

## İNSAN HAKLARI AVRUPA STANDARDI ve İÇ HUKUK ETKİLEŞİMİ ANALİZLERİ

*Doç. Dr. Emin MEMİŞ(\*)*

### **GİRİŞ:**

I. Dünya Savaşı ve özellikle II. Dünya Savaşı yıkımları, insanlığı yeni bir insan hakları arayışı sürecine sokar. Bu arayış, Birleşmiş Milletleri doğurur. BM'in kuruluş hikayesinde dikkatimizi çeken ilk olay, ABD Başkanı Roosevelt'in "dört özgürlük konuşması"dır<sup>1</sup>. Konuşmanın ardından uluslararası politika sahnesinde hızlı bir etkileşime giren Dünya, Birleşmiş Milletleri (BM) kurar ve 1945 Birleşmiş Milletler Şartı belgesini üretir. BM kuruluşu, önemli bir dönüşümü deyimler.

BM Genel Kurulu, 10 Aralık 1948 Evrensel İnsan Hakları Bildirisini üretir ve bu bildiri dönemin bir sentez arayışı ürünüdür. Tüm insanları kapsama amacı onun temel rengini yansıtır ve "insan onuru" bu belgenin taşıyıcı gücünü simgeler. Hukuksal bağlayıcılığı olmadığı yazılan bildirinin, yol gösterici, ulaşılmaması gerekli ideal insan hakları listesini saptadığı, bu yönde yorumlanması gereği belirtilmiştir. Ancak üretilen pek çok standartlarda onun uygulanabilirliği, devletleri bağladığı savunulur. Uluslararası gelenek hukuk kuralları bazında bir "teamül" oluşturduğu için ya da uluslararası hukuk teamülü düzeyine ulaştığı için normatif bağlayıcılığı bulunduğu söylenebilir. Bildirinin BM Şartında yer alan insan haklarını tanımlamak yoluyla Şartın uygulanmasını sağlama amaçlı bir belge olduğu, Dünya toplumunun anayasal yapısının bir parçası olarak Şarta bağlandığı gözlenir.

İnsan hakları, BM kanalıyla uluslararası ölçeklerde ortak değerler çerçevesine taşınırken ve kurumsallaştırılırken, XX. Y.Yılın 2. yarısında bölgesel mekanlarda insan hakları anlayışının yeniden paralel bir biçimde gelişimi yaşanır. Bu bağlamda Avrupa Konseyi ve ürettiği 1953 İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi (AİHS), bu gelişimin ilk sürecini deyimler.

(\*) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

<sup>1</sup>Bk. Zeki Mesud ALSAN, "Başkan Roosevelt'in Dört Hürriyeti", *İnsan Hakları Dergisi*, Şubat 1947. Sayı 2, s.3 vd. Bilindiği üzere bu özgürlükler sırasıyla, Dünyanın her köşesinde konuşma ve ifade özgürlüğü, insanın Tanrı'sına istediği biçimde tapınması özgürlüğü(vicdan özgürlüğü), yoksulluktan kurtulma özgürlüğü, korkudan kurtulma özgürlüğüdür.

Soğuk Savaş yıllarının çağrıştırdığı ve doğurduğu AİHS'ne Türkiye de 18.05.1954'de katılmıştır<sup>2</sup>. Sözleşme birinci kuşak haklara ilişkin, dar tutulmuş ve hakların bir bölümü mutlak nitelikte iken (örneğin işkence yasağı...gibi), başka bir bölümü de "sınırlamalara" bağlı kılınmıştır. Şu var ki, Sözleşmeye zaman içinde bir dizi protokol eki yapılmış ve gerekli olan tamamlayıcı hakların belirlenmesine devam olunmuştur. AİHS'nin genel bir "sınırlama" hükmü olmamakla beraber, sınırlama ölçütlerine (kamu düzeni, kamu güvenliği, genel sağlık ...gibi) yer verdiği gözlenir. Yasaya uygun sınırlama esastır. "Sınırlamanın sınırı" olarak ve 1982 Anayasasının benimsediği "demokratik toplum düzeninin gerekleri" ilkesine uygun davranma ölçüğü ya da Avrupa standardı benimsenmiştir. Sözleşme yargısı, kararlarında, ölçülülük, makullük, orantılılık, öngörülebilirlik, yeterince açık olamama, sınırlamanın demokratik bir toplumda gerekli olması ve meşru amaç gibi kıstasları kullanmıştır. AİHS aynı zamanda "hakların sert çekirdeği" dokunulmaz olanlarına (md. 15, ki bu madde 1982 Anayasasına yansıtılır ve benzer başka maddelerin alındığı da görülebilir) yer vermiştir. Ve bu Sözleşme pek çok imzacının ulusal hukuk parçası olmuştur. Sözleşmenin bireylerin dayanabileceği haklar işlevi gördüğü de kaydedilmeli. AİHS (ki , bu bir andlaşmadır), Türk Anayasasına göre "kanun gücünde" andlaşma niteliği taşır (md.90/son).

Avrupa Konseyi Statüsü, başlangıcında ülkelerin ortak varlığı ve her gerçek demokrasinin dayandığı, kişi özgürlüğü, siyasi özgürlük ve hukukun üstünlüğü ilkelerine kaynaklık eden düşünce-ahlaki değerleri paylaşan Avrupa ülkelerinin bu değerleri korumak için sıkı bir birlik kurulmasının zorunluğuna işaret eder. En önemli amaç ise, "insan haklarının ve temel özgürlüklerinin geliştirilmesi ve korunmasıdır". Statünün 3. Maddesi, AİHS imzacılarının "hukukun üstünlüğü ve kendi yetki alanı içinde bulunan herkesin insan haklarından ve temel özgürlüklerinden yararlanma ilkesi"ni net olarak saptar. Dahası insan haklarına uymayan devletlerin Konseyden çıkarılması(md.8) yaptırımını öngörülmüştür.

AİHS, sadece insan haklarını koruyucu bir belge değil, Batı Demokrasisini somutlaştırma işlevi üstlenen bir belgedir. O nedenle Avrupa Anayasası değerlendirmeleri yapılmaktadır. Sözleşmenin en önemli işlevi sadece özgürlükleri koruma değil, ortak güvence sistemine dayanan uluslararası yargısal bir denetim mekanizması

---

<sup>2</sup> Ayrıntılı gelişim çizgileri için bk. M.S. GEMALMAZ, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, İstanbul 1997, s.221-266.

kurması ve fertlere sağlanan haklara ilişkin bir yaptırım güvencesi sağlamasıdır. Başka anlatımla AİHS, insan haklarının korunmasını ulusal ölçekten, uluslararası ölçüğe yansıtmış, kişiyi hakların korunması bazında uluslararası hukukta hak sahibi kılmış, ulusal hukuk öznesi insan kimliği, uluslararası özne insan kimliğine dönüşmüştür.

Türkiye, Sözleşme organlarına kişisel başvuru hakkını ve AİHM'nin zorunlu yargı yetkisini geçte olsa onaylamış ancak yine de AİHS'nin iç hukukta uygulanabilmesinde sorunlar vardır: Birinci sorun, Sözleşmenin doğurduğu dış yükümlülüğün bir ulusal iç hukuk kuralıyla, ulusal iç yükümlülüğe dönüştürülmesindeki zorluk olarak gözlenmekte; ikincisi, uluslararası insan hakları belgeleri, uygulamayı-yargı kararlarını (öncelikle manevi bağlamda ve uluslararası organların yargısal denetimi açısından hukuki bazda) etkilemesi durumudur.

1982 Anayasası, değinilen Bildiri ve AİHS'nden alıntılar yapmıştır. Alıntılar 15, 17, 38 ve hatta diğer maddelerde gözlenebilir. Uygulamada iki sorun dikkatimizi çeker: Birincisi uygulamada Sözleşmede yer alan bir temel hak Anayasada yer almamış olursa ne yapmalıdır? Sözleşmenin 1. maddesi, imzacıların tanımlanan hak ve özgürlüklerini “tanırlar” ve Anayasanın “andlaşmalar kanun hükmündedir” (md.90/son) kuralı birlikte okunursa soruya olumlu yanıt verilebilir. Anayasa Mahkemesi “masumluk karinesi” tanımıyla ilgili kararında Anayasa'ya uygunluk denetimi yapılırken uluslararası belgelerin dikkate alınmasına değinir<sup>3</sup>.

Çözümü zor olan diğer sorun ise, AİHS kuralı ile iç hukuk kuralının çatışması halidir. Denebilir ki, Anayasanın “kanun hükmünde andlaşma” kavramı ve kuralları hiyerarşisinde, iki yasak hükmünün çatışmasında olduğu gibi özel-genel hüküm kuralı uygulanır. Ancak ANDLAŞMALAR için uygunluk denetimi yasağı bulunduğu yaklaşımını, dış ilişkilerde güvenilirlik nedenine bağlayanlar olduğu gibi, kurallar kademelenmesinde yasalardan daha önce geldiğini savunanlar olmuş ve andlaşmaların yasa ile andlaşma çatışması halinde, andlaşmanın önce uygulanması gerektiği savunulmuştur. Anayasanın 15, 16, 42 ve 90. maddelerinden kalkarak Sözleşmelerin yasalardan daha üstün bir değer taşıdığı, hatta onların anayasalara yeni bir anlam ve yorum getirilebileceği söylenebilir. Bu yaklaşım, yasaların insan haklarını sınırladığı

---

<sup>3</sup> AYM., E. 1979/37, K. 1980/11.

zamanlarda önem taşıyabilir. Örneğin yasa / Sözleşme kuralı çatışması doğunca, yüksek yargı yerleri uygunluk denetiminde Sözleşmenin gerisindeki “genişletici iradeyi, yasaı çıkartan sınırlayıcı iradeye üstün sayarak, başka deyişle bu iki kuralı kademelendirerek “özgürlükçü bir Anayasa yorumu”na gidebilir. Dolayısıyla insan hakları uluslararası ortak değerler gelişimi ulusal iç hukuk boyutunun gelişimini hızlandırabilir. Bu bağlamda Anayasa “Yeni bir dinamizm” kazanır<sup>4</sup>.

Önemli bir sorun da AİHS'nin temel hakları yeterli genişlikte saptamaması (örneğin, sığınma hakkı, genetik konular, internet olgusu, yabancı işçi hakları, organ nakli ...gibi) ve yöntem sorunu olarak (örneğin, iç hukuk yollarını tüketerek Avrupa yargısı kararlarına uzun zamanda ulaşabilme, Sözleşmeye aykırılığın uzun sürmesine neden olmakta, Komisyon ve Mahkemenin bürokratik engelleri...gibi) karşımıza çıkmaktadır. Bir önemli konu da insan haklarının siyasallaşmasının arındırılması olayıdır. Her halde hukuku siyasallaştırma yerine, siyaseti hukukileştirmek önem kazanmaktadır. Hakların yargısından hukukun yargısına yönelme, hem iç hem de uluslararası boyutuyla önem taşımaktadır.

### **1.) Türk Hukukundaki etkili yeri dolayısıyla İHAS'ne bir bakış**

Andlaşma konusunda irdelenen durumlar, bir andlaşma olan AİHS için de geçerlidir. Bilindiği üzere, uluslararası sözleşmelerin konusu, genel olarak uluslararası hukuk özneleri arasındaki ilişkileri içerir ve bu ilişkileri düzenler. Ancak insan hakları sözleşmelerinin özneleri herkeştir. Yani tüm insanlardır. Dolayısıyla insan hakları sözleşmeleri, devletlerin çıkar ilişkilerinden çok kişilere sağlamak istenen hak ve özgürlüklerin saptanması ve bunların herkese duyurulması amacına dönük bulunmaktadır. Başka söylemle, insan hakları sözleşmeleri, dış ilişkileri düzenlemekten çok, ulusal hukuk alanlarının düzenlenmesinde söz konusu olduğuna tanık olunur. Bu bağlamda insan hakları bir iç sorun olmakla beraber, uluslararası bir nitelik kazanmıştır. Ve uluslararası güvenceye kavuşturulma olgusu ile karşı karşıya gelmiştir.

1982 Anayasasına göre andlaşmaların yasa gücünde oluşu ve Anayasaya aykırılığının dile getirilemeyeceği ilkesi söz konusu

---

<sup>4</sup> Bk. İlerde s.3 ve dipn. 6 ( SOYSAL, s.16-17).

olunca, İHAS'nın Türk Hukukundaki yeri ve değeri konusunda şu yargıları saptamak olasıdır:

(1) İHAS ulusal hukukun bir parçasıdır ve ayrıcalığa sahiptir.

(2) İHAS ulusal bağlamda kendiliğinden uygulanır, ayrıca bir düzenleme yapılmasına gereksinim yoktur.

(3) İHAS'nin Anayasaya aykırılığı ileri sürülemeyeceğine göre, Anayasaya aykırı olsa bile doğal sonuç onun uygulanması mantığını yansıtır.

(4) Anayasaya aykırılığı söz konusu edilemeyecek olan İHAS'nin yasalara aykırılığı nedeniyle uygulanmaması, Anayasanın ürettiği sistemi ters düşer. Üstelik **Sözleşmeden sonra yürürlüğe giren bir Anayasanın sözleşmeyi değiştiremeyeceği olgusunu açıklama karşısında, Sözleşmeden sonra yürürlüğe sokulan yasaların Sözleşmeyi değiştirebileceğini savunma da çelişik bir yaklaşımı savunma olur.**

(5) Andlaşmaların yasa gücünde olduğunu belirtmek, bunların yasa olduğunu göstermez ve andlaşmanın yasa ile ortadan kaldırılabilirliği anlamını yansıtmaz. Bir kere, andlaşma ne ulusal hukuk, ne de uluslararası hukuka göre, "yasa ile değiştirilemez" ve sağladığı haklar yok edilemez. Bir andlaşma ancak öngörmüş olduğu kurallar sayesinde veya uluslararası kurallar bağlamında bozulur, değiştirme yapılabilir. Andlaşma yasa karşısındaki niteliklerini korumayı sürdürür. Uluslararası Hukuk bağlamında Sözleşmeler, zaten Türk devletini bağlayan andlaşmalar konumundadır. Bu bakış noktasıyla, bir yasa ile değiştirilmesi mantıksız olmaz mı?

Öyleyse andlaşmalar, ancak kendi kuralları çerçevesiyle değişebilir. Bir Sözleşme imzacılarıyla değişmedikçe, bir yasa ile tek yanlı olarak değiştirilme olanağı yoktur. Ayrıca andlaşmalardan sonra çıkan Anayasa veya yasalar ile gerek kapalı, gerek açık biçimde Sözleşmeyi değiştirme olanağı yoktur. Değiştirme yolu tıkalı olunca andlaşmalar yürürlüktedir ve hukuk çerçeveli sonuçlarının ulusal – ulusal üstü hukukta durdurulması olanaksız gözükmektedir<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> A.Ş. GÖZÜBÜYÜK, "Uluslararası Andlaşmaların İç Hukuktaki Yeri" (İNSAN HAKLARI ve KAMU GÖREVLİLERİ, SEMPOZYUM...ANKARA 1992), s. 11-24, 17-18; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı", İnsan Hakları Yıllığı, C.9, 1987, s.5 vd.

Bu değerlendirme ışığında, İHAS'nin nitelikleri ve ulusal hukuk dikkate alındığında, her iki hukuk kuralı çatışması halinde, yargıcın Sözleşme kurallarına üstünlük tanınması ve iç mevzuatın Sözleşmeye uygun biçimde yorumlanması gerektiği savunulmuştur<sup>6</sup>.

Denebilir ki, ulusal hukukta insan haklarına saygının sağlanması, etkin bir uygulama yolunun açıklığı ilkesiyle düşümdedir. Ve yargı yerlerinin ulusalüstü kuralları uygulamasıyla gerçekleşebilir. İmzacıların isteyerek güvence altına koydukları temel hakların korunmasında asıl yük, mahkemelere ve savunma kurumuna düşmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Yargısı Kararlarının, ulusal hukuk gelişimlerinde katkı sağlayacağı kuşkusuzdur. Özellikle İHAK (Avrupa İnsan Hakları Komisyonu) ve İHAD kararlarıyla İHAS'nin iç hukuklar düzeyinde uygulanabilmesi olasılığı artmaktadır. Sözleşmenin soyut kurallarının somutlaştırılması sürmektedir.

Sözleşmeyi iç hukuk bağlamında uygulama sırasında, kuralları yorumlanırken<sup>7</sup>, Komisyon ve Divan içtihatlarını ele almak gerekecektir. Çünkü İHAD'nin **zorunlu yargı** yetkisini kabul etmenin başka anlamı olamaz. Önemle kaydedilmeli ki, İHAK ve İHAD kurumları, insan haklarını koruma bazında Sözleşmeyi İMZACI ÜLKELERİN Sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmesini sağlamak için kurulmuştur (İHAS md.19).

1982 Anayasası, İHAS'nin 15. maddesinin içeriğini aynı madde numarasıyla yansıtmaması bir tesadüf olmasa gerektir. Bu hükme bakılırsa, "demokratik toplum düzeninin gerekleri" kuramı doğrultusunda uluslararası andlaşmaların ihlâl olunamayacağı yaklaşımı (ki, olağanüstü duruma özgü bu saptama, herhalde olağan durumda haydi haydi uygulama olanağı bulmalıdır), en azından biçimsel yönden olmasa da içerik temelinde **andlaşmaların yasaüstü hukuk çerçevesinde bulunduğu açıktır**. Çünkü ANAYASA kendi diliyle "milletlerarası hukuktan, doğan yükümlülükler ihlâl

<sup>6</sup> GÖLCÜKLÜ – GÖZÜBÜYÜK, s. 19.

<sup>7</sup> Özellikle Andlaşmaların yorumu konusu önemli bir konu oluşturur. Şöyle ki:1-Yorum yetkisinin kullanılması ( tarafların ortak yorumu, uluslararası yargı, hakemlik organlarının yorumu, uluslararası örgütlerin yorumu), 2- Yorum yöntemi kuralları (temel yorum kuralları ve tamamlayıcı yorum kuralları). 3- Bazı yorum teknikleri (dar yorum-geniş yorum, kıyaslama yoluyla yorum, anlamlı yorum, aksini kanıtlamayla yorum, belirli bir tarafın yararına yorum) önem arzeder. Bilgi için bk. PAZARCI, Uluslararası Hukuk Dersleri 1. Kitap, Ankara 1988. s. 181-190.

**edilmemek kaydıyla**” sözünü vurgularken uluslararası bağitları, ölçü norm olarak tanımlamış bulunmaktadır. Andlaşmalar hakkında, 1- Dava açılmaması, 2- Andlaşmaların “kanun gücünde” olması, 3- Andlaşmaların ihlâl olunamaması biçimindeki anayasal hükümlendirmelerin birlikte düşünülmesi hali, andlaşmayı işlev yönüyle ulusalüstü norm, ölçü norm ya da “anayasal değerli norm” düzeyine yükseltmektedir. Sonuç olarak andlaşmayı Türk hukukunda da üstün kılan bu görünümledir. Dolayısıyla Türk ulusal yargı yerlerinin (çağdaşları gibi) uygulama ve norm çatışmalarında ve özellikle insan hakları bağlamında ulusalüstü hukuk kurallarına ve andlaşma kurallarına yabancı kalamayacağı söylenebilir. Gözlemler, verilmiş ve verilecek kararların gelecekte uluslararası hukuk kurallarını iç hukuklara monte edilmesini sürdüreceğini göstermektedir.

## **2.) Uluslararası hukukun iç hukuka doğrudan etki yapması Türk Anayasasının soruna yaklaşımı ve analizler**

### **a- Kesiklilik ve süreklilik tezleri (Anayasa Mahkemesi Kararları ve 1982 Anayasasında “pozitivist tez” tartışmaları yansımaları) :**

1982 Anayasası yürürlüğe girince şu sorunun sorulduğu görülür: Anayasaya uygunluk denetiminde ölçüler nelerdir? Bu soruya değinilen tezlerle cevap verilmiştir. Şöyle ki: merhum DURAN, Anayasa ve organik kuruluş yasasının kesin olarak “Anayasaya uygunluk” ve “Anayasaya aykırılık” kavramlarına yer verdiğiine göre, “referans normlar”ın doğrudan Anayasa olacağına işaret ederken, 1982 Anayasasının Başlangıcına dayanarak “pozitivist” görüşü benimsediği anlaşılmaktadır<sup>8</sup>. “Süreklilik tezi”ni savunan ALİEFENDİOĞLU ise, Anayasa Mahkemesinin “uygunluk denetimi” yaparken, “kanun karşısında eşitlik, insan kişiliğine saygı, adalet...gibi hukukun genel ilkelerini öncelikle uygulaması gerektiğine işaret eder. Mahkemenin “kanunların uygunluk denetiminde”, Anayasa ilkelerinin dayandığı “genel hukuk kuralları”nın “ölçü norm” olarak kullanılması gerektiğini içeren kararlarını “referans” yapıp bu tezi savunduğu görülür<sup>9</sup>. Özellikle 1982 metninin 16. maddesinde, yabancılar bakımından temel hak özgürlüklerin uluslararası hukuka uygun olarak sınırlanabileceğini ve “uluslararası hukuka açıklık” ilkesinin 15. madde

<sup>8</sup> Bk. L. DURAN, “Türkiye’de Anayasa Yargısının İşlevi ve Konumu”, **ANAYASA YARGISI**, 1984. s.66 vd.

<sup>9</sup> Y. ALİEFENDİOĞLU, **ANAYASA YARGISI**, Ankara 1997, s.58-64,231-232; **TÜRK RAPORU**, VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, Ankara 7-10 Mayıs 1990, s. 27-36.

ile belirginleştğini ve bu hukuk dalı kurallarının “anayasallık bloku” içinde öncelikli yer alması konusuna dikkat çeker. Söz konusu 15. madde hükümlerinin, Sözleşmelerin anayasal bazda yasalardan daha üstün bir konum ve Anayasaya yeni bir anlam, yeni bir yorum kazandırma anlamına geleceğini vurgulayan yazar; andlaşma hükümlerinin Anayasaya aykırılığının ileri sürülemeyeceğine göre, bunun “mefhumu muhalifi”nden hareketle, uluslararası kuralın Anayasa ile birlikte yorumlanması gerekeceğini söyler. Eğer bir yasa, temel hakka fazlaca bir sınır getirmişse, andlaşma ile yorum önem kazanacak demektir. Kısaca, uygunluk denetiminde mahkeme yasa-andlaşma çatışmasında andlaşmanın gerisindeki “genişletici irade”yi, sınırlama getirici yasa iradesine üstün sayarak bir Anayasa yorumuna yönelmesi, Anayasaya da bir dinamizm kazandıracaktır<sup>10</sup>. Başka vurgulamayla, bu yaklaşım bağlamıyla “süreklilik tezi”, “Anayasaya uygun yorum” yolunu gündeme sokmuştur. Esasen Anayasa YORUMU ilkeleri arasında “özgürlükten yana yorum” ilkesinin bulunduğu bilinmektedir<sup>11</sup>.

Anayasanın 16. maddesinin içerdiği temel hak ve özgürlükler (yabancılar için) Uluslararası Hukuka uygun olarak “kanunla sınırlanabilir” tanımlaması ve sınırlama dayanağını Uluslararası Hukukun oluşturması kuralı karşısında, yasaların Anayasaya uygunluk denetiminin ne olabileceği de sorulmalıdır. Anayasa Mahkemesi, denetim yaparken “referans norm” olarak Anayasayı mı, uluslararası hukuku mu göz önüne alacaktır? Kanımca Anayasa zaten “milletlerarası hukuka uygun olarak” denetimde bu alanın söz konusu olduğunu yansıtmış bulunmaktadır. Yargıç “hukuka uygunluk ilkesi” gereğince önce Anayasanın sözünden işe başlamalıdır. Anayasanın sözü de **“milletlerarası hukuktan doğan, yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla”** (md. 15/1) hükmüyle, bizzat Anayasaca en üst düzeyde bir değerlendirmeyi yansıtır. Hiç kuşkusuz Anayasanın bu özel yaklaşımı, andlaşmaların veya uluslararası hukuk kurallarının “ihlâl olunamayacağı” emriyle, andlaşmaları Anayasa iradesiyle biçim ve esas yönünden yasa ve yürütmenin düzenleyici işlemlerinden üstün bir yere koymaktadır.

Anayasa Mahkemesi 1982 Anayasası dönemindeki kararlarıyla “süreklilik tezi”ni benimsediği söylenebilir. Gene “Juriprudans”ta, kesiklilik ve süreklilik tezlerinin, maddi Anayasanın temel ilkelerine

<sup>10</sup> M. SOYSAL, “Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler”, **ANAYASA YARGISI** 2, Ankara 1986, s.17.

<sup>11</sup> Bk. F. MÜLLER, *Juristische Methodik*, Berlin 1971, s.161-162.



aykırı olan anayasal normların denetim konusunda da geçerli olduğu söylenebilir.

Türk Anayasalarında, değişmezlik hükümlerinin “özü” konusundaki tartışmalar<sup>12</sup>, Anayasa Mahkemesinin “Anayasaya aykırı Anayasa değişikliklerini” denetleme girişimi sonucunda doğar. Mahkemeye göre, Anayasa hükümlerinin eşitliği ilkesine karşın, devletin temel yapısına ilişkin hükümlerin, herhangi bir hükmün yorumunda söz konusu diğer hükümlere üstün tutulması doğal karşılanmalıdır<sup>13</sup>. Anayasa Mahkemesi “insan haklarına dayalı” bir demokratik devletin benimsediği “üstün Anayasa ilkeleri”ne ve hukuk kurallarına aykırı bir Anayasa değişikliği oluşturulmasını 1961 Anayasasının “değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez”(md.9) yasağına aykırı bularak iptal işlemini gerçekleştirirken, referans-ölçü norm olarak İHAS’ni gösterdiği görülür<sup>14</sup>.

DURAN’ın Anayasa Mahkemesinin 1970 li yıllarda ortaya koyduğu Anayasa değişikliklerinde “üstün Anayasa kuralları ve hukuk kuralları”na aykırılık durumunda iptal yaptırımına gitme eğilimine, 1982 Anayasasının 148. maddesiyle son verilmiştir kanısına YAYLA katılmamakta, sürekliliğe değinmektedir. Anayasa Mahkemesinin değiştirilemez diye değerlendirdiği kuralları, 1982 Anayasası “değişmezlik” kapsamına almış bulunmaktadır (md. 1-4). ÇAĞLAR ise sorunun “sadece referander yasaların Anayasaya uygunluk denetiminde” olduğunu vurgular<sup>15</sup>. Fransa Anayasa Konseyinin benzer denetiminde (6 Kasım 1962 tarihli karar), “referander” yasaların doğrudan egemenlik ifadesini yansıtmaması gerekçesiyle kendisinin yetkili olmadığına karar verdiği gözlenir.

#### **b- Avrupa Mahkemelerinde pozitivist karşıtı yaklaşımlar:**

İHAM (İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi), bir kararında<sup>16</sup> İHAS Başlangıcında yer alan “hukukun üstünlüğü” ve “siyasi gelenekler, idealler ve özgürlüklere saygı esası”nı (hukukun genel ilkeleri) dayanak yapıp “adaletten yararlanma hakkı” esasını, Sözleşmenin 6.

<sup>12</sup> Bk. Y. YAYLA, “Anayasa Mahkemesine Göre Cumhuriyetin Özü”, **Hıfzı Timur’un Anısına ARMAĞAN, İstanbul 1979.**

<sup>13</sup> Bk. AYM., K. 1973/11.

<sup>14</sup> Değişik görüşler için bk. DURAN, “Türkiye’de...İşlevi”, YAYLA, “1982 Anayasasına Göre Devletin Özü”, **İ.H. ve İ.D.**, 1985. Ayrıca referans norm olarak kullanılmış kararlar için bk. **Aym.**, K. 1974/4; 1976/46; 1976/19; 1975/87.

<sup>15</sup> Bk. B. ÇAĞLAR, “Anayasa Yargısında Yorum Problemi, Karşılaştırmalı Analizin Katkıları”, **ANAYASA YARGISI**, Ankara 1986, s. 175-177.

<sup>16</sup> GOLDER (Birleşik Krallık Kararı: 21.02.1975 (Seri A No 24).

maddesinde düzenlenmiş “adil yargılanma hakkı”nın bir unsuru olarak değerlendirilmiştir.

Sözleşmenin ifadelerindeki “belirsizlikler”in zorluklar üreteceği yazılmıştır<sup>17</sup>.

GOLDER davası kararında (ki, Avukata danışmaya izin verilmemesiyle İHAS 6/1. maddesine aykırı davranıldığı vurgulanır), Sözleşmeye taraf olan devletlerin (md. 66) üye olduğu Avrupa Konseyi Statüsü, “hukukun üstünlüğüne” iki yerde yollamada bulunmuştur: 1- İmzacıların bu ilkeye bağlılıklarını “teyid” ettikleri Başlangıç, 2- “Avrupa Konseyinin üyeleri hukukun üstünlüğü ilkesini kabul eder” diyen 3. maddesi hatırlatılmaktadır.

Viyana Sözleşmesi (md. 31/c bendi) de “ taraflar arasındaki ilişkilere uygulanabilir. Uluslararası Hukukun bütün ilgili kuralları”nın dikkate alınmasını işaretler. Bu kurallar arasında “hukukun genel ilkeleri, özellikle uygar ülkelerce kabul olunan hukukun genel ilkeleri de yer almaktadır (Uluslararası Adalet Divanı md.38/c bendi). Bu tür ilkelerin uygulanması gerektiği (komisyon ve divanın) vurgulanmıştır.

Kişisel uyuşmazlığın yargı yerine getirilmesi ilkesi, genellikle hukukun tanınmış temel ilkelerindedir. Aynı kural, “adaletten mahrum kılınmayı yasaklayan Uluslararası Hukukun ilkeleri içinde geçerlidir”. Sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrası, “bu ilkeler ışığında okunmalıdır”. Bu bağlamda kararda “mahkemeye ulaşma hakkı”nın, bir hakkın “kurucu unsuru”nu oluşturur sonucu, aşırı bir yorum olarak değerlendirilmez. Başka anlatımla, kişisel haklarda “mankemeye başvuru hakkı”nın bir “mahkeme hakkı” olduğu vurgulanmıştır.

İHAM, “**hukukun genel ilkelerini**” başka kararlarda<sup>18</sup> da kullanmış, hak ve özgürlüklerin ayrımsız kullanılmasını içeren 14. maddeyi, temel hakların güvencesini oluşturan “tamamlayıcı parça” boyutuyla değerlendirmiş ve bu yaklaşımın, Sözleşmede saptanmış bir hakkın “somut olarak tanımlanmış olması durumunda dahi” geçerli olacağını altını çizmiştir. Ne var ki, bu yaklaşımın “karşioy” yazılarında eleştirildiği gözlenir. Sözleşme yorumunda, gerek Viyana Sözleşmesi yorum kuralları ve uluslararası hukuk kaynaklarını içeren UAD 38. maddesinde yer alan “uygar uluslarca kabul olunmuş hukukun genel ilkeleri”nin İHAS yorumunda kullanılarak İHAM’nin üye

<sup>17</sup> Bilgi için bk L. DENNING, **What nex in the Law, Butterworths**, London 1982, s.280 vd.

<sup>18</sup> Bk. Syndicat National de la Police...Seri A., No 19.

devletlerin yerine geçmesi boşlukları doldurması eleştirilmiştir. İç hukukta bile “yargıcın hukuk yaratması değil”, “hukuku söylemek” durumunda olacağı belirtilmiştir.

İHAM gibi Avrupa Toplulukları Mahkemesi de temel hak ve özgürlükleri “topluluk hukukunun genel ilkeleri” olarak değerlendirmekte, savunma hakları...gibi “yargılama hukuku genel ilkelerine” kapsamlı yer tanımaktadır. Ama kaydedilmeli ki, TOPLULUK HUKUKUNUN ÜSTÜNLÜĞÜ ilkesi, topluluk mahkemesi kararlarıyla kurulmuş ve özellikle temel haklar konusundaki bu üstünlük Federal Almanya, İtalya Anayasa Mahkemelerince kuşkulu bulunacaktır<sup>19</sup>. COSTA ve ENEL kararında, AET Andlaşması kurallarının uluslararası andlaşmalardan farklı olduğu vurgulanarak, Topluluk Hukukunun iç hukuklar karşısındaki hiyerarşik değeri yansıtılır. Topluluk Mahkemesi verdiği ön kararlarda, temel hakları korumakla yükümlü olduğu ve bunların “hukukun genel ilkeleri”nin ayrılmaz parçası olduğu saptanır.

Hukukun genel ilkeleri, kurucu andlaşmaların ve topluluk düzenleyici işlemlerinin içerdiği boşlukları doldurmak için kullanılır<sup>20</sup>. Ne var ki, Mahkemenin kurucu andlaşmaların açık hükümleri karşısında üye devlet hukuklarının benimsediği “hukukun genel ilkelerine uygun yorum”dan kaçındığı söylenebilir<sup>21</sup>. Örneğin AET Andlaşmasınının 173. maddesi açık düzenlemesinin geniş yorumlanması, andlaşmayı yorumlamak değil, “değiştirmek” olacağına dikkat çekilmiştir<sup>22</sup>.

Topluluk Mahkemesi, hukukun genel ilkeleri ile ilgili doktrini zamanla geliştirdiği izlenir. Taraf devletlerce benimsenmiş bu ilkelerin uygulanışında, “en düşük ortak payda” eğilimi yerine, andlaşma amacı ile uyum içinde olan ve topluluk hukukunu geliştirici ilkeleri yeğlediği görülmüştür. Bu yaklaşımın Federal Alman ve Fransa yargısında ağırlığını hissettirdiği, bazı kararlarda gözlenebilir. Mahkeme genel ilkelerden kalkarak topluluk hukukunu yönlendirdiği, başkan anlatımla yazılı hükümlere katkıda “hukuk yaratma” işlevi yaptığı söylenebilir. Kısaca, Avrupa Topluluk Mahkemesi, “hukuka güven” kavramıyla ilişkili olarak kazanılmış haklara saygı, yönetim

<sup>19</sup> Bk. Naz ÇAVUŞOĞLU, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine, **Ankara 1994, s. 114 vd., 148 vd.**

<sup>20</sup> Bk. AZRAK, “Avrupa Topluluğu Adalet Divanı Kararlarında Beliren Hukukun Genel İlkeleri”, **Avrupa Topluluğu Hukuku Sempozyumu**, Danıştay 1989, s. 103-117.

<sup>21</sup> AZRAK, “Avrupa Topluluğu...”, s. 103-104.

<sup>22</sup> ÇAVUŞOĞLU, s. 151.

karşısında savunma hakkının tanınması, eşitlik ilkesi temelinde ayrıcalık yasağı ve ölçülülük ilkesi...gibi ilkeleri sıkça kullanacaktır<sup>23</sup>.

Avrupa Topluluk Mahkemesi'nin günümüzde istikrar kazanmış içtihadında temel hakları "topluluk hukuku genel ilkeleri" olarak nitelerken, ortak anayasal geleneklerle hukukun üstünlüğünü ve demokrasiyi uygulayan taraf ulusların özellikle insan haklarını korunmasını amaçlayan uluslararası andlaşmalara, İHAS'ne dayandığı görülür<sup>24</sup>.

### **c- Uluslarüstü hukukun Anayasa yorumuna etkisi veya Anayasa yorumunda uluslarüstü hukuka bağlı olma ilkesi:**

İncelemeler, anayasal sistemlerde İHAS'nin farklı formüllerle normatif ve "jurisprüdansiyel" kabullere konu olduğunu gösterebilir. Örneğin Avusturya "iç hukuk", İspanya "uygun yorum", Almanya "ölçü norm" formüllerini uygular.

Türk Anayasası ise 13. ve 15. maddesiyle kurmuş olduğu sistemde, ulusal hukukun uluslararası hukuka izin verme ilkesiyle ("uluslararası hukuka açıklık") kritik bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. 1982 Anayasası'nın Sözleşmeden doğrudan etkilendiği ve anılan maddelerinden özellikle 15. maddesinden "yazısız çatışma kuralı" çıkarılabileceği ve yasaların "andlaşmalara uygun yorumunun" telaffuz edilebileceği savunulmuşsa da durumun net olmadığı görülebilir. Anayasanın yorumunda Batı Demokrasisi anlayışını benimserseniz, gerektiğinde yasaların hatta Anayasa'nın İHAS'ne "uygun yorum"unun yapılmasını savunmadan söz edilebilirse de 1982 metninin EGEMENLİK yaklaşımının ağır basması karşısında, andlaşmaların ilgili yasa ve Anayasa ile düşünülmesinin akla daha uygun olacağı savunulabilir.

### **İHAS'ne ulusal yaklaşımlar:**

İHAS, Avusturya anayasal sisteminde federal düzeyde "self-executing" özellik taşıyan bir hukuk normu olarak gözlenir.

1978 İspanya Anayasası (md. 10), 1976 Portekiz Anayasası (md. 16) temel haklara ilişkin normların İnsan Hakları Beyannamesi,

---

<sup>23</sup> ÇAVUŞOĞLU, s. 152-153.

<sup>24</sup> ÇAĞLAR, "Anayasa Yargısında Yorum...", s. 178.

uluslararası sözleşmelere, andlaşmalara “uygun yorum”unu benimsemiştir.

İsviçre Federal Mahkemesi de Federal Anayasanın tanıdığı hakların yorumunda Sözleşmeyi kullandığına tanık olunur. Federal anayasal bir hakkın anlamına vermede, Strasbourg organları uygulamasını, kararları yorumlayıcı eğilimi benimser.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi, temel hak ve özgürlüklerin yorumunda Federal Anayasanın 1. maddesi 2. fıkrasına dayanarak İHAS’ni kullandığı bilinmektedir. Bu yaklaşım tarzında Sözleşmenin “anayasal değer” taşıdığı anlamına geldiğini savunanlar görülmüş, ama bu savunu doktrinde genel bir kabul görmemiştir.

Topluluk Mahkemesi, temel haklarda içkin sınırlar kuramı bağlamında, genel yarar, hakkın özü güvencesi ve müdahalenin ölçülülüğü kıstaslarını, Strasbourg organları ve Alman İçtihadı çekim alanı etkisiyle kullandığı gözlenir<sup>25</sup>. Mahkemenin bazı kararlarında da Sözleşmenin güvence altına aldığı haklara, kamu düzeni-kamu güvenliği gerekçeleriyle getirilebilecek kısıtlamaları, “demokratik toplum gerekleri ilkesi” ölçütüne dayanak yapmıştır.

#### **Türk Anayasa Mahkemesi yaklaşımı:**

1982 metninin temel hakların sınırlanması sınırı bağlamındaki bir sınırlama ölçütü olarak İHAS’nden yararlandığı izlenir. Ancak, Avrupa Mahkemeleri içtihadıyla bağlı olma ölçüsü ve “demokratik toplum” yorumu konusunun sorun ürettiği görülür<sup>26</sup>. Bir kere, Anayasa Mahkemesi içtihadında “demokratik toplum” tezi Avrupa standardını benimsediği görülebilir. Anayasanın Başlangıcında yer alan “çağdaş medeniyet” yaklaşımı, “İNSAN HAKLARI” ve “DEMOKRATİK TOPLUM” olma ilkesini içerir<sup>27</sup>. Anayasa Mahkemesi, Anayasa kurallarını yorumlarken Batı Demokrasilerinin benimsediği anlayışın anlaşılması ve Anayasayı o yönde yorumlamak gerektiğini vurgular<sup>28</sup>.

Anayasa (md. 13) gerekçesinde “sınırlamanın sınırının” saptandığı ve sınırlayıcı veya kısıtlayıcı önlem alırken “**genellikle**

<sup>25</sup> ÇAĞLAR, “Anayasa Yargısında Yorum...”, s. 180.

<sup>26</sup> Bir sonraki başlıkta (ç) soruna değinilecektir. Demokratik toplum değerlendirmeleri için bk. Mehmet TURHAN, “Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri”, **ANAYASA YARGISI** 8, Ankara 1991, s.401-419.

<sup>27</sup> Değerlendirmeleri için bk. B.N.ESEN, **Anayasanın Anayasa Mahkemesi’nce Yorumlanması**, 1972, s.

<sup>28</sup> AYM., K. 1967/29; 1967/49.

**kabul bulan demokratik rejim anlayışı**”yla paralel sınırlama yapılabileceği ve sınırlamada meşru amacın aşılması gerektiği (zorunlu olduğu kadar) vurgulanarak, “amaç ve sınırlama orantısının korunması” ilkesi anayasal ilke bağlamında değerlendirilmiştir. Anayasa gerekçesi, bu yaklaşımın uluslararası sözleşmelerde de benimsendiğini vurgular. Demek oluyor ki, 1982 Anayasası, anayasal haklar kataloğu çemberine “**anayasal ilkeleri**” katmıştır. Bu ilkelerden çok önemli bir ilke de **ÖLÇÜLÜLÜK** ilkesidir<sup>29</sup>.

İHAS'nin çeşitli maddeleri incelendiğinde, haklar bağlamında öngörülmuş olan sınırlamaların, “demokratik bir toplumda alınması gerekli olabilen önlemler” formülünü yansıttığı gözlenir. Avrupa Mahkemesi, bu formül sayesinde sınırlayıcı önlemleri alarak denetimini gerçekleştirmektedir. Örneğin İHAS'nin öngördüğü bir hakka getirilebilen sınırlama, güdülecek olan amaçla orantılı olmalıdır. “Birleşik Krallık- Sunday Times” Kararında<sup>30</sup>, İHAM'nin **Avrupa Liberal Anayasa Hukuku** çizgisini uyguladığı görülebilir. Mahkeme, “Handyside” Kararında da “demokratik bir toplumda zorunlu olma” kavramını (İHAS md. 10/2) açıklamıştır: “Zorunlu” önleme başvurmak için “zorlayıcı bir sosyal gereksinim” olması halinde, “zorunluluk” olgusu doğmuş demektir<sup>31</sup>.

#### **Ç- İHAS'nin iç hukuk kademelenmesindeki konumu:**

İHAS'nin “sui generis” özelliği, klasik yaklaşımlarla iç hukuk bağlamındaki yerini kavramaya yetmediğini gösterebilir<sup>32</sup>. Sözleşmenin bu özelliği, 1. maddesinin tanımladığı hak ve özgürlükleri tanıma yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır. Öyle ki, Sözleşme imzacılarca ulusal hukuklara aktarılmış olmasa bile, İHAS'ne imzacılarca uyma sorumluluğu Sözleşme kurumlarınca denetlenebilme durumundadır. Diğer bir söylemle, taraflar Sözleşmeyi kabul edip onaylamış olmakla, klasik uluslararası andlaşmalardan (ki, Sözleşme de bir uluslararası andlaşmadır) farklı olarak “mütakabiliyet” (karşılıklılık ) ilkesine dayanmayan, İnsan Hakları ve hukukun üstünlüğünü benimsemiş Avrupa Ortak Kamu Düzenini kurma amaçlı yeni bir hukuk “konsepti” ile bağlanmış olmaktadır.

<sup>29</sup> Bu ilke hakkında bk. Celal ERKUT, **Hukuka Uygunluk Bloku** İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi, İstanbul 1996, s. 103-109; Emin MEMİŞ, Türk Anayasa Gelişimleri Süreci (1808-1998) **Anayasa Hukuku Notları**, İstanbul 1998, 2. Bası (M.Ü. Tek. Eğitim F. Matbaası), s. 192-194.

<sup>30</sup> Bk. Seri A, No: 30.

<sup>31</sup> Bk. Seri A, No:24, 07.12.1976 T.

<sup>32</sup> Bk. Klasik görüşler için bk. PAZARCI, s. 18-23; bu çalışma, s. 11 vd.; değerlendirmeler için ÇAVUŞOĞLU, s.83 vd.

Sözleşme hukukunun ulusal hukuklara üstün olduğu yaklaşımını benimseyen İHAM ve Komisyonu organlarının tutumuna karşın, İHAS Hukukunun kurallar kademelenmesindeki hukuksal değerinin saptanmasının imzacı devletlere bırakılması, değişik eğilim uygulamalarını doğurmuştur. Örneğin düalist görüş ülkeleri, İHAS'ın iç hukuklarına yansıtılmamışlar ve bu bağlamda Sözleşmenin “doğrudan uygulanma” etkisine yetenekli olmadığı görülmüştür<sup>33</sup>. Bunun anlamı, kişilerin Sözleşmeden doğabilen hakları, ulusal mahkemeleri önüne getiremeyeceğidir. Söylemek gerekir ki, İngiltere ve İrlanda ulusal mahkemeleri, İHAS'nin (ki, onaylamışlardır) hükümlerini uygulamada kendilerini yetkili görmedikleri gözlenir<sup>34</sup>. Soruna bakış böyle olmakla birlikte, İngiliz mahkemeleri, kendi iç hukuk kurallarının düzenlemiş olduğu açık olmayan hak ve özgürlükleri yorumlarken, İHAS kurallarını dikkate aldığı gerçeğinin de altını çizmelidiriz<sup>35</sup>. Örneğin kararlarında “Sözleşmeye uygun yorum” yönteminin kullanıldığı gözlenir. Ama bu yöntemin de farklı kullanıldığı anlaşılmıştır. Şöyle ki: “Sözleşmeye aykırı olmama” (ya da üstünlük tanıma) yeğlendiği ve İngiliz yargısında İHAS ulusal hukukun bir parçası olmadığı vurgulanır. Kuşku duyulma hallerinde ise Sözleşmeden “yol gösterici” olarak yararlanıldığı yazılmıştır.

Sözleşme konusu yakın planda şöyle değerlendirilebilir:

### **BİR: İHAS'nin ulusal hukuklardaki yerini saptama biçimleri**

İHAS iç hukukların “bir parçasıdır” tezini kabul etmiş ulusların öncelikli sorunu, şu soruyu gündeme getirmektedir: Sözleşmenin kurallar kademelenmesi konumu nedir? Sorunun cevabı, ulusal hukuk uygulaması içindeki yerine bağlıdır. Çünkü Avrupa normunun iç hukuktaki konumu, “self-executing” (doğrudan uygulama) düzeyini farklı yaklaşımlara yöneltecektir. Sözleşmeyi “iç hukukun bir parçası” olarak niteleyen ülkeler, onu “usulüne uygun onaylama” ile kendi mevzuatlarına katmış olmaktadır. Herşeyden önce ulusal Anayasalar, Sözleşmenin yasa, yasaüstü, Anayasaüstü veya anayasal bağlamda değer kazanma yeteneğini saptar. Ne var ki, uygulamalara bakıldığında ulusal mahkemelerin İHAS'ne bakışları ve pozitif değerinin saptanmasında bu bakış açılarının çok önem taşıdığı akıldan uzak tutulmamalıdır.

<sup>33</sup> Bk. J.E.S. FAWCETT, *The Application of the European Convention on Human Rights*, Oxford 1987, s.6 vd.

<sup>34</sup> Bk. J.M. KELLY, *The Irish Constitution*, Dublin 1984, s.190-191; ÇAVUŞOĞLU, s.84.

<sup>35</sup> FAWCETT, s.67 vd.

Eğer taraf devlet, Sözleşmeyi yasaya eşdeğerde tutmuşsa, uygulama özel bir önem kazanır. Çünkü üst kural aşağıdakini programlar ilkesi, yargı kararlarıyla yönlenmekte, başka söyleyişle Sözleşme kuralları yeniden biçimlenebilecektir.

Federal Alman Anayasası (md.25,59), uluslararası genel hukuk düzenlemelerini birlik hukukunun sabit bir parçası olarak değerlendirmektedir(md.25). Ancak diğer maddesinde ise, birlik yasaları konularını düzenleyici sözleşmeler, duruma göre bir birlik yasası biçiminde yetkili organların birlikte kabulüyle çıkarılınca lüzumlu hale gelir. Sözleşmeyi iç hukukuna dahil eden Almanya, onaylamayı uygun bulma yasasında onu “yasa değer”inde değerlendirmiş, yargı yerleri de çeşitli kararlarında aynı durumu yansıtmışlardır<sup>36</sup>.

Federal Anayasanın anılan 25. maddesinin Devletler Hukuku düzenlemeleri ya da kuralları kavramı ile Sözleşmelerden kaynaklanan hukuk değil, devletler hukukunun diğer kaynağını oluşturan “uluslararası gelenek kuralları”nın kastedildiği belirtilmiştir. Bu cümleden olarak İHAS'nin 25. madde kapsamına girmediği (Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kararları bile Sözleşmenin yasa üstünde olamayacağı tezini benimser) savunulmuştur. Şu var ki, devletler hukuku genel düzenlemelerine Sözleşmenin de girmekte olduğu söylenebilir. Federal Anayasanın 59. maddesi federal yasaların çıkarılabilme usulü ile yetkili organlarca kabul edilip onaylanarak iç hukuka dahil edilmiş Sözleşmelerin onay yasasıyla bundan böyle yasaya eş değerde olacağı (örneğin 07.08.1952 tarihli onay yasası İHAS'ni onaylar) ve mahkeme kararlarında da benimsenmiş olan bu yaklaşımla İHAS'nin “doğrudan uygulanabilirliği”nin kabul olduğu gözlenir. Anayasa yaklaşımına göre, Alman federal(birlik) yasalarını içermiş olan Sözleşmelerin gereksinim doğduğunda “lüzumlu olacağı”, başka ifadeyle federal yasalar gibi uygulama alanına çıkacağı kaydedilmelidir.

Soruna böyle bakınca, sonradan yürürlük kazanacak yasaların Sözleşmeyle çatışması hali, yargı yerlerince aşılabilecektir. Ve yargının devreye sokacağı yorum aracı, Sözleşmenin yasaya üstünlüğü anlayışını kırabilecektir.

---

<sup>36</sup> S. BATUM, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İstanbul 1993, s.40.



Özetle, Alman yargı yerlerinin, yasamanın uluslararası andlaşmaları ihlâl edemeyeceği düşüncesinden hareketle “yasaların Sözleşmeye uygun yorumu”nu benimsediği gözlenebilir. İHAS'nin insan haklarına ilişkin olması da Sözleşme metninin “özel kural” olduğu savunusunu doğurur<sup>37</sup>.

Alman Anayasa Mahkemesi verdiği kararında (26.03.1987 T.), yasama iradesine açık bir biçimde zıt olmamak koşuluyla Sözleşme hükümlerine, sonraki yasa karşısında üstünlük verilmesi görüşünü paylaşmış ve önceki bir kararında (14.01.1960 T.) da Sözleşmeye aykırılık iddialarının Anayasa Mahkemesi önüne getirebilme olanağının olmadığına kararlaştırıldığına tanık olunur<sup>38</sup>.

Belçika Anayasasının(md.68) bir onay yasasıyla uygun bulunan İHAS metninin iç hukuktaki yerinin saptanması yaklaşımını Belçika Yargıtayının bazı kararlarında (örneğin ilke kararı boyutuyla 27.05.1971 tarihli karar dikkat çeker ve karar yaklaşımı yeni kararlarda sürdürülmüştür<sup>39</sup>) çözdüğü anlaşılmaktadır. Şöyle ki: Bir uluslararası hukuk kuralının iç hukuk kuralıyla çatışması halinde, iç hukuk düzeninde “doğrudan etkiye” sahip olduğu ve yasalar önünde iç hukuk kuralı karşısında üstünlüğünün esas olacağı kaydedilmiştir<sup>40</sup>. Belçika alt derece yargı yerlerinin Sözleşme hükümlerinin doğrudan etkili olduğunu kabul ettiği de izlenirken, Belçika Yargıtayının iç yasaların İHAS'ne “uygunluğu”nu denetlediği gözlemlenir<sup>41</sup>.

İtalya, Sözleşmeyi 1955 tarihli bir yasayla (Sayı:848) iç hukukuna dahil eder ve yasaya eş değer kılar<sup>42</sup>. İtalya Anayasa Mahkemesi, kendi Anayasasının (md.10/1)İtalya hukuk düzenin “uluslararası hukukun teamül kuralları”na uygunluğu amaçladığı, ama andlaşma hukukunun bu kapsama girmediğini belirler<sup>43</sup>. Oysa Sözleşmenin anayasal veya benzeri değer taşıdığı savunmalarının (md. 10/1 ve 2 bağlamında) yapıldığı bilinmektedir. Anılan madde (10/1), İtalya Hukuk Düzeninin uluslararası hukukun “genel kabul bulmuş ilkeleri”ne uyacağını söyler. 2. madde ise kişinin dokunulmaz

<sup>37</sup> Bk. Jochen A. FROWEIN, **Federal Republic of Germany**” in **The Effect of Treaties in Domestic Law**, London 1987, s.63-69; ÇAĞLAR, **Anayasa Bilimi**, s.53.

<sup>38</sup> Bilgi için bk. A.Z.. DERZEMCZEWSKI, **European Human Rights Convention in Domestic Law**, Oxford 1983, s. 109 vd.

<sup>39</sup> Bu yeni kararlar için bk. K Jacques VELU, “Belçika Yargıtayı Raporu”, **8. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı** (Ankara, 7-10 Mayıs 1990), C.4, Türk AMY. No: 19, s. 147-182.

<sup>40</sup> Bk. DERZEMCZEWSKI, s.64; FAWCETT, s. 10; ÇAVUŞOĞLU, s. 86.

<sup>41</sup> VELU, s. 146-148, 181-183.

<sup>42</sup> FAWCETT, s.15 vd.

<sup>43</sup> 153 Sayılı (06.03.1987 T.) ve 188/1980 Sayılı Karar için bk. ÇAVUŞOĞLU, s. 86 (dph. 6).

haklarının korunmasını içerir. Anayasa Mahkemesi, değinilen 2. maddenin yorumunda Sözleşme hükümlerine önem vermeyi tercih ettiği kaydedilmeli ve diğer mahkeme kararlarında İHAS ve İHAM kararlarının etkin bir yere sahip olmadığı da vurgulanmalı.

İHAS kurallar kademelenmesindeki bir başka yaklaşım, Sözleşmenin “yasaüstü” değere sahip olmasıdır: Örneğin Yunanistan, Kıbrıs ve Fransa Anayasaları hükümleri(sırasıyla md.28/1; 169/3;55) bu durumu yansıtır. Özellikle Yunanistan ve Kıbrıs yargı yerleri kararlarının uluslararası sözleşmelerin önceki ve sonraki yasalara üstün olma ilkesini benimsediği izlenebilir<sup>44</sup>.

Fransa Anayasasının 55. maddesi, usulüne uygun olarak onaylanan andlaşmaların ve anlaşmaların “yayınlanır-yayınlanmaz”, “karşılıklılık” kaydıyla yasalara üstün değer taşıdığı hükmü, mahkeme uygulamalarında bir birlik sağlayamadığı gözlenmiştir.

Fransa Anayasası 54. maddesi uyarınca<sup>45</sup>, 1974 tarihli bir Anayasa değişikliğiyle, yasaların Anayasaya uygunluğu denetimi için yasa tasarılarının bir ön denetim babında Anayasa Konseyine

<sup>44</sup> Kıbrıs Yüksek Mahkemesinin (20.01.1987 T. Karar) ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERİN üstünlüğünü “lex superior derogat inferiori” ilkesiyle desteklediği, 1960 tarihli Anayasanın Sözleşmeyi önceki-sonraki yasa karşısında üstün kıldığı anlaşılmakta, ancak Anayasanın altında yer aldığını da saptamıştır. İnsan Hakları Avrupa Kararlarının yüksek mahkeme kararlarında ağırlıklı olduğu vurgulanmalı. Yunanistan Anayasası (md.28), açık hüküm karşısında yargı yerlerinin Sözleşmeye sonraki yasalar karşısında üstünlük tanıdığı görülür. AİHS'nin önceki-sonraki yasa karşısındaki üstünlüğü, onu iç hukuka aktarmış olan 19 Ağustos 1987 tarihli bir yasaya (md.3) dayandığının da altı çizilmeli.

<sup>45</sup> 1958 Fransız Anayasası 54 ve 55. maddeleri kurallar kademelenmesi ve sözleşmelerin bu alandaki yerini gösterebilir. Ama belirtelim ki, bu maddeler yanında 1958 tarihli Anayasanın doğrudan yollama yaptığı ve Fransız Anayasa Konseyinin ANAYASALLIK BLOKU içinde kullanmış olduğu 1946 Anayasa BAŞLANGICI 14. FIKRASI, “Uluslararası Kamu Hukuku Kurallarına uymayı taahhüd eder”. Şu var ki, İHAS'nin bu fıkra içine girdiğinin kuşkulu olduğu yazılmıştır. Olsa olsa, Uluslararası Hukuka uymak için devlete yön gösteren bir ilke olabilir. Yine

“Uluslararası Kamu Hukuku Kuralları” kavramının özellikle “gelenek kuralları”na yönelik olduğu anlamını verdiği gözlenebilir. Buna bir destek olarak Alman Anayasası 25. madde gösterilebilir. Burada Sözleşme değil diğer kaynaklar, özellikle uluslararası gelenek kurallarının kastedildiği görülür. Dolayısıyla 14. fıkra bir yana, 54-55. maddeler Sözleşme Hukukuna ilişkin olmaktadır. Mahkemeler de Sözleşmeyi anılan yollama metninden ayırmıştır.

54. maddeye bakılırsa, başvuru üzerine Konsey, andlaşmayı Anayasaya aykırı bulursa, “andlaşmayı onaylama ve uygun bulma yetkisi”, bir Anayasa değişikliği operasyonundan sonra kullanılabilir. Madde metni, yazılış bazında Anayasa/Sözleşme arasında bir ast-üst değil, iki yöne çekilebilir sorun yaratmakta; örneğin, Anayasa ve Sözleşme arasında bağdaşmazlık saptanırsa, Anayasa çelişkisi ortadan kaldırılır yaklaşımı, Sözleşmeyi üste koymuş görünmektedir. İkinci olarak bir bağdaşmazlıkta Anayasa değiştirme gereği, Sözleşmenin yürürlüğünü durdurucu, başka ifadeyle Anayasanın üstünlüğünü çağrıştırmaktadır. Kısaca 54. madde kademelenme sorununu çözememektedir. İşte Anayasa Konseyi vurgulanan kararlarıyla “onaylama yasası” denetimiyle dolaylı olarak Anayasaya uygunluk ilkesini işletmiş olmaktadır (Bk. BATUM, s.49-50).

getirilme yetkisi tanınmıştır. Ve Konsey, gebelikle ilgili yasa (md.61) Anayasa ve İHAS 2. maddesi bağlamında “aykırılık” sorununu değerlendirmiştir. 1975 tarihli kararda, Konsey Sözleşmeye uygunluk denetimi yetkisini kendinde görmez. Ancak Konsey bir başvuru üzerine, andlaşmayı Anayasaya (md. 54) aykırı bulursa, “andlaşmayı onaylama yetkisi”, Anayasada değişiklik yapılmasından sonra kullanılması gerektiğine de işaret olunmuştur.

Fransız Anayasa Konseyinin sonraki kararlarında (1978 ve 1980 tarihli parlamenterlerin bir sözleşmenin onaylanmasına dair yasayı, Konseye sunabileceğini benimsediği görülür. Üstelik böyle bir denetimde sadece yasa ile sınırlı değil, ilgili olduğu Sözleşmeyi de kapsamına alacağı sonucunu üretmiştir<sup>46</sup>. Başka anlatımla Anayasa Konseyi, yasalar gibi Sözleşmenin de Anayasaya uygunluğunu denetleyebileceğini kabul etmiştir. Ne var ki, “onaylama yasası”nın denetlenebileceği, Sözleşmenin ise “doğrudan denetlenemeyeceği”ne işaret olunmuştur. Bu yaklaşımla, “onaylama yasası” iptal olunca, Sözleşme de geçersiz olmuş olacaktır. Elbette Anayasa değişikliği gerçekleştirilirse ya da “uyumsuzluk” ortadan kaldırılırsa sorun kalmayacaktır.

Fransa, İHAS’ni 1974 tarihli bir yasa ile onaylamış ve iç hukukuna dahil etmiştir. Artık “onaylama yasası” (değinilen iki karar tarihi düşünülürse) veya Sözleşmenin Anayasa Konseyi denetimine sunulamayacağı açıktır. Öyleyse Sözleşme, Anayasanın belirsiz 54. madde karşısında Anayasadan üstün olduğu savunulabilir. Anayasa Konseyinin Anayasanın altında değer verdiği sözleşmeler ise “onaylama yasaları” yürürlük kazanmış olanlar içindir.

Anlatılanlara karşın, Anayasa Konseyi yeni bir kararında (25.01.1985 T.), İHAS’ni yeniden denetim kapsamına soktuğu izlenir<sup>47</sup>. Burada Konsey, yürürlüğe girmeden bir yasayı denetleme olanağı bulduğunda, bu yasanın daha önce yürürlük bulmuş bir yasayla çatışması ya da o yasada değişiklik üretmesi halinde, itiraz yolu işletilmesiyle önceki yasanın dahi Anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisini kendisinde gördüğü anlaşılmaktadır. Bir örnekleme yaparsak, İHAS’ni tamamlayacak olan bir EK-PROTOKOL “onay yasası”nın denetimi doğduğunda, önceki

---

<sup>46</sup> BATUM, s. 50.

<sup>47</sup> Bk. ÇAĞLAR, “Parlamento ve Anayasa Mahkemeleri, Teori ve Pratikte Anayasa Yargısının Sınırları Sorunu”, **ANAYASA YARGISI**, Ankara 1987, s. 135 vd.

Sözleşme hükümleri denetleme alanına çekilebilecektir. Demek ki, yazılanlar Sözleşmeyi Anayasa altına itmektedir.

55. madde ise, “mütekabiliyet” koşulu ile sözleşme ve andlaşmalara, yayımından itibaren “yasalara üstün değer” tanımaktadır. Bu cümleden olarak, Fransa Anayasa Konseyi, yürürlük öncesi uygunluk denetimi yaparken, sözleşmelere aykırı yasaları iptal edilebileceği doktrinde savunulmuş, ancak bu varsayım, 1975 tarihli bir kararda ortadan kaldırıldığı görülmüştür. Kararda “üstünlüğün”, yasaların Anayasaya uygunluğu denetimi bağlamında sağlanabileceği belirtilmemiştir. Sözleşmelerin yasalara üstünlüğü “nispi bir nitelik” taşır. Çünkü 55. maddenin saptadığı “karşılıklılık kaydı” antlaşmaların yasalara üstünlüğünü nispileştirmektedir. Başka deyimle, sadece anılan “karşılıklılık “ sebebiyle andlaşmaya aykırı bir yasa, Anayasa’ya aykırı sayılamaz.

İlginçtir ki, Konsey, Sözleşmeye uygunluk denetimini “anayasallık denetimi” içinde değerlendirmemektedir; ama, “yasaların antlaşmalara uygunluğu denetimi”nin diğer mahkemelerce denetlenmesi gerektiğine karar vermiştir<sup>48</sup>.

Anayasa Konseyinin bu kararı, başka bir mahkemenin (Temyiz Mahkemesi) kararında (1975 tarihli “Cafes Jacques Vabre” Kararı) yön tayin edici olmuştur. Şöyle ki: AET Andlaşmasına, sonradan çıkarılmış bir yasaya karşı “üstünlük” tanımıştır. Kararın gerekçesi, değinilen 55. maddeye (yasaüstü değerde olma) dayandırılmış ve “mütekabiliyet” kaydının gereği (AET Andlaşması md. 170 düzenlemesi) olarak ulusal mahkemeler önünde ileri sürülemeyeceğinin altı çizilmiştir. 55. madde koşulunun andlaşmanın özel niteliği gereği dışlanması, klasik uluslararası andlaşmalardan değişik olarak, devletlerarası “mütekabiliyet” ilkesine dayanmayan İHAS için dahi, aynı sonucun üretildiği izlenir. Yukarda vurgulanan Konsey 1975 tarihli kararının İHAS’nin bu özelliğini hesaba katmamasının eleştirildiğini bilmekteyiz. Fransız Temyiz Mahkemesi, içtihadını koruduğu gibi, dava yeri mahkemeleri de bu yolu izlemektedir. Sözleşmeye aykırılık nedeniyle verilmiş olan başka örnekleri gösterebilme olanağı vardır.

Yine Fransa “Conseil d’Etat”ının andlaşmalara yasalar karşısında üstünlük tanımayan yaklaşımını değiştirdiği (1989 tarihli Nicola Kararı: Denizaşırı bölge vatandaşlarının Avrupa Parlamentosu

<sup>48</sup> ÇAĞLAR, Anayasa Bilimi Bir Çalışma Taslağı. İstanbul 1989, s.54.

seçimleri için “seçme ve seçilme haklarının konu edilmesi”) görülecek ve bir sonraki tarihli yasanın andlaşmaya aykırı olması sebebiyle uygulanmaması girişiminin mahkemenin yetki alanı dışına çıkarak “yasaların Anayasaya uygunluğu denetimi” yapması anlamını taşıyacağı görüşünden dönerek, sonraki tarihli yasanın AET Andlaşmasına uygunluğu denetiminde artık kendini yetkili gördüğü izlenecektir. Başka anlatımla, İHAS bağlamında değinilen karar yaklaşımıyla aynı sonucun elde edilmiş olacağı görülecektir.

Fransa Anayasa Konseyi yakın tarihlerde verdiği kararlarda Sözleşmeye uygunluğu ararken, yasa koyucuların andlaşma ve yükümlülüklerine, anayasa konumlu temel haklara uygun davranma gereği dile getirilecektir<sup>49</sup>.

Avusturya ise, 1964 tarihinde bir Anayasa değişikliğiyle AİHS'nin “anayasal değer” taşıdığını onaylar. Avusturya Anayasa Mahkemesi önceki kararlarında Sözleşmeye yasa değeri tanımıştır. Ancak değişiklikle, artık kurallar kademesindeki yeri açıkça anayasal değer konumudur.

Hollanda Anayasası 94. maddesi (kişileri bağlayıcı, hukuki etki doğurucu uluslararası andlaşma kurallarının veya uluslararası kuruluş kararlarıyla çatışan iç hukuk kurallarının uygulanmayacağını düzenler) ve 120. maddesi (ki, ulusal mahkemelerin andlaşmaların Anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisinin olmadığını saptar), İHAS'ne anayasal değer tanıdığı görülür.

Uluslararası andlaşmaların önceki ve sonraki tarihleri içeren yasaların, Anayasanın karşısında bile üstün olduğu savunulmuştur<sup>50</sup>.

İspanya ve Portekiz demokratik süreç Anayasaları, özellikle insan hakları ile ilgili uluslararası andlaşmalar konusuna ayrı bir yer tanımakta, klasik formüller dışında, “andlaşmalara uygun yorum” ilkesini öngörmektedir<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> 21 Ekim 1988 tarihli bir Konsey Kararı, seçim sistemini düzenleyen (1986 tarihli, 86825 Sayılı Yasa) yasayı, AİHS 1.ek-protokole (md.3) uygun bulmuştur. Diğer bir kararında (22.01.1990 T.), ANDLAŞMA, bağlantı ve haklara uygun davranma zorunluğu devlete ihtar olunmaktadır. Böylesi bir gelişim süreci, Anayasa Konseyinin İHAS'ni (açıkça belirtmiş olmamasına karşın), “anayasalık bloku” içine dahil edip etmediği sorusunu sordurma nitelik taşır (Bk. ÇAĞLAR, “Milletlerarası Anayasa Hukuku Kurulurken Anayasa Yazmak...” Mülkiyeliler Birliği... Anayasa Formuna Sunulmuş Tebliğ (13-14 Mayıs 1991), s. 39; ayrıca ÇAVUŞOĞLU, s.93).

<sup>50</sup> Bk. Henry G. SCHERMERS, “Netherlands” in The Effect of Treaties in Domestic Law, s.109, 111-113; Aktaran ÇAVUŞOĞLU, s. 93-94.

<sup>51</sup> ÇAĞLAR, Anayasa Bilimi..., s. 49-53. 1978 İspanyol Anayasasında (md. 10/2) sayılmış temel hak ve özgürlüklerin bu ülkenin onaylamış olduğu İNSAN HAKLARI ile ilgili andlaşmalara ve

Önemle kaydetmek gerekir ki, İHAM birçok kararında, Sözleşmenin ulusal hukuk bağlamında etkili bir biçimde uygulanması konusunda hiçbir yöntem öngörmediği izlenebilir. Bu halde, İHAS'ni iç hukuklarına aktarmış bulunan imzacı ülkeler, denetim işlevini ulusal yargı yerleri bazında gerçekleştirebilecek, aktarma yapılmaması halinde ise, denetim Sözleşme organlarıncı sağlanacaktır. Ne var ki, İHAS'nin kapsadığı hakları, kişilerin ulusal mahkemelerde ileri sürebilme olanağı Sözleşmenin doğrudan uygulanması yanında, ileri sürülebilecek kuralların da yeterince açık olmaları ve doğrudan uygulanabilme yeteneğine bağlı olduğu söylenmelidir<sup>52</sup>.

İHAS'nin I. Bölümü ve 1. maddesinin içerdiği hakların saptanması ve uygulanabilirliği, ulusal hukuk düzenlemelerine gerek bulunmadığını gösterir nitelikte olduğu savunulmuştur. Bu cümleden olarak, Sözleşme uygulamaları devletin geniş takdir yetkisi içinde bulunan "program" kuralları içermez. Çünkü İHAS, imzacı devletleri bağlamasına ek olarak, kişilere haklar tanıdığı metninde ayrıntılı düzenlemeler öngörmüştür. Örneğin kişilere tanınmış olan haklar ihlâlinde, ulusal makamlar önünde etkili sonuçlar doğurabilecek "başvuruda bulunma hakkı" (md.13) amaçlandığı açıktır.

Sözleşmenin bazı maddelerinin kesin ve yeterli açıklık taşımadığı yönünde ulusal mahkeme kararlarında ifadeler izlenebilir<sup>53</sup>. Dolayısıyla Sözleşme organlarının uygulama ve kararları yön tayin edici olacak, metnin açık ve kesin anlamı doğrultusunda "doğrudan uygulanabilir" nitelikli eğilimin güçlenmeye devam edeceği söylenebilir. Ancak İHAS'nin ulusal bazda uygulanabilmesi, metnin yazım biçimi dışında, konu ve amacının gerektirdiği durumla ilgili görüldüğü işaretlenmeli.

Özellikle İHAK, bir kararında (04.03.1991 T.) Sözleşmenin İNSAN HAKLARI temelinde "Avrupa düzenin anayasal bir belgesi" olarak nitelediği göz önüne alınırsa, İHAS'nin "üstün hukuk"u simgelediği anlaşılabilir. Doğaldır ki, bu tanımlama, ulusal hukukların Sözleşmeye uygun olmasını gerektirir.

Kısaca, Sözleşme ya da Avrupa normu, ulusal yargı makamlarını uygulamaya ve ona uygun yorum yapmaya

---

belgelere uygun yorumlanması" gerekmektedir. İHAS'nin İspanya anayasal sistemindeki üstünlüğü de değinilen bu madde içeriğiyle çakışmaktadır(Bilgi için bk. DERZEMCZEWSKI, S.160).

<sup>52</sup> ÇAVUŞOĞLU, s. 95.

<sup>53</sup> BATUM, s. 46-47.

zorlamaktadır. İHAM Kararlarını, başka ifadeyle yargı yetkisini imzacıların tanıması, başka ne anlama gelebilir ki...

### **İKİ: “Demokratik toplum düzeni gerekleri” ve İHAS Türkiye çekinceleri**

İHAS’ni ve zorunlu yargı yetkisini (İHAD’na başvuru yetkisini tanıma) benimseme karşısında şu soruyu sormalıyız: “Demokratik toplum düzeni gerekleri” ölçütü, 1982 Anayasa düzeninin benimsemiş olduğu “demokratik toplum düzeni”ni mi, yoksa “çağdaş çoğulcu ve özgürlükçü demokrasi anlayışı”nı mı yansıtmıştır?

Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu üyesi GÖLCÜKLÜ, şunları söylemişti: “Bu Anayasada ‘öngörülene’ gerek yoktur. Çünkü Türk ülkesinde kurulan demokrasi bu Anayasadaki demokrasidir, bu Anayasanın hükümlerine tabi demokrasidir. Fazla kelime kullanarak daha fazla yoruma yol açmamak gerekir...Onun için **demokratik toplum** dedik. Zaten bundan anlaşılan da Anayasamızın demokratik toplumdur, standardı da bellidir”<sup>54</sup>.

İHAS’nin 25. maddesine nazaran, “kişisel başvuru hakkının uygulanması”na yönelik Türk hükümetinin bir beyanında Sözleşmenin 8-11. maddelerinin ikinci fıkralarında<sup>55</sup>, yer almış “**demokratik toplum**” kavramı, 1982 Anayasasında yer alan kurallara, özellikle bu Anayasanın Başlangıç ve 13. maddesine uygun biçimde anlaşılması çekincesini getirdiği vurgulanmıştır<sup>56</sup>. Şu var ki, bu “beyan” daha sonra şu biçimi alır: Bu “beyanla Komisyona tanınan yetki bakımından Sözleşmenin 8,9,10 ve 11. maddeleri, dibacesi dahil Türk Anayasasında belirgin şekilde ifade edildiği üzere Türkiye’deki toplum yaşamını tanımlayan yasal ve gerçek vasıflar...” yansıtacak biçimde yorumlanmalıdır<sup>57</sup>.

Nihayet İHAS’nin “**yürürlükteki hukukun parçası olması**” demek, ulusal mevzuat bazında bağlayıcı ve “doğrudan uygulanabilir” anlamını taşır. İmzacı devletler belge metnindeki temel hakların korunmasını üstlenmiş demektir.

<sup>54</sup> **DANIŞMA MECLİSİ TUTANAK DERGİSİ** (19.08.1982 tarihli konuşma), C. 8,s.149.

<sup>55</sup> Bk. GÜNDÜZ, s.304-305.

<sup>56</sup> Bk. **R.G.**, Sayı: 19438, T. 21.04.1987.

<sup>57</sup> Bk. “Tebliğ: İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesinin 25 inci maddesi uyarınca Türk Hükümetinin Beyanı”, **R.G.**, Sayı:20760, T.19.01.1991. Ayrıca bilgi için bk. J. A. FROWEIN, “Reservations to the European Convention on Human Rights”, *Protecting Human Rights: The European Dimension...* **Köln: Carl Heymannsk Verlag KG, 1988**), s.193 vd.

Sözleşmenin “tanımayı taahhüd ederler” ibaresi (md.1) yerine “tanırlar” sözcüğünün kullanılmış olması, I. Bölümünde yer almış olan hak ve özgürlükleri tanıma yükümlülüğü biçiminde değerlendirilir<sup>58</sup>.

Danışma Meclisi tutanaklarına geçen şu cümleler de ilginç analizler doğurur: “Mesela milli güvenlik sebebiyle posta mersulelerinin gizliliğinin kaldırılması tedbirini düşünelim...Bu tedbir hürriyetin özüne dokunmama kriterine vurulduğu zaman, hürriyetin özüne dokunmaktadır...**demokratik toplum gerekleri** kriterine vurulduğu zaman **demokratik toplum gereklerine** aykırı değildir”. Yine “haberleşmenin gizliliğinin kaldırılması tedbirini öze dokunma kriterine vurduğumuz zaman...öze dokunulmuştur...Anayasa Mahkemesi iptal edecektir...Halbuki demokratik toplumun gereklerine uygunluk kriterine vurduğumuz zaman bu tedbir meşrudur”<sup>59</sup>.

Öyleyse, özgürlüklerin özüne dokunmama ölçütüne nazaran, demokratik toplum düzeninin gerekleri ölçütünün ilkinde oranla daha az güvence taşıdığı savunulabilir.

1982 Anayasası BAŞLANGICINDA (5. parğ.) “hiçbir kişi ve kuruluşun, bu ANAYASADA GÖSTERİLEN HÜRRİYETÇİ DEMOKRASİ ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkılamayacağı” yaklaşımından, “demokratik toplum düzeni gerekleri” ilkesi bağlamında 1982 Anayasasının öngördüğü “demokratik toplum düzeni”nin ifade olunduğu savunulabilir.

Anayasa Danışma Meclisi üyesi GÖLCÜKLÜ, eleştirileri cevaplarırken, yukarda değinilmiş düşüncelerine ters düştüğü ve şu ifadeleri söylediği görülecektir: “Komisyon böyle bir kavram ihdas etti, başımıza iş çıkardı, dediler. Komisyon ihdas etmemiştir efendim...Bağlı olduğumuz İHAS’ın her maddesinde aynıdır...Fert, ifade ve izhar hakkına maliktir. Kullanılması vazife ve mesuliyet tazammun eden bu hürriyetler demokratik bir toplulukta zaruri tedbirler mahiyetine olarak milli güvenliğin, toprak bütünlüğünün... Sağlanması için ancak ve kanunla sınırlanabilir. Bu kriter, ...bizimde dahil olduğumuz 21 Batı ülkesi camiasında Avrupa Konseyinde mevcut İnsan Hakları Divanı tarafından 1954 yılından beri uygulanan kriterdir, ... Bizim Batı Dünyasından ayrı bir demokratik toplum

<sup>58</sup> Ireland v. United Kingdom (18.01.1978 T.), **Series A, No: 25, s.91(parag.239)**.

<sup>59</sup> **DANIŞMA MECLİSİ TUTANAK DERGİSİ**, C.8 (TBMM Basımevi, 1982), s.147,149.



anlayışımız yoktur, kendimizi o camiada buluyoruz, aynı anlayışa sahip olduğumuz inancındayız<sup>60</sup>.

Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Anayasa gerekçesinde geçen “genellikle kabul gören demokratik rejim” anlayışından bahsedilmesi ve “esasen uluslararası sözleşme ve bildirimler de bu kıstası kabul etmişlerdir” denerek uluslararası sözleşmelere yollama yapıldığı gözlenirse, demokratik toplum düzeninin gereklerinden özgürlükçü (çoğulcu-çağdaş) demokrasi yaklaşımının 1982 Anayasası’na kabul olunduğu çıkarılabilir<sup>61</sup>.

GÖLCÜKLÜ’nün 1982 metninin kabul ettiği demokrasi için “genellikle kabul gören demisiz gerekçede; öyle dedik, bu genelliklerin anlamı şudur; içinden bir parçasını seçmek değil, herkesin kabul ettiği, genelin kabul ettiği”<sup>62</sup> tanımlamasından tek bir sonuç çıkarılabilir: 1982 Anayasasının son bir analizle kabul etmiş olduğu demokrasi anlayışı, yararlanmış olduğu AİHS, uluslararası andlaşma ve bildirimlerinin “demokratik toplum düzeni gerekleri” kıstasının içerdiği Batı Demokrasisi ya da Başlangıçta geçen “hürriyetçi demokrasi” yaklaşımıdır.

İHAS’ni kabul eden Türkiye, **İHAK’na Kişisel Başvuru Hakkında Tebliği** ile taraf olduğu AİHS’nin 25. maddesi uyarınca **Komisyonla kişisel başvuru hakkını** 22 Ocak 1987’de tarih ve 87/11439 Sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla tanımış ve hükümetin bu kararına ilişkin beyanı Ocak 1987 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterine “tevdî” edilmiştir. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN ZORUNLU YARGI YETKİSİNİ ise Resmi Gazete’de 27 Eylül 1989’da yayınlanmış tanıma **BEYANI** ile gerçekleşmiştir<sup>63</sup>. Komisyon ve İHAM kararlarının Türk Devletini bağlayıcılığı açıktır. Bu durum Batı Demokrasisi bağlamında bir bütünleşme gelişimini yansıtır. Başvuru hakkını tanıma AİHS’nin 25. maddesi uyarınca şu çekincelere bağlanmıştır: **1-** “Başvuru hakkının tanınması, sadece Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının uygulandığı sınırlar içindeki topraklarda Türk Kamu Makamlarının fiillerine ve ihmallerine dair iddiaları kapsar”, **2- BEYANLA** Komisyonla tanınan yetki yönünden, Sözleşmenin 15. maddesindeki özel durumlarda, Türkiye’nin

<sup>60</sup> DANIŞMA MECLİSİ TUTANAK DERGİSİ, c.8, s.154.

<sup>61</sup> Bk. E. ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, 1986, s. 88 VD., Kemal DAL, *Türk Esas Teşkilatı Hukuku*, Ankara 1984, s.165; B. TANÖR, *İki Anayasa: 1961-1982*, İstanbul 1986, s.136 vd.; İ. KABOĞLU, *Kolektif Özgürlükler*, Diyarbakır 1989, s.277.

<sup>62</sup> DANIŞMA MECLİSİ TUTANAK DERGİSİ, C.8, s.88-89.

<sup>63</sup> Bk. R.G., Sayı:19438, T. 21.04.1987; R.G., Sayı: 20295, T. 27.09.1989.

Sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini “kısıtlamasını gerektirecek durum ve şartlar”, Anayasanın 119-122. maddeleri ışığında yorumlanmalıdır<sup>64</sup>, **3-** Yetki, askeri personelin hukuki statüsünü ve özellikle, Türk Silâhlı Kuvvetlerinin disiplin sistemini kapsamaz<sup>65</sup>, **4-** İHAS'nin 8,9,10 ve 11. maddelerinin 2. fıkralarında yer almış “demokratik toplum” kavramı, Anayasada yer alan hükümlere ve özellikle “Anayasanın dibacesi” ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasından söz eden Anayasanın 13. maddesine “uygun olduğu şeklinde” anlaşılmalıdır<sup>66</sup>, **5-** Anayasanın 33, 52 ve 135. maddeleri, Sözleşmenin 10 ve 11. maddelerine “uygun olduğu şeklinde” anlaşılmalıdır.

BEYAN, BİLDİRİM tarihinden sonra meydana gelebilecek olaylara ve bu olayları içeren hükümlere dair iddiaları kapsar ve bildirim tarihinden itibaren 3 yıl için geçerli olacaktır<sup>67</sup>.

Kişisel Başvuru, İHAS ile güvenceye kavuşturulmuş olan Hak ve Özgürlüklerin imzacı devlet tarafından ihlâl edilmiş olduğu iddiasıyla yapılabilir(Tebliğ,md.2). Hak ve özgürlüklerin hangisi olduğu Resmi Gazete’de yayınlanmıştır<sup>68</sup>.

Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları Divanının Yargı Yetkisini Tanımaya İlişkin Beyanı<sup>69</sup> ve İHAS 46. maddesi uyarınca, KARŞILIKLILIK koşuluyla zorunlu yargı yetkisini de tanımış bulunmaktadır. BEYAN bildirim tarihinden itibaren 3 yıl geçerli olup bildirim takip eden günlerde ortaya çıkabilecek olaylara ve böyle olaylara ilişkin mahkeme kararları konularını kapsayacaktır.

Özetle bu başlıkta yazılanlar, uluslararası normların Türk Kamu Makamlarını, yargıyı çekinceler içinde ve dışında bağladığını göstermektedir. Özellikle “demokratik toplum” kavramının Anayasanın 13. maddesi ışığında “yorumlanması” gerektiği konusu kritik bir önem taşımaktadır. Ve uluslararası bir kuralın gerektiğinde Anayasaya uygun yorum yapılması gereğinin altının çizilmesi, Avrupa normuyla ulusal mevzuat bütünleşmesinde, Anayasanın egemenlik anlayışının önde gittiğini yansıtır. Ancak Anayasanın 15. maddesinde vurgulanan

<sup>64</sup> **BEYANIN** bu bölümü, 92/2982 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla kaldırılmıştır (R.G., Sayı:21234, T. 21.05.1992).

<sup>65</sup> Bu **BEYAN** da bir önceki dipnotta anılan kararlar kaldırılmıştır.

<sup>66</sup> **BEYANIN** bu bendi de önceki dipnotlarda anılan kararlar kaldırılmıştır.

<sup>67</sup> A.GÜNDÜZ, **Millîterarası Hukuk Temel Belgeler Örnek Kararlar**, İstanbul 1998, s.339-340; ayrıca H.T.FENDOĞLU, **Hukuk Bilimine Giriş**, İstanbul 1997, s.184.

<sup>68</sup> Bk. **R.G.**, Sayı:8662, T.19.03.1954.

<sup>69</sup> Bk. **R.G.**, Sayı: 20295, T.27.09.1989; **R.G.**, Sayı: 20384, T. 26.12.1982.

“uluslararası kuralların ihlâl edilmemesi” yasağı, Avrupa normuyla bütünleşmeyi gösterebilir. Bu önemli çatışmaların olması durumunda Anayasa ve diğer üst yargıçların “uluslararası hukuka açıklık ilkesi”ni işleteceği ve içtihadını oluşturmaya devam edeceği ve Anayasanın demokratik devlet (md.2) niteliği değişmezliğini uygar ulusların uygulamaları doğrultusunda yaşatacağı açıktır. Başka anlatımla çatışma yargıcı hukuku söyleyecektir.

Ancak asıl sorun, uygulamada dikkatimizi çeker: Uluslararası sözleşmelerin iç hukukumuzun birer parçası olmalarına rağmen “doğrudan uygulanabilir” nitelikte olmamaları; başka söylemlerle, bu Sözleşmelerden doğan hakların nasıl kullanılacağına yasalar ile düzenlenmesi gerektiği sorunudur<sup>70</sup>. Yapılacak iş, her halde

<sup>70</sup> **Başbakanlık Personel ve Prensipler Genel Müdürlüğü 20 Kasım 1997 TARIHLİ ve B.02.0.PPG.0.12-383/26654 Sayılı Genelgesi...**

“Doğrudan uygulanabilirlik” sorunu, uluslararası-ulusal hukuk ilişkilerinin önemli bir boyutu olarak karşımıza çıkar. Bu kavram 2 anlamda kullanılır: 1- Geniş anlam (Uluslararası kuralın anayasal yöntemle çıkarılmasından sonra “emredici” güce sahip olması; ulusal makamların hiçbir müdahalesi olmaksızın uygulamaya yöneltmesi hali. Bu anlamda İHAS, Türkiye’de, Almanya’da, Belçika ve Avusturya’da “uygulanabilir” nitelikli olarak değerlendirilmekte, İskandinav ülkeleri, İngiltere ve İzlanda’da ise “uygulanır” nitelikte olmadığı kabul olunmaktadır). 2- Dar anlam (Mahkemelerin önlerine gelen bir davada İHAS’ni, “uygulanacak kural” olarak kullanabilecekleri anlamını simgeler).

1948 İnsan Hakları Bildirgesi (Başlangıcı) ve 1966 Kişisel ve Siyasal Uluslararası Sözleşmesi (md.2), üye her devletin hakların korunma ve güvenceli hale getirilmesi için ulusal makamların alacakları yasal ve anayasal işlemlerin gerekliliğine işaret etmektedir. Bu iki belgeye göre, “onayla” iç hukuklara girmeleri gerçekleşir; ne var ki, kişiler yararına mahkemeler önünde doğrudan ileri sürülebilecek haklar tanıdıklarını söyleyebilme olanağı yoktur.

İHAS ise, bu belgelerden amaç, konu ve içerik bağlamında farklar taşır. Dolayısıyla mahkemeler önünde “doğrudan uygulanabilir”, ileri sürülebilir bir metin düzeyinde gözlenir.

“Doğrudan uygulanabilirlik” koşullar, tarafların amacı, Sözleşme hükümlerinin konusu ve biçimini içerir. Sözleşmenin 1. maddesi bağlamında, tarafların kendi yargı yetkileri içinde herkes için hakları “tanırlar” sözcüğüne yönelik olarak Divan bir kararında yalnızca devletleri bağlayıcı değil; onların yargı yetkileri içindeki herkese hakların doğrudan tanınacağı tanımını yapmıştır. Taraflar bu amacı ortaya koymuştur.

İHAS’nin doğrudan uygulanabilmesi koşulunun ikincisi “konu” sudur. Özellikle I. Bölüm hükümleri, uygulanma kurallarına gereksinim göstermeden bireyler yararına “subjektif haklar” düzenlemiştir. Devlet ve bireyler için yasaklar söz konusudur .

Sözleşme hükümlerinin 3. Koşulu “biçim” olup bunu yapanların amacı saptanmakta, üstelik İHAS’nin doğrudan imzacıların ulusal hukuklarında uygulanması, açıklıkla yansıtılmıştır. Bir kuralın doğrudan uygulanabilmesi için, kesin, ayrıntılı düzenlenmesi gerekir ve “yeteri derecede tam ve belirleyici olma lüzumu vardır. Sözleşme, işte diğer andlaşmalardan farklı, anılan koşullara uyan hükümler getirmiştir. Örneğin 3-7. maddeler kişi ve devlete yasaklar koyarken, 8-11. maddelerin 2. fıkralarında hakların sınırları-ulusal makamların uyma zorunluğu sınırları, ayrıntılı biçimde kaleme alınmıştır. Sözleşmenin hazırlık çalışmalarında, genel ilkeler biçiminde yazım değil, ayrıntılı yazım görüşü benimsenmiştir. Nihayet Sözleşmenin bütün hükümlerinin mahkemelerde uygulanmasının zorunlu olmadığı, Avusturya Anayasa Mahkemesi Kararında (27.06.1960) dile getirilmiş; ancak İHAS’nin ulusal hukuklara dahil bulunduğu, yasa gücünde olduğu ve 6. maddesi gibi genel içerikli (program hüküm) hükümlerin ise “doğrudan uygulanabilir” değil “yol gösterici” olduğu vurgulanmıştır. Doktrin ve içtihatlarda “program nitelikli hükümlerin” doğrudan uygulanamayacağı ancak “zorlayıcı” nitelik taşıdıkları ifade olunmuştur. (Bk.BATUM, S.41-46).

andlaşma taraflarının ulusal mevzuatlarını, uluslararası normlara paralel hale getirme çabasıdır.

## Değerlendirme

### 1.) Anlatılanlar ışığında bazı saptamalar

Önce gözlemler, **uluslararası hukuk, uluslararası teamüller ve hukukun genel ilkeleri** biçimindeki uluslararası kaynakların iç hukuklara yansımaları(ulusal mevzuata giriş yöntemleri) ya da nasıl yansıtılacağı yollarına ilişkin olarak Anayasalarda açık hükümler bulunmadığını göstermektedir.

1787 yılından bir ABD Anayasası, “Bu Anayasa kapsamında Birleşik Devletlerce çıkarılacak tüm yasalar(madde VI 2. Kesim) ile Birleşik Devletlerin yetkisi dahilinde yapılarak onaylanmış ve onaylanacak tüm andlaşmalar ülkenin üstün hukuku sayılacaktır” biçimindeki bir hükmü içermektedir. Aynı yönde Federal Alman Anayasası” **Devletler Umumi Hukukunun “umumi kaideleri”, federal -birlik- hukukun değişmez parçasıdır (“Mütemmim cüzü”dür). Bu kurallar yasalardan önce gelir ve federal toprak “sakinleri” için doğrudan doğruya haklar ve sorumluluklar doğurur**”<sup>71</sup> demektedir. Yine bu Anayasaya göre, “**Alman Federal Devletinin siyasal ilişkilerini düzenleyen veya federal yasama konularına “taallük” eden Andlaşmaların kabulünde, usulüne uygun federal bir yasa biçiminde kabulü veya duruma göre yetkili makamlar katılımıyla federal yasamaca onaylanması gereklidir. İdari anlaşmalar, federal idare hükümlerine uygun olarak geçerli olur**”(md.59/2). Demek ki, uygulamaya konulabilmesi için yalnızca idari düzenleme gerektiren anlaşmalarda “onay yasası” aranmayacaktır ve onay yasalarının normal yasalar gibi Federal Anayasa Mahkemesi uygunluk denetimine bağlı kılındığı anlaşılmaktadır. 1958 Fransız Anayasası ise usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş andlaşmalara yasaüstü değer tanımına karşın, Anayasanın uluslararası andlaşmalara tanınması gerekli “hukuki değer”i yansıtmadığı ve yazılı bir “çatışma normu”na yer vermediği gözlenir. Fransız içtihadı yaklaşımına bakıldığında, andlaşmalara yasalara eş değer tanındığı ve Anayasanın çeşitli kurallarından “uluslararası hukuka açıklık” ilkesiyle “lex posterior” ilkesinin sınırlanmasının amaçlandığı izlenebilir. Söz konusu “açıklık” ilkesiyle

<sup>71</sup> Bk. 23 Mayıs 1949 tarihli Federal Alman Anayasası md.25 (Deutsche Gesetze EL. 57 Juni 1980).

“yasaların önceki andlaşmalara uygun bir yorumu”nun yapıldığı ve böylece içtihadî yaklaşımlarla yasalara nazaran andlaşmalara “pratik bir üstünlük” tanındığı görülebilir. Özellikle, Anayasanın 1-2. maddelerine yollama yapılarak İHAS’nin “anayasal değer” taşıdığı savunulmuş, şu var ki, bu savunu doktrin birliğine ulaşamamıştır. Kısaca denebilir ki, 5. Cumhuriyet Fransız Anayasasında “mütekabiliyet” ilkesi sınırlandırılmış olmakla birlikte anılan ülkeler **aynı esası** paylaşır: “Usulüne uygun olarak onaylanmış andlaşma ve anlaşmalar, karşı tarafça uygulanma koşuluyla yasalardan üstün sayılırlar”. Buradan şu yargıya varma olasıdır: Mahkemeler ve bu arada Alman Anayasa Mahkemesi, Fransız Anayasa Konseyinin takinacağı tutumda, herhalde yasaların-Anayasayla birlikte “usulüne uygun olarak onaylanmış andlaşmalara” da uygun olması gerekecektir<sup>72</sup>.

1947 İtalya Anayasası da kurduğu hukuk düzeninin, uluslararası hukukun “genellikle kabul edilen kurallarına uyar” hükmünü öngörmüştür(md. 10). Şu var ki, Fransa ve İtalya için hukukun genel ilkeleri ve uluslararası teamüllerin hukuk düzenlerine dahil olması için ayrı bir işlem zorunluğunun olup olmayacağı yönünde açıklık bulunmamaktadır. Belki, Alman Anayasası 25. maddesi bazında, uluslararası genel ilke ve teamüllerin başkaca işlem gerekmeksizin uygulanabileceği söylenebilir; ancak yargı yerlerinin uygulamaları sorun olduğunu göstermekte ve “uygun yorum” aracının devreye sokulduğu gözlenebilir.

Kaydetmek gerekir ki, uluslararası hukukun genel ilkeleri ve teamüllerin iç hukuka nasıl girebileceği Anayasalarda açıkça olmamasına karşın, bunların uluslararası hukukun “yazılı olmayan kaynakları” olma özelliği dikkate alınmalıdır. Bu kurallar daha çok, yazılı kaynak bulunmadığı hallerde, uluslararası yargı yerlerinin başvuru araçlarıdır. İç hukuk düzenlerine baktığımız zaman, anılan kaynakların ulusal yargı yerleri yazılı kaynak bulamadığı zaman çözüm için başvurdukları kurallar olarak da izlendiği görülür. Bu bağlamda uluslararası teamül ve hukukun genel ilkelerinin iç hukuka yansıtılmasında yeni bir ulusal hukuk işlemine gerek olmadığını düşünme olanağı bulunabilir. İşte bu durumda devreye andlaşmalar girmektedir. Yansımanın nasıl olacağına yukarıda değinilen görüşler yardım eder:

---

<sup>72</sup> Bk. SOYSAL, s. 15; ÇAĞLAR, *Anayasa...*, s. 52-53.

**İkinci görüş,** uluslararası kuralın iç hukuka girmesi için, Anayasa, yasa veya bir idari işlem ile ulusal hukuk kuralına dönüştürme zorunluğu vardır. Görülüyor ki, burada söz konusu olan uluslararası işlem andlaşma değil, bunu ulusal hukuk kuralı haline sokan “ulusal hukuk işlemi”dir. Başka anlatımla, iç hukukta etki doğuran andlaşma kuralı değil, onun kurallarını yineleyen Anayasa, yasa veya idari düzenleme içeriğidir. Ayrıca bir işlem yapılmamışsa, yargıç iç hukuku uygulamak durumundadır. Anıldığı üzere İngiltere, İskandinav devletleri ve İrlanda, İzlanda bu sistemi benimsemiştir<sup>73</sup>.

**Tekçi görüşü** benimsemiş devletler için bir andlaşmanın iç hukuk düzenine dahil olması için ayrıca bir ulusal işlemin yapılması, böylelikle andlaşmanın ulusal kimlik kazanması veya uluslararası hukuk kuralının iç hukuk kuralına dönüştürülmesi zorunluluğu yoktur<sup>74</sup>. Azınlıkta olan ülkelerin benimsediği ikici(düalist) anlayışta ise uluslararası hukuk kuralının ulusal hukuka girebilmesi için bir yasa ya da idari bir işlem haline getirilmesi gerektiği vurgulandı. Başka anlatımla ulusal hukuk yönünden söz konusu olan andlaşma değil, iç hukuk işlemidir. Andlaşma yürürlüğü son bulsa bile iç hukuk işleminin yürürlüğü sürecek demektir. Ama tekçi yaklaşım, ulusal hukuk organlarının onayı ile andlaşmanın iç hukukun bir parçası olacağını içerir. Anayasalar bu yaklaşım bağlamında sadece andlaşmaların iç hukukta uygulanmasına olanak veren bir iç hukuk işlemi zorunlu bulunmaktadır. Örneğin bu Sözleşmenin veya andlaşmanın Resmi Gazete’de yayımlanması olabilir<sup>75</sup>.

Gözlemler, Türkiye’inde aralarında bulunduğu birçok devlette, uluslararası andlaşmaların onaylanması, “onaylanmayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır”. Değinen bu yasa normal yasa prosedürüne bağlı olarak Meclisçe yapıp Cumhurbaşkanı tarafından imzalanarak Resmi Gazete’de yayınlanacaktır. Yayımla geçerli olan, iç hukuk işlemi değil, usulüne göre yürürlüğe konulan andlaşmadır. Demek ki, düalist anlayışın aksine, andlaşma ortadan kalkarsa, yapılmış olan işlemlerle beraber “bağlılık” da ortadan kalkar. Özetle, tekçi görüşü benimsemiş Anayasalar, andlaşmanın Anayasa ile saptanan formüllerle yapıp onaylanınca ayrı bir işleme gerek olmadan iç hukuk kuralına dönüşürler ve Anayasa kuralları herkesi

<sup>73</sup> Bk. SOYSAL, s. 14; BATUM, s. 29-30, 35-39; Necmi YÜZBAŞIOĞLU, Türk Anayasa Hukukunda Anayasallık Bloku, İstanbul 1993, s. 15-16.

<sup>74</sup> BATUM, s. 30; SOYSAL, s. 15.

<sup>75</sup> İsviçre ve 1946 Fransa Anayasaları (md.25). Almanya, Fransa, İsviçre, İspanya, İtalya, Hollanda, Portekiz, Malta, Yunanistan ve Türkiye’de Sözleşmeler iç hukuk işlemi niteliğini taşır (BATUM, s.30, dph.55).

bağlayacağına göre, andlaşma doğrudan uygulanma düzeyine yükselmiş olacaktır.

Türkiye, ABD, F.Almanya formüllerinde, bir iç hukuk işlemi gereksinimi olmaksızın ulusal hukuka dönüşüm biçimlerinin benzeştiği savunulabilir<sup>76</sup>.

Oysa ki, tekçi, düalist kuramları kesinlikle tanımış ülkelerde olduğu kadar, Türkiye gibi bazı ülkeler için bu kuramlar bakımından aynı şeyler söylenemez. Örneğin gerek 1961, gerek 1982 Türk Anayasaları (md.65 ; md.90) ilginç durumlar yansıtır: **“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir”** (md, 65 son, md.90 son). Bu hüküm, ilk bakışta bizi tekçi kuramın benimsendiği düşüncesine getirir. Ama bir koşulla: Bu hükümle çatışan başka hükümler olmasaydı... Söz konusu hüküm aynı kalsaydı, bilinen kademelenme teknikleriyle(önceki-sonraki, genel-özel ya da aynı konuda son olarak konmuş hüküm uygulanışı...gibi) sorunları yargıç kolayca çözebilirdi. Ne var ki, Anayasa uluslararası andlaşmalar için “aykırılık yasağı” getirmiştir. Bu durumun kanımca bir istisna hüküm oluşturduğu ya da bir ayrıcalık doğurduğu ve uluslararası yükümlülüklerin ağır sorumluluk getirebileceği kaygısıyla konulduğu savunulabilir. O zaman andlaşma iç hukukta bir çelişki yaratmışsa, Anayasaya aykırılığı giderici bir yasa çıkarmak veya Anayasa değişikliğine gitmek gerekecektir. Ne var ki, bu işin bir yönünü içermektedir. Çünkü aykırılık yasağı sadece devlet güvenliği ve sorumluluğu açısından değerlendirilirse uygun olur diye düşünebilirsiniz. Anayasa koyucu işin bu yönünü düşünerek, daha başlangıçta bir ön denetimle sorunsuz andlaşma kabulünü istediği görülebilir. Oysa, soruna KADEMELENDİRME açısından bakıldığında ve kademelendirmeye getirebileceği değişiklik düşünülürse bizi ilginç sonuçlar beklemektedir. Diyebilirsiniz ki, aykırılık denetimi yasağı andlaşmayı yasaya göre daha üstün kılmaktadır. Ancak soruna “lafız” bazında bakılınca andlaşma sadece bir yasa değerini içerir. Ve bir

<sup>76</sup> YÜZBAŞIOĞLU, s.17. Başbakanlığın yukarda değinilen genelgesi aynı durumu paylaşmıyor. Bk. s.22-dpn.47. Çünkü andlaşma prosedüre uygun iç hukuka dahil olsa bile, bu kez “doğrudan uygulanabilirlik” sorunu boyutu ortaya çıkmaktadır.

Kaydedilmeli ki, yukarda dipnot 69’da anılan 2 belgede görülebileceği üzere İHAS dışında onaylanarak yürürlüğe konulmuş olan andlaşmaların “doğrudan uygulanabilirliği” bulunmamakta, bunların iç hukukta uygulanabilmeleri için yasal düzenlemeler gerekmektedir. Gerçi söz konusu andlaşmalar Anayasanın 90. Maddesine usulüne uygun olarak onaylanıp yayınlandı mı “kanun gücünde” olacak ve “bağlayıcı” yetenek kazanacaktır. Ancak vurgulanan 2 belgenin yansıttığı gibi, uygulanabilirlik bir iç hukuk düzenlemesini gerektirmektedir. Uygulamada mahkeme kararlarında görüleceği üzere, andlaşma-yasa çatışmasında yasanın uygulanması gerektiği, andlaşmanın nasıl uygulanması gerektiğine dair yasal düzenlemenin bulunmadığı yinelemesinin yapıldığı görülebilir.

yasa kadar işlev görebilecektir. Burada kaydedilmesi gereken husus, taraf devletin andlaşmaları yaparken sorunları bilebilecek durumda olması ve gerekirse çekinceler koyarak sonuca gitmesidir. Örneğin sorunların bilincinde olan Türkiye, İHAS'nin EK Birinci Protokolünün 2. maddesine ÇEKİNCE koymuş ve bunu 6366 sayılı 1954 tarihli bir yasanın 3. maddesine dayandırdığı görülmüştür<sup>77</sup>. Böylelikle ünlü 'inkılâp' yasası (430 Sayılı ve Anayasa mad.174) yürürlükte kalmış olur. Eğer ÇEKİNCE konmasaydı, sözkonusu protokolün 2. maddesi ile çelişen 'inkılâp' yasası "varlığı" imzacı taraflarca benimsenmiş olan, "dolayısıyla giderilmesi zorunlu olmayan bir çelişki" niteliği kazanamazdı. Demek ki, bir devlet andlaşmaları imzalarken sorunları bilerek imza atma aşamasına ulaşıyordu. Belki de bu durum, SOYSAL'ın dediği gibi "uluslararası sözleşmelere yasalardan biraz farklı, Anayasaya yaklaşıcı, en azından Anayasaya yeni bir anlam ve yorum kazandırıcı bir ağırlık tanımak oluyor". Esasen Anayasa gerekçesine göre, andlaşma onaylanmadan bir tür ön denetim zorunluğu vardır ve böylece anayasal düzene aykırılıkların daha başta giderileceği düşünölmüştür. Anayasa "aykırılık savı" yasağı getirildiğine göre, çatışan hükümleri Anayasa ile birlikte düşünmek ve Anayasayı birlikte yorumlamak gerekecektir. Anayasanın andlaşmaya "kanun" gücü tanınması karşısında, andlaşma ile Anayasayı aynı potaya sokması ve YHA'nın yasaların Anayasaya uygun yorumunda olabileceği gibi "uygun yorum" tekniğine başvurulması akla daha yakın gelmektedir.

Birlikte yorumlama noktası, hak ve özgürlüklere ilişkin yasaların Anayasaya uygunluğu sorunu denetime tutulurken çok önem kazanacaktır. Çünkü usulüne uygun ve bilerek bir andlaşmayı yürürlüğe koyan devlet, çıkardığı yasanın andlaşmaya göre hak ve özgürlükleri daha sınırlayıcı boyutlarda olması hali, hele bir ÇEKİNCE koymadan bunu gerçekleştirilmesi, doğrusu rahatsız edici boyutlarda göze batacağıdır. Başka anlatımla, andlaşmaya imza koyan devlet, Anayasasına aykırı olmadığı varsayımıyla hareket etmiş olmaktadır. En azından Anayasayı bu yönlü yorumlayarak andlaşmaya imza koyacaktır. Öyleyse hak ve özgürlükleri daha sınırlayıcı bir yaklaşımda bulunan yasama artı yürütme iradesi, andlaşmaya imza koyma iradesiyle çatışma doğuracaktır. İşte Anayasa Mahkemesi hakkı kısıtlayıcı bir yasayı denetlerken, aynı iradenin çelişkilerinde andlaşma idaresini, yasanın sınırlayıcı iradesine üstün tutarak özgürlükçü bir Anayasa yorumu ışığında uluslararası andlaşmalara özel bir yer tanıdığı olan Anayasanın ruhuna uygun düşebilecek bir

<sup>77</sup> PROTOKOLLER için bk. GÜNDÜZ, s.312-339 ve R.G., Sayı:8662, T.19.03.1954.



yorumla, uluslararası insan hakları yeni gelişiminin iç hukuka yansımaları hızlandırmış olacak ve Anayasaya yeni bir dinamizm getirmiş olacaktır. Zaten söz konusu yansıtılma Anayasaların yapılışı sırasında olmaktadır. Örneğin 1982 Anayasası kişi özgürlüğü ve güvenliği (md.19) ilkesi nerdeyse İHAS'nın 5. maddesinin koşullarını yansıtmış olmaktadır. Şu var ki Anayasalar öyle kolay yapılmadığına göre yapılabilecek tek iş, başka ifadeyle uluslararası gelişmeleri "bir ülkedeki Anayasa düzenine yansıtmanın yolu", Anayasa yorumlarında andlaşmaların yardımına başvurmayla olabilecektir.<sup>78</sup>

Bütün bu değerlendirmeler yanında, 1982 Anayasasının uluslararası yükümlülüklerin "ihlâl edilmeme kaydı" (md. 15) andlaşmaları, son bir yaklaşımla yüksek profilli ya da üstün parça haline getirmekte, ölçü norm kapsamına sokmaktadır. En azından bu düşünce tarzı, daha ağır basmaktadır. Geriye çelişkileri gidermek kalmaktadır. Bu da yargıcın kullanacağı araçlarla hukuk düzeninin birliğini sağlaması zorunlu biçimde sürecektir.

Uluslararası Özel Hukukla Uluslararası Hukuku birbirinden ayırmalıdır. İlkinin düzenleyen özel bir yasamız vardır. Yasa, ulusal yargı yerlerinin uluslararası yetkilerini, yabancı yargı yerleri kararlarının tanınması-tenfizi, özel hukuk andlaşmalarının durumunu düzenlemiştir. Sorunların çözümüne bu yasa yer vermekte ve anlaşmalara ulusal düzenlemelerüstü değer verdiği görülmektedir.

İHAK ve İHAD'nın verdiği kararların iç hukuk uygulanması nasıl olur?

Sonuçları nedir?

Sözleşmeye aykırı bir yargı kararı verilirse durum nedir?

Uygulama hesaba katıldığında, Komisyon kararları ya Bakanlar Komitesi onayı veya Divandan geçerek zorunlu, uluslararası bir yargı kararı niteliğini doğurur. Geçen zamanda bunu uygulamayan bir devlet olmadı. Üstelik Sözleşmede "yürütmenin durdurulması" kararı verme yetkisi Komisyona tanınmamış, ancak Komisyon iç tüzüğünü yaparken, belirli konularda böyle bir karar alabileceğini öngördüğü izlenir. Bu öngörüye bile her devletin uyduğu gözlenebilir<sup>79</sup>.

<sup>78</sup> Bk. SOYSAL, s. 16-17.

<sup>79</sup> GÖZÜBÜYÜK, "Uluslararası...", s. 21-22.

Komisyon ve Divan bir imzacı devletin çıkardığı yasanın Sözleşmeye aykırı olduğu kararını verirse, bu kararın uygulanması ve ihlâl son verilmesi için yasanın hatta Anayasa kuralının İHAS'ne aykırı olması halinde Anayasanın değiştirilmesi gerekir. Anayasasını değiştiren devletler dahi gösterilebilir.

Eğer Sözleşmeye aykırı, kesin hüküm halini almış bir yargı kararı varsa, uygulama karar niteliğine göre değişik biçim alabilir. Her iki Sözleşme denetim organları, iptal kararı veremez. Çünkü bu organların yasa veya Anayasa hükümlerini iptal etme yetkisi yoktur. Sadece aykırılığı saptamakla yetinirler. Aykırılık saptamasını giderme ilgili devletin yükümlülüğündedir. Bakanlar Komitesi, iki organın kararları uygulamasını izler ve gerektiğinde yaptırıma başvurabilir.

Bazı durumlarda, kesin hüküm hali için "tazminat" ödemesi söz konusu olabilir. Bazı ülkelerde, Sözleşme aykırılık denetiminde aykırılık saptanırsa, bazı hallerde bazı devletler "yargılamanın yenilenmesine" gitmektedir. Dolayısıyla mahkeme bu yolla kararını düzeltme olanağı bulabilecektir. Belçika'nın bu yöntemine başvurduğu bilinmektedir. Kimi ülkeler ise bu yolu ulusal hukuklarına sokma çabasıdadır. Bazıları af uygulamasına yönelir. Demek ki, her devletin kendi koşulları ön plana çıkmaktadır.

Kuşkusuz önemli bir sorun da işkence ile alınan ifadelerin geçerli olmamasıdır. Çünkü bu konu Sözleşme uygulaması için de geçerlidir. Çünkü bu yollu bir ifade alınması hem 6. Maddeye (adil yargılanma ilkesi), hem de 3. Maddeye (işkence yasağı) aykırıdır. Hemen belirteyim ki, sanığın "bana işkence yaptılar" demesi hukuk açısından yetmez. Mahkumiyet vermek için başka kanıtlara da gereksinim vardır. İşkence iddiası "suç duyurusu" sayılır. İşkencenin kanıtlanması güç konulardandır. Hele uzun zaman geçtikçe, durum daha da karışıktır. Bu görünüm, sistemin zayıf yanını oluşturmaktadır. Ancak Sözleşmede çare vardır: Gözaltı süresinin kısa tutulması. Sistemimizdeki toplu suçlar için konulan 15 günlük sürenin kanıtların yokolmasını doğuracağı belirtilmiştir. Sözleşme bir süre içermemesine karşın, Komisyon ve Divan 4 günlük süre tanımlamasını kabul eder. Bunu aşma Sözleşme ihlâlidir. Örneğin Terörle Mücadele Yasası, Sözleşme ve Sözleşme organları içtihadı sonrası çıkarılmasına karşın, Sözleşmeye aykırı kurallar taşır. Sözleşme iç hukuk parçası olmasına karşın, gereğini izlememe söz konusudur. Madem ki, AİHS ve organlarına başvuru hakkı tanınmış, yapılacak en doğru iş Sözleşmeyi uygulamaktır. Sözleşmenin ihlâl olduğu saptaması, önemli bir yaptırım demektir. Bu yaptırıma karşı

konulamaz. Bu durumu Bakanlar Komitesi izlemektedir. Yapılacak iş, ulusal kuralları ve uygulamaları kısa sürede değiştirmektir. Kuşkusuz iç hukukun bir parçası olan AIHS'nin uygulanabilmesi halinde insan haklarının uluslararası korunması gerçekleşebilir<sup>80</sup>.

Hukukçular her yerde tutucudur. Ancak Sözleşmeden doğan yükümlülükler en çok onları düşündürmektedir. İngiliz yönetimi, ikici görüşün benimsenmiş olmasına karşın, Sözleşme ve organlarının kararlarını uygulamaya özen göstermekte, karşılaştığı güçlükleri yasa çıkartarak veya başka yollarla giderdiği görülebilir.

Anayasanın geçici 15. maddesinde belirtilen yasaların Anayasaya aykırılığının iddia olunamaması, Sözleşmeyi etkileyecek konumlu değildir. Sözleşmeye aykırı olan yasaların uygulanmayacağı söylenebilir. Sözleşmeyi uygulama yetkisi, yargıdadır. Eğer yargı Sözleşmeye aykırı bir karar alırsa, bireysel başvuru hakkı ile Avrupa organları önüne gidilebilir ve çözüm aranabilir. Ama asıl olan görünen sakatlığı giderme yoluna girme, yasamanın hukuk düzeni birliğini sağlama çabasına girmesidir.

## **2.) Uluslararası sözleşme denetim organları insan hakları kararlarının İÇ HUKUKUMUZA etkileri**

"5 Şubat 1998 itibariyle Türkiye aleyhinde Strasbourg'da Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna yapılan ve henüz sonuçlandırılmamış başvuru sayısı 1467'dir. Bunların 669'unu Komisyon henüz incelemeye almamıştır. 638'ini hükümete tebliğ etmiş, 30'unu hükümete tebliğ etmiş ama görüşülmesini ertelemiş, 82'sini 'dinlenebilir' bulmuş, 26'sını Bakanlar Komitesine göndermiş, 2'sini ise mahkemeye havale etmiştir.

Bugüne kadar sonuçlandırılan başvuru sayısı 442'dir. Bunların 329'u 'dinlenemez' bulunmuş, 25'i listeden çıkarılmış, 5'i dostane çözümle bitmiş, 5'i Sözleşmenin 30. maddesine göre listeden çıkarılmış, 53'ü hakkında Komisyon rapor hazırlamış, 8'i hakkında Bakanlar Komitesi karar vermiş, 16'sı mahkemece sonuçlandırılmış ve 1'i hakkında geçici rapor hazırlanmıştır"<sup>81</sup>.

<sup>80</sup> GÖZÜBÜYÜK, "Uluslararası...", s. 23-24.

<sup>81</sup> GÜNDÜZ, "İnsan Hakları İle İlgili Uluslararası Sözleşmelerin Kurduğu Denetim Organları Kararlarının Hukukumuzda Etkileri" (İNSAN HAKLARI ve YARGI – Sorunlar ve Çözümler-) Ankara 1998, s.96.

Yukarıya alınan veriler, işin ne denli içinde olduğumuzu yansıtmaktadır. Ancak uygulamada “ciddi” sıkıntılar bulunduğu vurgulanmalı. Şöyle ki: İHAS sistemi, **“insan haklarının korunmasında tali bir sistemdir”**. Türkiye’den Komisyon ve Divana yapılan başvurular sürecinde, bu organları bir tür “alternatif yargı yeri” haline yöneltmiştir. Çünkü Komisyonun ilk derece mahkemesi gibi davranma sürecine girdiği söylenebilir. Oysa biliyoruz ki, asıl yetki ulusal mahkemelerindir. Tüm iç hukuk yolları tüketildikten sonra, haklarının zarar gördüğünü iddia eden ya da tatmin olmadığına inanan kişi, ancak o zaman Komisyona başvurma olanağına kavuşabilir. Kural budur ve uluslararası hukuk gereğidir. Amaç gereksiz başvuruların önüne geçmek, pahalı ve zor olan bu yolu çok gerekli olmadan kullanabilmektir<sup>82</sup>.

Bazı başvurular ise alışılmış yolla gerçekleşmekte, örneğin TCK. 312 ve TMY (Terörle Mücadele Yasası) 8. maddeleri bazında yapılmış başvurular, klasik usulüne göre yapılmıştır. Ne var ki, İHAK’nun yakında verilmiş bir kararında, Yargıtaya giden davalar yönünden bile, iç hukuk yollarının tüketilmesinin gerekli olmayacağı sinyallerini vermeye başlamıştır: 8. madde bağlamında mahkum olmuş (Yargıtay cezayı onar) birisi, dava sırasında Sözleşme hükümlerine dayanmamıştır. Uygulamaya bakılırsa, usulen bu girişimi yapmayan kişinin başvurusu reddedilmektedir. Sadık Ahmet olayı belleklerimizde tazedir. Sadık Ahmet, seçim konuşmasında Yunanistan’da yaşayanlar için “TÜRK” dediği için mahkum olmuştu ve Sözleşme hükümlerine dayanarak kendini savunmamıştı. Şu var ki, Yunan hukukunda mahkemeler Sözleşme hükümlerini re’sen nazara almalarına karşın (ki nitekim Sadık Ahmet davasında mahkeme “usulden reddetme” işlemini yapmamış, Yunanistan aleyhine karar vermekten kaçınmıştır), davanın reddedilmesi görülecektir. Türkiye, anılan kendi davası için Sadık Ahmet DAVASINI emsal gösterir (başvurunun iç hukuk yollarını tüketmediği itirazı) ama, Komisyon itirazı reddeder. Komisyona bakılırsa, Yargıtay öyle bir savunma yapılsaydı dahi kararı değişmeyecekti, Dolayısıyla öyle bir savunma yapılması gereği bulunmamaktadır.

---

<sup>82</sup> GÜNDÜZ, “İnsan Hakları...”, s.96. Değinen kural, tüm imzacı taraflar önünden işlemektedir. Nedense bu hal Türkiye açısından “rafa kaldırılmış” gibidir. Çünkü “Diyarbakır- Londra arasında Kurulan bir mekanizma” ile Strasbourg dava açıldığı belirtilmekte, ulusal makamların haberleri ancak dava açıldıktan sonra olabilmektedir. Türkiye’nin “iç kanun yollarını tüketme itirazı”, Güneydoğu’da “iç kanun yolları etkisizdir” denerek reddedilmeye başlanmıştır. Dolayısıyla bir Ceza Mahkemesi gibi çalışan Komisyon, mevcut anayasal sisteme karşın ilk derece mahkemesine dönüştüğü (hiç değilse Türkiye’nin bazı sorunları ve anayasal sistemine karşın) savunulabilir (s.96-97).

Nihayet, Türkiye'nin bazı başvuru davalarında Komisyon ilk derece, bazılarında 4. Derece mahkemesi olarak görev yaptığı söylenebilir. Ve Türkiye'yi şu tür kararları uygulaması beklenmektedir: 1- Türk ulusal mahkemelerinin bir katkısının söz konusu edilmeyeceği kararlar, 2- Genellikle yukarıda anılan maddeler bağlamında verilebilecek kararlar(kesinleşmiş mahkeme kararlarına aykırı karar). Örneğin aynı konuda verilmiş iki zıt karar gözlenmektedir: Kesinleşmiş ulusal mahkeme kararı ve Sözleşme organlarının bu kararı Sözleşmeye aykırı olduğunu saptayan kararı. Bir ulusal karar iç hukuk bağlamında uygulanırken, Sözleşme organının aynı kararın hakkı ihlâl ettiği kararı verilebilir. Yine Anayasa Mahkemesi, Sözleşmeye aykırı karar alırsa aynı durum doğabilir.

Avrupa organları kararlarını uygulamada belki "tazminat" ödeme yeterlidir. Bazı kararlar için af kanunu çıkarılabilir veya ulusal düzey kararı için "yeniden yargılama" (örneğin infazı sürmekte olan davalar) yoluna başvurulabilir. Yine bazı kararlar için anayasal sistemde değişiklikler yapılabilir. Örneğin Sözleşme organlarını son kararlarından birinde DGM'nde subay yargıçların bağımsız mahkeme anlayışını zedeleyeceği vurgulanmıştır. Anayasayı değiştirmeden verilmiş bir kararın uygulanması iç hukuk bağlamında olanaksız görülmektedir. Nitekim çok yakın bir geçmişte "subay" yargıçların DGM'lerden bir Anayasa değişikliğiyle çıkarılmasına tanık olduk.

Bilinen odur ki, İHAS 53. maddesine göre taraflar, Strasbourg organlarının kararlarının gereğini yerine getirme yükümlülüğü taşımaktadır. Bakanlar Komitesi (md. 54) mahkemeler tarafından verilen kararların gereğinin yapılmasının gözetler(md.32/3). Komitenin kararları tıpkı Divan Kararları gibi bağlayıcıdır (md.32/4).

Kararların ulusal bağlamdaki etkilerinin niteliği "**beyan edicidir**". Başka söylemlerle tek başlarına, Sözleşmeye aykırı ulusal kararları veya yasaları ortadan kaldıramazlar. İmzacı devletlerin şu görevleri vardır: 1- Saptanmış bir ihlâl son vermek, 2- İhlâlin sonuçlarını ortadan kaldırmak, 3- Benzer durum doğurabilecek ihlâlleri önleyebilecek önlemleri almak.

Eğer ihlâlin temelinde bir yasa bulunuyorsa, bireysel dava çözümü sorunu çözmez. Sözleşmenin sürekli ihlâlinin yok olması için yasanın kaldırılması gerekmektedir<sup>83</sup>

<sup>83</sup> GÜNDÜZ, "İnsan Hakları...", s. 98-100. Sözleşme organları kararları doğrultusunda iç hukuklarında değişiklik yapan bir çok ülke örnekleri gözlenmektedir. Örneğin Belçika Marckx

Türk ulusal sistemindeki durum önceki sayfalarda irdelenmiştir. Tekrar pahasına vurgulanmalı ki; çoğunlukça kabul gören görüşe göre, Anayasaya uygun olarak yapılmış bir **andlaşma** (md.90), **ulusal hukukun bir parçasını oluşturur**. Uygulama ve doktrinin eğilimi, andlaşmalara kanunlara göre üstünlük tanıma yönündedir. Danıştay kararlarında görüleceği üzere, bir anlaşmanın “kanundan önce – kanundan sonra” yapılmış olması durumlarında, onun yasadan üstün olduğu kabul olunmalıdır. Yargıtay yasa-andlaşma çatışmasında andlaşmayı uygulamaktadır. Anayasa Mahkemesi de Sözleşmeyi Anayasa hükümleri yanında destekleyici – referans norm olarak kullandığı görülebilir. Ancak Türk Mahkemelerinin pratiği için İHAS’ni kullanma öyle yaygın değildir. Ayrıca yargı yerlerimizin “self-executing” / “ non self- executing” ayrımı yapılması gözlenememektedir. Söylemek gerekir ki, Sözleşme organları içtihadı sadece Sözleşmenin uygulanması değil, organların uygulama görünümüyle uygulanması gerektiğini yansıtır. Diğer ifadeyle, ulusal yargı yerlerinin hareket serbestisi daralmaktadır. Kuşkusuz andlaşma-yasa çatışmasında, andlaşmaların iç hukukun bir parçası olması sebebiyle andlaşmalara üstünlük tanınarak uygulanması akılcı olabilir ama sorunlar vardır. Ve altı çizilmeli ki, Sözleşmenin ulusal hukuk alanına aktarılması zorunluğu yoktur<sup>84</sup>. Diyelim ki, aktarma gerçekleşti, o zaman da ulusal yargı yerleri, Sözleşmeyi uygun bulduğu biçimde uygulayabilir. İç hukuk yolları tüketimi asıl olduğuna göre Avrupa organları devreye girebilecektir. Öyleyse ikincil nitelikli bir denetim sistemi karşısında bulunmaktadır. Bu durum, ulusal-ulusaldışı çatışmanın kaçınılmazlığını yansıtmaktadır.

Çatışma hali, Avrupa organlarında ülke aleyhine karara dönüşürse, kararlar bağlayıcıdır ve imzacı taraf, doğaldır ki Türkiye’de

---

Davasında (evlilik içi ve dışı çocuklar konusunu düzenleyen Belçika Medeni Kanunu ve buna dayalı uygulama kararları) Sözleşmeye aykırı bulunur.

“Mahkemenin şikayet edilen kanun hükümlerini in abstracto incelemesi gerekli değildir. Bu hükümlerin (çocuklara) uygulanmasının Sözleşmeye uyup uymadığını araştırmaktadır...karar kendiliğinden bu hükümleri iptal etmez ve ortadan kaldırmaz. mahkemelerin kararı esas itibarıyla beyan edicidir ve Devlete iç hukukunda 53. maddeden doğan yükümlülüğünü ifade etmesi için kullanacağı araçları seçme özgürlüğünü vermektedir”(parag.58). Belçika ilk derece mahkemesi hükme uyar ama gerek istinaf gerekse yargıtay farklı eğilim içindeydi. Onlara göre, kararın doğrudan uygulanması olanaksızdı, çünkü karar açık değildi. Yasama ancak sorunu çözebilirdi. Yasama işe el atmasına karşın değişiklik için 9 yıl geçecekti.

“Open Door” davasının sonunda İrlanda kürtaj konusunda bilgi alma veya vermeyi yasaklayan Anayasasını değiştirmiştir. AİHS 10. maddesine aykırılık hatta Roma Andlaşması 59-60. maddelere aykırılık savunması sonucunda Komisyona başvuru davası daha bitmeden anılan Anayasa değişikliği sessizce gerçekleşmiştir ve Strasbourg kararının içte uygulanması yolu açılmıştır. Örnekler çoğaltılabilir(Geniş bilgi için bk. s.99-101).

<sup>84</sup>GÜNDÜZ, “İnsan Hakları...”, s.101.

verilmiş kararları uygulamak zorundadır. Fakat asıl sorun, bunun nasıl gerçekleşeceği. Çünkü ulusal işlemler, kararlar ve yasalarımız da “bağlayıcı” değil midir?

Önemle kaydedelim ki, Komisyon, Divan Kararları, kendiliğinden ulusal kararları hükümsüz kılamaz. Başka deyimle, bu kararlar eskilerin dediği gibi “kendiliğinden kabili icra” değildir. Bunun nedeni “egemenlik” sorunudur. Klasik çözüm, nihai çözümü sadece ulusal yargı yerlerine yönelmiştir. Bu durumun aksinin olması için Anayasa bir egemenlik devrini öngörmesi gerekir. Örneklersek Avrupa Birliği durumu simgeler. Saymak gerekirse adı geçen, İspanya, Portekiz, Yunanistan, İtalya, Fransa ve Almanya egemenlik yetkisi devrini benimsemiş bulunmaktadır. Ve eklemeliyim ki, kararların kendiliğinden uygulanmasına tek istisna Hollanda ülkesidir. Ancak adı geçen devletler, egemenlik devrini kabul etmesine karşın, Topluluk Adalet Divanı Kararlarının “kendiliğinden kabili icra olmadığı” vurgulanmalıdır. Özellikle özel hukuk alanında, ulusal mahkemelerin (tayin edilmiş olanı) “icra edile” emri vermesiyle topluluk mahkemesi kararları ulusal alanda icra edilir<sup>85</sup>.

Bir kere, Sözleşme sisteminde aynı kurumlaşma yoktur. Ancak, bağlayıcı olma kararlarını, Komite takip edecektir. Uygulamada, 1- Yasama İHAS’ne aykırılığı gidermekte, yasada değişiklik yapmakta veya tazminat öngörülmekte, 2- Yargı ihlâli söz konusu ise, dava yeniden görülmektedir, 3- İdari işlem ihlâl doğurmuşsa, ya bu işlem kaldırılır veya değiştirilir, 4- Tazminat öngörülmüşse ödenme yoluna gidilmekte, 5- Avrupa başvurusu, içerde infazı durdurmaz; sınırdışı olaylarında “geçici tedbir” kararı verildiği de gözlenir. Ülkelerin bu yaklaşımları paylaştığı gözlenebilir.

Özellikle Türk sistemi (Anayasa md.6,7,8 ve 9), uluslararası organlara egemenlik devrini tanımamış, hatta hiçbir organın kaynağını Anayasadan almayan bir yetkiyi kullanamaması, fikir vericidir. Anayasa, 138. maddesinde mahkemelere etki olamayacağını saptarken içe dönük olarak ULUSLARARASI yükümlülüklerle aykırı davranılmayacağını da emretmektedir. Bu açıklamalar ışığında şu noktalar vurgulanabilir:

Avrupa organları kararları, egemenlik kullanımına tecavüz ediyorsa Anayasaya aykırılık oluşturur. Öyleyse bu kararlar Türk sisteminde doğrudan hüküm doğuramaz. İç ve dış mahkemeler

---

<sup>85</sup> GÜNDÜZ, “İnsan Hakları...”, s. 102.

kararları çatışırsa, ulusal kararı, ulusaldışı karara uydurma olanağı yoktur. Belki “iade-i muhakeme” yolu denenebilir ama, önemli engeller bulunmaktadır. Özellikle Anayasamız (md.138), ulusal mahkeme kararlarının, saptırılamayacağı, uygulanması gerektiği çok açık bir emri taşır.

HUMK’da (MD.445) geçen “diğer bir mahkeme” deyimine İHAD girebilirse, “iade-i muhakeme” işletilebilir. Kanımca bu olanaksız görülebilir. Çünkü 445, yargı yetkisini Anayasadan almış bir yargıdan söz etmektedir. Demek oluyor ki, İHAM Kararı bu anlamda “nihai bir karar” değildir. Çatışma aynı konuda iki “nihai karar” anlamına gelmez. Varsayım olarak, İHAM “DİĞER BİR MAHKEME” olsa, iade-i muhakeme” olanaksızdır; çünkü, kararların sonuncusunu vermiş olan mahkeme ilk kararın varlığını bilmemesi gerekir. Şu var ki, Avrupa BAŞVURUSU zaten bilinmektedir. Özetle, yasamaya görev düşmekte, bazı ülkeler gibi değişiklik yapılarak “iade-i muhakeme” yoluna gidilebilme yöntemi sağlanabilir.

Ceza, idare ve Anayasa yargısı kararlarına gelince:

AİHS organları, yabancı mahkeme değildir. Türk mahkemesi de değildir. Üstelik yabancı mahkeme kararlarının Türkiye’de doğrudan etkisi bulunduğunu söylemek kabil değildir ve doğrudan “infaz” yetenekli değildir. Gene Sözleşme organlarının kararları, zaman kapsamında ulusal mahkeme kararlarından sonra gelir. Bir bakarsınız, anılan organlar karar vermiş ama ulusal mahkeme kararı yerine getirilmiştir. Strasbourg organları kararlarının veya el koyduğu davaların, iç hukuk bazında alınmış bir kararı durdurucu işlevi olmadığını yinelemeli ve sadece yasama müdahalesi sonucunda verilmiş olan iç hukuka aykırı kararların gereği yerine getirilebilir. Diyelim ki, ulusal düzeyde karar çıkmış ve infazı sürmekte, ama İHAM de kararını vermiş ve Sözleşmeye aykırılık saptamıştır. Böyle bir kararın infazını sürdürmenin zor olduğu açıktır. Yasamanın devreye girerek, ilgili cezalandırma yasasını değiştirmesi, kaldırması ya da “tazminat”la birlikte bir af yasası çıkarılması sorunu çözüp ihlâlâ son verebilir.

Bir seçenek olarak, “iade-i muhakeme” düşünülebilir; son mahkeme önünde bu yol tahrik edilebilir. HUMK’a göre, CMUK’nda farklı bir durumun içtihatla çözümü düşünülebilir. Yasada (CMUK md.327/5) konu açık olmamasına karşın, Sözleşme organları kararlarının (nihai karar verilmesi sonrası) “yeni olay veya kanıt” derecesini kapsayıp kapsamadığı irdelenebilir. Özellikle bu organların



bazen, ulusal karara geçmemiş olan “yeni olay ve kanıtlar”a derinlemesine “cross-examination” tekniğiyle ulaşıldığı görülebilir. İşte bu haller “iade-i muhakeme” seçeneğini işletebilir. Ayrıca, kararlar, ulusal yargı yerlerince bir “bilirkişi görüşü” olarak da değerlendirilebilir<sup>86</sup>. Ve “iade-i muhakeme” yaklaşımı için beklemek gerekmektedir...

İdari davalar görünümü ve hukuk davaları görünümü çakışmaktadır. Burada da yasama devreye girip aykırılık halini giderebilir veya İDARE Sözleşme organı kararına uygun bir idari işlem yaparak önceki durum yeniden “iade” edebilir ya da “tazminat” ödeyebilir.

Nihayet Strasbourg organları tazminat kararları dahi kendiliğinden “kabil-i icra” değildir. İlgili hükümetin gerekli ödeme yollarının bulması, kurumlaştırması gerekecektir.

Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Usul Hukuku kapsamı, uygulamaya yardımcı olmadığı belirtilmiştir. Sözleşme organları bu hukuk kapsamına girmemektedir.

Anayasa Mahkemesi (Yüce Divan bazında) verdiği bir kararla, Sözleşme organları kararları çatışabilir. Örneğin bir parti kapatma konusu organlar önüne taşınabilir ve ilgili parti Sözleşmeye aykırı davranıldığını kanıtlayabilir. Belki burada yasama “imdadına” yetişebilir; ama, Anayasanın çok önemli ve temel kuralları karşısında cevap bulma zorluğu vardır.

Strasbourg organlarının vereceği “geçici tedbir” kararlarının ilgili imzacı hükümetlerce uygulanması beklenebilir. Ne var ki, ulusal yargı yerlerinin çözümlene zorunluğu olduğu hallerde, yine zorlukların beklendiği söylenebilir.

Bütün bu anlatılanlar ışığında, Türkiye'nin AİHS'ne imza koyarken herşeyi iyi düşündüğü söylenemez. Strasbourg organlarına başvuru hakkı tanınınca, aleyhine davaların açılması ve artmasını belki iyi hesaplamamıştır. Dolayısıyla bir adli reformun yapılması çoğunlukça paylaşılmaktadır. Özellikle İMZACI TARAFLARIN

---

<sup>86</sup> GÜNDÜZ, “İnsan Hakları...”, s.104-105.

İZLEDİĞİ YOLLAR gözetilerek Anayasa ve yasalarda değişiklikler yapıp fiili durum, hukuki duruma paralel hale getirilmelidir<sup>87</sup>.

Türkiye'nin alması gereken önlemleri neler olabilir?

İlk akla gelen, Adalet Bakanlığı bünyesinde **İHAM Kararlarını izleme kurulu** kurulmalıdır. Bu kurul, ulusal-ulusalüstü karar çatışmalarında durumu hemen alınması gerekli önlemler bağlamında Bakanlığa duyuracaktır. Kararların uygulanabilmesi, yargılamanın yenilenmesi konularında danışmanlık işlevi görebilir. Gerekli reformların yapılması için Sözleşme ile ilgili görüşler sunabilir. Yargılamanın yenilenmesi için değinilen usul kanunlarında bazı ülkelerin yaptığı gibi değişimler sağlanmalı ve Avrupa başvurusu sonucu karar farklı çıkarsa, "iade-i muhakeme" yolu sebebi sayılarak yol açılmalı. İsveç'te uygulandığı gibi, aynı konuda bir iç, bir de uluslararası karar alınmış ve farklı sonuçlar doğmuşsa, bu durum CMUK'na yapılacak bir ekleme ile "iade-i muhakeme" sebebi sayılabilir. Avusturya uygulaması (ki, Cumhuriyet Başsavcısı yetkili kılınır ve Sözleşme organı kararı, ulusal karara aykırı ise Yargıtayda yeniden görüşme yolu Başsavcı istemiyle gerçekleşebilir; "yazılı emir yolu" kuralımız "revize" edilebilir) denenebilir. Yargıtayda "karar tashih" yolu yeniden düzenlenip günün koşulları dikkate alınabilir. Belki, anılan konularda çatışan kararlar arasındaki farklılığı giderme ve Strasbourg organları kararlarını uygulamaya sokmak için Anayasa Mahkemesi'nde yeni bir daire görevlendirilebilir. Ya da yasamanın uygar ülkelerce kabul olunan hukukun genel ilkelerine uyma zorunluğu doğrultusunda hareket etmesi ve müdahaleleri zamanında yapması gerekmektedir<sup>88</sup>. Yargı yerlerinin gerektiğinde çerçevesi genişletilmiş bir alanda hareket serbestliği yetkisi de çatışma halinde işlevler başarabileceği savunulabilir. Ama herhalde imzacı

<sup>87</sup> Özellikle bazı imzacı devletlerin çözümleri için bk. ÇAVUŞOĞLU, s. 56-96; BATUM, s. 41-54, 162-174; GÜNDÜZ, "İnsan Hakları...", s. 106-109.

Sözleşme sisteminde yeniden yargılama zorunluğu bulunmamaktadır. Almanya gibi bazı taraflar bu yolu kullanmayacaklarını açıkça vurgulamıştır. Ama bu yöntemle, Sözleşme organı kararına ulusal dönüşüm sağlanabilir. Daha da önemlisi, çalışma halinde yasanın andlaşmaya uygun yorumu gözetilebilir ama bu yolun yasamaca sağlanması gerekmektedir. Çünkü yargıcın pozitif bağlamda böyle bir yetkisi yoktur. Belki yasa ve Sözleşme hükmü aynı konuyu uzlaşmaz biçimde düzenlemişse Sözleşme hükmü lex specialis uygulama ile çözüm getirebilir. Ya da yargıç, yasa Sözleşme çatışmasında YASANIN YAPILMA ZAMANINA BAKMADAN Sözleşme kuralını üstün sayarak, uyumsuzluğu Sözleşme bazında çözümlenebilir. Fakat kaydetmeliyim ki, yargıç "uygun yorum" veya Sözleşmeye göre çözümü, Strasbourg organları analizleri doğrultusunda gerçekleştirirse pratik sonuç oluşturabilir. Başka ifadeyle, mahkemeler Sözleşme organları kıstaslarıyla çalışabilmelidir.

<sup>88</sup> Bk. GÜNDÜZ, "İnsan Hakları...", s.109.

her taraf, ulusal mevzuatına kendi koşulları bağlamında bir çeki düzen vermelidir. Yükümlülük altına girmenin gereğini yerine getirmelidir.

## **OTURUM BAŞKANI : Prof. Dr. Ergun ÖZBUDUN**

Sayın Başkan, değerli konuklar, oturumumuzun ikinci konuşmacısı, Sayın Doç. Dr. Hasan TUNÇ'un kısa özgeçmişini bilgilerinize sunuyorum.

Sayın TUNÇ, 1962'de Malatya'da doğdu. 1984'de Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirdi. 1990'da "Parlamento İçi Muhalefet" konulu teziyle Anayasa Hukuku bilim doktoru, 1990 yılında Yardımcı Doçent, 1997'de Doçent unvanlarını aldı.

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde Dekan Yardımcılığı, Kamu Hukuku Bölüm Başkanlığı ve Üniversite Senato Üyelięi yaptı. Halen Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyelikleriyle, Sağlık Bakanlığı'nda Bakan Müşavirliği ve 1. Hukuk Müşavirliği görevlerini sürdürmektedir.