE Yayını, 2000, s.33, 34).

<sup>28</sup> Bu görüşü savunan yazarlar için bkz.: Eren, s.59, dipnot:36. Ayrıca bkz.: Bahri Savcı, İnsan Hakları Üzerine, Uluslararası Alanda, "Norm İlke"ler ve Türk İç Hukuku, *AÜSBF Dergisi*, Cilt:35/1, 1980, s.18.

<sup>29</sup> Bu görüşteki yazarların destek aldığı bir nokta da, uluslararası hukukun ve anlaşmaların niteliği idi. Şöyle ki, anlaşma ile kanunun eş değerde kabul edilmesi, bunlar arasında bir çatışmanın var olabileceğini kabul etmek demek olur. Oysa, örneğin ülkelerin sınırlarına ve statülerine ilişkin olanlar başta olmak üzere, öyle anlaşmalar vardır ki, bunların sonradan çıkarılan bir kanun ile değiştirilmeleri mümkün değildir. Bu nedenle, Anayasa'ya uygunluğu aranmadan (yani aykırı olsa da) uygulanması gereken anlaşmaların, kendinden önce ya da sonra çıkan yasalarla çatıştığı için uygulanmaması mümkün olmaz (Gölcüklü, Gözübüyük, s.20, 21). Ayrıca, ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ilkesi de, bir anlaşmanın hükümlerinin, iç hukuk normlarına aykırılığı gerekçesiyle ilga, ihmal veya tadil edilmesine izin vermez. Üstelik bu noktada, mesele, bir üstünlük sorunundan önce, Türk kanunlarının, anlaşmaların, anlaşmaların koyduğu amir hükümlere uyması gerektiği sorunudur (Bilge, s.985, 986). Sosyal ise biraz farklı bir açıdan olaya yaklaşmakta ve şöyle demektedir: "... bir devlet, uluslararası bir sözleşmeyi imzalayıp onaylayarak, kendisi açısından da hüküm ifade eder duruma getirirken, koyduğu çekinceler dışında, sözleşme hükümlerinin iç hukuktaki etkilerini bilerek ve öngörerek bunu yapıyor demektir. Bu, uluslararası sözleşmelere yasalardan biraz farklı, Anayasa'ya yaklaşıcı, en azından Anayasa'ya yeni bir anlam ve yorum kazandırıcı bir ağırlık tanımak oluyor. Uluslararası sözleşme hükümlerinin Anayasa'ya aykırılığı öne sürülemeyeceğine göre, o hükümleri de, Anayasa'yla birlikte düşünmek ve Anayasa'yı onlarla birlikte yorumlamak gerekecektir. (...) Devlet, sözleşmeyi kabul ederken, anayasasının o sözleşmeden daha

Bu görüşü savunanların anlaşma-Anayasa ilişkisine bakışı ise, kendi içinde üçe ayrılmaktaydı. Bir anlaşma ile Anayasa hükmü çatıştığında, kimi, anlaşmanın uygulanacağını savunmakta (anlaşmaları, kanunlarla birlikte Anayasa'dan da üstün tutan görüş);<sup>30</sup> kimi, her şekilde Anayasa'nın uygulanması gerektiğini söylemekte (kanunlardan üstte fakat Anayasa'dan altta gören görüş) ve kimi ise, meselenin iki Anayasa hükmü arasındaki çatışma kurallarına göre çözüleceğini söylemekteydi (kanunlardan üstte Anayasa ile eş değerde gören görüş).<sup>31</sup>

sınırlayıcı olmadığını varsayarak, anayasasını öyle yorumlayarak kabul etmiştir. Daha sınırlayıcı olan yasa, devletin bu iradesiyle, yani – anlaşmaların onaylanmasının uygun bulunmasına ilişkin Anayasa hükümleri anımsanacak olursa – yasama ve yürütme organlarının ortak tercihlerinden oluşan iradeyle çatışıyor demektir. Anayasa Mahkemesinin anayasaya uygunluk denetimi yaparken, bu iki irade arasında bir tercihte bulunması ve sözleşmenin gerisindeki genişletici iradeyi, yasanın gerisindeki sınırlayıcı iradeye üstün sayarak daha özgürlüklü bir Anayasa yorumu getirmesi ... uluslararası anlaşmalara özel bir yer tanıyan Anayasa'nın ruhuna uygun düşecektir..." (Mümtaz Soysal, **Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler**, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:2, 1985, s.16, 17).

<sup>30</sup> Nitekim Gözübüyük ve Gölcüklü'ye göre, Anayasa'ya aykırılığı öne sürülemeyen bir anlaşmanın, Anayasa'ya aykırı diye uygulanmaması, Anayasa'nın getirdiği sisteme ters düşer. Keza, bir anlaşmadan sonra yürürlüğe giren kanunun, "sonraki kanun" veya "özel hüküm" denilerek anlaşma karşısında öncelikle uygulanması da, aynı şekilde mümkün olmamalıdır. Anlaşmalar, kendi kurallarına göre değiştirilir; ulusal normlarla bunları tek taraflı değiştirmenin veya ilga etmenin imkanı yoktur (Gözübüyük, Gölcüklü, s.21). Selçuk da, farklı bir bakış açısıyla şöyle demektedir: "Anayasa yapıcı, Anayasa'yı yaparken, uluslararası anlaşmaları yasa düzeyinde öngörmüş olabilir. Ancak bu, onun özel iradesidir (*occasio legis*). Aynı Anayasa yapıcısı, anayasaya aykırılık iddiasını engelleyerek, bu özel iradeyi aşmış; o anda bile geleceğe yönelik nesnel iradeyi (*ratio legis*) açıklamıştır. Artık bugün, Anayasa'ya karşın dokunulmazlığını koruyarak yürürlükte kalan bir anlaşma hükmü varsa, bu hüküm, Anayasa'ya karşın uygulanacak demektir. Yargıçlar, yasaları, yasa koyucunun önel değil; nesnel iradesine göre yorumlayarak uygulamak zorundadırlar. Yazar, bu yaklaşımda, bazı biçimsel (basit çoğunlukla onaylanan bir anlaşmanın nitelikli çoğunluğa tabi bir anayasal normdan üstün tutulması gibi) ve maddi (Anayasa'nın en üstün norm olması gibi) sorunların belirebileceğini; bu sorunların, uluslararası anlaşmaların onaylanmasını, Hollanda'da olduğu gibi, Anayasa'nın tabi olduğu nitelikli çoğunluğa tabi tutarak aşılabileceğini; ancak bu olana kadar bile, bizzat Anayasa'nın yaptığı yollamalardan ve yukarıdaki gerekçelerden hareketle, anlaşmaların üstün tutulması gerektiğini söylemektedir (Sami Selçuk, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Türk Uygulaması, *Yargıtay Dergisi*, Cilt:25, Temmuz 1999, s.410). Benzer görüş olarak; "... Anayasa'nın eksenini oluşturan 'insan haklarına saygı' ilkesi, sadece AİHS'in değil, fakat bütün uluslararası insan hakları normlarının anayasal değerde sayılmasını zorunlu kılmaktadır... Bütün bir hukuk sisteminin uyum içinde olmak zorunda olduğu bir Sözleşmenin anayasal değerde olduğunu, hatta kimi yönlerden anayasa üstü konumunda bulunduğunu ayrıca söylemek fazladır." (Tekin Akıllıoğlu, **Uluslararası İnsan Hakları Kurallarının İç Hukuktaki Yeri ve Değeri**, İnsan Hakları Merkezi Dergisi, Cilt:1, Sayı:2-3, Mayıs-Eylül 1991, s.41, 42). Yüzbaşıoğlu'na göre ise, özellikle Başlangıç'ın 4. paragrafı ile 2. ve 5. maddeler bağlamında, 1982 Anayasası'nın, uluslararası hukuka açıklık ilkesini esas alan bir anayasa olduğu ve bu doğrultuda da, uluslararası hukukun ulusal hukuka üstünlüğü ilkesini öngördüğü kabul edilebilir. Böyle olunca, uluslararası hukuk düzeninin en önemli kaynağı olan anlaşmaların da, ulusal hukuk kurallarına üstün olduğunda şüphe yoktur (Yüzbaşıoğlu, s.30). Ancak yazar, başka bir yerde, bu üstünlüğü, sadece başta AİHS olmak üzere insan hakları anlaşmalarına tanıyarak, sanki, ayırım yapmadan tüm uluslararası anlaşmaların ulusal hukuktan ve Anayasa'dan üstte olduğunu söylediği yukarıdaki görüşünü sınırlamakta ve aşağıda göreceğimiz "anlaşmalar arasında ayırım yapan görüş"ü benimser gözükmektedir (Ibid. s.34).

<sup>31</sup> Tanör, Yüzbaşıoğlu, s. 486; Yıldırım, s. 111, 105. dipnot; Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku**, Beta Yayınevi, 8. Bası, Kırklareli, 2003, s. 11; Başlar, **Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü**

*Anlaşmalar arasında bir ayırım yapan görüş:* Öğretideki üçüncü görüş ise, uluslararası anlaşmaların *Türk hukukunda* kurallar kademelenmesindeki yerini, bu anlaşmalar arasında, bir ayırım yapmak suretiyle saptamaktaydı. Bu görüşü savunan yazarlar,<sup>32</sup> uluslararası anlaşmaları, genel olarak Anayasa'nın insan haklarına ve onların çerçevesi olarak uluslararası hukuka atıf yapan 2, 15, 16, 42/son, c.2 ve 92 gibi maddelerinden hareketle, *burada atıf yapılan ve bilhassa da insan haklarına ilişkin olan anlaşmalar ile bunların dışında kalanlar* olmak üzere ikiye ayırmaktaydı. Aslında bu görüşü savunan yazarlar da, yukarıda uluslararası hukuka üstünlük tanıyan görüşün dayandığı, Anayasa'nın, uluslararası hukuka atıf yapan özel maddelerinden hareket etmekteydi. Ne var ki, yukarıdakiler, bu hükümlerden, genel bir uluslararası hukuk üstünlüğü çıkarırken; bu görüştekiler ise, belli alanlarda (ve özellikle de insan hakları alanında) uluslararası hukuk üstünlüğü çıkarmaktaydı.<sup>33</sup>

Bu görüşteki yazarlara göre, ikinci gruba giren (insan haklarıyla ilgili olmayan) bir uluslararası anlaşma, her halükarda Anayasa'nın altında konumlandırılmalıydı. Böyle anlaşmalar, bu gruptaki yazarların kimine göre, kanunla aynı hiyerarşik değerde; kimine göre ise, kanundan üstte (ve fakat dediğimiz gibi, her şekilde Anayasa'nın altında) idi. Böylece, böyle bir anlaşma ile Anayasa hükmü çatıştığında, Anayasa'ya tartışmasız üstünlük tanınacakken; anlaşma-kanun çatışmasında ise, kanunlardan üstün görenlere göre kanun uygulanacak; kanunla aynı görenlere göre ise, genel çatışma kuralları devreye girecekti.

Birinci gruba giren (ve bilhassa da insan haklarına ilişkin) uluslararası anlaşmalar (başta AİHS) bakımından ise, bunların her halükarda kanunlardan üstün olduğu söylenmekteydi. Yani böyle bir anlaşma-kanun çatışmasında, şüphesiz anlaşma hükümlerine üstünlük tanınacaktı. Anlaşma-Anayasa ilişkisi noktasında ise, yukarıda genel tartışmalar bağlamında serdedilen üç görüş (Anayasa'dan altta,<sup>34</sup> Anayasa

---

ve Anayasal Denetimi Üzerine, s.19, 47 numaralı dipnottaki kaynaklar ve Şahbaz, s.189, 24 numaralı dipnottaki kaynaklar.

<sup>32</sup> Bu görüşü savunan yazarlar için bkz.: Eren, s.61, dipnot:47.

<sup>33</sup> Bu noktada öne sürülen argüman, bu özel hükümlerden hareketle, genel olarak 90. madde hükmünün, uluslararası anlaşmalara üstünlük tanıdığı yorumunun yapılamayacağı; çünkü, böyle olsaydı, bu özel maddelerde, uluslararası hukukun üstünlüğünün ayrıca belirtilmesine gerek olmayacağıydı (Aslan Gündüz, İnsan Hakları ile İlgili Uluslararası Sözleşmelerin Kurduğu Denetim Organları Kararlarının Hukukumuzda Etkileri, İnsan Hakları ve Yargı (Sorunlar ve Çözümler), Ankara, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, 1998, s.62; aktaran: Eren, s.61). Eren ise, bu hükümlerden hareketle, anlaşmalar arasında bir ayırım yapılabileceğini; ancak bu ayırımın, anlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yerini belirlemek için değil; bu kapsama giren anlaşmaların anayasaya uygunluk denetiminde ölçü norm olarak kullanılması amacıyla yapılabileceğini ileri sürmektedir.

<sup>34</sup> Tanör, Yüzbaşıoğlu, s. 481; Başlar, *Uluslararası Anlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine*, s.20, 48 numaralı dipnottaki kaynaklar.

ile eşdeğerde, Anayasa'dan üstte), burada da karşımıza çıkmaktaydı.<sup>35</sup> Dolayısıyla bu gruba giren bir uluslararası anlaşma (ve dolayısıyla AİHS) ile bir Anayasa hükmü arasındaki çatıştığında, kabul edilen görüşe göre (sırasıyla), ya Anayasa uygulanacak;<sup>36</sup> ya anlaşmaya üstünlük tanınacak;<sup>37</sup> ya da genel çatışma kuralları devreye girecekti. Görüldüğü gibi, bu görüş bağlamında, birinci grup (insan haklarıyla ilgili) uluslararası anlaşmalara ilişkin olarak, bunların kanunlardan her şekilde üstünlüğü kabul edilmekte; Anayasa ile ilişkisi noktasında ise, ayrışma görülmekteydi. Bunun dışındaki (ikinci gruba giren) uluslararası anlaşmalar bakımından ise, her şekilde Anayasa'dan altta olduğu kabul edilmekte ve bu sefer kanunlar ile ilişkisi noktasında bir ayrışma yaşanmaktaydı.

### ***B.1.2. Mahkeme Kararlarında Durum***

Uluslararası anlaşmaların iç hukukta kurallar kademelenmesindeki yeri konusunda öğretide var olan çeşitlilik, 2004 Anayasa değişikliği öncesi dönemde, yüksek mahkeme kararlarına da yansımıştı.<sup>38</sup>

- *Anayasa Mahkemesinin Konuya İlişkin Görüşü:* Öncelikle belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi, bugüne kadar vermiş olduğu kararlarında (gerek norm denetimi gerek siyasi parti kapatma kararlarında), uluslararası anlaşmaları (ve dolayısıyla AİHS'i), tek başına bağımsız bir ölçü (referans) norm olarak değil, Anayasa'nın 2. maddesindeki insan haklarına saygılı devlet ile hukuk devleti ilkelerinden hareketle destek ölçü norm olarak kullanmıştır.<sup>39</sup> Diğer bir deyişle, Anayasa Mahkemesi, ne kanunların Anayasa'ya uygunluğunu denetlerken sırf Sözleşmeye aykırılık nedeniyle bir kanun hükmünü iptal etmiş<sup>40</sup>; ne de siyasi parti kapatma davalarında, ilgili kanun hükümlerini uygulamaktan Sözleşmeye aykırılık gerekçesiyle

<sup>35</sup> Tanör, Yüzbaşıoğlu, s. 481 ve Şahbaz, s.191, 27 numaralı dipnottaki kaynaklar.

<sup>36</sup> Örneğin Teziç, bir milletlerarası anlaşma ile Anayasa'nın açıkça (uyumlu yorum mümkün olmayacak şekilde) çatıştığı durumlarda, 1982 Anayasası'na göre, Anayasa Mahkemesinin anlaşmayı değil, Anayasa'yı uygulamak ve sorunun nihai çözümünü uluslararası yargı yerlerine bırakmak durumunda olduğunu söylemektedir (Teziç, s.11).

<sup>37</sup> Gölcüklü, Gözübüyük, s. 21.

<sup>38</sup> Kılınç, s. 326.

<sup>39</sup> *Ibid.*; Tanör, Yüzbaşıoğlu, s. 481 vd. Yazarlar, Mahkeme'nin insan haklarına ilişkin belgelerle Anayasa'nın uyumlu olduğu durumlarda, söz konusu belgeden, denetlediği kuralın Anayasa'ya aykırı veya uygun olduğunu saptarken yararlandığını belirtmektedirler (*Ibid.* s.482).

<sup>40</sup> Mahkeme, bir kararında, uluslararası anlaşmaların da kanun gücünde olduğunu; bu anlamda, anayasal yargı denetiminin, yasaların Anayasa karşısındaki denetimi olup, yasaların uluslararası anlaşma hükümlerine uygunluğunun anayasal yargının görev alanıyla bağdaşmadığını belirtmiştir (Kılınç, s. 327).



imtina etmiştir.<sup>41</sup> Her ne kadar, Mahkeme'nin, anlaşmaları, "Anayasa-üstü normlar" olarak niteleyen kararları<sup>42</sup> varsa da; Mahkeme'nin genel tavrı, bunları, Anayasa'nın üstünde kabul etmemek ve destek ölçü norm olarak kullanmaktır.<sup>43</sup>

Mahkeme, 1997 yılında verdiği bir kararında ise, uluslararası anlaşmaların iç hukukta kurallar kademelenmesindeki yeri konusunda tavrını net biçimde ortaya koymuş ve Anayasa'nın m. 90/5 hükmünden hareketle, (herhangi bir gruplama yapmadan tüm) uluslararası anlaşmaların yasalarla eş değerde olup, bir çatışma halinde, uygun yorum yoluyla bir çözüm de bulunamıyorsa, sorunun, iki kanun arasındaki çatışma kurallarına göre (sonraki-önceki ve genel-özel kanun ilişkisi çerçevesinde) çözüleceğini

<sup>41</sup> **Ibid.** Mahkeme, Demokratik Barış Hareketi Partisi'nin, Diyanet İşleri Başkanlığı'nın genel idare içinden (yani bir devlet kuruluşu olmaktan) çıkarılmasını öngören programı dolayısıyla Siyasi Partiler Kanunu'nun 89 ve 101 ile Anayasa'nın ilgili maddeleri uyarınca kapatılması için açılan davada, davalı Parti'nin, "uluslararası anlaşmaların düşünce açıklanmasından dolayı bir partinin kapatılmasına olur vermediği, bu nedenle, Siyasî Partiler Yasası'nın ilgili kuralları yerine iç hukukumuzla göre yasa hükmünde olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin uygulanması gerektiği" yönündeki savunmasını geçerli bulmamıştır. Mahkeme'ye göre, "Anayasa'nın 90. maddesinde 'usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir' denilmektedir. Buna göre, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kuralları da yasa hükmündedir. Ancak, 2820 sayılı Siyasî Partiler Yasası davada Sözleşme'ye nazaran özel yasa niteliğinde olduğundan uygulanma önceliğine sahiptir. Kaldı ki, Sözleşme siyasi parti kapatma davalarında uygulanacak somut kuralları da içermemektedir. Bu nedenlerle, davada Siyasî Partiler Yasası hükümlerinin ihmal edilerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ilgili kurallarının doğrudan uygulanması olanağı bulunmamaktadır." (AYM, 22.5.1997, E. 1996/3 – K. 1997/3). Görüldüğü gibi, Mahkeme, AIHS'i dahi, yasa hükmünde görerek çatışma halinde özel kanun-genel kanun kuralını uygulamak suretiyle, Siyasî Partiler Kanunu'nu AIHS'e göre özel kanun olarak görmüştür. (Davanın neticesinde ise, iki üye, 89. madde uyarınca kapatmanın, AIHS'in 10 ve 11. maddelerindeki örgütlenme ve düşünceyi açıklama özgürlüklerine ve bu bağlamda Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan "demokratik toplumun gereklerine aykırı olduğu ve Anayasa'nın 90/5 hükmü gereğince de Sözleşmenin uygulanması gerektiği gerekçesiyle; bir üye, kapatma nedenlerinin Anayasa'dakilerle sınırlı olduğu ve kanunla bunlara yenilerinin eklenemeyeceği, bu itibarla da SPK'nın ilgili hükümlerine göre kapatmanın mümkün olmadığı gerekçesiyle; üç üye de, SPK m.89 ve Anayasa'nın m.136 hükümlerinin laikliği korumak amacı taşıdığı, davalı Parti'nin programına bir bütün olarak bakıldığında, tam da laikliği aykırı gördüğü için Diyanet'in genel idare içinden çıkarılmasını savunduğu ve anılan hükümlere aykırı olsa da, Parti'nin programının laikliğe aykırı olmadığı gerekçesiyle (böylece toplamda 11 üyenin 6'sı) kapatmayı uygun görmemiş ve parti kapatılmamıştır.)

<sup>42</sup> "... Uygur ülkeler, ... Anayasa üstü normlar olarak niteleyebileceğimiz sözleşmelerde çocuklar arasında her türlü ayrımcılığa son vermişlerdir." (E.1990/15, K.1991/5, 28.2.1991). Kararların bir analizi için bkz.: Yasemin Özdek, **The Turkish Constitutional Court and the International Human Rights Treaties**, *Turkish Yearbook of Human Rights*, TODAİE, No:14/1, 1992, p.28 et. al ve Rona Aybay, **The International Human Rights Instruments and the Turkish Law**, *Turkish Yearbook of Human Rights*, TODAİE, No:1/1, 1979, p.22 et.al.

<sup>43</sup> "Anayasa-üstülüğü", genel anayasa-üstü kurallar (genel hukuk ilkeleri vs.) – dış anayasa-üstü kurallar (uluslararası normlar) – iç anayasa-üstü kurallar (Atatürk ilke ve inkılapları gibi) şeklinde üçe ayrılan bir görüş için bkz.: Hasan Tahsin Fendoğlu, **Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında 'Bağımsız Ölçü Norm' veya 'Destek Ölçü Norm' Sorunu**, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:17, 2000, s.366 vd. Benzer doğrultuda bkz.: Gözler, **İnsan Hakları Normlarının Anayasaüstülüğü Sorunu**, s.25.

açıkça belirtmiştir.<sup>44</sup> Anayasa Mahkemesi, iptal/itiraz davalarında, sık sık, Türkiye'nin insan haklarına saygılı bir devlet olduğunu, çağımızda insan hak ve özgürlüklerinin iç hukukları aşan evrensel bir nitelik kazandığını belirtip, denetlediği kuralı Anayasa'ya aykırı bulurken, Sözleşmeyi de, destek (ölçü norm) olarak kullanmış; fakat iş, bir çatışma halinde iç hukuktaki kural yerine Sözleşmeyi uygulamaya gelince, en azından insan hakları noktasında dahi aynı hassasiyeti göstermemiştir.<sup>45</sup>

- *Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin Konuya İlişkin Görüşü:* Danıştay, bu konuda Anayasa Mahkemesinden farklı bir yaklaşımı benimsemiş; uluslararası anlaşmaların Anayasa'ya aykırılığının iddia edilememesi kuralından hareket ederek, (Anayasa olmasa da hiç olmazsa) kanunlar ile Sözleşme arasındaki bir çatışmada açıkça Sözleşmeye üstünlük tanımış ve AİHS'in Anayasal değerinde olduğunu kabul etmiştir.<sup>46</sup> Kanımızca Danışta-

<sup>44</sup> "Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasında, usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası anlaşmaların kanun hükmünde olduğu belirtilmiş ve bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı kurala bağlanmıştır. Kimi ülkelerde, uluslararası anlaşmaların yasaüstü ve hatta Anayasaüstü normlar olduğunun kabul edilmiş olmasına ve öğretilerde de bu görüşün savunulmasına karşın, Anayasa'nın 90. maddesinden bu sonucu çıkarmak olanaklı değildir. Anayasa'da, çıkarılacak bir yasanın yürürlükte bulunan bir anlaşmaya aykırı olamayacağı yolunda bir kurala yer verilmemiştir. Bu nedenle, anlaşma kuralın 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." (E. 1996/55 – K. 1997/33, 27.2.1997).

<sup>45</sup> Tanör, Yüzbaşıoğlu, bugüne kadar, yargı yerleri önünde açık bir Sözleşme-kanun ya da Sözleşme-Anayasa çatışması gündeme getirilmediğinden, AİHS'in yeri konusunda somut bir uygulamanın yapılmadığını savunmaktadır (Tanör, Yüzbaşıoğlu, s. 488). Ancak kanımızca, yukarıda yer verdiğimiz kararlar, Mahkeme'nin konuya bakışını olanca açıklığıyla ortaya koymaktadır.

<sup>46</sup> "1982 Anayasası, 1961 Anayasasından hemen hemen aynen alınan 90. maddesinin son fıkrasında, konuya ilişkin şu düzenlemeyi getirmektedir. 'Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz.' Uluslararası sözleşmelerin Anayasaya aykırılığı ileri sürülemeyeceğine ve bu sözleşmelerle bir devlet diğer devletlere karşı sözleşmede yer alan 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 sözleşmenin Anayasa'ya 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, anlaşmaların Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülemeyeceğini açıklamak suretiyle, iç hukuk yönünden anlaşmaların üstünlüğü ilkesini benimsediğini belirtmiş olmaktadır. Nitelik uygulamada Devletin bir anlaşma yaparken, eğer anlaşma ile Anayasa çatışlıyorsa, bunu önlemek için çekince koyduğu, iç hukuk ile dış hukuk arasındaki çelişkiyi bu şekilde önlediği bilinmektedir. Örneğin Türkiye, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin Birinci Protokolü'nü onaylarken, çekince koyarak 430 sayılı Tevhidi Tedrisat Kanununun uygulanmasını sağlamıştır. Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasında yer alan 'kanun hükmünde' sözcüklerinin, usulüne göre onaylanarak yürürlüğe konulan sözleşmelerin hukuksal değerinin ve bağlayıcılığının gösterilmesi yönelik olduğunu da belirtmek gerekir. Söz konusu hükme göre iç hukukta doğrudan hukuksal sonuçlar yaratan uluslararası sözleşmelerin yukarıda belirtilen niteliği ve bunlara karşı Anayasa Mahkemesine

yın bu yorumu, dönemine göre oldukça ilerici bir yaklaşım olup, Anayasa Mahkemesinin o zamanki anlayışından da oldukça ileridedir. Askeri idari yargı organı olan Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ise, 1998'de, o dönem için Anayasa uyarınca yargı yolu kapalı olan Yüksek Askeri Şura kararlarının bu durumunun AİHS m.6'ya aykırılığının iddia edildiği davada, "normalde Sözleşme hükümlerinin, Anayasa ile çatışma bile uygulanacağı; fakat Anayasa ile açık bir çatışma halinde, Anayasa'nın üstünlük ve bağlayıcılığı gereği Anayasa'nın uygulanması gerektiğini; Anayasa'nın 15, 16, 42 ve 92. maddelerini gözeterek, Sözleşmenin Anayasa üstü olduğunu savunan öğretinin, Türk yazılı hukuku karşısında benimsenemeyeceğini ve Sözleşme hükümlerinin ancak yardımcı hüküm olarak değerlendirilebileceğini belirtmiş ve Anayasa hükümleri, en üst ve bağlayıcı hükümler olduğundan, YAŞ kararlarına karşı yargı yolunun kapalılığı yolundaki Anayasa hükmünün (Sözleşme ile çatıştığı gerekçesiyle) savsanamayacağına hükmetmiştir.<sup>47</sup>

- *Yargıtayın Konuya İlişkin Görüşü:* Yargıtay ise, konuya ilişkin olarak Anayasa Mahkemesine benzer bir yaklaşım sergilemiş; diğer bir deyişle, uluslararası anlaşmaların kurallar kademelenmesinde yasalarla eşdeğer olduğu ve olası bir çatışmanın önceki-sonraki, özel-genel kanun ilişkisi çerçevesinde çözüleceği yönünde kararlar vermiştir. Mahkeme, uluslararası anlaşmalarla

başvurulamaması ve böylece bu sözleşmelerin sonradan yapılacak ulusal yasal düzenlemelerle etkisiz kılınması yolunun kapatılmış olması bu sözleşmelerin iç hukukta yasalar üstü bir konumda olduğunu ve yürütme ve yargı organları için bağlayıcı nitelik taşıdığını apaçık ortaya koymaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi, pek çok kararında, örneğin 274 sayılı Sendikalar Yasası ile ilgili 1967/29 sayılı kararında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesini bir Anayasa kuralı olarak değerlendirmiş ve böylece Sözleşme'nin Anayasal değer taşıdığını kabul etmiştir." (Danıştay 5. D., E. 1986/1923 – K. 1991/933, 22.5.1991). Yine 2004 değişikliğinden önce verdiği bir başka kararında, Danıştay, şunları söylemiştir: " ... ülkemizin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerin iç hukuktaki yerinin belirlenmesi hususu Türk Anayasa Hukukunun üzerinde en çok tartıştığı sorunlardan biri olmuştur. Bilindiği üzere 1961 Anayasası'nda olduğu gibi 1982 Anayasası'nda da usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmelerin "kanun hükmünde" bir hukuksal değer taşıdığı belirtilmiştir. Bir başka anlatımla Anayasa, uluslararası sözleşmelerin Türk hukuk düzeninde yasa gücünde ve herhangi bir iç hukuksal düzenleme yapılmasına gerek olmadan yasalar gibi doğrudan doğruya uygulanabileceğini kabul etmiştir. Anayasa'da yer alan "kanun hükmünde" ibaresi, onaylanan uluslararası sözleşmelerin "kurallar sıralamasındaki yerinin belirlenmesine değil, hukuksal değerinin ve bağlayıcılığının gösterilmesine" yöneliktir. Bu itibarla, "kanun hükmünde" ibaresini dar ve sözel bir yorumla kanun düzeyinde anlamak suretiyle onaylanan uluslararası sözleşmeleri yasalar ile eşit değerde sayan, böylece iç hukukun bir parçası niteliği kazanan bu sözleşmelerin sonradan yapılacak ulusal yasal düzenlemelerle etkisiz kılınmasına olanak bulunmamaktadır. Anayasa'nın 2 ve 15. maddelerinden hareketle özellikle insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin kurallar sıralamasındaki yerinin Anayasa ile eşit değerde olduğunu söyleyebilmek bu aşamada mümkündür. Anayasa Mahkemesi de bir çok kararında sözleşmenin anayasal değerde olduğunu kabul etmiştir." (Danıştay 10. D., E. 2001/1835 – K. 2003/4190).

<sup>47</sup> AYİM 1. Daire, 964/1020, 24.11.1988. Ayrıca bkz.: Başlar, *Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine*, s.20 ve Şahbaz, s.202.

rı, bir kanun olarak doğrudan uygulayan kararlar vermekle birlikte;<sup>48</sup> iş, açık bir çatışma durumuna gelince, kanunlarla eşdeğerde sayma yolunu tutmuştur. Örneğin, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 1997 yılında verdiği bir kararında,<sup>49</sup> o tarihte Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu'nda yer alan zorunlu müdafilik sisteminin, AİHS m.6/3'e dayanılarak Devlet Güvenlik Mahkemelerinde uygulanamayacağını; zira bu hükmün AİHS m.6 hükmünden sonra yürürlüğe girdiğini söylemiştir (yani genel çatışma kurallarını uygulamıştır).<sup>50</sup>

### ***B.1.3. Değerlendirme***

Görüldüğü gibi, Anayasa değişikliğinin yapıldığı 2004 öncesi döneme dair, gerek öğretide gerekse içtihatla farklı yaklaşımlara rastlanmaktadır. Biz, öncelikle, Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrasındaki "kanun hükmündedir" ibaresinden maksadın, usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmaların kurallar kademelenmesinde kanunlarla eş değerde olduğunu göstermek değil; bir uluslararası anlaşmanın usulüne göre yürürlüğe konmakla iç hukukun bir parçası haline geldiğini ve dolayısıyla somut olaylarda kanunlar gibi uygulanacağı konusunda ulusal yargı ve idare

<sup>48</sup> Mesela Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 1994 yılında verdiği (fakat Hukuk Genel Kurulu tarafından kabul görmeyen) bir kararında, Türkiye tarafından onaylanan ve yürürlüğe sokulan 87 ve 151 sayılı ILO Sözleşmelerini, yasa gücünde sayarak; bunlarla gelen kamu görevlilerine sendika hakkının Türk Hukukunda tanınması gerektiğini söylemiştir (ancak aynı Sözleşmelerde yer alan toplu sözleşme yapma hakkının ise, ancak iç hukuktaki yasal bir düzenleme sonrası gerçekleştirilebileceğini belirtmiştir). (Kararlar için bkz.: Arıkan, s.644).

<sup>49</sup> C.G.K. 11.11.1997, 169/233. (Aktaran: Havva Karademir, 1982 Anayasası'nın 90. Maddesinde Yapılan 2004 Değişikliği ile Milletlerarası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yerine İlişkin Değerlendirmeler, s.7, 19).

<sup>50</sup> Selçuk, karara ilişkin olarak, Sözleşmenin hükmünün, olaydaki CMUK hükmüne göre özel hüküm niteliğinde olduğunu ve bu itibarla olayda onun uygulanması gerektiğini söylemekte ve kendisinin de, kararda CMUK'yu uygulama çoğunluk görüşüne katıldığından ötürü yanıldığını itiraf etmektedir (Selçuk, s.416). Bir başka kararda, 10. Hukuk Dairesi de, "Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası hükmüne göre usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş olan uluslararası sözleşmeler kanun hükmündedir. Her ne kadar tahsis talep tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 1479 sayılı Kanun'un 24/11-b maddesi hükmüne göre Türk soylu olmayan davacının Bağ-Kur sigortalısı olması mümkün değilse de, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce çıkarılan kanunla onaylanarak yürürlüğe giren ve böylece iç hukuk kuralı haline gelen "Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Sözleşmenin (RG. 5.9.1961 tarih ve 10898) 24. maddesinde mültecilere sosyal sigortaya (yaşlılık sigortası buna dahildir) ilişkin yasal hükümlerin aynen uygulanacağı, keza aynı doğrultudaki "Vatandaşlarla, Vatandaş Olmayan Kimselere Sosyal Güvenlik Konusunda Eşit Muamele Yapılması Hakkında 118. sayılı Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmesinin" (Resmi Gazete 10.8.1971 - 13922) 3 ve 10. maddelerinde müttekabiliyet şartı aranmaksızın mültecilere sosyal güvenlik hakkı tanınacağına dair hükümler karşısında aksi yönde düzenleme içeren 1479 sayılı Kanunun 24/11-b maddesi hükmünün göz ardı edilerek uygulama önceliği bulunan uluslararası sözleşme hükümlerinin davaya uygulanarak, mülteci olan davacıya 1479 sayılı Kanun'un 35. maddesi şartları oluştuğunda yaşlılık aylığı bağlanması gerekir." demıştır (Yargıtay 10. H.D., 24.4.2003, E. 2003/3807 – K. 2003/1898). Başka kararlar için bkz.: Aydan Ömür Surlu, İnsan Haklarının ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yargıtay İçtihatlarına Yansıması, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2010/87, s.169 vd.

makamlarına yol göstererek, bu anlamda, *Türk hukukunda*, iç hukukla uluslararası hukuk arasındaki ilişki bakımından "tekçi" sistemin kabul edildiğini ortaya koymak olduğunu düşünüyoruz. Bu itibarla, uluslararası anlaşmaları kanuna eş değer gören yazarların kendilerine dayanak aldığı bu yorum tarzına katılmamaktayız.

Ancak diğer taraftan, kanımızca, yine Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası uyarınca uluslararası anlaşmaların Anayasa'ya aykırılıklarının iddia edilememesi de, tek başına, Anayasa'nın, uluslararası anlaşmaları, kanunlardan üstün tuttuğunun bir göstergesi olarak yorumlanmamalıdır. Zira kurallar kademelenmesindeki bir norma karşı anayasal denetim yolunun kapatılmış olması, onun bu düzende hiyerarşik olarak en üst norm olduğu şeklinde değil, olsa olsa kanun koyucu tarafından belli kaygılarla ona bir ayrıcalık tanındığı şeklinde yorumlanmalıdır. Örneğin bugün için Cumhurbaşkanı'nın tek başına yaptığı işlemler, olağanüstü dönem kanun hükmünde kararnamele, birkaç istisnası dışındaki parlamento kararları, Anayasa'nın 174. maddesinde sayılan (İnkılap Kanunları olarak bilinen) kanunlar, 2001'de kaldırılana kadar Anayasa'nın Geçici m.15/son hükmü ile 12 Eylül 1980-6 Aralık 1983 arası dönemde Milli Güvenlik Konseyi ve Bakanlar Kurulunca kabul edilen kanunlar ve idari işlemler (ki sayısı neredeyse bine yaklaşmaktadır) gibi pek çok düzenleyici yasama ve yürütme işlemi, yargı denetiminden muaftır. Bunların yargı denetiminden istisna edilmesi, hukuk devleti ilkesi noktasındaki sakıncaları bir yana, bunlara, kanunların ve hatta Anayasa'nın üstünde bir değer atfedildiği anlamına gelmez. Hepsinin, yasa organınca takdir edilen – demokratik bir hukuk devleti için makul sayılabilecek veya sayılamayacak – bir gerekçesi vardır.

Uluslararası anlaşmaların yargı denetiminden kaçırılması da, kendi içinde bir sebebe dayanmaktadır. Bu sebep, ilgili hükmün gerekçesinde de belirtildiği gibi, iç hukukun bir parçası olmanın yanında, uluslararası hukukun da bir normu haline gelen ve bu sayede devlete uluslararası hukuk bağlamında birtakım yükümlülükler yüklenme niteliğini haiz uluslararası anlaşmaların yargı organlarıncı iptal edilmesi sonucu devletin uluslararası alanda sorumluluğunun doğması ve birtakım sıkıntılarla karşılaşması ihtimalinin bertaraf edilmesi<sup>51</sup> ve aynı zamanda, anlaşmayı bir kanun

<sup>51</sup> Nitekim bu durum, Anayasa Mahkemesinin yukarıda yer verdiğimiz bir kararında (K.1997/33) şu şekilde ifade edilmiştir: "Anayasa'nın 90. maddesinin gerekçesinde, uygulamada iyi işlediği ve ihtiyacı karşıladığı için, 1961 Anayasası'ndaki kuralın aynen alındığı belirtilmiştir. Bu nedenle, 1961 Anayasası'nın yasalama evresine bakılarak, 1982 Anayasası'nın 90. maddesinin kabulünü gerektiren gerekçeleri saptamak olanaklıdır. Kurucu Meclis tarafından oluşturulan Anayasa Komisyonu'nca hazırlanan metinde, anlaşmaların Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülmesini önleyici bir usul benimsenmiş; madde gerekçesinde de, '...Milletlerarası anlaşmaların Anayasa'ya uygunluğunun murakabesi konusunda, kanunlarla ilgili murakabeye nazaran farklı bir usul getirilmektedir. Gerçekten bir anlaşmanın yürürlüğe girmesinden sonra Anayasa'ya aykırılığı dolayısıyla iptalinin Devletin milletlerarası sorumluluğunu doğurmaması için, bu murakabenin teşri organın tasvibinden geçmeden önce tahkik edilmesi ve sonuçlandırılması zaruridir" denilmiştir. Millî Birlik Komitesi tarafından yapılan incelemede, tasarının

olarak uygulamakla yükümlü olan adli ve idari merciin de, anlaşmanın anayasaya aykırı olup olmadığı konusunda tereddüt yaşamasının önlenmesidir. Yoksa, onlara, kanunların ve Anayasa'nın üstünde bir değer atfedilmesi değil. Hem başka bir açıdan baktığımızda; bir uluslararası anlaşma, bir devlet iradesinin değil, birden çok ulusal egemenliğin iradelerinin uyulması ile ortaya çıkan ortak bir iradenin ürünüdür. Ulusal yargı organları ise, bu egemenlik alanının dışındadır.<sup>52</sup> Bu bağlamda, denetlenip de iptal edilse bile, sonuçta uluslararası hukuk bakımından varlığını devam ettireceğine ve devleti bağlamaya devam edeceğine göre, denetimin pratik anlamsızlığı da kendini göstermektedir.<sup>53</sup> Dolayısıyla, uluslararası anlaşmaları kanunlarla eşdeğer gören yazarların "kanun hükmündedir" ibaresinden hareket etmelerine katılmadığımız gibi; uluslararası anlaşmaları kanundan ve hatta Anayasa'dan üstte gören bazı yazarların, salt "bunların Anayasa'ya aykırılığının iddia edilemeyeceği" kuralından hareket etmelerine de katılmamaktayız.

Ancak tam bu noktada, buraya kadar söylediklerimizle çelişiyor gözükebilecek şöyle bir yorumu da yapmadan geçemeyeceğiz: Evet, bir norma, salt yargı denetiminden muafiyet tanımak, onu, o sistemin yargı muafiyeti tanınmamış normlarından üstün kılmaz. Bu açıdan bakıldığında, denetimsizliğin bir üstünlük getirmediği söylenebilir. Fakat başka bir taraftan bakıldığında da, bir norma, yargı denetiminden bağımsızlık getirilmesinin nedeni, ona üstünlük tanımak olmasa da, onun yargı organları tarafından iptal edilmesini engellemektir. Bunun amacı ise, onun, iptal edilmek suretiyle uygulanmasının engellenmesini engellemek; diğer bir ifadeyle, yargı kararıyla geçersiz kılınmaması suretiyle, her şekilde uygulanmasını sağlamaktır. Yani, Anayasa, bir normu yargı denetiminden istisna etmişse, onun hiçbir şekilde sistemden ayıklanamamasını; her şekilde uygulanmasını; yani kendisine aykırı olsa bile uygulanmasını istiyor demektir. Bunun sonucu ise, m. 90/5 ile gelen yargı muafiyetinin,

---

ikinci fıkrasında yer alan, yukarıda sözü edilen hüküm maddeden çıkarılmış ve maddenin son fıkrası, 'usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında 149 uncu ve 151 inci maddeler gereğince Anayasa Mahkemesine başvurulamaz' biçiminde düzenlenmiştir. Anayasa'nın 90. maddesinin aynı olan 1961 Anayasası'nın 65. maddesinin gerekçesinden, milletlerarası ilişkilerin siyasi yönünün ağır basması nedeniyle dış ilişkilerin sürekliliği bakımından doğabilecek sakıncaların önlenmesi amacıyla milletlerarası andlaşmaların iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmasının engellendiği anlaşılmaktadır. Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasında, "usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz" denilmektedir. Uluslararası ilişkilerde sürekliliği sağlama amacı gözeterek getirilen 'andlaşmaların yargı denetimi dışında tutulması'na ilişkin bu kuralla anayasal denetimin dışında tutulmak istenen, yöntemince yürürlüğe konulmuş olan 'uluslararası andlaşmalar'dır." Nitekim öğretilde Başlar, bu noktada bir "yasama kısıntısı" oluşturulmasının sebeplerinden birinin de, o dönemde yeni yeni başlayan ve gelişen Avrupa Topluluğu ile ilişkiler bağlamında ilk hedeflerden biri olan "Ortak Pazar"a girişe (ki bu, uluslararası anlaşmalar yoluyla olacaktır) Anayasa Mahkemesinin engel olabileceği kaygısı olduğunu ileri sürmektedir (Başlar, **Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine**, s.32).

<sup>52</sup> Karademir, s.7.

<sup>53</sup> Güran, s.48.

bir uluslararası anlaşmanın anayasayla çatışsa bile uygulanacağı sonucunu doğurması değil de nedir? Böyle olduktan sonra, varsın, anayasa, bir devletin hukuk sisteminin en üstün normudur densen. Ona aykırı olan bir uluslararası anlaşma, sistemden ayıklanamıyor ve uygulanmaya devam ediyor ise, bu üstünlüğün anlamı ne olacaktır? Bu, o norma, zımnen veya dolaylı bir üstünlük; hem de bizzat anayasa eliyle bir üstünlük tanımak demek değil midir? Eğer m.90'daki *yargı muafiyetinden* bu anlamıyla bir üstünlük çıkartılıyorsa, bu, hiç şüphesiz mantıksız değildir.<sup>54</sup> Ancak yine de, bunun zımnî ve dolaylı bir üstünlük olarak sayılmaması gerektiğini; Anayasa'nın, denetim muafiyeti sağlanmak suretiyle, bunların sistemden ayıklanmasını engellemek istediğini; ancak bunu yapmakla, Anayasa'ya aykırı olduğu vakit, yine de Anayasa'ya rağmen uygulanmasını istediği anlamına gelmediğini düşünmekteyiz. Bu anlamda yargı denetiminden muaf olan bir normun, her halükarda yaşayacağını; fakat Anayasa'ya aykırı ise uygulanmayacağını söylemek, bizce daha makul bir yaklaşım olacaktır.<sup>55</sup>

O halde uluslararası anlaşmaların 2004'ten önce, normlar hiyerarşisinde nerede konumlandığı sorusuna dönersek; mutlaka yukarıda dile getirdiğimiz görüşlerden birini kabul etmemiz gerekse, uluslararası anlaşmalar arasında Anayasa'nın 2, 15, 16, 40 ve 42. maddelerinin atfı yaptığı anlaşmalar ile bunların haricindeki anlaşmalar şeklinde bir ayırım yapan ve birinci gruba giren anlaşmaları kanundan ve hatta Anayasa'dan üstün, ikinci gruba giren anlaşmaları ise, kanunlarla eş değer gören ve bu tür anlaşmalarla kanunlar arasında çıkabilecek çatışmaları da, iki kanun arasındaki çatışma kurallarına göre çözen görüşe katılmak isabetli olurdu. Ancak bu noktada hangi yaklaşım benimsenirse benimsensin; ulusal yargı ve idare makamları önündeki bir somut olayda uygulanacak hukuk bakımından söz konusu olabilecek bir uluslararası anlaşma-kanun veya uluslararası anlaşma-Anayasa çatışmasında iç hukuka üstünlük tanıyan her türlü çözümün, Türkiye'nin, kimi zaman AIHM gibi yargısal bir organ tarafından mahkum edilmesi şeklinde, kimi zaman da başka türlü ortaya çıkabilecek şekilde uluslararası sorumluluğuna yol açacağı da, herkesçe kabul edilen bir gerçektir.<sup>56</sup>

<sup>54</sup> Nitekim Gözübüyük ve Gölcüklü'nün yukarıda da yer verdiğimiz görüşüne göre, Anayasa'ya aykırılığı öne sürülemeyen bir anlaşmanın, Anayasa'ya aykırı diye uygulanmaması, Anayasa'nın getirdiği sisteme ters düşer. Keza, bir anlaşmadan sonra yürürlüğe giren kanunun, "sonraki kanun" veya "özel hüküm" denilerek anlaşma karşısında öncelikle uygulanması da, aynı şekilde mümkün olmamalıdır. Anlaşmalar, kendi kurallarına göre değiştirilir; ulusal normlarla bunları tek taraflı değiştirmenin veya ilga etmenin imkanı yoktur (Gözübüyük, Gölcüklü, s.21).

<sup>55</sup> Kaldı ki, 2004 öncesi için katılmamakla birlikte "mantıklı ve makul" gördüğümüz bu görüşün, 2004 değişikliğinden sonra, artık mantıklı ve makul olduğunu söylemek de imkansız hale gelmiştir. Buna, ileride değineceğiz.

<sup>56</sup> Dolayısıyla bir çatışma halinde, anlaşma karşısında kanun ve hatta Anayasa hükmüne üstünlük verilmesi; bu anlamda Anayasa Mahkemesinin, Anayasa'yı uygulamak ve sorunun nihai çözümünü uluslararası veya uluslararası üstü yargı mercilerine bırakmak durumunda olduğu şeklinde yukarıda yer verdiğimiz görüşler, bir anlamda bile bile lades demekten başka bir şey değildir.

## **B.2. 2004 Değişikliği Sonrası Geline Nöktä**

2004 yılında yapılan bir değişiklikle Anayasa'nın 90/5. maddesine "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" şeklinde bir cümle eklenmiştir. Böylece temel hak ve özgürlüklere ilişkin Türkiye'nin taraf olduğu bir uluslararası anlaşma ile kanun hükmü arasındaki bir çatışmada, uluslararası anlaşmaya üstünlük tanınacağı açıklığa kavuşturulmuştur.<sup>57</sup> Ancak bunun dışındaki uluslararası anlaşmalar ile kanunlar arasındaki veya insan haklarıyla ilgili uluslararası anlaşmalar ile Anayasa arasındaki muhtemel bir çatışmada ne olacağı konusunda farklı yaklaşımlar belirmiştir. Yine yukarıda izlediğimiz sisteme paralel olarak, bu değişikliğin, uluslararası anlaşmaların (ve tabii ki AİHS'in) iç hukuktaki yeri bağlamında öğretilerde var olan tartışma ve yaklaşımlar ile mahkeme kararlarına bir yansıması olup olmadığını incelemek ve ardından da bir değerlendirme yapmak isabetli olacaktır.

### **B.2.1. Değişikliğin Öğretilerdeki Yansımaları**

2004 değişikliğinin ne anlama geldiği noktasında temel iki yaklaşımın belirlediğini görmekteyiz.

*Birinci Yaklaşım:* "2004 değişikliği, uluslararası anlaşmaların (ve AİHS'in) iç hukuktaki hiyerarşik yeri problemini tamamen çözmüştür." Bu yaklaşımı benimseyenlerin 2004 değişikliğinden temel çıkarımları şunlardır: "Temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda uluslararası anlaşma hükümleri esas alınır" demek suretiyle;

- öncelikle tüm uluslararası anlaşmaların yeri, Anayasa'dan altta olarak konumlandırılmıştır. Yani *Anayasa-anlaşma* çatışmasında, (Devletin sorumluluğunu doğurabilecek olsa da) üstünlük Anayasa hükmüne verilecektir.
- İnsan haklarıyla ilgili anlaşmaların (ve dolayısıyla AİHS'in) yeri, kanunların üstündedir. Yani *kanun-bu tür bir anlaşma* çatışmasında, üstünlük, anlaşma hükmüne verilecektir.

<sup>57</sup> Bu düzenlemeyle birlikte başka düzenlemelerin de bulunduğu Anayasa teklifinin genel gerekçesinde, değişikliğin temel amacının, AB normlarına uyum sağlanması olduğu vurgulanmıştır. İncelediğimiz hükme ilişkin değişikliğin özel gerekçesinde ise, pek bir şey söylenmemiş; uygulamada, temel hak ve özgürlüklerle ilgili uluslararası anlaşmalarla kanunların çelişmesi halinde ortaya çıkacak uyuşmazlığın halinde, hangisine öncelik verileceği konusundaki tereddütlerin giderilmesi adına söz konusu değişikliğin yapıldığı belirtilmiştir (<http://www2.tbmm.gov.tr/d22/2/2-0278.pdf>; Erişim Tarihi: 4.12.2014).



- Bunun dışındaki konulara ilişkin anlaşmaların yeri ise, kanunlarla aynı seviyededir. Yani *kanun-bu tür bir anlaşma* çatışmasında, mesele, genel çatışma kurallarına göre çözülecektir.<sup>58</sup>

*İkinci Yaklaşım:* 2004 değişikliği, *uluslararası anlaşmaların (ve AİHS'in) iç hukuktaki hiyerarşik yeri meselesinin sadece bir boyutuna değinmiş; bu alandaki problemi tamamen çözmemiştir.*" Bu yaklaşımı benimseyenlerin 2004 değişikliğinden temel çıkarımları ise şunlardır: "Temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda uluslararası anlaşma hükümleri esas alınır" demek suretiyle;

- İnsan haklarıyla ilgili uluslararası anlaşmaların (ve dolayısıyla AİHS'in) yeri, şüphesiz kanunlardan üstte konumlandırılmıştır. Yani *kanun-bu tür bir anlaşma* çatışmasında, üstünlük anlaşma hükmüne verilecektir; bunda bir şüphe yoktur.
- Ancak değişiklik, bunun dışındaki iki meseleyi çözmemiştir:
  - Diğer (insan hakları dışındaki) uluslararası anlaşmaların kanunlarla çatışması meselesi
  - Ve bilhassa da, anlaşmaların Anayasa ile çatışması meselesi

Zira değişiklik ile, "insan haklarına ilişkin anlaşmaların kanunlarla çatışması halinde anlaşmaya üstünlük tanınacağı" söylenmesi, sadece bu tür uluslararası anlaşmaların yerini belirleme kabiliyetini taşımaktadır. Yoksa bunun mefhum-u muhalifinden hareket ederek, demek ki, tüm anlaşmaların Anayasa'dan ve insan hakları dışındaki anlaşmaların da kanunlardan altta olduğu sonucuna varılamaz. Değişiklik, insan haklarıyla ilgili anlaşmalar bakımından meseleyi netliğe kavuşturmuş; ancak genel olarak anlaşmaların Anayasa karşısındaki yeri gerekse insan hakları dışındaki anlaşmaların kanunlar karşısındaki yeri meselesine dokunmamıştır. Bu itibarla, bu konudaki 2004 öncesi tartışmalar ("insan haklarıyla ilgiliyse anlaşmaya üstünlük tanınır" ve "her şekilde Anayasa'ya üstünlük tanınır"), 2004'ten sonrası için de geçerlidir.<sup>59</sup>

<sup>58</sup> Eren, s.58 vd.

<sup>59</sup> Bkz.: Rona Aybay, **Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri**, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:70, 2007, s.200. Örneğin Kılınç, değişiklik sonucunda, öğreti ve mahkeme kararlarındaki tartışmaların sadece temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası anlaşmalar bakımından son bulduğunu, bunun dışında kalan uluslararası anlaşmalar içinse, değişiklikten önceki tartışmaların güncelliğini koruduğunu savunmaktadır (Kılınç, s.331). Ayrıntılı bir inceleme için bkz.: Mustafa Çolaker, **Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Uluslararası Antlaşmaların İç Hukukta Doğrudan Uygulanması**, 1. Baskı, Adalet, Ankara, 2010.

### ***B.2.2. Mahkeme Kararlarında Durum***

Yukarıda başta Anayasa Mahkemesi olmak üzere, ülkemizdeki bazı yüksek mahkemelerin meseleye bakışını, bilhassa AİHS'in söz konusu olduğu birtakım kararlar üzerinden incelemiştik. Hatırlanacağı üzere, burada en "radikal" sayabileceğimiz görüş, Danıştaydan gelmişti; Anayasa Mahkemesi ve Yargıtayın genel yaklaşımı, (insan haklarıyla ilgili olan ve olmayan tüm) uluslararası anlaşmaların, Anayasa'dan her halükarda altta ve kanunlarla ise eşdeğerde olduğu yönündeydi. Acaba 2004 yılında yapılan değişiklik, bu tavırda bir değişikliğe yol açmış mıdır?

#### *Anayasa Mahkemesi Kararlarında Durum*

Anayasa Mahkemesinin, 2004 değişikliği sonrasında, genel olarak uluslararası özel olarak da insan haklarına ilişkin anlaşmaların ve bilhassa da AİHS'in iç hukuktaki yerine ilişkin net yaklaşımını, daha doğrusu 2004 öncesine göre bir yaklaşım değişikliğini görmek mümkün değildir. Mahkeme'nin, 2004 değişikliğinden sonraki pozisyonunu, 2012'de bireysel başvuru mekanizmasının işlemeye başlamasından önce ve sonra olarak iki döneme; daha doğrusu, zamansal bir ayırım değil de, bireysel başvuru davaları ve diğer davalar olmak üzere iki alana ayırarak incelemek sağlıklı olabilir.

Bireysel başvuru davaları dışında, Mahkeme'nin AİHS ile işi olabilecek konular, *iptal ve itiraz* davalarındaki norm denetimi ve *siyasi parti kapatma* davalarıdır. *Siyasi parti kapatma davaları* bakımından, Mahkeme, 2004 değişikliğinden sonra karara bağladığı on dört siyasi parti kapatma davasının sadece üçünde Sözleşmeye atıf yapmıştır.<sup>60</sup> Bunlardan ilki, 2008 yılındaki Hak ve Özgürlükler Partisi (HAK-PAR) kararıdır.<sup>61</sup> Mahkeme, bu kararda, siyasi partilerin Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları ile AİHS'in "örgütlenme", "düşünce ve ifade özgürlüğü" konusundaki 10 ve 11. maddelerinin koruması altında olduğunu söylemekle yetinmiştir.<sup>62</sup> Diğer bir ka-

<sup>60</sup> Bu on dört karardan yedi tanesi, iki dönem üst üste seçime girmeme sebebiyle Siyasi Partiler Kanunu uyarınca kapatma talebine ilişkin olup; Mahkeme, ilgili yasa hükmünü, Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal ettiğinden, tüm bu davalar 2008 yılında reddedilmiştir. İki dava, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın ihtar kararının gereğinin yerine getirilmediği gerekçesiyle yine Siyasi Partiler Kanunu'nun ilgili hükmü gereğince açılmış olup; bu hüküm de, somut norm denetimi yoluyla Mahkeme tarafından Anayasa'ya aykırı bulunup iptal edildiğinden, bu davalar da, 2009 yılında reddedilmiştir. 2009 yılında verilen Sosyalist İşçi Partisi'ne ilişkin kapatma isteminin reddi kararında, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın, kapatmaya dayanak olarak Sözleşmeye atıf yapmış olmasına karşılık; Mahkeme, kararında Sözleşmeye herhangi bir atıfta bulunmamış; odak olma şartının yerine gelmediğinden bahisle kapatma istemini reddetmiştir. 2011 yılında verilen Demokratik Halk Partisi'nin kapatılması isteminin reddi kararında ise, kapatma davası devam ederken davalı partinin kapanma kararı alması dolayısıyla kapatma davasının düşmesine karar verilirken, yine Sözleşmeye herhangi bir atıf söz konusu olmamıştır. (On dört kararın on bir tanesini bunlar teşkil etmektedir.)

<sup>61</sup> E.2002/1, K.2008/1, 29.1.2008.

<sup>62</sup> Gerçi Mahkeme, devamında, "bir siyasi partinin tüzüğü ve programının 68. maddenin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırılığı değerlendirilirken, Anayasa'nın siyasi partilere verdiği özel önemi vurgulayan

rar ise, yine 2008'de karara bağlanan Adalet ve Kalkınma Partisi kararıdır.<sup>63</sup> Burada

diğer kurallarının da göz önünde bulundurulması gerekir. Bu nedenle, siyasi partilerin, Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülen tüzük ve programlarındaki söylemlerinin demokratik yaşam için doğrudan açık ve yakın tehlike oluşturmaması durumunda, bunların ifade özgürlüğü kapsamında kaldığının kabulü gerekir. Demokratik rejimin tüm kurum ve kurallarıyla özümsemiği ülkelerde de rejim için ciddi bir tehlike oluşturmadıkça siyasi partilerin kapatılmasına olur verilmediği gözetildiğinde çağdaş uygarlık düzeyinin üstüne çıkma hedefini esas alan Anayasamızın da salt ifade özgürlüğü kapsamında kalan tüzük ve program düzenlemesini kapatma nedeni sayıldığı kabul etmek olanaklı değildir. Tüzük ve Programında HAK-PAR'ın, genel olarak adem-i merkeziyetçi bir yönetime ağırlık verdiği, Türkiye'nin temel sorunu olarak kabul ettiği Kürt sorununu hak eşitliği temelinde çözmeyi seçmesine vaad ettiği görülmektedir. Tüzük ve Programında ifade edildiği biçimde Parti'nin, Kürt sorunu olarak ele alıp değerlendirdiği soruna, kendine göre çözüm önerileri getirmesi, vatandaşlık temelinde ulus kavramının reddi olarak nitelendirilemez. Kapatma davasının Parti'nin kuruluşundan kısa bir süre sonra açıldığı da gözetildiğinde, belli bir sorunun varlığına ve buna dair çözüm önerilerine ilişkin ifadelerin demokratik bir rejimde düşünce ve ifade hürriyeti kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Gerek iddianamede gerekse sonraki aşamalarda, Parti'nin söz konusu amaçları gerçekleştirmek için Anayasa dışı bir yöntemi uygulayacağına ilişkin herhangi bir kanıt da yer verilmemiştir. Yukarıdaki açıklama ve değerlendirmeler çerçevesinde Parti'ye, tüzük ve programında yer alan ifadelere dayanılarak yaptırım uygulanması, örgütlenme ve ifade özgürlüğüne ağır bir müdahale oluşturacağından..." demek suretiyle, Sözleşmenin yargı organının içtihadıyla birebir uyuşan ifadeler kullansa da, bu, Sözleşmenin iç hukuktaki anayasal statüsüne atıf yapılması değil; olsa olsa Anayasa'nın ilgili hükümlerini, Sözleşme ve yargı organının içtihatlarıyla uyumlu yorumladığı şeklinde değerlendirilebilir. Ayrıca Mahkeme'nin 6 üyesinin yazdığı karşı-oy gerekçesindeki şu ifadeler de ilginçtir: "Davanın somutunda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11. maddesiyle çeliştiği ileri sürülen 'iç norm' bir yasa kuralı değil, Anayasa hükmüdür. Dolayısıyla, Anayasa'nın 90. maddesinin davada uygulama kabiliyeti yoktur. Yine Anayasa'nın 138. maddesine göre hâkimler '...Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler...' ve bu nedenle de Anayasa Mahkemesinin bu somut Anayasal kurallar dururken, yorum yoluyla doğrudan AİHM içtihadını esas alarak hüküm tesis etmesi söz konusu edilemez. Anayasa (Md. 68 ve 69) açıkça bir siyasi partinin tüzük ve programının devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü esasına aykırı olması halinde varlığını tek başına kapatma nedeni sayıldığından ve bunun ötesinde söz konusu yasak doğrultusunda eylem ve faaliyette bulunma halini aramadığından, ayrıca bu hal Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11. maddesinin ikinci fıkrasındaki 'meşru amaç' sınırları içerisinde kaldığından; bu yönü itibarıyla de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı bir normun varlığından bahsedilemez. Dolayısıyla, belirtilen Anayasal düzenlemenin demokratik bir toplumda zorunlu bir müdahale olarak değerlendirmesi gerekir." Görüldüğü gibi, aslında Mahkeme, kararında, yukarıdaki gerekçelerle kapatmayı reddederken, Sözleşmeyi ve yargı organının içtihadını esas (hele hele Anayasa'nın üstünde) aldığına ilişkin bir ifade kullanmamasına rağmen; *karşı-oy gerekçesini* yazan üyelerin, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesiyle çeliştiği ileri sürülen 'iç norm' bir yasa kuralı değil, Anayasa hükmüdür; dolayısıyla, Anayasa'nın 90. maddesinin davada uygulama kabiliyeti yoktur; yine Anayasa'nın 138. maddesine göre hâkimler "...Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler..." ve bu nedenle de Anayasa Mahkemesinin bu somut Anayasal kurallar dururken, yorum yoluyla doğrudan AİHM içtihadını esas alarak hüküm tesis etmesi söz konusu edilemez" ifadelerini kullanmaları, dikkate değerdir. Bu ifadeler, Mahkeme'nin, kararda, AİHS ve AİHM içtihatlarını anayasal değerde gördüğünü de göstermektedir (ki zaten karşı oylerde eleştirilen de tam olarak budur). Ancak bizce, bu karşı-oyun gösterdiği bir husus daha var ki, o, özellikle bizim konumuz açısından önemlidir. Bu karşı-oy, Mahkeme'nin normalde çoğunluğu olan 6 üye tarafından yazılmıştır (davalı partinin, 7 üyeye ulaşamadığı için kapatılmadığını hatırlatalım). Bu, Mahkeme'nin (çoğunluğunun), halen daha, Sözleşmenin Anayasa'dan altta ve Anayasa ile çeliştiği takdirde Anayasa hükmünün tercih edilmesi yönündeki iradesini göstermesi açısından önemlidir (kaldı ki, partinin kapatılmaması yönünde irade belirten diğer 5 üye de, bunun aksi yönünde bir yaklaşım sergilememiş; başka açılardan meseleye yaklaşarak partinin kapatılmaması gerektiğini söylemişlerdir.

<sup>63</sup> E.2008/1, K.2008/2, 30.7.2008.

da, (Mahkeme Başkanı Haşim Kılıç'ın karşı-oyundaki atıfları saymazsak), Mahkeme, yukarıda yer verdiğimiz HAK-PAR kararındaki AİHS atıflarına benzer atıflar yapmıştır.<sup>64</sup> Aşağıda yer verdiğimiz alıntidan anlaşılacağı gibi, Mahkeme'nin temel yaklaşımı, Anayasa'nın parti kapatma kriterlerine ilişkin hükümlerinin yorumlanmasında, Sözleşme ve bilhassa da, onun yargı organının içtihatlarına ve ayrıca Venedik Komisyonu'nun belirlediği ilkelerle uyum sağlamak yönündedir. Ne var ki, burada da, doğası gereği, AİHS'in iç hukuktaki yerine ilişkin bir belirleme söz konusu olmamıştır. Mahkeme'nin bu kapsamda verdiği son karar ise, 2009 yılındaki Demokratik Toplum Partisi kararıdır.<sup>65</sup> Bundan önceki iki kararın aksine bu sefer oybirliğiyle kapatma kararı verdiği bu kararında da, Mahkeme'nin, yine bundan önceki iki kararında yaptığı AİHS ve AİHM içtihadı atıflarına yer verdiğini görmekteyiz.<sup>66</sup> Ancak bu sefer

<sup>64</sup> "Bu nedenle siyasi partiler, Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 'örgütlenme', 'düşünce ve ifade' özgürlüğünü düzenleyen 10. ve 11. maddelerinin koruması altındadırlar. Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel haklara ilişkin uluslararası sözleşmelerin yasa hükmünde olduğu ve yasalarla farklı hükümler içermesi nedeniyle doğacak uyumsuzluklarda uluslararası sözleşme hükümlerinin esas alınacağını öngörmektedir. Türkiye'nin hukuk düzeni ile çağdaş demokrasilere egemen ilke ve uygulamalar arasında koşutluğun sağlanmasını amaçlayan bu kural, kurucu üyesi ya da üyesi bulunduğumuz uluslararası kuruluşlarca oluşturulmuş özgürlük standartlarının dikkate alınmasını gerekli kılmaktadır. Anayasa'nın somut kuralları, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin içtihatları ile Avrupa ortak standartını somutlaştıran Venedik Kriterleri birlikte, bir yandan Anayasa'nın öngördüğü klasik demokrasi anlayışının gereği olarak siyasal özgürlüklerin güvence altına alınması sağlanırken, diğer yandan son çare olarak düşünülen siyasi parti kapatma yaptırımının uygulanmasının demokratik düzenin korunması ve güçlenmesi amaçlanmıştır. Bu çerçevede bir siyasi partinin tüzüğü ve programı ile eylemlerinin Anayasa'nın 68. maddesinin dördüncü fıkrasında korunan ilkelere aykırılığı değerlendirilirken, Anayasa'nın siyasi partilere verdiği özel önemi vurgulayan diğer kurallarının da göz önünde bulundurulması gerekir. Bu nedenle, Anayasa'nın 69. maddesi uyarınca tüzük ve programlarındaki söylemleri ya da eylemlerinin, ancak Anayasa'nın 68. maddesinin dördüncü fıkrasında korunan ilkelere *temel esasları itibarıyla* aykırı olması, bu ilkeleri *ortadan kaldırma*yı amaçlaması ve bu nitelikleriyle *demokratik yaşam için doğrudan açık ve yakın tehlike oluşturması* durumunda siyasi partilerin kapatılmasına elverişli ağırlıkta olduğu kabul edilebilir. Demokratik rejimin tüm kurum ve kurallarıyla özümsemiştiği ülkelerde demokratik ilkelere aykırı bir amaç taşımadığı ve şiddeti teşvik edip araç olarak kullanmadığı veya demokrasi ve demokraside tanınan hak ve özgürlükleri yok etmeyi amaçlayan bir siyasi partiye dönüşmediği sürece siyasi partilerin kapatılmasına olur verilmediği gözetildiğinde, çağdaş uygarlık düzeyinin üstüne çıkma hedefini esas alan Anayasamızın da siyasi partilerin salt düşünce açıklamaları ile siyasi faaliyette özgürlüğünün doğası gereği toplumsal talepleri barışçı yollarla ve hukuksal düzenlemelerle karşılama çabaları nedeniyle partilerin kapatılmasının zorunlu görülmesi Anayasayla bağdaşmaz. Zira özgürlükçü demokratik bir siyasal düzen öngören Anayasamız, olası hukuksal düzenleme ve idari işlemlerin yargısal denetiminin koşullarını ve kurumlarını yaratmak suretiyle, hukuksal yollardan kaynaklanabilecek tehditleri engellemiştir." (Vurgular, tarafımızdan eklenmiştir.)

<sup>65</sup> E.2007/1, 2009/4, 11.12.2009.

<sup>66</sup> "Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasında, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklerle ilişkin uluslararası sözleşmelerin yasa hükmünde olduğu ve yasalarla farklı hükümler içermesi nedeniyle doğacak uyumsuzluklarda uluslararası sözleşme hükümlerinin esas alınacağı öngörülmektedir. Türkiye'nin hukuk düzeni ile çağdaş demokrasilere egemen ilke ve uygulamalar arasında koşutluğun sağlanmasını amaçlayan bu kural, kurucu üyesi ya da üyesi bulunduğumuz uluslararası kuruluşlarca oluşturulmuş temel hak ve özgürlük standartlarının dikkate alınmasını gerekli kılmaktadır. Anayasa'nın

somut kuralları, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin içtihatları ile Avrupa ortak standardını saptayan Venedik Komisyonunun belirlediği kriterlerle birlikte değerlendirildiğinde, bir yandan Anayasa'nın öngördüğü klasik demokrasi anlayışının gereği olarak siyasal özgürlüklerin güvence altına alınması sağlanırken, diğer yandan son çare olarak düşünülen siyasi parti kapatma yaptırımını ile demokratik düzenin korunması amaçlanmıştır. Bu nedenle siyasi partiler, Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 'düşünce ve ifade' ve 'örgütlenme' özgürlüklerini düzenleyen 10. ve 11. maddelerinin koruması altındadırlar. AİHM, genel olarak 'bilgi' ya da 'fikirlerin' şok edici, şartırtıcı veya rahatsız edici olmasının, bu hakka yönelik herhangi bir müdahalenin haklı gösterilmesi için yeterli olmayacağını ancak, şiddeti yüceltecek şekilde kine dayalı sözlerin ise müsamaha ile karşılanamayacağını ifade etmektedir (Karatepe/ Türkiye Davası, Başvuru No: 41551/98, Strazburg, 31 Temmuz 2007). AİHM'e göre, 'demokrasinin temel özelliklerinden birisi bir ülkenin karşılaştığı sorunları, taciz edici olsalar da, şiddete başvurmaksızın, diyaloga çözümsüdür. Demokrasi ifade özgürlüğü ile beslenir. Bu ilişki altında, bir siyasal grubun, sadece bir devletin bir kısım halkının kaderini aleni olarak tartışmak istemesi ve demokratik kurallara saygı içinde, tüm ilgilileri tatmin edecek çözümler bulma amacı ile siyasal yaşama katılmak istemesi nedeni ile endişe duymamalıdır' (Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri / Türkiye Davası, 30 Ocak 1998- 133/ 1996/ 752/ 951). Uluslararası yargı yerlerince belirtildiği ve Venedik Komisyonu'nun çeşitli tarihlere kabul ettiği raporlarında da vurgulandığı üzere, siyasi partilerin şiddet kullanılmasını savunmaları veya anayasayla garanti altına alınan hak ve özgürlüklere zarar verecek şekilde demokratik anayasal düzeni yıkmak için politik bir araç olarak şiddetli kullanmaları veya aynı amaçları gerçekleştirmek için terör ve şiddete başvuran oluşumlarla birlikte hareket etmeleri ve onlara destek vermeleri halinde zorunlu bir tedbir olarak siyasi partilerin yasaklanması veya kapatılması makul görülebilir. Nitekim, teröre destek verdikleri ve terörü kınamayı reddettikleri gerekçesine dayalı olarak İspanyol yargı organlarının kapatılmalarına karar verilen Herri Batasuna ve Batasuna Partilerinin yaptığı başvuruyu değerlendiren AİHM Beşinci Dairesi, 30 Haziran 2009 tarihli Herri Batasuna ve Batasuna / İspanya kararında özetle şu gerekçelerle Sözleşme'nin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır: 'AİHM, otuz yıldan daha uzun süreden beri var olan terör ortamında ve diğer siyasal partilerin tamamı tarafından kınanmakta iken şiddetli kınamayı reddetmeyi terörizme üstü kapalı bir destek davranışı olarak görmüştür. Mahkeme, başvuran partilere izafe edilebilecek ve terörle uzlaşma sonucuna varacak birçok ciddi ve tekrarlanan eylem ve davranışın varlığını belirlemiştir. Mahkeme, her halükarda, partinin kapatılmasının terörün kınanmaması olgusuna da dayanmış olmasını Sözleşme'ye aykırı görmemektedir Zira, siyasetçilerin sadece eylemleri ve söylemleri değil, aynı zamanda belli durumlarda pozisyon alma olarak değerlendirilebilecek ve tamamen açık destek eylemi sayılabilecek eylemsizlikleri veya sessizlikleri de dikkate alınmalıdır. AİHM, başvuran siyasi partilere atfedilen eylem ve söylemlerin, bir bütün olarak 'demokratik toplum' kavramı ile çelişkili olduğunu değerlendirmiştir. Bu nedenle, İspanyol Yüksek Mahkemesi tarafından başvuranlara uygulanan ve İspanyol Anayasa Mahkemesi tarafından da onaylanan yaptırımın Devletlerin sahip olduğu takdir yetkisi çerçevesinde makul biçimde 'sosyal olarak zorunlu bir ihtiyaca cevap verdiği' sonucuna ulaşmıştır. Bir siyasi partinin tüzüğü ve programı ile eylemlerinin Anayasa'nın 68. maddesinin dördüncü fıkrasında korunan ilkelere aykırılığı değerlendirilirken, Anayasa'nın siyasi partilere verdiği özel önemi vurgulayan diğer kurallarında da göz önünde bulundurulması gerekir. Bu nedenle, Anayasa'nın 69. maddesi uyarınca tüzük ve programlarındaki söylemleri ya da eylemlerinin, ancak Anayasa'nın 68. maddesinin dördüncü fıkrasında korunan ilkelere temel esasları itibarıyla aykırı olması, bu ilkeleri ortadan kaldırmayı amaçlaması ve bu nitelikleriyle demokratik yaşam için doğrudan, açık ve yakın tehlike oluşturması durumunda siyasi partilerin kapatılmasına elverişli ağırlıkta olduğu kabul edilebilir. Ulusal düzenlemelerin yanı sıra örgütlenme özgürlüğüne ve terörizme ilişkin kimi esaslar uluslararası sözleşmelerde de yer almaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin barışçı amaçlarla dernek kurma özgürlüğüne sahip olduğu belirtilmiş, ikinci fıkrasında ise, bu hakların kullanılmasına, ulusal güvenlik, kamu güvenliği, kamu düzeninin korunması, suçun önlenmesi, genel sağlık ve ahlak veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için ancak yasalarla kısıtlamalar getirilebileceği, 17. maddesinde, sözleşme hükümlerinden hiçbirinin bir devlete, topluluğa veya ferde, sözleşme tanınan hak ve hürriyetlerin yok edilmesi veya sözleşmede belirtilenden daha geniş ölçüde tahditlere tabi tutulmasını istihdaf eden bir faaliyete girişme veya harekette bulunma hakkı sağladığı şeklinde tefsir olunamayacağı öngörülmüştür.'" (Vurgular, tarafımızdan eklenmiştir.)

Sözleşme ve yargı organının içtihatlarından atıflar, Anayasa'nın ilgili hükümlerini yorumlamada kapatmaya destek olmak için kullanılmıştır.

İptal ve itiraz davaları bağlamında olaya baktığımızda ise, yine burada da, 2004 öncesine göre çarpıcı bir değişiklik görmek pek mümkün değildir. Bilindiği gibi, Mahkeme, iptal ve itiraz davalarında Anayasa'ya uygunluk denetimi yapmakta olup; uluslararası anlaşmalar, doğrudan bir bağımsız ölçü norm değildir ve bunlardan, asıl ölçü norm olan Anayasa hükümlerini yorumlarken yararlanılmaktadır. Bu, 2004 sonrasında da devam etmiştir. Mahkeme'nin bu bağlamda, 2004 sonrasında gerçek bir "sınav" durumu ile karşılaşmadığını söyleyebiliriz. Anayasa'nın AİHS ile açıkça çelişen bir hükmünün olmadığını düşündüğümüzde de, zaten böyle bir sınavla karşılaşması da mümkün değildir. Burada Mahkeme'nin Sözleşme ile gerçek anlamda imtihanı, Sözleşmenin yargı organının içtihatlarıyla uyum sağlamak ve norm denetimi yaparken yorumladığı Anayasa hükümlerini, Sözleşme ve daha da önemlisi, Sözleşmenin yargı organının içtihatlarıyla uyumlu yorumlamaktır. Yukarıda özellikle HAK-PAR kararından gördüğümüz gibi, siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin Anayasa hükümlerini dahi – üstelik bunlar, hükmün lafzı itibarıyla Sözleşme ve AİHM içtihatlarıyla çeliştiği daha rahat söylenebilecek hükümlerdir – Sözleşme ve AİHM içtihatları doğrultusunda yorumlayabilmiştir. Bu denli bir çatışmanın olmadığı diğer hükümler bakımından, böyle bir yorumun yapılması, daha beklenir bir durumdur.

Başka türlü ifade edersek, Anayasa'nın Sözleşme ile uyumlu yorumlanmaması için bize hiçbir sebep yoktur. Bu itibarla, bu noktada ortaya çıkabilecek bir Sözleşmeye aykırılık, aslında Anayasa'nın AİHS'e aykırılığından veya Anayasa-AİHS çatışmasından ziyade; Anayasa'ya ilişkin Anayasa Mahkeme'nin yorumunun Sözleşmeye ilişkin AİHM'in yorumuna aykırılığı, yani içtihatlar arasındaki bir çatışma olur. Nitekim Mahkeme'nin böyle kararları da, yok değildir. Öğretide Başlar'ın nazara verdiği<sup>67</sup> iki karar özellikle önemlidir. Bunlardan birinde,<sup>68</sup> Mahkeme, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunun kapatılmasına ilişkin hükümlerinin itiraz yolu iptali istemini reddetmiş; diğerinde<sup>69</sup> de, 221 sayılı Kanun'un kamulaştırmaz el atmaya ilişkin hükümlerinin yine itiraz yolu ile iptali istemini reddetmiştir. Başlar, iki kararda da, AİHM'in konuya ilişkin net yaklaşımlarının Anayasa Mahkemesince göz ardı edildiğini ileri sürmektedir.<sup>70</sup>

<sup>67</sup> Başlar, *Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine*, s.34.

<sup>68</sup> E.2002/169, K.2007/88.

<sup>69</sup> E.2004/25, K.2008/42.

<sup>70</sup> Kemal Başlar, *Türk Mahkeme Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, Avrupa Konseyi Yayını, 2008, s.22.

*Bireysel başvuru davaları* bağlamında incelediğimizde ise, Anayasa Mahkemesinin Sözleşmeyle daha içli dışlı olduğunu söyleyebiliriz. Mahkeme, Eylül 2012'den beri verdiği kararlarında AİHS hükümleri ile onlara dair AİHM içtihatlarından ziyadesiyle yararlanmaktadır.<sup>71</sup> Kimi zaman Strazburg içtihadıyla uyumlu olmayan yaklaşımlara rastlansa da; genel itibarıyla Mahkeme'nin AİHS ve AİHM içtihadıyla paralel bir çizgi tutturduğunu söylemek mümkündür. Hatta Mahkeme, bazı kararlarında, açık kanun hükümlerinin AİHS'e aykırı olduğunu ve Anayasa'nın 90/5, c.3 hükmü uyarınca uygulanmaması gerektiğini açıkça söylemektedir.<sup>72</sup> Fakat bu süreçte Mahkeme, bizim tespit edebildiğimiz kadarıyla AİHS'in iç hukuktaki hiyerarşik yerine ve de Anayasa hükümleriyle çatışma halinde nasıl hareket edileceğine dair bir tespit bulunmamıştır.

Görüldüğü gibi, Sözleşmenin iç hukuktaki yerine ilişkin olarak, 2004 sonrası süreçte, Mahkeme'nin açık yaklaşımını ortaya koyan bir kararına rastlamak mümkün değildir.<sup>73</sup> Mahkeme, belirttiğimiz gibi, Sözleşmeyi, destek ölçü norm olarak kullanmaya devam etmiş; bu süreçte kimi zaman yaklaşımını AİHM'in yaklaşımına uydurmuş; kimi zaman ise, yukarıda da örneklerini verdiğimiz gibi, Strazburg Mahkemesinin kararlarını göz ardı etmiş;<sup>74</sup> ayrıca Sözleşmenin iç hukuktaki yerine ilişkin açık bir ifade kullanmaktan da özenle kaçınmıştır.

#### *Danıştay Kararlarında Durum*

Hatırlanacağı üzere, 2004 öncesi süreçte, uluslararası anlaşmaların iç hukuktaki yeri bağlamında en "radikal" fikirlerin Danıştaydan geldiğine yukarıda değinmiştik. Danıştay, 2004'ten önceki süreçte dahi, tüm anlaşmaların, yasaların üstünde olduğunu söylemekte ve hatta insan haklarıyla ilgili olanlara anayasal değer atfetmekteydi. Bunlar, yüksek yargı içinde Sözleşmeyi belki de en etkin biçimde kullanan mahkemenin Danıştay olduğunu bize göstermekteydi.<sup>75</sup> 2004 değişikliği sonrasında da, Mahke-

<sup>71</sup> AİHM yaklaşımlarının Anayasa Mahkemesi tarafından benimsenmesine dair değerlendirmeler için bkz.: Tolga Şirin, Üçüncü Yılda Bir Bilanço: Türkiye Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Usulünün ve Kararlarının Değerlendirilmesi, 30-31 Mayıs 2015 tarihli Kamu Hukukçuları Platformu Toplantısında Sunulan Bildiri, [http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Tolga\\_Airin\\_333\\_1.pdf](http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Tolga_Airin_333_1.pdf), Erişim Tarihi: 25.10.2015, s.124 vd.

<sup>72</sup> Örneğin, kadının evlenmekle kocasının soyadını alacağına ilişkin Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesinin somut olayda uygulanması ihlal saydığı kararını (Başvuru No: 2013/2187, 19.12.2013) bu anlamda zikredebiliriz.

<sup>73</sup> Anayasa Mahkemesinin 2004 sonrasına ilişkin AİHS'e atf ettiği kararların listesi ve ilgili yerleri için bkz.: Başlar, *Türk Mahkeme Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, s.41 vd.

<sup>74</sup> Bu yönde kararlar için bkz.: *Ibid.* s.66.

<sup>75</sup> Öğretide Başlar, bunu farklı bir üslupla ifade etmekte ve yüksek yargı organları içerisinde, AİHS'i, "zor davalarda" kullanan tek mahkemenin Danıştay olduğunu söylemektedir (*Ibid.* s.142).

me, Sözleşmeyi (ve diğer uluslararası insan hakları metinlerini) etkili biçimde (gerek yasalara karşı öncelikle uygulayarak gerek Anayasa hükümlerini Sözleşme ve AİHM içtihatlarıyla uyumlu biçimde yorumlayarak) kullanmaya devam etmiştir.<sup>76</sup> Elbette 2004 değişikliği ile birlikte, insan hakları anlaşmalarının ve AİHS'in kanunlardan üstte olduğu açıkça öngörüldüğünü düşündüğümüzde, 2004 öncesi için bir dereceye karar "ilginç ve ilerici" gelen bu atıflar, 2004 sonrasında artık olağan sayılabilir. Sözleşmenin Anayasa karşısındaki yerine ilişkin olarak ise, 2004 sonrası süreçte, Yüksek Mahkeme'nin 2004 öncesi yaklaşımından farklı bir yaklaşım ortaya koyan kararına rastlamadığımızı belirtelim.<sup>77</sup>

#### *Yargıtay Kararlarında Durum*

Yargıtay ise, 2004 öncesi süreçte, hatırlanacağı üzere, Anayasa Mahkemesine benzer bir yaklaşım sergilemiş ve uluslararası anlaşmaların kurallar kademelenmesinde yasalarla eşdeğer olduğu ve olası bir çatışmanın önceki-sonraki, özel-genel kanun ilişkisi çerçevesinde çözüleceği yönünde kararlar vermişti. Mahkeme, uluslararası anlaşmaları, bir kanun olarak doğrudan uygulayan kararlar vermekle birlikte; iş, açık bir çatışma durumuna gelince, kanunlarla eşdeğerde sayma yolunu tutmaktaydı. 2004 sonrası süreçte ise, Yargıtay, 2004 öncesi yaklaşımına paralel bir değişime gitmiş ve insan haklarıyla ilgili uluslararası anlaşmaları, kanunlardan üstte; diğer anlaşmaları ise, kanunlarla eş-değerde ve her ikisini de, Anayasa'nın altında bir yerde konumlandırmıştır. Diğer bir deyişle, 2004 değişikliğinin Yargıtaya yansımalarının, insan haklarına ilişkin anlaşmaların da, diğerleri gibi, genel çatışma kurallarına tabi olmaktan "kurtulması" olduğu söylenebilir. Ancak tabii ki, Mahkeme, AİHS hükümlerini ve AİHM içtihatlarını takip etmekte ve kararlarında etkin bir şekilde kullanmaktadır.<sup>78</sup>

#### *Ara Değerlendirme*

Türk yüksek yargı organlarının yukarıdaki kararlarını değerlendirirken, bazı hususları gözden kaçırmamak gerekir. Öncelikle, AİHS'in, m.90/5, c.3 anlamında "temel hak ve hürriyetlerle ilgili" bir anlaşma olduğu konusunda şüphe olmadığına göre, mahkeme kararlarında, eskiden zaman zaman görülen Sözleşmeyi normal Türk kanunlarıyla eş değer gören yaklaşıma rastlamayı zaten beklememek gerekir. Bu bağlamda, esasında, başta Anayasa Mahkemesi olmak üzere, yüksek yargı yerlerinin dışı dokunur kararları, Sözleşmeyi sıradan bir Türk kanununda üstün tutarak öncelikle uyguladığı kararlar değil; Sözleşmenin Anayasa karşısındaki konumunu (veya bizi bu-

<sup>76</sup> Bu yöndeki kararlar için bkz.: *Ibid.* s.143 vd.

<sup>77</sup> Bu konuda ayrıntılı bir değerlendirme için bkz.: Tacettin Şimşek, *Danıştay Kararlarında İHAS ve İHAM'ın Etkisi*, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Sayı:7, 2015.

<sup>78</sup> Buna ilişkin kararlar için bkz.: *Ibid.* s.76 vd.



rada tam olarak ilgilendirmese de, AİHS gibi insan haklarına ilişkin olanlar dışındaki uluslararası anlaşmaların kanunlar karşısındaki konumunu) ortaya koyan kararlardır. Bu noktada da, öğretide Başlar'ın da belirttiği gibi, başta Anayasa Mahkemesi olmak üzere Türk yargı yerlerinin her iki yöne de (Sözleşmenin Anayasa'dan üstün veya Anayasal değerde / Anayasa'nın altında bir yerde olduğuna dair) çekilebilecek kararları mevcuttur.<sup>79</sup> Bu anlamda, sağlıklı bir değerlendirme, ancak arka plandaki birtakım dinamiklerin dikkate alınmasıyla mümkündür. Başlar, bunları, mahkemelerin yoğun iş yükünün Sözleşme hükümlerinin göz ardı edilmesine yol açması; Sözleşmeyi tanıtıcı ve AİHM içtihatlarını derleyen kaynakların sınırlı olması; özellikle Anayasa Mahkeme dışındaki yüksek yargı yerlerinin kararlarının seçmece usulüyle yayımlanması sonucu kararlara erişim güçlüğüne sağlıklı bir değerlendirmeyi engellemesi; kararların kısa ve öz olması (ve onama hallerinde gerekçelerin genelde ilk derece mahkemelerin gerekçesinin aynen tekrarı olması) sebebiyle kararların alınış sürecinde yaşanan tartışmaların bilinmemesi; genel olarak uluslararası anlaşmaların *Türk hukukundaki* yeri ve değeri konusunda yaşanan belirsizlik ve Türk mahkemelerinin genel anlamda "andlaşmalar hukuku" kurallarını yeterince bilmemesi (diğer bir deyişle, genel olarak uluslararası hukuka yabancı olmalarının verdiği çekingenlikle hata yapmak istememeleri) olarak sıralamaktadır.<sup>80</sup>

### ***B.2.3. Çatışmanın Çözümüne Dair Görüşümüz***

2004'te getirilen düzenlemenin isabetli olup olmaması bir yana, öğretide ve mahkeme kararlarındaki tartışmaların, en azından uluslararası anlaşmalar ile kanunlar arasındaki çatışma bakımından sona erdirildiği söylenebilir. Bu anlamda, "*düzenlemenin, uluslararası anlaşmaların iç hukuktaki hiyerarşik yeri meselesini tamamen çözüme kavuşturduğunu söyleyen*" görüşe, *Anayasa-insan haklarına ilişkin anlaşma çatışması* meselesi hariç, katılmaktayız. Bu anlamda, 2004 değişikliğinden çıkarımlarımız şu şekilde özetlenebilir: Değişiklik ile, "temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda uluslararası anlaşma hükümleri esas alınır" demek suretiyle;

<sup>79</sup> **Ibid.** s.8, 9. Yazar, örneğin, Yargıtay ve Danıştayın, başta AİHS olmak üzere uluslararası insan hakları metinlerini Anayasa'ya denk, hatta Anayasa'nın üstünde kabul ettiği kararlarına bakarak, AİHS'in bu anlamda, Türk jürisprüdansı tarafından en azından "anayasal değerde" görüldüğü ve içselleştirildiğini söylemek mümkünken; buna karşılık, Anayasa Mahkemesinin bu tür metinlere adeta ağız ucuyla ve Anayasa'yı destekleyici mahiyette değindiği kararlarına bakarak da, bu tür metinlerin Anayasa'nın altında konumlandırıldığını ve hiç atıf yapılmak istenmediğini söylemenin mümkün olduğunu belirtmektedir (**Ibid.**). Yazar, özellikle Anayasa Mahkemesi bakımından, Sözleşmenin "anayasa-üstü" olarak nitelendirildiği veya bağımsız ölçü norm gibi kullanıldığı kararların, Mahkeme'nin istikrarlı tavrı olmaktan ziyade, belli bir dönemde görev yapan üyelerin kişisel görüşlerini yansıttığını ileri sürmektedir (**Ibid.** s.20).

<sup>80</sup> **Ibid.** s.9-16.

- İnsan haklarıyla ilgili anlaşmaların<sup>81</sup> (ve dolayısıyla AİHS'in) yeri, net bir

<sup>81</sup> Bu arada "temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşma" kavramından ne anlaşılması gerektiğine de kısaca değinmek gerekmektedir. Burada acaba, yalnızca konusu itibarıyla temel hak ve özgürlüklere ilişkin anlaşmalar mı kastedilmiştir; yoksa anlaşmanın geneli itibarıyla konusuna bakmaksızın temel hak ve özgürlüklerle ilgili herhangi bir anlaşma hükümü mü kastedilmiştir? Burada bizce ikinci yorumu geçerli kabul etmek isabetli olur. Zira ilki, bir anlaşma genel içeriği itibarıyla temel hak ve özgürlüklerle ilgili değilse, içindeki hak ve özgürlük hükümlerini, düzenlemenin dışında bırakması yönüyle "sınırlayıcı"; ayrıca geneli itibarıyla hak ve özgürlüklerle ilgili bir anlaşma içindeki temel hak ve özgürlüklerle hiç ilgisi olmayan hükümleri de kapsamı yönüyle de "maksada aykırı" bir yorum tarzı olur. Burada düzenlemenin amacı, hiç şüphesiz, insan hakları kavramının kapsamına giren iki hükmün çatışması halinde ne olacağını düzenlemektir. Böyle bir hükmün, ne tür (ticari, askeri, teknik veya insan haklarıyla ilgili) bir anlaşmada yer aldığı, hükmün amacı bakımından hiçbir önemi yoktur. Üstelik uluslararası anlaşmalarda, "bu anlaşma temel hak ve özgürlüklere ilişkindir" şeklinde bir tanımlayıcı etikete rastlamak da mümkün olmadığından, bir anlaşmanın "insan haklarına ilişkin anlaşma" olup olmadığı neye göre belirlenecektir? Örneğin, Avrupa Konseyi bünyesinde bugün kadar imzalanmış olan 200'ün üzerindeki anlaşmanın pek çoğunun başlığında, "hak ve özgürlük" kavramları dahi geçmemesine rağmen; bunlar, kuşkusuz temel hak ve özgürlüklere ilişkin anlaşmalardır. O halde, burada, herhangi bir uluslararası anlaşmadaki temel hak ve hürriyetlerle ilgili her türlü hükmün, Anayasa m.90/5, c.3 kapsamına girdiğini kabul etmek gerekir. Aynı doğrultuda bkz.: Aybay, **Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri**, s.203, 204. Ayrıca anlaşmaların kaynağı noktasında (mesela Avrupa Konseyi'nin anlaşmaları, Birleşmiş Milletler'in anlaşmaları, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün anlaşmaları gibi) herhangi bir sınırlandırma olmadığını da belirtelim. (2004 değişikliği sırasında bu yönde öneriler gelmiş; ancak Anayasa Komisyonu'nda kabul edilmemiştir. Başlar, **Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine**, s.35). Öneriler ve reddine ilişkin karşı oy, değişikliğe ilişkin yukarıda yer verdiğimiz Komisyon raporunda bulunabilir. Öğretide Aybay, sadece anlaşmanın ismine bakarak yapılacak belirlemenin sınırlayıcı olduğunu söylemekte; ancak içeriğe bakıldığında, bu sefer de, yüzlerce hatta binlerce anlaşmada insan haklarıyla ilgili hükümler olabileceğini; bunun da, uygulama ve uygulayıcı açısından ayrı bir problem olacağını söylemektedir (Aybay, **Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri**, s.204). Burada üzerinde durduğumuz AİHS'in bu tarz bir anlaşma olduğunda ise, herhangi bir şüphe yoktur. (Mukayeseli hukukta üstünlük tanınan insan haklarına ilişkin anlaşmaların özel olarak belirtildiği örnekler için bkz.: **Ibid.**). Öğretide, Belgin de, Türkiye'nin taraf olduğu anlaşmalar arasında "temel hak ve özgürlüklere ilişkin olanlar ve olmayanlar" şeklinde bir ayrımın net ve gerçekçi olmadığını; özellikle "mülkiyetin" de bir temel hak sayıldığı düşünülürken, "temel hak ve özgürlükler" deyiminin kapsamının olağanüstü genişletilmiş olacağını; keza aynı durumun, sosyal ve ekonomik haklar bakımından da söz konusu olacağını; bu yüzden de, Türkiye Barolar Birliği'nin Kasım 2007'de kamuoyuna sunduğu anayasa önerisinde, "münhasıran insan haklarının korunması amacıyla bağitlanmış olma" koşulunun getirilerek, sınırın daha belirginleştirilmesinin önerildiğini belirtmektedir (Belgin, s.110). Ayrıca hemen belirtelim ki, buradaki "andlaşma"dan, devletler ve/veya uluslararası örgütler arasında imzalanan her türlü bağlayıcı uluslararası hukuk metnini (*antlaşma, andlaşma, anlaşma, sözleşme, akit, konvansiyon, protokol, Ortaklık Konseyi kararları* vs.) anlamak gerekir. Aynı doğrultuda bkz.: Rona Aybay, **Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri**, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:70, 2007, s.188. Ayrıca bkz.: Başlar, **Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine**, s.37, 38. Ancak yazar, örneğin karşılıklı bir anlaşma mahiyetinde olmayan "deklarasyon"ların ve İnsan Hakları Evrensel Beyanname (İHEB), Helsinki Nihai Senedi ve Paris Şartı gibi "soft law" belgelerinin, AY m.90/5, c.3 anlamında bir anlaşma sayılmaması gerektiğini söylemektedir (Ibid.). Ancak bu konuda aksi görüşler de vardır. Bizce, burada bu tarz anlaşmaların kanunlardan üstün olduğunu söyleyen 3. cümle hükmü, kendinden önceki cümleyle birlikte okunmalı ve yorumlanmalıdır. Bu anlamda 3. cümlenin kapsamına giren "andlaşmalar", 1. cümlenin kapsamına giren; yani usulüne göre yürürlüğe konulmuş ve kanun kuvvetini kazanmış anlaşmalardır. Uluslararası Hukuk anlamında bağlayıcı olmayan İHEB gibi belgelerin ise, elbette kendilerinden yararlanılmasına bir engel olmamakla birlikte, bu anlamda "kanun" hükmünde olan ve dolayısıyla da diğer Türk

şekilde kanunların üstündedir. Yani *kanun-bu tür bir anlaşma* çatışmasında, üstünlük anlaşma hükmüne verilecektir.

- Bunun dışındaki konulara ilişkin anlaşmaların yeri ise, kanunlarla aynı seviyededir (ve dolayısıyla Anayasa'nın da altındadır). Yani *kanun-bu tür bir anlaşma* çatışmasında, mesele, genel çatışma kurallarına göre çözülecektir. Böyle olunca, bu tür Anlaşmaların yeri, otomatik olarak Anayasa'dan alta sayılmalı ve *kanun-bu tür bir anlaşma* çatışması halinde de, Anayasa hükmüne üstünlük tanınmalıdır. Dolayısıyla yukarıdaki ve şimdiki iki yön itibarıyla, 2004 değişikliği, kendisine takaddüm eden tartışmaları bitirmiştir.
- Ancak üçüncü mesele olan insan haklarıyla ilgili anlaşmaların Anayasa karşısındaki konumu ise, halen daha tartışmalıdır. Dolayısıyla bu üçüncü ve son yön itibarıyla, 2004 değişikliği, kendisine takaddüm eden tartışmaları, bizce sona erdirememiştir.

Bu noktada, önce teorik olarak meseleye dair birkaç hususu belirtecek; ardından da, pratik olarak idari ve özellikle de adli mercilerin, muhtemel bir çatışmada nasıl hareket etmeleri gerektiğini ele alacağız.

*a. Anlaşma-Kanun Çatışması.* Yukarıdaki çıkarımlarımız bağlamında, 2004 düzenlemesi, bu noktadaki temel iki sorundan (*anlaşma-kanun* ve *anlaşma-Anayasa* çatışması) ilkinin, bizce net olarak çözmüştür. Yeni Anayasa hükmü, insan haklarıyla ilgili anlaşma hükümlerinin kendisiyle çatışan kanunlara göre esas alınacağını söyleyerek, bu tür anlaşmaları, kanunlardan üstte; geri kalan anlaşmaları da, kanunlarla aynı değerde konumlandırmıştır.<sup>82</sup> Bu anlamda, öğretilde öne sürülen, "meselenin, sadece insan haklarıyla ilgili anlaşmalar bakımından netliğe kavuşturulduğu; 'diğer' an-

---

kanunlarından üstün tutulacak anlaşmalardan olmadığı açıktır. Yine vurgulanması gereken bir başka husus da, buradaki "temel" hak ve özgürlüklerin, Anayasa'nın 12-74. maddeleri arasında düzenlenen "temel" hak ve hürriyetlerle sınırlı olmayıp; uluslararası hukukun geldiği nokta itibarıyla insan hakkı olarak telakki edilebilecek tüm hak ve özgürlükleri kapsamı gerektiğidir. Aynı doğrultuda bkz.: Mesut Gülmez, *Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri*, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 54, 2004, s.154. Nitekim değişikliğin gerekçesi de, "insan haklarına ilişkin milletlerarası..." kavramını kullanmak suretiyle, bu yorumu desteklemektedir. Aksi yönde (sadece Anayasa'da "temel hak ve özgürlük" olarak düzenlenen haklarla ilgili anlaşmaların, m.90/5, c.3 anlamında üstün tutulacak anlaşma olacağına ilişkin) görüş için bkz.: Şahbaz, s.209.

<sup>82</sup> Gerçi tam bu noktada, öğretilde Aybay, hükümdeki "esas alınır" ifadesinden maksadın tam olarak belli olmadığını ileri sürse de (zira yazara göre, madde gerekçesinde "öncelik verilir" denmesine rağmen, madde metninde "esas alınır" demek suretiyle, anayasa koyucu, "öncelik verilmesini" net olarak murat buyurmamış ve bunu Yüksek Mahkemelerin yorumuna bırakmıştır; Aybay, *Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri*, s.205-206, 208, 211); biz bu görüşe katılmamaktayız. Burada anayasa koyucunun maksadının, bir çatışma kuralı getirmek olduğu açıktır ve öğretilde de, neredeyse ittifakla böyle olduğu (çatışmanın hangi normun lehine çözümleneceği meselesinde görüş ayrılıkları olmakla birlikte) bilinmektedir.

laşmalar bakımındansa halen tartışmanın devam ettiği" yönündeki görüşe katılmak, bizce mümkün değildir.

Zira, kanun koyucu / tali kurucu iktidar, esaslı bir doktriner ve içtihadi tartışma geçmişine sahip bir meseleye ilişkin yaptığı düzenlemede, net olarak iki grup uluslararası anlaşmayı birbirinden ayırmış ve bunlardan sadece birisine kanunlardan üstünlük vermiştir. Az önce de vurguladığımız gibi, değişikliğin esaslı bir tartışma geçmişini müteakiben yapıldığını düşündüğümüzde, kurucu iradenin, net olarak *anlaşma-kanun çatışması* meselesini çözüme kavuşturmak istediği; bir grup anlaşma için üstünlük tanıdığı ve eğer isteseydi, böyle bir ayırım yapmadan tüm uluslararası anlaşmaları, yeni hükmün kapsamına rahatlıkla alabilecek olması karşısında, halen daha "diğer" uluslararası anlaşmalar bakımından meselenin açıklığa kavuşturulmadığını söylemenin bizce imkanı yoktur.

Elbette hukukta bir yorum yöntemi olarak "mefhum-u muhalif" kavramına, her olay için her zaman başvurmak mümkün değildir. Fakat önümüzdeki düzenleme, yapıldığı ortam ve tartışmalar (atmosfer) ışığında, bu yorum metoduna başvurulabilecek güzel bir örnektir. Üstelik öte yandan, Kılınç tarafından aktarıldığı üzere, 2004 değişikliği sürecinde, tüm uluslararası anlaşmaların kanunlardan üstün tutulması şeklindeki başlangıçta ortaya çıkan eğilimden, gelen tepkiler üzerine vazgeçilip, sadece temel hak ve özgürlüklerle ilgili olanların düzenleme kapsamına alınmış olması da,<sup>83</sup> kanun koyucunun iradesinin yukarıda belirttiğimiz doğrultuda olduğunu net olarak ortaya koymaktadır. *O halde, netice olarak, bundan sonra yerel veya yüksek mahkemeler ile idari makamlar, somut bir olaya uygulanacak kanun hükmünün, Türkiye'nin taraf olduğu insan haklarına dair uluslararası bir anlaşma (hükmü) ile çatışması halinde, kanunu değil söz konusu uluslararası anlaşma hükmünü (ve dolayısıyla AİHS'i) uygulayacak; bunların dışındaki bir uluslararası anlaşma ile çatışması halinde ise,*<sup>84</sup> *sorunu iki kanun arasındaki çatışma kurallarına göre (sonraki kanun-önceki kanun/özel hüküm-genel hüküm) çözecektir.*<sup>85</sup> (Bunun, uluslararası hukuk bakımından mesuliyeti getirecek olması ise, daha önceden de belirttiğimiz gibi, ayrı bir meseledir.) Bu anlamda asıl konumuz olan AİHS'in de temel hak ve özgürlüklere dair bir uluslararası anlaşma olduğunda şüphe bulunmadığına göre, AİHS de, böylece kanunların üstünde konumlandırılmış olmaktadır.

*b. Anlaşma-Anayasa Çatışması.* Yeni düzenleme ile, yukarıda belirttiğimiz gibi, *anlaşma (ve dolayısıyla AİHS)-kanun ilişkisi ve çatışması netliğe kavuşturulmakla birlik-*

<sup>83</sup> Kılınç, s. 331.

<sup>84</sup> Dolayısıyla usul yargı ve idare makamları, bir olayda uygulanacak kanun hükmünün Türkiye'nin taraf olduğu bir uluslararası anlaşma ile çatışıp çatışmadığını da incelemek durumundadırlar.

<sup>85</sup> Bunun, uluslararası hukuk bakımından sorumluluğu getirecek olması ise, daha önceden de belirttiğimiz gibi, ayrı bir husustur.

te; insan haklarına ilişkin anlaşmaların Anayasa karşısındaki konumu ve muhtemel bir çatışmada nasıl hareket edileceği, bizce netleşmemiştir (yani 2004 düzenlemesi, bu konuya kesin biçimde temas etmemektedir). Diğer bir deyişle, 2004 düzenlemesinin, *insan haklarıyla ilgili olmayan anlaşmaları*, yukarıda kabul ettiğimiz yaklaşım bağlamında, kanunlarla eşdeğerde tutması karşısında, bunların Anayasa'dan altta olacakları ve olası bir çatışma halinde Anayasa hükümlerinin uygulanacağı rahatlıkla söylenebilir. Bu anlamda 2004 düzenlemesi, *anlaşma-Anayasa çatışmasının bu boyutunu* da, zımnen açıklığa kavuşturmuştur. Böylece *insan haklarıyla ilgili olmayan anlaşmalar* bakımından, durum (hem kanunlar hem de Anayasa ile ilişki noktasında), bizce nettir.<sup>86</sup> Fakat aynı şeyi, *insan haklarıyla ilgili anlaşmalar* için (en azından bu kadar net bir kesinlikte) söylemek, mümkün değildir. Bu konuda 2004 değişikliğinden önceki tartışmalar, geçerliliğini koruyacaktır.

Öncelikle, bizi bir ölçüde sonuca götürecek *mefhum-u muhalif* yorum yöntemine – yukarıdaki meselenin aksine – burada başvurulabileceği şüphelidir. Evet, yeni düzenlemenin, anlaşmalar arasında ikili bir ayırım yaparak, bunlardan birini kanunlardan üstün tutması karşısında, bunun karşıt anlamından, "diğer" anlaşmaların bu üstünlükten yararlanamayacakları sonucu, yukarıda yaptığımız gibi, rahatlıkla çıkarılabilir. Buradaki basit tez, "kanun koyucu isteseydi, hiç böyle bir ayırım yapmadan, tüm uluslararası anlaşmaları, hükmün kapsamına alabilirdi" tezidir; ve bu basit tezi de destekleyecek iki husus vardır: Biri, değişikliğin amacının öğreti ve içtihadtaki birtakım tartışmaları sonlandırmak olması, yani değişikliğin bu "arkaplan" ile yapılması; diğeri de, değişiklik sürecindeki tüm anlaşmaların kapsama alınması önerilerine karşın, bundan vazgeçilmesidir. Biz de, yukarıda, bunlardan destek alarak; kanun koyucunun iradesinin, net biçimde, "diğer" uluslararası anlaşmaları, bu ayrıcalıktan *yararlandırmamak* olduğunu ileri sürmüştük.

Ancak aynı şeyleri, kanun koyucunun, *insan haklarıyla ilgili anlaşma-Anayasa ilişkisi ve çatışması* bağlamındaki iradesi için de söylemek, ne derece makuldür? Diğer bir ifadeyle, "düzenleme ile, insan haklarına dair anlaşmaların kanunlardan üstün ol-

<sup>86</sup> Üstelik bu, bizce, artık anlaşmalara tanınan yargı muafiyetinden üstünlük çıkarmayı da imkansız hale getirmiştir. Yukarıda 2004 öncesi döneme dair değerlendirmelerde bulunurken; bazı yazarların, uluslararası anlaşmaların yargı denetimine tabi olmamasından hareketle, demek ki, Anayasa'nın, bunların, her türlü (kendisine aykırı olsa da) uygulanmasını istediği ve bunun da bir nevi zımnî veya dolaylı üstünlük olarak yorumlanabileceği sonucunu çıkarmalarına yer vermiş; bunun, katılmamakla birlikte, bir ölçüde savunulabilir bir düşünce olduğunu da belirtmiştik. Ancak 2004 değişikliği ile, bu görüşün dayanağı da, bizce ortadan kalkmış; değişiklik, bu açıdan tartışmayı sonlandırmıştır. Zira, düzenleme ile, insan haklarına ilişkin anlaşmaların kanunlardan üstün olduğu açıkça söylenmek suretiyle bir çatışma kuralı getirildiğine göre, demek ki, Anayasa, bu kural olmadan, salt yargı muafiyetinden hareketle çatışmanın çözülebileceğini düşünmemekte; yani tek başına yargı muafiyetinin, çatışmayı, anlaşmalara üstünlük tanımak suretiyle çözmeye yetmeyeceğini düşünmektedir ki, buna yönelik açık bir çatışma hükmü getirmiştir.

duğu söylendiğine göre, demek ki kanun koyucu, *sadece* bu tür anlaşmaların ve *sadece* kanunlardan üstün olduğunu söylemek istemiştir; yoksa, nasıl ki, isteseydi, sadece insan haklarıyla ilgili olanların değil, tüm anlaşmaların kanunlardan üstün olduğunu söyleyebilirdi, aynı şekilde isteseydi, kapsama aldığı insan haklarıyla ilgili anlaşmaların sadece kanunlardan değil, Anayasa'dan da üstün olduğunu pekala söyleyebilirdi" şeklinde bir mantık yürütme, burada ne kadar makul olacaktır? Bizce, bunlardan ilki ("isteseydi, tüm anlaşmaları, kanunlardan üstün tutardı"), makul bir yaklaşımdır; fakat ikincisini ("isteseydi, insan haklarıyla ilgili anlaşmaları, sadece kanunlardan değil, Anayasa'dan da üstte tutardı, demek ki değiller") ileri sürmek, makul değildir. Zira bu şekilde bir mefhum-u muhalif yöntemini kullanabilmek için, *kanun-anlaşma çatışması* için var olan destekleyici veri ve gelişmeler, *Anayasa-insan haklarıyla ilgili anlaşma çatışması* bakımından mevcut değildir.<sup>87</sup> Bu itibarla, bu konuda 2004'ten önce var olan (yukarıda yer verdiğimiz) tartışmalar, bilhassa da Anayasa'nın 2, 15, 16, 40 ve 42. maddeleri bağlamında, bizce geçerliliğini korumaktadır.<sup>88</sup>

<sup>87</sup> Örneğin, ilkinde olduğu gibi, değişiklik sürecinde, bu tür anlaşmaların Anayasa'dan da üstün olması şeklindeki bir görüşün ortaya atılıp reddedildiğine ilişkin bir bilgiye sahip değiliz. Üstelik her şeyden öte, bir ülkenin hukuk sisteminin en üstün normu olma durumu temel karakteristiği olan Anayasa gibi bir metnin, bir uluslararası anlaşmanın kendisinden üstün olduğunu belirtmesi ve olası bir çatışma halinde kendi kurallarının göz ardı edilebileceğini açıkça söylemesi de, mutad bir durum değildir. Dolayısıyla bu konuya açıkça temas etmemesinden, bu konuda olumsuz bir yaklaşım benimsediği sonucunu (şüpheye yer bırakmayacak şekilde) çıkarmak mümkün değildir.

<sup>88</sup> Mesela tam bu noktada bir argüman olarak; Gülmez'e göre, hükmün sözel-lafzi yorumu, yalnızca "insan haklarına ilişkin anlaşmalarla kanunlar arasındaki" çatışmada, anlaşmalara üstünlük tanıdığı sonucunu veriyor gibi gözükse de; Anayasa'nın özellikle 2. ve 14. maddeleri karşısında (Anayasa'nın bütünü de dikkate alındığında), özel olarak *uluslararası anlaşmaların kanunlara üstünlüğünün* değil, bir bütün olarak *uluslararası hukukun ulusal hukuka üstünlüğünün* benimsendiği sonucuna ulaşmak mümkündür. Hatta yazara göre, Anayasa'nın 15, 16, 42/son, c.3 ve 92/1 hükümleri, uluslararası hukuku, doğrudan bir ölçü, bir blok olarak ortaya koymuştur. Bu sebeple, bu konulardaki (anlaşma vs.) uluslararası hukuk kuralları, bu konuda herhangi özel bir anlaşmanın onaylanıp yürürlüğe girmesine gerek olmaksızın, bizzat anayasal hüküm olarak Türk Hukukunda (doğrudan uygulanabilir mahiyetteyse) uygulanır (Gülmez, s.55). Benzer şekilde Eren de, özellikle Anayasa'nın 15 ve 16. maddelerine aykırı iç hukuk düzenlemelerinin, Anayasa'ya aykırı olacağını; yani bu konulardaki uluslararası anlaşmaların da, anayasallık bloğuna dahil edildiğini söylemektedir (Eren, s.57). Aynı doğrultuda bkz.: Hasan Tunç, *Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye ile İlgili Örnek Karar İncelemesi*, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:17, 2000, 177. Ancak buna karşılık, Güran'ın, yukarıda kısmen yer verdiğimiz "üstünlük, mutlak surette Anayasa'dadır" görüşünü de, bir karşı tez olarak hatırlatmak gerekir. Güran, ülkenin en üstün hukuk normunun Anayasa olduğunu; tüm devlet organlarının yetkilerini ondan aldığını; Anayasa'ya uygunluğun, bunların yaptığı her türlü işlemin 'sağlık koşulu' olduğunu; dolayısıyla duruma göre, yürütmenin tek başına veya yasamayla birlikte yaptığı uluslararası anlaşmaların da, Anayasa'ya aykırı ise, sonuçta geçersiz olacağını; anayasasına, devletin 'teşkilat-ı esasiyesi'ni, değiştirme ve başkalaştırma derecesinde aykırılık taşıyan bir uluslararası anlaşmanın iç hukukta uygulanabileceğinin nasıl düşünülebileceğini; bu anlamda egemenliğin devri niteliğinde olan uluslararası anlaşmaların, ancak Anayasa'nın kabul ettiği ve çizdiği sınıra kadar hukuksal geçerlilik ve etki taşıyabileceğini söylemektedir (Güran, s.57, 58). Biz, Güran'ın bu görüşüne değinmeden; yukarıda öne sürdüğümüz başka açılardan, Gülmez'in ortaya koyduğu bu yaklaşıma temkinli yaklaşmaktayız. Bizce, 2004'teki değişiklikten önce, bu görüşü savunmak mümkün olabilirdi. Nitekim, yukarıda 2004 öncesi durumun anlatıldığı kısma dair yaptı-

*Pratik Olarak Nasıl Olarak Hareket Edilebilir?*

Bu noktada, uluslararası hukukun ve özel olarak da anlaşmaların hiyerarşik yeri bağlamında herhangi bir üstlük-altlık tartışmasına girmeden, genel kurallar çerçevesinde, anlaşmalar da, neticede "kanun" hükmünde olduklarından, *kanun-anayasa* çatışmasını nasıl çözeceğimize ilişkin ilkeler, bize, *anlaşma-anayasa* çatışmasında da yol gösterebilir.<sup>89</sup> Bir kanun hükmüyle-anayasa hükmü çatıştığında;

- Eğer *kanun* hükmü *önceki-anayasa* hükmü *sonraki tarihlirse*; bizce sonraki tarihli anayasa hükmünün, önceki tarihli kanun hükmünü (zımnen) ilga ettiğini kabul etmek mümkündür.<sup>90</sup> Bunu önceki *tarihli insan haklarıyla ilgili*

ğımız değerlendirmede, 2004 değişikliğinden önceki durum itibarıyla, Anayasa'nın insan haklarına atıf yapan malum hükümlerinden ilham alarak, anlaşmaları, insan haklarına ilişkin olanlar ve olmayanlar şeklinde ikiye ayırmak gerektiğini ve insan haklarına ilişkin olmayanları, kanunlarla eş; insan haklarına ilişkin olanları ise, kanunlardan ve hatta Anayasa'dan üstün tutmak ve bir çatışma halinde anlaşmayı uygulamak gerektiğini söylemiştik. 2004 öncesi duruma dair ortaya koyduğumuz bu görüşün mantığı, işte tam da, Gülmez'in buradaki mantığıydı. Ne var ki, 2004 değişikliği ile, açıkça "insan haklarına ilişkin" kavramı, 90. maddeye girdiğine ve böylece insan haklarına ilişkin olmayan anlaşmaların kanunlardan bile (bizce) üstün tutulmak istenmediği yönündeki irade açıkça ortaya konduğuna göre, Anayasa'nın, genel olarak uluslararası hukukun ulusal hukuka üstünlük yaklaşımını benimsediğini söylemenin (en azından artık) kolay olmadığını düşünmekteyiz. Belirttiğimiz gibi, 2004'ten önce olsaydı, Gülmez'in atıf yaptığı Anayasa hükümlerini nazara verip, bunlardan, Anayasa'nın, genel olarak uluslararası hukuku ulusal hukuka üstün tuttuğu şeklinde bir sonuca ulaşabilirdik; ki nitekim, en azından böyle toptancı (tüm uluslararası hukuku tüm ulusal hukuka üstün kılmaya) şekilde olmasa da, insan haklarına ilişkin anlaşmaların (yani insan haklarına ilişkin uluslararası hukukun) ayrı bir yere konulmasını gerektiğini söylemiş; hatta bu yaklaşımın, 2004 değişikliğinden sonra bile devam ettirilebileceğini ileri sürmüştük. İfade ettiğimiz gibi, 2004'ten sonrası için de, özellikle tali kurucu iktidarın "insan haklarıyla ilgili anlaşma" kavramına atıf yapması karşısında, yine tüm uluslararası hukukun tüm ulusal hukuka üstün olduğu şeklinde olmasa da; en azından insan haklarına ilişkin uluslararası hukukun ulusal hukuka üstün tutulması yönünde bir tutumun savunulabilmesinin mümkün olduğunu düşünmekteyiz..

<sup>89</sup> *Anlaşma-anayasa çatışmasında* yol gösterebilir diyoruz; zira, yukarıda savunduğumuz görüşe göre, bizce, 2004 düzenlemesinden sonra, artık *anlaşma-yasa* çatışması bakımından herhangi bir tartışma kalmamıştır (tekrar etmek gerekirse, anlaşma insan haklarıyla ilgiliyse anlaşma uygulanır; değilse, genel çatışma kurallarına göre çözüm bulunur görüşünü savunmaktayız).

<sup>90</sup> Burada "ihmal" değil; "ilga" söz konusudur. Türk anayasal sisteminde, genel kanaat uyarınca, kanunların (kendilerinden önceki tarihli) Anayasa hükümlerine aykırı oldukları gerekçesiyle "ihmal" edilmeleri, mümkün değildir. Ne var ki, bir kanun hükmünün kendisinden önceki bir kanun hükmünü zımnen ilga etmesi nasıl mümkünse; bir anayasa hükmünün de kendisinden önceki bir kanun hükmünü zımnen ilga etmiş olacağını söylemek, o kadar mümkün olsa gerektir. Her ne kadar "zımnen ilga" kurumunun, aynı düzey ve değerdeki normlar arasında geçerli olabileceği; Anayasa'nın 11. maddesi uyarınca Anayasa'nın kanunlardan üstün olduğu; o halde anayasa ile kanun arasında böyle bir sonraki-önceki hüküm ilişkisinin kurulamayacağı söylenebilirse de; bizce bu, Anayasa'nın en üstün olduğunu söylemek için (yani bir anlamda Anayasa'nın lehine) getirilmiş bir düzenlemeden Anayasa'ya aykırı bir sonuç çıkarmak olur. Eşit hiyerarşik düzeydeki iki kanun hükmü arasında bu ilişki kurulabiliyor ve buna bağlı olarak "zımnen" ilga kurumu işletilebiliyorsa, Anayasa-kanun için bu ilişkiyi kurmanın, böylece "zımnen ilga" kurumunu işletmemenin ve böylece AYM tarafından iptal edilmediği yahut TBMM tarafından kaldırılmadığı müddetçe kanun hükmünün uygulanmasına izin vermenin, hem de bunu Anayasa'nın lehine getirilmiş bir düzenlemeden hareketle yapmanın, doğru olmadığı kanaatindeyiz.

*anlaşma-sonraki tarihli anayasa* çatışmasına uygularsak, ilk akla gelecek olan şey, sonraki tarihli anayasa hükmünün, önceki tarihli anlaşma hükmünü zımnen ilga ettiği ve *böylece anayasanın uygulanacak* olmasıdır.<sup>91</sup> Bu, genel çatışma kurallarının bize gösterdiği yoldur. Ancak tam burada, yukarıda da belirttiğimiz, uluslararası hukukun niteliği, bir uluslararası anlaşmanın bir iç hukuk normu ile ilga edilmesinin mümkün olmaması ve her ne olursa olsun, anlaşmayı uygulamamanın "bahanesinin" olmaması ve bunun sonuçlarına hazırlıklı olunması gerektiği gibi – tamamen haksız sayılmayacak – tezleri göz ardı etmemek gerekir. Bu konuda, yeterince tartışmayı, yukarıda yaptığımızı düşünüyoruz.

- Eğer *kanun sonraki-anayasa önceki tarihlirse*; sonraki tarihli olsa da alt norm olan kanunun, önceki tarihli olsa da üst norm olan anayasayı ilga etmesi, elbette mümkün değildir. Burada akla "ilga"dan başka olarak "ihmal" müessesesi gelebilir. Ancak, tartışmalı olmakla birlikte, ekseriyetle kabul edilen görüşe göre, *Türk hukukunda* anayasaya aykırılık dolayısıyla "ihmal" müessesesi kabul edilmediğinden, burada, itiraz yolunun işletilip anayasa-ya aykırı görülen kanun hükmünün Anayasa Mahkemesine gönderilerek sistemden ayıklanmasının sağlanması düşünülebilir. Bu sonucu, yukarıda yaptığımız gibi, *sonraki (insan haklarıyla ilgili) anlaşma-önceki anayasa* çatışmasına uygularsak, ilk akla gelecek olan şey, sonraki tarihli olsa da, alttaki norm olan anlaşmanın üstteki norm olan anayasayı ilga etmesinin mümkün olmadığıdır.<sup>92</sup> Peki burada ilga değil, fakat "ihmal" müessesesini işletmek düşünülebilir mi; yani anayasaya aykırı olduğu düşünülen anlaşma hükmü ihmal edilerek, doğrudan anayasanın uygulanması önerilebilir mi? Kanunlar için, anayasa yargısı sistemimizin niteliği (m.152) gereği bunu yapamayacağımızı ve 152. maddenin işletilmesi gerektiğini söylemiştik. Ancak, uluslararası anlaşmaların ne m.152 ne de başka bir yolla anayasaya aykırılığını ileri sürmenin mümkün olmadığını düşündüğümüzde, bizce, burada "ihmal" müessesesinin işletilmesinde anayasal-sistemik bir engel yoktur. Böyle bir durumda, *anlaşma* hükmünün "ihmal" edilerek doğrudan anayasa hükmünün uygulanması düşünülebilir.<sup>93</sup> Ancak, bunu kabul etti-

<sup>91</sup> Burada bizce, anlaşmanın anayasaya aykırılığının iddia edilemiyor olmasının bir önemi yoktur. Anlaşmanın anayasaya aykırılığının iddia edilememesi, anayasaya aykırı diye anlaşmanın iptal edilmesini engeller; yoksa, genel çatışma kurallarına göre, anayasanın anlaşmayı zımnen ilga etmesini değil. Nitekim önceki tarihli bir kanun, kendisine aykırı sonraki tarihli bir kanuna dayanılarak elbette iptal edilemez; fakat pekala zımnen ilga edilmiş olduğu kabul edilebilir.

<sup>92</sup> İşte tam bu noktada, bazı yazarlar, uluslararası hukukun genel olarak iç hukuka üstünlüğünden hareketle, anlaşmanın, böyle bir durumda anayasa hükmünü zımnen ilga etmiş olacağını ileri sürmektedirler (Selçuk, s.220).

<sup>93</sup> Biraz açmak gerekirse; normalde, anayasaya aykırı sonraki tarihli kanunların ihmal edilmesinin mümkün olmadığını; çünkü burada Anayasa'nın özel bir mekanizma (m.152) getirdiğini söyledik. Oysa, uluslararası anlaşmalar bakımından böyle bir mekanizma yoktur; bilakis, denetim yasağı vardır. Böyle olunca, uluslararası anlaşmaların ihmal edilmesinde, bizce, sistemsel bir engel yoktur. Ancak tabii ki,



ğimizde, yukarıdaki ihtimalde nazara verdiğimiz başta uluslararası sorumluluk üzere tüm handikapların, burada da karşımıza çıkacağını yine hatırlatmak gerekir.

*Anlaşma-Kanun Dışı Normlar Çatışması.* Burada bu bahsi bitirmeden, uluslararası anlaşmalar ile kanun dışındaki normlar olan KHK'lar ile diğer yürütme işlemleri arasındaki çatışmaya dair birkaç şey söylemek gerekirse; yukarıda kanun için söylediğimiz her şeyin, kurallar hiyerarşisinde kanunlarla aynı düzeyde olan KHK'lar için de geçerli olduğunda;<sup>94</sup> kanunlardan (ve dolayısıyla anlaşmalardan) daha altta yer alan tüzükler ve yönetmelikler başta olmak üzere diğer yürütme işlemleri bakımından ise, insan haklarıyla ilgili olsun olmasın, her türlü uluslararası anlaşmanın bunlara üstün tutulması gerektiğinde, elbette şüphe yoktur.<sup>95</sup>

#### **B.2.4. Değerlendirme ve Öneriler**

İncelememizi bitirmeden, yukarıda kanaatimize göre açıkladığımız 2004 değişikliği sonrası oluşan anayasal yapının isabetli olup olmadığı ve ortaya çıkarılabileceğini birtakım sorunlar hakkında değerlendirme yapmak faydalı olacaktır.

Yukarıdaki tartışmaları tekrarlamadan diyebiliriz ki, herhangi bir (*Anayasa-anlaşma* veya *kanun-anlaşma* arası) çatışmada, hangi konuya ilişkin olursa olsun, anlaşmaya değil de iç hukuka (kanun veya Anayasa'ya) üstünlük/öncelik verilen her

---

uluslararası hukukun üstünlüğü, bunun getireceği handikaplar vs. noktalardan, ihmal önerisine karşı çıkılabileceğini de yine dikkatlere sunduk.

<sup>94</sup> Ancak öğretilerde, buradaki "kanun" deyiminden, teknik anlamda (yani TBMM'nin "kanun yapmak" görevindeki) kanunu anlamak gerektiği; bu anlamda, bunun KHK'ları kapsamadığı ve m.90/5, c.3 anlamındaki bir çatışmada KHK'ların uygulanmayacağını söylemenin güç olduğu yorumu da yapılmıştır (Ali Karagülmez, *5170 Sayılı Yasa'yla Anayasa'nın 90. Maddesinde Yapılan Değişikliğe Bir Bakış*, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:54, 2004, s.170, 171). Ancak, hem hükmün getiriliş amacını (çatışma halinde, iç hukuk karşısında anlaşmaya üstünlük tanımak), hem de böyle bir yorumun KHK'ları bir nevi kanunlardan üstün konuma taşımak sonucuna getireceğini düşündüğümüzde, biz, bu görüşe katılmamaktayız.

<sup>95</sup> Aynı doğrultuda bkz.: Başlar, *Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine*, s.48; Gülmez, s.155. Hatta Başlar, buradaki "kanun" kavramı içine, hukuki niteliği itibarıyla "kanun" olduğu şüphesiz olan Anayasa'nın da sokulabileceğini; yani 90/5, c.3 hükmünün anlaşma-kanun çatışmasına dair söylediği şeylerin, *anlaşma-Anayasa* çatışmasını da kapsadığını ileri sürmektedir. Zira, yazara göre, teknik olarak, "Anayasa da bir "kanun"dur (bilindiği gibi, anayasa değişiklikleri, kanunla yapılır). Eğer 2004 değişikliği olmasaydı, biz de, uluslararası hukukun üstünlüğü adına bir miktar aktivist davranma arzumuzda bir nevi "gerekçe" bulur ve "kanun" kavramının, "anayasa" kavramını da kapsadığını söyleyebilirdik. Fakat 2004 değişikliğinden sonra, bunun mümkün olmadığını söylemek, bizzat daha makuldür. Zira, her şeyden önce, değişiklik sürecine, komisyon görüşmelerine ve değişikliğin gerekçesine bakıldığında, değişikliği yapan tali kurucu iktidarın buradaki "kanun" kavramından maksadının, bildiğimiz anlamda, Anayasa'yı dışlayacak şekilde "kanun" olduğu; diğer bir deyişle, burada, sadece kanunlarla anlaşmalar (o da, sadece temel haklarla ilgili olanlar) arasındaki çatışmaların çözülmek istendiği anlaşılmaktadır (zaten bizim buradaki ana tezimiz de budur).

türlü yaklaşım ve çözümün, yukarıda da belirttiğimiz gibi, Türkiye'nin uluslararası hukuk anlamında sorumluluğunu doğurmaya "elverişli" olacağını unutmamak gerekir. Zira uluslararası hukukta, bir devletin – imza aşamasında koyduğu çekince ve istisnalar dışında<sup>96</sup> – iç hukukunu (Anayasası dahi olsa) gerekçe göstererek anlaşma kapsamındaki bir yükümlülüğünü yerine getirmemesi, kabul edilebilir bir durum değildir. Nitekim bu kural, genel manada *Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin* 27. ve özel olarak da AİHS'in 1 ve 46. maddelerinde net biçimde ortaya konmuştur.<sup>97</sup> Örneğin, bir siyasi partinin AİHS'e aykırı olarak kapatılması, bir kimsenin AİHS'e aykırı şekilde özgürlüğünden alıkonulması; yahut bir kimsenin iletişiminin AİHS'in ihlali suretinde dinlenilmesi, bunlar, Anayasa veya kanun hükümlerine uygun olsa bile, Sözleşmenin ihlali sayılacak ve Türkiye hakkında ihlal kararı verilmesine yol açacaktır. Hatta AİHS gibi insan haklarıyla ilgili olmayan bir anlaşmaya aykırılık halinde dahi, Türkiye'nin bu aykırılığın uluslararası hukuk bağlamındaki muhtemel sonuçlarından (tazminat, prestij kaybı vs.) kurtulması, kural olarak elbette mümkün olmayacaktır.<sup>98</sup>

Bu itibarla, 2004 düzenlemesinin, *anlaşma-kanun çatışması noktasında*, belirttiğimiz gibi bir ayırım yaparak insan haklarıyla ilgili anlaşmaları kanunlardan üstte; diğer anlaşmaları kanunlarla eşdeğerde tutmasının *isabetli olmadığını* düşünmekteyiz. Zira hemen yukarıda da belirttiğimiz gibi, uluslararası hukuk bakımından, bir ülke-

<sup>96</sup> Ki o bile, bilindiği gibi, her zaman tam anlamıyla sorumluluktan kurtarmayabilmektedir.

<sup>97</sup> Öğretide Eren, bu noktada, AİHM'in 1. maddeye ilişkin yorumunu nazara vermektedir. Mahkeme, 1978'te verdiği İrlanda-Birleşik Krallık kararında (No:27, 18.1.1978, para.239), "Sözleşmenin 1. maddesinde, 'güvence altına almayı üstlenirler' ifadesi yerine, 'güvence altına alırlar/tanırlar' ifadesi bulunduğundan, taraf devletlerin, Sözleşmedeki hakları kendi egemenlik alanları içindeki herkes için güvenceye alacakları ortaya konmuştur. Sözleşmeyi hazırlayanların bu niyeti, özellikle Sözleşmenin iç hukukta içselleştirildiği ülkelerde tam olarak yansısını bulur" demiştir (Eren, s.52). Keza yazar, Mahkeme'nin 13. maddeye ilişkin yorumuna da dikkat çekmektedir (*Ibid.*). Mahkeme'ye göre; "13. madde, Sözleşmedeki hak ve özgürlükler, *iç hukuk düzeninde hangi biçimde sağlanmış olursa olsun*, Sözleşmedeki hak ve özgürlüklerin özünün uygulanmasını sağlamak için, ulusal düzeyde bir hukuk yolunun kullanılabilirliğini güvence altına almaktadır." (*Aksoy-Türkiye* kararı, 18.12.1978, No: 708, psra.95). Aynı doğrultuda bkz.: Çelik, s.52. Yazara göre, 13. madde, kişiye ulusal bir mercie başvurma hakkını tanıdığına göre, ulusal mercilerin ve özellikle de yargı organlarının bu başvuru üzerine karar verebilmeleri, Sözleşme, iç hukuk düzenlerinde uygulanabiliyorsa mümkündür. (Vurgular, tarafımızdan eklenmiştir.)

<sup>98</sup> Bu sebeple öğretide, her ne kadar hükümde "uyuşmazlık" denmek suretiyle, sanki yargı organları önünde cereyan eden somut bir uyuşmazlığın varlığı aranıyor gibi gözükse de, bu hükmün ve getirdiği üstünlüğün, yasama ve yürütme organlarını da bağladığı ve insan haklarıyla ilgili anlaşmalara aykırı bir yasa veya idari işlem yapamayacakları, bizce de isabetli olarak, savunulmaktadır (Gülmez, s.157, 158). Buna karşılık, "uyuşmazlık" ifadesinden hareketle, üstünlük hükmünün sadece adli mercileri bağladığı; idari mercilere hitap etmediği; onların, meseleyi, genel kurallara göre çözmeleri gerektiği yönünde görüş için bkz.: Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Ekin, 17. Baskı, 2014, s.281.

nin, iç hukukunu "bahane ederek", ister insan haklarıyla ilgili olsun ister olmasın, bir uluslararası anlaşmadan doğan yükümlülüklerini uygulamaktan imtina edemeyeceği ve ettiği takdirde bunun sorumluluğunu üstleneceğini açıklar. Oysa gelen düzenleme ile, *insan haklarıyla ilgili olan anlaşmalar bakımından* böyle bir risk, bizzat Anayasa eliyle ortadan kaldırılmışken; *diğer anlaşmalar bakımından* böyle bir risk, bizzat Anayasa eliyle yaratılmıştır. Böyle bir durumda, ulusal idare ve yargı organları, çatışma uygun yorumu mümkün kılmayacak şekilde açıksa, genel çatışma kurallarını uygulamakla ve bu bağlamda örneğin, sonraki özel nitelikli bir kanun hükmüyle önceki bir anlaşma hükmünün zımnen ilga edildiğini kabul etmekle yükümlü olacak; işte bu da, yukarıda belirttiğimiz gibi sorumluluğu davet etmekten başka bir şey olmayacaktır.<sup>99</sup> Bu şekilde göz göre göre sorumluluğa kapı aralamamak adına, başta AB üyesi Devletler olmak üzere, Avrupa Konseyi üyesi Devletlerin büyük bir çoğunluğu, tüm uluslararası anlaşmaların (ve tabii ki AİHS'in) kanunlardan (ve hatta bazı devletler, Anayasa'dan bile) üstün olduğunu söyleyen anayasal düzenlemelere sahiptir.<sup>100</sup> Bu noktada *Türk hukukunda* da, 2004 değişikliğinin bir adım ötesine geçilerek, uluslararası hukuka genel olarak üstünlük tanınması düşünülebilir.

Ancak tam bu noktada, bunu yaparken, mutlaka uluslararası anlaşmaların onaylanması ve yürürlüğe girmesine ilişkin sistemi de revize etmek gerekmektedir. Zira bilindiği gibi, bazı uluslararası anlaşmalar, TBMM tarafından onaylanması uygun bulunmadan onaylanabilmektedir.<sup>101</sup> TBMM devreden çıkartılarak tamamen

<sup>99</sup> Nitekim 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliği paketinde, 90. maddeyle, *kanunlar ile uluslararası anlaşmaların çatışması halinde, anlaşmaların esas alınacağına* ilişkin bir hükmün eklenmesi de mevcuttu. Ancak paketin bu maddesi, TBMM'de yapılan oylamada yeterli çoğunluğu alamayarak reddedilmiş oldu. Bunda, tüm uluslararası anlaşmaların kanunlardan üstün sayılması konusunda, kamuoyunda oluşan olumsuz havanın etkili olduğunu söylenmektedir (Başlar, **Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine**, s.21, 22). Yazar, 2004 değişikliğinin önerilmesi sürecinde de, ilk teklifin, 2001'de olduğu gibi, tüm uluslararası anlaşmaların kanunlardan üstün tutulması yönünde olduğunu; ancak yine gelen tepkiler üzerine, bundan vazgeçilip, sadece insan haklarıyla ilgili olanların üstün tutulmasına dönüştürüldüğünü belirtmektedir (*Ibid.* s.22). Tepkiler konusunda bkz.: *Ibid.* 55 numaralı dipnot). Sadece hak ve özgürlüklerle ilgili anlaşmalara üstünlük tanıyan bu düzenleme, Başlar'ın da isabetle belirttiği gibi, değişikliğin genel gerekçesinde yer alan AB'ye uyumun sağlanması amacını da tam olarak karşılamaktan uzaktır. Zira, AB normlarının sadece bir kısmı, temel hak ve özgürlüklere ilişkindir ve örneğin AB ile olan ortaklığın temel metinleri olan Ankara Antlaşması ile Ortaklık Konseyi kararları, hak ve özgürlük hükümleri taşımakla birlikte, geneli itibarıyla böyle değildir (*Ibid.*). Aynı doğrultuda bkz.: Levent Gönenç, **1982 Anayasası'nda Sessiz Devrim: 90. Madde Değişikliği ve Getirdiği Sorunlar**, [http://www.yasayananayasa.ankara.edu.tr/belgeler/analizler/90\\_madde.pdf](http://www.yasayananayasa.ankara.edu.tr/belgeler/analizler/90_madde.pdf), Erişim Tarihi: 23.12.2014, s.1.

<sup>100</sup> Örnekler için bkz.: Başlar, **Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine**, s.24-29.

<sup>101</sup> Hatta öğretide Başlar'ın belirttiğine göre, uygulamada, neredeyse birçok anlaşma, TBMM'ye sunulmadan Bakanlar Kurulu onayıyla yürürlüğe girmekte olup; bu anlamda, istisna olması gereken durum, asıl kural olan duruma dönüştürülmüş durumdadır (*Ibid.* s.30). Türk Hukukunda uluslararası anlaşmaların

yürütmenin inisiyatifıyla onaylanan ve yürürlüğe giren bir uluslararası anlaşmaya, kanunlar karşısında üstünlük tanınmasını (yani bir anlamda kanunları zımnen ilga etme yetkisi vermesini), herhalde başta yasama yetkisinin devredilmezliği olmak üzere birçok temel anayasal ilkeyle telif etmenin imkanı yoktur. O yüzden böyle genel bir üstünlük getirilecekse, TBMM'nin buradaki denetiminin tam olması gerektiği<sup>102</sup> veya TBMM'nin denetimi ve iradesinden geçen anlaşmaların bu üstünlükten yararlanabileceği söylenebilir.<sup>103</sup>

2004 düzenlemesinin, *anlaşma-Anayasa çatışması noktasında* ise, sessiz kalarak (hatırlanacağı üzere biz bu görüşteydik), isabetli davrandığını söyleyebiliriz. Bu konuda kabul ettiğimiz (ve yukarıda da izah ettiğimiz) görüşe göre, 2004 değişikliği sonrası ilgili Anayasa hükmü, bu konuda açık bir tercihte bulunmamış ve meseleyi, teoride öğretiyeye ve asıl olarak pratikte de yargı organlarına havale etmiştir. Mukayeseli hukukta bunu açıkça söyleyen anayasalar olmakla birlikte, biz, bir ülke anayasasının, kendi hükümleriyle uluslararası anlaşma hükümlerinin çatışması halinde kendisinin ihmal edilerek anlaşmaya üstünlük tanınacağını söylemesinin çok da doğru olmadığını düşünüyoruz. Ancak böyle açık bir hüküm ihdas etmemekle birlikte, böyle bir durumda, yargı organlarının, mümkün mertebe ilgili Anayasa kuralını, ilgili anlaşmaya uygun yorumlaması; fakat bunun mümkün olmaması halinde de, *Anayasa'yı uygulaması gerektiği* kanaatindeyiz.<sup>104</sup>

---

imzalanması ve onaylanmasına ilişkin bir çalışma için bkz.: Servet Armağan, **1982 Anayasası'nda Uluslararası Andlaşmaların İmzalanması ve Onaylanması Sistemi**, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:17, 2000.

<sup>102</sup> Aynı doğrultuda bkz.: Gönenç, s.2. Hatta Meclis'in bu iradesinin de, en azından üye tam sayısının fazlası şeklindeki bir nitelikle çoğunlukla alınması önerilmiştir (Başlar, **Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine**, s.33, 34).

<sup>103</sup> Aynı doğrultuda bkz.: **Ibid.**, s.31. Mukayeseli hukukta, koruyucu nitelikte benzer anayasal düzenlemeler için bkz.: **Ibid.**, s.31 vd.). Örneğin Portekiz'de, uluslararası anlaşmalar için bir ön-denetim mevcut olup, Anayasa Mahkemesinin anayasaya aykırı bulduğu bir anlaşmanın Parlamento'da kabulü için, üye tam sayısının yarından az olmamak üzere toplantıda hazır bulunanların 2/3'ünün oyu gerekir (m.278, 279). Benzer şekilde, Hollanda'da da, Anayasa'nın bir hükmüyle çatışan bir uluslararası anlaşmanın onaylanabilmesi için Parlamento'da 2/3 çoğunluk gereklidir (m.91/3). Bizce, bir yargı organının anayasaya aykırı bulduğu bir normun, Parlamento'da normalden daha yüksek bir çoğunlukla da olsa, onaylanabilmesi, yargısal denetimin mantığı ve kuvvetler ayrılığı fikri noktasında biraz problemlidir. Bu yüzden böyle bir yöntemin Türk Hukukunda kabulünü doğru bulmamaktayız.

<sup>104</sup> Zira aksi bir durum, bir *uluslararası anlaşma – Anayasa çatışmasında*, kabulü şekli anlamda daha ağır koşullara bağlanmış olan bir Anayasa hükmünün, kabul edilmesi kendisine nazaran daha basit şekli kurallara tabi kılınmış (ve hatta bazıları Meclis'in onayına dahi tabi olmayan) bir uluslararası anlaşma karşısında bir anlamda zımnen ilga edildiği sonucunun doğması demektir. Bu noktada, bu şekli sıkıntının bertaraf edilmesi açısından uluslararası anlaşmaların kabulünün de, Anayasa değişikliklerinin tabi olduğu şekli şartlara bağlı olması şeklinde bir fikir ortaya atılabilirse de, bu, uluslararası anlaşmaların yürürlüğe konmasını neredeyse imkansız hale getireceği için pek isabetli değildir.

## SONUÇ

Soysal'ın belirttiği gibi, anayasaları, insan haklarına ilişkin uluslararası belgeler yoluyla evrensel gelişmelerle diyalog durumunda tutmak, onlara belirli bir dinamizm kazandırabilir. Belki, tepki nitelikleri çok fazla ağır basan ve bundan ötürü geriye dönüş gibi gözükten anayasalara yeni bir canlılık ve ileriye dönüklük kazandırmanın yolu da buradan geçmektedir. Başta AIHS olmak üzere uluslararası anlaşmaları, başkalarının Türkiye'nin egemenliğini denetlemesine yol açan belgeler olmaktan önce, bizim kendi kendimizi aşmamızı sağlayabilecek belgeler olarak görmek ve iç hukuktaki kıymetlerini de ona göre takdir etmek gerekmektedir.<sup>105</sup> Başta AIHS olmak üzere uluslararası anlaşmaların yeri meselesi, Türk anayasal sisteminde daima tartışmalı bir mesele olmuştur. Gerek öğreti gerek içtihat, bu konuda oldukça zengin bir birikime sahiptir. Anayasa'da, 2004 yılında, bu meseleyi çözüme kavuşturmak adına bir revizyona gidilmişse de, yapılan düzenleme, tartışmaları bir ölçüde bitirmiş ve başta AIHS olmak üzere uluslararası anlaşmaların iç hukuktaki hiyerarşik yerinin dışında başka soru ve sorunlara da kapı aralamıştır.

AIHS bağlamında baktığımızda, çatışmanın AIHS (ve diğer insan haklarıyla ilgili anlaşmalar)-kanun boyutu, bilhassa 2004 düzenlemesinden sonra netlik kazanmışsa da; AIHS (ve diğer insan haklarıyla ilgili anlaşmalar)-Anayasa boyutu, halen daha cevap bekleyen soruları barındırmaktadır. Bugünlerde gündemde olan yeni anayasa tartışmalarında bu hususun da dikkate alınması ve yukarıda yer verdiğimiz doktriner tartışmalar dikkate alınarak meselenin bu sefer daha net bir şekilde açıklığa kavuşturulması yerinde olacaktır. Bu bağlamda 1982 Anayasası'nın, özellikle 2000'li yıllardan sonra yapılan değişikliklerle birlikte, AIHS ile büyük oranda uyumlaştırıldığı düşünüldüğünde, bu noktada gerçek bir çatışma ihtimali az olsa da, özellikle Sözleşmenin yargı organı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Sözleşmeyi dinamik bir belge olarak sürekli geliştirmesi ve içerdiği güvencelerin kapsamını genişletmesi sebebiyle, böyle bir çatışma ihtimali, her zaman canlıdır.

Böyle bir durumda benimsenecek çözümlerin, bir yandan anayasanın üstünlüğü prensibi, bir yandan insan haklarına saygılı ve bu anlamda uluslararası hukuka açık devlet olmanın gerekleri; keza bir yandan da, uluslararası hukukun doğası ve sorumluluk doğurmaya açık yapısı gibi farklı bileşenlerin dikkate alınarak ortaya konması gerekmektedir. Nihayet 2010 yılında anayasal sistemimize giren bireysel başvurunun da, getiriliş ve işleyiş mantığı dikkate alındığında, bu çözümlere farklı bir yönden katkısının olacağını söylemek mümkündür.

<sup>105</sup> Soysal, *Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler*, s.18.

## KAYNAKÇA

- A. Şeref Gözübüyük, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Hukukundaki Yeri**, *SBF İnsan Hakları Merkezi Uluslararası İnsan Hakları Normlarının İç Hukukta Uygulanması Kollokyumu*, Şubat 1992.
- Abdurrahman Eren, **1982 Anayasası'nın 90. Maddesindeki 2004 Değişikliğinin Anlaşmaların Türk İç Hukukundaki Yerine Etkisi**, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:8, Sayı:3-4, 2004.
- Ali Karagülmez, **5170 Sayılı Yasa'yla Anayasa'nın 90. Maddesinde Yapılan Değişikliğe Bir Bakış**, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:54, 2004.
- Aslan Gündüz, **İnsan Hakları ile İlgili Uluslararası Sözleşmelerin Kurduğu Denetim Organları Kararlarının Hukukumuzda Etkileri**, *İnsan Hakları ve Yargı (Sorunlar ve Çözümler)*, Ankara, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, 1998.
- Atilla Özer, **Ülkemizde Egemenlik ve Yargı Erkinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Karşısındaki Durumu**, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:20, 2003.
- Aydan Ömür Surlu, **İnsan Haklarının ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yargıtay İçtihatlarına Yansımaları**, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:87, 2010.
- Bahadır Kılınç, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İnfazı**, Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, 2006.
- Bahri Savcı, **İnsan Hakları Üzerine, Uluslararası Alanda, "Norm İlke"ler ve Türk İç Hukuku**, *AÜSBF Dergisi*, Cilt:35/1, 1980.
- Bilgütay Kural, **Bir Alman Anayasa Mahkemesi Kararı Işığında AIHS'nin Alman Hukuku'na Etkisi**, <http://www.gunisigihukuk.com/abanayasasi.html>, Erişim Tarihi: 10.12.2004.
- Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu; **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta Yayınevi, 9. Baskı, İstanbul, 2009.
- David J. Harris, Michael O'Boyle, Colin Warbrick, **Law of the European Convention on Human Rights**, 3. Ed., Oxford University Press, Oxford, 2014.
- Derya Belgin, **Anayasa'nın 90. Maddesinde (7 Mayıs 2004) Yapılan Değişikliğin Getirdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:66, Sayı:4, Güz 2008.
- Edip Çelik, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulaması**, *İdare Hukuku ve İlimler Dergisi*, Sayı:1-3, 1988.
- Emin Memiş, **İnsan Hakları Avrupa Standardı ve İç Hukuk Etkileşimi Analizleri**, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:17, 2000, s.132.
- Ender Ethem Atay, **Uluslararası Antlaşmaların İç Hukuktaki Yeri ve İdareyi Bağlayıcılığı**, *Hukuk Kurultayı 2000*, 12/16 Ocak 2000, Ankara, Cilt:1.
- Erdoğan Teziç, **Anayasa Hukuku**, Beta Yayınevi, 8. Baskı, Kırklareli, 2003.
- Feyyaz Gölcüklü, Şeref Gözübüyük, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Turhan Kitabevi, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, 2002.
- Frans Weber, **İnsan Haklarının Çağdaş Yorumu ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:9, 1992.
- Halil İbrahim Dursun, **Bireysel Başvuru Mekanizmasının Kabulü Sonrasında Genel Mahkemelerin İnsan Hakları Konusundaki Rolü ve Bu Bağlamda Anayasa'nın 90. Maddesinin 5. Fıkrası**, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:112, 2014.
- Hasan Tahsin Fendoğlu, **Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında 'Bağımsız Ölçü Norm' veya 'Destek Ölçü Norm' Sorunu**, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:17, 2000.

- Hasan Tunç, **Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye ile İlgili Örnek Karar İncelemesi**, *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 2000.
- Hasan Tunç, **Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye ile İlgili Örnek Karar İncelemesi**, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:17, 2000.
- Hüseyin Pazarıcı, **Uluslararası Hukuk**, 15. Bası, Turhan, Ankara, 2015.
- Jacobs, White, & Ovey, **The European Convention on Human Rights**, 6. Ed., Oxford University Press, Oxford, 2014.
- Kadir Yıldırım; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Divan Kararlarının Hukuksal Niteliği ve Taraf Devletlerde Uygulanması**, Kazancı Yayınları, 1. Bası, İstanbul, 1997.
- Kemal Başlar; **Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine**, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni: Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan*, 24/1-2, 2004.
- Kemal Başlar, **Türk Mahkeme Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, Avrupa Konseyi Yayını, 2008.
- Kemal Başlar, **Yeni Sivil Anayasada Uluslararası Hukuka İlişkin Hükümler**, <https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/dr-kemal-baslar.pdf>, Erişim Tarihi: 11.3.2016.
- Kemal Gözler, **İnsan Hakları Normlarının Anayasaüstünlüğü Sorunu**, *Türkiye'de İnsan Hakları*, Ankara, TODAİE Yayını, 2000.
- Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin, Bursa, 17. Baskı, 2004.
- Kerem Altıparmak – Onur Karahanoğulları, **Bölge İdare Mahkemesi Kararıyla Anayasa'nın "Zimnen İptali"**, *İnsan Hakları Yıllığı*, Cilt:19-20, 1997-1998, s.215-233, <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makale/bimkarari.htm>, Erişim Tarihi: 5.3.2016.
- Levent Gönenç, **1982 Anayasası'nda Sessiz Devrim: 90. Madde Değişikliği ve Getirdiği Sorunlar**, [http://www.yasayananayasa.ankara.edu.tr/belgeler/analizler/90\\_madde.pdf](http://www.yasayananayasa.ankara.edu.tr/belgeler/analizler/90_madde.pdf), Erişim Tarihi: 23.12.2014.
- Levent Gönenç, Selin Esen, **The Problem of Application of Less Protective International Agreements in Domestic Legal Systems: Article 90 of the Turkish Constitution**, *European Journal of Law Review*, Volume:8, No:4, 2006.
- Mesut Gülmez, **Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri**, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 54, 2004.
- Mesut Gülmez, **Evet Uluslararası Sözleşmeler Anayasa Üstüdür**, *Cumhuriyet*, 16.6.1998.
- Mustafa Çolaker, **Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Uluslararası Antlaşmaların İç Hukukta Doğrudan Uygulanması**, 1. Baskı, Adalet, Ankara, 2010.
- Mümtaz Soysal, **Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler**, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:2, 1985.
- Mümtaz Soysal, **Uluslararası Andlaşmalar Konusunda Anayasa Yargısı**, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:14, 1997.
- Necmi Yüzbaşıoğlu, **Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine**, *İnsan Hakları Merkezi Dergisi*, Cilt:11, Sayı:1, Mayıs 1994.
- Osman Can, **Imperatoris Locuta Causa Finita? Anayasa'nın 90. Madde Değişikliği ve Anayasa Yargısı**, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2005, Sayı:1.
- Osman Doğru, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının İç Hukuka Etkileri**, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:17, 2000.

- Ömer Gedik, **Türkiye Cumhuriyeti ile Rusya Federasyonu Arasında Bir Nükleer Güç Santralini Yapımına İlişkin Antlaşmanın Hukuki Niteliğinden Hareketle 1982 Anayasası Madde 90'ın İncelenmesi**, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Legal, Cilt: 3, Sayı:5, 2014.
- Rıza Türmen, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İç Hukukumuzda Etkileri**, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:17, 2000.
- Rona Aybay, **The International Human Rights Instruments and the Turkish Law**, *Turkish Yearbook of Human Rights*, TODAİE, No:1/1, 1979.
- Rona Aybay, **Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri**, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:70, 2007.
- Rona Aybay, **Türk Hukukuna Göre Uluslararası Antlaşmalarla Kanunlar Arasındaki Altlık-Üstlük İlişkisi, II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, İdari Yargının Dünya'da Bugünkü Yeri**, Ankara, 10-14 Mayıs 1993.
- Rona Aybay, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukuku**, İnsan Hakları Armağanı, 30. Yıl, Birleşmiş Milletler Türk Derneği, 1978.
- Sait Güran, **Egemenlik Ulus'undur Üstünlük Anayasa'dadır**, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:17, 2000.
- Sait Vakkas Gözlügül, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuzda Etkisi**, Yetkin, 2. Baskı, 2002.
- Said Vakkas Gözlügül, **Avrupa İnsan Hakları Hukuku**, Turhan, 2014.
- Sami Selçuk, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Türk Uygulaması**, *Yargıtay Dergisi*, Cilt:25, Temmuz 1999.
- Serdar Arıkan, **İnsan Haklarıyla İlgili Uluslararası Sözleşmelerin Türk İç Hukukundaki Yeri**, *Yargıtay Dergisi*, Cilt:25, Sayı:4, Ekim 1999.
- Serkan Köybaşı, **Yargı Denetiminden Milletlerarası Andlaşmalar Yoluyla Kaçmak: Akkuyu Nükleer Güç Santrali Anlaşması**, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Legal, Cilt: 3, Sayı:5, 2014.
- Servet Armağan, **1982 Anayasası'nda Uluslararası Andlaşmaların İmzalanması ve Onaylanması Sistemi**, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:17, 2000.
- Suat Bilge, **İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Hukukundaki Yeri**, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt:1-6, Yıl:46, 1989.
- Süheyl Batum, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye**, Kavram Yayınları, 107, Ağustos, 1996.
- Şahnaz Gerek, Ali Rıza Aydın, **Anayasa'nın 90. Maddesi Değişikliği Karşısında Yasaların Geleceği ve Anayasal Denetim**, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:55, 2004.
- Şeref Gözübüyük, **Anayasal Normlar Hiyerarşisi ve Temel Hakların Korunmasındaki İşlevi**, *Avrupa İnsan Hakları Raporu, VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı*, 7-10 Mayıs 1990.
- Şeref Ünal, **Anayasa Hukuku ve Milletlerarası Sözleşmeler Açısından Temel Hak ve Özgürlüklerin Kısıtlanması**, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:11, 1994.
- Tacetin Şimşek, **Danıştay Kararlarında İHAS ve İHAM'ın Etkisi**, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Sayı:7, 2015.
- Tekin Akıllıoğlu, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz**, AÜSBFD, Cilt: 44, Sayı:3-4, Temmuz-Aralık 1989.
- Tekin Akıllıoğlu, **Uluslararası İnsan Hakları Kurallarının İç Hukuktaki Yeri ve Değeri**, İnsan Hakları Merkezi Dergisi, Cilt:1, Sayı:2-3, Mayıs-Eylül 1991.
- Tolga Şirin, **Üçüncü Yılda Bir Bilanço: Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Usulünün ve Kararlarının Değerlendirilmesi**, 30-31 Mayıs 2015 tarihli Kamu Hukuk-



çuları Platformu Toplantısında Sunulan Bildiri, [http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Tolga\\_Airin\\_333\\_1.pdf](http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Tolga_Airin_333_1.pdf), Erişim Tarihi: 25.10.2015.

Vahit Bıçak, **Uluslararası İnsan Hakları Normlarının Yorum Organı Olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Kararlarının Türk Hukukunun Gelişimine Katkısı**, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:17, 2000.

Volkan Aslan, **Amerikalılar Arası İnsan Hakları Sistemi**, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:3, Sayı:3, 2012.

Yasemin Özdek, **The Turkish Constitutional Court and the International Human Rights Treaties**, *Turkish Yearbook of Human Rights*, TODAİE, No:14/1, 1992.

Yılmaz Aliefendioğlu, **Avrupa İnsan Hakları Anayasası'na Doğru**, *AÜSBF Dergisi*, Cilt:46, Sayı:1.

Zühtü Arslan, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler**, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:17, 2000.