

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
SİYASET BİLİMİ VE KAMU YÖNETİMİ ANABİLİM DALI

5170 SAYILI KANUNUN İNSAN HAKLARINA İLİŞKİN
ULUSLARARASI ANTLAŞMALARIN TÜRK
HUKUKUNDAKİ KONUMUNA ETKİSİ

Yüksek Lisans Tezi

Osman İPKİN

Ankara-2010

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
SİYASET BİLİMİ VE KAMU YÖNETİMİ ANABİLİM DALI

5170 SAYILI KANUNUN İNSAN HAKLARINA İLİŞKİN
ULUSLARARASI ANTLAŞMALARIN TÜRK
HUKUKUNDAKİ KONUMUNA ETKİSİ

Yüksek Lisans Tezi

Osman İPKİN

DANIŞMAN
Yrd.Doç.Dr.Kerem ALTIPARMAK

Ankara-2010

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
SİYASET BİLİMİ VE KAMU YÖNETİMİ ANABİLİM DALI

5170 SAYILI KANUNUN İNSAN HAKLARINA İLİŞKİN
ULUSLARARASI ANTLAŞMALARIN TÜRK
HUKUKUNDAKİ KONUMUNA ETKİSİ

Yüksek Lisans Tezi

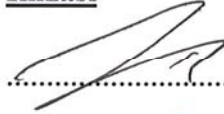
Tez Danışmanı: Yrd.Doç.Dr.Kerem ALTIPARMAK

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

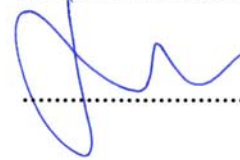
Kerem ALTIPARMAK



Erden Deniz



Murat Serin



Tez Sınavı Tarihi

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	II
KISALTMALAR	V
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

5170 SAYILI KANUNUN ULUSLARARASI ANTLAŞMALAR KONUSUNDA GETİRDİĞİ YENİLİKLER

1.1. TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERE İLİŞKİN ANTLAŞMALARIN KONUMU.....6

1.1.1. 1982 Anayasas’ına Göre 2004 Anayasa Değişikliği Öncesinde Antlaşmaların
Normlar Hiyerarşisindeki Yeri.....6

1.1.2. 2004 Anayasa Değişikliği Sonrası İnsan Hakları Sözleşmelerinin Konumu.....13

1.2. YENİ HÜKMÜN UNSURLARI 21

1.2.1. “Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Milletlerarası Andlaşmalar” İfadesi.....21

1.2.2. Kanun Kavramı.....26

1.2.2.1. Maddi Kanun-Şekli Kanun.....26

1.2.2.2. Kanun Hükmünde Kararname.....28

1.2.3. Esas Alma.....32

1.2.4. Denetim Organlarının Kararlarının Önemi.....35

1.2.4.1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) 37

1.2.4.1.1. AİHM Kararlarının Bağlayıcılığı.....37

1.2.4.1.2. Pilot Kararlar.....41

1.2.4.2. BM Denetim Organları ve Denetim Usulleri.....45

1.2.4.2.1.BM Denetim Organları.....	46
1.2.4.2.2.BM Denetim Usulleri.....	47
1.2.4.2.2.1. Rapor Yöntemi.....	47
1.2.4.2.2.2. Bireysel Şikayet Yöntemi.....	48
1.2.4.2.2.3.Devletlerarası Şikayet Yöntemi.....	49
1.2.4.2.2.4. Soruşturma Yöntemi.....	50
1.2.4.2.2.5. Düzenli Ziyaret Yöntemi.....	51
1.2.4.2.2.6.Genel yorum.....	51

İKİNCİ BÖLÜM

TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERE İLİŞKİN ANTLAŞMALARIN VE KANUNLARIN HÜKÜMLERİNİN ÇELİŞMESİ

2.1.ÇELİŞME HALLERİ.....	56
2.1.1.Anayasa ve Kanun Hükmünün Olmaması Hali.....	57
2.1.2. Anayasa'yla Uyumlu Antlaşma Hükmünün Kanunla Çelişme Hali	57
2.1.3. Kanunun Üstün Güvence Sağlaması Halinde Antlaşma –Kanun Hükmünün Çelişmesi	61
2.1.4.Antlaşma Hükümlerinin Anayasa'yla Çelişmesi.....	67
2.2. ÇÖZÜM MERCIİNİN YOKLUĞU SORUNU.....	74
2.2.1.Yasama.....	74
2.2.2.Yürütme.....	80
2.2.3.Yargı.....	86
2.2.3.1 İdari Yargı.....	86
2.2.3.2 Adli Yargı.....	88
2.2.3.3.Askerî Yargı.....	91

2.2.4.Anayasa Mahkemesi.....	93
2.2.4.1.“Esas alma” hükmü Anayasa'ya uygunluk denetimini etkilemez” görüşü	96
2.2.4.2. “Esas alma hükmü Anayasa'ya uygunluk denetimini etkiler” görüşü.....	98
 SONUÇ.....	105
KAYNAKÇA.....	110
ÖZET.....	123

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
A.C.M.	: Asliye Ceza Mahkemesi
A.H.M.	: Asliye Hukuk Mahkemesi
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
A.M.K.	: Anayasa Mahkemesi Kararı
Anayasa	: 1982 Anayasası
AYİM	: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi
BM	: Birleşmiş Milletler
CD.	: Ceza Dairesi
C.G.K.	: Ceza Genel Kurulu
DMK	: Devlet Memurları Kanunu
HSYK	: Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu
İHEB	: İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi
ILO	: Uluslararası Çalışma Örgütü
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
S.C.M.	: Sulh Ceza Mahkemesi
OHAL	: Olağanüstü Hal
RG.	: Resmi Gazete
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TMY	: Terörle Mücadele Yasası
YAŞ	: Yüksek Askeri Şûra
O	: Oturum
B	: Birleşim
Bs.	: Basım
C.	: Cilt
D.	: Daire
Ed.	: Editör

GİRİŞ

Uluslararası ilişkiler çerçevesinde devletler diğer devletlerle ekonomik, siyasi ve askeri ilişkiler kurarlar. Uluslararası toplumun bağımsız-egemen üyelerini devletlerin ve uluslararası kuruluşların oluşturması, bunlar arasındaki ilişkilerin tek bir üst hukuk sistemi içerisinde toplanmasını mümkün kılmamıştır. Bu anlamda farklı hukuk sistemlerine göre idare edilen egemen devletler, birbirleri ile olan ilişkilerini ortak zeminlerde “ahde vefa” ve “iyi niyet” prensipleri çerçevesinde oluşturulan uluslararası hukuk kuralları suretiyle yürütürler. Uluslararası hukukun en eski ve temel kaynağını da antlaşmalar oluşturmaktadır.

Antlaşma kavramıyla, uluslararası hukukun kendilerine bu alanda yetki tanıdığı kişiler arasında, uluslararası hukuka uygun bir biçimde, hak ve yükümlülük doğuran, bunları değiştiren ya da sona erdiren yazılı irade uyuşması anlaşılmaktadır. Ulusların iradeleri bu metinlerle sınırlandırılmıştır. Kendi sınırları içinde kendi mevzuatını uygulama hakkı olmakla birlikte devletler taraf oldukları uluslararası antlaşmalara uymak ve kendi egemenlik alanlarında uygulamak zorundadırlar.

Özellikle son yıllarda uluslararası antlaşmaların sayıları ve konuları hızla artmakta ve eskiden sadece devletlerin kendi egemenlik alanı olarak kabul edilen birçok alanda çok taraflı uluslararası antlaşmalar imzalanmaktadır. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalar bunların başında gelmektedir.

İnsan haklarına ilişkin ilk metinler tek taraflı bildiriler şeklinde ortaya çıkmıştır. Bunların en önemlileri, 1688 Büyük Devrim sonrasında İngiliz Parlamentosu tarafından kabul edilen “Haklar Bildirisi”, Amerika Birleşik Devletleri tarafından Temmuz 1776 tarihinde ilan edilen “Amerikan Bağımsızlık Bildirisi” ve

1789 Fransız Devrimi sonrasında ortaya çıkan “İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi”dir. 1815 sonrası Avrupa’da başlayan yeni dönem, Napolyon Savaşları’nın etkisi ile insan hakları konusuna mesafeli hatta sert müdahalelerin yapıldığı bir dönem olmuştur. İnsan hakları, 20. yüzyılın başında özellikle Birinci Dünya Savaşı’ndan sonra birçok ülkenin anayasasında düzenlenerek tekrar önem kazanmaya başlamıştır. İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra da savaş sırasında yaşanan insanlık dışı uygulamalar ve katliamlar bu konudaki gelişmeleri hızlandırmış ve insan haklarının korunmasında daha etkili usullerin geliştirilmesi için daha fazla çaba harcanmaya başlanmıştır. 10 Aralık 1948 tarihinde İHEB ve 4 Kasım 1951 tarihinde de AİHS kabul edilmiştir. AİHM’nin kurulması ve Mahkeme kararlarına devletlerin uyma iradelerini bildirmeleri uluslararası alanda yeni bir çıkış açmış ve Mahkeme’ye uluslararası bir nitelik kazandırmıştır.

Türkiye Cumhuriyeti de bu gelişmelerin dışında kalmamış ve çok taraflı birçok antlaşmaya taraf olmuştur. BM Örgütü’nün kurucuları arasında yer alan Türkiye, 6 Nisan 1949 tarihli ve 3/9119 sayılı Kararname ile İHEB’ye (RG: T. 27/5/1949, S.7217), 10 Mart 1954 tarihinde de 6366 sayılı Kanunla AİHS’ne çekince ile taraf olmuştur.(RG. T.19/3/1954, S. 8662)

Taraf olunan antlaşmalar yanında 1961 yılında kabul edilen yeni Anayasa, temel hak ve özgürlüklerin kapsamını genişletmiş ve koruma altına almıştır. Uluslararası antlaşmaları da yeniden düzenleyen 1961 Anayasası’nın 65. maddesinde “Usûlüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında 149 uncu ve 151 inci maddeler gereğince Anayasa Mahkemesi’ne başvurulamaz” hükmüne yer verilmiştir. Bu hüküm 1982 Anayasası’nda küçük bir ifade değişikliğiyle aynen korunmuştur. Ancak bu düzenleme birçok tartışmayı da

beraberinde getirmiştir. Uluslararası antlaşmaların kanun hükmünde olmakla birlikte usul dışında Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunarak Anayasa Mahkemesi'ne gitme yolunun kapatılmış olması antlaşmalara kanunlardan daha üstün bir konum sağladığı ve kanunlarla arasında Anayasa'yla olduğu gibi bir ast-üst ilişkisi getirdiği dile getirilmiştir.

Uluslararası antlaşmaların Türk iç hukukundaki yeri hakkında literatür ve yargı kararlarında bir fikir birliği oluşmamıştır. Tüm bu tartışmalar devam ederken 1982 Anayasası'nın 90. maddesi, 2004 yılında değişikliğe uğramış ve son kısmına yeni bir fıkra eklenmiştir. 7/5/2004 tarihli ve 5170 sayılı Kanunun 7. maddesi ile eklenen fıkra şöyledir: "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır". (RG. T. 22/5/2004, S. 25469)

Bu yeni hüküm bazı tartışmaları sonlandırırken yeni bazı tartışmaları ortaya çıkarmış ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların statüsünün Anayasa düzeyine çıkarıldığı görüşü ortaya atılmıştır. Öte yandan, ulusal iradenin ve egemenliğin zaafa uğrayacağı dile getirilerek bunun ülke için vahim sonuçlar doğurabileceği belirtilmiştir. Bunun yanı sıra, Anayasa'nın bazı maddeleri insan haklarını doğrudan sınırlandıran hükümler barındırmaktadır. Bu değişikliğin, 5982 sayılı Kanunla Anayasa değiştirilmeden önce örneğin YAŞ kararları, HSYK kararları gibi bazı işlemlere karşı yargı yolu açılmasına etkisinin olup olmadığı sorusunun cevabı çok önemlidir. Çünkü böylelikle, 5170 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaların statüsünün değişip

değişmediği ve Anayasal düzeyde bir konum kazanıp kazanmadığı konusu netlik kazanacaktır.

Bu çalışmada amacımız 5170 sayılı Kanunla Anayasa'nın 90. maddesine eklenen son fıkra ile getirilen “özel rejimin” tam olarak hangi yenilikleri içerdiğini tartışmak; bu minvalde, hangi hususlarda görüş birliği bulunduğunu ve hangi hususların tartışmalı olduğunu saptayarak tartışmalı hususlarda uygun olduğunu düşündüğümüz çözümleri gerekçeleri ile ortaya koymaktır.

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaların Türk hukukundaki yeri hususunda konuya ilişkin metinler ve çalışmalar üzerinde bir inceleme yapılacaktır. Bunun yanında AİHM ve Anayasa Mahkemesi'nin kararlarından yararlanılacaktır.

Çalışmamızın ilk bölümünde 2004 değişikliği öncesi uluslararası antlaşmaların hukuki konumu hakkındaki tartışmalara değinildikten sonra, değişikliğin getirdiği yeni durum, kanun metni üzerindeki “temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalar” ve “esas alma” gibi tartışma konusu olan unsurları incelenecek ve uluslararası kuruluş kararlarının bu hüküm çerçevesinde konumlarındaki değişiklik değerlendirilecektir. Bu yolla değişikliğe götüren süreci ve değişikliğin yapılma nedenlerini, hükmü nasıl okumamız gerektiğini ve hükmün kapsamının ne olduğunu daha iyi anlayabileceğiz.

İkinci bölümde ise, Anayasa'da bahsedilen kanun ve antlaşma arasındaki çelişme hallerinin biçimleri hakkında değerlendirmelerde bulunulacaktır. Bu çerçevede kanunun üstün güvence getirmesi ve Anayasa hükmüyle temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaların uyumsuzluğu halinde hangi hükmün esas alınacağı değerlendirilecektir. Ayrıca yasama, yürütme ve yargı organlarının ilgili hüküm çerçevesindeki uygulamalarını değerlendirmek amacıyla mevzuatın temel hak ve

özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalara uyumu çerçevesinde kurumların faaliyetleri, idarenin ve mahkemelerin çelişme halinde insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmaları uygulamada ve dava sürecinde dikkate alma eğilimleri irdelenecektir. Son olarak da; çelişmenin tespitinden sonra bunun telafisinde Anayasa Mahkemesi'nin alabileceği rol üzerinde durulacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

5170 SAYILI KANUNUN ULUSLARARASI ANTLAŞMALAR

KONUSUNDA GETİRDİĞİ YENİLİKLER

Anayasa'nın 5170 sayılı Kanunla 90. maddesine yeni bir hüküm eklenmiştir. Bu hüküm şöyledir: “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır”. Bu hüküm temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalara kanunlara karşı belli bir ayrıcalık kazandırırken alışlagelen Anayasa düzenlemelerinden farklı olduğundan bazı soru işaretlerine neden olmuştur. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalar kavramının içeriği, esas almanın aykırılıktan çok farklı sonuçlarının olması bunların en önemli nedenini oluşturmaktadır. Bu hükmün anlamını çözebilmek adına bu hükmün kabulünden önceki dönemi ve hükmün kabulü esnasındaki tartışmaları incelemek önemli katkılar sağlayabilir. Bu nedenle bahsedilen süreçleri incelemekle çalışmamıza başlayalım.

1.1. TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERE İLİŞKİN ANTLAŞMALARIN

KONUMU

1.1.1. 1982 Anayasası'na Göre 2004 Anayasa Değişikliği Öncesinde

Antlaşmaların Normlar Hiyerarşisindeki Yeri

Uluslararası alanda, devletler ve uluslararası kuruluşların arasındaki ilişkiler uluslararası hukuk çerçevesinde yürütülür. Uluslararası hukukun asli kaynakları,

Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün 38. maddesinde de belirtildiği gibi, genel uluslararası antlaşmalar, özel uluslararası antlaşmalar, uluslararası hukukun teamül kuralları ve uygar uluslarca tanınmış genel hukuk ilkeleridir. Buradan da anlaşılacağı üzere uluslararası antlaşmalar uluslararası hukukta çok önemli bir yere sahiptir.

Uluslararası antlaşmaların Türk hukukunda yürürlüğe konulma biçimi ve hukuki statüsü, Anayasa'nın "Milletlerarası andlaşmaları uygun bulma" kenar başlığını taşıyan 90. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, uluslararası antlaşmaların onaylanması TBMM'nin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır. Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası da, uluslararası antlaşmaların iç hukuktaki statüsünü belirtmiştir: "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulamaz".

Bu hüküm, ilk olarak 1961 Anayasası'nda küçük bir farkla yer almıştır. Hazırlık metinlerinde yer almayan bu ifade kesinleşen metne girmeyi başarmış, öbür taraftan birçok tartışmayı da beraberinde getirmiştir. 1961 Anayasası hazırlanırken, ön tasarının 63. maddesiyle uluslararası antlaşmalara ilişkin hususlar ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Ancak, 200 maddelik ön tasarıdaki bu madde Kurucu Meclis Anayasa Komisyonu tarafından benimsenmemiştir. Bunun yerine, Siyasal Bilgiler Fakültesi'nin hazırladığı Anayasa tasarısının 77. maddesi kabul edilmiştir. Bu maddenin metni şöyledir:

"Türkiye Cumhuriyeti adına yapılan Milletlerarası andlaşmaların tasdiki veya tekemmül etmesi yahut milletlerarası andlaşmalara katılma parlamentonun bir kanunla tasvibine bağlıdır. Bu kanunla birlikte andlaşmanın metni de yayınlanır.

Meclislerden birinin tam üye sayısının beşte biri tarafından anayasaya aykırı olduğu iddia olunan bir anlaşmanın tasvibi Anayasa Mahkemesinin aykırılık iddiasını varit görmeyen kararına bağlıdır.

Parlamentonun tasvibine tabi olan anlaşmalardan süresi bir yılı aşmıyan ticaret ve milletlerarası işbirliği anlaşmalarını ve *Modus Vivendi* leri, hükümet, bunların tasviplerinden önce, derhal yayınlanmak ve en geç üç ay içinde Parlamentonun tasvibine sunulmak şartıyla, yürürlüğe koyabilir.

Bir kanunun veya Milletlerarası anlaşmanın açıkça verdiği yetkiye dayanarak imzalanan teknik veya idari konulara ilişkin milletlerarası anlaşmalar Parlamentonun tasvibine tabi değildir. Ancak, bunlardan hususi şahısları ilgilendirenler yayınlanmadan yürürlüğe konamaz”. (Siyasal Bilgiler Fakültesi...,1960: 37)

Bu maddeye yeni ihtiyaçları karşılamadığı gerekçesiyle Dışişleri Bakanlığı itiraz etmiştir. Bu çerçevede bir çalışma grubu kurulmuş ve 65. madde değiştirilmiştir. 30 Mart 1961 tarihinde Anayasa Komisyonu tarafından Temsilciler Meclisi’ne sunulan metinde bu konuya ilişkin 63. madde şöyledir:

“Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kurullarla yapılacak anlaşmaları onaylama veya bunlara katılma, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı veya katılmayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır.

Milletlerarası bir anlaşmanın Anayasaya aykırı olduğu Meclislerden birinin üye tam sayısının beşte biri tarafından ileri sürülürse, bu iddia Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilmedikçe, Türkiye Büyük Millet Meclisi, bu anlaşmanın onaylanmasını veya buna katılmayı uygun bulmaz.

İktisadi, ticari veya teknik münasebetleri düzenliyen ve süresi bir yılı aşmıyan anlaşmalar, Devlet maliyesine yüküm yüklememek, kişi hallerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak şartıyla, yayımlanma ile yürürlüğe konabilir. Bunlar, yayımlarından başlayarak iki ay içinde, Türkiye Büyük Millet Meclisinin bilgisine sunulur.

Milletlerarası bir anlaşmaya dayanılarak yapılan uygulama anlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan idari ve teknik anlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisince uygun bulunması zorunluğu yoktur. Ancak, bunlardan özel kişilerin haklarını ilgilendirenler, yayınlanmadan yürürlüğe konamaz.

Türk kanunlarına değişiklik getiren her türlü anlaşmaların yapılmasında, 1 nci fıkra hükümleri uygulanır”. (Türkiye Cumhuriyeti Anayasa..., 1961: 66-67)

Milli Birlik Komitesi tarafından birçok yönden değiştirilen maddeye son fıkra olarak “Usûlüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında 149 uncu ve 151 inci maddeler gereğince Anayasa Mahkemesine başvurulamaz” ifadesi eklenmiştir.

1961 Anayasası’nın 65. maddesinin son fıkrasının anlamını, gerekçesinden anlamak mümkün değildir. Çünkü 65. maddede bahsedilen değişiklik yapılırken zaman yetersizliği nedeniyle gerekçesi düzeltilmemiş ve gerekçede son fıkra ile ilişkin herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Sadece, maddenin TBMM’de kabulü sırasında fıkrayla ilgili olarak şu açıklama yapılmıştır: “Milli Birlik Komitesi, bu maddeye ayrıca bir sonuncu fıkra ilave etmiştir. Bu fıkra ile, milletlerarası andlaşmaların, usulüne göre yürürlüğe konulması şartıyla, kanun kuvvetinde olduğu açıkça ifade edilmekte ve bu suretle, bu konuda çıkabilecek bazı iltibaslar ve mevcut bazı yanlış tatbikat önlenmiş olmaktadır. Bu sonuncu fıkranın ikinci cümlesinde ise,

milletlerarası andlaşmaların hükümleri aleyhine Anayasa Mahkemesine iptal davası veya itiraz yoluyla başvurulamayacağı esası, 2 nci fıkranın çıkarılmasının mantıki bir sonucu olarak sarahaten zikredilmektedir”. (Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi, C: 5, B: 70, 20/5/1961, O: 2, s. 467)

1982 Anayasası da 1961 Anayasası’nın uluslararası antlaşmalara ilişkin 65. maddesini küçük bir değişiklikle 90. madde olarak aynen kabul etmiştir. 1982 Anayasası’nın 90. maddesinin kabulü sırasında da gerekçe metninde bir değişiklik yapılmamıştır. (Bilge, 1989: 984)

Uluslararası antlaşmaların iç hukukumuzdaki konumu, kanunun lafzından tek bir hükmün çıkarılamaması ve gerekçe metninin konuya açıklık getirmemesi nedeniyle kesin bir hükme bağlanamamış gibi görünmektedir. Bu nedenle uluslararası antlaşmaların Türk hukukundaki yeri hususunda üç ayrı görüş ortaya çıkmıştır.

“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir” cümlesini esas alan yorumcular uluslararası antlaşmaları kanunlarla eşdeğer görür. Buna göre antlaşma ve kanunlar arasındaki ilişki tıpkı kanunların arasındaki gibi genel-özel ve öncelik –sonralık kurallarına tabidir. (Bilgen, 1996: 126) Ayrıca Anayasa’nın egemenlik anlayışını, katı Anayasa anlayışının kabulü nedeniyle Anayasa değişikliğinin zorluğunu ve Anayasa Mahkemesi’nin antlaşmalara aykırılık nedeniyle hiçbir kanunu iptal etmemesini bunun kanıtı olarak görmüşlerdir. Danıştay dışındaki Yüksek Mahkemeler uluslararası antlaşmaları genel olarak kanun hükmünde kabul etmişlerdir.

“Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulamaz” hükmünü esas alanlar ise antlaşmaların Anayasa’dan üstün

olduklarını iddia etmişlerdir. Bu görüşe göre Anayasa kısa ve öz ifadelerden oluştuğundan bu hüküm ihmal edilemez. (Selçuk, 1999: 11) Anayasa bu muafiyeti antlaşmaların yanında sadece İnkılap Kanunları, sıkıyönetim ve OHAL KHK'ları ile yürürlükten kaldırılmış olan Geçici 15. maddenin üçüncü fıkrası kapsamındaki düzenlemeler için öngörmüştür. Devlet antlaşma hükümlerini mutlak surette uygular. Uygulamama niyetini ise çekince ve beyanlar koymak suretiyle gösterir. Öte yandan, mevzuatımızda kanunların antlaşmaları değiştirmesine ilişkin bir düzenleme olmamasına karşın, Anayasa'nın 90. maddesi yanında 31/5/1963 tarihli ve 244 sayılı Kanunun 2. maddesinde kanunların antlaşmalar tarafından değiştirilebileceği öngörülmüştür. Türk hukukunda uluslararası antlaşmaların kanunlardan üstün olduğunu ileri sürenlerin gösterdiği en önemli belge Lozan Barış Antlaşması olmuştur. 24 Temmuz 1923 tarihli Lozan Barış Antlaşması'nın 37. maddesinde Türkiye'nin azınlık hukukunun anayasal hükümde olduğu kabul edilmiş ve hiçbir kanun tüzük ve uygulamanın azınlık haklarına aykırı olamayacağı belirtilmiştir. Bunun yanında Lozan Barış Antlaşması çerçevesinde kurulan Muhtelit Mübadele Komisyonu'nun kararlarının da bağlayıcı nitelik taşıdığı kabul edilmiştir. (Danıştay, E. 1946/2245, K. 1946/296, Kt. 2/10//1946; Danıştay 10.D., E. 1987/56, K. 1988/2324, Kt. 26/12/1988)

Bunlardan farklı olarak, sadece 90. maddenin son fıkrasıyla sınırlı yorumu kabul etmeyen ve bu konunun Anayasa'nın uluslararası hukuka referans verdiği 15, 16, 42 ve 92. maddelerle birlikte değerlendirilmesi gerektiğini savunan bir görüş daha bulunmaktadır. Bu görüş, Anayasa'nın sadece insan haklarına ilişkin antlaşmaları anayasal düzeyde kabul ettiğini savunmaktadır. (Akıllıoğlu, 1991: 41) Anayasa'nın başlangıç kısmında insanın doğuştan insan hak ve hürriyetlerine sahip

olduğu belirtilmiştir. “Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir” hükmünü içeren 12. maddenin gerekçesinde de bu hak ve hürriyetlerin devletin lütfu olmadığı, kişinin doğuştan edindiği vurgulanmıştır. 2. maddede geçen nitelikler arasında yer alan “insan haklarına saygılı” olma, 11. madde gereği yasama, yürütme ve yargı organlarını bağlar. Bu hükümler, insan haklarına aykırı kanun ve uygulamalar yapılmasının önünü kapatmıştır.

Gülmez’e göre, kanun hükmünde sayılan antlaşmalar usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmalardır. Anayasa’da bu ifadeye, uluslararası antlaşmaların ulusal hukuk karşısındaki durumunu belirlemek için değil fakat uluslararası hukukun parçası olan antlaşmaları, iç hukukun parçası haline dönüştürerek ulusal yargı yerlerinin ve kamu yetkililerinin uygulamasını sağlamak için yer verilmiştir. (Gülmez, 2004: 46-47)

Bu üç görüşün de dayanakları itibariyle farklı sonuçlara ulaştığını görüyoruz. Bununla birlikte, antlaşmalarla kanunların arasında genel olarak kanunlar arasındaki özel-genel hüküm ilişkisi olduğunu ileri sürmek yanlış olmayacaktır. Bunun sonucu olarak, herhangi bir çelişme durumunda antlaşma hükmünün uygulanacağını söyleyebiliriz. Örneğin, bir vize ya da serbest ticaret antlaşması ile bir ülkenin vatandaşlarına ya da ürünlerine belli bir süre için bir ayrıcalık tanınmakta ve konuya ilişkin kanun hükümlerinin bu alan için uygulanmasından vazgeçilmektedir. Ancak, münhasıran insan haklarına ilişkin ya da içinde birkaç tane bu nitelikte hüküm bulunduran antlaşmalar bu nitelikte değildir. Çünkü bu antlaşmaların hükümleri, kanuna istisnai hüküm getirmez. Denetim organlarının kararlarıyla somutlaşan ve yeni anlamlar kazanan bu hükümler, devletin diğer devletlerle ya da onların

vatandaşlarıyla ilişkilerini değil fakat kendisiyle vatandaşları ya da vatandaşları arasındaki ilişkileri düzenlediği için kanunun alternatifini oluşturur.

İster genel-özel hüküm halinden isterse üstünlükten dolayı olsun antlaşmalar kanundan daha ayrıcalıklı bir konuma oturtulmuştur. (Soysal, 1997: 172) Ancak bu konum, antlaşmalara kanunlara karşı üstünlük sağlamaz. Çünkü antlaşma kanunda değişiklik getirirse de antlaşmanın uygulanmasını zora sokacak kanunların yapılması yasaklanmamış, öte yandan Anayasa Mahkemesi sadece bir uluslararası antlaşmaya dayanarak bir kanunu iptal etmemiştir. Bu durum, somut hükümleri olan ikili antlaşmaların uygulanmasında çok sorun yaratmasa da, genel olarak soyut hükümleri olan ve uygulanmasını denetleyecek taraf niteliğinde bir devlet ya da yaptırım gücü olan bir denetim organı olmayan insan haklarına ilişkin antlaşmalar için ciddi sıkıntı oluşturduğu açıktır. Bu nedenle söz konusu zaafın giderilmesinin en etkili yolu, uluslararası antlaşmaların kanunlar karşısındaki konumuna ya da üstünlüğüne ilişkin bir ifadeye Anayasa’da yer verilmesidir.

1.1.2. 2004 Anayasa Değişikliği Sonrası Temel Hak ve Özgürlüklere

İlişkin Antlaşmaların Normlar Hiyerarşisindeki Yeri

Uluslararası antlaşmaların Türk hukukundaki yeriyle ilgili bilimsel ve yargısal bağlamda tartışmaların bir türlü sonuçlandırılmaması ve AB’ye uyum sürecinde ortaya çıkan bazı zorunluluklar, bu alanda bazı değişiklik yapma çabalarına neden olmuştur. Bunlardan ilki 2001 yılındaki değişiklikte “Kanunlar ile milletlerarası andlaşmaların çatışması halinde milletlerarası andlaşmalar esas alınır” hükmünün Anayasa’nın 90. maddesine ekleme girişimidir.

Bu değişikliğin gerekęesi, madde gerekęesinde şöyle ifade edilmiştir: “Bu hüküm Avrupa Birliği’ne uyum çerçevesinde hukuksal alt yapı sağlanması için gerekli görölmüştür”. (TBMM (2001), <http://www2.tbmm.gov.tr/d21/2/2-0803.pdf>)

Teklif Anayasa Komisyonu’nda kabul edilirken Anayasa Komisyonu Raporu’nda şu ifadelere yer verilmiştir: “...değişiklik komisyonumuzca egemenlik hakkının kullanılmasına bir sınır getirip getirmemesi yönünde tartişılmış, 90. maddenin bütönlüğü içinde komisyonumuzca uygun görölerek oy birliği ile kabul edilmiştir”. Bu değişiklik önerisi Genel Kurul görüşmeleri aşamasında tüm parti temsilcileri tarafından olumlu karşılanmıştır. Görüşmeler sırasında Anayasa’nın 90. maddesine eklenmesi öngörölen cümleye “halinde” ibaresinden sonra gelmek üzere “Türkiye Büyük Millet Meclisi’nce usulüne göre yürürlüğe konulan” ibaresinin eklenmesi teklif edilmiştir. Bunun gerekęesinde Meclisin onayından geçmemiş olan anlaşmaların milli kanuna üstün olması hususunda hasıl olan tereddüdün giderilmesi olduğu ifade edilmiştir. Fakat bu ve daha sonra verilen bu nitelikteki önergeler kabul edilmemiştir. 90. maddenin değiştirilmesine ilişkin taslağın 32. maddesi TBMM Genel Kurulu’nun oylamasına sunulmuş ve ancak kamuoyunda ortaya çıkan siyasi yasakların kalkması, Kürtçenin serbest bırakılması ve Lozan Antlaşması konularındaki tartişmaların etkisiyle oylama sonucunda reddedilmiştir. Konya Milletvekili Candan’ın 90. maddenin değişikliğine ilişkin şu ifadeleri ilginçtir: “Bazı çevrelerin getirdikleri 5 madde olduğu gibi girdi, 90 ıncı madde oy almadı; yine, telkinlerle, milletvekillerimiz ona oy vermediler; ama, buraya gelip konuşan parti sözcüleri Avrupa Birliği sürecinden bahsettiler. O zaman, neden 90 ıncı maddeye oy vermediklerini, doğrusu, sormak gerekir. Hatırlanacağı üzere, 90 ıncı maddede, iç hukuk ile dış hukuk arasında bir çatışma olduğu zaman, dış hukuk geçerli denildi.

Öyle olmasına rağmen, görüşünü daha önceden açıklayan bazı kurum ve kuruluşlar doğrultusunda, maalesef, bu da teklifin maddeleri içerisinde çıkmış oldu”. (TBMM Tutanak Dergisi, Cilt 70, D: 21, Y. Y. :3, B. 135, 28/9/2001, O:3, s.354-355)

“Türkiye’nin AB’ye uyum sürecinde Anayasa’nın egemenliğe ilişkin 6. maddesiyle tartışılan 90. madde, orijinal haliyle, AB normlarının, Birliğin öngördüğü biçimde Türkiye’de uygulanmasını imkânsız kılmaktaydı. Özellikle Birliğe üye ve aday ülkelerin anayasalarında milletlerarası hukuka öncelik tanıyan düzenlemelerin birbiri ardına kabul edilmesi karşısında, Türkiye’nin de bu yolda bir düzenlemeyi hayata geçirmesi gerekiyordu. Bu şekilde bir düzenleme, teknik anlamda, AB üyeliğinin ön şartlarından biri olarak ortaya konuyordu”. (Gönenç ve Kontacı, 2005: 125)

Bu çerçevede yapılan diğer girişim ise, 2004 değişikliğidir. 5170 sayılı Kanunun 7. maddesi ile Anayasa’nın 90. maddesi değiştirilerek temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalara kanunlarla çelişmeleri halinde öncelik verilmiştir. Bu değişiklik, AB hukukunun Türk hukukuna aktarılmasının kolaylaştırılmasından ziyade, Türkiye’nin adaylık sürecinde kendisini en çok zorlayan insan hakları konusunda yeni açılımlar oluşturmaya dönüktür. Ancak Türkiye’nin üyeliği halinde, AB normlarının iç hukukta doğrudan uygulanabilmesi için yeni bir Anayasa değişikliğine ihtiyaç duyulacağı açıktır.

5170 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, 90. maddenin son fıkrasına “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır” hükmü eklenmiştir. (RG. T. 22/5/2004, S.25469)

2004 değişikliğinin genel gerekçesinde “...diğer yandan, dünyada gelişen yeni demokratik açılımlara uyum sağlanması ve bu açılıma uygun bir şekilde temel hak ve hürriyetlerin, evrensel düzeyde kabul edilmiş standart ve normlar ile Avrupa Birliği kriterleri seviyesine çıkarılması amacıyla kanunlarımızda düzenlemeler yapılması ihtiyaı temel yasamız olan Anayasa’da da değişiklikler yapma zorunluluğu doğurmuştur” ifadelerine yer verilmiştir. (TBMM (2004), <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss430m.htm>)

Genel gerekçede, 90. maddeye özel bir açıklama getirmemekle birlikte “temel hak ve özgürlükler” terimi kullanılmıştır. Buna karşılık 5170 sayılı Kanunun 7. maddesinin gerekçesinde ise “insan hakları”na ilişkin uluslararası antlaşmalara atıf yapılmaktadır. Kanunlarla çeliştiği durumlarda uluslararası antlaşmalara “ncelik” veren maddenin gerekçesi şoyledir:

“Uygulamada usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin milletlerarası antlaşmalar ile kanun hükümlerinin çelişmesi halinde ortaya çıkacak bir uyuşmazlığın halinde hangisine öncelik verileceği konusundaki tereddütlerin giderilmesi amacıyla 90. maddenin son fıkrasına hüküm eklenmektedir”. (TBMM (2004), <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss430m.htm>)

Anayasa’da yapılan bu değişikliğin, söz konusu antlaşmaların neler olduğu konusunda açıklık getirmediği yönünde eleştiriler yöneltilmiş ve bu yönde bir eklemenin önemli olduğu belirtilmiştir. Bu ereve verlen öneri şoyledir:

“Teklifin 7. maddesinde kanunlarla aynı konuda farklı hükümler taşıyan ve bu nedenle çıkacak uyuşmazlıklarda hükümleri esas alınacak temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmaların en azından hangi kaynaktan gelen andlaşmalar olduğuna ilişkin bir belirleme yapılmasının, çıkabilecek bir takım farklı

yorum ve uygulamaları önlemek bakımından yararlı olacağını düşünüyoruz ve bu nedenle 7. maddedeki düzenlemeye karşıyız”. (Şahbaz, 2004: 210)

Ancak, bu öneri Anayasa Komisyonu tarafından kabul edilmemiştir. Anayasa Komisyonu Başkanı sayma yönteminin teknik olarak yerinde olmadığını belirtirken 30 Nisan 2004 tarihli Anayasa Komisyonu Raporu’nda da bu husus şöyle ifade edilmiştir: “Teklifin, çerçeve 7. maddesi; usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmalar ile kanunların çatışması halinde milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas alınmasını öngörmektedir. Bu madde üzerindeki görüşmelerde sayısı çok fazla olan milletlerarası andlaşmaları uygulayıcıların bilmesinin zor olacağı, hangi andlaşmaların bu çerçevede değerlendirileceğinin tadad edilmesinin gerekli olduğu üyelerimizce ifade edilmiştir. Ancak, bu öneri Komisyonumuzca kabul görmemiş ve çerçeve 7. madde, teklifte yer aldığı şekliyle kabul edilmiştir. Komisyonumuza verilen redaksiyon yetkisi çerçevesinde bu maddede geçen, ‘andlaşmalar ile’ ibaresi ‘andlaşmalarla’ şeklinde düzeltilmiştir”. (Aybay, 2007: 202-203)

Değişikliğin metni üzerindeki tartışmalar Anayasa Komisyonu ile sınırlı kalmamış ve Genel Kurul’da da devam etmiştir. Nitekim yukarıdaki öneriye paralel olarak 19 milletvekili temel hak ve hürriyetlere ilişkin antlaşmaların sınırlandırılması için şu öneriyi vermiştir:

“Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı, Uluslararası Çalışma Örgütü çerçevesinde yapılarak usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır”.

Önerge sahiplerinden Araslı, önergeyi şu sözleriyle savunurken konuya ilişkin tartışmaların ilk işaretini de vermiştir: “Önümüze getirilen teklifin bu maddesi, bir uluslararası antlaşmanın, insan haklarına ilişkin bir antlaşmanın bir konuda yaptığı düzenleme ile iç hukuk kuralının aynı konudaki düzenlemesi çatıştığı zaman, çıkacak ihtilafta, uluslararası antlaşma hükümlerine uygulamada öncelik tanınmaktadır. Gerçekten de, bizim Anayasamızda, kanunların hükümleri ile uluslararası antlaşmaların hükümleri çatıştığı zaman ne yapılacağına ilişkin bir belirleme yoktur. Uluslararası antlaşmalar kanuna eşdeğer hükümde olduğu için, bu gibi durumlarda hukukun genel ilkeleri uygulanmakta ve ‘özel hüküm, genel hükmün önüne geçer’, ‘sonra gelen hüküm, önceki hükmün önüne geçer’ ilkeleri doğrultusunda işlem yapılmaktadır. Bu da, birtakım farklı içtihatların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Halbuki, bu konuda bir açıklığa, bir berraklığa ihtiyaç vardır. Böyle bir ihtiyacın varlığı, giderilmesi gerektiği doğrudur. Ne var ki, dünyanın çeşitli ülkelerine, özellikle Avrupa Birliği ülkelerine baktığımız zaman, dış hukuka bu tür çalışmalarda öncelik veren ülkelerin, antlaşmaların Anayasa’ya uygunluğunu sağlamak bakımından çok etkin bir denetim mekanizması kurduğu görülmektedir; bir önce denetim, bir öndenetim mekanizmasını devreye sokmaktadırlar. Halbuki, Türkiye’de, zorunlu olarak işleyen böyle bir denetim mekanizması yoktur ve antlaşmaların Anayasa’ya uygun olup olmadığını belirlemek için, bu tür antlaşmaları Anayasa Mahkemesi’nin denetimine sunma imkanı da yoktur. Böyle bir denetim, Anayasa Mahkemesi’nin yetkisi dahilinde değildir; ancak antlaşmanın uygun bulma kanunları bir kanun olduğu için, Anayasa Mahkemesi’nin denetimine tabidir; ama, kanunla onayı uygun bulma ve onay arasındaki mesafe, zaman olarak bazen o kadar kısadır ki, böyle bir denetim imkanı da bir anlam

taşıyabilmemektedir. Bu nedenle, 90. maddenin taşıdığı bu özellik göz önünde tutulduğu zaman, madde, sadece Anayasa'nın 90. maddesinde bir değişiklik getirdiği ve Anayasa Mahkemesi'nin denetimiyle ilgili hükümlerde bir değişiklik yapma imkanı bırakmadığı için, 90. madde çerçevesinde ne yapılabilir(?) bu sakıncayı gidermek için diye düşünüldüğünde, tek çare, bu özelliği tanıyacağımız antlaşmaların hangi kaynaktan gelen antlaşmalar olduğunu belirleyen bir hükmü bu maddeye eklemekle ortaya çıkabilmektedir. Böyle bir hükmün maddeye eklenmesi, yarın, öbür gün, uygulayıcı bakımından, hangi antlaşma temel insan haklarına ilişkin antlaşmalar, hangisi değildir konusunda yapılacak belirlemede ortaya çıkacak farklı değerlendirmeleri de önlemeye imkan verecektir". (TBMM Tutanak Dergisi, Cilt 48, D: 22, Y. Y. :2, B. 83, 4/5/2004, O:1, s.103-104)

Ancak bu öneri de Anayasa Komisyonu Başkanı'nın sayma yöntemini teknik olarak doğru bulmadığını ifade etmesi ve Hükümetin de katılmaması sonucu kabul görmemiş ve taslak Anayasa Komisyonu'ndan geldiği şekliyle 102 ye karşı 375 oyla kanunlaşmıştır. Sabuncu'ya göre "bu değişiklikle, milletlerarası andlaşmalar kanunlardan üstün bir konuma yükseltilmekte ve iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiş olmaktadır". (Sabuncu, 2005: 73)

Karşı oy yazısıyla ve öneriyle getirilmeye çalışılan düzenleme, sadece uluslararası bazı kurumların sayılmasından ibaret olduğu için aslında yeterince açıklık getirmemekteydi. Asıl sorun, antlaşmaların konusu itibariyle insan hakları sözleşmesi olup olmadığının belirlenmesi hususudur.

7 Mayıs 2004 tarihli ve 5170 sayılı Kanunla Anayasa'nın 90. maddesine eklenen yeni cümle bazı tereddütlerin giderilmesini sağladığını söyleyebiliriz. Daha önce de değindiğimiz gibi, antlaşmaların normatif değeriyle ilgili olarak bunlara

karşı Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayacağını öngören hükmün, kanunlarla uluslararası antlaşmalar arasında ikinciler lehine bir normatif hiyerarşi kurmuş olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Yeni hüküm, 2004 öncesi dönemde dile getirilen uluslararası antlaşmaların kanunlardan üstün olduğu görüşünün doğru olmadığı şeklinde yorumlanmıştır. “Zira, yeni ek cümlelerin aynı konuda, sırf temel haklarla ilgili sözleşme-yasa çatışmasında sözleşmeye üstünlük tanınması nedeniyle, temel haklar dışında kalan hususlarla ilgili sözleşmeler bakımından yasaya üstünlüğün benimsenmediği anlaşılmaktadır. Oysa, maddenin ilk şeklindeki düzenlemeden böyle bir sonuca rahatlıkla ulaşmak mümkün değildi”. (Şahbaz, 2004: 207)

Ancak, bu yorum daha önce bahsettiğimiz temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaların uygulanmasında ortaya çıkan güçlükleri dikkate almamaktadır. Bu değişikliklerle, temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaların dışında kalan uluslararası antlaşmaların, kanundan üstün konumdan kanunla eşdeğer düzeye çekildiğini söylemek zordur. Çünkü antlaşmaların iç hukukumuzdaki konumunda bir değişiklik getirilmemiş, fakat temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaların uygulanmasında ortaya çıkan sorunların giderilmesi için anayasal düzeyde devlet organlarına talimat verilmiştir.

Yeni hüküm, bazı sorunları gidermek amacıyla eklenmesine rağmen daha terimsel anlamda bazı tartışmalara neden olmuştur.

Söz konusu hükümde, kendi gerekçesinde olduğu gibi “insan hakları” terimi değil fakat “temel hak ve özgürlükler”e ilişkin uluslararası antlaşmalar telaffuz edilmektedir. Bu terim itibarıyla, Anayasa'daki temel hak ve hürriyetlere ilişkin

sözleşmeler kastedilmiş ve evrensel-bölgesel insan hakları sözleşmeleri “esas” alınmış olabilir mi?

Değişiklikteki “esas alma” ifadesi Türk hukukunda normlar hiyerarşisine temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaların oluşturduğu yeni bir basamağın eklendiği izlenimini vermektedir. “Esas alma” terimi antlaşmaların konumu hakkında bir yenilik getirmiş midir? Bu yenilik antlaşmalara “üstünlük” mü yoksa “öncelik” mi kazandırmaktadır? Antlaşmaya aykırı kanun hükümleri kendiliğinden yürürlükten kalkmış mıdır? Ayrıca yürürlükten kaldırılması mı gerekir?

“Aynı konuda farklı hükümler” terimi ve bu hususun hangi organlarca tespit edileceği ayrı bir sorundur. Farklı hükümler konusunda sadece antlaşmanın metnini mi yoksa yorumlamaya ve uygulamaya yetkili koruma ve denetim organlarının kararları mı yani otantik yorumu mu esas alacaktır?

Bu nedenle hükmün kendisini tartışmadan önce, hükmü oluşturan unsurların incelenmesi yerinde olacaktır.

1.2.YENİ HÜKMÜN UNSURLARI

1.2.1.“Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Milletlerarası Andlaşmalar” İfadesi

Anayasa’nın 90. maddesinin yeni hükmünde “temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar” ifadesi yer almaktadır. Bu ifadenin lafzından neyi kastettiği anlaşılamamakla birlikte madde gerekçesinde insan hakları sözleşmelerinin anlatılmak istendiği belirtilmektedir. Ancak, bu kavramın sadece insan hakları sözleşmelerini mi kastettiği yoksa içindeki bir ya da birkaç maddesinde insan

haklarını düzenleyen ama özellikle bu konu için düzenlenmemiş olan antlaşmaları da kapsayıp kapsamadığı netleştirilmemiştir.

“Temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar” ifadesi iki şekilde yorumlanabilir. Lafzi yorumdan hareketle, bu antlaşmaların sadece insan haklarını özel olarak düzenleyen antlaşmalar olduğu savunulabilir. Bu durumda, özel olarak düzenleyip insan haklarına ilişkin bazı hükümler barındıran antlaşmalar kanunlarla çatıştıkları durumda esas alınmayacaklardır. Örneğin, AB ile aday ülkeler arasında yapılan Ortaklık Antlaşmalarında bireylere sağlanan doğrudan iş kurma hakkı ya da işçiler arasında ayrımcılık yasağı gibi ekonomik ve sosyal hakların kanunlara göre öncelikle dikkate alınması bu bakış açısıyla mümkün olmayacaktır. Amaçsal yorumla bakıldığında ise temel hak ve özgürlüklere ilişkin hüküm insan haklarına ilişkin olmayan bir antlaşmada bile olsa esas alınmalıdır. Meclis görüşmelerinde bu konunun açıklığa kavuşturulmaması, tartışmaların ortaya çıkmasına zemin hazırlamıştır. (Başlar, 2004: 312)

İnsan hakları sözleşmesi kavramının dar anlamda değerlendirilmesi gerektiğini düşünenler, temel hak ve özgürlüklerle ilgili bir veya birkaç madde içeren antlaşmalar bakımından, kanun ve antlaşmanın çatışması durumunda, antlaşmaya öncelik verilmesini kabul etmemektedir. Pazarcı’ya göre, bu konuda söz konusu sorunun antlaşmaya uygun yorum sonucunda çözülmesi düşünülebilir. (Pazarcı, 2005: 161)

“Temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar” ifadesinin dar anlamda anlaşılması gerekir. Çünkü Anayasa, 2. maddede “insan haklarına saygılı” niteliğini vurgulamaktadır. Bu çerçevede, Anayasa’nın “Temel Haklar ve Ödevler” başlığını taşıyan ikinci kısımda (md.17-74.) yer alan kişisel (md 17-40) ve

siyasal haklar (md. 66-74) ile sosyal ve ekonomik haklarla (md.41-65) ilgili antlaşma hükümlerinin bunlara ilişkin kanunlardan üstünlüğü iddia edilebilir.

Ancak, dar yorumdan kaçınan ve diğer antlaşmaların içindeki ilgili hükümlerin değerlendirmesi gerektiğini söyleyen hukukçular da bazı hususlarda farklı görüşler beyan etmişlerdir. Örneğin Gülmez bu konuda sınır koymanın yanlış olacağı kanısındadır. “Onayladığımız tüm uluslararası sözleşmelerdeki insan hakları ve temel özgürlükler, bu terimin kapsamı içindedir. Bu terim, ister kişisel ve siyasal hakları, ister ekonomik, sosyal ve kültürel hakları, isterse ‘üçüncü’ hatta ‘dördüncü’ kuşak olarak nitelendirilen görece yeni insan hakları olsun, onayladığımız ve onaylayacağımız tüm sözleşmelerde güvenceye bağlanan tüm insan haklarını kapsar”. (Gülmez, 2004: 153)

“Temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar” ifadesinin anlamı hususunda diğer bir görüşe göre de, bu kavramı değerlendirirken insan hakları arasındaki kuşak esası üzerindeki ayrımın ön plana alınması gerekir.

Başlar’a göre, bu kavram birinci ve ikinci kuşak insan hakları olarak anlaşılmalıdır. Üçüncü kuşak haklar olarak bilinen dayanışma haklarını düzenleyen uluslararası antlaşmalar kanunların üzerinde kabul edilmemelidir. Bu konuda Anayasa’daki sınıflandırmayı esas almanın doğru olamayacağını belirten Başlar, “üçüncü nesil insan haklarından kabul edilen ve Anayasa’nın 56. maddesinde yer alan çevre hakkının sosyal ekonomik haklar kategorisinde ele alınması, insan haklarının kuşaklara göre sınıflandırılmasının zorluğunu göstermektedir”.(Başlar, 2004: 311)

Bir başka yaklaşım ise kuşak tasnifi ya da münhasır insan hakları antlaşmaları kavramı dışına çıkılarak tamamen Anayasa’nın düzenlediği insan haklarını esas

almayı savunur. Şahbaz’a göre, Anayasamız bakımından temel hak ve özgürlükler bütün anayasal hak ve özgürlükleri içerir. Ancak, Anayasa’da tanımlanmayan ve sadece kanunlarla düzenlenen bazı hakların varlığı durumunda, bunlara ilişkin antlaşmaların esas alınmasından bahsetmek mümkün değildir. (Şahbaz, 2004: 209)

Antlaşmaları adlarına göre sınıflandırma yolunun da kolaylık sağlaması pek muhtemel gözükmemektedir. Konuyla ilgili birçok uluslararası antlaşmanın adında, değişik deyimlerin kullanılması bunun en önemli gerekçesidir. AIHS’nin adında, “insan hakları” yanında “temel haklar” ifadesi kullanılmıştır. “İkiz sözleşmeler” olarak bilinen iki BM sözleşmesinin adlarında ise “ekonomik, sosyal ve kültürel haklar” ve “medeni ve siyasal haklar” terimlerine yer verilmiştir. Ayrıca, “çocuk hakları”, “kadınlara karşı ayrımcılığın önlenmesi”, “insan onurunun korunması” gibi adlar taşıyan ve insan haklarını güvence altına alan bazı antlaşmalar da bulunmaktadır. Bu nedenle, bir antlaşmanın, 90. maddenin yeni hükmü kapsamında olup olmadığına karar verilmesinde, antlaşmanın adından hareketle yapılacak bir değerlendirme sağlıklı sonuçlara götürmez.

“Temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar” ifadesinin ne anlama geldiği konusundaki diğer bir görüşe göre, bu kavramı değerlendirilirken “andlaşma” teriminin niteliğinin de sorgulanması gerektiği dile getirilmektedir. Bunun için Anayasa’nın bu terimi nasıl anladığına bakmamız doğru olacaktır. 1961 Anayasası’nın bu konuyu düzenleyen 65. maddesinin gerekçesinde “andlaşma” teriminden bahsedilirken “Gerçekten, hukuki mahiyeti yani bağlayıcılık vasfının menşei bakımından aralarında hiçbir fark olmamasına rağmen, milletlerarası hukuk kaideleri vaz’eden yazılı vesikalar için 14 kadar değişik terim kullanılmaktadır. Maddede, bu terimlerden en fazla umumi olanı tercih edilmiştir” ifadelerine yer

verilmiştir. Bununla birlikte esnek hukuk belgeleri antlaşma olarak kabul edilmez. Uluslararası antlaşma niteliği taşımayan uluslararası temel hak ve özgürlüklerle ilgili belgelerin bu kapsamın dışında olduğu ve hukuksal yükümlülük getirmeyen bildirge ve benzeri belgelerin bu gruba girmediği kabul edilmektedir. “Bu nedenle, Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi’ne dayanarak bir yasa hükmünün göz ardı edilmemesi gerekir. AGİT çerçevesinde hazırlanan Helsinki Nihai Senedi veya Paris Şartı gibi nitelikleri itibariyle esnek hukuk (*soft law*) belgelerinin de antlaşma olmadıkları için yasalardan üstün tutulmamaları gerekir”. (Başlar, 2004: 313) Ancak Gülmez bu tür belgelerin çatışmanın çözümünde göz önünde bulundurulmasının ve hatta esas alınmasının önünde bir engelin olmadığını düşünmektedir. Şahbaz ve Kaboğlu’na göre ise Anayasa’daki andlaşma tanımına bakmak gerekir. Anayasa’ya göre andlaşma, TBMM’nin onaylamayı bir kanunla uygun bulduğu uluslararası belgelerin tümüdür.

“Temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalar” teriminin anlamı, bu tartışmalardan da anlaşılacağı üzere muğlaktır. Bu konuda Gülmez’in de belirttiği gibi tüm antlaşmalardaki temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümlerin dikkate alınması daha doğru olacaktır. Böylelikle, bahsedilen ayırma zorlukları ortadan kalkacak ve Anayasa’da ya da uluslararası alanda kullanılan ayrımların hangisinin seçileceği konusunda sorun yaşanmayacaktır. Ayrıca insan hakları arasında kuşak esasında bir ayırım yapmak da gerekli olmayacaktır. Anayasa değişikliği TBMM’de tartışılırken antlaşmaların kaynaklarının ya da isimlerinin sayılması tekliflerinin reddedilmesinin nedeni de budur. Anayasa’nın 65. maddesindeki hükmü ekonomik ve sosyal haklar konusunda devletin görevini imkanlarının elverdiği kadarıyla sınırladığı için üçüncü kuşak hakların da kapsama alınması sorun teşkil etmeyecektir.

Öte yandan yeni hükümde de “usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar” tabirine yer verilmesi, bunların TBMM tarafından uygun bulunan ya da Bakanlar Kurulu kararıyla yürürlüğe giren antlaşmalar olması gerektiği yaklaşımını güçlendirmektedir.

1.2.2.Kanun Kavramı

Anayasa’nın 90. maddesinde antlaşma ile kanun arasında bir kıyas yapılmış ancak diğer mevzuata değinilmemiştir. O halde, 90. maddenin ilgili hükmünde bahsedilen “kanun” teriminin sadece kanunu kastettiğini söyleyebilir miyiz?

Hükümdeki kanun kavramının kapsamını değerlendirmek konunun açıklığa kavuşmasını sağlamak açısından kolaylık sağlayacaktır. Bu çerçevede, maddi kanun ve şekli kanun kavramlarını ele alarak değerlendirme yapmak gerekir. Burada kanun kavramı üzerinde durulacak ve antlaşmalarla mevzuatın çatışma hallerine ise 2. bölümde “Çelişme Halleri” başlığı altında yer verilecektir.

1.2.2.1.Maddî Kanun- Şekli Kanun

Maddi kanun anlayışına göre kanun, genel ve soyut hukuk kurallarıdır. Burada, konulan kuralın özellikleri ön plandadır. Bir kuralın kanun olabilmesi için, kişisel olmayan, genel, soyut ve objektif olması gerekir. Bu niteliklere sahip bir kural, yasama organı tarafından konulabileceği gibi yürütme organı tarafından da konulabilir. Bu tanım, Anayasa’dan yönetmeliğe kadar tüm mevzuatı kapsar.

Şekli Kanun anlayışına göre ise, yasama organınca kanun adı altında ve kanunlar için öngörülen usullere uygun olarak yapılan işlemler kanundur. Şekli kanun da genellikle genel ve soyut hukuk kuralları olmakla birlikte bu mutlak bir

durum değildir. Şekli kanun, mahkemelerin verdiği ölüm cezalarının TBMM tarafından onaylanması veya yeni bir il ya da ilçenin kurulması gibi belli kişilere ve olaylara ilişkin kurallar da koyabilir. (Günday, 2003: 81)

Yeni cümledeki kanun ifadesini maddi anlamda kabul ettiğimizde, temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalar Anayasa'nın üzerinde bir konum kazanmaktadır. Gülmez'e göre, kanun kavramını şekli kanun olarak anlamak Anayasa'nın 2. ve 14. maddesiyle bağdaşmaz. Devletin "insan haklarına saygılı olma" niteliği, Anayasa'dan daha ileri haklar ve güvenceler öngören uluslararası antlaşmaların üstün tutulmasını gerektirir. "Aykırı kuralları Anayasa'da sürdürerek insan hakları sözleşmeleriyle bağdaşmayan kuralların korunması ve insan haklarıyla ilgili uluslararası antlaşmaların yalnızca çelişik kurallar içeren yasalar karşısında öncelikle uygulanması, ek cümleyle yapılan düzenlemenin amacına aykırı düşer ve bu düzenlemenin uygulama alanını daraltır". (Gülmez, 2004: 155)

Bununla birlikte, Türk doktrini şekli kanun anlayışını benimsemiştir. Kanun kavramının Anayasa hükümlerini kapsamadığı kabul edilmektedir.

Anayasa başlangıç bölümünden itibaren birçok maddede "kanun" terimi kullanmıştır ve bu terim Anayasa'nın 88 ve 89. maddelerinde belirtilen TBMM tarafından "kanun" adıyla kabul edilip Cumhurbaşkanı'nca onaylandıktan sonra Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren normatif kuralları anlatır. Bu bakımdan 90. maddenin "Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır", "Türk kanunlarında değişiklik getiren her türlü andlaşmaların yapılmasında birinci fıkra uygulanır" ve "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir" şeklindeki birinci, dördüncü ve beşinci fıkralarındaki "kanun" terimini diğerlerinden ayrı yorumlamak

mümkün değildir. Çünkü birinci fıkrada yer alan “uygun bulma kanunu” teknik anlamda “kanun”dur. Bu nedenle de uygun bulma işleminin KHK ile yapmak söz konusu değildir. (Karagülmez, 2004: 169-170)

Bu çerçevede, antlaşmanın Anayasa’ya rağmen uygulanması yani Anayasa’ya üstün tutulması mümkün değildir. Anayasa ile uluslararası antlaşmaların çatışabileceği tamamen yadsınmış ve Anayasa koyucu antlaşmaların kanunlarla olabilecek çelişme hallerini düzenlemiştir.

Öte yandan, şekli kanun maddi kanun gibi tüzük ve yönetmelikleri kapsamaz. Ancak, bunun bir sorun teşkil ettiğini söyleyemeyiz. Bilindiği gibi, Anayasa’nın 115. maddesine göre tüzükler kanunun uygulanmasını göstermek veya emrettiği işleri belirtmek üzere çıkarılır. 124. maddesine göre de, yönetmelikler kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak için çıkarılır. Tüzük ve yönetmelikler kanuna aykırı olamaz. Antlaşma ile tüzük ve yönetmeliklerin uyumsuzluğu halinde, dayanağını oluşturan kanun hükmü değil fakat antlaşma hükmü esas alınacağından, söz konusu mevzuatta iptal edilecektir. Öte yandan, antlaşma da zaten bir kanundur ve tüzük ve yönetmeliklerin antlaşmaya yani kanuna aykırı olmaması gerekir.

Şekli kanun kavramının KHK’yı içermemesi, antlaşma ve KHK çatışması halinde ne yapılacağı hususunda farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bu konudaki değerlendirmelere kısaca göz atalım.

1.2.2.2.Kanun Hükmünde Kararname

Bakanlar Kurulu’nun, yasama organının bir yetki kanunu ile verdiği düzenleme yetkisine dayanarak veya olağanüstü hallerde böyle bir yetki kanunu olmadan da çıkardığı kararnamelere kanun hükmünde kararname denir. Bunların

kanun hükmünde olma nitelikleri, yürürlükteki kanunları değiştirebilmelerinden kaynaklanmaktadır. Bakanlar Kurulu'na çıkarılması dolayısıyla bir idari işlem niteliğinde olan KHK, TBMM tarafından kabul edildikten sonra bir kanuna dönüşmektedir. (Günday, 2003: 97)

Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasına göre, sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasa'nın ikinci kısmının birinci ve ikinci bölümlerinde yer alan temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile dördüncü bölümde yer alan siyasi haklar ve ödevler KHK ile düzenlenemez. Ekonomik ve sosyal haklar konusunda bu yolun kapatılmamış olması, ekonomik sosyal ve kültürel haklara ilişkin bir KHK hükmü ile onaylanan bir antlaşma hükmünün çatışmasını mümkün kılar.

Karagülmez'e göre, Anayasa'nın 90. maddesine eklenen cümle kapsamındaki bir antlaşma ile bir KHK'nın aynı konuda farklı hükümler içermesi halinde, KHK hükmünün uygulanmayacağını söylemek güçtür. (Karagülmez, 2004: 171) Ancak KHK, kanunlarda değişiklik getirebilmesi, TBMM tarafından onaylanmasıyla kanun haline dönüşmesi ve Anayasa Mahkemesi tarafından kanunlar gibi Anayasa'ya aykırılığının denetlenebilmesi nedeniyle adından da anlaşılacağı üzere kanun özellikleri taşımaktadır. Bu çerçevede etki itibarıyla kanun hükmünde olan ancak daha dar bir alanı düzenleyebilen KHK'ların, ek cümledeki düzenlemenin dışında olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu nedenle, KHK-antlaşma çatışması durumunda antlaşmanın öncelikle uygulanması gerekir.

Peki Anayasa'nın yargı yolunu kapattığı olağanüstü hal ve sıkıyönetim KHK'ları ile antlaşmalar arasında uyumsuzluk halinde ise ne olacak? Bu KHK'lar daha önce de belirtildiği gibi Anayasa'nın 121. ve 122. maddelerinde düzenlenmiştir ve 148. maddesinde şekil ve esas bakımından Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla,

Anayasa Mahkemesi'nde dava açılmayacağı hükmüne bağlanmıştır. Anayasa Mahkemesi bazı kararlarıyla KHK'ların olağanüstü hal ve sıkıyönetim KHK'sı olup olmadığını denetlemekle birlikte, bu kesinlikle adı geçen kararnameleri denetleyebileceği anlamına gelmemektedir. (AMK, E.1990/25, K. 1991/1, Kt.10/1/1991; E.1991/6, K.1991/20, Kt. 3/7/1991)

Anayasa'nın 15. maddesinin "Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlölükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasa'da öngörölen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir" hükmü gereği olağanüstü hal ve sıkıyönetim KHK'ları Anayasa'nın üstünde bir konuma gelebilir. Bu durumda da olağanüstü hal ve sıkıyönetim KHK'larının uluslararası hukuku ihlal etmemesi gerektiği vurgulanmıştır.

Anayasa'nın 15. maddesindeki hüküm 90. maddenin son hükmüyle birlikte düşünüldüğünde Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda karar verebileceği sonucuna varabiliriz. Çünkü Anayasa'da olağanüstü hallerde dahi milletlerarası hukuktan kaynaklanan temel hakların koruma altında olduğu teminat altına alınmıştır. Bu çerçevede AİHS'nin 15. maddesinin gereğini yerine getirmek üzere Anayasa Mahkemesi'nin müdahil olması ve söz konusu Kararnamelerin Sözleşme'nin 15. maddesinin koşullarını yerine getirip getirmediğini diğör bir deyişle yerindeliğini değerlendirmesi gerekir. Anayasa'daki kesin yasağa rağmen Kararnamelerin çeşidinin tespiti amacıyla yer ve zaman açısından değerlendirmesini yapan Anayasa Mahkemesi, böylelikle konu açısından da olağanüstü ve sıkıyönetim KHK'larını inceleyebilecektir.

Anayasa'daki hükümler nedeniyle halen yargısal denetimi yapılamayan olağanüstü hal ve sıkıyönetim KHK'larını AİHM denetleyebilecektir. Çünkü AİHS'nin 15. maddesi, olağanüstü dönemlerde temel hak ve özgürlüklerin askıya alınmasını düzenlemiştir. Buna göre, taraf devletlerin Sözleşme'de öngörülen yükümlülüklerle aykırı önlemler alabilmeleri üç koşula bağlanmıştır. Birincisi, ulusun yaşamını tehdit eden mevcut ya da çok yakın kamusal tehlikenin varlığı; ikincisi, alınan önlemlerin kesin olarak durumun gerekleriyle ölçülü olması; üçüncüsü ise uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklerle bağdaşır olmasıdır.

Sözleşme kurumları; Lawless/İrlanda (1/7/1961, Seri A No 3) ve İrlanda/Birleşik Krallık (18/1/1978, Seri A No 25) davalarında “ulusun yaşamını tehdit eden kamusal tehlike”nin gerçekten mevcut olup olmadığını incelemiştir. 1969 yılında Yunanistan davasında da “genel bir tehlike”nin mevcudiyetinin ön şartları tespit edilmiştir. (Dutertre, 2005: 425-426) Lawless/İrlanda davasında ise AİHM; olağanüstü önlemlerin, olağanüstü dönemlerle sınırlı olduğuna, olağanüstü rejim işlemlerinin sebebe bağlı olduğuna, olağanüstü rejim sona erdikten sonra aynı önlemlerin sürmesi durumunda, bunun Sözleşme'ye aykırılık oluşturacağına karar vermiştir. (Yüzbaşı, 1993: 319) İrlanda Anayasası olağanüstü hal düzenlemelerine karşı anayasaya uygunluk denetimini kapamış olmasına rağmen, AİHM olağanüstü hal düzenlemelerini araştırma yetkisini kendinde görmüştür. AİHM bunu İrlanda/Birleşik Krallık davasında da şu ifadelerle ortaya koymuştur: “Devletlerin taahhütlerini yerine getirmelerini sağlamakla sorumlu olan Komisyon ve Mahkeme (19. Madde), Devletlerin bu tür istisnai tedbirleri alırken ‘durumun şartlarının kesin olarak gerektirdiği’ ölçütünün ötesine geçip geçmediklerini denetleme yetkisine sahiptir”. (s. 78-79, paragraf 207)

Türkiye, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na bireysel başvuru hakkını “özel hallerde sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin kısıtlanmasını gerektirecek durum ve şartlar, Türkiye Anayasası'nın 119. ve 122. maddeleri ışığında yorumlanmalıdır” şeklindeki bir beyan ile birlikte tanımıştır. (RG 21/4/1987, S. 19438) Ancak, Sözleşme'nin 15. maddesi olağanüstü hallerde yapılabilecek en geniş müdahaleyi belirttiği için bu nitelikteki çekince ve beyanlar geçersiz sayılmıştır. (Loizidou/Türkiye, Başv. No 15318/89, 18/12/1996) Böylelikle olağanüstü hal ve sıkıyönetim KHK'larının AİHM tarafından yargısal denetiminin yolu açılmıştır.

1.2.3.Esas Alma

Bilindiği üzere, 90. maddenin yeni hükmünde temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaların kanunlarla çatışması durumunda antlaşmaların esas alınacağı bildirilmektedir. Kanun yerine uluslararası antlaşma hükmünün uygulanabilmesi için şunların varlığı gerekir:

- Temel hak ve özgürlüklerle ilgili bir sözleşmenin olması,
- Aynı konuda bir kanunun olması,
- Sözleşme ile kanunun aynı konuda farklı hükümler içermesi.

Aynı konuda farklı hükümler ifadesi, 5170 sayılı Kanunun madde gerekçesinde “çelişme” olarak açıklanmıştır. Çelişme ise, farklı sonuç doğuran bir uyumsuzluğu, bir aykırılığı ifade eder.

“Esas alma” ne demektir? “Esas alma” madde gerekçesinde ve Anayasa Komisyonu Raporu'nda “öncelikle” uygulama anlamında olduğu belirtilmektedir. Bu çerçevede “esas alma” terimini uluslararası antlaşmanın öncelikle uygulanması,

uyuşmazlığı ulusal hukuku bir yana bırakarak antlaşmalara göre çözüme olarak yorumlayabiliriz.

Esas alma, uyuşmazlık durumunda uluslararası antlaşmaların uygulanmasını anlatır ve bu amir bir hükümdür. Bu nitelikteki kurallar, uyulmaları zorunlu olan ve kişilerin kendi iradeleri ile bertaraf edemedikleri veya değiştiremedikleri kurallardır. (Bilge, 1996: 52) Bu bakımdan temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalar ile kanun hükümlerinin çeliştiği her durumda antlaşma hükümlerinin dikkate alınması gerekmektedir. Bu konuda Anayasa bir tercih hakkı ya da istisna tanımamıştır.

“Esas alma” kavramı iki norm arasında bir hiyerarşi ihdas etmiş olur mu? Bu konuda farklı görüşlerin olduğunu görüyoruz.

Gülmez’e göre, “esas alma” terimiyle antlaşmalara kanunlara karşı üstünlük tanınmıştır. Bununla birlikte, kanunlar ve antlaşmalar arasındaki uyuşmazlığın kanunların daha ileri güvence getirmesinden kaynaklanması halinde kanunların uygulanması gerekir. Çünkü “bu kuralın temelinde, çatışmanın ulusal yasaların uluslararası antlaşmalardan daha geri güvence sağlamış olmasından doğduğu düşüncesi vardır”. (Gülmez, 2004: 156)

Bu konuda, Gözler de “esas alma” terimiyle üstünlük tanındığı kanısındadır. 2001 değişikliği öncesi Gözler’in yaptığı değerlendirme 2004 değişikliği için de aydınlatıcı olacaktır:

"... Değişiklik teklifi kabul edilirse kanunlarla milletlerarası andlaşmalar arasında bir hiyerarşi ihdas edilmiş olacaktır. Zira bir kanunla, bir milletlerarası andlaşma çatıştığında, kanun ister önceki tarihli olsun, ister sonraki tarihli olsun, kanun değil, milletlerarası andlaşma esas alınacaktır. Bu milletlerarası andlaşmaların,

Türk normlar hiyerarşisinde kanun üstü bir değere, dolayısıyla işlevsel olarak anayasal değere sahip olması anlamına gelir”. (Gözler, 2000: 25)

Ancak, temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaların statüsünün değişmemiş olması bu antlaşmalara kanunlar önünde üstünlük sağlandığı ve Anayasa-kanun arasında yeni bir konuma yerleştirildikleri fikrini zayıflatmaktadır.

Aybay’a göre, “esas alma” maddi hukuk kuralı değildir ve kanun ihtilafı kuralı olması amaçlanmıştır. Yasa çatışması, uyuşmazlığın çözüme bağlanması için, işin özüne uygulanacak “maddi” hukuk kuralının belirlenmesidir. Diğer bir deyişle, aynı konuya ilişkin kurallar arasında uygun kuralın belirlenmesini ve uygulanmasını sağlamaktır. (Aybay, 2007: 206)

Esas alma, temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalarla kanunlar arasında hiyerarşik bir ilişki kurmamakta, diğer bir deyişle bu antlaşmaları kanunlara karşı üstün kılmamaktadır. Böyle bir durumda, kanunların temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalara aykırılığında bahsetmek mümkün değildir. Söz konusu antlaşmaların kanun hükmünde olması hususunda bir değişiklik yoktur. Anayasa koyucu, hükmü kanun ihtilafı şeklinde düzenlemiş ve uyuşmazlık halinde temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaların tercih edilmesini istemiştir. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaların iç hukukta etkin bir şekilde kullanılmasını amaçlayan bu hüküm, bunun için uyuşmazlıklarda temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaların tercih edilmesi yolunu seçmiş ve böylelikle uygulayıcıların tercih imkanı da kısıtlanmıştır. Bunun aksine bir yorum, düzenlemenin yapılış amacına aykırı olduğu gibi Aybay’ın iddia ettiği antlaşma- kanun uyuşmazlığı hallerinde değişiklik öncesine göre bir yeniliğin olmadığı tezinin kabulü anlamına gelecektir. (Aybay, 2007)

Esas alma kavramı, iki norm arasında aykırılık ilişkisinden bahsetmemektedir. Bunun doğal sonucu olarak, kanunlar antlaşmanın esas alınmasıyla yürürlükten kalkmadığı için aynı yargı kolunda bile farklı kararlarla karşılaşılması kaçınılmazdır. Bu nedenle, öncelikle çatışmanın tespit edilmesi gerekir. Çatışmanın tespitinde temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaların denetim organlarınca yapılan yorumları çok önemli bir rol oynar.

1.2.4.Denetim Organlarının Kararlarının Önemi

Yeni cümlelerin unsurlarından biri de “aynı konuda farklı hükümler” ifadesidir. Bu ifadeyle, kanunların ve uluslararası antlaşmaların hükümleri arasındaki farklılıkların tespiti daha da önem kazanmıştır. Uluslararası antlaşmaların somut hükümler getirdiği hususlarda uygulama, antlaşma esasları çerçevesinde yapılacağından bir sorun olmayacaktır. Örneğin; 1989 tarihli Avrupa Konseyi Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesi’nin 12/1. maddesinde yer alan “Reklâmlar günlük yayın süresinin %15 ini geçmeyecektir. Ancak, ürünlerin alımının, satımının kiralanmasının veya hizmetlerin tedarikinin topluma doğrudan sağlanmasını sağlamak üzere, bu oran spot reklamların %15 i aşmamak kaydıyla %20 ye çıkarılabilir” hükmü mevzuatla karşılaştırılır ve uygulanır. Aynı Sözleşme’nin 20. maddesinin “bu Sözleşme’de yer alan hiçbir hüküm, Tarafların... kendi hukuki yetki alanları dahilindeki teknik imkanları vasıtasıyla işletilen program hizmetlerine daha katı ve ayrıntılı kuralları uygulamalarını engellemez” hükmü gibi uyuşmazlık hallerini düzenleyen bir madde olması durumunda iç hukuk hükümleri uygulanabilecektir.

Antlaşmaların bütün hükümleri bu şekilde somut nitelikte olmayabilir ve antlaşmanın ayrıntıya girmeyen hükümleri kolaylıkla işlevsiz bırakılabilir. “Ülkemizdeki kimi kanunların normatif yapısı itibarıyla, tüzük hatta yönetmelik hatta genelge kadar ayrıntılar içerdiği durumlarda, böylesi bir kanun kuralı ile oldukça soyut ve geniş çerçeveye sahip antlaşma kuralının aynı konuda farklı hükümler içerdiği sonucuna varabilmenin de güç olacağını belirtmek isteriz”. (Karagülmez, 2004: 172)

Bu bakımdan, antlaşmayı hazırlayan uluslararası kuruluş ya da denetimi yapan yargı organlarının içtihatları ve kararları yani otantik yorum önem kazanmaktadır. Bu kararlar, söz konusu hükümleri somutlaştırırken aynı zamanda iç hukuka yol göstererek sorunların denetim organlarının önüne gelmeden ulusal mercilerde çözümünü sağlayacaktır.

Uluslararası hukukta insan haklarını koruma yollarının en etkiliisi yargı organlarınca denetim yoludur. İkinci yol yargı-dışı organların başvuru üzerine yaptığı denetimdir. Üçüncü olarak da uluslararası örgütlerin organlarının gerçekleştirdiği araştırma, rapor isteme vb. yollarla yapılan idari denetim yoludur. (Pazarcı, 2007: 223)

Denetim organlarının kararları, ilgili sözleşmenin nasıl anlaşılması gerektiğini göstermekle birlikte taraf devletler üzerindeki etkileri açısından farklılıklar gösterir. Bunlar arasında AIHM’nin kararları bağlayıcılık açısından en etkili olanıdır. Diğerlerinin kararları ise yarı yargısal veya tavsiye niteliğindedir. Yol gösterici olmakla birlikte devletlerin kararları yerine getirmelerini sağlayacak mekanizmalardan yoksundurlar.

1.2.4.1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)

AİHM, Sözleşme'nin eki 11. Protokolünün yürürlüğe girmesiyle kurulmuş ve önceki denetim organları olan Komisyon ve Divanın yerini almıştır. AİHM sürekli İnsan Hakları Mahkemesi niteliği taşıdığı için diğer denetim organları arasında ayrı bir yere sahiptir.

1.2.4.1.1. AİHM Kararlarının Bağlayıcılığı

AİHS'nin 46. maddesinin “Yüksek Sözleşmeciler Taraflar, taraf oldukları davalarda Mahkeme'nin kesinleşmiş kararlarına uymayı taahhüt ederler” hükmüne göre, AİHM kararları taraf devletleri bağlar. Mahkeme'nin kararlarının kesinleşmesi de Sözleşme'nin 44. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, Büyük Daire'nin verdiği kararlar kesindir. Daire kararları ise taraf devletlerin, davayı Büyük Daire'ye götürülmeyeceğini beyan etmeleri, karardan itibaren 3 ay içinde davanın Büyük Daire'ye götürülmemesi ya da Büyük Daire'nin istemi reddetmesi halinde kesinleşir.

AİHS'nin 41.maddesinde, “Mahkeme işbu Sözleşme ve Protokollerin ihlal edildiğini tespit ederse...” ifadesine yer verilerek AİHM kararlarının inşai (kurucu) değil, bildirici (tespit) niteliğinde olduğunu belirtilmiştir. Bu nedenle bu kararlar ulusal mahkeme kararlarını ortadan kaldırmaz veya değiştirmez, sadece Sözleşme'yi ihlal ettiğini tespit eder. Bu durumda taraf devlet iç hukukta ihlale yönelik Mahkeme kararının gereğini yerine getirmede serbestse de, Sözleşme'ye yönelik bir ihlalin tespiti durumunda, taraf devlet ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmakla yükümlüdür.

AİHS, taraf devleti uluslararası hukukta genel olarak kabul edildiği gibi Sözleşme'ye taraf olmasından itibaren bağlar. Ancak, Sözleşme'nin ilgili devlet bakımından yürürlüğe girmesinden önce gerçekleşen bir insan hakları ihlalinin

etkileri Sözleşme yürürlüğe girdikten sonra da devam ediyorsa, AİHM bu ihlal hakkındaki başvuruyu inceler. Nitekim Loizidou/Türkiye (Başv. No 15318/89, 18/12/1996) davasında, Türkiye'nin süreye ilişkin beyanına rağmen AİHM, AİHS'nin taraf devlet açısından yürürlüğe girmesinden önce meydana gelen, ancak sonuçları ve etkileri hâlâ devam eden insan hakları ihlallerine ilişkin başvuruların zaman bakımından yetkisizlik nedeniyle reddedilemeyeceğine karar vermiştir. (Altıparmak, 1996: 242)

AİHM, kararlarıyla AİHS'yi yorumlarken bazen Sözleşme'nin açıkça öngörmediği bazı hususları da ilgili maddenin bir parçası olarak görmektedir. Örneğin, AİHS'nin 6. maddesi “adil yargılama hakkı”nı düzenlemektedir. Bu maddeye göre, “bağımsız ve yansız” mahkemelerde yargılanma yapılmalıdır. Ancak, Sözleşme bu kavramı ayrıca tanımlamamıştır. AİHM, Incal kararında Devlet Güvenlik Mahkemeleri'ndeki “askeri yargıcın” bağımsız ve yansız olma kavramlarıyla bağdaşmadığını belirtmiştir. (Incal /Türkiye, Başv. No 22678/93, 9/6/1998) Uyuşmazlık durumunda, bu kararın da göz önünde bulundurulması gerektiği bir gerçektir.

Buna paralel olarak, Sözleşme'de “adil yargılanma hakkı” tanımlanırken, mahkemeye başvurma hakkı hak arama yolu olarak belirtilmemiştir. Böyle bir hakkın, adil yargılanmanın parçası olduğuna AİHM karar vermiştir.

Medeni haklarla ilgili bir uyuşmazlığın ele alındığı Golder/Birleşik Krallık davasında (21/2/1975, Seri A No 18, s.12) AİHM 6. maddenin birinci fıkrasının, görülmekte olan bir davada adil yargılanma hakkıyla mı sınırlı olduğunu, yoksa buna ilaveten medeni hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesi amacıyla dava açmak isteyen herkese mahkemelere erişim hakkı da mı sağladığı hususunu karara bağlamıştır.

Mahkeme, maddenin “mahkeme hakkı”nı yani hukuk davalarının mahkemelerde görülmesinin bir boyutu olan mahkemeye erişim hakkını da içerdiğine hükmetmiştir. (Dutertre, 2005: 213-214)

AIHM, Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri–Türkiye davasında Sözleşme’nin 11. maddesinde yer almamasına rağmen siyasi partilerin de bu madde kapsamında koruma göreceğine karar vermiştir. (30 Ocak 1998, Reports 1998-I, paragraf 24-25 ve 27)

AIHM’nin, Sözleşme’nin nasıl anlaşılması gerektiği anlamına da gelen kararları, yetki alanını belirleyen bu tanımlarla birlikte değerlendirildiğinde, bir ülke için verilen bir kararın diğer ülkelere de teşmil edilebileceği şeklinde geniş yorumlanabilir mi? AIHM kararlarının *erga omnes* etkisi var mı?

Genel olarak, kesinleşmiş mahkeme kararları bağlayıcıdır ve bu bağlayıcılığın *nispî* ve *mutlak* olmak üzere iki şekli vardır: Karar, sadece davanın taraflarını bağlıyorsa, burada *nispî* veya *inter partes* bağlayıcılık vardır. Karar, sadece davanın taraflarını değil, herkesi bağlıyorsa, burada *mutlak* veya *erga omnes* bağlayıcılık vardır.

AIHS’nin 46. maddesinin, kararların sadece taraf ülkeyi bağlayacağı hükmü nedeniyle AIHM kararlarının *erga omnes* etkisinin olmadığı sonucuna varabiliriz. Kesinleşmiş Mahkeme kararlarının bağlayıcılığı nispidir, yani sınırlı etkiye sahiptir. Mahkeme kararları sadece davanın taraflarını bağlar (*inter partes*). Bu çerçevede, AIHM’nin davacıya ilişkin kararı taraf devlet tarafından yerine getirilir.

Bununla birlikte, taraf devlet AIHM’den mahkumiyet kararı almasına neden olan benzer nitelikteki davaları göz önünde tutarak genel önlemler alma yoluna gidebilir. Mahkumiyete neden olan mevzuatını değiştirmek ya da uygulamalardan

vazgeçmek suretiyle bunu sağlayabilir. Ancak bu ihtiyaridir ve bir ülkeyi ilgilendiren bir AİHM kararının başka bir davada dikkate alınmadığını birçok örnekte görüyoruz. Örneğin; AİHM Karaçay/Türkiye davasında (Başv. 6615/03, 27/3/2007) uyarma ve kınama cezalarına yargı yolunun kapatılmasını Sözleşme'nin 11. ve 13. maddelerine aykırılığını tespit etmesine rağmen, Anayasa Mahkemesi, 2002/169 esas ve 2007/88 sayılı kararında bunu dikkate almamıştır. Bu bağlamda, AİHM 2004 yılında bir içtihat sonucunda başladığı pilot karar uygulamasıyla, benzer nitelikteki davalara karşı genel önlemler almak konusunu taraf devletlerin kendi iradesine bırakmaktan vazgeçmiş görünmektedir. Önünde biriken davaların çözümünü hızlandırmak ve sistemin çalışamaz hale gelmesini engellemek amacıyla başlatılan yeni uygulama, taraf devletleri genel önlemler almak suretiyle çözüm bulmaya zorlamaktadır.

Son olarak, taraf devletler başka ülkeler hakkında verilen kararları dikkate alıp iç hukuklarında uygun düzenlemeleri yaparak olası mahkumiyet kararlarından kurtulabilirler. Örneğin; Fransa, İngiltere/Malone (2/8/1984, C(84) 57) davasını dikkate alıp telefon dinleme konusunda eksik olan mevzuatını Sözleşme'ye uygun şekilde düzenleseydi, Kruslin (Başv. 11801/85, 24/4/1990) ve Huvig (24/4/1990, Seri A, No. 176-B) davalarından mahkum olmazdı. Bu çerçevede yapılan uygulamalar, AİHS'de öngörülmemesine rağmen AİHM kararlarının *erga omnes* etkisini kazanması anlamına gelir. Nitekim AİHM kararlarının yatay uygulamalarının yaygınlaşması ve birçok devletin kendi mevzuatını Mahkeme içtihatları doğrultusunda düzenleme yolunu seçmeye başlamasıyla birlikte Mahkeme içtihatlarının zamanla *erga omnes* etkisi oluşmaya başlamıştır. (Akkan, 2010: 48) Bu etkiyi Anayasa Mahkemesi'nin bazı kararlarında da görüyoruz. Örneğin; Anayasa Mahkemesi, E: 2002/112 ve K:2003/33 sayılı Kararı'nda AİHM'nin

Papamichalopoulos-Yunanistan (No:14556/89), Carbonara& Venture-İtalya (No: 24638/94) ve Belvedere Alberghiera S.R.L.-İtalya (No: 31524/96) davalarına ilişkin kararlarını dikkate alarak kamulaştırmasız el atmaları mülkiyet hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir.

AİHM kararlarının bağlayıcılığının nispi etkiden (*inter partes*) mutlak etkiye (*erga omnes*) evrilmesinde pilot kararların büyük katkısı vardır. Bu nedenle pilot kararları irdelemek yerinde olacaktır.

1.2.4.1.2. Pilot Kararlar

AİHS'nin etkinliğini artıran kurumlardan en önemlisi bireysel başvuru hakkının tanınması olmuştur. Bundan sonra ikinci devrim olarak da pilot karar uygulamasının başlatılmasını görebiliriz.

Mahkeme'nin kurulmasını sağlayan 11. protokol bir süre sonra yetersiz kalmış ve bazı sorunlar ortaya çıkmaya başlamıştır. Bu çerçevede, yüzde doksanların üzerinde olduğu saptanan kabul edilmezlik kararlarının daha hızlı verilmesi, birbirini tekrar eden kopya davaların daha kolay ve hızlı bir şekilde sonuçlandırılması ve Mahkeme kararlarının uygulanmasının hızlandırılması gerektiği kabul edilmiştir. Bu ihtiyaçları karşılamak amacıyla başlayan ikinci reform sürecinin ürünlerinden birisi pilot karar yöntemi olmuştur. Mahkeme'nin pilot karar yöntemini benimsemesi gerektiğini ilk olarak Değerlendirme Grubu dile getirmiş, İnsan Hakları Yönlendirme Komitesi ve AİHM de bunu desteklemiştir. Bakanlar Komitesi bunu 14. Protokol'de yer vermek yerine Sözleşme'nin 46. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen denetleme yetkisine dayanarak kabul ettiği iki tavsiye kararıyla (DH Res (2004)3

sayılı “Sistematik bir sorunu ortaya koyan kararlar” hakkındaki karar ve DH Rec (2004)6 sayılı “iç hukuk yollarının geliştirilmesine ilişkin” karar) hayata geçirmiştir.

Pilot karar yöntemi hakların etkili korunmasını sağlaması açısından çok önemli bir gelişme olmuştur. Böylelikle, AİHS koruma sisteminin yapısal sorunların defalarca incelenmesi yoluyla tıkanmasını engellemek mümkün olacaktır. “Bu yöntemle, Mahkeme, aslında bugüne kadar görevli olmadığını söylediği bir şekilde, bir kararla bir yasanın ya da ulusal Anayasa’nın sözleşmeye aykırı olduğunu saptama imkanına kavuşmaktadır”. (Altıparmak, 2009: 78)

Pilot karar yöntemine başvurulmuş davalarda farklı ihlal türleri bulunmaktadır. Altıparmak’a göre bu yöntemle çözüme kavuşturulması düşünülen kopya davaları üç grupta toplamak mümkündür. Bunlardan birincisi olan spesifik ihlal, ulusal hukuktaki bir kuralın ve tek tip uygulamanın Sözleşme’ye aykırı olmasından kaynaklanan ihlali ifade eder. Mahkeme’nin verdiği pilot kararların çoğunluğu bu gruba girer. Gülmez/Türkiye davası da (Başv. No 16330/02, 20/5/2008) bu türün bir örneğini oluşturmaktadır. Davacının, hakkındaki disiplin işlemi hakkında İnfaz Hakimliği’ne başvurusu, İnfaz Hakimliği Kanunu’nun 6. maddesine göre dosya üzerinden karara bağlanmıştır. Söz konusu madde çerçevesinde duruşma yapılmaması ve kararı veren yargı makamları önünde avukat temsilinin sağlanamaması nedeniyle, başvurucunun hakkındaki usulü etkili bir şekilde takip etmesi imkansızdır. Bu nedenle başvuranın AİHS’nin 6. maddesi kapsamındaki haklarının ihlal edildiğine ve bu durumun kendilerine uygulanan disiplin cezalarına itiraz eden pek çok mahkumu etkileyen Türk mevzuatından (4675 Sayılı İnfaz Hakimliği Kanunu) kaynaklandığına hükmeden AİHM, verdiği pilot kararla hükümetin mevzuatını Avrupa Hapishane Kuralları’nın 57&2(b) ve 59(c) maddelerinde

belirtilen adil yargılanmayı güvence altına alan ilkelere uygun hale getirmesi gerektiğini belirtmiştir.

Bu konudaki diğer bir örnek Ürper ve diğerleri/Türkiye davasıdır. (Başv. No 14526/07, 14747/07, 15022/07, 15737/07, 36137/07, 47245/07, 50371/07, 50372/07 ve 54637/07, 20/10/2009) Bu davanın konusu, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 6. maddesine 5532 sayılı Kanunun 5. maddesiyle eklenen ve temel hak ve özgürlükleri ciddi anlamda etkileyen yeni hükümdü. Eklenen yeni hüküm şöyledir: "Terör örgütünün faaliyeti çerçevesinde suç işlemeye alenen teşvik, işlenmiş olan suçları ve suçlularını övme veya terör örgütünün propagandasını içeren süreli yayınlar hâkim kararı ile; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de Cumhuriyet savcısının emriyle tedbir olarak onbeş günden bir aya kadar durdurulabilir".

AIHM, bu davada tedbir kararlarının tek başına (*per se*) alınmasını, AIHS'nin ifade özgürlüğünü koruyan 10. maddesine aykırı bulmamıştır. Ancak bir gazetenin, yargı organı tarafından henüz içeriği bilinmeyen gelecek sayıların tamamının yayımının durdurulması, başvuruçuların ileride de benzer suçları işleyecekleri varsayımına dayanmaktadır. Bu nedenle TMY'nin yaptırım ölçüsü bulunmuştur. Bu kararla AIHM adı geçen Kanunda sansür hükmü olduğunu tespit etmiş ve kararın 35-45. paragrafları çerçevesinde ilgili hükümde bir değişiklik yapılmasını önermiştir.

İkinci grubu usuli hakları etkileyen sistematik veya yapısal ihlal oluşturur. Bu davanın nedeni adli ya da insan haklarına ilişkin kurumlarda halkın tümünü etkileyen bir yapısal sorundur. AIHM'nin ilk pilot kararlarından birinin alındığı Lukenda/Slovenya davası (Başv. No 23032/02, 6/10/2005) bu türün bir örneği olup makul sürede yargılanma hakkı ihlaline ilişkindir. Mahkeme, benzer nitelikteki 500

davayı dikkate alarak hükümetin yapının düzeltilmesi ya da değiştirilmesi için gerekli düzenlemeyi yapmasına karar vermiştir.

Üçüncü grubu da esasa ilişkin hakların yaygın ve sistematik ihlali oluşturur. Bunu da ikiye ayırabiliriz. Birincisi spesifik bir kuraldan değil yaygın ve benzer bir uygulamadan kaynaklanan davalardır. Bir hapishanedeki tutulma koşullarının Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı olması halinde hapishanedeki kişilerin her birinin hakkının ihlali anlamına gelmesi bu hususun bir örneğini oluşturur. (Kalashnikov/Rusya, Başv. No 47095/99, 15/7/2002) İkincisi de devletin aynı nitelikteki hakların ihmalinin yapısal sorunlar nedeniyle devlet tarafından sistematik olarak engellenememesinden kaynaklanan davalardır.

Pilot kararlar, diğer AİHM kararlarından farklı olarak tek bir ihlali değil, tersine yaygın bir ihlali ortadan kaldırmak amacıyla alındığı için çok önemlidir. Bu kararlar, ihlalin nedeni olan mevzuat ya da uygulama ortadan kalkmadığı sürece verilmeye devam edildiğinden sorunun çözümü hususunda taraf ülkenin üzerinde önemli bir baskı unsuru haline gelir. Pilot kararlarının bu özelliği nedeniyle Anayasa'daki yeni cümle çerçevesinde, bu ihlale neden olan düzenleme ya da uygulamanın ihmal edilmesi yeterli olmayacaktır. Bu kararlar söz konusu düzenlemenin veya uygulamanın ortadan kaldırılmasını zorunlu kılmaktadır. Türkiye, terörle mücadele nedeniyle ülke içinde yerinden olmuş vatandaşlarının AİHM'de açtığı davalarda mahkum olmuş ve bu konu pilot kararlarla sonuçlandırılmıştır. Devlet, yerinden olmuş vatandaşların geri dönüşünü sağlamak amacıyla harekete geçmiş ve zararlarının karşılanması amacıyla da 2004 yılında yürürlüğe giren Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkındaki Kanun çerçevesinde tazminat komisyonları kurulmuştur. AİHM, söz

konusu ulusal mekanizmayı etkili bir hukuk yolu olarak değerlendirmiş ve benzer nitelikte Türkiye aleyhine açılan davaları reddetmiştir.

Bununla birlikte, 5170 sayılı Kanunla Anayasa'nın 90. maddesine eklenen son cümle çerçevesinde, ihlalin ortadan kaldırılabilmesi için Türk hukuku açısından yeni hukuki düzenleme yapmaya gerek kalmamıştır. Pilot kararlar, 90. maddede bahsedilen uyuşmazlık halini tespit etmekle iç hukukumuz açısından ilgili kanunun uygulanırılık imkanını da ortadan kaldırmaktadır. Pilot davada ihlalin kaynağı olduğu tespit edilen mevzuat, bu hüküm çerçevesinde fiilen yürürlükten kalkmış olmakta ve uygulanamaz hale gelmektedir. Ancak, hükmün uygulayıcılar tarafından böyle anlaşılmadığını gösteren bazı olaylarla karşılaşmaktadır. Ürper ve diğerleri/Türkiye davası sonucunda aynı durumun ortaya çıkmadığı ve Türk mahkemelerinin TMY'nin 6. maddesinin beşinci fıkrası çerçevesinde benzer nitelikte kararları vermeye devam ettiği görülmektedir.

1.2.4.2. BM Denetim Organları ve Denetim Usulleri

BM Örgütü, 24 Ekim 1945 tarihinde dünya barışını, güvenliğini korumak ve uluslar arasında ekonomik, toplumsal ve kültürel bir iş birliği oluşturmak için kurulan uluslararası bir örgüttür.

BM Şartı ile kurulan Örgüt'ün dört temel amacından biri; temel insan haklarına, kişinin onur ve değerine ve kadın ile erkeğin eşit haklarına inancı yeniden ortaya çıkartmaktır. Şart metni, altı maddesinde ve Giriş kısmında insan haklarına atıfta bulunarak, devletlerin ve BM üyelerinin bu alandaki görev ve yükümlülüklerini ilke olarak belirtir. BM Genel Kurulu, 10 Aralık 1948 tarihinde “tüm halklar için ulaşılması gereken ortak standartlar” oluşturulması niyetiyle çağdaş insan hakları hukukunun dayandığı esas olan İHEB'yi kabul etmiştir.

BM himayesinde insan haklarına ilişkin birçok antlaşma kabul edilmiş ve bu antlaşmalarla güvence sağlanan hakların korunabilmesi için denetim organları kurulmuştur. Şimdi bu denetim organlarını ve bunların uyguladığı denetim usullerini kısaca gözden geçirelim.

1.2.4.2.1. BM Denetim Organları

BM tarafından imzaya açılan sözleşmeleri ve bunların denetimini yapan komiteleri şöyle sıralayabiliriz:

Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nde İnsan Hakları Komitesi;

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nde Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi;

İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Aşağılayıcı Ceza ve Muameleye Karşı Sözleşme'de İşkencenin Önlenmesi Komitesi;

Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde Çocuk Hakları Komitesi;

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi'nde Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi;

Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi'nde Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi;

Bütün Göçmen İşçilerin ve Aile Üyelerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme'de Göçmen İşçiler Komitesi;

Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme'de Engelli Hakları Komitesi;

ve Her Kişinin Zorunlu Kaybedilmeye Karşı Korunmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme’de Kayıplar Komitesi sözleşmede güvence altına alınan haklara saygı gösterilip gösterilmediğini izlemek üzere görevlendirilmiştir.

BM insan hakları sözleşmelerine taraf olan devletler kendi yargı yetkileri içindeki tüm bireylere bu sözleşmelerde yer alan hakları tanıma ve bu hakları etkili bir şekilde kullanabilmeleri için, gerekli önlemleri alma yükümlülüğü altına girmektedirler.

Her sözleşme, sözleşmede tanınan hakların taraf devletlerce uygulanıp uygulanmadığını denetlemek ve sözleşmenin uygulanmasına yönelik gerekli adımları atmaları konusunda devletlere yardımcı olmak üzere bağımsız uzmanlardan oluşan komiteler kurulmasını kabul etmiştir. Komiteler hem sözleşmenin uygulanıp uygulanmadığını denetlerler hem de taraf devletlere sözleşme ile üstlenmiş oldukları yükümlülükleri yerine getirmeleri ve gerekli önlemleri almaları konusunda yardımcı olurlar.

1.2.4.2.2.BM Denetim Usulleri

Sözleşme organları bu denetim ve yardım görevini beş ayrı yolla yerine getirmektedirler. Bunlar, rapor yöntemi, bireysel şikayet yöntemi, devletlerarası şikayet yöntemi, soruşturma yöntemi ve ziyaret yöntemidir.

1.2.4.2.2.1. Rapor Yöntemi

BM insan hakları sözleşmelerine taraf olan devletler, bu sözleşmelere işlerlik kazandırmak amacıyla almış oldukları önlemleri ve sağlanan gelişmeleri sözleşme

organlarına rapor olarak sunarlar. Rapor sunma yükümlülüğü bütün sözleşmelerde yer alır.

Rapor yöntemi, sözleşmelerin taraf devletlerde uygulanması açısından önemli bir katkı sağlar. Bu yöntem hükümetler, hükümet dışı örgütler ve sivil toplum kuruluşları açısından öncelik verilecek konuların tartışılmasını sağlar. Rapor yöntemi gerçekte iç hukukun gözden geçirilmesi, tartışılması ve politikaların değiştirilmesi açısından hızlandırıcı bir işlev görür. Çünkü bir raporun hazırlanması ulusal kanunların ve uygulamanın gözden geçirilmesini gerektirir. Rapor yöntemi, bir yandan uluslararası alandaki hukuki yükümlülükleri hatırlatırken diğer yandan insan haklarının uygulanmasından sorumlu kişilerin eylemlerinin en azından bir uluslararası organ tarafından belli aralıklarla gözden geçirilmesini güvence altına almaktadır.

Ancak rapor yönteminin, taraf devletlerin rapor sunmamaları ya da gecikmeli rapor sunmaları, gerekli ve doğru bilgilerden yoksun raporlar göndermeleri, denetim organlarıyla sözlü diyalogdan kaçınmaları ve denetim organlarının “son gözlemler” olarak adlandırdıkları kararlarının gereklerini yerine getirmemeleri suretiyle etkin biçimde işlemesi engellenmektedir.

1.2.4.2.2.2. Bireysel Şikayet Yöntemi

Sözleşmedeki hakların taraf devletler tarafından ihlal edildiğini ileri süren bireyler, komitelere şikayette bulunabilirler. Bireysel şikayet yöntemi beş komite tarafından kullanılmaktadır. Bunlar İnsan Hakları Komitesi, Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, İşkencenin Önlenmesi Komitesi, Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi ve Göçmen İşçiler Komitesi'dir. Bu

komitelerin söz konusu şikayetleri inceleyebilmeleri, ilgili sözleşmelere taraf olan devletlerin komitelerin bu yetkisini kabul etmesine bağlıdır.

Komiteler kabul edilebilirlik koşullarını taşıyan şikayetleri esas açısından inceler. Şikayetler, başvuran ve hakkında başvuru yapılan devletin sunduğu yazılı bilgiler temelinde incelenir. Komitelerin doğrudan araştırma yapma, tanık dinleme ya da duruşma yapma yetkisi bulunmamaktadır.

Komiteler inceleme sürecinin her aşamasında ve şikayetle ilgili kararlarını vermeden önce, başvurana yönelik telafisi olanaksız bir zararın gerçekleşme olasılığı söz konusu ise, taraf devletten gerekli geçici önlemlerin alınmasını talep edebilir.

Başvuruları esas açısından inceleyen komiteler, sözleşmenin ihlal edildiğine karar verirse, çözüm yolları konusunda ilgili devlete önerilerde bulunmaktadırlar. Komitelerin bireysel şikayetlere ilişkin olarak vermiş olduğu kararlar bağlayıcı değildir. Ancak birçok vakada taraf devletler komitelerin kararlarını uygulamışlar ve şikayetçilere çözüm yolları sağlamışlardır. (Atak, 2006: 9-10)

1.2.4.2.2.3.Devletlerarası Şikayet Yöntemi

Bu yönteme göre, taraf devletlerden biri diğer bir taraf devletin sözleşme hükümlerini ihlal ettiği kanaatinde ise komiteye başvurabilir. Ancak bu iddianın ilgili komite tarafından incelenebilmesi için, her iki devletin de komitenin bu başvuruları inceleme yetkisini kabul etmiş olması gerekir. Diğer bir koşul ise iç hukuk yollarının tüketilmiş olmasıdır. İç hukuk yollarının tüketilmesi makul bir süreyi aşıyorsa bu kural uygulanmaz.

Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi, Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da

Aşağılayıcı Ceza ve Muameleye Karşı Sözleşme ve Bütün Göçmen İşçilerin ve Aile Üyelerinin Haklarının Korunmasına Dair Uluslararası Sözleşme’de devletlerarası şikayet yöntemine yer verilmiştir. Ancak bu sözleşmeleri onaylayan devletlerin çok azı komitelerin devletlerarası şikayetler başvurularını inceleme yetkisini kabul etmiştir. Devletlerarası şikayetleri inceleme yetkisine sahip olan komitelere bugüne kadar hiçbir başvuru yapılmamıştır.

1.2.4.2.2.4. Soruşturma Yöntemi

Soruşturma yöntemi yalnızca İşkencenin Önlenmesi Komitesi ile Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Kaldırılması Komitesi’ne tanınmıştır. Her iki komite de taraf devletlerden birinde ilgili sözleşmenin ciddi, ağır ve sistematik bir biçimde ihlal edildiği konusunda güvenilir bilgiler aldığında kendiliğinden soruşturma başlatabilir.

Soruşturma yöntemi, sözleşmede yer alan hakların bir taraf devletin ülkesinde sistematik bir şekilde ihlal edildiğini gösteren güvenilir bilgilerin Komite tarafından alınması ile başlar. Komite, ilgili taraf devleti elde edilen bilgilere ilişkin gözlemlerini sunmaya ve bilgilerin incelenmesinde işbirliği yapmaya davet eder. Komite, taraf devletin gözlemlerine ve elde ettiği diğer bağlantılı bilgilere dayanarak bir ya da birkaç üyesini gizli bir soruşturma yapmak ve komiteye acilen rapor sunmak üzere görevlendirmeye karar verebilir. Görevlendirilen üyelerin ulaştığı sonuçlar komite tarafından incelenir ve komitenin önerileri ile birlikte taraf devlete iletilir. Komite, gerekli gördüğünde ilgili devletin ülkesine bu devletin rızasının olması koşulu ile ziyaret düzenleyebilir. Komite, yöntemin sonuçlarının kısa bir özetine kendi yıllık raporu içinde yer vermeye karar verebilir.

1.2.4.2.2.5. Düzenli Ziyaret Yöntemi

Düzenli ziyaret yöntemi, İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Aşağılayıcı Ceza ve Muameleye Karşı Sözleşme'nin bu konuyu ele alan Seçmeli Protokol'ünde düzenlenmiştir. Bu yöntem, işkenceyi ve kötü muameleyi taraf ülkelere yapılacak düzenli ziyaretler yoluyla önceden önlemek amacını taşımaktadır. Gözaltı merkezlerine düzenli ziyaretler yapılarak işkence ve kötü muamelenin önüne geçilmesi hedeflenmektedir.

Protokolle kurulan ve 10 bağımsız uzmandan oluşan İşkenceyi Önleme Alt Komitesi, taraf devletlerdeki bütün gözaltı merkezlerine ziyaret düzenleyebilecektir. Protokolde ayrıca taraf devletler, bu alanda çalışmak üzere bağımsız ulusal koruma mekanizmaları oluşturmakla görevlendirilmişlerdir.

1.2.4.2.2.6.Genel yorum

Sözleşme organları bu beş denetim yönteminin yanı sıra sözleşmelerin taraf devletlerde etkili bir şekilde uygulanabilmesine yardımcı olmak amacıyla, genel yorumlar yayınlama yoluna da gitmektedirler. Bu yorumlarda genellikle sözleşmenin çeşitli hükümlerine açıklık getirilmekte ve devletlere raporlarını hazırlarken dikkat etmeleri gereken konularda yol gösterilmektedir. Bunlar bağlayıcı değildir, ancak sözleşmelerin iç hukukta uygulanmasında bir rehber görevi görmektedirler. (Atak, 2006: 6)

Örneğin; Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, Sözleşme'nin 14. maddesini 11. Genel Yorum ile açıklarken taraf devletlerin sunması gereken ilköğretimin özelliklerini tanımlamıştır. Devletlerin bu yükümlülükten zorunluluklar nedeniyle kaçınamayacağını ve bunun için bir eylem planı hazırlaması gerektiğini

bildirmiştir. Eylem planı, 14. maddeye göre ücretsiz ve zorunlu ilköğretim hakkının giderek artan bir şekilde tam olarak gerçekleştirilmesini güvence altına almak zorundadır. Komite, eylem planının uygulanabilmesi için gerekirse uluslararası kuruluşlardan gerekli yardımın sağlanmasını da teşvik etmektedir.

İnsan Hakları Komitesi'nin 1986 yılında kabul ettiği 15 sayılı Genel Yorumunda ise, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'ndeki haklardan yalnızca taraf devletlerin vatandaşlarının değil, aynı zamanda taraf devletin yargı yetkisi içinde yer alan mülteciler, göçmen işçiler ve vatansızlar da dahil olmak üzere bütün bireylerin yararlanabileceği belirtilmiştir.

Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme'nin 16. maddesinin 1 (g) bendi şu şekildedir: “Taraf Devletler kadınlara karşı evlilik ve aile ilişkileri konusunda ayrımı önlemek için gerekli bütün önlemleri alacaklar ve özellikle kadın-erkek eşitliği ilkesine dayanarak kadınlara aşağıdaki hakları sağlayacaklardır:(g) Aile adı, meslek ve iş seçimi dahil her iki eş (kadın-erkek) için geçerli, eşit kişisel haklar”. Bu Sözleşme'nin uygulanmasıyla görevli Komite (Kısım V, Madde 17 ve devamı), farklı ülkelere ilişkin raporlarında (1 Mayıs 2000 tarihli CEDAW Raporu, A/55/38 kısım I (2000) 21 §§ 172-75 ve 20 Nisan 2001 tarihli CEDAW Raporu, A/56/38 kısım I (2001) 26, §§ 211- 16) kadınların soyadı seçimi ve isterlerse kendi adlarını koruyabilme haklarını tasdik etmiştir.

BM sisteminde insan haklarının korunabilmesi için bu mekanizmaları geliştirilmekle birlikte etkin yaptırım araçları öngörülmemiştir. Sencer'e göre BM'nin barışı tehdit eden silahlı çatışma durumları karşısında gösterdiği duyarlık ve etkinliği, insan haklarının ciddi ve ağır biçimde çiğnendiği durumlar karşısında göstermediği gözlenmektedir. (Sencer, 1991: 35) BM, örgütün amaçlarına aykırı

davranışlar karşısında uyguladığı önlemler olan üyeliğin askıya alınması ya da üyelikten çıkarma bu konuya ilişkin olarak hiç kullanılmamıştır. İnsan haklarının korunmasında uluslararasılaşma sınırlı kalmış ve geleneksel uluslararası hukuk standartlarından önemli bir değişiklik olmamıştır. Sonradan işletilen ve hızlı çalışmayan koruma yöntemleri ile devletlerin izin verdiği kadar denetim yapma anlayışı BM denetim mekanizmalarının işlevsel bir nitelik almasını önlemiş, uluslararası insan hakları kurallarını “eksik yaptırımlı” kalmaya mahkum etmiştir. (Gülmez, 2004: 469-470) Kararların *erga omnes* niteliği bir yana muhatabının uygulaması hususunda sıkıntılar devam etmektedir. Ancak, bu durum devletlerin bu kararları uygulamalarına ve bir standart olarak kabul etmelerine engel oluşturmamaktadır. Uluslararası mahkemeler de verdikleri kararlarında bunları dayanak olarak kullanmaktadır. AIHM de birçok kararında söz konusu kararlara atıf yapmaktadır. Örneğin; kadının kızlık soyadını kullanabilmesine ilişkin bir kararında Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi’nin kararlarına atıfta bulunmuştur. (Ünal Tekeli /Türkiye, Başv. No2965/96, 16/11/2004) Komite kararlarının ve genel yorumların amacı “tüm halklar için ulaşılması gereken ortak standartlar” oluşturulmasıdır. Yeni hüküm çerçevesinde kanun ve antlaşma hükümleri arasındaki bir uyumsuzluk durumunda antlaşma hükümlerini esas alınması, komite kararları ve genel yorumlarla uluslararası hukuktaki yeni anlayışın iç hukuka hemen yansımaları sağlayacaktır. Yaptırım konusunda zafiyetleri olmakla birlikte söz konusu karar ve yorumlar, yeni antlaşmalar yapılmasına gerek kalmadan günün ihtiyaç ve gelişmeleri çerçevesinde oluşturulmak istenen ortak asgari düzeyin yeniden tanımlanmasına fırsat vermektedir. Yeni hükümle, bütün gelişmeler ilgili mevzuatın değişmesine gerek kalmadan uygulanabileceğinden iç hukukumuzda

uygulama açısından dinamizm sağlayacağı kesindir. Dikkate alınan kararların sadece ülkeyle ilgili olanlarla sınırlı tutulmaması ve diğer devletlere ilişkin kararlar çerçevesinde uygulamaların da yapılması ülkenin temel hak ve özgürlükler konusunda düzeyinin artmasına ivme kazandıracaktır. Bu, aynı zamanda denetim organlarının önüne gitmesi olası uyuşmazlıkları da azaltacaktır. Ancak, bütün bunların takibinin zor olmasından dolayı farklı uygulamalar ve kararlar ortaya çıkabilecektir. Yeni hükümden murad edilen dinamizmin bir bedeli olabilecek bu farklı uygulamaların önüne geçebilmek için de kamu görevlilerinin sürekli olarak yeni gelişmeler hususunda bilinçlendirilmeleri ve bunların takibinin kolaylaştırılması gerekir. Bu çerçevede iç hukukun dönüştürülmesi de önemlidir. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin kanunlarda, aynı konudaki antlaşmalara açıklık getiren denetleme organlarının kararları ölçü alınmalı ve bunların asgari sınırı belirlediği göz önünde tutulmalıdır. Denetim organlarının kararlarına aykırı bir düzenleme yapılması yeni cümlemin amacına aykırı düşer. Kanunların yürürlükten kaldırılması suretiyle farklı uygulamaların önüne geçilmesi hususunda etkili olabilecek kurumlardan biri de Anayasa Mahkemesi'dir. Ancak Anayasa Mahkemesi, kanunları temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalara aykırılığı nedeniyle iptal etmekle yetkilendirilmemiştir. Bununla birlikte, 5982 sayılı Kanunla Anayasa'ya giren bireysel başvuru kurumu çerçevesinde Anayasa Mahkemesi kurumların uygulamalarında ilgili kanunu doğru uygulayıp uygulamadığını değil de AİHS'ni esas alıp almadıklarını denetleyecektir. Bunu yaparken de sadece antlaşma metinlerini değil fakat bunları ete büründüren AİHM kararlarını esas alacaktır. Bireysel başvuru kurumunun amacı ihlallerin denetim organlarının önüne gitmeden çözmek olduğundan denetim organlarının bu ihlalleri denetlerken kullanacağı yorum

ve kararları Anayasa Mahkemesi'nin kullanmasını gerektirecektir. Bunun doğal sonucu da uygulayıcıların denetim organlarının yorum ve kararlarını esas alması olacaktır. Bu nedenle denetim organlarının yorum ve kararlarının önemi bir kat daha artmıştır.

İKİNCİ BÖLÜM

TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERE İLİŞKİN ANTLAŞMALARIN VE KANUNLARIN HÜKÜMLERİNİN ÇELİŞMESİ

Kanunlar ve antlaşmalar bazı alanları düzenlemek üzere kabul edilen kurallar bütünüdür. Farklı iradelerin ürünü olan bu metinlerin her ikisinin de aynı konularda hüküm koyması muhtemeldir ve bu durumda uyumsuzluk kaçınılmazdır.

Anayasa metni, antlaşma ve kanun arasındaki uyumsuzluğu ele almıştır. Bu uyumsuzlukların antlaşmalarla Anayasa arasında çıkması da mümkündür. Öncelikle bu uyumsuzluk ya da çelişme hallerinin tespit edilmesi sorunun çözümünde kolaylık sağlayacaktır. Ayrıca, Anayasa metninin sorunların çözümüne ne ölçüde yol gösterdiği de böylelikle anlaşılabilecektir. Diğer bir deyişle, Anayasa değişikliğinin yeterliliği değerlendirilmiş olacak; sorunların çözümünde yetkili mercilerin neler yapabileceği ve yapılması gereken başka değişikliklerin olup olmayacağı tespit edilmeye çalışılacaktır.

2.1.ÇELİŞME HALLERİ

Anayasa'nın 90. maddesine eklenen cümle, kanun ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaların aynı konuda farklı hükümler içermesi halinde ortaya çıkan uyumsuzluğu çözmek amacını gütmektedir. Yine de açıkça düzenlenmediği için bazı hususlarda belirsizlikler bulunmaktadır. Uyumsuzluklar cümledeki gibi antlaşma ve kanun arasında olduğu gibi Anayasa ile antlaşma arasında da olabilir. Uyumsuzluklar antlaşmalar ile Anayasa arasında ortaya çıkarsa, antlaşmalar dikkate alınacak mıdır? Antlaşmanın uyuşmadığı kanun hükmü

Anayasa'nın metninde yer alan hükümle paralel ise antlaşmanın uygulanması mümkün müdür? Kanunların antlaşmalara göre daha fazla güvence sağladığı hallerde mutlak surette antlaşma hükümleri mi uygulanacak yoksa kanunların uygulanma olasılığı var mıdır? Burada, cümlede öngörülen uyuşmazlığın muhtemel hallerini irdeleyelim.

2.1.1. Anayasa ve Kanun Hükümünün Olmaması Hali

Bu durumda herhangi bir uyuşmazlık söz konusu olmayacaktır. Hakim, karar verirken antlaşma hükümlerini uygulayarak çözüm yoluna gidebilir. Bu arada, Anayasa ve kanunların herhangi bir herhangi bir hüküm içermiyor olması, kişilerin antlaşmaya dayanarak hak iddia etmelerine engel olmaz.

Kanunda bir düzenleme varken Anayasa'da hüküm olmaması halinde ise, kanun hükmünün bir yana bırakılarak temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmanın hükmünün esas alınması beklenir. Hüküm uyuşmazlık halinde temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaların esas alınmasını vaz'etmektedir. Maddenin lafzından antlaşmaların mutlak surette uygulanması gerektiği söylenebilir.

2.1.2. Anayasa'yla Uyumlu Antlaşma Hükümünün Kanunla Çelişme Hali

Bu halde kanun Anayasa'ya aykırı olabileceği gibi sadece antlaşmayla da uyuşmazlık içinde olması mümkündür. Anayasa'ya aykırılığı iddia edilerek Anayasa Mahkemesi'ne götürülen kanunun iptal edilmesi halinde söz konusu çelişme hali son bulur. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalara verilen yeni statü, Anayasa'ya aykırı kanunların uygulanmamasında da önemli bir rol üstlenebilir. Bilindiği gibi, Anayasa'nın "Anayasa'ya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi" kenar

başlığını taşıyan 152. maddesinin üçüncü fıkrasında “Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay süre içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır” hükmüne yer verilmiştir. Bu hüküm, mahkemeyi Anayasa’ya aykırı görülüp Anayasa Mahkemesi’ne götürülen kanun hükümlerine göre karar vermekle sorumlu kılmaktadır. 90. maddedeki yeni hüküm, böyle bir durumda mahkemeyi kanunu uygulama zorunluluğundan kurtaracaktır.

İkinci ihtimalde, kanun Anayasa’ya aykırı olmamakla birlikte antlaşma ile uyumsuzluk halindedir. Yeni hüküm, bu halde antlaşmanın esas alınmasını vaz’etmektedir. Bu duruma en güzel örnek, memurlara verilen “uyarma ve kınama” cezalarına karşı yargı yolunu kapatan DMK’nın 136. maddesidir. 2010 Anayasa değişikliği öncesindeki halinde de Anayasa’nın 129/3 fıkrası, uyarma ve kınama cezalarına karşı, doğrudan yargı yolunu kapatmamış, ancak kapatılması hususunda kanun koyucuya takdir yetkisi vermişti. Kanun koyucu da bu yetkisini kullanarak, “uyarma ve kınama” cezalarına karşı, DMK ile yargı yolunu kapatmıştır. Bu haliyle, DMK’nın 136. maddesi, Anayasa’nın 129/3 fıkrasına değil ancak Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nin 14. maddesine ve AİHS 6. maddesine aykırılık teşkil etmektedir. Nitekim 5170 sayılı Kanun ile Anayasa’nın 90. maddesinin son fıkrasına eklenen hükmün yürürlüğe girmesinden hemen sonra, 29/6/2004 tarihinde Ankara 5. İdare Mahkemesi oybirliğiyle verdiği E.2003/1796, K.2004/1212 sayılı kararıyla, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nin 14. maddesini DMK’nın 136. maddesine üstün tutmuş ve kınama cezasına karşı açılan iptal davasının esasını inceleyerek kınama cezası verilmesine ilişkin işlemi iptal etmiştir. (Gülmez, 2004: 71)

Aynı konu temyiz istemiyle Danıştay On İkinci Dairesi'nin önüne gelmiştir. Daire de “açık olan Anayasa ve yasa hükümleri karşısında kınama cezasının yargısal denetimini yapmaya hukuken olanak bulunmadığından...” istemi kabul etmiş ve esasa girerek iptal kararını bozmuştur. (Dan.12. D. E:2004/4584, K.2005/3520, Kt 18/10/2005) Kararda, Anayasa'nın 129. maddesinin uyarma ve kınama cezalarını yargı denetimi dışında bırakılmasını vaz'eden bir hüküm olduğu kabul edilmiştir. Ayrıca, DMK'nın 135 ve 136. maddelerinin “Anayasa hükmüne paralel olarak” düzenlendiği ve hükmün zorunlu nitelikteki gerekleri oldukları değerlendirilmiştir. 129. maddenin üçüncü fıkrasının iki yönü bulunmaktadır. Fıkra, disiplin kararlarının yargı denetimi dışında bırakılamayacağını kesin hükme bağlarken uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışında bırakılabileceği konusunda takdir yetkisi tanımıştır. “Somut olayda çatışma, Anayasa normu ile uluslararası antlaşma hükmü arasında değildir; tam da değişik 90. maddede öngörüldüğü üzere antlaşma hükmü ile yasa arasındadır. Bu noktada çatıştığı düşünülen antlaşma hükmünün, yasal düzenlemenin konusunu kapsayıp kapsamadığı sorusunun değerlendirilmesi gerekir”. (Şanlı, 2007: 125)

Anayasa Mahkemesi de, DMK'nın 135. maddesinin ikinci fıkrası ile 136. maddesinin dördüncü fıkrasının iptali istemiyle yapılan itiraz başvurusunu karara bağlamıştır. (AYM E:2002/169, K.2007/88, Kt 27/11/2007) Bu kararında “Anayasa'da kural olarak, idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğu kabul edilmekle birlikte, Anayasa'nın bazı maddelerinde belirli idari işlemlere karşı yargı yolu kapatılmıştır. Doktrinde “yasama kısıntısı” olarak adlandırılan bu durum, Anayasa koyucunun bu yöndeki tercihini göstermektedir. Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu

kararları ve Yüksek Askerî Şûra kararları gibi yargı denetimi dışında tutulan işlemlerden birini de memurlar ve diğer kamu görevlilerine verilen uyarma ve kınama cezaları oluşturmaktadır” görüşünü savunan Anayasa Mahkemesi adı geçen Kanunun ilgili hükümlerini Anayasa’nın 125 ve 129. maddelerine aykırı bulmamıştır. Üstelik bu kararıyla kısıtlamayı zorunlu hale getirmiştir.

Aynı nitelikteki bir başka dava AİHM’nin önüne gelmiş ve Mahkeme Anayasa Mahkemesi ve Danıştay’dan çok farklı bir karar vermiştir. Karaçay/Türkiye davasında (Başv. No. 6615/03, 27/3/2007) AİHM, memur maaşlarına yapılan düşük zammı protesto etmek amacıyla KESK tarafından düzenlenen eyleme katıldığı gerekçesiyle başvurana verilen uyarma cezasını AİHS’nin 11 ve 13. maddelerine aykırı bulmuştur. AİHM, 11. maddenin birinci fıkrasının herkesin bir sendikaya üye olma ve çıkarlarını koruma hakkını güvence altına aldığını ve devlet memurlarının bu haktan mahrum bırakılmadığını belirterek cezanın “demokratik toplumda gerekli olmadığı” sonucuna varmıştır. Kararda, Anayasa’nın 129. maddesi ve DMK’nın 136. maddesinden, bir uyarma veya ihtar cezasının hukuki denetime tabi olamayacağı sonucunun ortaya çıktığı hatırlatılmaktadır. Böylece AİHM, ulusal hukukta, buna benzer bir uyarma cezasına itiraz edilebilmesi için ulusal mahkemeye başvuruda bulunma yolunun öngörülmediğini yani etkili başvuru yolunun bulunmadığını tespit etmiştir. Anayasa’daki takdir yetkisi veren hükme dayanarak söz konusu hakların DMK hükümlerinde daha kısıtlı şekilde düzenlenmesi AİHM’de kabul görmemiş ve insan haklarını genişletici şekilde yorumlanması gerektiğinin altı çizilmiştir. Sözleşme’nin söz konusu hakların asgari sınırını belirlediği göz önünde tutulduğunda söz konusu Kanunun Anayasa hükmünü bu şekilde kısıtlayıcı şekilde yorumlaması mümkün değildir. Anayasa’da pek hafif ve kalıcı etkileri bulunmayan bazı disiplin

cezalarının yargı denetimi dışında tutulabilmesi hususunda kanun koyucuya bir takdir hakkı verilmiştir. Ancak söz konusu disiplin cezalarının tekerrürü halinde sonuçları ağırlaşmakta, böylece uygulamada bu cezalar “hafif” ve “geçici” niteliğini yitirmektedir. Kamu görevlilerinin disiplin cezalarına ilişkin kurallar bütün olarak değerlendirildiğinde itiraz konusu kurallar, Anayasa’nın 129. maddesinde uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışında tutulması yolunda kanun koyucuya istisnai nitelikte verilen takdir hakkı amacını aşmaktadır. Ayrıca, Anayasa hükmünde bütün disiplin cezalarına karşı yargı yolunun açık tutulması da engellenmiş değildir. Anılan Anayasa Mahkemesi Kararının karşı oy yazısında belirtildiği gibi “Anayasa tarafından düzenlenmemiş bir alanda, verilebilecek cezaların hafif nitelikli iki tanesinin zikredilmiş olmasına dayanılarak, bunların yargı denetimi dışında tutulmasının Anayasa’nın amir hükmü olduğu söylenemez”. (AYM E:2002/169, K.2007/88, Kt 27/11/2007)

2.1.3. Kanunun Üstün Güvence Sağlaması Halinde Antlaşma –Kanun Hükümünün Çelişmesi

Kanunların antlaşmalara göre daha az güvence sağladığı durumlarda antlaşmaların esas alınması hususunda şüphe yoktur. Ancak, tersi söz konusu olan bir durumda kanunların tercih edilmesi mümkün olabilir mi?

Türkiye’nin taraf olduğu antlaşmalardan biri de 1992 Protokolü ile değiştirilen 1969 tarihli “Petrol Kirliliği Zararları Nedeniyle Hukuki Sorumluluk Sözleşmesi”dir. Söz konusu Sözleşme’nin 8. maddesinde tazminat taleplerinin zarar verici olayın meydana gelmesinden üç yıl içinde ve her halde altı yıl içinde ileri sürülebileceği ve zincirleme olaylar söz konusu ise altı yıllık sürenin ilk olay

tarihinden itibaren başlayacağı hükme bağlanmıştır. Aynı konu iç hukukumuzda 5312 sayılı “Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararların Tazmini Esaslarına Dair Kanun” ile düzenlenmiştir. Bu kanunun zamanaşımı başlığını taşıyan 12. maddesine göre ise, “Bu Kanun kapsamındaki olaylar nedeniyle tazminat taleplerinde zamanaşımı süresi, diğer kanunlarda daha uzun bir süre öngörülmedikçe, zararın öğrenildiği ve sorumlu tarafın tespit edildiği tarihten itibaren beş yıl, her hâlde olayın meydana geldiği tarihten veya olay, olaylar zincirinden meydana geliyorsa son olayın meydana geldiği tarihten itibaren on yıldır. Zamanaşımı süresine ilişkin olarak Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşme hükümleri saklıdır”.

Burada, Türk hukukundaki düzenleme tazminat hakkı açısından daha fazla güvence getirmektedir. Hakim, önüne gelen somut bir uyuşmazlıkta zamanaşımı süresi olarak uluslararası sözleşmedeki üç yıl yerine kanundaki beş yılı uygulayabilir mi? Zincirleme ihlallerde ilk olay tarihi yerine sonuncusunu esas alabilir mi? “Hakimin sözleşmeyi uygulaması hak arama özgürlüğünü ihlal ederken, kanunun uygulanması Anayasa’nın 5. fıkrasına ve taraf olunan sözleşme hükümlerindeki zamanaşımı süreleri saklı tutulduğu için 5312 sayılı kanunun 12. maddesinin kendisine aykırı olacaktır”. (Gönenç ve Esen, 2006: 498)

Kanunların antlaşmalara göre daha fazla güvence getirdiği hallerde kanunların tercih edilmesi gerektiği görüşü birçok hukukçu tarafından desteklenmektedir. Bu çerçevede, antlaşmaların kanunlardan üstün olması durumu mutlak değildir. Anayasa’daki hüküm antlaşmalara mutlak bir üstünlük ya da öncelik tanımamaktadır. Kanunların antlaşmalardan daha ileri düzeyde düzenleme getirdiği hususlarda, antlaşmanın göz ardı edilmesi mümkün gözükmemektedir. İç hukukta

uygulandığı gibi, bu iki normun çelişmesi durumunda da uygulanacak hüküm daha çok güvence sağlayan norm olmalıdır. Bu durumda, 90. maddenin son fıkrasının yeni kuralı uygulanmayacaktır.

Bu görüşteki hukukçular, kanunların daha elverişli hükümler içerdiği hallerde (pasif çatışma) gerçek bir çatışma halinin olmadığını kabul etmektedirler. “Eğer kanun hükmü, andlaşma hükmüne göre temel hak ve özgürlükler açısından daha genişletici (lehe) hüküm taşıyorsa, temel hak ve özgürlüklerin korunması ruhu açısından bir çelişmeden söz edilemeyecektir”. (Karagülmez, 2004: 173)

Aybay’a göre, değişiklik hükmü temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaların “kanun hükmünde” olmaları hususunda bir değişiklik öngörmemektedir. Hüküm, sadece esas alınma gereğini vurgulamaktadır. Esas alma gibi Anayasa düzeyindeki bir düzenlemede alışılmış olmayan bir deyim kullanılmasından maksat, gerekçede belirtildiği gibi “öncelik verilmesi” olamaz. Bu ifadeden “Anayasa koyucunun ‘öncelik verilmesi’nden yana olmadığı; bu konunun uygulamadaki yorumlara bırakıldığı biçimde anlaşılmalıdır.”(Aybay, 2007: 205)

Öte yandan “esas alma” hükmünü bu kadar kolay aşmak mümkün müdür? Çünkü “esas alma” kesin bir hükümdür. Anayasa koyucu bu konuyu şüphe bırakmayacak şekilde hükme bağlamış ve uygulayıcıya tercih hakkı bırakmamış görünmektedir. “Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasına eklenen hükmün yasama organına göre getirilmesindeki amacın, tüm uluslararası andlaşmalara iç hukuk karşısında üstünlük sağlanmasına geçiş sürecinde bir basamak olduğu göz önünde tutulduğunda, bu amacı gerçekleştirdiği söylenebilir”. (Belgin, 2008: 113)

Bu çerçevede kanunlarla verilen hakların üstünlüğü durumunda dahi antlaşmanın uygulanması gerekir. Anayasa koyucunun Anayasa değişikliği

yapılırken kanunların antlaşmalardan hiçbir zaman daha iyi güvence sağlayamayacağı ön kabulüyle hareket ettiğini söyleyebiliriz. Yani uluslararası alanda kabul edilen standartların altında kalmama çabası vardır. Amaç bu standartları yakalamaksa, bu standartların üstünde olan antlaşmadan daha iyi güvence getiren bir kanunun uygulanması mümkün olması gerekir. Ancak maddenin düzenleniş biçimi buna elvermemektedir. Bununla birlikte daha iyi güvenceler getiren kanunların uygulanması yine de mümkündür. Bu durum, uyuşmazlık yaşanan antlaşmanın metninde buna cevaz verecek hükümlerin varlığına bağlıdır. AİHS'nin "Tanınan insan haklarının korunması" başlığını taşıyan 53. maddesine göre "Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbirisi, herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Tarafın kanunlarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşmeye göre tanınabilecek insan haklarını ve temel özgürlüklerini sınırlayamaz, ya da onlara aykırı düşecek şekilde yorumlanamaz". Buna uygun olarak Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 5. maddesinin ikinci fıkrası, bu Sözleşme'nin bir hakkı tanımadığı veya daha az ölçüde tanıdığı bahane edilerek, Sözleşme'ye taraf devletlerden birinin iç hukukunda kanunlarla, antlaşmalarla tanınmış bulunan veya geleneklerinde varolan temel insan haklarına sınırlama getirilemeyeceğini veya bu haklara karşı yükümlülüğün azaltılamayacağını hükme bağlamıştır. Benzer şekilde, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 5. maddesinin ikinci fıkrasında da aynı hükme yer verilmiştir.

"Esas alma" konusunda diğer bir husus da antlaşma-kanun çatışmasında antlaşmanın kül olarak dikkate alınmasıdır. İç hukukumuzda ceza yasaları ile ilgili olarak lehe kanunun tespitinde kanunların bütün hükümlerinin dikkate alınması esası benimsenmiştir. Buna ilişkin Yargıtay kararlarından birinde "TCY'nin 2/2. maddesinin uygulanması bakımından yukarıda değinilen üç yasanın öngördükleri

koşullar itibariyle soyut olayda uygulanma alanı bulunup bulunmadığı öncelikle araştırılıp hangi yasanın bir bütün halinde hükümlü veya sanık yararına olduğu belirlendikten sonra bu yasanın yine bir bütün halinde uygulanması gerekmektedir” denilmektedir. (CGK 30/3/2004, 2004/1-46, 2004/78) Ek cümledeki ‘aynı konu’yu her bir hak ve o hakkın korunan öğeleri yönünden tek tek değerlendirmek gerektiğini savunan Şahbaz’a göre ise “AİHS asgari standart düzenlemelere sahip olup, üye ülkelerin bu standardın altına düşmemek kaydıyla iç hukuklarında daha güvenceli düzenlemelerde bulunabileceklerini öngörmektedir. Nitekim bugün sözleşmeye üye ülkelerin sözleşme hükümlerinden daha ileri düzenlemelerde bulundukları bir gerçek olduğu gibi, ek protokollerle yeni yeni hakların getirilmesi de bu görüşü doğrulamaktadır”. (Şahbaz, 2004: 212)

Antlaşma ile uyuşmayan kanunun antlaşmaya uygun hale getirilmesi sorunun çözümünde kullanılabilecek yollardan biridir. Ancak, üstün güvence sağlayan kanunun değiştirilmesi konusunda uluslararası hukuk ile insan haklarının etkili korunması arasında kalan yetkililerin, vatandaşlarının menfaatine olan seçeneği tercih etmesi doğaldır.

Bu tür ikilemlere düşmemek ve bütün bu tartışmalara mahal vermemek için aslında 90. maddenin son fıkrasındaki düzenlemenin değiştirilmesi yerinde olacaktır. Cümledeki uyuşmazlıklarda “temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmaların” yerine “lehe olanın” uygulanması hükmünün getirilmesi uygun olacaktır.

Başlar da, ortaya çıkabilecek sakıncaların giderilebilmesi amacıyla yeni hükmün bu çerçevede değiştirilmesini savunmaktadır. Bunun için, Romanya Anayasası’nın 20. maddesindeki “Anayasa’nın veya milli kanunların daha tercih

edilebilir hükümler öngördüğü durumlar hariç” ya da Slovakya Anayasası’nın 11. maddesindeki “uluslararası antlaşmalar ve sözleşmeler, daha geniş anayasal haklar ve özgürlükler sağlamaları şartıyla” gibi bir ifadenin ilave edilmesinin yerinde olacağını belirtmiştir.(Başlar, 2004: 314)

Bu konuda üzerinde durulması gereken konulardan biri hakaret davalarıdır. Basın özgürlüğü, uygulamada başka hak ve özgürlüklerle özel yaşam, kişilik hakları, aile yaşamı, hatta adil yargılama hakkı ile çelişebilir. İfade özgürlüğünü düzenleyen Anayasa ve AİHS de dahil olmak üzere tüm kurallar ifade özgürlüğünün başkalarının kişilik haklarını koruma amacıyla sınırlandırılabilceğini belirtmektedir. Ancak, bu gibi durumlarda karar verilirken çelişen hak ve özgürlükler arasında bir denge kurulması gerekir. Siyasal eleştiriler konusunda özellikle basın- yayın organlarına karşı açılan hakaret davalarında konu daha farklı bir boyut kazanır. Burada önemli olan korunan değerin ne olduğudur. Yani gerçekten kişinin kişilik hakları mı yoksa iktidar mı korunmaktadır? AİHM, Lingens/Avusturya davasında (8 Aralık 1986, Seri A, No. 103) konuya açıklık getirmiştir: “Basın özgürlüğü, kamuoyuna, siyasal liderlerin düşünceleri ve davranışlarını öğrenmek ve bunlar hakkında bir kanaat oluşturmak olanağı sağlar. Daha genel olarak siyasal tartışma özgürlüğü, demokratik toplum kavramının temelidir... Bu nedenle, bir siyasetçiye yöneltilen eleştirinin kabul edilebilir sınırları özel bir kişiye kıyasla daha geniştir. (Siyasetçi) kaçınılmaz bir şekilde ve bilerek, her söz ya da davranışında, kendini basının ve kamuoyunun merceği altına yatırır. Bunun sonucu olarak daha geniş bir hoşgörüyeye sahip olması gerekir. Kuşkusuz ki Sözleşme'nin 10/2 maddesi bütün bireylerin kişilik haklarını koruma olanağı sağlar. Bu koruma siyasetçileri de kapsar... Ancak, (siyasetçilere sağlanan bu koruma) siyasal konuların açık bir biçimde tartışılmasındaki çıkarla

dengeli olmalıdır” (paragraf 42). “Bu görüşlerden hareketle, AİHM, Lingens'e Şansölye Kreisky'ye hakaret ettiği gerekçesiyle verilen para cezası ve yazıların toplatılması kararının, Sözleşmenin 10. maddesini ihlal ettiğine oybirliği ile karar verdi...” (Türmen, 2005)

2.1.4. Antlaşma Hükümlerinin Anayasa'yla Çelişmesi

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaların kanunlarla olduğu gibi Anayasa'yla da çelişmesi mümkündür. Böyle bir durumda antlaşmaların uygulanması gerektiği söylenebilir mi? Antlaşmaların kanun hükmünde kabul edilmesi ve Anayasa'ya aykırılıklarının iddia edilememesi yanında temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaların kazandığı yeni konum nedeniyle, bu antlaşmaların Anayasa'ya rağmen uygulanması gerektiği savunulabilir. “Ancak Anayasa'nın maddesinin hazırlanışı sırasında bu husus açıkça öngörülmediği gibi, gerek gerekçesinde ve gerekse metnin tartışmalarında bu hususa dikkat çekilmediğine göre, sözleşmelerin hukukumuzda Anayasa'ya üstün olmadıkları kesindir”. (Şahbaz, 2004: 208)

Anayasa'da temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaların Anayasa'dan üstün olduğuna dair açık bir hüküm bulunmamaktadır. Antlaşmaların Anayasal ya da Anayasa üstü bir değere sahip olmadığını gösteren bir başka husus da, hükmün normlar hiyerarşisi gereği kanunların temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalara aykırılığından bahsetmesi gerekirken antlaşmaların kanunlarla çatışma halini düzenlemesidir. Bu da, Anayasa'ya aykırı antlaşmaların uygulanamayacağı sonucunu çıkarmaktadır.

Gülmez'e göre ise, Anayasa'nın 2. ve 2001'de değiştirilen 14. maddesiyle demokratik ve Laik Cumhuriyet'in 'insan haklarına saygılı' olması, Anayasa'dan daha elverişli ve ileri haklar ve güvenceler öngören uluslararası antlaşmaların üstün tutulmasını gerektirir. "Aykırı kuralları Anayasa'da sürdürerek insan hakları sözleşmeleri ile bağdaşmayan kuralların korunması ve insan haklarıyla ilgili uluslararası antlaşmaların yalnızca çelişik kurallar içeren yasalar karşısında öncelikle uygulanması, ek cümleyle yapılan düzenlemenin amacına aykırı düşer ve bu düzenlemenin uygulama alanını daraltır". (Gülmez, 2004: 155)

Burada çözüm yolu olarak Anayasa'nın ilgili hükmünün uluslararası antlaşma hükümlerine uygun bir biçimde yorumlanması akla gelmektedir. Örneğin; 5982 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki haliyle de uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışında tutulması Anayasa'nın 129. maddesinin amir hükmü olmadığından, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası bir antlaşma ile bir kanunun çatışması halinde yeni hükmün uygulanması gerekir.

Bu konuda üzerinde durulacak diğer husus da Anayasa'nın 24. maddesinin dördüncü fıkrasındaki zorunlu din derslerine ilişkin düzenlemedir. Buna göre "Din ve ahlâk eğitim ve öğretimi Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Din kültürü ve ahlâk öğretimi ilk ve ortaöğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer alır. Bunun dışındaki din eğitim ve öğretimi ancak, kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanunî temsilcisinin talebine bağlıdır". Bu hüküm ve 1739 sayılı Kanunun 12. maddesi çerçevesinde, idare tarafından din derslerinin zorunlu olduğu kabul edilmiş ve Lozan Antlaşması'nda öngörülenlerin dışında bir muafiyete izin verilmemiştir.

Din Kùltürü ve Ahlak Bilgisi derslerinden muaf tutulma taleplerine ilişkin Zengin/Türkiye davasına bakan AİHM, kararında Türkiye’de ilk ve ortaöğretim kurumlarında verilen din kùltürü ve ahlak bilgisi öğretiminin rehber ilkelerinin AİHS’nin 9. maddesine aykırı bir yönünün olmadığını dile getirmiştir. (Zengin/Türkiye, Başv. No. 1448/04, 9/10/2007) Bununla birlikte AİHM, eğitim sisteminde, din dersleriyle ilgili tarafsızlık ve çoğulculuk koşullarının yerine getirilmemesi ve ebeveynlerin inançlarına saygı gösterilmesini sağlayacak uygun bir yöntem sunulmaması nedenleriyle, sistemin yetersiz olmasından ötürü Ek 1 nolu Protokolün 2. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.

Danıştay bu konuya ilişkin 14 Nisan 2003 tarihli kararında, başvuranın itirazını reddetmiş ve ilk derece mahkemesinin kararını, söz konusu kararın usul ve kanuna uygun olduğu gerekçesiyle onamıştır. AİHM’nin bahsi geçen Zengin/Türkiye kararından sonra ise, benzer nitelikteki bir davada Din Kùltürü ve Ahlak Bilgisi dersinin içeriği itibariyle zorunlu tutulmasının hukuka aykırı olduğuna kanaat getirmiş ve aksi yöndeki İstanbul 6. İdare Mahkemesi’nin kararını iptal etmiştir. Daire kararında Anayasa’nın 90. maddesinin son fıkrasına atıf yapmış ve Anayasa’nın 2. ve AİHS’nin 9. maddesi çerçevesinde hüküm vermiştir. Kararda Anayasa’nın 24. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen dini inanç hürriyeti, AİHS’nin 9. maddesi ve Zengin/Türkiye kararı çerçevesinde yeniden yorumlanmış ve zorunlu din derslerinin uygulanan şekliyle dini inanç hürriyetinin ihlali olacağına hükmetmiştir. Karar şöyledir: “Anayasanın 24. maddesinde, din kùltürü ve ahlak bilgisi öğretiminin zorunlu olduğunun belirtilmesi, ilk ve ortaöğretim kurumlarında verilen öğretimin adının din kùltürü ve ahlak bilgisi olmasına rağmen, içerik olarak din kùltürü ve ahlak bilgisi öğretimi olarak kabul edilemeyeceği açık olduğundan ve

din eğitiminin de ancak kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanuni temsilcisinin talebine bağlı olması karşısında, Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi dersinin bu içeriği ile zorunlu tutulmasında hukuka uyarlık bulunmamakta olup, aksi yöndeki Mahkeme kararında hukuki isabet görülmemiştir”. (Dan.8. D. E:2006/4107, K.2007/7481, Kt 28/12/2007)

Diğer önemli bir konu da İnkılap Kanunlarıdır. Anayasa’nın 174. maddesinde İnkılap Kanunları’nın Anayasa’ya aykırı olduğu şeklinde anlaşılamayacağı ve yorumlanamayacağı hükme bağlanmıştır. Amacı da Cumhuriyetin laik karakterini korumaktır. AİHM, Ahmet Arslan/Türkiye davasında bu konuya ilişkin bir karar almıştır. (Başv. No 41135/98, 23/2/2010)

Aczimendi tarikatına mensup 127 kişi, 20 Ekim 1996 yılında Ankara’da kendilerine has dini kıyafetleriyle yaptıkları bir gösteri sonrasında Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Kanun’a aykırı davrandıkları gerekçesiyle gözaltına alınmıştır. Davacılar hakkında dönemin TMY çerçevesinde Ankara DGM’de dava açılmış, sanıklar dava sonunda 28 Kasım 1925 tarihli Şapka Kanunu ile 3 Aralık 1934 tarihli Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Kanun’a aykırı davrandıkları gerekçesiyle iki ay hapis ile o dönem yaklaşık 2,4 Amerikan dolarına tekabül eden para cezasına mahkum edilmişlerdir. Davacılar, mahkumiyetlerinin AİHS’nin din özgürlüğüyle ilgili 9. maddesine aykırı olduğunu savunarak AİHM’ye başvurmuşlardır. AİHM, kamu hizmeti vermeyen ya da kamudan hizmet almayan “sade vatandaşların” kılık ve kıyafetine yasak getirmenin AİHS’nin din özgürlüğüyle ilgili maddesine aykırı olduğu sonucuna varmıştır. AİHM, gerekçeli kararında, davacıların devlet memuru olmadıklarına ve türban davası olarak bilinen Leyla Şahin davasında olduğu gibi kamudan hizmet almadıklarına vurguda bulunmuş; sivil

vatandaşlar olarak nitelediği davacıların, kamusal düzen açısından tehdit oluşturdıklarına veya gösterileri esnasında yoldan geçenlere herhangi bir baskı uyguladıklarına dair hiçbir kanıtın bulunmadığını da not etmiştir. Bu gerekçelerden yola çıkan AİHM, davacıların din özgürlüklerinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Bir devletin kurucu değerlerini, kamu düzeni gereksinimlerini ve bu düzeni korumak için gerekli olan araçları anayasal sistemi belirler. Bazı tarihi gelişmeler sonucunda devletin takdir yetkisi çerçevesinde özel tedbirler alması haklı görülebilir. Nitekim böyle bir geçmişi olan Bazı Kisvelerin Giyilemeyeceğine Dair Kanun özel bir geleneği, ruhanilerin mabet ve ayinler haricinde ruhani kisve taşımalarını sona erdirmek amacıyla yürürlüğe girmiştir. Bunun için hangi yöntemin uygulanacağıysa açıkça ifade edilmemiştir. Bu yönden yaklaşıldığında, ilk etapta düşünüldüğünün aksine Mahkeme kararıyla Anayasa hükmünün çatışması hali söz konusu olmayacaktır. Bu karar, İnkılap Kanunları'nın demokratik toplum gereklilikleri çerçevesinde yeniden yorumlanabileceğini göstermesi açısından çok önemlidir.

Anayasa hükümlerinin uluslararası antlaşma hükümlerine uygun bir biçimde yorumlanması her zaman mümkün değildir. Çünkü Anayasa'nın uluslararası antlaşma hükümlerine aykırı olan hükmü yorumlanmaya imkân vermeyecek kadar açık ve net olabilir. Anayasa'nın, Cumhurbaşkanının tek başına yapacağı işlemler ile 5982 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki haliyle YAŞ ve HSYK kararları aleyhine yargı yoluna başvurulamayacağına ilişkin hükümleri, yoruma elvermeyecek kadar açık ve kesin bir biçimde yargısal korunma imkânını ortadan kaldırmıştır. Söz konusu hükümler, AİHS'nin etkili başvuru hakkını düzenleyen 13. maddesine aykırıdır. "Zira sözleşme, sözleşmede tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen

herkesin, ulusal bir makama başvurma hakkının olduğunu güvence altına almıştır”.
(Altundiş, 2006: 84)

Burada Kalaç/Türkiye davasından söz etmek konuya ışık tutmak açısından yararlı olacaktır. (Kalaç/ Türkiye, Başv. No. 61/1996/680/870, 1/7/1997) Söz konusu davada YAŞ kararları sonucunda görevinden alınan davacı Sözleşme’nin 9. maddesine dayandırdığı şikayetine ek olarak, kendisine karşı ileri sürülen olaylardan ötürü mahkemede duruşmasının yapılmadığı gerekçesiyle, ayrıca Madde 6/1’i de dayanak olarak göstermiştir. Mahkeme, kapsamı 9. maddeyle sınırlı tutmuş ve davacının askeri bir görev seçerek, doğası itibariyle Silahlı Kuvvetler mensuplarının belli hak ve özgürlüklerine, sivillere uygulanması mümkün olmayan sınırlamalar getirilmesi olasılığını içeren askeri disiplin sistemini kendi isteğiyle kabul etmiş olduğu gerekçesiyle ihlalin bulunmadığına karar vermiştir.

AIHM’nin Pelegrin-Fransa, YAŞ kararlarıyla ilgili Türkiye ve benzer kararlarında devletin egemenlik erkini kullanmasına aracı olan silahlı kuvvetler mensupları, polisler, dışişleri memurları, hakimler ve savcılar gibi memurları adil yargılanma kapsamı dışında bırakılmaktadır. Bunun gerekçesi iki noktada toplanmaktadır: “1- Devletin egemenlik erki (her şeyin üstündedir(!)) 2- Bu erki kullananların ‘disiplin niteliği’ (bu nedenle) ağır basmaktadır” (Rıza Türkmen, Ankara Barosu İnsan Hakları Konuşması) (Bayraktar, 2009: 148)

Buraya kadar bahsettiğimiz konuların bazılarında Anayasa’nın 5982 sayılı Kanunla değiştirilmesi ile önemli gelişmeler olmuştur. 129. maddede düzenlenen ve yargı denetimi dışında tutulabilen memurlar ve diğer kamu görevlilerine verilen uyarma ve kınama cezaları ile kararları tamamen yargı denetimine kapalı olan kurumlardan, YAŞ’ın Silahlı Kuvvetlerden ilişik kesme niteliğindeki kararları ve

HSYK kararlarının meslekten çıkarma cezalarına ilişkin olanları yargı denetimine açılmıştır.

Anayasa ile antlaşma arasında uyumsuzluk hallerinden 129. maddede yer alan uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışında tutulmasına ilişkin kısım, imtiyaz sözleşmelerindeki gibi antlaşmalarda belirtilen yönde ama Anayasa değiştirilerek çözülmüştür. Bu değişiklik 2004 değişikliği öncesinde olduğu gibi sonrasında da temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaların Anayasa'ya karşı üstünlüğünün olmadığı bir kanıttır.

AIHM'nin, "Avrupa kamu düzenini koruma" söyleminden hareketle Anayasa Mahkemesi gibi çalıştığı yönündeki tezler çatışma olasılığını arttıran diğer bir neden olarak görülebilir. Ancak Mahkeme'nin Konsey adına Sözleşme'yi yorumluyor olması Sözleşme'nin anayasal bir belge olduğu anlamına gelmediği gibi AIHM'ni de anayasa mahkemesi konumuna çıkarmaz. Çünkü AIHM ile taraf devletlerin siyasi ve hukuki sistemleri arasında hiyerarşik bir ilişki bulunmamaktadır. Ayrıca Türkiye, Bulgaristan, Almanya, Fransa gibi birçok taraf devletin anayasası uluslararası sözleşmelerin Anayasa'nın üstünde olabileceğini kabul etmemektedir.

AIHS'nin Anayasa'yla çatışması halinde sorun, iç hukukta Sözleşme'nin Anayasa'dan üstün olmadığı ve Anayasa'nın uygulanacağı yönünde çözülsede, bunun AIHM kararlarının bağlayıcılığına bir etkisi yoktur. Yüzbaşı'ya göre böyle bir sorunu aşabilmek için Anayasa, Sözleşme'yle uyumlu olacak şekilde değiştirilebilir. Ya da yine bir Anayasa değişikliğiyle, Anayasa Mahkemesi'ne çatışma halinde Anayasa'yı ihmal ederek Sözleşme'yi doğrudan uygulayabilme yetkisi verilebilir. (Yüzbaşı, 2004: 35-36)

2.2.ÇÖZÜM MERCİİNİN YOKLUĞU SORUNU

Yeni hükmün öngördüğü çelişme durumunun halli için bir merci görevlendirilmemiştir. Bu nedenle de yasama, yürütme ve yargı organlarının böyle bir durumla karşılaşmaları durumunda temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaların hükümlerini uygulamaları beklenir. Anayasa'nın 90. maddesinin yeni hükmü, bir maddi kural olmadığından ve “kanun ihtilafı” kuralı olması amaçlandığından, çelişen kanunun yürürlükten kaldırılması ve sorunu çözecek mercii belirlenmesi zorunluluğu yoktur.

Yeni hükmün madde gerekçesinde uygulamada çıkacak bir uyuşmazlığın hallinden bahsedilmektedir. Bu ifadeden, öncelikle yargı organlarının önündeki somut uyuşmazlıklar anlaşılabilir. Ancak, hüküm uygulamayı yalnızca yargı organlarının önündeki uyuşmazlıklarla sınırlamamış olup uyuşmazlıkların çıktığı yerlere ilişkin açık bir ifadeye yer vermemiştir. “Anayasa ve yasalarla verilen görevlerin yerine getirilmesi ve bu görevlerle ilgili tüm faaliyetler, her bir müessese için ‘uygulama’dır”. (Gerek, Aydın: 2004: 229) Bu konuda yetkili olan organları çözüm açısından değerlendirirken yasama, yürütme ve yargı başlıkları altında irdeleyebiliriz:

2.2.1. Yasama

Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına eklenen hüküm çerçevesinde uygulama ve uyuşmazlığın çözümü, sadece yürütme ve yargıyı değil, aynı zamanda yasamayı da kapsar. TBMM, temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaları dikkate alarak mevzuatı düzenleyebilir. Bu, mevzuatın uluslararası alanda kabul edilen

seviyeyi yakalaması ve ülke içinde farklı uygulamaların engellenmesi açısından çok önemlidir.

Yasama organının en önemli yetkisi Anayasa'yı değiştirmektir. Bilindiği üzere, Türk hukukunda şekli kanun anlayışı benimsendiğinden 90. madde kapsamında Anayasa ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaların uyumsuzluğu halinde Anayasa hükmü uygulanmaya devam edecektir. Söz konusu antlaşmalara aykırı olan Anayasa hükümlerinin değiştirilmesiyle bu sorun aşılabılır. Nitekim 5982 sayılı Kanunla Anayasa'daki bazı hükümler bu çerçevede değiştirilmiştir. Örneğin; 41. maddede yapılan değişiklikle, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi ile diğer uluslararası belgelerde yer alan ve çocuk haklarıyla ilgili kabul gören evrensel ilkeler, Anayasa metnine dahil edilmiştir. Sendika özgürlüğünü iş kolu ile sınırlamakta ve aynı zamanda aynı iş kolunda birden fazla sendikaya üye olunamayacağını hükme bağlayan Anayasa'nın 51. maddenin dördüncü fıkrası, ILO'nun Sendika Özgürlüğüne ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına İlişkin 87 Sayılı Sözleşmesi'ne aykırılığın giderilmesi amacıyla yürürlükten kaldırılmıştır. Anayasa'nın 53. maddesinin "Aynı işyerinde, aynı dönem için, birden fazla toplu iş sözleşmesi yapılamaz ve uygulanamaz" şeklindeki dördüncü fıkrası ILO'nun Teşkilatlanma ve Kolektif Müzakere Hakkı Prensiplerinin Uygulanmasına Mütteallik 98 Sayılı Sözleşmesi'nin 4. maddesinde öngörülen "serbest ve gönüllü toplu pazarlık" ilkesiyle bağdaşmadığından yürürlükten kaldırılmıştır. Ayrıca, "Antlaşma Hükümlerinin Anayasa'yla Çelişmesi" bahsinde değinildiği gibi uyarma ve kınama cezaları ile YAŞ ve HSYK kararlarından bazılarının yargı denetimine açılması hususunda da değişiklik yapılmıştır.

Bunun yanında, Anayasa'nın 87. maddesine göre TBMM'nin görev ve yetkilerinden biri de “kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak”tır. Yeni hükümle birlikte TBMM, kanunlaşma sürecinin her aşamasında temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaları dikkate almalı, kanunlaşma sürecinde kanun tasarı ve tekliflerinin antlaşmalarla uygunluğunu denetlemeli ve aykırı olan kanunları yürürlükten kaldırmalıdır. Yeni hüküm, kanunlardaki antlaşmalarla uyuşmayan hükümlerin değiştirilmesini zorunlu kılmaz. Ancak, Meclis'in de “uyuşmazlık halinde antlaşma uygulansın” yaklaşımıyla kayıtsız bir tutum içine girmesi doğru bir yaklaşım değildir.

Meclis, 2004 Anayasa değişikliği öncesinde de uluslararası kuruluşların kararlarını dikkate almış ve birçok kanunda karar yönünde düzenleme yoluna gitmiştir. Örneğin, Kamulaştırma Kanunu gereğince ödeme şekli ve geç ödemeye ilişkin Akkuş/Türkiye davası (Başv. No 19263/92, 9/7/1997) sonucunda 24/4/2001 tarihli ve 4650 sayılı Kanunla Kamulaştırma Kanunu'nda değişiklik yapılmıştır. Yine yargılamayı yapan DGM'de askeri hakim bulunmasına ilişkin Incal/Türkiye davası (Başv. No 22678/93, 9/6/1998) sonucunda da 18/6/1999 tarihli ve 4388 sayılı Kanunla Anayasa'nın 5170 sayılı Kanunla mülga 143. maddesi değiştirilmiş ve 4390 sayılı Kanunun 22/6/1999 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte DGM'lerde görevli askeri hakim ve savcılarının görevleri sona ermiştir. (Cengiz, 2009: 242-243) Ancak değişiklikten sonra, 90. maddede öngörülen uygulamanın yaygın olarak gerçekleşmemesi sonucunda farklı uygulamaların ortaya çıkması yeni bir sorun oluşturmuştur. Bu çerçevede, TBMM birçok kanunu denetim organları kararları çerçevesinde değiştirmesi bir kat daha önem kazanmıştır. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaların ve bunların özgün yorumu olan denetim organlarının karar ve

yorumlarının esas alınarak kanun yapılması, her kanun-antlaşma uyumsuzluğu için ayrı çözüm oluşturmak yerine çözümün çoğaltılması anlamına gelecek ve bu da farklı uygulama riskini azaltacaktır. Bu çerçevede TBMM, kanunları 2004 Anayasa değişikliğinden sonra da söz konusu antlaşmalarla uyumlaştırmaya devam etmiştir. Örneğin, Çocuk Hakları Sözleşmesi dikkate alınarak hazırlanan 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu 3/7/2005 tarihinde yürürlüğe girmiş ve Kanunun 3. maddesinde, daha erken yaşta ergin olsa dahi, 18 yaşını doldurmamış kişi çocuk olarak tanımlanmıştır. Çocuk Hakları Komitesi'nin 10. yorumuna uygun olarak (paragraf 33) TCK'nın 31. maddesinde ceza sorumluluğu yaşı 11'den 12'ye yükseltilmiştir. Komitenin aynı yorumun 38. paragrafında 18 yaş altındaki herkese çocuk ceza adaleti kurallarının ayrımsız biçimde uygulanması doğrultusunda kanunların değiştirmesine ilişkin tavsiyesine uyulmaya çalışılmıştır.

AİHM'nin verdiği pilot kararların bir kısmı da kanun değişikliğini gerektirmektedir. Örneğin; "Pilot kararlar" bahsinde değindiğimiz Gülmez/Türkiye kararında AİHM, başvuranın AİHS'nin 6. maddesi kapsamındaki haklarının ihlal edildiğine ve bu durumun kendilerine uygulanan disiplin cezalarına itiraz eden pek çok mahkumu etkileyen İnfaz Hakimliği Kanunu'ndan kaynaklandığına hükmetmiştir. Bu nedenle, söz konusu Kanunun 6. maddesinin ikinci fıkrasının sonuna 6008 sayılı Kanunla şu cümleler eklenmiştir:

"Disiplin cezasına karşı yapılan şikâyet üzerine infaz hâkimi, hükümlü veya tutuklunun savunmasını aldıktan ve talep edilen diğer delilleri toplayıp değerlendirdikten sonra kararını verir. Hükümlü veya tutuklu, savunmasını, hazır bulunmak ve vekaletnamesini ibraz etmek koşuluyla avukatıyla birlikte veya avukatı aracılığıyla yapabilir. İnfaz hâkimi gerekli görmesi durumunda hükümlü veya

tutuklunun savunmasını ceza infaz kurumunda da alabilir.” (RG. 25/7/2010, S. 27652)

Anayasa’nın ve kanunların temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalara uyumlaştırılmasıyla ilgili olarak yasamanın içinde bazı komisyonlar görev alır. Bunlar, İnsan Hakları İnceleme Komisyonu ve Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu’dur.

İnsan Hakları İnceleme Komisyonu, 5/12/1990 tarihli ve 3686 sayılı Kanunla kurulmuştur. İçtüzüğü’nün 20. maddesinde sayılan ihtisas komisyonlarından biri olan bu komisyon, diğerlerinden farklı olarak çalışmaları esnasında ilgili makamlardan bilgi isteme ve ilgilileri çağırma gibi yetkileri bulunmaktadır. Komisyonun görevleri 3686 sayılı Kanunun 4. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin “b” bendine göre Komisyonun görevlerinden birisi “Türkiye’nin insan hakları alanında taraf olduğu uluslararası andlaşmalarla T.C. Anayasası ve diğer milli mevzuat ve uygulamalar arasında uyum sağlamak amacıyla yapılması gereken değişiklikleri tespit etmek ve bu amaçla yasal düzenlemeler önermek”tir. Bu hükme göre İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu ülke uygulamalarının düzeltilmesi için uluslararası antlaşmaları inceleyerek uygulama ile mevzuat arasında tespit ettiği sorunlar hakkında yasal düzenlemeler önerebilecektir. Ancak, Anayasa’nın 88. maddesindeki kanun teklif etmeye Bakanlar Kurulu ve milletvekillerinin yetkili olduğu ve İçtüzüğü’nün 35. maddesindeki Komisyonların kanun teklif edemeyeceğine ilişkin düzenleme birlikte düşünüldüğünde, buradaki görevin teknik anlamda kanun teklifi sunmak yerine gerekli değişiklikleri gündeme getirmek olduğu düşünülmektedir. Komisyon, gerek yapılan başvurular üzerine gerekse re’sen bir yasal düzenleme ihtiyacını tespit

ettiğinde bu hususu Başbakanlık veya ilgili Bakanlığa bir yazıyla bildirmekte ya da bu husustaki önerilerini rapor haline getirerek kamuoyunun takdirine sunmaktadır.

Komisyonun diğer görevi ise, 4. maddenin “c” bendinde belirtilen “Türkiye Büyük Millet Meclisi komisyonlarının gündemindeki konular hakkında, istem üzerine görüş ve öneri bildirmek”tir. Bu bentte; TBMM gündemindeki konular hakkında Komisyonun görüşünün alınabileceği belirtilmiştir. Uygulamada bu yola başvurulmamaktadır. “Çünkü TBMM İçtüzüğü’nün 20. maddesinde komisyonlar arasında sayılan İnsan Hakları İnceleme Komisyonu, hiçbir yasanın görüşmesinde İçtüzüğün 23. maddesi uyarınca asli veya tali komisyon olarak görevlendirilmemiştir”. (Altıparmak, 2010: 32) Hâlihazırda TBMM’de görüşülmekte olan “Türkiye İnsan Hakları Kurumu Kanunu Tasarısı”nın asli veya tali komisyonu olarak bile görevlendirilmemiş olması bu görüşü desteklemektedir. Konu, Avrupa Komisyonu’nun hazırladığı Türkiye 2006 İlerleme Raporunda da “...Komisyona, yasama rolü olmamasından dolayı, insan haklarını etkileyen yasa tasarıları hakkında danışılmamaktadır” şeklinde yer almıştır.

25/2/2009 tarihli ve 5840 sayılı Kanunla kurulan Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu da bu hususta değinilmesi gereken mercilerden biridir. 5840 sayılı Kanunun 3. maddesinde “Kendisine esas veya tali olarak havale edilen işleri görüşmek, Başkanlığın talebi üzerine ya da istenildiğinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına sunulan kanun tasarı ve teklifleri ile kanun hükmünde kararnamelerin kadın erkek eşitliği konusunda T.C. Anayasası’na, uluslararası gelişmelere ve yükümlülöklere uygunluğunu inceleyerek ihtisas komisyonlarına görüş sunmak” ve “Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu uluslararası anlaşmaların kadın erkek eşitliği ve kadın hakları konusundaki hükümleri ile T.C. Anayasası ve

diğer ulusal mevzuat arasında uyum sağlamak için yapılması gereken değişiklikleri ve düzenlemeleri belirlemek” Komisyonun görevleri arasında sayılmıştır. Komisyonun gündeminde yer alan kanun tasarı ve tekliflerinden bazıları şunlardır: “Devlet Memurları Kanunu ve İş Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı”yla, işçi ve memur çalışanlar arasında var olan doğum izinlerine ilişkin ayırım kaldırılarak uluslararası antlaşmalarla kabul edilmiş olan fırsat eşitliği ve muamele eşitliğinin hayata geçirilmesi öngörülmektedir. “5215 Sayılı Belediye Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi”, büyükşehir belediyeleri ile nüfusu 50.000'i geçen belediyelerin kadınlar için koruma evleri açmakla yükümlü hale getirilmesini öngörmektedir. “2820 Sayılı Siyasi Partiler Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi”yle, kadınların siyasete eşit katılımlarının sağlanması amacıyla siyasi partilerin teşkilatlarında kadınların en az yüzde elli oranında temsil edilmesi ve katılması öngörülmektedir. Bu açıdan değerlendirildiğinde Komisyonun İnsan Hakları İnceleme Komisyonu’ndan daha etkin bir role sahip olduğu söylenebilir.

2.2.2.Yürütme

Türkiye’de yasama sürecinin sadece TBMM ile sınırlı olmadığını hatırlamak gerekir. Kanun tasarının sahibi kurum dışında, sürekli olarak bu metinlerin denetimini yapan kurumlarda bulunmaktadır. Bunların başında Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü ve Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü yer almaktadır. 3056 sayılı Kanunun 8. maddesinde Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü’nün görevleri sayılmıştır. Bunların arasında “Bakanlıklarca hazırlanan kanun, KHK, tüzük, yönetmelik ve Bakanlar Kurulu

kararlarına ait tasarıları; Anayasa'ya, kanunlara, genel hukuk kurallarına, kalkınma plan ve programları ile Hükümet Programına uygunluğu açısından incelemek; Bakanlar Kurulunca uygun görülen kanun tasarılarının TBMM'ye sunulmasına ait işleri yürütmek, bunları kanunlaşmaya kadar takip etmek” de bulunmaktadır. 2992 sayılı Kanunun Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğünün görevlerini düzenleyen 13. maddesinde de “Bakanlıklarca hazırlanan kanun ve kanun hükmünde kararname tasarılarının Başbakanlığa gönderilmeden önce, Türk hukuk sistemine ve kanun tekniğine uygunluğunu incelemek ve bu konularda görüş bildirmek” ifadesine yer verilmiştir. Adı geçen kurumların, Anayasa'ya eklenen hüküm çerçevesinde, tasarıları incelerken temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaları değerlendirme kriterlerden biri haline getirmesi gerektiği düşünülebilir. Başbakanlık'ta bu husus kanun tasarıları hakkında Başbakanlık İnsan Hakları Başkanlığı'nın görüşü alınmak suretiyle çözüme kavuşturulmuştur.

Başbakanlık bünyesinde kurulmuş bulunan İnsan Hakları Başkanlığı'nın görevleri arasında “İnsan hakları konusundaki mevzuat hükümlerinin uygulanmasını izlemek, izleme sonuçlarını değerlendirmek, uygulamada ve mevzuatta görülen aksaklıkların giderilmesi ve Türkiye'nin ulusal mevzuatının insan hakları alanında taraf olduğu uluslararası belgelerle uyumlu hale getirilmesi doğrultusunda yapılacak çalışmaları koordine etmek ve bu konularla ilgili önerilerde bulunmak” da yer almaktadır. İnsan Hakları Başkanlığı bugüne kadar hazırladığı en önemli tasarı “Türkiye İnsan Hakları Kurumu Kanunu Tasarısı”dır. Tasarı, 28/1/2010 tarihinde TBMM Başkanlığına sunulmuş olup komisyonlarda görüşülmeye devam etmektedir.

3056 sayılı Kanunda insan haklarıyla ilgili olarak iki kurum daha kurulmuştur. Bunlar İnsan Hakları Üst Kurulu ve İnsan Hakları Danışma Kurulu'dur.

Kanunun ek 4. maddesinde düzenlenen İnsan Hakları Üst Kurulu, insan haklarının korunması ve geliştirilmesine yönelik idari ve kanuni düzenlenmelere ilişkin çalışmalar yapmak ve Başbakanlık ve bakanlıklar ile diğer kamu kurum ve kuruluşları için insan hakları konusunda tavsiye kararları vermek üzere; Başbakanın görevlendireceği bir Devlet bakanının başkanlığında, Başbakanlık, Adalet Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı, Dışişleri Bakanlığı, Milli Eğitim Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı ve Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı müsteşarlarının katılımıyla oluşturulmuştur. Ek 5. maddede düzenlenen İnsan Hakları Danışma Kurulu ise, insan haklarına ilişkin olarak ilgili Devlet kuruluşları ile sivil toplum kuruluşları arasında iletişim sağlamak ve insan haklarını kapsayan ulusal ve uluslararası konularda danışma organı olarak görev yapmak üzere kurulmuştur.

İnsan Hakları Üst Kurulu'nun mevzuat hususunda önemli bir katkısı bulunmamaktadır.

İnsan Hakları Danışma Kurulu ise, 26 Şubat 2003 ve 1 Ekim 2004 tarihleri arasında dokuz defa toplanabilmiştir. İnsan Hakları Danışma Kurulu'na bağlı "Azınlık Hakları ve Kültürel Haklar Komisyonu" tarafından "Azınlık Hakları Raporu" hazırlanmıştır. Raporun kabulünde ve sonrasında yaşanan olaylar nedeniyle Kurulun çalışmaları Hükümet tarafından fiili olarak sonlandırılmıştır.

1/7/2005 tarihli ve 5378 sayılı Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunun 4. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde, kurum ve kuruluşlarca özürlülere yönelik mevzuat düzenlemelerinde Özürlüler İdaresi Başkanlığı'nın görüşünün alınmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir. 4. maddenin madde gerekçesinde özürlülere verilecek hizmetlerin, ulusal ve uluslararası politikalara ve normlara uygun olarak yürütülmesi

gerektiği belirtilmiş ve maddede Kanunda belirtilen hizmetlerin yerine getirilmesinde uyulacak esaslar dzenlenmiştir. Özürlüler İdaresi Başkanlığı ayrımcılıkla mücadele, fırsat eşitliğinin sağlanması ve insan hakları ilkelerini dikkate alarak 5378 sayılı zrller ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarı Taslağı’nı hazırlamıştır. Tasarıda; ulaşılabilirlik, istihdam, eğitim, bakım ve sosyal güvenliğe ilişkin sorunların zm, zrl bireylerin her bakımdan gelişmeleri ve toplumsal hayata katılmaları ele alınmış ve söz konusu hizmetlerin yürütülmesi için gerekli dzenlemelerin erevesi belirlenmiştir. Başkanlık, bunun dışında herhangi bir tasarının hazırlanmasında yer almamış ya da tasarı için görüş vermemiştir.

10/11/2004 tarihli ve 5251 sayılı Kanunla kurulan Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü kadının insan haklarının korunması ve geliştirilmesine yönelik çalışmalar yapmak, kadınların sosyal, ekonomik, kültürel ve siyasal yaşamdaki konumlarını güçlendirmek, hak ve fırsat imkanlarından eşit biçimde yararlanmalarını sağlamak amacıyla kurulmuştur. Genel Müdürlük, 5251 sayılı Kanunun 3. maddesinin (ı) bendinde 5/5/1969 tarihli ve 1173 sayılı Kanun çerçevesinde, görev alanı ile ilgili kuruluş ve organizasyonlara ye olmak, gerçekleştirilecek her türlü çalışma ve etkinliğe katılmak, uluslararası sözleşmeler ile kararların getirdiği ykmllkler doğrultusunda faaliyette bulunmak ve bu konuda gerekli raporları hazırlamak, kanun dzenlemelerin yapılmasını sağlamaya yönelik çalışmalar yapmakla görevlidir. Genel Müdürlüğün görüşüne başvurulan kanun tasarıları arasında, Anayasa’da belirtilen insan hakları ilkelerine aykırılık teşkil eden ve bu nedenle olumsuz görüş verilen taslak bulunmamaktadır. Genel Müdürlüğün hazırladığı “Ailenin

Korunmasına Dair Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı” kanunlaşmıştır.

Bu konuda değinilmesi gereken diğer bir kurum da Avrupa Birliği Genel Sekreterliği’dir. Mevzuat Hazırlama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 6. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendi uyarınca AB müktesebatına uyum çerçevesinde hazırlanan kanun tasarıları hakkında ABGS görüşüne başvurulması gerekir. ABGS, görüş istenen kanun tasarılarını AB mevzuatına uyum çerçevesinde değerlendirir. ABGS, insan haklarına ilişkin kanun tasarıları hakkındaki görüşlerini AB müktesebatı, AİHS ve AİHM içtihatları çerçevesinde oluşturmaktadır. Bu bağlamda, Sekreterlik çok sayıda kanun tasarısı hakkında ilgili kurumlara görüş bildirmiştir. (Eroğlu, yayımlanmamış makale: 20-21)

Bu süreçte görev alabilecek önemli organlardan biri de Danıştay’dır. Çünkü 2527 sayılı Danıştay Kanunu’nun 42. maddesine göre Danıştay Birinci Dairesi “Başbakanlık veya Bakanlar Kurulunca gönderilen kanun tasarısı ve tekliflerini inceler ve gereğine göre karara bağlar veya düşüncesini bildirir.”

Kanun tasarılarının yanında diğer düzenleyici işlemlerin yani tüzük ve yönetmeliklerin de üzerinde durulması gerekir. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü’nün görevleri arasında bakanlıklarca hazırlanan kanun ve kanun hükmünde kararname tasarılarının yanında tüzük ve yönetmelik tasarılarının da Anayasa’ya, kanunlara, genel hukuk kurallarına, kalkınma plan ve programları ile Hükümet Programına uygunluğu açısından incelemek yer almaktadır. Danıştay Birinci Dairesi’nin görevleri arasında Başbakanlık’tan gönderilen tüzük tasarılarını incelemek de bulunmaktadır. Bu görevini yerine getirirken insan haklarına dair

antlaşmaları da dikkate alınması gereken unsurlardan biri olarak kabul ederse, kanun, tüzük ve yönetmeliklerin antlaşmalara uygunluğu temin edilmiş olur.

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalar ile kanunların hükümlerinin uyumsuzluğu halinde, yürütme organlarının genel olarak iç hukuk kurallarını uyguladığını görmekteyiz.

Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi dersleri ilk ve ortaöğretimde zorunlu olmaya devam etmektedir. AİHM'nin, bu derslerin sadece dinler hakkında genel bilgi vermeyip, İslam dininin yönlendirici ilkeleri konusunda eğitim verdiğini tespit ettiği ve Türkiye'den eğitim sistemini ve iç mevzuatını AİHS'ye ekli 1 No'lu Protokol'ün 2. maddesiyle uyumlu hale getirmesini talep ettiği Zengin/Türkiye kararı hâlâ uygulanmamıştır.

AİHM, Sinan Işık/Türkiye (Başv. No:21924/05) davasında, nüfus cüzdanlarında din hanesinin bulunmasının AİHS'nin ihlali anlamına geldiğine karar vermesine rağmen nüfus cüzdanı gibi şahsi belgelerde dine ilişkin bilgiler yer almaya devam etmektedir.

AİHM, Ürper ve diğerleri/Türkiye davasında, Türkiye'nin Terörle Mücadele Kanunu'nun 6. maddesinin beşinci fıkrasının revize etmesi gerektiğine hükmetmesine rağmen bu yöndeki uygulamalar devam etmiş ve Ürper kararının verildiği 20 Ekim 2009 tarihinden yılsonuna kadar 9 gazete ve derginin daha yayını durdurulmuştur. Bunlar; Özgür Görüş (17 Ekim 2009); Haftalık Bağımsızlık, Demokrasi, Sosyalizm için Yürüyüş Dergisi (26 Ekim 2009); Sosyalizm Ü Azadi (27 Ekim 2009); Azadiya Welat (30 Ekim 2009); Yeniden Sosyalist Demokrasi Gazetesi (25 Kasım 2009); Emperyalizme ve Oligarşiye Karşı Yürüyüş (22 Kasım 2009);

Kurtuluşun Yolunda DevGenç Dergisi (26 Kasım 2009); Aydınlık Dergisi (10 Aralık 2009); Atılım Gazetesi (11 Aralık 2009)'dir. (Altıparmak, 2010)

Ünal Tekeli/Türkiye kararında AIHM kızlık soyadının kullanılmasına ilişkin kararına ve Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi'nin bu yöndeki tavsiye kararına rağmen, kadının erkeğin soyadını almasına ya da kızlık soyadının erkeğinkiyle birlikte kullanılmasına ilişkin uygulama değişmemiştir. Bununla birlikte, eşin muvafakat vermesi halinde sadece kızlık soyadının kullanılabilmesi mümkün hale gelmiştir.

Bu örneklerden de anlaşılacağı üzere yürütme organları iç hukuku uygulamaya devam etmekte ve bu konudaki mahkumiyet kararlarına rağmen Anayasa'nın uyumsuzluk halinde temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaları esas alma emrine uymamaktadırlar.

2.2.2. Yargı

2.2.2.1. İdari Yargı

Danıştay 5. Dairesi, bir kararında, şikâyet üzerine hâkim hakkında soruşturma izni verilmemesine ilişkin Adalet Bakanlığı'nca kurulan işlemin idarî davaya konu edilebileceğine karar vermiştir. (Dan.5 D:E: 2005/4897 K: 2006/666, Kt. 21/2/2006) Daire bu kararında, Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama hürriyeti ile 125. maddede düzenlenen idarenin her türlü eylem ve işlemlerinin yargı yolunun açık olması ilkesini uluslararası sözleşmelerde güvence altına alınan "hak arama özgürlüğü", "adil yargılanma hakkı" ve "mahkemeye başvuru hakkı" ilkeleri ile ilişkilendirmiştir. Daire, bu çerçevede soruşturma izni verilmemesi işleminin

hukuksal sonuç doğuran bir işlem olduğunu ve bu nedenle bu işleme karşı yargı yolunun açık olduğunu belirtmiştir.

Daire, adil yargılanma hakkı ve hak arama özgürlüğünün “uluslararası hukuk kuralları ile ülkemizin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde güvence altına alınan” haklardan olduğunu söylemek suretiyle vermiş olduğu hükmünü, uluslararası antlaşmalara genel bir atıf yaparak kuvvetlendirmiştir.

Danıştay’ın zorunlu din dersi konusuna ilişkin bahsi geçen kararını, Zengin/Türkiye davası sonucunda AİHM’nin verdiği karar doğrultusunda değiştirilmesi de bu konuda Danıştay’ın uluslararası antlaşmalara yaklaşımını göstermektedir.

Bölge idare mahkemelerinin de aynı nitelikte kararlar verdiğini görmekteyiz. Örneğin; İstanbul’da yaşayan ve dini inançlarının olmadığını gerekçe gösteren bir ailenin, ilköğretim 4. sınıf öğrencisi çocuklarının girdiği zorunlu Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi dersinden muaf tutulması istemiyle Eyüp Kaymakamlığı aleyhine açtığı davada, İstanbul 8. İdare Mahkemesi öğrenci ve ailesi lehine yürütmeyi durdurma kararı vermiştir. Karar gerekçesinde, gerek Anayasa’nın 24. maddesi, gerekse AİHS’nin 9. maddesinde yer alan hükümle, herkesin dini inancının özgürlüğünün korunduğuna işaret eden mahkeme heyeti, Eğitim Öğretim Yüksek Kurulu Başkanlığı’nın Hristiyanlık ve Musevilik dinine mensup olanların yanı sıra, herhangi bir dine mensup olmayan kişilerin çocuklarının da bu muafiyet kapsamında değerlendireceğine yönelik kararını hatırlatmıştır. (Çocuğumuz Din Dersine Girmesin (t.y.), [http://haber.ekolay.net/Haber/2705/711518 /cocugumuz+din+dersine + girmesin.aspx](http://haber.ekolay.net/Haber/2705/711518/cocugumuz+din+dersine+girmesin.aspx))

2.2.2.2 Adli Yargı

Anayasa'nın 90. maddesine eklenen son cümle, hukuk mahkemelerinin uluslararası antlaşmaları uygulamalarını kolaylaştırmıştır. Yargıtay, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaları, özellikle de AİHS ve AİHM kararlarını, genelde iç hukuk hükümlerinin açıklanmasında destek ölçü norm olarak kullanmıştır.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, bir kararında (Yargıtay 9.H D, E. 2004/28345, K. 2004/24792, Kt 3/11/2004) yerel mahkemenin sendika tüzüğünde Türkçe dışında dil kullanılmasını AİHS'ye uygun bulması ve sendikayı kapatmaması kararını incelenmiş, iç hukuk hükümlerin AİHS'nin 10 ve 11. maddelerindeki hakların kısıtlaması sebeplerine uygun olduğunu kabul etmiştir. Bu şekilde Daire, iç hukuk hükümlerinin AİHS'ye uygunluğunu denetleyerek bir çatışma olup olmadığını araştırmış ve iç hukuk hükümlerinin Sözleşme'ye uygun olduklarına karar vermiştir.

Altıparmak'a göre, bu kararda her ne kadar AİHS'ye atıf yapılsa da Sözleşme'nin yorumunda AİHM içtihatlarının dikkate alınmadığı görülmektedir. Öncelikle 4688 sayılı Kanun, kanunun bir vatandaşın davranışlarını kendisine göre ayarlamasına imkan verecek yeterlilikte açıklıkla formüle edilmesini gerektiren Avrupa İnsan Hakları içtihadına aykırıdır. (Sunday Times/Birleşik Krallık, 274/1979, Series A 30, para. 49) Bunun yanında, Yargıtay Anayasa Mahkemesi'nin AİHS yorumunu esas almıştır. Özgürlük, ancak Anayasa'nın bütünüyle uyumluysa korunur. Anayasa'yla çelişen bir görüşü savunmak ise bu özgürlükten faydalanamaz. Bu yaklaşım da AİHS'ye kesinlikle aykırıdır. (Altıparmak, 2005: 34)

Son yıllarda Yargıtay'ın temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaları doğrudan uyguladığı, referans norm olarak kullandığını görüyoruz.

Örneğin; Yargıtay 7. Ceza Dairesi, bir kararında (Yargıtay 7.CD., E. 2003/10073, K. 2004/11328, Kt 27/9/2004) 2313 sayılı Kanun'da çocuk sayılabilmek için 15 yaşın altında olunması kuralını dikkate almamış ve BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'ni Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası gereğince olaya doğrudan uygulamıştır. Ayrıca kararda 15-18 yaş aralığındaki çocuklar hakkında da 2313 sayılı Kanunun uygulanması gerektiğini hükme bağlanmıştır.

Yargıtay 8. Dairesi de bir kararında; mülga 765 sayılı TCK'nın 201/a maddesinin son fıkrasında ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmiş bulunan "örgüt" kavramını yeniden yorumlamıştır. Daire, kararında Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı BM Sözleşmesi'nin 1. maddesinde tanımlanan örgütlü suç kavramının, aynı sözleşmeye ek, Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol'ün 1. maddesiyle birlikte yorumlanmasında örgütten kastedilenin maddi çıkar elde etmek amacıyla var olan üç veya daha fazla kişiden oluşan hiyerarşik biçimde yapılanmış sürekli ve disiplinli bir işbirliği öngörmesi ve amaca yönelik suçları işlemek için oluşturulmuş bir grubun anlaşılmasının gerektiğine hükmetmiştir. (Yargıtay 8.CD., E. 2005/341, K. 2005/2011, Kt 5/4/2005)

Yerel mahkemeler de temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaları bazı davalarda destek ölçü norm olarak uygulamaya devam etmişlerdir. Van 4. Ağır C.M., E. 2007/46, K. 2007/47, Kt. 28/2/2007; Mersin 4. A.C.M., E. 2007/66, K. 2007/184, Kt. 23/2/2007; Batman 2. A.C.M., E. 2005/34, K. 2006/477, Kt. 24/11/2006; Trabzon 1. S.C.M., E.K. 2006/369 (Değişik İş), Kt. 25/9/2006; Ceyhan 1. A.H.M., E. 2004/524, K. 2006/234, Kt. 2/11/2006; İstanbul C.B.S., S. 2006/2639, K. 2006/1898, Kt. 28/2/2006 bunlar arasındadır.(Çolaker, 2009: 92) Bazı davalarda da doğrudan uygulama yolunu seçmişlerdir. Voyvoda, 2006 yılında

A.H.M’ye, sadece kızlık soyadını kullanmak istemiyle dava açmış, ancak A.H.M., ‘görevsizlik’ kararı vermiştir. Voyvoda’nın Ankara 3. Aile Mahkemesi’ne başvurusu üzerine Mahkeme, davacının kızlık soyadını kullanabileceğine hükmetmiş ve davayla ilgili gerekçeli kararında, şu görüşlere yer verilmiştir: “Her ne kadar iç hukukta talebi karşılayan yasal bir düzenleme mevcut değil ise de talebin Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 90’ıncı Maddesi gereği Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası anlaşmalar çerçevesinde de değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.” (Ankara 3. A. M. E:2007/1204, K:2007/1323)

Yerel mahkemelerin temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaların uygulanması konusunda farklı kararlar alabildiğini görüyoruz. Bu konuda en ilginç örnek ana dilde savunma yapma konusudur. Diyarbakır 6. Ağır C.M.’de görülen KCK davasında sanıkların Türkçe bildikleri gerekçesiyle Kürtçe savunma yapmalarına izin verilmemiştir. Mahkeme, TCK 202. maddesindeki hükmünün ve AİHS’nin 6. maddesinin üçüncü fıkrasının (e) bendi ile AİHM kararlarının sanığın duruşmada kullanılan dili anlamaması koşuluna bağlı olarak tercüman atanacağını belirtmesini gerekçe göstermiştir. Buna karşın, Diyarbakır 4. Ağır C.M. Şemdin Sakık’a yönelik suikast girişiminde bulunan PKK itirafçısı Fedli Temizyüz’ün 55 sayfalık Kürtçe savunmasını, Siirt A.C.M. de aralarında Siirt Belediye Başkanı Selim Sadak’ın da bulunduğu 17 kişinin Kürtçe savunma talebini kabul etmiştir. (Kürtçe’ye vize (26/11/2010), <http://www.stargazete.com/politika/kurtce-ye-vize-haber-311545.htm>) “İç hukukta adil yargılanma hakkıyla ilgili Anayasa’nın 36-40. maddeleri takibat ve dava sürecinde azınlık dilinin kullanımı konusunda özel bir hüküm içermemektedir. Diğer yandan Lozan Antlaşması’nın 39/5. maddesi ‘...Türkçe’den başka bir dil konuşan Türk uyruklarına ... mahkemelerde kendi

dillerini sözlü olarak kullanabilmeleri bakımından uygun düşen kolaylıkların sağlanabileceğini' belirtmektedir". (Ergin, 2010: 27) Bu iki mahkemenin Türkçe dışındaki bir dilde savunma yapmayı Lozan Antlaşması'nın 39. maddesinin beşinci fıkrası çerçevesinde kabul etmesi mümkün görünmektedir.

Öte yandan, aile içi şiddete ilişkin olarak, AİHM'nin Opuz/Türkiye (Başv. No: 33401/02) davasında verdiği karar henüz uygulanmamıştır. Aile mahkemelerinin, aile içi şiddet ve töre cinayetlerine ilişkin davalarda aldığı sert yaptırımların tutarlı biçimde tatbik edilmesi gerekmektedir. Yargıtay, töre cinayetine ilişkin bir davada "haksız tahrik" nedeniyle cezayı indirmiştir. (Türkiye 2010 İlerleme Raporu, 2010: 26)

2.2.2.3. Askeri Yargı

Askeri Yargıda insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalar doğrudan uygulanmamış ve destek norm ölçü olarak kullanılmaya devam etmiştir.

AYİM 2. Dairesi, Astsubay Okulu'ndan atılan bir öğrencinin atılma işleminin iptali için açtığı davanın yargılamasına ilişkin 21/6/2006 tarihli, 2005/648 Esas, 2006/650 Karar sayılı kararında, atılma gerekçesini Anayasa'nın 13 ve 15. maddelerine göre değerlendirmiş ve atılma gerekçelerinin Anayasa'ya uygun olmadığına hükmetmiştir. Daire, kararında AİHM kararlarına ve AİHS hükümlerine genel bir atıf yapmış ve Sözleşme'yi destek ölçü norm olarak kullanmıştır. Dairenin gerekçesinin özünü, "ölçülülük" ilkesi oluşturmaktadır.

Askerî Yargıtay 3. Dairesi, emre itaatsizlikte ısrar suçundan ceza alan sanığın yargılanması sırasında AİHS hükümlerine aykırılık yapıldığı yönündeki temyiz talebini değerlendirmiş ve 25/10/2005 tarihli, 2005/1178 Esas, 2005/1174 Karar

sayılı kararında, AİHS'nin 4. maddesinin 3. fıkrasının (b) bendi ile Anayasa'nın 10, 12, 13, 24 ve 72. maddeleri arasında çatışma olup olmadığını irdelemiştir. Anılan kararda, söz konusu Anayasa maddelerinin AİHS hükümlerine uygun olduklarına hükmedilmiştir.

Askerî Yargıtay Daireler Kurulu, 1/6/2006 tarihli, 2006/121 Esas, 2006/126 Karar sayılı kararında, kasten kendisini yaralayan sanığın tedavisi için yapılan giderlerin ceza yargılamasına konu edilemeyeceğine hükmetmiştir. Daireler Kurulu kararda, Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasını, AİHS'nin 2. maddesinin birinci fıkrasıyla birlikte değerlendirerek AİHS'yi destek ölçü norm olarak kullanmıştır. (Çolaker, 2009: 106)

Görüldüğü gibi, Anayasa'nın ilgili hükmünü uygulayan mahkemeler olduğu gibi bunu dikkate almayan, sadece atıf yapmakla yetinen ya da Eğitim-Sen kararında olduğu gibi denetim organlarının yorumları ve kararlarını dikkate almadan antlaşmaları uygulayan mahkemeler de bulunmaktadır.

Gerek yürütme ve gerekse yargı organlarında temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaların hükümlerini uygulamamalarının birçok nedeni olabilir. Örneğin; temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaların tanımı konusunda bir sınır konmaması ve bu kavram içine insan haklarına ilişkin bir ya da birkaç hükmü barındıran antlaşmaların da dahil olması kanun ve antlaşma arasındaki çelişkilerin tespitini zorlaştırır. İdarecilerin ve mahkemelerin yoğun iş yükü, antlaşmaların yeterince anlaşılamaması, antlaşmaların denetim organlarının kararlarının yakın takibinin yapılamaması, insan hakları hukukunun özümselememesi ya da buna benzer başka nedenler farklı uygulamaların ortaya çıkmasına neden olur. Bu da kanun önünde eşitlik ve hukukun üstünlüğü duygusunu zedeler. Bunun yanı sıra

Anayasa'nın bir amacı da "uygulamada sürekliliği" sağlamaktır. (AMK E. 1985/33, K.1986/22, Kt.11/9/1986) Bu nedenle sorunun çözümünde TBMM ve Anayasa Mahkemesi çok önemli rol oynayacaktır.

2.2.4. Anayasa Mahkemesi

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalara aykırı kanunlar, yürürlükte kaldıkları sürece farklı uygulamaların nedeni olma riski devam eder. Yeni hüküm söz konusu kanunları uygulanamaz hale getirmekle birlikte yürürlükten kaldırmaz. "Kanunlar, yürürlükleri belli bir süreye bağlı olmadıkça veya yasama organınca açık ya da örtülü biçimde icra edilmedikçe yürürlükte kalırlar. Bir kanun kaldırılmadıkça veya Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmedikçe hükmünü icra etmiş ve tükenmiş olsa bile yürürlükte dir". (AYM E:1987/14, K.1988/1, Kt 5/1/1988)

TBMM dışında kanunların yürürlükten kaldırılması yetkisini haiz diğer makam Anayasa Mahkemesi'dir. 2004 öncesi dönemde, Anayasa Mahkemesi uluslararası antlaşmalardan bazı hususlarda yararlanmakla birlikte, herhangi bir kanunu bir antlaşmaya aykırılık iddiasıyla incelememiş ve iptal etmemiştir. Anayasa Mahkemesi'nin bu dönemde aldığı kararlardan birinde "uluslararası antlaşmaların Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca yasa hükmünde sayılması, KHK'nin ya da yasanın sözleşmeye uygunluk denetiminin ise, anayasal denetim kapsamına girmemesi nedeniyle inceleme konusu dışında tutulmuştur" ifadeleriyle bu husus ortaya konmuştur. (AYM E:1988/5, K.1988/55, Kt 22/12/1988)

Anayasa'da 5170 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonucunda temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaların kanunlarla uyumsuzluk halinde esas alınması hususu, antlaşmalara uygunluk denetimine ilişkin daha önceki değerlendirmeleri

hükümsüz kılacak niteliktedir. Gerçekten de, bu husus kanunların Anayasa'ya uygunluğu denetlenirken temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalara uygunluğunun denetlenmesini de zorunlu kılabilir. Anayasa'da bu konuda açık bir hükmün bulunmaması nedeniyle ortaya çıkabilecek sakıncalı durumların önlenebilmesi açısından bir Anayasa değişikliğinin gerektiği tartışma konularının başında gelmiştir.

Bu konuda ileri sürülen görüşlerden birisi Anayasa Mahkemesi'nin, Türk hukuk sisteminde kanunlar açısından öndenetim kurumu haline getirilmesidir. “Bu öneriye göre, yasaların yürürlüğe girmeden önce Anayasa Mahkemesi'nin önüne getirilebilmesi, Mahkeme'nin yasaları Anayasa'ya ve milletlerarası andlaşmalara uygunluk açısından denetlemesi, Anayasa'ya ve/ya milletlerarası andlaşmalara aykırı yasaların yürürlüğe girmesinin engellenmesi mümkün olabilecektir.” (Gönenç ve Kontacı, 2005: 127)

Diğer bir yaklaşım ise uluslararası antlaşmaların onaylanması uygun bulunmadan önce antlaşmanın Anayasa'ya uygunluğunun tespit edilmesi için Anayasa Mahkemesi'nin yetkili kılınmasıdır. Nitekim bu hususa Türkiye Barolar Birliği'nin 2007 Anayasa Taslağı'nın 103. maddesinde yer verilmiştir:

“Uluslararası antlaşma niteliğindeki metinler, onaylanmadan önce Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulur. Genel Kurulun bilgisine sunulduğundan başlayarak otuz gün içinde Cumhurbaşkanı, metnin Anayasa ile bağdaşmazlığını ileri sürerek Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Bir siyasal parti grubu veya en az yirmi milletvekili de aynı gerekçeyle Anayasa Mahkemesine başvurabileceği gibi konu hakkında görüşme açılmasını isteyebilir. Hakkında Anayasa Mahkemesine

başvurulmayan veya görüşme açılması isteminde bulunulmayan metinlerin onaylanması uygun bulunmuş sayılır.

Anayasa Mahkemesince, Anayasayla bağdaşmaz bulunan uluslararası antlaşma niteliğindeki metinler onaylanamaz. Anayasa Mahkemesince Anayasayla bağdaşmaz bulunmayan veya hakkında görüşme açılmış olan metinlerin onaylanması, onaylanmanın bir kanunla uygun bulunmasına bağlıdır.

...Türkiyenin taraf olduğu, münhasıran insan haklarının korunması amacıyla bağitlanan antlaşmalar ile kanunların çatışması halinde ilgili antlaşma hükümleri uygulanır.” (Türkiye Cumhuriyeti Anayasa.., 2007: 192-194)

Başlar’a göre, yapılacak düzenlemelerde dikkate alınması gereken noktalardan biri, sadece uluslararası anlaşmaların değil, Polonya ve Beyaz Rusya’da olduğu gibi uluslararası yükümlülük doğuran diğer belgelerin de (uluslararası örgütlerin kararları gibi) Anayasa’ya aykırılığının denetlenmesi gerekliliğidir. Ayrıca, uluslararası anlaşma hükümlerinin çoğunlukla somut olmaması nedeniyle, öndenetim aşamasında dikkate alınamayan ihtimallerin sonradan ortaya çıkabilmesi gerçeği karşısında, öndenetimin yanında anlaşmaların yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 60 veya 90 gün içerisinde *a posteriori* denetiminin de normatif olarak sağlanması gerekir. (Başlar, 2005: 98-99)

Bu çerçevede, yeni düzenlemede yer alan “esas alma” hükmünün, kanunların temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalara aykırılığının Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesine imkan verip vermediği ve Anayasa’ya uygunluk denetimini etkileyip etkilemediği hususunu irdelemek yerinde olacaktır.

2.2.3.1.“Esas alma hükmü Anayasa’ya uygunluk denetimini etkilemez”

görüü

Bu görüşe göre, bir kanunun uluslararası bir antlaşmayla çatışması nedeniyle iptal davası konusu olarak Anayasa Mahkemesi’nin önüne gelebilmesi için antlaşmaların anayasallık blokunun bir parçası olduğunun kabul edilmesi gerekir. Ancak, değişiklikle uluslararası antlaşmalar anayasallık blokunun bir parçası haline getirilmemiş ve Anayasa Mahkemesi’ne bir kanunu bir uluslararası antlaşmaya aykırılık gerekçesiyle iptal etme yetkisi tanınmamıştır.

Anayasa Mahkemesi’nin çözüm mercii olamayacağını düşünen Başlar’a göre, Anayasa Mahkemesi anayasallık bloku içindeki normların Anayasa’ya uygunluğunu denetlemekle görevlidir. Bunun için de, Anayasa Mahkemesi’nin kanunları uluslararası antlaşmaya aykırı hükümleri nedeniyle Anayasa’ya da aykırı bulması söz konusu olamaz. Bu durumda Anayasa Mahkemesi olaya uygulanacak kural olmaması nedeniyle aykırılık iddiasıyla yapılan başvuruları ilk inceleme aşamasında reddetmelidir. Anayasa’nın açıkça antlaşmalara aykırılık tespiti görevini Anayasa Mahkemesi’ne vermemesi ve Anayasa’nın 6. maddesinin hiçbir organın kaynağını Anayasa’dan almayan bir Devlet yetkisini kullanamayacağını hükme bağlaması, “esas alma” ibaresine dayanarak bir kanunun iptal edilmesine engel teşkil eder. (Başlar, 2004: 318)

Anayasa Mahkemesi’nin önüne temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaların kanunlarla çelişme halinin getirilmesinin zaten mümkün olmadığı da ileri sürülmektedir. İtiraz yoluyla gelen iptal davalarında Anayasa Mahkemesi öncelikle iptali istenen kuralın “o davada uygulanacak niteliğinde olması” zorunlu kuralının varlığını gözetir. Aynı konuda farklı hükümler içeren kanun ve

antlaşmaların varlığı durumunda, antlaşmanın esas alınması kanunun “davada uygulanacak kural niteliği”ni ortadan kaldıracığından iptal davasına konu teşkil etmeyecektir.

“Anayasa Mahkemesi kararlarına göre, ‘davada uygulanacak yasa kuralı’ndan maksat, bir davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz etki yapacak nitelikte bulunan ya da tarafların istek ve savunmaları çerçevesinde bir karar vermek için göz önünde tutulması gereken kurallardır”. (Karagülmez, 2004:175) Antlaşma ve kanun hükümlerinin çelişmesi halinde, antlaşma hükmü esas alınması gerekirken kanun hükmü olumsuz olmasına rağmen esas alınıyorsa, o kanun hükmünün itiraz başvurusu incelemesi esastan yapılabilecektir.

Antlaşma ve kanun hükümlerinin çelişmediği hallerde kanunun ihmal edilmesi veya iptal davası konusu olması mümkün değildir. Ancak, antlaşma hükümleriyle uyumlu kanun Anayasa ile çelişiyorsa kanunun yürürlükte kalması mümkün değildir. Uluslararası antlaşmalar, Anayasa’ya uygunluk denetiminin ana normunu halen oluşturmamaktadır ve Anayasa’nın 90. maddesi çerçevesinde de “kanun hükmündedir”. Anayasa’nın 11. maddesinin “Kanunlar Anayasa’ya aykırı olamaz” hükmü gereğince, Anayasa’yla çelişen kanun yürürlükten kaldırılır.

Karagülmez’e göre, antlaşmayla çelişen kanun hükmünün Anayasa Mahkemesi’ne götürülmesi halinde Anayasa’ya aykırılık incelenir. Ancak, kanun hükmünün Anayasa’yla çelişmediğine hükmedilirse, sadece antlaşmayla çelişiyor diye kanun hükmünün iptal edilmesi oldukça güçtür. (Karagülmez, 2004:177)

Anayasa Mahkemesi’nin 2004 değişikliği sonrası verdiği kararlarda uluslararası antlaşmaları sadece destek norm olarak görmeye devam etmesi, “esas

alma” hükmünün denetim hususunda da bir değişiklik getirmediği izlenimi vermektedir. Örneğin; Anayasa Mahkemesi, Pasaport Kanunu’nun 22. maddesinde yer alan “... vergiden borçlu olduğu pasaport vermeye yetkili makamlara bildirilenlere ...” cümlesinin iptali için açılan davada, Anayasa’nın 2, 13 ve 23. maddeleri kapsamında yaptığı incelemede, bu maddeleri, AİHS’nin seyahat ve yurt dışına çıkış özgürlüğüne ilişkin maddeleri ve AİHM’nin konuyla ilgili “müdahalenin yasal sınırlarını” tespit eden bir kararı uyarınca değerlendirmiş ve kanun ile öngörülen müdahalenin hakkın sınırlanması için gerekenden fazla olduğuna karar verilerek, ilgili kanun hükmü iptal edilmiştir. (AMK, E: 2007/4, K. 2007/81, Kt 18/5/2007)

Anayasa Mahkemesi’nin, Anayasa’nın 90. maddesindeki son hükmün yürürlüğe girmesinden bu yana bir kanunu temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalara aykırı bularak iptal ettiği herhangi bir kararının bulunmaması da “esas alma” hükmünün Anayasa denetimini etkilemediği izlenimini vermektedir.

2.2.3.2. “Esas alma hükmü Anayasa’ya uygunluk denetimini etkiler” görüşü

Bu görüşe göre, temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaların statüsü, kendileriyle çelişen kanunların zımnen ilgasına neden olacaktır. Böylelikle kanunlar bu hallerde ihmal edilecektir. Ancak bu ihmal kararı sadece taraflar arasında (*inter-pates*) etki doğurduğu ve *erga omnes* etki doğurmadığı için, ülke içerisinde uluslararası antlaşma hükümleri ile çelişen bir madde bazı mahkemelerce ihmal edilirken, bazı mahkemelerce hükme esas alınabilir. Bir kanunun yürürlükte olmasının sonucunda farklı hatta keyfi uygulamaların ortaya çıkması, “kanun önünde

eşitlik ilkesi”nin ihlalidir ve “hukukun üstünlüğü”nün zedelenmesine yol açacaktır. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi’nin bu hususta yetkili kılınmasının ve kanunların antlaşmalara esas yönünden uygunluk denetimini yapmasının uygun olacağı dile getirilmiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin görev ve yetkileri Anayasa’nın 148. maddesinde sayılmıştır. Buna göre, kanunların ve KHK’ların Anayasa’ya uygunluğunun denetimi Anayasa Mahkemesi’nin görevlerindendir. Bunun istisnasını uluslararası antlaşmalar (md. 90) ve olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan KHK’lar (md. 148) oluşturmaktadır. Anayasa Mahkemesi, kanunların temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalara aykırılığı denetimi konusunda yetkilendirilmemiştir.

“Kanunların Anayasa’ya uygunluğunun yargı yoluyla denetlenmesi sırasında, iptali istenen kuralın öteki yasalara karşı olan durumunun, onlarla çelişir veya çelişmez nitelikte oluşunun değil, Anayasa ilkelerine ve ilkelerin dayandığı genel hukuk kurallarına uygun olup olmadığının araştırılması gerekir”. (AYM E:1966/19, K.1968/25, Kt 19/6/1968) Ancak, “esas alma” ifadesi bu durumu değiştirmektedir. Anayasa Mahkemesi’nin bu ifade nedeniyle verdiği karar sadece “tespit” niteliğinde olamaz. Karar, ilgili kanun hükmünün Anayasa’ya aykırılık savının reddi ya da iptali olacaktır. Çünkü Anayasa Mahkemesi uygulanmayacak kanun hükmünü uygulama alanından kaldırmakla ve hukuk düzenini Anayasa’ya aykırı kurallardan arındırmakla görevlidir.

Kanunlar, söz konusu antlaşmalara aykırılık gerekçesiyle iptal edilerek “Kanunların Anayasa’nın açık hükümlerinden önce hukukun bilinen ve bütün uygar memleketlerde kabul edilen prensiplerine uygun olması şarttır” ilkesine uygun

hareket etmiş olunacaktır. (AMK E.1963/166, K. 1964/ 76, Kt. 22/12/1964; AMK E.1985/31, K. 1986/11, Kt. 27/3/1986) “Böyle bir ilkeyi benimseyen Anayasa Mahkemesi’nin, Anayasa’nın 90. maddesindeki ek tümce yönünden denetim yapması, Anayasa ile kendisine verilen bir görev olduğu kadar insan haklarını korumanın ve hukukun üstünlüğünün de gereğidir”. (Gerek ve Aydın, 2004: 238)

Açık bir anayasal temele dayanmadığı halde kendisinde yürürlüğü durdurma yetkisi görmesi, kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisini Anayasa’da yer almayan önemlilik, zorunluluk, ivedilik, kısa sürelilik gibi şartlara bağlaması, Anayasa’da denetlenmesi yasaklanan sıkıyönetim ve olağanüstü hal kararnamelerini Anayasa’ya uygunluğu şüpheli bir yorumla denetim kapsamına alması gibi aktivist yaklaşımın en çarpıcı örneklerini gösteren Mahkeme’nin “esas alma” hükmünden hareketle kanunları da antlaşmalara aykırılık gerekçesiyle iptal etmesi beklenebilir. Nitekim ne Anayasa’da ne de 2949 sayılı Kuruluş Kanunu’nda kendisine uluslararası antlaşmaların Anayasa’ya uygunluğunun denetlenmesi görevi verilmemesine rağmen Anayasa Mahkemesi 1996 yılında önüne gelen 4163 sayılı “İslam Ülkeleri Arası Yatırım ve İhracat Kredi Sigortası Kurumu Kuruluş Anlaşmasının Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun”un iptali davasında böyle bir denetim görevi olduğu yönünde bir içtihat geliştirmiştir.

Hakim, uyuşmazlık nedeniyle ihmal ettiği kanun hükmünün anayasal düzenden ayıklanması için itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi’ne başvurulmalıdır. “Anayasa Mahkemesi yapacağı inceleme sonucu, Anayasa’nın 90. maddesindeki ek tümceye göre, esas alınmayacak, başka bir deyişle uygulanmayacak bir yasa kuralını iptal ederken, hem kimi yerlerde uygulanmaya devam edecek yasa kuralının farklı yerlerde uygulanmasının ortaya çıkaracağı eşitsizliği ve adaletsizliği gidermiş olacak,

hem de yasama organına ek tümcedeki sözleşmelere aykırı yasa çıkarmama konusunda gerekçe sunacaktır”. (Gerek ve Aydın, 2004: 238)

Mahkemeler hukukta farklı uygulamaların önüne geçebilmek adına antlaşmalar için de itiraz yolunu kullanmaya başlamışlardır. Ankara 3. Aile Mahkemesi, Ebru Voyvoda’nın, kocasının “Temizsoy” soyadı yerine kızlık soyadını kullanabilmesine ilişkin açtığı davada, evlenen kadının ya yalnızca kocasının soyadını ya da kocasının soyadıyla birlikte kızlık soyadını kullanmasını düzenleyen TMK’nın 187. maddesini Anayasa’ya aykırı bularak itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi’ne başvuruda bulunmuştur. (E:2007/1204, K:2007/1323) Bu konuda Anayasa Mahkemesi’nin takınacağı tavır, yeni bir anayasal düzenlemeye gerek olup olmadığı hususunda da önemli bir işaret verecektir.

Öte yandan, 5982 sayılı Kanunla Anayasa’ya giren bireysel başvuru kurumu Anayasa Mahkemesi’nin kanunların antlaşmalara aykırılığını denetlemesi konusunda önemli gelişmelere yol açabilecek niteliktedir. 148. maddeye eklenen yeni hüküm şöyledir:

“Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.

Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz.

Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir”.

Değişiklikle, bireysel hak ve özgürlüklerin korunması ve teminat altına alınması için, vatandaşlara bireysel başvuru hakkı tanınmakta ve Anayasa

Mahkemesi'ne de bu başvuruları inceleme ve karara bağlama görevi verilmektedir.

Anayasa Mahkemesi, ilgili kamu gücünün işlemi tesis ederken iç hukuku doğru yorumlayıp yorumlamadığıyla ilgilenmez. Hatta bunların bir kuralı yanlış uygulamalarını, temel bir hakkı ihlal etmediği sürece incelemez. “Anayasa Mahkemesi, genel mahkemelerin olayı ve delilleri değerlendirirken, yasa kurallarını uygularken temel hakları ihlal edip etmediklerini ve ihlal varsa bu ihlallerin bireysel başvuru yolu dışında başka bir yolla giderilip giderilemeyeceğini inceler”. (Kılınç, 2008: 25)

Anayasa'ya eklenen metinde, söz konusu temel hakların AİHS kapsamındaki haklar olduğu belirtilmiştir. Her ne kadar hangi hakların bireysel başvuru konusu olacağını belirtmek amacıyla yazılmış olsa da madde gerekçesinde AİHM önüne giden davaların ve mahkumiyet sayısının azaltılması amacıyla yapıldığı belirtildiğinden bu hakların AİHS ve AİHM kararları çerçevesinde yorumlanacağı aşıkardır. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruları incelerken sonucun AİHS hükümlerine aykırı olup olmadığıyla ilgilenecektir.

Bu değişiklik sonucunda, Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru konusu kararları ya da uygulamaları AİHS çerçevesinde değerlendirirken aynı zamanda Anayasa'nın 90. maddesindeki kanunlarla uyumsuzluk halinde temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşma hükümlerinin esas alınıp alınmadığı konusunda da bir tespit yapmış olacaktır. Bu nedenle, bireysel başvuru kurumu 90. maddedeki hükmün ayrılmaz bir parçası niteliğindedir. Anayasa Mahkemesi, AİHS çerçevesinde incelemesi sonunda tıpkı AİHM gibi ihlalin nedeninin bir kanun olduğunu tespit edebilir. Böyle bir tespit durumunda, Anayasa Mahkemesi ilgili kanunu iptal etme yoluna gidecektir. (Sabuncu ve Esen Arnwine, 2004: 245) Anayasa'nın 90.

maddesinin son cümlesi çerçevesinde ilgili kamu gücünün kanun-AİHS uyumsuzluğu halinde AİHS yerine kanunu tercih etmesi de hak ihlali olacaktır. Söz konusu kanun da bu uygulamanın nedeni olacağından AİHS'ne aykırılık nedeniyle iptal edilecektir.

Bu bağlamda, “Voyvoda” davasının karara bağlanmamış olması nedeniyle, Anayasa Mahkemesi'nin esas alma hükmü çerçevesinde kanunların temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalara aykırılığını denetlemesi konusu açıklığa kavuşmamıştır. 5982 sayılı Kanunla Anayasa'ya giren bireysel başvuru kurumu ise Anayasa'nın 90. maddesi çerçevesinde gündeme gelebilecek temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalara göre norm denetimini daraltmakta ve uyumsuzluk konusunu AİHS ile sınırlamaktadır. Bu konuda yapılması gereken, söz konusu denetimin 90. maddedeki hükmü kapsayacak şekilde yapılacak bir Anayasa değişikliğiyle yasal bir çerçeveye oturtulmasıdır.

Nitekim, Adalet ve Kalkınma Partisi'nin 2007 yılında hazırladığı Anayasa Taslağı'nda, Anayasa Mahkemesi'nin kanunları denetlerken antlaşmaları da kriter olarak kullanması hususuna yer verilmiştir. “Milletlerarası andlaşmaları uygun bulma” kenar başlıklı 67. maddenin altıncı fıkrasında kanunların, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş temel hak ve hürriyetlere ilişkin milletlerarası antlaşmalara aykırı olamayacağı hükme bağlanmıştır. Bunun yanında “İtiraz yolu” başlığı altında düzenlenen 117. maddenin birinci fıkrası şöyledir: “Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasa'ya veya usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve hürriyetlere ilişkin milletlerarası andlaşmalara aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddî olduğu kanısına varırsa, Anayasa

Mahkemesi'nin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır". (Yeni Anayasa Taslağı (t.y.), [http://arsiv.ntvmsnbc.com/news/419856 .asp](http://arsiv.ntvmsnbc.com/news/419856.asp))

Bu çerçevede yapılacak bir Anayasa değişikliği, Anayasa Mahkemesi'nin benimsediği kanunun yürürlüğe girmesinden sonra yapılan Anayasa'ya uygunluk denetimi yani düzeltici denetim yöntemine uygun olacağı gibi Anayasa'nın 90. maddesinin son cümlesinde yer alan kanunlarla aralarında uyuşmazlık çıkması halinde temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaların esas alınması ilkesinin de gereğidir.

SONUÇ

Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına eklenen "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır" cümlesi, yeni bir dönem açan çok önemli bir hükümdür. Bu cümleyle, artık uluslararası alanda kabul edilen insan haklarına ilişkin bütün antlaşmalar konuyla ilgili bir kanunun olup olmasına bakılmaksızın uygulanacaktır. Bu bir tercih değil zorunluluktur.

Hükümde söz edilen antlaşmaların Anayasa'nın da belirttiği üzere iç hukukumuzda mal olmuş yani usulüne göre yürürlüğe konulmuş olması gerekir. Türkiye'nin taraf olmadığı bir antlaşmanın hükümlerinin bu cümle çerçevesinde bir geçerliliği yoktur. Antlaşmanın onaylanması, antlaşma hükmünün esas alınmasının ön şartıdır.

Usulüne göre yürürlüğe konulan bu antlaşmaların münhasıran insan hakları antlaşmaları olması da gerekmez. Çünkü Anayasa hükmünde temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalar derken bu nitelikteki özel bir grup antlaşmayı ayırma amacı güdülmemiştir. Meclis tutanaklarında yaptığımız incelemede, Anayasa değişikliği sırasında yapılan tartışmalar içinde bu yönde bir gayretin olduğu, antlaşmaların gerek adlarının gerekse kaynaklarının sayılması için önergeler verilmesine rağmen bunların kabul edilmediği anlaşılmaktadır. Anayasa koyucunun münhasıran insan hakları antlaşmalarını böyle bir ayırma gayreti olsaydı, bu önergelere olumsuz yaklaşmaması gerekirdi. Bunu göz önünde tuttuğumuzda da, içinde bir ya da birkaç tane temel hak ve özgürlüklere ilişkin hüküm bulunduran

antlaşmaların da dikkate alınması ve bu hükümlerin kanunlar karşısında esas alınması gerektiği ortaya çıkmaktadır.

Çalışmamızda ele aldığımız gibi, bu antlaşmaların hükümlerinin kanun hükümleriyle çatışması halinde uygulanması kararlaştırılmıştır. Bu doğal olarak, düzenleyici işlemlerin de antlaşmalarla çatışmaması gerektiğini, çatıştığında da antlaşma hükmünün uygulanacağını göstermektedir. Buradaki sorun, Anayasa'yla çatışması halinde temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmanın uygulanıp uygulanmayacağıdır. Türk doktrini, genel olarak, şekli kanun anlayışını benimsemiştir. Bu yaklaşımda cümlede geçen kanun kavramının içine Anayasa girmemektedir. Bu çerçevede Anayasa koyucunun, Anayasa ve antlaşma çatışması halini düzenlemeye bile gerek görmediği söylenebilir. Bir çatışma söz konusuysa bile Anayasa'nın hükmünün uygulanması gerekir. Bu durum Anayasa değişikliği yapılması suretiyle çözülebilir.

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaların hükümleri genellikle genel ve soyut nitelik taşır. Bu nedenle de kanunla uyumsuzluk halinde olduğunu anlamak güç olabilir. Bu durum, AIHM gibi yargısal nitelikteki denetim organlarının bir dava çerçevesinde antlaşmaları yorumlaması ve karar vermesiyle anlaşılabilir. Davaların sonunda verilen kararların yanında, kullanılan diğer denetleme usulleriyle antlaşmaların hükümleri netleştirilir. Bu kararlar, bir devleti ilgilendirmekle birlikte her ne kadar taraf diğer devletleri bağlamasa da kendi uygulamalarının niteliği hakkında bir değerlendirme imkanı sunar. Bu nedenle, karar hangi devlet hakkında olursa olsun antlaşmaların denetim organları olan komisyon ya da mahkemelerce yapılan otantik yorumu esas almak iç hukukumuz açısından zorunlu hale gelmiştir.

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaların hükümlerinin kanunlarla uyumsuzluk halinde uygulanmasının zorunlu olduğunu açıkça söyleyebiliriz. Çünkü Anayasa bu yönde amir bir hüküm koymuş ve antlaşmaların esas alınmasını istemiştir. Bu durumda kanunu tercih etme yolu kapatılmıştır. Ancak, “esas alma” kanun hükmünün yürürlükten kalkmasını sağlamaz. Yani kanun yürürlükte kalmaya devam eder. Buradaki sorun, kanunun üstün güvence sağlama halidir. Hukukçularımızın bir kısmı, kanunların antlaşmalara göre daha az güvence sağlaması halinin Türk hukukunda yaygın olarak görüldüğüne işaret etmiş ve Anayasa koyucunun bunu göz önüne alarak bu çerçevede bir düzenleme yaptığını belirtmişlerdir. Bu nedenle, kanunun üstün güvence sunma halinin zaten daha fazla güvenceyi sağlamayı amaçlayan insan haklarına saygılı olma gayretindeki Anayasa açısından sorun teşkil etmeyecektir. Hatta böyle bir durum çatışma hali olarak bile tanımlanamaz. Ancak bu amaçsal bir yorumdur. Anayasa’nın lafzında bu konuda şüpheyi mahal vermeyecek bir amir hüküm bulunmaktadır. Bu da uyumsuzluk halinde her ne olursa olsun temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşma hükümlerinin uygulanacağıdır. Bu nedenle hükmün, “çelişme halinde lehe olan hüküm esas alınır” şeklinde değiştirilmesi önerilmiştir. Ancak, cümlenin bu hükmünün kanunların uygulanmasını tamamen engellediğini söyleyemeyiz. Çünkü hüküm antlaşmanın uygulanmasını söylese de, antlaşmada AIHS, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ya da Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi’nde olduğu gibi üstün güvence sağlayan kanunun uygulanmasını emreden bir hüküm bulunması halinde söz konusu uyumsuzluk için kanunun uygulanması mümkün olabilecektir.

Yeni hüküm insan hakları antlaşmalarının Anayasa’ya üstünlüğünü savunan görüşün temelindeki uluslararası hukuktaki insan haklarına ilişkin gelişmelerin iç

hukuka hemen aktarılması fikrinin önemli ölçüde yerine getirilmesidir. Böylece temel hak ve özgürlükler alanında uzun kanunlaşma sürecine girmeden ihlal nedeni olan mevzuat devre dışı bırakılacak ya da uygulamadan vazgeçilecektir. Bu da yapısı genel olarak durağan olan iç hukukumuza dinamizm kazandıracaktır. Burada üzerinde durulması gereken çok önemli bir sorun vardır: Mahkemelerin farklı kararlar vermesi. Bunun faturası da çok ağırdır: Kanun önünde eşitlik ve adalet duygularının zedelenmesi.

Mahkemelerin yoğun iş yükü, antlaşmaların yeterince anlaşılabilmesi, antlaşmaların denetim organlarının kararlarının yakın takibinin yapılamaması, insan hakları hukukunun özümselememesi ya da buna benzer başka nedenler böyle bir sonuca zemin hazırlayabilir. Bu sıkıntıyı gidermenin en önemli yolu yasama organının kanunları gelişmeler yönünde düzenlemesidir. Yasama süreci sadece TBMM'yi ilgilendirmez. Yürütme içinde de bu süreçte görev alan çok önemli kurumlar bulunmaktadır. Bu kurumların daha işbirliğinin sağlanması suretiyle güncel bütün gelişmeleri mevzuata yansıtmaları, yerine getirmeleri gereken çok önemli bir sorumluluktur.

Öte yandan, kanunlaşma süreci çoğu zaman süratle sonuçlanmaz. Yasama ve yürütmedeki kurumlar ve komisyonlar hassasiyet kazanıp gerekli çalışmaları yapsalar da bu konuda karar verecek ve zamanlamayı ayarlayacak olan nihayetinde siyasetçilerdir. Bu bakımdan ortaya çıkan uyuşmazlığı çözecek ve TBMM'nin dikkatini çekecek bir başka merciye daha ihtiyaç bulunmaktadır ki bu da Anayasa'ya aykırı kanunları iptal etmekle görevlendirilmiş olan Anayasa Mahkemesi'dir. Anayasa Mahkemesi, gerek Anayasa'da gerekse teşkilat kanununda kanunları insan hakları sözleşmelerini kriter alarak denetlemesi konusunda açıkça

görevlendirilmemiştir. Ancak Anayasa'nın insan haklarına saygılı olma niteliği ile yeni cümlenin esas alma emrini birlikte değerlendirdiğimizde Anayasa Mahkemesi'nin böyle bir yetkisinin olması gerektiğini söyleyebiliriz. Bunun yanında, 5982 sayılı Kanunla Anayasa'ya giren bireysel başvuru kurumu norm denetimi konusunda bazı gelişmelere imkan sağlayacak niteliktedir. Ancak bu denetim AİHS ile sınırlı kalacağından Anayasa'nın 90. maddesinin son cümlesindeki uyuşmazlıkların tamamı için norm denetimi imkanı olmayacaktır. Bu çerçevede norm denetiminin bütün temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaları kapsayacak şekilde yapılması ve böylece Anayasa'nın 90. maddesinin son cümlesinin gereğinin yerine getirilebilmesi amacıyla, Anayasa'da değişiklik yapılarak uyuşmazlık halinde daha az güvence getiren kanunun Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilebilmesine ilişkin bir maddenin eklenmesi yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

Akkan, Bahattin (2010), “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Bağlayıcılığı ve Yerine Getirilmesi”, **Adalet Dergisi**, 36, 42-64, <http://www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/36.say%C4%B1/bahattinakkan.pdf>.

Akıllıoğlu, Tekin (1989), “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz”, **AÜSBFD**, XLIV(3-4), 155-173, http://www.politics.ankara.edu.tr/eski/dergi/pdf/44/3/9_tekin_akillioglu.pdf.

_____ (1991), “Uluslararası İnsan Hakları Kurallarının İç Hukukta Yeri ve Değeri”, **İnsan Hakları Merkezi Dergisi**, 1(2-3), 41, <http://ihm.politics.ankara.edu.tr/ihmd/12/06.pdf>.

Akipek, Ömer İlhan (1965), **Devletler Hukuku Birinci Kitap Başlangıç**, 2. Bası, Ankara: Başnur Matbaası.

Aliefendioğlu, Yılmaz (1999-2000), “İnsan Hakları Uluslararası Belgelerinin Türk Anayasa Mahkemesi ve Öteki Mahkeme Kararlarında Gözlenen Etkisi”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, 21-22, 61-76.

Altıparmak, Kerem ve Onur Karahanoğulları (1997-1998), Bölge idare Mahkemesi Kararıyla Anayasa’nın “Zımnen İptali”, **İnsan Hakları Yıllığı**, 19-20, 215-233, <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/altipar/>.

Altıparmak, Kerem (1998), “Türkiye’nin Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’na Bireysel Başvuru Hakkını ve Avrupa İnsan Hakları Divanı’nın Zorunlu Yargı Yetkisini Tanıma Beyanlarına Koyduğu Yorumların Loizidou/Türkiye Kararı Sonrasında Değerlendirilmesi”, **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 25. Yıl Armağanı**, 217-240.

_____ (2005), "Yargının Kırmızı Çizgileri: Eğitim-Sen Kararı", **Mülkiyeliler Birliği Dergisi**, 249(7), 30-35, <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/altipar/Yayinlar/Egitim-Sen%20Karari.pdf>.

Altıparmak, Kerem (Ed) (2009), **50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı Hayal Kırıklığı mı?**, Ankara: Ankara Barosu Yayınları.

_____ (2009), “Kopya Davalar ve Pilot Kararlar: Bir Kararda Bin Adaletsizlik?”, Kerem Altıparmak (Ed), **50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı Hayal Kırıklığı mı? içinde** (60-107), Ankara: Ankara Barosu Yayınları, <http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/altipar/Yayinlar/AIHM%20pilot%20karar.pdf>.

_____ (2010), **Köprüden Önce Son Çıkış: Türkiye İnsan Hakları Kurumu Kanun Tasarısı’nın Eleştirel Değerlendirilmesi**, İnsan Hakları Çalışma Metinleri XIII, Ankara, <http://ihm.politics.ankara.edu.tr/userfiles/file/Kopruden%20son%20cikis.pdf>.

_____, Tescilli Sansüre Devam: Terörle Mücadele Yasasının Son Marifetleri, <http://bianet.org/bianet/biamag/119630-tescilli-sansure-devam-terorle-mucadele-yasasinin-son-marifetleri>(23.1.2010).

Atak, Songül (2006), “Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Sözleşmelerinde Öngörülen Denetim Yöntemleri”, **Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi**, 5,16, 86-99, www.e-sosdercom ISSN:1304-0278.

Altundiş, Mehmet (2006), Anayasanın 90. Maddesinin Son Fıkrasına Eklenen Hükümle Birlikte Anayasa ile Yargı Denetimi Dışında Tutulan İşlemlere Karşı Yargı Yolu Açılabilir mi?, **Yasama**, 2, 75-91.

Aybay, Rona (2007), “Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri”, **TBB Dergisi**, 70,187-213.

Balta, Tahsin Bekir (1970), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye’nin Türkiye’de İnsan Hakları Semineri (9-11 Aralık 1968), **Tebliğler Tartışmalar**, Ankara: AÜHF Yayınları.

Başlar, Kemal (2004), “Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, 24(1-2), 306-367.

_____ (2005), “Anayasa Yargısında Yeniden Yapılanma”, **Demokrasi Platformu**, 1(2), 87-112, www.anayasa.gen.tr/baslar-yenidenyapilanma.htm.

Bayraktar, Kazım (2009), “Yargı Bağımsızlığı ve Hukuk-Politika Ekseninde AİHM Kararları”, Kerem Altıparmak (Ed), **50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı Hayal Kırıklığı mı? içinde** (144-152), Ankara: Ankara Barosu Yayınları.

Belgin, Derya (2008), “Anayasanın 90.maddesinde (7 Mayıs 2004) Yapılan Değişikliğin Getirdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, **Ankara Barosu Dergisi**, 66(4), 110-113, <http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/1944-2010/Dergiler/AnkaraBarosuDergisi/2008-4.pdf>.

Bilge, A.Suat (1989), “İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri”, **Ankara Barosu Dergisi**, 6, 980-997, <http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/1944-2010>.

Bilge, Necip (1996), **Hukuk Başlangıcı Hukukun Temel Kavram ve Kurumları**, 11. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi

Bilgen, Pertev (1996), **İdare Hukuku Dersleri İdare Hukukuna Giriş**, İstanbul: Filiz Kitabevi.

Cengiz, Serkan (2009), “AİHM Kararlarının İç Hukuka Etkisi”, Kerem Altıparmak (Ed), **50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı Hayal Kırıklığı mı? içinde** (235-249), Ankara: Ankara Barosu Yayınları.

Çalı, Başak (2009), “Avrupa İnsan Hakları Sisteminin Amaçları: Tek mi, Çok mu?”, Kerem Altıparmak (Ed), **50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı Hayal Kırıklığı mı? içinde** (49-59), Ankara: Ankara Barosu Yayınları.

Çavuşoğlu, Naz (2009), “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi: Gerçekler ve Perspektifler”, Kerem Altıparmak (Ed), **50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı Hayal Kırıklığı mı? içinde** (17-27), Ankara: Ankara Barosu Yayınları.

Çelik, Edip (1980), **Milletlerarası Hukuk**, İstanbul: Filiz Kitabevi.

Çoban, Ali Rıza (2009), “Strasbourg’daki Herküllere İhtiyacımız Var mı? Ulusal Takdir Yetkisi ve Evrensel Standartlar Arasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi”, Kerem Altıparmak (Ed), **50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı Hayal Kırıklığı mı? içinde** (111-143), Ankara: Ankara Barosu Yayınları.

Çolaker, Mustafa (2009), **Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Uluslararası Antlaşmaların İç Hukukta Doğrudan Uygulanması**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi.

Döner, Ayhan ve İsmail Köküarı (2008), “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Anayasa Mahkemesi Kararları Bakımından Yargılanmanın Yenilenmesi Nedeni Olup Olmayacağı Sorunu”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, XII(1-2), 663-686, http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/12_25.pdf.

Dutertre, Gilles (2005), **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarından Alıntılar**, Avrupa Konseyi Yayını, http://www.coe.int/t/e/human_rights/awareness/7._special_projects/key_case_law_extracts_turkish.pdf.

Erdoğan, Mustafa (2005), **Anayasa Hukuku**, Ankara: Orion Yayınları.

Ergin, Ayşe Dicle (2010), “Azınlık Dillerinin Kullanımı Konusunda Türkiye Nerede Duruyor?”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 59(1), 1-34, <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2010-59-01/AUHF-2010-59-01-ergin.pdf>.

Eroğlu, İzzet, “**Kanun Teklif ve Tasarılarının Hazırlanmasında Anayasanın İnsan Hakları Hükümlerine Uygunluk Denetimi**”, Yayınlanmamış Makale.

Gerek, Şahnaz ve Ali Rıza Aydın (2004), Anayasanın 90. Maddesi Değişikliği Karşısında Yasaların Geleceği ve Anayasal Denetim, **TBB Dergisi**, 55, 227-238.

Gönenç Levent (2004), “Anayasa Değişiklikleri” **Güncel Hukuk**, 7, 44-48.

Gönenç, Levent ve Selin Esen (2006), "The Problem of the Application of Less Protective International Agreements in Domestic Legal Systems: Article 90 of the Turkish Constitution", **European Journal of Law Reform**, 8(4), 485-500.

Gönenç, Levent ve Ersoy Kontacı (2005), “Yaşayan Anayasa 2003 ve 2004 Yılları Anayasa Gelişmeleri”, **TBB Dergisi**, 61, 124-127.

Gözler, Kemal (1999), **Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu**, Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları.

_____ (2000), “İnsan Hakları Normlarının Anayasa Üstünlüğü Sorunu”, **Türkiye’de İnsan Hakları**, Ankara: TODAİ Yayını.

Gözübüyük, A. Şeref (1992), “Uluslararası Andlaşmaların İç Hukuktaki Yeri”, **İnsan Hakları ve Görevlileri**, Ankara: TODAİE Yayını.

Gülmez, Mesut (2004), **Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması**, Ankara: TBB Yayınları.

_____ (2004), “Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri”, **TBB Dergisi**, 54, 147-161.

_____ (2005), “Sendikal Haklara İlişkin Sözleşmelerin İç Hukuka Üstünlüğü”, **Çalışma ve Toplum**, 1, 11-56, <http://www.calismatoplum.org/sayi4/makale1.pdf>.

_____ (2004), “İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması adlı paneldeki sunumu”, **İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması içinde** (38-83), Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları.

Günday, Metin (2003), **İdare Hukuku**, 7. Bası, Ankara: İmaj Yayıncılık

Güran, Sait (2000), “Egemenlik Ulusundur Üstünlük Anayasa’dadır”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, 17, 43-61, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anayargi/guran.pdf.

İnceoğlu, Sibel (9.5.2004), “Sözleşmelerin Kaderini Yargıç Belirleyecek” Rpj. Hacer Yücel, **Evrensel**, <http://www.evrensel.net/04/05/09/politika.html>.

Kaboğlu, İbrahim (26.7.2004), “Hukuka Yeni Düzenleme”, **Radikal**,
http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=123268_

Kaneti, Selim (1990), “Avrupa Topluluğu Hukukun Üstünlüğü Karşısında Türkiye Cumhuriyeti Anayasası”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, 7, 129-140,
http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg7/selim.pdf.

Karagülmez, Ali (2004), “5170 Sayılı Yasayla Anayasanın 90. maddesinde Yapılan Değişikliğe Bir Bakış”, **TBB Dergisi**, 54, 163-177.

Kılınç, Bahadır (2008), “Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, 25, 19-59, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/bahadir_kilinc.pdf.

Kuzu, Burhan (1993), **Olağanüstü Hal Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Rejimi**, İstanbul: Kazancı Yayınları.

Özbudun, Ergun (2007), “Türk Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve Siyasal Elitlerin Tepkisi”, **AÜ SBF Dergisi**, 62(3), 257-268,
http://www.politics.ankara.edu.tr/eski/dergi/pdf/62/3/15_Ozbudun.pdf.

Pazarcı, Hüseyin (2005), **Uluslararası Hukuk Dersleri: Cilt II**, Ankara: Turhan Kitabevi.

Pazarcı, Hüseyin (2007), **Uluslararası Hukuk**, 5. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi.

Sabuncu, Yavuz (2005), **Anayasaya Giriş**, Ankara: İmaj Yayınları.

Sabuncu, Yavuz ve Selin Esen Arnwine (2004), “Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli Türkiye’de Bireysel Başvuru Yolu”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, 21, 229-246, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg21/tbby.pdf.

Selçuk, Sami (1999), “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Uygulaması”, **Türkiye Günlüğü**, 54, 5-23.

Sencer, Muzaffer (1991), “Birleşmiş Milletler Bağlamında İnsan Hakları”, **İnsan Hakları Yıllığı**, 13, 19-36.

Siyasal Bilgiler Fakültesi İdari İlimler Enstitüsü’nün Gerekçeli Anayasa Tasarısı ve Seçim Sistemi Hakkındaki Görüşü (1960), Ankara: Ajans Türk Matbaası.

Soysal, Mümtaz (1985), “Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, 1, 5-18, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg2/msoysal.pdf.

_____ (1997), “Uluslararası Andlaşmalar Konusunda Anayasa Yargısı”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, 14, 171-187, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg14/mumtazsoysal.pdf.

Şahbaz, İbrahim (2004), “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Yargı Sistemindeki Yeri”, **TBB Dergisi**, 54, 178-214.

Şanlı, Yeliz (2007), “Anayasa Değişikliğinin Uzanamadığı Yer: Uyarma ve Kınama Cezalarının Yargısal Denetimi ve Bir Danıştay Kararı”, **TBB Dergisi**, 70, 112-134.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu (5/7) (30/3/1961), **Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi**, 35, B:34, O:1.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Teklifi ve Anayasa Komisyonu Raporu (2/278) (2004), <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss430m.htm>

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun (2004), **T.C. Resmi Gazete**, 25469, 22 Mayıs 2004.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun (2010), **T.C. Resmi Gazete**, 27580, 13 Mayıs 2010.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi: Geliştirilmiş gerekçeli yeni metin (2007), Ankara: Türkiye Barolar Birliği, http://eski.barobirlik.org.tr/yayinlar/kitaplar/anayasa_onerisi.aspx.

Türkiye 2010 İlerleme Raporu (2010), Brüksel: Avrupa Komisyonu, http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/turkiye_ilerleme_rap_2010.pdf

Türmen, Rıza (12.5.2005), “Demokrasinin Bekçisi: Basın”, **Radikal**, <http://www.radikal.com.tr/haber.php?haberno=149373>.

URL, “Çocuğumuz Din Dersine Girmesin” (t.y.), <http://haber.ekolay.net/Haber/2705/711518/cocugumuz+din+dersine+girmesin.aspx> (25.5.2010).

URL, “Yeni Anayasa Taslağı” (13.10.2007), <http://arsiv.ntvmsnbc.com/news/419856.asp> (15.8.2010).

URL, “Kürtçe’ye vize” (26/11/2010), <http://www.stargazete.com/politika/kurtce-ye-vize-haber-311545.htm> (7/12/2010)

Yüzbaşıoğlu, Necmi (1994), “Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine”, **İnsan Hakları Merkezi Dergisi**, II(1), 26-38.

ÖZET

Bu çalışmada, 2004 değişikliği ile Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına eklenen “Usûlüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.” cümlesinin anlam ve kapsamının belirlenmesi amaçlanmıştır.

Çalışmanın ilk bölümünde, genel olarak 2004 değişikliği öncesi uluslararası antlaşmaların iç hukuktaki yeri hakkındaki farklı görüşler, ikinci bölümde, değişikliğin temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların iç hukuktaki yerine etkisi ve ek cümlelerin akla getirdiği sorular ele alınmıştır. Üçüncü bölümünde ise, kanun ve antlaşma hükümlerinin çelişmesi halleri ve bunun tespiti ile yasama, yürütme ve yargı organlarının çelişme hallerinin çözümündeki rolleri ve özellikle Anayasa Mahkemesinin bu konudaki konumunun önemi incelenmiştir.

ABSTRACT

In this dissertation it is aimed at disclosing the extent and meaning of the sentence “In the case of a conflict between international agreements in the area of fundamental rights and freedoms duly put into effect and the domestic laws due to differences in provisions on the same matter, the provisions of international agreements shall prevail.” which has been added to the final paragraph of 90th article of the Constitution with the 2004 amendment.

In the very first section of this work, in general, different views on the legal status of international agreements in domestic law prior to 2004 amendment and in the second section the effect of the mentioned amendment on the international agreements in the area of fundamental rights and freedoms and the questions generated by the sentence added are addressed. In the third section, possible contradictions between international agreement and domestic law provisions and the determination of those contradictions as well as the roles of judiciary, legislative and executive organs in resolving the contradictions concerned and specifically the importance of the position of the Constitutional Court on the issue.