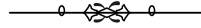


AIHS ve Diğer Uluslararası Anlaşmaların İç Hukuktaki Yeri Bağlamında 2004 Değişikliğinin Beraberinde Getirdiği Sorunlar ve Bazı Çözüm Önerileri

(The Issues Raised by the 2004 and 2010 Amendments within the
context of the Status of International Agreements and the ECHR
in Turkish Law, and Some Solutions)



Dr. Ahmet Burak BİLGİN*

ÖZET

Uluslararası anlaşmaların iç hukuktaki yeri ve etkisi meselesi, uzun yıllardır akademik ve yargısal çevrelerde yoğun biçimde tartışılmaktadır. Bu tartışmalar, daha ziyade olası bir çatışma halinde hangi hukuk düzeninin normuna öncelik verileceği etrafında yoğunlaşmıştır. Oysa bunun dışında konuyu düzenleyen Anayasa hükmü ve bilhassa da mevcut tartışmalara bir cevap mahiyetinde olmak üzere bu hükme 2004 yılında yapılan ekleme, hukuk düzenleri arasındaki üstünlük ve öncelik hususundan başka cevap verilmesi gereken meseleleri de beraberinde getirmektedir. Ulusal normun uluslararası normdan daha lehe bir düzenleme içermesi, doğrudan uygulanabilen ve uygulanamayan norm meselesi, bir çatışma halinde Anayasa Mahkemesine itiraz yolunun nasıl işletileceği, uluslararası mahkeme kararlarının buradaki etki ve değeri, uluslararası anlaşmalara yönelik ön-denetimin uygulanabilirliği ve 2010 yılında Türk Hukukuna giren bireysel başvuru mekanizmasının konuya etkileri gibi meseleler, Anayasanın 90. maddesi bağlamında cevap bekleyen sorunlar olmaya devam etmektedir.

***Anahtar Kavramlar:** AIHS'in iç hukuktaki etkisi, 2004 anayasa değişikliği, uluslararası anlaşmalarda ön-denetim, bireysel başvurunun etkisi*

ABSTRACT

The legal status and effect of international agreements in Turkish law has been widely discussed among scholars and courts for decades. These debates have generally focused on the specific question of rules of which legal order are given priority and supremacy in case of a potential conflict. However, both the related rule

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

in the Constitution and notably the 2004 amendment on this rule which was made as a response to existing debates involve different issues to be solved in addition to the question of primacy and supremacy between both legal orders. The following are the issues that need to be solved within the ambit of Article 90 of the Constitution: National legislation's being more favourable than international legislation, the rule's being or not being directly applicable / effective, the question as to how to appeal the constitutional review mechanism for conflicting domestic rule before the Constitutional Court, the influence and value of the decisions of international courts, the applicability of a-priori review for international agreements, and the potential impact of the constitutional complaint procedure that was introduced in 2010. All these issues will be touched upon in this article.

Keywords: *ECHR's implication on domestic law, constitutional amendment of 2004, a-priori review for international agreements, the role of the constitutional complaint procedure.*

GİRİŞ

Uluslararası anlaşmaların iç hukuktaki yeri ve etkisi meselesi, uzun yıllardır Türk hukukunda yoğun biçimde tartışılmaktadır. Bu tartışmalar, daha ziyade olası bir çatışma halinde hangi hukuk düzeninin normuna öncelik verileceği etrafında yoğunlaşmıştır. Uluslararası anlaşmalarla kanunların ve hatta Anayasa hükümlerinin çatışması halinde bunlardan hangisine öncelik/üstünlük tanınacağı meselesi öğretilerde epey bir ilgi çekmiştir.¹ Konuya ilişkin 2004 yılında yapılan Anayasa değişikliğinden önceki dönemde, uluslararası anlaşmaları, kanunlara eş sayan ve Anayasadan altta gören; kanunlardan üstün fakat Anayasadan altta gören; kanunlardan üstün ve Anayasa ile eş gören ve nihayet kanunlar ve Anayasadan üstün gören görüşlere rastlamak mümkündür.² Keza tartışma yönünden benzer canlılığa başta Anayasa Mahkemesi olmak üzere Yüksek Mahkeme kararlarında da rastlamak mümkündür.³

2004 yılında konuya "açıklık" getirmek adına Anayasanın 90. maddesine eklenen "temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır" hükmü bağlamında ise, beklenen açıklık bir ölçüde gelmiş; konuya ilişkin tartışmalar, meselenin belli yönlerine ilişkin olarak devam etmiştir. Bu düzenleme bağlamında, *meselenin açıklığa kavuşturulduğunu, temel haklarla ilgili uluslararası anlaşmalar ile kanunlar arasındaki çatışmalarda artık anlaşmaya üstünlük*

¹ Bu konudaki kaynakça için bkz.: Ahmet Burak Bilgin, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukuktaki Yeri*, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt:22, Sayı:1, 2016. (Bu makaleyle aynı dergi sayısında yayımlandığı için sayfa numarasına atıf yapılamamıştır.)

² Bu görüşler için bkz.: *Ibid.*

³ Bu yöndeki kararlar için bkz.: *Ibid.*

tanınacağını, buna karşılık böyle olmayan anlaşmalarla kanunlar arasındaki olası çatışmaların genel kurallara göre çözüleceğini ve nihayet yeni düzenlemenin her türlü anlaşmayı Anayasanın altında konumlandığını söyleyen görüş yanında; yeni düzenlemenin sadece insan haklarına ilişkin anlaşmalarla kanunlar arasındaki çatışmayı çözdüğü, buna karşılık insan haklarıyla ilgili olmayan diğer uluslararası anlaşmalarla kanunların çatışması ve bilhassa da anlaşmaların Anayasa hükümleri ile çatışması meselesini tam olarak çözemediği gibi görüşlere de rastlamak mümkündür.⁴

Bu tartışmada, bizim görüşümüz ise, bu iki görüşün arasında sayılabilecek yöndedir. Bizce, yeni düzenleme sonrasında, insan haklarıyla ilgili anlaşmaların⁵ (ve dolayısıyla AİHS'in) yeri, net bir şekilde kanunların üstündedir. Yani *kanun-bu tür bir anlaşma* çatışmasında, üstünlük anlaşma hükmüne verilecektir. Bunun dışındaki konulara ilişkin anlaşmaların yeri ise, kanunlarla aynı seviyededir (ve dolayısıyla Anayasanın da altındadır). Yani *kanun-bu tür bir anlaşma* çatışmasında, mesele, *genel çatışma kurallarına göre* çözülecektir. Böyle olunca, bu tür anlaşmaların yeri, otomatik olarak Anayasadan altta sayılmalı ve *kanun-bu tür bir anlaşma* çatışması halinde de, Anayasa hükmüne üstünlük tanınmalıdır. Dolayısıyla bu iki yön itibarıyla, 2004 değişikliği – isabetli olup olmaması bir yana – mevcut tartışmaları bitirmiştir. Son olarak, insan haklarıyla ilgili anlaşmaların Anayasa karşısındaki konumu ise, bizce halen daha tartışmalıdır. Dolayısıyla bu üçüncü ve son yön itibarıyla, 2004 değişikliği, mevcut tartışmaları, kanaatimizce sona erdirememiştir.⁶ Ulusal norma üstünlük tanınacak ve somut çatışmanın uluslararası norma aykırı surette neticelendirileceği her türlü çözümün, uluslararası hukukun niteliği karşısında, devletin sorumluluğunu getirebilme ihtimali (ve bu yönüyle de 2004'te gelen düzenlemenin isabeti) bir yana, karşımızdaki "anayasal" çözüm bu şekildedir.

Öte yandan çatışmanın çözümü ve hangi düzenin normuna öncelik/üstünlük tanınacağı sorunundan başka olarak, yukarıda ana hatlarıyla ortaya koyduğumuz anayasal yapı çerçevesinde başka meseleler de vardır. Bu makalenin konusu, işte bu meselelere ayrılmıştır. *Ulusal normun uluslararası normdan daha lehe bir düzenleme içermesi, doğrudan uygulanabilen ve uygulanamayan norm meselesi, bir çatışma halinde Anayasa Mahkemesine itiraz yolunun nasıl işletileceği, uluslararası mahkeme kararlarının buradaki etki ve değeri, uluslararası anlaşmalara yönelik ön-denetim uygulananabilirliği ve bireysel başvuru mekanizmasının konuya etkileri* gibi meseleler, bu bağlamda cevap bekleyen konulardır. Makalede bu meselelere değinilecek ve bazı çözüm önerileri sunulmaya çalışılacaktır.

⁴ Bu yöndeki görüşler için bkz.: **Ibid.** (Bu makalede, ana hatlarıyla ortaya koyduğumuz bu tartışmalara girilmeyecektir.)

⁵ "Temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşma" kavramından ne anlaşılması gerektiği noktasında bkz.: **Ibid.**

⁶ Bu konudaki ayrıntılı bir değerlendirme için bkz.: **Ibid.**

1. Ulusal Mevzuatın Anlaşmadan Daha Lehe Hüküm İçermesi

Bu noktadaki ilk soru, ulusal mevzuatın bir anlaşmaya (örneğin AİHS'e) göre daha lehe düzenlemeler içermesi halinde nasıl hareket edileceğidir. Bu noktada, yukarıda ana hatlarıyla ortaya koyduğumuz "üstünlüğün", ulusal yasanın anlaşmaya göre hak ve özgürlük noktasında daha lehe bir düzenleme içermesi halinde, halen daha anlaşmanın uygulanacağı anlamına gelmeyeceğini; yani ulusal yasanın uygulanmasına engel olmayacağını söylemek mümkündür.⁷ Zira m.90/5, c.3'ün amacı ve getiriliş mantığı da, bunu gerektirir.⁸ Hatta, aynı alanda birden fazla uluslararası anlaşma var ve bunlar birbiriyle çatışıyorsa, elbette, bunlardan en özgürlükçü ve temel haklar

⁷ Zaten genelde uluslararası anlaşmalar, kendisinin, daha lehe düzenlemeler içeren ulusal normların uygulanmasını engellemeyeceğine ilişkin hükümler içermektedir (örneğin AİHS m.53, BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi m.5/2, BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi m.5/2; bu şekilde bir uluslararası anlaşma olmamakla birlikte AB Temel Haklar Şartı m.53).

⁸ Başlar, bu anlamda hükmün yazımının "kötü" olduğunu ve bunun uygulamada aksi yönde bir yoruma yol açabileceğini söylemektedir (Kemal Başlar, **Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine**, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni: Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan*, 24/1-2, 2004, s.39. Bu makalede, Başlar'ın dört eserinden yararlanılmıştır. Ancak yazarın bu dipnotta yer verdiğimiz eseri dışındaki iki eserine makale boyunca sadece birer kez atıf yapıldığından, makale boyunca "Başlar" olarak belirtilen atıflar, yazarın bu eserine ilişkindir.) Nitekim Gözler, böyle bir durumda her halükarda anlaşma hükmünün uygulanması gerektiğini söylemektedir (Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin, 17. Baskı, 2014, s.281). Hükmün mutlak bir lafzi yorumu, buna müsait olsa da; bizzat böyle bir yorum, hükmün amacına tamamen ters olacaktır. Öğretide Belgin de, hükmün bu yönüne dikkat çekmekte ve 5312 sayılı Kanun'un tazminat talepleri için öngördüğü zamaşımı süreleriyle bu sürelerin başlangıcı noktasındaki düzenlemelerin, Türkiye'nin taraf olduğu Petrol Kirililiği Zararları Nedeniyle Hukuki Sorumluluk Sözleşmesinin (24.7.2001 tarih ve 24472 sayılı R.G.) getirdiği zamaşımı sürelerinden daha lehe olduğu örneğini vererek; bu durumda hangi düzenlemenin uygulanacağı sorusunu sormaktadır (Derya Belgin, **Anayasa'nın 90. Maddesinde (7 Mayıs 2004) Yapılan Değişikliğin Getirdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:66, Sayı:4, Güz 2008, s.112). (Aynı örnek için bkz.: Levent Gönenç, Selin Esen, **The Problem of Application of Less Protective International Agreements in Domestic Legal Systems: Article 90 of the Turkish Constitution**, *European Journal of Law Review*, Volume:8, No:4, 2006, p.499.) Belirttiğimiz gibi, bizzat mesele nettir. Anayasadaki değişikliğin amacı, temel hak ve özgürlükleri korumaktır; böyle olunca, herhangi lehe ise onu uygulamakta tereddüt edilmemelidir. Öğretide Gönenç ve Esen de, bunun en azından "teorik/akademik" bir tartışma olarak ele alınması gerektiğini düşünerek meseleyi bir makale ile incelemişlerdir (*Ibid.* pp.485-500). Yazarlar, bu konuda çıkabilecek bir problemin, insan haklarının, sonraki hüküm-önceki hüküm veya özel hüküm-genel hüküm gibi tartışmalara girmeden, en az sınırlayıcı biçimde yorumlanması; diğer ifadeyle, mümkün olan farklı yorumlar arasından en özgürlükçü/birey lehine olanın seçilmesi anlamına gelen "*pro homine*" ilkesinden hareket ederek çözülebileceğini öne sürmektedirler (*Ibid.* p.495). Hatta yazarlar, daha da ileriye giderek, anlaşmaların bu konuda getirdikleri çözümlerin (bkz.: supra dipnot 7) yanı sıra; bizzat Anayasanın kendi içinden de çözümler bulunabileceğini söylemektedirler. Onlara göre, temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlandırabileceğini söyleyen 13. madde bağlamında, hele ki, 2001 değişikliği ile "ancak" ibaresinin eklenmesi karşısında, buradaki "kanun" kavramının, kelimenin teknik anlamıyla TBMM'nin çıkardığı kanunlar olarak anlaşılabilirliği ve bu anlamda uluslararası anlaşmaların burada geçen anlamıyla "kanun" olarak sayılamayacağı (ve böylece daha sınırlayıcı olsa bile uygulanamayacağı) ileri sürülebilir (*Ibid.* pp.495-497).

noktasında en ilerici olanının uygulanması gerektiği de açıktır.⁹ Üstelik ifade ettiğimiz gibi, genelde tüm bu meseleleri, anlaşmalar, bizzat kendi getirdikleri hükümlerle çözmektedir.¹⁰

2. Çatışmanın Tespiti ve Doğrudan Uygulanabilen / Uygulanamayan Anlaşma Hükümleri

Burada üzerinde durulması gerekli bir husus da, bir uluslararası anlaşmanın (insan haklarına ilişkinse doğrudan; değilse de genel çatışma kurallarından galip çıkması üzerine) kanunlara göre esas alınma (öncelikle uygulanma) durumundan yararlanabilmesi için, *doğrudan uygulanabilir nitelikte olmasının gerekip gerekmediğidir*. Uluslararası anlaşma hükümlerinin, doğrudan uygulanabilir nitelikte olmaması elbette mümkündür. Öğretide, m.90/5, c.3'teki üstünlükten yararlanmak için, "doğrudan uygulanabilir" nitelikte olunması gerektiği; diğer bir deyişle, doğrudan uygulanabilir olan anlaşma hükümlerinin, m.90/5, c.3'teki ayrıcalıktan yararlanacağı ileri sürülmüştür.¹¹ Bu, doğru bir tespit olmakla birlikte, yanlış anlaşılmalara mahal vermeme-lidir. Şöyle ki, bir uluslararası anlaşma hükmü, "doğrudan uygulanabilir" (yeterince net, kesin, herhangi bir uygulama önlemi öngörmeyen nitelikte vs.) değilse, zaten onu olaya uygulamak mümkün değildir. Böyle olunca da, ortada m.90/5, c.3 anlamında, "aynı konuda farklı hükümler içerme dolayısıyla çıkabilecek bir uyumsuzluk" olmayacak; yani sadece ilgili kanun hükmü uygulanacaktır. Ortada *doğrudan uygulanabilen bir anlaşma hükmü olduğu sürece*, 3. cümle anlamında bir çatışmadan (uyumsuzlıktan) bahsedilebileceği açıktır.¹²

⁹ Karademir; s.7; Gönenç, Esen, p.494. Yazarlar, burada yine, insan haklarının, sonraki hüküm-önceki hüküm veya özel hüküm-genel hüküm gibi tartışmalara girmeden, en az sınırlayıcı biçimde yorumlanması; diğer ifadesiyle, mümkün olan farklı yorumlar arasından en özgürlükçü/birey lehine olanın seçilmesi anlamına gelen "*pro homine*" ilkesinden hareket etmektedirler.

¹⁰ *Ibid.* p.495.

¹¹ Bkz.: Rona Aybay, *Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri, Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 70, 2007, s.207.

¹² Aslında burada "doğrudan uygulanabilir" ifadesi yerine, "doğrudan etkili" ifadesini kullanmak gerekir. Zira, "doğrudan uygulanma" ile "doğrudan etki", farklı kavramlardır. *Doğrudan uygulanma* (*direct applicability / self-executing*), bir uluslararası normun, iç hukukta, ilave bir işleme, bir aktarma veya atfa gerek kalmaksızın, usulüne göre kabul edilmekle birlikte uygulanabilmesi demektir. Bu yönüyle de, tekçi (monist) sistemin benimsendiği tüm ülkelerde, bir uluslararası anlaşma, "doğrudan uygulanabilir" niteliktedir. 1982 Anayasası da, "kanun hükmündedir" demek suretiyle bunu açıkça ortaya koymaktadır. *Doğrudan etki* (*direct effect*) ise, doğrudan uygulanabilir olan bir (uluslararası) normun, niteliği itibarıyla, yetkili adli ve idari merciler önünde ileri sürülebilir talepler doğurmaya elverişli olup olmamasıdır. Örneğin bir norm, *yeterince açık, kesin, koşulsuz ve uygulanması için devletin ilave bir tedbir almasını gerektirmeyecek nitelikte* ise, "doğrudan etkili" olduğu söylenebilir. Türk Hukukunda, tekçi sistem gereği doğrudan uygulanabilir olan tüm uluslararası anlaşmaların aynı zamanda "doğrudan etkili" olduğunu söylemek elbette mümkün değildir. Ancak bu, esasında, sadece uluslararası normlar için değil; başta Anayasa olmak üzere iç hukuk normları için de geçerli olan bir durumdur. Tüm ka-

Ancak burada şunu da eklemek gerekir ki; hükmün 1. cümlesi, usulüne göre yürürlüğe konmuş bütün anlaşmaların kanun hükmünde olduğunu söylemekte ve bunu yaparken de, "doğrudan uygulanabilen" / "doğrudan uygulanamayan" (veya "doğrudan etkili olan" / "doğrudan etkili olmayan") anlaşma şeklinde bir ayırım yapmamaktadır. Dolayısıyla, doğrudan uygulanamayan veya (yukarıdaki dipnotta izah etmeye çalıştığımız üzere) doğrudan etkili olmayan uluslararası anlaşmaların da, kanun hükmünde olduğunda ve insan haklarına ilişkinse, kanunlardan öncelikle uygulanacağında şüphe yoktur. Ancak elbette, *doğrudan uygulanabilir* (bizim tercih ettiğimiz terminolojiye göre *doğrudan etkili*) olmayan bir anlaşma hükmü, pratik imkansızlıktan ötürü olayda uygulanamayacak ve bu anlamda, 3. cümle anlamında bir çatışma/uyuşmazlık durumu da ortaya çıkamayacaktır.

3. Çatışmanın Tespiti Halinde İzlenecek Süreç ve İtiraz Yolu Üzerinden Anayasaya Uygunluk Denetimi

Bu noktada üzerinde durulması gereken bir husus da, çatışmanın ulusal makamlarca tespit edildiği noktada, Anayasaya uygunluk sorununun devreye girip girmeyeceğidir. Diğer bir anlatımla, bir Türk mahkemesi, bakmakta olduğu bir davada, olaya uygulaması gereken bir kanun hükmünün bir uluslararası anlaşma hükmü ile çatıştığını tespit ederse, bu noktada söz konusu kanunun Anayasaya uygunluğunu test edip ona göre tutum benimseyebilir mi? Mesela, anlaşmaya aykırı bulduğu kanun hükmü, Anayasaya uygunsa, artık anlaşma-Anayasa çatışması var deyip, çatışmayı buna göre çözmeli, yani Anayasayı uygulamalı mıdır? Veya söz konusu kanun hükmü, anlaşmayla birlikte Anayasaya da aykırıysa, mahkeme, anlaşmayı uygulamadan önce somut norm denetimi yolunu işletmeli midir?¹³

nunlar ve Anayasa hükümleri, elbette, "doğrudan uygulanabilir" niteliktedir; ancak hepsi, "doğrudan etkili" olmayabilir. Örneğin, Devlete belli sosyal ve ekonomik alanlarda yükümlülük yükleyen Anayasa hükümleri, elbette, birer anayasa hükmü olmaları itibarıyla "doğrudan uygulanabilir" niteliktedir; ancak "doğrudan etki" doğurmaya elverişli olmayabilir. Dolayısıyla, yukarıda ileri sürülen, "m.90/5, c.3'teki üstünlükten, sadece doğrudan uygulanabilir nitelikteki anlaşma hükümleri yararlanabilir" görüşündeki "doğrudan uygulanabilirlik"ten maksat, burada ortaya konan "doğrudan etkili" olmaksa, elbette bunda bir şüphe yoktur; yoksa teknik anlamda tüm uluslararası anlaşmaların "doğrudan uygulanabilir" olduğu noktasında, tekçi sistem gereği, bir şüphe olmamalıdır. Ancak böyle anlaşıldığı ihtimalde dahi, yukarıda ortaya koyduğumuz sebeplerden ötürü bu görüşün yanlış anlaşılmaya müsait olduğunu düşünmekteyiz.

¹³ Öğretide meseleyi çözmekle görevli (özellikle de adli) merciin, kanunlarla anlaşmalar arasında bir çatışma çıktığında, bunu, Anayasanın hakemliğine başvurarak çözmesi önerilmiştir. İzlenecek yol şöyle olmalıdır: Birinci ihtimal olarak, eğer anlaşma ile kanun çatıştığında, anlaşma Anayasaya uygun fakat yasa Anayasaya aykırıysa, zaten ortada yasanın Anayasaya aykırılığı sorunu vardır; itiraz yolu işletilerek önce bu çözülmelidir. İkinci ihtimal olarak, eğer anlaşma ile yasa çatıştığında, Anayasada konuya ilişkin uygulanabilecek bir hüküm yoksa, Anayasanın insan haklarına saygılı devlet ilkesinden hareketle, anlaşmaya aykırı yasanın Anayasaya da aykırı sayılarak yine itiraz yolunun işletilmesi (hatırlatalım; yasanın ihmalî, Türk anayasa yargısında mümkün değildir) ve yasanın sistemden ayıklanarak anlaşmaya alan açılması gerekir. Üçüncü ihtimal olarak, anlaşma ile yasa çatıştığında, bu

Belirtelim ki, bu iki soruya da verilecek cevap, olumsuz olmalıdır. Zira mahkeme, *anlaşma-kanun* çatışmasını tespit ettiğinde, o kanunun Anayasaya uygunluğunu denetler ve aykırılık görmezse, o takdirde mesele, "anlaşma-Anayasaya uygun kanun" ve böylece "anlaşma-Anayasa" çatışmasına dönüşebilecektir. Bu noktadan sonra da, uygun yorum mümkün değilse, mecburen Anayasayı uygulamak durumunda kalacaktır. Bu ise, Anayasanın m.90/5, c.3 hükmünü, hukuku dolanmak suretiyle işlevsiz kılmaktan (yani anlaşmanın karşısına Anayasayı çıkartarak amiyane tabirle "bel altı vurmaktan") başka bir şey değildir. Keza, benzer durum, yargıçların, yine böyle bir Anayasaya aykırılık denetimi yapıp, kanunu, Anayasaya aykırı bulduğu takdirde Anayasanın 152. maddesindeki itiraz prosedürünü işletmesi halinde de söz konusu olacaktır. Bu da, basitçe, "insan haklarıyla ilgiliyse anlaşma uygulanır" diyen m.90/5, c.3 hükmünün dolanılması ve işlevsizleştirilmesinden başka bir şey olmayacaktır.

O halde, bir çatışma tespit ettiğinde mahkemenin yapması gereken, öncelikle *Anayasanın 90/5 hükmü gereği uygulanacak kuralı tespit etmektir*.

- Eğer söz konusu anlaşma temel hak ve özgürlüklere ilişkinse,¹⁴ AY m. 90/5, c.3 hükmü, zaten onun doğrudan uygulanması gerektiğini söyle-

sefer, yasa Anayasaya uygun, fakat anlaşma Anayasaya aykırı ise, artık ortada bir anlaşma-Anayasa çatışması var demektir. Bu noktada da, yukarıda ortaya koyduğumuz iki tercihten birinin yapılması (ya Anayasa üstün kabul edilip onun uygulanması ya da uluslararası hukuk üstündür denip Anayasanın göz ardı edilerek onun uygulanması) gerekmektedir (Atay, s.411; Yüzbaşıoğlu, s.34; Tanör, Yüzbaşıoğlu, s.486, 487). Görüldüğü gibi, her şekilde, meseleyi çözmekle görevli organın, anlaşma ile çatışan yasanın Anayasaya uygunluğunu denetlemesi, bu yaklaşımın temel mantığıdır. Biz, hemen şimdi açıklayacağımız gerekçelerle, böyle bir yolun izlenemeyeceğini düşünmekteyiz.

¹⁴ Bu arada "temel hak ve özgürlüklerle ilişkin milletlerarası anlaşma" kavramından ne anlaşılması gerektiğine de kısaca değinmek gerekmektedir. Burada acaba, yalnızca konusu itibarıyla temel hak ve özgürlüklere ilişkin anlaşmalar mı kastedilmiştir; yoksa anlaşmanın geneli itibarıyla konusuna bakmaksızın temel hak ve özgürlüklerle ilgili herhangi bir anlaşma hükmü mü kastedilmiştir? Burada bizce ikinci yorumu geçerli kabul etmek isabetli olur. Zira ilki, bir anlaşma genel içeriği itibarıyla temel hak ve özgürlüklerle ilgili değilse, içindeki hak ve özgürlük hükümlerini, düzenlemenin dışında bırakması yönüyle "sınırlayıcı"; ayrıca geneli itibarıyla hak ve özgürlüklerle ilgili bir anlaşma içindeki temel hak ve özgürlüklerle hiç ilgisi olmayan hükümleri de kapsamı yönüyle de "maksada aykırı" bir yorum tarzı olur. Burada düzenlemenin amacı, hiç şüphesiz, insan hakları kavramının kapsamına giren iki hükmün çatışması halinde ne olacağını düzenlemektir. Böyle bir hükmün, ne tür (ticari, askeri, teknik veya insan haklarıyla ilgili) bir anlaşmada yer aldığı, hükmün amacı bakımından hiçbir önemi yoktur. Üstelik uluslararası anlaşmalarda, "bu anlaşma temel hak ve özgürlüklere ilişkindir" şeklinde bir tanımlayıcı etikete rastlamak da mümkün olmadığından, bir anlaşmanın "insan haklarına ilişkin anlaşma" olup olmadığı neye göre belirlenecektir? Örneğin, Avrupa Konseyi bünyesinde bugüne kadar imzalanmış olan 200'ün üzerindeki anlaşmanın pek çoğunun başlığında, "hak ve özgürlük" kavramları dahi geçmemesine rağmen; bunlar, kuşkusuz temel hak ve özgürlüklere ilişkin anlaşmalardır. O halde, burada, herhangi bir uluslararası anlaşmadaki temel hak ve hürriyetlerle ilgili her türlü hükmün, Anayasa m.90/5, c.3 kapsamına girdiğini kabul etmek gerekir. Aynı doğrultuda bkz.: Aybay, *Uluslararası Anlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri*, s.203, 204. Ayrıca anlaşmaların kaynağı noktasında (mesela Avrupa Konseyi'nin anlaşmaları, Birleşmiş Milletler'in anlaşmaları, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün anlaşmaları gibi) herhangi bir sınırlandırma olmadığını da belirtelim. (2004 değişikliği sırasında bu yönde öneriler gelmiş; ancak Anayasa Komisyonunda kabul edil-

mektedir.¹⁵ Belirttiğimiz gibi, burada mahkemenin, bir de kanunu Anayasaya uygunluk yönünden denetlemesine gerek yoktur.¹⁶

memiştir. Başlar, s.35). Öneriler ve reddine ilişkin karşı oy, değişikliğe ilişkin yukarıda yer verdiğimiz Komisyon raporunda bulunabilir. Öğretide Aybay, sadece anlaşmanın ismine bakarak yapılacak belirlenimin sınırlayıcı olduğunu söylemekte; ancak içeriğe bakıldığında, bu sefer de, yüzlerce hatta binlerce anlaşmada insan haklarıyla ilgili hükümler olabileceğini; bunun da, uygulama ve uygulayıcılar açısından ayrı bir problem olacağını söylemektedir (Aybay, **Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri**, s.204). Burada üzerinde durduğumuz AİHS'in bu tarz bir anlaşma olduğunda ise, herhangi bir şüphe yoktur. (Mukayeseli hukukta üstünlük tanınan insan haklarına ilişkin anlaşmaların özel olarak belirtildiği örnekler için bkz.: **Ibid**). Öğretide, Belgin de, Türkiye'nin taraf olduğu anlaşmalar arasında "temel hak ve özgürlüklere ilişkin olanlar ve olmayanlar" şeklinde bir ayrımın net ve gerçekçi olmadığını; özellikle "mülkiyetin" de bir temel hak sayıldığı düşünüldüğünde, "temel hak ve özgürlükler" deyiminin kapsamının olağanüstü genişletilmiş olacağını; keza aynı durumun, sosyal ve ekonomik haklar bakımından da söz konusu olacağını; bu yüzden de, Türkiye Barolar Birliği'nin Kasım 2007'de kamuoyuna sunduğu anayasa önerisinde, "münhasıran insan haklarının korunması amacıyla bağitlanmış olma" koşulunun getirilerek, sınırın daha belirginleştirilmesinin önerildiğini belirtmektedir (Belgin, s.110).

Ayrıca hemen belirtelim ki, buradaki "anlaşma"dan, devletler ve/veya uluslararası örgütler arasında imzalanan her türlü bağlayıcı uluslararası hukuk metnini (*anlaşma, anlaşma, anlaşma, sözleşme, akıt, konvansiyon, protokol, Ortaklık Konseyi kararları* vs.) anlamak gerekir. Aynı doğrultuda bkz.: Rona Aybay, **Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri**, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:70, 2007, s.188. Ayrıca bkz.: Başlar, s.37, 38. Ancak yazar, örneğin karşılıklı bir anlaşma mahiyetinde olmayan "deklarasyon"ların ve İnsan Hakları Evrensel Beyanname (İHEB), Helsinki Nihai Senedi ve Paris Şartı gibi "soft law" belgelerinin, AY m.90/5, c.3 anlamında bir anlaşma sayılmaması gerektiğini söylemektedir (Ibid.). Ancak bu konuda aksi görüşler de vardır. Bize, burada bu tarz anlaşmaların kanunlardan üstün olduğunu söyleyen 3. cümle hükmü, kendinden önceki cümleyle birlikte okunmalı ve yorumlanmalıdır. Bu anlamda 3. cümle'nin kapsamına giren "anlaşmalar", 1. cümle'nin kapsamına giren; yani usulüne göre yürürlüğe konulmuş ve kanun kuvvetini kazanmış anlaşmalardır. Uluslararası Hukuk anlamında bağlayıcı olmayan İHEB gibi belgelerin ise, elbette kendilerinden yararlanılmasına bir engel olmamakla birlikte, bu anlamda "kanun" hükmünde olan ve dolayısıyla da diğer Türk kanunlarından üstün tutulacak anlaşmalardan olmadığı açıktır. Yine vurgulanması gereken bir başka husus da, buradaki "temel" hak ve özgürlüklerin, Anayasanın 12-74. maddeleri arasında düzenlenen "temel" hak ve hürriyetlerle sınırlı olmayıp; uluslararası hukukun geldiği nokta itibarıyla insan hakkı olarak telakki edilebilecek tüm hak ve özgürlükleri kapsamı gerektiğidir. Aynı doğrultuda bkz.: Mesut Gülmez, **Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri**, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 54, 2004, s.154. Nitekim değişikliğin gerekçesi de, "insan haklarına ilişkin milletlerarası..." kavramını kullanmak suretiyle, bu yorumu desteklemektedir. Aksi yönde (sadece Anayasada "temel hak ve özgürlük" olarak düzenlenen haklarla ilgili anlaşmaların, m.90/5, c.3 anlamında üstün tutulacak anlaşma olacağına ilişkin) görüş için bkz.: Şahbaz, s.209.

¹⁵ Belirtelim ki, böyle bir uyumsuzluğu/çatışmayı, davanın taraflarının ileri sürmesine de gerek yoktur. Zira, mahkemeler, kanun hükümlerini re'sen uygulamakla yükümlü oldukları her durumda, kanun hükmünde olan uluslararası anlaşmaları da re'sen uygulamak ve dolayısıyla böyle bir çatışmayı tespit edip çözmekle yükümlüdürler (Gülmez, s.157).

¹⁶ Gerek yoktur; çünkü böyle bir denetim, anlamsız olacaktır. Zira bu denetimin amacı, bir ayrıklık tespit edildiğinde, 152. maddedeki itiraz prosedürünü işletmektir. Oysa bilindiği üzere, itiraz yoluna başvurulabilmesi için Anayasanın aradığı şartlardan birisi de, "olaya uygulanacak bir kanun hükmünün bulunmasıdır". Fakat böyle bir çatışmada m.90/5, c.3 hükmü uyarınca anlaşmanın uygulanması söz konusu ise, o kanun hükmünün olaya uygulanması söz konusu değildir. Böyle olunca da, o kanun hükmü için itiraz yoluna gidilemeyeceği bile savunulabilir. Ancak yine de, farklı olaylarda farklı uygulamaların önüne geçebilmek ve Anayasaya aykırı bir normu sistemde barındırmamak gibi düşüncelerle, itiraz yolunun işletilmesi, uygun olabilir. Burada itiraz yoluna başvurmayı engelleyebileceği söylenen durum, somut olayda, m.90/5, c.3 gereği, anlaşma uygulanacağı ve dolayısıyla kanun hükmü uygu-

- Eğer söz konusu anlaşma, temel hak ve hürriyetlere ilişkin değilse (ve çatışmayı yine uygun yorumla çözmek mümkün olmuyorsa), o takdirde kabul ettiğimiz görüşe göre, genel çatışma kurallarını uygulayacak ve o şekilde olaya uygulanacak hüküm bulacaktır. Eğer bu mücadele (özel kanun, sonraki kanun vs.) neticesinde anlaşma galip gelirse, o takdirde yine anlaşmanın uygulanacağına şüphe yoktur. Bu halde de, mahkemenin (yukarıdaki sebeplerle) ayrıca bir de kanunun Anayasaya uygunluğunu incelemesi söz konusu olmamalıdır.¹⁷
- Eğer üçüncü ihtimal olarak, bu çatışmadan temel hak ve özgürlüklerle ilgili olmayan anlaşma değil de, sonraki kanun veya özel kanun olduğu için kanun hükmü galip çıkarsa, olaya uygulanacak hüküm, tabii ki bu kanun

lanmayacağı için, ortada m.152 anlamında bir "olaya uygulanacak hükmün" bulunmadığıdır. Yoksa, anlaşma ile çelişen ve m.90/5, c.3 gereği uygulanamayacak olan kanun hükmü, halen yürürlüktedir. İşte bu noktada da, yukarıdaki mülahazalarla (farklı uygulamalara mahal vermemek ve anayasaya aykırı normu sistemden ayıklamak), itiraz yolunun işletilebilmesi için, m.152'de geçen "olaya uygulanacak hüküm" kavramını biraz geniş yorumlama ve neticede söz konusu hükmün, aslında başlangıçta davada uygulanmasının söz konusu olduğu ve fakat karşısına çıkan aynı konudaki bir başka norm (anlaşma) dolayısıyla uygulanmasının savsaklandığı kabul edilip "olaya uygulanacak hüküm" olarak düşünülmesi mümkündür. Ancak bir şeyi tekrardan vurgulayalım ki, bu, kesinlikle, m.90/5, c.3 uyarınca anlaşmaya göre çözülecek eldeki davanın bekletilmesine yol açmamalı; dava, anlaşmaya göre çözülmeli ve itiraz yoluna, sadece yukarıdaki mülahazalarla başvurulmalıdır. Öğretide Gerek ve Aydın da, m.90/5, c.3 uyarınca (insan haklarına ilişkin bir anlaşma hükmü ile çatıştığı için) uygulanmayacak olan kanun hükmü, o somut olayda uygulanmamasına rağmen yürürlükte kalacağı için, farklı zamanlarda ve/veya farklı yerlerde farklı uygulamaların ortaya çıkabileceğini ve bunun da, "hukukun üstünlüğü", "hukuk devleti", "hukuk güvenliği", "hukuki istikrar", "adaletli hukuk düzeni" ve "eşitlik" gibi temel hukuk ilkelerinin ihlali sonucunu doğuracağını söylemektedir. Yazarlar, devamında, böyle bir kanun hükmünün, itiraz (veya iptal) prosedürüyle Anayasa Mahkemesi önüne getirilebileceğini ve bu davanın da, m.90/5, c.3'teki "uyuşmazlık" kavramına girebileceğini; böylece aynı hükümdeki "esas alınır" emrinin Anayasa Mahkemesini muhatap alacağını; buradaki "esas alma"dan kastın, normal mahkemeler gibi hangi normun uygulanacağını çözmekle yetinmek olamayacağını; çünkü, Anayasa Mahkemesi için "esas alma"nın, iptal ederek hukuk sisteminden ayıklamak demek olduğunu ve nihayet, Mahkeme'nin, yukarıdaki mülahazalarla, söz konusu kanun hükmünün iptal edebileceğini söylemektedirler. Yazarlara göre, buradaki (esas yönünden) iptal gerekçesi, m.90/5, c.3 kapsamına giren bir uluslararası anlaşma ile açıkça çatışan bir kanun hükmünün, Anayasanın bizzat 90/5, c.3 hükmüne aykırılığıdır (yani yazarlar, burada, öğretilde böyle durumlar için genelde kullanılan "Anayasanın 2. maddesindeki insan haklarına saygılı devlet" ilkesini değil de, doğrudan m.90/5, c.3 hükmünün, ölçü norm olarak önermektedirler). Yazarlara göre, elbette, Anayasa Mahkemesinin temel görevi, kanunların, kanunlara veya uluslararası anlaşmalara değil; bizzat Anayasaya uygunluğunu denetlemektir. Ancak, burada önündeki davada uluslararası anlaşmayı, m.90/5, c.3 hükmü gereği "esas almak"la yükümlü olan Anayasa Mahkemesi, esas alacağı bu anlaşma hükmüyle çatışan kanun hükmünün iptal ederek, işte bu "esas alma" yükümlülüğünü yerine getirmiş olacak; ve bunu yaparken de, bir kanun hükmünün bir uluslararası anlaşmaya değil, bizzat Anayasaya (m.90/5, c.3'e) aykırılığını saptamış olacaktır Şahnaz Gerek, Ali Rıza Aydın, **Anayasa'nın 90. Maddesi Değişikliği Karşısında Yasaların Geleceği ve Anayasal Denetim**, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:55, 2004, s.237, 238).

¹⁷ Hatta bir önceki ihtimalde belirttiğimiz gibi, ortada "olaya uygulanacak bir kanun hükmü" bulunmadığından, itiraz yoluna başvurmak mümkün olmayacak; Anayasaya uygunluk denetimini yapmak da, anlamsız olacaktır.

hükmü olacaktır. İşte mahkemeler, ancak bu noktada Anayasaya uygunluk denetimi yapabilir (hatta yapmalıdır) ve bir Anayasaya aykırılık tespit ettiği takdirde de, Anayasa Mahkemesine itiraz prosedürünü işletmelidir.¹⁸ Yoksa bu aşamaya gelene kadar, Anayasaya uygunluk denetimi yapmaları, kanunu Anayasaya aykırı bulduğu ihtimalde de, uygun bulduğu ihtimalde de, 90/5, c.3 hükmünü dolanarak etkisizleştirmek demek olacaktır; o yüzden de bunu yapmamalıdır.

4. Mahkeme Kararlarının Rolü ve Etkisi

Uluslararası anlaşmaların iç hukuktaki yerini ve etkisini konuşurken, bu metinlerin *otantik/özgün* yorumlayıcıları olarak kurulmuş bulunan yargısal organların ve tabii bu noktada da, zorunlu yargı yetkisine sahip olmasına bağlı olarak, AİHS bağlamında Sözleşmenin yargı organı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin de bu yer ve etkideki rolünü incelemek gerekmektedir. Burada Sözleşmenin 46/1. maddesi anlamında AİHM kararlarının bağlayıcılığından farklı bir etkiden bahsetmekteyiz. Elbette, anılan hüküm uyarınca, tüm akit taraflar gibi Türkiye de, taraf olduğu bir davaya ilişkin AİHM kararına uymak ve gereklerini yerine getirmekle yükümlüdür. Burada, kural olarak sadece davalı devleti ilgilendiren "doğrudan" bir bağlayıcı etki söz konusudur. Bu anlamda örneğin, bir başvuru neticesinde AİHM tarafından tazminata mahkum edilen devlet, söz konusu tazminatı başvurucaya ödemek; yahut tazminat dışında mesela yeniden yargılama yaparak giderilebilecek bir ihlal halinde de, yeniden yargılama ve bunun gibi telafi yollarını gerçekleştirmekle yükümlüdür.¹⁹ Bu noktada kararların infazı, yine Avrupa Konseyi bünyesinde oluşturulan Bakanlar Komitesi eliyle gerçekleştirilmekte ve izlenmektedir. Buna ilişkin usul ve esaslar da, Sözleşmenin 46. maddesinde düzenlenmiştir. Ancak sadece davalı devleti ilgilendiren bu bağlayıcılığın ötesinde, kararın, o ülkedeki (hatta diğer ülkelerdeki) benzer tüm durumlar için etkili kılınması ve eğer ihlal, bir mevzuat hükmünden kaynaklanıyorsa, gelecekte benzer ihlallerin yaşanmaması için yetkili organların gerekli değişikliği yapması da, yine Sözleşmenin doğasından kaynaklanan bir yükümlülüktür. Buna da belki "dolaylı" veya "ikincil" bağlayıcılık denebilir.

¹⁸ Belirttiğimiz gibi, bu noktadan önce, zaten olaya uygulanacak bir kanun hükmü söz konusu olmayacağından, böyle bir anayasallık denetiminin de bir anlamı olmayacaktır. Ancak tüm bu ihtimaller için, öğretilerde, yine de çeşitli mülahazalara binaen itiraz yolunun işletilmesinin makul olabileceğinin söylendiğini hemen yukarıda belirttik.

¹⁹ Örneğin Türkiye'ye karşı kasti bir suçtan hükümlü bulunan bir mahkum tarafından, kendisine Anayasanın 67/5 hükmü uyarınca seçimlerde oy kullanma hakkı verilmediği gerekçesiyle yapılan başvuruda, AİHM'in Ek 1 No'lu Protokol'ün 3. maddesinden ihlal kararı verdiğini düşünürsek, bunun Türkiye için "doğrudan" sonucu, o mahkuma oy kullanma hakkını vermek; ancak muhtemelen bunun için seçimler geçmiş olduğundan AİHM'in hükmedeceği tazminatı ödemektir.

Bir de bunlardan başka AİHM'in, Sözleşmedeki hakların anlam, kapsam ve sınırlarını belirlemede en üst ve otantik yorum yetkisine sahip olmasından kaynaklanan ayrı bir etkisinden de bahsetmek gerekir. Zira her hukuk metni gibi, Sözleşme de, içerdiği hakların anlamı, kapsamı ve sınırları bakımından yoruma muhtaçtır; ve belki de, bu anlamda yorum, diğer birçok benzer metinden çok daha fazla, Sözleşme için geçerlidir. Bu anlamda, Sözleşmedeki herhangi bir hak ve özgürlüğün ne anlama geldiği, kapsam ve sınırları ve bu bağlamda akit devletlerin Sözleşmedeki hakları tanıma ve gerçekleştirme şeklindeki temel yükümlülükleri (Sözleşme m.1), mecburen Mahkeme'nin onlara verdiği anlama göre şekillenecektir. Diğer bir deyişle, Sözleşmede güvence altına alınan hakların, somut olaylarda devreye girdiği noktalar ve bu bağlamda ulusal yargı mercilerinin Sözleşme kapsamındaki hakları ilgilendiren davalarda çözüme bağlaması gereken hususlar (hakkın kapsamı, sınırları, meşru olarak sınırlanması, öznesi vs.), otomatik olarak bir yorum sürecini beraberinde getirmektedir.

Örneğin Sözleşmenin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkındaki güvenceleri, Anayasa m.90/5 gereği somut olaylarda uygulamakla yükümlü olan Türk yargı organları, bu maddeyi, anlam, kapsam ve sınırları yönünden yorumlayacaktır. İşte bu yorumlama ameliyesi sırasında da, Sözleşmenin yargı organı, o maddeyi ve oradaki güvenceleri nasıl yorumlamış, onlara ne anlam vermişse, ulusal yargı yerinin de, Sözleşmeyi o çerçevede yorumlaması gerekmektedir.²⁰ Bunu, şöyle de ifade edebiliriz: Başta Anayasanın malum 90/5. maddesi olmak üzere, uluslararası sözleşmelerin ve bilhassa da, insan haklarına ilişkin olanların üstün tutulmasının temel mantığı, hiç şüphesiz, meseleleri, insan haklarına ve bilhassa da AİHS'e uygun olarak çözmek ve böylece meselelerin AİHM'e intikal etmesini önlemek, intikal etse de ihlal kararı çıkma ihtimalini asgariye indirmektir. Ulusal yargı organının Sözleşme ile ilgili bir meseleyi çözerken Sözleşmeyi dikkate almaması, nasıl ki bu ihtimalin gerçekleşmesini kaçınılmaz kılacaktır; Sözleşmeyi dikkate aldığında, bunu, Sözleşmenin yargı organının yaklaşımları doğrultusunda yapmaması da, hiç şüphesiz aynı menfi sonucu doğuracaktır.²¹

Zira aksi de savunulabilecek olmakla birlikte, bir hukuk normunun anlam ve kapsamı, o normu hukuken bağlayıcı şekilde yorumlamaya yetkili kılınmış en üst merci (adli veya idari), ona ne anlam ve kapsam veriyorsa, odur. Anayasanın herhangi bir maddesine ilişkin olarak, herkesin ve yargı yerlerinin bir anlayışı olabilirse de, nasıl ki, onun nihai anlam ve kapsamı, Anayasa Mahkemesinin ona verdiği anlamdır; veya örneğin, cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler bakımından, yine herkesin ona ilişkin farklı bir anlayışı olabilirse de, nasıl ki, o kuralın nihai an-

²⁰ Aynı doğrultuda bkz.: Gönenç, Esen, p.491.

²¹ Aynı doğrultuda bkz.: Gülmez, s.158.

lamı, yargı denetimine kapalı olduğu için, nihai sözü söyleme yetkisine sahip olan Cumhurbaşkanı'nın o kuraldan ne anladığına göre belirlenecektir; işte öyle de, AİHS söz konusu olduğunda da – elbette herkesin ve ulusal idari/adli mercilerin bir Sözleşme hükmüne verdiği belirli bir anlam ve yorum olabilirse de – aynı durum, Sözleşmenin yargı organı olan AİHM için söz konusudur. Yani Sözleşmenin örneğin 7. maddesindeki "kanunsuz ceza olmaz" kuralı veya 12. maddesindeki "evlenme hakkı" ya da 13. maddesindeki "etkili başvuru hakkı", başka herhangi bir yer (ve bu anlamda ulusal mahkemeler) değil, AİHM, ondan ne anlıyor, ona ne tür bir kapsam ve sınır biçiyorsa, o şekilde anlaşılacak ve uygulanmak zorundadır.

Bu noktada somut bir örnek vererek meseleyi izah etmek gerekirse, aşağıda da yer vereceğimiz hükümlülere oy hakkı verilmesi, bunun güzel bir örneğidir. Sözleşmenin serbest seçim hakkını düzenleyen hükmü (Ek 1 No'lu Protokol, m.3), lafzı itibarıyla açık bir şekilde tüm hükümlülere oy kullanmasının engellenmesini yasaklamamaktadır. Ancak AİHM, ilk olarak 2005'te verdiği kararla,²² hükümlülerin oy kullanmasının da, belli şartlar dahilinde söz konusu 3. madde kapsamında olduğuna hükmetmiştir. Bu andan itibaren, bu Sözleşme hükmü, hükümlülerin de oy kullanma hakkını içermektedir. Böyle olunca tüm akit devlet adli ve idari²³ mercilerince de – ihlale yol açmamak adına – bu şekilde yorumlanmak ve uygulanmak zorundadır. Keza eşcinsellerin evlenmeleri de bu anlamda güzel bir örnektir. AİHM, henüz eşcinsellerin evlenme haklarını, Sözleşmenin 12. maddesindeki evlenme hakkı kapsamında görmemektedir. Bu, söz konusu hükmün, böyle bir hakkı içermediği anlamına gelir. Ancak ileride, Mahkeme, eşcinsel evliliklerin de, m.12 uyarınca koruma altında olduğuna karar verirse, artık 12. maddenin kapsamı, bu hakkı da kapsar şekilde genişlemiş demektir. Bu örnekler, AİHM'in kararları ilk elden ve doğrudan davanın taraflarını bağlasa da, bir Sözleşme hükmüne Mahkeme'nin verdiği anlam ve kapsamın, olması gereken hukuk açısından tüm devletleri ilgilendirdiğini göstermektedir.²⁴

²² İlk karar, *Hirst v. Birleşik Krallık* kararıdır (74025/01, 6.10.2005). Mahkeme'nin bu yöndeki diğer kararları da, *Scoppola v. İtalya kararıdır* (126/05, 22.5.2012). Diğer bir karar ise, Türkiye hakkındaki *Söyler v. Türkiye* kararıdır (29411/07, 17.9.2013).

²³ Hükümde geçen "uyuşmazlık" ifadesinden hareketle, üstünlük hükmünün sadece adli mercileri bağladığı; idari mercilere hitap etmediği; onların, meseleyi, genel kurallara göre çözmeleri gerektiği yönünde görüş için bkz.: Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, s.281.

²⁴ Bu noktada şöyle bir karşıt görüş dile getirilebilir: Elbette, Sözleşmeyi bağlayıcı olarak yorumlama yetkisi, Sözleşmenin yargı organı olan AİHM'dedir. Bu anlamda, onun bir Sözleşme hükmüne verdiği anlam ve kapsam, elbette tüm akit devlet mercileri için geçerlidir. Ancak Mahkeme, örneğin hükümlülerin oy hakkında veya diyelim ki, eşcinsellerin evlenme hakkında olduğu gibi, o hüküm getirilirken hükmün içeriğinden açıkça çıkmayan ve bu anlamda adeta Sözleşmeye yeni bir hak eklenmesi sonucunu doğuran hallerde, yani yargısal aktivizmi bu denli ilerletmesi durumunda, akit devletlerin buna itiraz etme hakları olabilir. Zira Mahkeme'nin bu iki hükmeye verdiği bu iki yeni anlamın, Sözleşmeden açıkça çıkmadığı, herhalde açıktır. Devletler de, Sözleşmeyi veya ilgili Protokolleri imzalarken, bunu öngöremezler; hatta belki de, Sözleşmede böyle bir hak açıkça yazsaydı, muhtemelen ona çekince

Ayrıca belirtelim ki, bu durum, AİHS'in, temel hak ve özgürlüklere ilişkin diğer anlaşmalardan, AY m.90/5, c.3 anlamında farklı bir statüde olması sonucunu doğurmaktadır. Bağlayıcı bir yargısal denetim içermeyen ve dolayısıyla uluslararası otantik yorumlayıcısı olmayan bir anlaşmada düzenlenen bir hak ve özgürlüğün nihai hukuksal yorumu, ulusal mahkemelere kalmakta iken; AİHS söz konusu olduğunda, burada Sözleşmenin yargı organı da devreye girmekte ve içerdiği hükmün yorumunda son söz sahibi o olmaktadır.²⁵ Mesela bu noktada Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) 87 numaralı Sözleşmesi bağlamında grev hakkı, güzel bir örnektir. Öğretide Gülmez'in verdiği bilgiye göre; Türkiye'nin 1993'te onayladığı 87 No'lu Sendika Özgürlüğüne ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına İlişkin ILO Sözleşmesi, açıkça grev hakkından bahsetmemesine rağmen, taraf devletlerin bu Sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini denetleyen (ancak AİHM gibi yargısal nitelikte olmayan) Uzmanlar Komisyonu, grev hakkının da, Sözleşme kapsamında konduğunu belirtmektedir.²⁶ Oysa bilindiği gibi, 1982 Anayasasında kamu görevlileri için grev hakkı tanınmamıştır. İşte burada "insan haklarına saygılı olma" ilkesinden hareketle, elbette Sözleşmenin ilgili hükümlerinin, ulusal makamlarca Komisyon'un kararları doğrultusunda grev hakkını da içerir şekilde yorumlanması gerektiğine şüphe yoktur. Ancak bu gereklilik, "AİHS'teki türden bir gereklilik" değildir. Söz konusu Komisyon, AİHM'in AİHS'e ilişkin olarak zorunlu yargı yetkisine sahip otantik yorumlayıcı olmasındakinin aksine söz konusu ILO Sözleşmesinin yargısal-otantik yorumlayıcısı olmadığından, Türk ulusal makamlarının ilgili ILO Sözleşmesini onun yorumladığı yorumlamak şeklinde bir yükümlülüğü yoktur; veya daha doğru ifadeyle, böyle yorumlamaları halinde, bunun bir yaptırım söz konusu değildir. Zira AİHS'in örneğin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkında geçen "bağımsız ve tarafsız mahkeme" kavramını, AİHM içtihadı doğrultusunda yorumlamamak, nihai olarak meselenin AİHM önüne gitmesine ve de Türkiye'nin aleyhine ihlal kararı verilmesine yol açacaktır. Oysa herhangi bir ILO Sözleşmesini (veya bu nitelikte zorunlu yargısal denetim sistemi öngörmeyen herhangi bir uluslararası anlaşmayı), bu metinlerin öngördüğü denetim organları gibi yorumlamamak, Türkiye aleyhine hukuki bir yaptırım doğuracak bir duruma yol açmayacaktır. Bu, hiç şüphesiz, AİHS'in diğer insan hakları sözleşmelerine göre farklılık arz eden bir durumudur.

koyacakları bile söylenebilir. İmza sırasında yer almayan yeni yeni hakların, Sözleşmedeki mevcut haklar üzerinden yorum/içtihat yoluyla Sözleşmeye dahil edilmesi, devletleri, kabul edilemeyecek bir taahhüt altına sokmak demek olacaktır. Bizce bu görüşte, hiç haklılık payı yok denemez. AİHM'in zaman zaman aktivizmde sınırları zorladığı da bilinmekte ve eleştirilmektedir. Ancak Sözleşme, yargı organı olarak onu kurmuş ve Sözleşmeyi nihai yorumlama yetkisini bağlayıcı anlamda ona vermiştir. Bu, ona, aşırı aktivist davranma hakkı vermese de; bir hükmün nihai anlam ve kapsamını belirleme ve o hükmün o şekilde anlaşılmasını sağlama hakkını vermektedir. Aksi bir durum, Sözleşme sisteminin işlerliğini de zedeleyecektir.

²⁵ Aybay, s.210.

²⁶ Gülmez, s.158, 159.

Ulusal mahkemelerin, bilhassa da anayasa mahkemeleri ile diğer yüksek mahkemelerin, açıkça AİHM'in kararlarının kendi kararlarından üstün olduğunu söylemesine rastlamak mümkün olmasa da, pek çoğunun, yukarıda benimsediğimiz yaklaşımı kabul eder ve içtihatlarını Strazburg Mahkemesinin kararlarıyla uyumlaştırır nitelikte davrandığını rahatlıkla söyleyebiliriz. Diğer bir deyişle, ulusal yüksek mahkemeler, retorik olarak, daima hak ve özgürlüklerin yorumunda "özerklikleri" olduğunu vurgulamış; yani otonomilerini saklı tutmuş; ancak pratikte de AİHM ile açıkça çatışmaktan kaçınmıştır. Mesela Almanya'da, bir velayet davasında, AİHM'den aldığı ihlal kararı üzerine kararı veren yerel mahkemeye giderek AİHM kararı doğrultusunda hüküm verilmesini talep eden davacının talebi yerel mahkemede kabul edilmesine rağmen, temyiz mahkemesi, AİHM kararlarının bir devlet olarak Almanya için o somut olayda bağlayıcı olduğunu; ancak yargı bağımsızlığı uyarınca, yargı organları için sonraya dair bağlayıcı olmadığını söylemiştir.²⁷ Bunun üzerine mesele bireysel başvuru ile önüne gelen Federal Anayasa Mahkemesi ise,²⁸ AİHS'in Alman yasakoyucusu tarafından onaylanarak iç hukuk yönünden bağlayıcı bir norm niteliğine kavuştuğunu ve Sözleşmeyi yorumlayan AİHM'in kararlarının da, Anayasanın m.20/3 hükmü uyarınca, idari ve yargısal organlar tarafından dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir.²⁹ Keza Avusturya Anayasa Mahkemesi de, bir kararında, AİHM'in kararıyla mutlak surette bağlı olmadığını söylemiş ve iç hukuk normlarını yorumlamada özerk olduğunu belirtmiş; ancak AİHM'in, Sözleşmeyi yorumlamakla yükümlü asıl organ olduğunu ve bu anlamda da kararlarına özel önem verilmesi gerektiğini; bu amaçla da, Strazburg Mahkemesinin içtihatlarındaki gelişmeleri düzenli olarak dikkate almak için çaba gösterdiğini eklemeyi de ihmal etmemiştir.³⁰

5. Anayasal Düzeydeki Çatışmanın Reel Bir Sorun Olup Olmadığı

Mahkeme kararlarının etkisini inceledikten sonra, tam bu noktada üzerinde durulması gerekli bir başka mesele de, teorik olarak bahsettiğimiz bu uluslararası norm-ulusal anayasal norm çatışmasının pratikte ne ölçüde gerçekleşebileceği; yani bunun teorik bir tartışmanın ötesinde reel bir sorun olarak belirip beliremeyeceğidir. Baştan söyleyelim ki, bu, günümüzde, aralarında AİHS'in de bulunduğu çoğu insan hakları sözleşmesine taraf olan (ülkemizin de aralarında bulunduğu) demokratik ülkelerde,

²⁷ Kural, s.1.

²⁸ 14.10.2004 tarih ve 2BvR 1481/041 sayılı karar.

²⁹ Kural, s.2.

³⁰ Kemal Başlar, *European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission) Secretariat Memorandum on Examples of Constitutional Case-Law of Countries in Which International Human Rights Treaties Take Precedence over National Law*, www.anayasa.gen.tr/baslar-hrtreaties.pdf, Erişim Tarihi: 1.2.2015, p.6.

esaslı-reel bir sorun değildir.³¹ Zira hemen hiçbir ülkenin anayasası, geldiğimiz nokta itibarıyla, bir uluslararası anlaşma, hele ki AİHS ile açık bir çatışma halinde değildir ve Türkiye bakımından da durum bundan farklı değildir. Nitekim ülkelerin AİHM'den aldıkları ihlal kararlarına bakıldığında, bunun doğrudan o ülkenin bir Anayasa kuralından kaynaklanması, belki hiç rastlanmayan, belki de nadir rastlanan bir durumdur. Genelde ihlaller, ya Anayasa dışındaki yasal düzenlemeden; hatta çoğu zaman bir yasa veya Anayasa kuralının ulusal mercilerce – mümkün olmasına rağmen – Sözleşme ile uyumlu yorumlanmamasından kaynaklanmaktadır. Türkiye için de bu tespit, aynen geçerlidir.³² Velhasıl, bugün için, Anayasamızda, başta AİHS olmak üzere herhangi bir uluslararası anlaşma ile uyumlu yorumlanması asla mümkün olmayacak bir hükme rastlamak zor olduğundan, böyle bir reel çatışma da, uzak ihtimaldir.³³

Ancak uzak ihtimal olsa da, Sözleşmenin, yargı organı tarafından dinamik yorumlanması olgusu karşısında, imkansız değildir. Örneğin Sözleşmenin ilgili hükmünün, otantik yorumlayıcı olan AİHM tarafından kamu çalışanlarına grev hakkı verir şekilde yorumlandığını düşünürsek, Anayasanın kamu görevlilerine grev hakkını vermeyen hükmü bağlamında, uygun yorumu mümkün olmayan bir çatışma söz konusu olabilecektir. Ancak bu halde bile bizce, Anayasanın ilgili (54/1) hükmünün işçilere grev hakkını verirken, kamu görevlilerine açıkça yasaklamadığı şeklinde bir yorum yapılması ve böylece ilgili Anayasa kuralının Sözleşme ile telif edilmesi düşünülebilir. Ancak şu an için böyle bir yorumu, Türk yargı mercilerinden beklemenin ne kadar gerçekçi olduğu da, ayrı bir meseledir.

Bu farazi örnek dışında, yukarıda yer verdiğimiz hükümlülerin oy hakkı bağlamında somut bir açık çatışma ihtimalinin belirdiği durumu da göz ardı etmemek gerekir. Yukarıda da değindiğimiz gibi, AİHM, cezaevinde cezasını çekmekte olan tüm hükümlülerin otomatik olarak oy kullanma hakkından mahrum bırakılmasını,

³¹ Hatta öğretide, bir yanda, uluslararası anlaşmaların soyut ve genel çerçeveye sahip ve yoruma açık yapıları, bir yandan da, ülkemizde kanunların, normatif yapısı itibarıyla, tüzük ve hatta yönetmelik ve genelgeler kadar ayrıntılar içeren nitelikleri düşünüldüğünde, kanun ve anlaşmaların aynı konuda farklı hükümler içermesinin, daha doğrusu, somut olayda içerdiği sonucuna varılmasının güç olduğu ve bu anlamda, m.90/5, c.3 anlamında "aynı konuda farklı hükümler içermek" bakımından, aynı konuda farklı hükümler içeren, aynı içerikte anlaşma ve kanun hükmü uyumsuzluğunun fazlaca olmayacağı ileri sürülmüştür (Karagülmez, s.172).

³² Örneğin, Anayasa Mahkemesi, tüzük veya programında federal devlete yahut temel anayasal esaslara aykırı bir hedefe yer verdiği için geçmişte birçok partiyi kapatmasına (ve bunların hemen hepsinde, AİHM tarafından Sözleşme ihlali bulunmasına) karşılık, Anayasadaki parti kapatma sebepleri aynen durmasına rağmen, Mahkeme'nin son yıllarda benzer davalarda kapatma kararı vermemiş (ve bunu yaptığı için de, Anayasayı açıkça ihlal etmekle suçlanmamış) olması, bizce, sorunun, anayasal bir kuraldan ziyade; onun uygulanma ve yorumlanmasından kaynaklandığının güzel bir örneğidir.

³³ Bu noktada belki Anayasanın m.38/10 hükmündeki "idarenin hürriyeti bağlayıcı müeyyide uygulamayacağı" kuralının istisnası olarak öngörülen "Silahlı Kuvvetlerin iç düzeni" kavramı akla gelebilir. Ancak bunun da bir emir değil; bir ruhsat hükmü olduğunu düşünürsek, bu hüküm de, bahsettiğimiz şekilde "uygun yoruma" engel değildir.

Sözleşmeye Ek 1 No'lu Protokol'ün 3. maddesine aykırı bulmuş; hükümlülüğün oy kullanmaya engel objektif bir sınırlama olabileceğini; ancak bu noktada bireyselleştirme yapılmadan örneğin bütün kasti suç hükümlülerinin oy kullanamamasını, ihlal olarak değerlendirmiştir.³⁴ Kararının yargısal aktivizm noktasındaki kritiği bir yana, AİHM kararlarının bağlayıcılığı şüphesiz olduğuna göre, bu noktadan sonra, Anayasanın kasti suçtan hükümlü bulunan tüm mahkumların oy kullanmasını kesin bir dille yasaklayan m.67/5 hükmünün açıkça Sözleşmeye aykırı olduğunu kabul etmek gerekir. İşin kötüsü, bu çatışma, telifi de mümkün olmayan (en azından çok güç olan) bir çatışmadır; zira Anayasa bu konuda çok ama çok açıktır. Böyle bir durumda, meselelerin, ya Sözleşme (Ek Protokol m.3) göz ardı edilerek Anayasa hükmünün (m.67/5) uygulanması; ya da Anayasa hükmünün göz ardı edilip Sözleşmenin uygulanması şeklinde çözülmesi mümkündür. İşte böyle bir durumda, biz, ulusal organların – uluslararası sorumluluğu göze alarak – Anayasa hükmünü uygulamaları gerektiğini düşünüyoruz.³⁵ Burada yapılması gereken, derhal ilgili Anayasa hükmünün tadil edilip Sözleşme ile uyumlu hale getirilmesidir ki; o da, tali kurucu iktidar olarak TBMM'nin sorumluluğundadır.

³⁴ Bkz.: yukarıda 21. dipnotta atf yaptığımız kararlar.

³⁵ Böyle bir durum, ulusal organlar önüne şu şekilde gelebilir: Kasti suçtan hükümlü bir kimse, AİHM'in bu kararını gerekçe göstererek seçimlerde oy kullanmak için ilgili idari mercie (örneğin cezaevi müdürlüğü, Adalet Bakanlığı vs.) başvurur. İşte bu başvuruyu sonuçlandırmakla görevli merci için, artık böyle bir mesele söz konusudur. Muhtemelen bu merci, Anayasanın açık hükmü karşısında bu kimşenin oy kullanma hakkının bulunmadığı yönünde bir karar verecektir. İşte bu karar da, idari yargı yoluna taşınacaktır. Böylece, idari yargı yerleri için de, bahsettiğimiz çatışma meselesi söz konusu olacaktır. Hatta buradan da – Anayasa'nın açık hükmü karşısında – çıkması muhtemel olumsuz bir karar, bireysel başvuru yoluyla nihai olarak Anayasa Mahkemesine taşınabilecek ve böylece bahse konu çatışma noktasında son sözü Anayasa Mahkemesi söyleyecektir. Biz, işin, bireysel başvuru formuna dönüştüğü andan itibaren boyut değiştireceğini ve Anayasa Mahkemesinin farklı bir çözüm yolu bulabileceğini düşünüyoruz. Bundan sonrası ayrı bir tartışma ve makale konusu olacak derinlikte olmakla birlikte, kısaca ifade etmek gerekirse, Anayasa Mahkemesinin, bireysel başvurunun mantığından hareketle, diğer mahkemelerin aksine Sözleşme hükmü doğrultusunda karar vermesi gerektiğini düşünmekteyiz. Buraya kadar söylediğimiz gibi, uyumlu yorum mümkün olmadığı böyle açık bir çatışmada, ulusal yargı organlarının yapması gereken, mecburen Anayasayı uygulamaktır ve bu farazi örnekte buraya kadarki idari ve yargısal mercilerin de, bu doğrultuda karar vermesi beklenmelidir. Ancak iş, bireysel başvuru usulüyle önüne gelen Anayasa Mahkemesi için bizce Sözleşmeyi uygulamak için, bireysel başvurunun mantığından kaynaklanan bir çıkar yol vardır. Şöyle ki, Anayasanın ilgili hükmü (m.148/3), bireysel başvuruya sadece AİHS kapsamındaki haklar için izin vermekte ve böylece Türkiye'nin AİHS bağlamındaki yükümlülüklerinin yerine getirilmesini ve AİHM tarafından verilecek mahkumiyetlerin engellenmesini amaçlamaktadır. Bu, bireysel başvuru mekanizması ve hakkının, bizzat bir Anayasa hükmünden kaynaklanan (anayasal) mantığıdır. Böylelikle, meselelerin, bir anlamda boyut değiştirilerek, Sözleşme-Anayasa çatışmasından Anayasa (m.67/5)-Anayasa (m.148/3) çatışmasına dönüştüğü kabul edilebilir. İşte bu noktada da, Anayasa Mahkemesinin işi, hiç şüphesiz biraz daha kolaylaşmaktadır. Mahkeme, sonraki tarihli düzenleme olarak m.148/3'ten hareketle Sözleşmenin (Ek 1 No'lu Protokol m.3) uygulanmasını tercih edebilir.

6. Bir Öneri: Ön-Denetim

Uluslararası anlaşmalara yönelik anayasal bir yargısal bir ön-denetimin işletilmesi meselesi de, yukarıda yer verdiğimiz sorunlar bağlamında üzerinde konuşulması gereken bir konudur. Öncelikle, bu tür sorunları bertaraf etmek adına, uluslararası anlaşmaların yürürlüğe konup iç hukukun bir parçası olması sürecinde, Anayasaya aykırı olan bir anlaşmanın kesinlikle onaylanmaması gerekir. İlk aşamada böyle bir denetim, elbette, bir uluslararası anlaşmanın imza ve onay aşamalarında rol alan yasa- ma ve yürütme organlarına düşmektedir. Örneğin Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde ki Anayasa Komisyonu vasıtasıyla bu denetim bir ölçüye kadar gerçekleştirilebilir. Ancak bu, her zaman garanti edilebilecek bir şey olmadığı gibi; iyi niyetle yaklaşıldığı takdirde dahi, teknik uzmanlık gerektiren konularda aykırılıkların saptanması, yargı- sal süreç kadar sağlıklı da olmayabilir. Bunun için, uluslararası anlaşmaların uluslara- rası hukuk anlamında yürürlüğe girmesini sağlayan gerekli işlemleri yapmadan önce, ön-denetim yoluyla Anayasa Mahkemesinin denetiminden geçirmek şeklindeki bir sistem düşünülebilir.³⁶

Halihazırda Anayasa Mahkemesi, m.90/5, c.2'deki muafiyetin, sadece usulüne göre yürürlüğe konmuş anlaşmalar için söz konusu olduğunu; uygun bulma kanunla- rının, hem şekil hem esas bakımından denetime tabi olduğunu söylemektedir.³⁷ Fakat uygun bulma kanunlarına yönelik böyle bir esas denetimi, onay kanunlarının, an- laşmanın metnini içermeyen ve sadece ismi zikredilen anlaşmanın onaylanmasının uygun bulunduğunu belirten içeriği ("esası") düşünüldüğünde, aşırı zorlama bir yorum yapılmadığı müddetçe, pratik anlamda gerçek bir denetim imkanı sağlamadığı açıktır. Nitekim Anayasa Mahkemesi de, yukarıda zikrettiğimiz kararlarında, uygun bulma kanunları denetlenirken bu kanunun denetimi yoluyla anlaşmalar hakkında değer- lendirme yapılamayacağını; aksi durumun Anayasa'nın 90. maddesindeki yasaklayıcı

³⁶ Bu konuda ayrıntılı bir tartışma için bkz.: Kemal Başlar, **Antlaşmaların Usulüne Göre Yürürlüğe Girmesi Sorunu**, Prof. Dr. Ramazan Arslan Armağanı, Cilt:1, 2015, s.267-323.

³⁷ E. 1996/55, K. 1997/33 sayı ve 27.2.1997 tarihli karar. Benzer doğrultuda bkz.: E. 2010/92, K. 2012/86 sayı ve 31.5.2012 tarihli karar; E. 2011/47, K. 2012/87 sayı ve 31.5.2012 tarihli karar; E. 2011/48, K. 2012/88 sayı ve 31.5.2012 tarihli karar.

düzenlemeyi etkisiz hale getireceğini belirtmiştir.³⁸ Bu itibarla da, uluslararası anlaş-

³⁸ Uygun bulma kanunlarının Anayasa Mahkemesi denetimine tabi olup olmadığı meselesi, Türk öğretisinde tartışmalıdır. Çoğunluk, onay kanunları da denen bu uygun bulma kanunlarının sadece şeklen denetlenebileceğini ve esas yönünden denetlenemeyeceği; yahut esas yönünden denetlenebilese bile, uygun bulma kanunlarının genelde onay, yürürlük ve yürütme olmak üzere 3 maddeden ibaret olduğu ve onaylanması uygun bulunan anlaşmanın hükümlerine yer vermediği düşünüldüğünde, bu esas denetiminden, pratikte bir anayasaya aykırılığın çıkmayacağı görüşündedir. (Bkz. Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin, Ankara, 11. Baskı, 2010, s.229- 230; ayrıca bkz.: Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin, Bursa, 2000, s.455, 456). Buna karşılık örneğin Soysal, aksi görüştedir. Yazar, burada doğrudan doğruya anlaşmanın metninin değil, Anayasaya aykırılıklar taşıdığı iddia olunan bir anlaşmanın, Anayasaya uygun davranmak zorunda olan ve Anayasaya sadakat borcu taşıyan TBMM tarafından onaylanmasının denetleniyor sayılması gerektiğini ileri sürmektedir (Mümtaz Soysal, **Uluslararası Andlaşmalar Konusunda Anayasa Yargısı**, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:14, 1997, s.178). Anayasa Mahkemesi ise, yukarıda zikrettiğimiz kararlarında, *uygun bulma kanunlarının elbette şeklen denetlenebileceğini; ancak bildiği gibi şekil denetiminin son oylamanın öngörülen çoğunlukla yapılp yapılmadığı ile sınırlı olduğunu; esas bakımından denetim noktasında ise, uygun buldukları anlaşmayı tekrar etmeyen ve ilke olarak üç maddeden oluşan uygun bulma kanunlarının esas yönünden denetimini yapmayı kabul etmenin, anlaşmanın içeriğine ilişkin çeşitli değerlendirmelerde bulunmayı gerektirdiğini; bu itibarla uygun bulma kanununun anlaşma kuralları gözetilerek incelenmesinin anlaşma kurallarının dolaylı olarak denetlenmesi anlamına geleceğini; oysa 90. maddenin böyle bir incelemeyle engel olduğunu; bu sebeple uygun bulma kanununun onaylanmasını uygun bulduğu anlaşmadan ayırlamayan, ancak onunla birlikte anlam ve etki taşıyan nitelikteki hükümlerinin esas bakımından denetlenebilmesinin söz konusu olmadığını düşünmektedir.* (Mahkemenin 1997 tarihli ilk kararında 11 üyeden 3'ü, yukarıda Soysal'ın belirttiği argümana katılır nitelikte karşı oy yazmışken; sonraki üç karar, oybirliğiyle çıkmıştır. Üstelik son iki kararda, Mahkemenin toplantıya katılan 16 üyesinden 7'si, AYM'nin yetkisizliğinden ötürü, esasa dahi girilmeksizin ilk inceleme aşamasında red kararı verilmesi gerektiğini düşünmektedir.) Bu noktada bir değerlendirme için bkz.: Serkan Köybaşı, **Yargı Denetiminden Milletlerarası Andlaşmalar Yoluyla Kaçmak: Akkuyu Nükleer Güç Santrali Anlaşması**, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Legal, Cilt:3, Sayı:5, 2014, s.343 vd.

Uygun bulma kanunlarının denetlenmesi yönünde şöyle bir argüman da ileri sürülebilir: Gerçekten, Cumhurbaşkanı tarafından onaylandığı andan itibaren ortada AY m.90/5, c.2 anlamında bir uluslararası anlaşma vardır ve denetim yasağı da o andan sonra başlar. Uygun bulma kanunu ise, bundan önceki bir aşamaya ilişkin bir işlemdir. Eğer, bu yorum, uygun bulma kanununu denetlemek üzerinden uluslararası anlaşmanın bizzat kendisini denetlemeye kapı açmayacaksa, problem yoktur. Zira, Anayasa, usulüne göre onaylanmış olsa bile, denetim yasağını, anlaşmanın kendisi için getirmektedir; yoksa uygun bulma kanunu için değil. Uygun bulma kanunu, hiç böyle zamansal bir ayırım (Cumhurbaşkanı'nın onayı öncesi-sonrası) zorlamasına girmeden, normal her kanun gibi, hem şekil hem de esas bakımından denetime tabidir (farklı görüşler olduğuun, yukarıda belirtmiştir). Fakat burada niyet, böyle bir zamansal ayırım yapıp, uygun bulma kanununu, asıl anlaşma metniyle beraber değerlendirmek ve esas denetiminde, anlaşmanın hükümlerine de bakmak ise, bunun, Anayasayı dolanmanın, ders olarak okutulabilecek güzel bir örneği olduğu söylenebilir. Anayasanın, uluslararası anlaşmaları neden denetim dışı bıraktığı düşünüldüğünde, bu denetimi uygun bulma kanunu üzerinden yapmak, anayasa koyucunun yargı muafiyeti tanıyarak kaçınmak istediği sonuçların, başka bir yoldan doğmasına yol açmaktan başka bir anlama gelmeyecektir. Ancak ilişkin olduğu anlaşmanın içeriğini denetlemeye yol açmayacak bir şekil/esas denetimi (belirttiğimiz gibi, esas denetimi yönünden pratikte çok bir anlam ifade etmeyecek olsa da), elbette mümkündür. Aybay ise, anlaşmaya ilişkin uygun bulma kanununun, Cumhurbaşkanı anlaşmayı onaylamasından önce esas yönünden denetlenebileceğini; çünkü bu aşamada henüz AY m.90/5, c.2 anlamında usulüne göre yürürlüğe girmiş ve dolayısıyla da anayasal denetim yasağına tabi bir anlaşmanın bulunmadığını söylemektedir. Fakat yazara göre, bu denetimin yapılabileceği süre, pratikte bu denetimi imkansızlaştıracak ölçüde kısadır. (Yazar, TBMM'nin çıkardığı uygun bulma kanununun Resmi Gazetede yayımlandığı an ile bunun akabinde o anlaşmanın Bakanlar Kurulu kararnesiyle Cumhurbaşkanı tarafından onaylandığı an

malar bakımından ön-denetimin gelmesi düşünülebilir.³⁹

Bu noktada, Anayasanın, uluslararası anlaşmaların *sonradan* yargısal uygunluk denetimine konu edilmemesi yönündeki sistemi, bizce isabetlidir. Öğretide, uluslararası anlaşmaların da, Anayasaya aykırı olabilecekleri ve bu itibarla aynı kanunlar gibi, yargısal denetime tabi olmaları gerektiği yönünde görüşler olsa da;⁴⁰ biz, uluslararası anlaşmaların mahiyeti gereği böyle bir sonradan (*a posteriori*) denetimin uygun olmadığı;⁴¹ öğretide bu görüşü savunuların haklı kaygılarını bertaraf etmek adına, önceden (*a priori*) denetimin getirilebileceği kanaatindeyiz.⁴² Nitekim dünyada da, uluslararası anlaşmaların yargısal denetimine izin veren ülkeler, bunu, genelde ön-denetim şeklinde organize etmiştir.⁴³

Ön-denetim sistemi, bize kural olarak yabancı olmakla birlikte; sürecin aksamaması adına belli bir sürede gerçekleştirilmek üzere, uluslararası anlaşmalarla sınırlı böyle bir sistemin benimsenmesi düşünülebilir. Yasa koyucunun iradesine müdahale olarak görülebilecek bir ön-denetim, aslında uluslararası anlaşmaların, temelde yürütme organı tarafından müzakere ve imza edilip onaylandığı, yasama organının sadece onaylamayı uygun bulma anlamında – ki her anlaşma bakımından değil – devreye girdiği düşünüldüğünde, makul görülebilir. Bilindiği gibi, sistemimizde, yürütme organı,

arasında bu denetimin yapılabileceğini ve bu sürenin ise çok kısa olduğunu belirtmektedir. Hatta yazar, Cumhurbaşkanı onayından sonra bile Anayasa Mahkemesinin uygun bulma kanununu esas yönünden denetleyebileceğini; çünkü uygun bulma kanunu, esas veya şekil yönünden iptal edilse bile, Anayasa Mahkemesinin iptal kararları geriye yürümediğinden, Cumhurbaşkanı'nın onayının, ortada henüz iptal edilmemiş geçerli bir kanun varken gerçekleştiği için, bu iptal kararından etkilenmeyeceğini belirtmektedir.) (Aybay, s.192.)

³⁹ Bu konuda öneriler için bkz.: Köybaşı, s. 356; Ömer Gedik, **Türkiye Cumhuriyeti ile Rusya Federasyonu Arasında Bir Nükleer Güç Santralinin Yapımına İlişkin Antlaşmanın Hukuki Niteliğinden Hareketle 1982 Anayasası Madde 90'ın İncelenmesi**, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Legal, Cilt:3, Sayı:5, 2014, s.359.

⁴⁰ Başlar, s.50. Yazar, uluslararası anlaşma hükümlerinin çoğunlukla somut olmaması nedeniyle, ön-denetim aşamasında dikkate alınamayan ihtimallerin sonradan ortaya çıkabileceğini; bu yüzden hem "ön" hem de "sonradan" denetimin düşünülmesi gerektiğini söylemektedir (*Ibid.* s.60).

⁴¹ Örneğin, bu durumda, aykırılık halinde olası bir iptalin, o devletin o anlaşma çerçevesindeki uluslararası yükümlülüklerini ortadan kaldırmayacağı açıktır. Böyle bir durumda, ya sorumluluk göze alınarak anlaşmadan vazgeçilecek, ya da denetimi yapan organın (mesela anayasa mahkemesi) gerekçeleri doğrultusunda anayasanın değiştirilmesi gerekecektir.

⁴² Nitekim özellikle 2000'li yıllarda farklı sivil toplum kesimleri tarafından hazırlanan yeni anayasa tasarılarının bir kısmında bu yönde düzenlemeler yer almıştır. Ayrıca Aybay, bugünkü 90. maddenin 1961 Anayasasındaki selevi olan 65. maddenin kabulü sürecinde ortaya konmuş olan farklı üç tasarıda (Ön-tasarı, SBF Tasarısı ve *Temsilciler Meclisi tasarısı*) ve 1982 Anayasasına ilişkin Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler ve Hukuk Fakülteleri öğretim üyelerince hazırlanan anayasa önerisinde de, bu yönde bir düzenlemenin mevcut olduğu; ancak bu önerilerin Milli Birlik Komitesi (1961) ve Milli Güvenlik Konseyi'nce (1982) dikkate alınmadığı ve/veya kabul görmediği bilgisini vermektedir (Aybay, s.189, 192).

⁴³ Mukayeseli hukukta bu konuda örnekler için bkz.: Başlar, s.53 vd.

bazı işlemleri yapmak için yargı organlarına inceleme, görüş bildirme şeklinde bir nevi ön-denetim yaptırmak (tüzükler ve imtiyaz sözleşmelerinde olduğu gibi) zorundadır. İşte burada da, bir uluslararası anlaşmanın onaylanması aşamasında TBMM'ye sunulacak onay kanununa dair Bakanlar Kurulu tasarısında veya TBMM tarafından uygun bulunması gerekmeyen bir anlaşma bakımından onay kararnameyi aşamasında, Anayasa Mahkemesine böyle bir ön-denetim yaptırılabilir. Böylece, yargısal ön-denetim, idari safhada söz konusu olacak; yasama organının iradesine bir müdahale söz konusu olmayacaktır. Ön-denetim neticesinde de, Anayasa Mahkemesince Anayasaya aykırı olarak görülen bir anlaşmanın yürürlüğe girebilmesi için, Anayasanın ilgili hükümlerinin değiştirilmesi gerekecektir. Böylece Anayasaya aykırı bir uluslararası anlaşmanın mevzuata girmesinin yukarıda değindiğimiz sakıncaları da, bir ölçüde bertaraf edilmiş olabilir.⁴⁴

Ancak bu sistem gelene kadar, mevcut anayasal çerçeve bağlamında ne yapılabilir sorusuna döndüğümüzde; mümkün mertbe Anayasayı Sözleşme ile uyumlu yorumlamak; ancak bunun mümkün olmaması halinde ise, mecburen Anayasayı uygulamak (fakat bireysel başvuru söz konusu olursa, farklı bir çözümün benimsenebileceğini yukarıda belirtmiştik; aşağıda da ayrıca değineceğiz) gerekecektir. Bu süreçte yapılması gereken de, anlaşmaların kanunlardan ve hatta Anayasadan üstte mi altta mı yer aldığı şeklinde bir tartışma yaparak devletin milli reflekslerini harekete geçirmek yerine, Anayasanın Başlangıç kısmının 2. paragrafında da belirtildiği gibi, dünya milletlerinin şerefli bir üyesi olarak uluslararası hukukun üstünlüğü ilkesine derinden bağlılık zaviyesinden meseleye bakmak olmalıdır. Hem böylece, ne olursa olsun kaçınılmaz olan uluslararası sorumluluk noktasında da bile bile lades denmemiş olacaktır.⁴⁵

⁴⁴ Ancak yukarıdaki oy verme hakkı örneğini ve bu bağlamda örneğin AİHS'in AİHM tarafından ortaya konan dinamik ve yaşayan bir belge karakterini düşündüğümüzde, bu tehlikenin ön-denetim mekanizması ile dahi tamamen ihtimal dışı kalacağını söyleyemeyiz. Zira Sözleşmeye Ek 1 No'lu Protokol'ün serbest seçim hakkını düzenleyen 3. maddesinin, Anayasa Mahkemesinin ön-denetiminden geçirildiğini düşünelim. Anayasa Mahkemesi, çok büyük ihtimalle, AİHM'in bahsettiğimiz kararlarından önce, söz konusu hükmün, tüm kasti suçtan hükümlülerin otomatik olarak oy kullanamamaları gibi bir durumla bağdaşmadığı yorumunu yapmayacak ve ön-denetim neticesinde, Sözleşmenin Anayasaya (mesela Anayasanın m.67/5 hükmüne) uygun olduğu yönünde görüş bildirecekti. AİHM'in Sözleşme hükümlerinin kapsamına giren hakları genişletmedeki yargısal aktivizminin önceden tahmin edilmesi mümkün olmadığından, ön-denetim de, bir yere kadar böyle bir çatışma ihtimalini bertaraf etmeye muktedirdir.

⁴⁵ Örneğin bu *uluslararası hukuk-ulusal hukuk ilişkisi/çatışması*, Avrupa Birliği hukuk düzeninde de söz konusu olmuş; Birliğin yargı organı olan Adalet Divanı, örgütün kurulduğu ilk yıllardan itibaren Topluluk Hukukunun üstünlüğü noktasında oldukça inatçı davranmış ve Topluluk normlarının, ulusal hukukun hiçbir normu gerekçe gösterilerek göz ardı edilemeyeceğini ve tüm ulusal mercilerin Topluluk normuyla çatışan ulusal normu – velev ki anayasa kuralı olsun – uygulamamakla yükümlü olduklarını söylemiş; buna karşılık bilhassa Alman ve İtalyan mahkemeleri, bu noktada oldukça hassas ve kısıkanç davranmış ve bu üstünlük doktrinine direnmişlerdir. Ancak neticede bu çatışma, bir anlamda tatlıya

7. Bir Başka Öneri: Onay Sisteminde Revizyon

Bu noktada, uluslararası anlaşmalara kanunlar karşısında üstünlük tanınacağı ihtimallerde, anlaşmaların onay ve yürürlük usullerinde de bir revizyon düşünülmelidir. Zira bilindiği gibi, bazı uluslararası anlaşmalar, TBMM tarafından onaylanması uygun bulunmadan onaylanabilmektedir.⁴⁶ TBMM devreden çıkartılarak tamamen yürütmenin inisiyatifıyla onaylanan ve yürürlüğe giren bir uluslararası anlaşmaya, kanunlar karşısında üstünlük tanınmasını (yani bir anlamda kanunları zımnen ilga etme yetkisi vermesini), herhalde başta yasama yetkisinin devredilmezliği olmak üzere birçok temel anayasal ilkeyle telif etmenin imkanı yoktur. O yüzden böyle genel bir üstünlük getirilecekse, TBMM'nin buradaki denetiminin tam olması gerektiği⁴⁷ veya TBMM'nin denetimi ve iradesinden geçen anlaşmaların bu üstünlükten yararlanabileceği söylenebilir.⁴⁸

8. Bireysel Başvuru Müessesesinin AİHS'in İç Hukuktaki Yerine Etkisi

Bilindiği gibi, 2010 yılında anayasa değişikliği ile, kişilere, hak ve özgürlüklerinin ihlali halinde Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapma hakkı verilmiş ve

bağlanmış ve bilhassa insan haklarının korunması noktasında AB'nin aldığı mesafeyi yeterli gören ulusal yüksek mahkemeler, kural olarak Topluluk/Birlik normlarını kendi Anayasalarına uygunluk açısından denetlemekten vazgeçmiş ve Topluluk/Birlik Hukukunun üstünlüğünü – kayıtsız şartsız olmasa da – kabul etmiştir. Nitekim öğretide de, özellikle ulusal yargı organları nezdinde amiyane tabirle "alerji" yapabilecek ve angajmana yol açabilecek üstünlük (supremacy) yerine, *Topluluk/Birlik Hukukunun önceliği* (primacy) kavramı zaman zaman tercih edilmeye başlanmıştır. Bizde de, uluslararası hukukun ve özel olarak da AİHS'in iç hukuka ve dahi Anayasaya üstünlüğü yerine; açık bir çatışma halinde, bizzat Anayasanın felsefesi itibarıyla uluslararası hukuka açıklık ve saygıyı öngörmesine bağlı olarak, anlaşma kurallarının "öncelikle" uygulanacağını, diğer bir deyişle uygulanmasının tercih edileceğini kabul ederek meseleye bakılabilir.

⁴⁶ Hatta öğretide Başlar'ın belirttiğine göre, uygulamada, neredeyse birçok anlaşma, TBMM'ye sunulmadan Bakanlar Kurulu onayıyla yürürlüğe girmekte olup; bu anlamda, istisna olması gereken durum, asıl kural olan duruma dönüştürülmüş durumdadır (*Ibid.* s.30). Türk Hukukunda uluslararası anlaşmaların imzalanması ve onaylanmasına ilişkin bir çalışma için bkz.: Servet Armağan, **1982 Anayasası'nda Uluslararası Andlaşmaların İmzalanması ve Onaylanması Sistemi**, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:17, 2000.

⁴⁷ Aynı doğrultuda bkz.: Gönenç, s.2. Hatta Meclis'in bu iradesinin de, en azından üye tam sayısının fazlası şeklindeki bir nitelikte çoğunlukla alınması önerilmiştir (Başlar, s.33, 34).

⁴⁸ Aynı doğrultuda bkz.: Başlar, s.31. Mukayeseli hukukta, koruyucu nitelikte benzer anayasal düzenlemeler için bkz.: Başlar, s.31 vd.). Örneğin Portekiz'de, uluslararası anlaşmalar için bir ön-denetim mevcut olup, Anayasa Mahkemesinin anayasaya aykırı bulduğu bir anlaşmanın Parlamento'da kabulü için, üye tam sayısının yarısından az olmamak üzere toplantıda hazır bulunanların 2/3'ünün oyu gerekir (m.278, 279). Benzer şekilde, kanunların anayasaya uygunluğunun denetlenemediği Hollanda'da da, Anayasanın bir hükmüyle çatışan bir uluslararası anlaşmanın onaylanabilmesi için Parlamento'da 2/3 çoğunluk gereklidir (m.91/3). Bizce, bir yargı organının anayasaya aykırı bulduğu bir normun, Parlamento'da normalden daha yüksek bir çoğunlukla da olsa onaylanabilmesi, yargısal denetimin mantığı ve kuvvetler ayrılığı fikri noktasında biraz problemlidir. Bu yüzden böyle bir yöntemin Türk Hukukunda kabulünü doğru bulmamaktayız.

bu müessese, gerekli yasal düzenlemelerin ardından 2012 yılında işlemeye başlamıştır. Bu müesseseyi incelemek, elbette bu makalenin konusu değildir. Ancak, bireysel başvurunun getiriliş amacı ve şartları, bizce, diğer uluslararası anlaşmalardan farklı olarak AİHS'in yerine ve bu bağlamda AİHS-Anayasa çatışmasına (AİHS-kanun çatışması, zaten 2004 değişikliği ile çözülmüştü) farklı bir boyut katmıştır. Bu hakkın tanınmasında, gerek "sebeplere" gerekse hakkın işleyiş şartları noktasında, AİHS'in önemli bir yer tuttuğunu bilmekteyiz. Bu hakkın getiriliş gerekçelerinden birisinin (ve belki de en önemlisinin), Türkiye'nin AİHS bağlamında AİHM nezdindeki parlak olmayan sicil ve sürekli aleyhine ihlal kararı verilmesinin doğurduğu maddi-manevi sorunları bir nebze olsun bertaraf etmek olduğu, herkesçe malumdur. O halde sistemin de, bu mantığa uygun şekilde işletilmesi, elzemdir. Öte yandan bu gerekçeyi desteklemek adına, hakkın işletilmesinin şartları noktasında da, Anayasa ile birlikte AİHS kapsamındaki bir hakkın ihlal edilmiş olması aranmıştır. Bu da, isabeti noktasındaki kritiği bir yana, sistemin AİHS'teki hakları korumaya endekslendiğini göstermektedir. İşte bu durumda, bizce, AİHS'in Anayasa karşısındaki konumu ve AİHS ile Anayasa hükümleri arasındaki muhtemel bir çatışmada izlenecek yola, birtakım etkileri olmalıdır.⁴⁹

Bir örnekle izah etmek gerekirse, yukarıda oy verme hakkı bağlamında verilen örnekten ve orada bıraktığımız yerden devam edebiliriz. Hatırlanacağı üzere, oradaki yarı gerçek yarı farazi olayda, cezaevinde kasti bir suçtan hükümlü olarak bir kimsenin iç hukukta hakkını araması serüvenini vermişti. Ve, her ne kadar AİHM, o kimseye oy hakkının verilmemesini, 1 No'lu Protokol'ün 3. maddesi anlamında bir ihlal saysa da, Anayasanın 67/5 hükmünün açıklığı ve Sözleşme ile uygun yoruma imkan vermemesi karşısında, tüm yargı yerlerinin Anayasanın ilgili hükmünü uygulaması gerektiğini söylemiştik. Bu, bizim, insan haklarına dair anlaşma (ve dolayısıyla AİHS)-Anayasa çatışmasında, ulusal mercilerin izlemesi gerektiğini düşündüğümüz yoldu. Ancak bu kimse, meseleyi, bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesinin önüne getirirse, Mahkeme'nin bireysel başvurunun mantığından kaynaklanan sebeplerle farklı bir çözümü benimseyebileceğini söylemiş ve orada bırakmıştık.

İşte buradaki "bireysel başvurunun niteliği ve mantığından kaynaklanan farklı çözümü gerektiren sebepler", hemen yukarıda değindiğimiz, bu müessesenin AİHS'teki hakları güvence altına almak ve AİHM nezdindeki mahkumiyetleri engellemek şeklindeki işlevi; bu sebeplerin gerektirdiği farklı çözüm ise, burada Anayasanın değil, Sözleşme hükmünün (ve dolayısıyla ona AİHM'in verdiği anlamın) uygulanmasıdır. Zira burada, bizzat bireysel başvuru hakkını tanıyan Anayasa hükmü olan 148/3.

⁴⁹ Bireysel başvurunun genel mahkemelerin insan hakları konusundaki rolüne etkileri hakkında bir çalışma için bkz.: Halil İbrahim Dursun, *Bireysel Başvuru Mekanizmasının Kabulü Sonrasında Genel Mahkemelerin İnsan Hakları Konusundaki Rolü ve Bu Bağlamda Anayasa'nın 90. Maddesinin 5. Fıkrası*, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2014/112, s.297 vd.

madde, kanaatimizce, Sözleşmenin uygulanmasını gerektirmektedir. O halde burada bir *Anayasa-Sözleşme* çatışması değil; artık *Anayasa (m.67/5)-Anayasa (m.148/3)* çatışması söz konusudur. Böyle olunca da, Anayasa Mahkemesi, iş, bireysel başvuru yoluyla önüne geldiğinde, sonraki düzenleme olan 148/3'ü ve böylece onun delaletiyle Sözleşmeyi (Ek 1 No'lu Protokol'ün 3. maddesini) uygulayabilir. Böyle bir çözüm, bizce, bireysel başvurunun (ve dolayısıyla Anayasanın 148/3. maddesinin) mantığına daha uygun olacaktır. Bu, bireysel başvuru mekanizmasının, Sözleşme-Anayasa çatışmasına ilişkin yapabileceği bir katkı olarak görülmelidir.

SONUÇ

Başta AİHS olmak üzere uluslararası anlaşmaların yeri meselesi, Türk anayasal sisteminde daima tartışmalı bir mesele olmuştur. Gerek öğreti gerek içtihat, burada oldukça zengin bir birikime sahiptir. Anayasada, 2004 yılında, bu meseleyi çözüme kavuşturmak adına bir revizyona gidilmişse de, yapılan düzenleme, tartışmaları bir ölçüde bitirmiş ve başta AİHS olmak üzere uluslararası anlaşmaların iç hukuktaki hiyerarşik yerinin dışında başka soru ve sorunlara da kapı aralamıştır.

Ulusal normun uluslararası normdan daha lehe bir düzenleme içermesi, doğrudan uygulanabilen ve uygulanamayan norm meselesi, bir çatışma halinde Anayasa Mahkemesine itiraz yolunun nasıl işletileceği, uluslararası mahkeme kararlarının buradaki etki ve değeri, uluslararası anlaşmalara yönelik ön-denetimin uygulanabilirliği ve bireysel başvuru mekanizmasının konuya etkileri gibi meseleler, bu bağlamda cevap bekleyen konulardır.

Çatışmanın AİHS-kanun boyutu, bilhassa 2004 değişikliklerinden sonra netlik kazanmışsa da; AİHS-Anayasa boyutu, halen daha cevap bekleyen soruları barındırmaktadır. 1982 Anayasasının, özellikle 2000'li yıllardan sonra yapılan değişikliklerle birlikte, AİHS ile büyük oranda uyumlaştırıldığı düşünüldüğünde, bu noktada gerçek bir çatışma ihtimali az olsa da, özellikle Sözleşmenin yargı organı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Sözleşmeyi dinamik bir belge olarak sürekli geliştirmesi ve içerdiği güvencelerin kapsamını genişletmesi sebebiyle, böyle bir çatışma ihtimali, her zaman vardır.

KAYNAKÇA

- Ali Karagülmez, 5170 Sayılı Yasa'yla Anayasa'nın 90. Maddesinde Yapılan Değişikliğe Bir Bakış, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:54, 2004.
- Aslan Gündüz, **İnsan Hakları ile İlgili Uluslararası Sözleşmelerin Kurduğu Denetim Organları Kararlarının Hukukumıza Etkileri, İnsan Hakları ve Yargı (Sorunlar ve Çözümler)**, Ankara, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, 1998.
- Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu; **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta Yayınevi, 9. Basi, İstanbul, 2009.
- David J. Harris, Michael O'Boyle, Colin Warbrick, **Law of the European Convention on Human Rights**, 3. Ed., Oxford University Press, Oxford, 2014.
- Derya Belgin, **Anayasa'nın 90. Maddesinde (7 Mayıs 2004) Yapılan Değişikliğin Getirdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl:66, Sayı:4, Güz 2008.
- Feyyaz Gölcüklü, Şeref Gözübüyük, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Turhan Kitabevi, Genişletilmiş 3. Basi, Ankara, 2002.
- Halil İbrahim Dursun, **Bireysel Başvuru Mekanizmasının Kabulü Sonrasında Genel Mahkemelerin İnsan Hakları Konusundaki Rolü ve Bu Bağlamda Anayasa'nın 90. Maddesinin 5. Fıkrası**, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:112, 2014.
- Kemal Başlar, **Antlaşmaların Usulüne Göre Yürürlüğe Girmesi Sorunu**, *Prof. Dr. Ramazan Arslan Armağanı*, Cilt:1, 2015, s.267-323.
- Kemal Başlar, **European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission) Secretariat Memorandum on Examples of Constitutional Case-Law of Countries in Which International Human Rights Treaties Take Precedence over National Law**, [www.anayasa.gen.tr/baslar-hrttreaties.pdf](http://baslar-hrttreaties.pdf), Erişim Tarihi: 1.2.2015, p.6.
- Kemal Başlar, **Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine**, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni: Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan*, 24/1-2, 2004.
- Kemal Başlar, **Yeni Sivil Anayasada Uluslararası Hukuka İlişkin Hükümler**, <https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/dr-kemal-baslar.pdf>, Erişim Tarihi: 11.3.2016.
- Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku**, Ekin, Bursa, 2000.
- Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin, Bursa, 17. Baskı, 2004.
- Levent Gönenç, Selin Esen, **The Problem of Application of Less Protective International Agreements in Domestic Legal Systems: Article 90 of the Turkish Constitution**, *European Journal of Law Review*, Volume: 8, No:4, 2006.
- Mesut Gülmez, **Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri**, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 54, 2004.
- Mümtaz Soysal, **Uluslararası Andlaşmalar Konusunda Anayasa Yargısı**, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:14, 1997.
- Necmi Yüzbaşıoğlu, **Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine**, *İnsan Hakları Merkezi Dergisi*, Cilt:11, Sayı:1, Mayıs 1994.
- Osman Can, **Imperatoris Locuta Causa Finita? Anayasa'nın 90. Madde Değişikliği ve Anayasa Yargısı**, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl: 2005, Sayı:1
- Ömer Gedik, **Türkiye Cumhuriyeti ile Rusya Federasyonu Arasında Bir Nükleer Güç Santralinin Yapımına İlişkin Antlaşmanın Hukuki Niteliğinden Hareketle 1982 Anayasası Madde 90'ın İncelenmesi**, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Legal, Cilt: 3, Sayı:5, 2014.

- Rona Aybay, **Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri**, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 70, 2007.
- Serkan Köybaşı, **Yargı Denetiminden Milletlerarası Andlaşmalar Yoluyla Kaçmak: Akkuyu Nükleer Güç Santrali Anlaşması**, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Legal, Cilt: 3, Sayı:5, 2014.
- Servet Armağan, **1982 Anayasası'nda Uluslararası Andlaşmaların İmzalanması ve Onaylanması Sistemi**, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:17, 2000.
- Şahnaz Gerek, Ali Rıza Aydın, **Anayasa'nın 90. Maddesi Değişikliği Karşısında Yasaların Geleceği ve Anayasal Denetim**, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı:55, 2004.
- Tolga Şirin, **Üçüncü Yılda Bir Bilanço: Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Usulünün ve Kararlarının Değerlendirilmesi**, 30-31 Mayıs 2015 tarihli *Kamu Hukukçuları Platformu Toplantısında Sunulan Bildiri*, http://www.kamuhukukculari.org/upload/dosyalar/Tolga_Airin_333_1.pdf, Erişim Tarihi: 25.10.2015.