

MAKALELER/ARTICLES

- Araştırma Makalesi -

⚡ **ANAYASA MADDE 90 GEREĞİ ULUSLARARASI HUKUKUN
İÇ HUKUKTA UYGULANMASINDA ÇATIŞAN NORMLAR
SORUNU: SİYASAL İTİRAZLARA HUKUKSAL YANITLAR***
(DOMESTIC IMPLEMENTATION OF INTERNATIONAL LAW UNDER ARTICLE 90
OF THE TURKISH CONSTITUTION: LEGAL RESPONSES TO
POLITICAL OBJECTIONS)

Tolga Şirin
Necdet Umut Orcan*****

ÖZ

Anayasa'nın uluslararası sözleşmelerin uygulanma usulünü belirleyen 90'ıncı maddesinin son fıkrası, Türkiye'de demokratik hak mücadelesi veren kesimlerce en çok bilinen hükümlerden biridir. Ancak hüküm yürürlüğe girdikten on yedi yıl sonra dahi hukuksal anlamı üzerindeki tartışmalar bitmiş değildir. Bu doğrultuda makale önce bu hükmün hukuksal anlamını kısaca ele almakta, hâkim görüşün aksine hükmün bir

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 07.09.2021 tarihinde Yayinevimize ulaşılmış olup, 13.09.2021 tarihinde birinci hakem; 20.09.2021 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** Doçent Doktor, Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, E-posta: tolgasirin@gmail.com, ORCID: 0000-0002-7172-5426

*** Araştırma Görevlisi, Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İnsan Hakları Anabilim Dalı, E-posta: necdetumutorcan@gmail.com, ORCID: 0000-0002-9161-1928

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazarlar tarafından çıkar çatışması bildirilmemiştir.

Finansal Destek: Yazarlar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmişlerdir.

Katkı Payı Oranı: Yarı yarıya (%50/%50)'dir.

Bu makaleye atıf için; Şirin, Tolga, Orcan, Necdet Umut, "Anayasa Madde 90 Gereği Uluslararası Hukukun İç Hukukta Uygulanmasında Çatışan Normlar Sorunu: Siyasal İtirazlara Hukuksal Yanıtlar", Anayasa Hukuku Dergisi, Cilt No.: 10, Sayı No.: 20, 2021, s. 301-358.

normlar kademelenmesine işaret etmediğini savunmaktadır. Yazarlara göre; çokça tartışılmış teorik sorunlar ne denli başarıyla aşılsa aşılsın, uluslararası sözleşmeleri uygulayacak ulusal organlar pek çok pratik sorunla da yüzleşmek durumundadır.

Makalenin kalan bölümü uygulamadaki sorunlara ayrılmıştır. Uluslararası hukuk kendi içerisinde mutlak bir uyum içerisinde olmadığından, uygulamacılar önlerindeki soruna uygulanabilecek çatışan birden çok uluslararası sözleşmeyle karşılaşabilir. Yahut uluslararası sözleşmeler anayasa, yüksek yargı kararları veya “denetlenemez normlar” ile çatışıyor olabilir. Böyle durumlarda uygulamacılar uluslararası sözleşmeye uyum görevini nasıl yerine getirecektir? Makale “insan hakları lehine yorum” ve “uluslararası hukukla dost” yorum kuralları ışığında bu sorunların önemli bir bölümünün çözülebileceğini savunmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Sözleşmeler, Milletlerarası Andlaşmalar, Madde 90, Uluslararası Hukuk, Uluslararası Hukukla Dost Yorum, Uluslararası Mahkeme Kararları

ABSTRACT

Article 90/5 of the Turkish Constitution, one of the most well-known constitutional provisions to Turkish human rights defenders, lays down the reception process of international treaties into domestic law. Despite its fame, the debate on the legal meaning of that provision continues after seventeen years of its enactment. The first part of the article briefly presents our take on that debate. Contrary to the dominant discourse, we argue that the provision does not divulge a hierarchy of norms. But regardless of the outcome of this extensive theoretical debate, national bodies face various practical problems as to implementing international treaties in domestic proceedings.

The remainder of the article is devoted to these problems. Since international law is not in an absolute harmony within itself, practitioners may encounter multiple conflicting international norms, each applicable to the issue before them. Moreover, international norms may be in conflict with the Constitution, with rulings of national high courts or with domestic norms that are excluded from judicial review. In such cases, how will practitioners fulfill their duty to comply with international norms? The article argues that most of these problems can be solved by

resorting to "pro homine" and "völkerrechtsfreundlichkeit" rules of interpretation.

Keywords: *International Treaties, International Agreements, Article 90, International Law, Völkerrechtsfreundlichkeit, International Court Decisions*

Giriş

Bu çalışmanın konusu, Anayasa'nın özellikle demokratik hak mücadelesi veren kesimlerce en çok bilinen hükümlerinden biri olan md. 90/son hükmüdür. Hüküm şu şekildedir:

“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.”

Anayasa'ya 2004 yılında giren¹ ve aradan geçen on yedi yıl içinde çok sayıda incelemeye konu olan² bu hüküm, hâlâ aydınlığa kavuşmamış

¹ Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 5170, Kabul Tarihi: 7.5.2004, RG 22.05.2004/25469

² Bu metni kaleme alırken bu hükümlerle ilgili tüm literatürü taradık. Tarama sonucunda ulaştığımız, bir tür bibliyografya niteliğindeki literatür, yazarların soyadına göre alfabetik olarak şöyledir: Olgun Akbulut, ‘Güncel Tartışmalar Işığında İnsan Hakları Sözleşmelerinin Türkiye Anayasal Sisteminde Normlar Hiyerarşisindeki Yeri’ (2014) 9(115-116) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 7; Ali İbrahim Akkutay, ‘Uluslararası Antlaşmaların Türk İç Hukukundaki Konumu ve Etkileri’ (2007) 11(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 415; Yılmaz Aliefendioğlu, ‘İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması’ in İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (1st edn, TBB Yayınları 2005) 125; Ayşe Saadet Arıkan, ‘İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması’ in İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (1st edn, TBB Yayınları 2005) 100; Enver Arıkoğlu, ‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk Hukukunda Uygulanması’ (2004) 24(1-2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 71; Deniz Tekin Apaydın, ‘Monizm-Düalizm İkileminde Türk Hukuk Sistemi: Uluslararası Hukuka Bakış Üzerine Doktrinel Uzlaşmazlığın Nedenleri ve AB Hukuku Işığında Bir Değerlendirme’ (2018) 9(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 529; Rona Aybay, ‘Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri’ (2007) 70 TBB Dergisi 187; Kemal Başlar, ‘Uluslararası Antlaşmaların Onay-

lanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine' (2004) 24(1-2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 279; Derya Belgin, 'Anayasa'nın 90. Maddesinde (7 Mayıs 2004) Yapılan Değişikliğin Getirdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri' (2008) 4 Ankara Barosu Dergisi 110; Ahmet Burak Bilgin, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukuktaki Yeri' (2016) 22(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 81; Faruk Bilir, 'Anayasanın 90. Maddesinde Yapılan Değişiklik Çerçevesinde Milletlerarası Andlaşmaların İç hukuktaki Yeri' (2005) 13(1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 77; Hacı Can, 'Türk Hukuk Düzeninin Milletlerarası Hukuka Açıklığı' (2009) 12 Yasama Dergisi 5; Osman Can, 'Imperatoris Locuta Causa Finita? Anayasa'nın 90. Madde Değişikliği ve Anayasa Yargısı' (2005) 1 Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 87; Yılmaz Çimen, 'İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması' in İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (1st edn, TBB Yayınları 2005) 92; Mustafa Çolaker, Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Uluslararası Antlaşmaların İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (1st edn, Adalet Yayınları 2010); Güney Dinç, 'İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması' in İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (1st edn, TBB Yayınları 2005) 150; Halil İbrahim Dursun, 'Bireysel Başvuru Mekanizmasının Kabulü Sonrasında Genel Mahkemelerin İnsan Hakları Konusundaki Rolü ve Bu Bağlamda Anayasa'nın 90. Maddesinin 5. Fıkrası' (2014) 112 TBB Dergisi 297; Enver Murat Engin, 'İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Hukuk ve Türk Hukuku Anayasa m.90 Son Cümle Hükmü ve Toplu Eylemler Üzerine' (2015) 5(2) Sosyal Güvenlik Dergisi 9; Abdurrahman Eren, '1982 Anayasası'nın 90. Maddesindeki 2004 Değişikliğinin Antlaşmaların Türk İç Hukukundaki Yerine Etkisi' (2004) 8(3-4) Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 47; Ozan Ergül, 'Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar Kanun Hükmündedir' in Yıldırım Uler Armağanı (Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları 2014), 65; Uğur Ersoy, 'Milletlerarası Andlaşmaların İç Hukuka Etkisi' (2005) 3 Hukuk Gündemi 67; Ömer Gedik, 'Türkiye Cumhuriyeti ile Rusya Federasyonu Arasında Bir Nükleer Güç Santralinin Yapımına İlişkin Antlaşmanın Hukuki Niteliğinden Hareketle 1982 Anayasası Madde 90'ın İncelenmesi' (2014) 3(5) Anayasa Hukuku Dergisi 359; Şahnaz Gerek and Ali Rıza Aydın, 'Anayasa'nın 90. Maddesi Değişikliği Karşısında Yasaların Geleceği ve Anayasal Denetim' (2004) 55 TBB Dergisi 226; Levent Gönenç, '1982 Anayasası'nda Sessiz Devrim: 90. Madde Değişikliği ve Getirdiği Sorunlar' <http://www.yasayanayasa.ankara.edu.tr/belgeler/analizler/90_madde.pdf> erişim tarihi 11 Mart 2021; Levent Gönenç and Selin Esen, 'The Problem of Application of Less Protective International Agreements in Domestic Legal Systems: Article 90 of the Turkish Constitution' (2007) 8(4) European Journal of Law Reform 485; Mesut Gülmez, 'Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri' (2004) 54 TBB Dergisi 147; Mesut Gülmez, 'İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması' in İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (1st edn, TBB Yayınları 2005) 38; Sibel İnceoğlu, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa' in Ece Göztepe

yönler barındırmaktadır. Bu çalışmadaki amacımız hem öğretilerdeki konuyla ilgili görüşleri genel hatlarıyla aktarıp yorumlamak hem de henüz ele alınmamış noktalarla ilgili bazı sorgulamalar yapmak ve tartışmalar yürütmektir.

Konuyu, üç başlıkla ele alacağız.

İlk başlıkta, bu hükmün hukuksal olarak ne anlama geldiğine ilişkin öğretilerdeki hâkim görüşü ortaya koyacak ve bu görüşe karşı kendi görüşümüzü ileri süreceğiz. Savımız, madde 90/son hükmünü, salt normlar hiyerarşisi (kurallar kademelenmesi) ile ilgili kavramak zorunda olmadığımızdır.

İkinci başlıkta, uluslararası sözleşmelerin ve bu sözleşmeleri yorumlayan organların kararlarının tam bir uyum içinde olduğu varsayımını sınavacağız. Uluslararası insan hakları hukukunun kendi iç çelişkilerinin madde 90/son hükmünü açmaza sürükleyebileceğine dikkat çekecek, böylesi durumlarda ulusal hukukun, yargısal diyalogun ve “karşılaştırmalı anayasa hukuku”nun yol gösterici olacağını ileri süreceğiz.

Üçüncü ve son başlıkta, Anayasa'nın kendi metni ve bu metne dayalı içtihatlar ile uluslararası insan hakları normları arasında çatışmalar çıkması olasılığını ele alacağız. Bu başlıktaki savımız, bazı koşullarda ulusal hukukun “ihmal” edilmesinin olası bulunduğuur.

and Aykut Çelebi, *Demokratik Anayasa* (1st edn, Metis Yayınları 2012) 298; İbrahim Kaboğlu, "İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması" in *İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması* (1st edn, TBB Yayınları 2005) 221; Ali Karagülmez, '5170 Sayılı Yasa'yla Anayasa'nın 90. Maddesinde Yapılan Değişikliğe Bir Bakış' (2004) 54 *TBB Dergisi* 163; Burhan Kuzu, 'İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması' in *İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması* (TBB Yayınları 2005) 27; Hüseyin Pazarıcı, 'İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması' in *İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması* (TBB Yayınları 2005) 161; Hüseyin Pazarıcı, 'Türk Hukukunda Andlaşmalar ile Yasaların Çatışması' (2004) 24(1-2) *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni: Sevin Toluner'e Armağan* 651; İbrahim Şahbaz, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri' (2004) 54 *TBB Dergisi* 178; Necmi Yüzbaşıoğlu, 'İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması' in *İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması* (1st edn, TBB Yayınları 2005) 83; Necmi Yüzbaşıoğlu, 'Mayıs 2004'te Anayasa'nın 90. Maddesine Eklenen Hükmün Türk Anayasallık Blokuna Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme' in *Bülent Tanör Armağanı* (1st edn, Legal Yayıncılık 2004) 782

I. Madde 90/Son Hükmünün Hukuksal Anlamı

1982 Anayasası, uluslararası hukuka açık bir anayasadır. Anayasa, daha başlangıç kısmında Türkiye Cumhuriyeti'nin "dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi" olduğunu söyleyerek başlar. "Milletlerarası hukuk", olağan dönemlerde, yabancıların haklarının sınırlandırılmasının bir sınırı olarak (md. 16) düzenlenmiştir.³ Böylesi bir sınır, temel hak ve özgürlüklerin, savaş, seferberlik veya olağanüstü hâllerde durdurulabileceği durumlar için de öngörülmüş, bu durumlarda dahi "milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler"e (md. 15/1) uyulacağı ifade edilmiştir. Bunlardan başka, Türkçe dışındaki dillerde eğitim hakkı yönünden uluslararası sözleşme hükümlerine uyum yükümlülüğüne (md. 42/son), yargılama süreçleri bağlamında uluslararası tahkime (md. 125/1) ve son olarak; savaş ilanı için "milletlerarası hukukun meşru saydığı haller"e gönderme yapılmıştır. Ayrıca aynı hükümde Türkiye'nin taraf olduğu "milletlerarası andlaşma"ların veya "milletlerarası nezaket kuralları"nın gerektirdiği hâllere atıfta bulunulmuştur. (md. 92/1)

Anayasa, genel itibarıyla uluslararası hukuka gönderme yaptığı bu hükümlerin dışında ayrıksı bir tercihin ürünü olarak iki spesifik uluslararası hukuk kaynağını açıkça yazmıştır. Bunlar, Roma Statüsü (md. 38/son) ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'dir (md. 148/4).⁴

³ Buradaki sınırlandırmanın sınırı kavramı Alman literatüründen türetilmiştir. Kavramsal tartışmalar ve içerik için bkz. Andreas von Arnould, *Die Freiheitsrechte und ihre Schranken* (1st edn, Nomos Verlag 1999) 141

⁴ Md. 38/son hükmü "Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere vatandaş, suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemez." biçimindedir. Bu ifadede sorun vardır çünkü Divana taraf olunmaz, kastedilen "Uluslararası Ceza Divanı'nın Roma Statüsü" olarak bilinen kurucu belgesidir. İşin ilginç, nitelikli çoğunlukla Anayasa'ya eklenen bu hükme rağmen daha düşük nisap gerektiren Statü'ye taraf olma işlemi hâlen tamamlanmamıştır. Bu çelişki kayda değerdir. Öte yandan, Anayasa'nın md. 148/4 hükmünde yer alan "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi" ifadesinin de Resmî Gazete'de yayımlanan Türkçe ismi "İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşme"dir. Anayasa metnine belgenin resmî adının yazılmaması bir diğer sorundur. Roma Statüsü'nün Türkçesi için bkz:

<https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/mevzuat_CDERS.htm> erişim tarihi 11 Mart 2021;

İngilizcesi için bkz <<https://legal.un.org/icc/statute/romeofra.htm>> (erişim tarihi 11 Mart 2021; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin Resmî Gazete kaydı için bkz RG 19.03.1954/8662 <<https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/8662.pdf> > erişim tarihi 11

Görüldüğü gibi Anayasa, çok sayıda hükmünde uluslararası hukuk yer vermiş; az önce değindiğimiz gibi, “uluslararası hukuka açık” bir görüntü sunmuştur. Anayasa’nın 90’ıncı maddesi bu görüntünün tamamlayıcısı olan temel düzenlemedir. Bu hükmün ilk dört fıkrası uluslararası sözleşmelerin iç hukuka dahil edilme usullerini düzenler. Son fıkra ise bunların uygulanmasıyla ilgilidir.

Fıkranın 1982 yılındaki ilk hâlinde, sadece “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz.” denmekteydi. Makaleye konu olan yeni tümce⁵ ise 2004 yılında eklendi. Tümcenin eklenme gerekçesi şöyledir:⁶

“Uygulamada usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin milletlerarası andlaşmalar ile kanun hükümlerinin çelişmesi halinde ortaya çıkacak bir uyumsuzluğun hallinde hangisine öncelik verileceği konusundaki tereddütlerin giderilmesi amacıyla 90 ıncı maddenin son fıkrasına hüküm eklenmektedir.”

Bize göre; ister ulusal ister uluslararası olsun, insan haklarıyla ilgili düzenlemelerin diğer düzenlemelerden farklı bir perspektifle ele alınması hem hukuksal hem de felsefi nedenlerle anlamlıdır. Dolayısıyla böyle bir hükmün varlığını olumlu sayıyoruz. Gelgelelim söz konusu düzenlemeyi birden çok nedenle tartışmalı görüyoruz. Bu tartışmalar bazı soruların yanıtının net olmamasından ileri gelmektedir.

Öncelikle, bir sözleşmenin temel hak ve özgürlüklerle ilgili olup olmadığı nasıl belirlenecektir?⁷ Temel hak ve özgürlüklerle ilgili olmayan sözleşmelerin durumu ne olacaktır? Ayrıca, temel olmayan hak ve özgürlükler var mıdır ve eğer varsa bu konudaki ölçüt nedir?

Mart 2021. Biz bu makalede yararlandığımız bütün uluslararası sözleşmeleri, resmî İngilizce metinlerinden bağımsız çeviri yaparak dikkate aldık

⁵ “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.” Bkz. dipnot 1

⁶ 5170 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun’un 2/278 sayılı teklif metni, <<https://www.tbmm.gov.tr/d22/2/2-0278.pdf>> erişim tarihi 11 Mart 2021

⁷ Bu sorun, 90/son değişikliğine ilişkin Anayasa Komisyonu görüşmeleri sırasında bazı üyeler tarafından da dile getirilmiş ve hangi andlaşmaların bu çerçevede değerlendirileceğinin açıkça sayılması önerilmiş, ancak bu öneri reddedilmiştir, bkz Anayasa Komisyonu Raporu, Dönem 22, Yasama Yılı 2, S. sayısı 430 (2/278)

Söz konusu sorulara farklı yanıtlar verilebilir. Fakat verilecek yanıtların hemen hepsi yönünden bir ortak kesen bulabiliriz. Bu ortak kesen, sanıyoruz ki Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği'nin “çekirdek uluslararası insan hakları belgeleri” (*the core international human rights instruments*) diye nitelendirdiği metinler,⁸ Avrupa Konseyinin “insan hakları” koduyla listelediği belgeler⁹ ve Uluslararası Çalışma Örgütü'nün “Temel Haklara İlişkin Sekiz Temel Sözleşme”¹⁰ olarak andığı sözleşmeler olabilir. Bu belgelerden daha fazlası listeye pekâlâ dahil edilebilir. Ama bize göre andığımız belgeler, uluslararası insan hakları hukukunun asgari eşliğini oluşturmaktadır. Söz konusu belgeler şunlardır:

Çekirdek Uluslararası İnsan Hakları Belgeleri

Birleşmiş Milletler Belgeleri

- İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi
- Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme
- Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme
- Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme
- Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme
- İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme
- Çocuk Hakları Sözleşmesi
- Bütün Göçmen İşçilerin ve Aile Üyelerinin Haklarının Korunmasına

⁸ <<https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/coreinstruments.aspx>> erişim tarihi 11 Mart 2021

⁹ <<https://bit.ly/3ptkVep>> erişim tarihi 11 Mart 2021

¹⁰ International Labour Office Committee on Legal Issues and International Labour Standards, ‘Ratification and Promotion of Fundamental ILO Conventions’ (2001) GB.282/LILS/7
<<http://www.ilo.ch/public/english/standards/relm/gb/docs/gb282/pdf/lils-7.pdf>> erişim tarihi 8 Nisan 2021

İlişkin Sözleşme

- Bütün Kişilerin Zorla Kaybetmeden Korunmasına İlişkin Sözleşme
- Engelli Hakları Sözleşmesi

Avrupa Konseyi Belgeleri

- İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi
- Avrupa Sosyal Şartı
- İşkencenin ve İnsanlıkdışı veya Aşağılayıcı Muamele ve Cezanın Önlenmesi için Avrupa Sözleşmesi
- Bölgesel ve Azınlık Dilleri Avrupa Şartı
- Ulusal Azınlıkların Korunması için Çerçeve Sözleşme
- Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi
- Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı
- Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi (İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi)
- İnsan Ticaretine Karşı Eylem Sözleşmesi
- Çocukların Cinsel Suiistimal ve İstismara Karşı Korunmasına İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi
- Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi (“İstanbul Sözleşmesi”)

Uluslararası Çalışma Örgütü Belgeleri

- 29 Sayılı Zorla Çalıştırma Sözleşmesi
- 87 Sayılı Sendika Özgürlüğü ve Örgütlenme Hakkının Korunması Sözleşmesi
- 98 Sayılı Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı Sözleşmesi
- 100 Sayılı Eşit Ücret Sözleşmesi
- 105 Sayılı Zorla Çalıştırmanın Kaldırılması Sözleşmesi
- 111 Sayılı (İş ve Meslek Bakımından) Ayrım Sözleşmesi
- 138 Sayılı Asgari Yaş Sözleşmesi
- 182 Sayılı Çocuk İşçiliğinin En Kötü Biçimleri Sözleşmesi

Türkiye, dört istisna hariç,¹¹ bu belgelerden maddi hak getirenlerin hepsine taraftır. Ayrıca İnsan Hakları Komitesi, Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, İşkence'ye Karşı Komite, Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi, Engelli Hakları Komitesi, Çocuk Hakları Komitesi gibi denetim organlarına bireysel başvuru usulünü tanıyan belgeleri imzalamış ve/veya bu organların yetkisini kabul etmek için gerekli bildirimleri yapmıştır.

İkinci bir tartışma, söz konusu düzenlemenin sadece uluslararası sözleşmelerle mi sınırlı olduğu, bu sözleşmelere anlam veren yargı kararlarının da buna dahil edilip edilmeyeceği tartışmasıdır. Daha net ifade edersek soru şudur: Bir kanunun uluslararası sözleşmenin kendisiyle değil de sözleşme organının kararlarıyla çatışması hâlinde de sözleşme organının kararı esas alınacak mıdır?

Anayasa Mahkemesi, *Sevim Akat Eşki* kararında bu soruya yanıt vermiştir. Söz konusu kararın konusu, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 187'nci maddesidir. Bu hükme göre "Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir." Başvurucunun evlenmeden önceki soyadını tek başına kullanma istemi, bu hükümden dolayı olağan hukuk yollarında reddedilmiş, başvuru anayasa şikâyeti yoluna gitmiştir.¹² İç hukuktaki evli kadının kocasının soyadını kullanması zorunluluğuna ilişkin İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin metninde açık bir düzenleme yer almamakta; ancak bu zorunluluğun Sözleşme'yi ihlal ettiğine hükmeden çok sayıda İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararı bulunmaktadır.¹³ Anayasa Mahkemesi, sözü edilen zorunluluğun Sözleşme metninde açıkça yasaklanmamış olmamasına karşın Sözleşme'nin dene-

¹¹ Nisan 2021 itibarıyla Türkiye, Bütün Kişilerin Zorla Kaybetmeden Korunmasına İlişkin Sözleşme, Bölgesel Azınlık Dilleri Avrupa Şartı ve Ulusal Azınlıkların Korunması için Çerçeve Sözleşme'ye taraf veya imzacı değildir. İstanbul Sözleşmesi'nden de 22 Mart 2021 tarihinde yaptığı bildirim sonucu, 1 Temmuz 2021 tarihinde çekilmiştir.

¹² Sevim Akat Eşki başvurusu (AYM) 2013/2187, 19.12.2013 § 16

¹³ Ünal Tekeli v Türkiye (İHAM) no 29865/96, 16.11.2004; Leventoğlu Abdulkadiroğlu v Türkiye (İHAM) no. 7971/07, 28.05.2013; Tuncer Güneş v Türkiye (İHAM) no. 26268/08, 03.10.2013; Tanbay Tüten v Türkiye (İHAM) no. 38249/09, 10.12.2013

tim organı olan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi tarafından ayrımcılık yasağına aykırı bulunduğunu dikkate alarak, söz konusu iç hukuk hükmünün Anayasa'nın 90'ıncı maddesinin beşinci fıkrası gereğince kanuni dayanak olarak kabul edilemeyeceğine hükmetmiştir.¹⁴ Anayasa Mahkemesine göre:

“Anayasa'nın 90. maddenin beşinci fıkrası uyarınca, sözleşmeler hukuk sistemimizin bir parçası olup, kanunlar gibi uygulanma özelliğine sahiptir. Yine aynı fıkra göre, uygulamada bir kanun hükmü ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan sözleşme hükümleri arasında bir uyumsuzluğun bulunması halinde, sözleşme hükümlerinin esas alınması zorunludur. *Bu kural bir zımni ilga kuralı olup*, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümleriyle çatışan kanun hükümlerinin uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırmaktadır (...) Uyuşmazlığı karara bağlayan derece Mahkemelerinin, AİHS ve diğer uluslararası insan hakları anlaşmaları ile çatışan [iç hukuk hükmünü] kararlarına esas almayarak, başvuru konusu uyumsuzluk açısından Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca uygulanması gereken uluslararası sözleşme hükümlerini dikkate alması gerek[irdi].”¹⁵

Bu belirlemenin içerdiği iki önemli nokta vardır. Öncelikle Sözleşme, sözleşmeyi yorumlayan organların kararlarıyla bütünleşik biçimde algılanmıştır. Bu bakımdan Kelsen'in “norm” kavramını hem metin hem de o metnin uygulaması olarak kavradığı akılda tutulduğunda, Mahkemenin ilgili düzenlemeyi geniş anlamda uluslararası normlarla ilgili saydığı sonucuna ulaşabiliriz.¹⁶ Bu yaklaşıma katılıyoruz. Biz de bu metinde aynı mantığı izleyeceğiz.

Diğer bir önemli nokta, Mahkemenin, uluslararası organların kararlarının iç hukuktaki kanunları zımni olarak ilga edebileceği gibi iddialı bir belirleme yapmış olmasıdır.¹⁷ Bu iddia, belli ölçülerde kabul edilebilir hatta insan hakları hukuku perspektifinden bakıldığında olumlu olsa

¹⁴ Sevim Akat Eşki başvurusu (n 12) § 47

¹⁵ Sevim Akat Eşki başvurusu (n 12) § 44-45 (vurgu eklendi)

¹⁶ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre: Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik* (1st edn, Scientia Verlag Allen 1994) 73

¹⁷ “Zımni ilga” tespiti tartışmalı ve sonraki kararlarda derinleştirilmemiş olsa da bu iki noktadan Mahkemenin sözleşme metniyle o sözleşmenin denetim organlarının kararlarını eş düzeyde gördüğü nettir.

da Mahkeme'nin "zımnen ilga" yerine "ihmal" kavramını kullanması hukuk tekniği yönünden daha doğru olurdu.

Üçüncü soru, Anayasa'nın md. 90/son hükmünün uluslararası sözleşmeleri iç hukukta hangi katmana taşıdığıdır. Bu soruya, öğretilerdeki hâkim yaklaşımın dikkate değer bir yanıtı vardır. Biz bu yanıtı kısmen katılıyor, kısmen katılmıyoruz. Bu nedenle yanıtı ayrı başlıklarla vermek gerekiyor.

A. Hâkim Görüş

Öğretilerdeki yaygın eğilim, Anayasa'nın 90'ıncı maddesini bir normlar hiyerarşisi hükmü olarak algılama yönündedir. Bu yaklaşıma göre uluslararası sözleşmeler ile kanunlar eş düzeydedir.¹⁸ Aynı düzeyde olan iki normun arasında çatışma çıkması durumunda geleneksel yorum kuralları devreye girmeli, sonraki normun önceki normu, özel normun da genel normu ilga ettiği kabul edilmelidir. Bu görüşe göre söz konusu yorum, bütün sözleşmeler için geçerlidir.

Yine bu görüşe göre 2004 yılında yapılan değişiklik, az önce bahsedilen kurala, temel hak ve özgürlüklerle ilgili sözleşmeler yönünden bir istisna getirmiştir. Bu yeni kural uyarınca temel hak ve özgürlüklerle ilgili sözleşmelerin, kendileriyle çatışan kanunlara her zaman için hiyerarşik üstünlüğü vardır. Bu görüş, Anayasa Mahkemesi kararlarında dahi karşılık bulmuştur.¹⁹

¹⁸ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (15th edn, Yetkin Yayınevi 2019) 231-32; Kemal Gözler, *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu* (1st edn, Ekin Yayınevi 1999) 286; Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk* (18th edn, Turhan Kitabevi 2019) 25-26; Fazıl Sağlam, *Anayasa Hukuku Ders Notları* (1st edn, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları 2013) 297-98; Yavuz Atar, *Türk Anayasa Hukuku* (12th edn, Seçkin Yayıncılık 2018) 384; Yavuz Sabuncu, *Anayasaya Giriş* (15th edn, İmaj Kitabevi 2012) 220; Gündüz Aslan, 'Eroding Concept of National Sovereignty: The Turkish Example' (1991) 1(1-2) *Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü Avrupa Araştırmaları Dergisi* 152; Sait Güran, 'Egemenlik Ulus'undur Üstünlük Anayasa'dadır' (2000) 17 *Anayasa Yargısı Dergisi* 47-48; Hasan Tunç, 'Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye ile İlgili Örnek Karar İncelemesi' (2000) 17 *Anayasa Yargısı Dergisi* 180; Rona Aybay, 'Türk Hukukuna Göre Uluslararası Antlaşmalarla Kanunlar Arasındaki Altlık-Üstlük İlişkisi' in II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi: İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri (Danıştay Yay 1993) 284-86

¹⁹ Sevim Akat Eşki başvurusu (n 12) § 41

B. Görüşümüz

Biz, söz konusu görüşü anlaşılır saymakla birlikte, konuya salt ulusal hukuk merceğinden baktığı için eksik görüyoruz.

Bu konuda uluslararası hukukun temel kaynaklarından biri Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'dir. Bu Sözleşme'nin 27'nci maddesine göre "Bir taraf, bir sözleşmeyi yerine getirmeme gerekçesi olarak iç hukukunun hükümlerine başvuramaz."²⁰ Dolayısıyla iç hukukun mümkün olduğunca uluslararası yükümlülüklerle uyumlu, "uluslararası sisteme uygun"²¹ veya Alman Anayasa Mahkemesinin deyişiyle "uluslararası hukukla dost" biçimde yorumlanması gerektiği düşüncesindeyiz.²² Bu mantığa göre Anayasa, barışı ve özgürlüğü koruyan uluslararası örgütlerle ve uluslararası hukuka saygıyı arttırmaya çalışır. Bu, insan onuruna dikkat etme ve temel hakları gözetme konusunda Alman kamu makamlarının nihai sorumluluğunu ellerinden almaksızın geçerlidir.²³ Buna göre anayasa ile uluslararası hukuk arasında "özde uygunluk" vardır. Buna göre böylesi durumlarda sorun, tek bir işlemin içindeki normların birbirleriyle uyumlu yorumlanmasına benzer biçimde kavranmalıdır. Zira iki katman arasında amaçsal ortaklık vardır.²⁴

Bu düşünce ise bizi, Anayasa'nın 90'ncı maddesini bir "normlar hiyerarşisi" kuralı olarak görmekten alıkoymaktadır. Yani "usulüne göre

²⁰ Türkiye Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'ne taraf olmadığı için hükümlerinin Türkiye açısından bir güce sahip olmadığı iddia edilebilir. Ancak 27'nci madde köklü bir teamül hukuku kuralının kodifiye edilmiş hâlidir ve bu itibarla zaten bağlayıcı bir hukuk kuralıdır. Bkz. Kirsten Schmalenbach, 'Article 27' in Oliver Dörr and Kirsten Schmalenbach (eds), Vienna Convention on the Law of Treaties: a Commentary (1st edn, Springer-Verlag 2012) 454; aynı yönde Richard Nixon and William P. Rogers, 'Vienna Convention on the Law of Treaties' (1972) 6(2) The International Lawyer 432

²¹ Bu konuda bkz. Bertil Emrah Oder, Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri: Hukusal Yöntembilime Dayalı Karşılaştırmalı Bir Araştırma (1st edn, Beta Yay 2010) 212-23

²² Federal Anayasa Mahkemesi Bonn Anayasası'nın çeşitli maddelerinden (Başlangıç, md. 1/2, 9/2, 24-26 ve 59/2) Anayasa'nın uluslararası hukukla dostluğu ilkesini türetmiştir. Bkz. Stephan Hobe, Einführung in das Völkerrecht (1st edn, Narr Francke Attempto Verlag 2014) 200

²³ BVerfGE 112, 1 (25)

²⁴ Bu yönde belirleme eğiliminde AYM kararlarda da karşılaşılır. Örneğin bkz. Anayasa Mahkemesi, E. 1997/62, K. 1998/52, T. 16.09.1998. (Özellikle bkz. "öz yönünden farklılık içermediği görülmektedir" ifadesi)

yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir” ifadesi bir kademeye işaret etmemekte, bu sözleşmelerin iç hukukta, tıpkı kanunlar gibi uygulama bulacağını söylemektedir.²⁵ Bu hüküm bir kademeye işaret etmediğinden, uluslararası sözleşmelerin (temel hak ve özgürlüklere ilişkin olsun veya olmasın) kanunlarla eş düzeyde olduğu ve kanunlarla çatıştığında (özel norm yerine genel normun; önceki norm yerine sonraki normun uygulanması gibi) geleneksel yorum kurallarına başvurulabileceği söylenemez. Başka bir deyişle bu kural, uluslararası hukukun getirdiği bir gerekliliğin yansımından ibarettir: Uluslararası sözleşmeler, Viyana Sözleşmesi’nin az önce aktarılan kuralı uyarınca iç hukukun parçası sayılmalı ve/veya iç hukuk kuralıymışçasına uygulanmalıdır. İç hukukun herhangi bir kuralı, sözleşmelerin uygulanmamasına bahane olamamalıdır.

Konuya böyle bakınca; madde 90/son hükmüne 2004 yılında eklenen tümce “kurucu” değil, “bildirici” bir anlam kazanmaktadır. Yani tümce, yeni bir kural getirmemekte, zaten var olan bir gerçeğin bildirilmesinden ibaret bir nitelik taşımaktadır. Başka bir deyişle tümce inşaf (*constitutive*) değil, tespit edici (*declaratory*) niteliktedir.

Bu çıkarım bizi sonuçları itibarıyla insan hakları sözleşmelerinin kanunlardan üstün olduğunu söyleyen ilk görüşle aynı noktaya getirir de, bu noktaya geliş yolumuz farklıdır. Bu farklılığın bir anlamı vardır: Bize göre Anayasa’ya 2004 yılında eklenen hükmün Anayasa’dan çıkarılması, bir değişiklik yaratmaz. Oysa ilk görüş açısından durum farklıdır.

II. Uluslararası Hukukun Kendi İçindeki Uyumsuzluklar

Bize göre Anayasa’nın 90’ıncı maddesi uygulamacılara, uluslararası hukuk normlarını kanunlar gibi uygulamaları gerektiğini söylemektedir. Gelgelelim bu noktada bir başka tartışma bizi beklemektedir. Acaba uluslararası hukukun kendi içinde çelişkileri olamaz mı? Çelişki bulunması durumunda yargıcın uygulayacağı hukuk hangisi olacaktır?

Bu başlığın altında, bu soruları çeşitli uyumsuzluk olasılıklarını dikkate alarak yanıtlamaya çalışacağız.

²⁵ Aynı yönde bkz. Mesut Gülmez, ‘İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması’ (n 2) 46-50

A. Sözleşmeler Arasında

Anayasa'nın md. 90/son hükmü, uluslararası insan hakları hukukunun tam bir uyum içinde olduğu varsayımına dayanmaktadır. Gerçi bu varsayım tamamen asılsız değildir. II. Dünya Savaşı'ndan sonra gelişen ve Kantçı “edebi barış” ereğinden esinlenen Batı merkezli insan hakları hukuku, kural olarak kendi içinde tutarlıdır. Bu tutarlılığın nedeni, söz konusu metinlerin aynı teleolojik kaygılarının ve ortak bir kökeninin bulunmasıdır: İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi.

Bildirge, tabirimiz uygun sayılırsa, kendisinden sonra gelecek diğer temel insan hakları belgelerinin anasıdır. Bu “ana”dan doğan “yavrular”ın genetik benzerliği vardır. Dolayısıyla bunlar arasında salt söze dayalı bir çatışma bulmak çok güçtür. Öyle ki İnsan Hakları Arap Şartı gibi ana akım dışında sayılabilecek bir metin ile diğer insan hakları metinleri arasında bile çatışmadan ziyade koruma düzeyi farklılaşmasının olması bundandır.²⁶

İki uluslararası sözleşme arasında çatışma düzeyinde olmamakla beraber güvence kapsamı düzeyinde uyuşmazlıklar mümkündür. Örneğin 87 sayılı Sendika Özgürlüğü ve Örgütlenme Hakkının Korunması Sözleşmesi ve 98 sayılı Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı Sözleşmesi, sendikalaşma hakkını “çalışanlar ve işverenler” için güvence altına almaktadır. Gözden Geçirilmiş Avrupa Şartı'nın 5'inci maddesinde de örgütlenme hakkının kapsamı, “çalışanlar ve işverenler” ile sınırlı tutulmuştur. Bununla birlikte İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 11'inci, Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 22'nci ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 8'inci maddesi, örgütlenme hakkının öznesini “herkes” olarak düzenlemektedir. Buradaki uyumsuzluk, Türkiye bağlamında emekli sendikaları yönünden yargı kararlarına da konu edilmiştir. Bu noktaya ilerleyen bölümlerde değineceğiz. Burada gerçek anlamda bir çatışma bulunmamaktadır. Yalnızca güvence kapsamı farklıdır.

²⁶ Örneğin İnsan Hakları Arap Şartı din değiştirmeyi yasaklamamakta; ama bir hak olarak da açıkça düzenlenmemektedir, Wael Allam, ‘The Arab Charter on Human Rights: Main Features’ (2014) 28 Arab Law Quarterly 57 vd. Bir diğer örnek Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ile İHAS arasında kamu hizmetine girme hakkı yönünden verilebilir. Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme kamu hizmetine girme hakkını açıkça tanıtmaktayken (madde 25/c) İHAS böyle bir hakka açıkça yer vermemekte; ama tanınmasını da yasaklamamaktadır.

Hak getiren iki uluslararası sözleşme arasında gerçek bir çatışma çıkması da olanaksız değildir. Avrupa Birliği Adalet Divanı (“ABAD”) önünde görülmüş olan *Schmidberger* davası, buna bir örnektir. Bu davayı açan Eugen Schmidberger şirketi, karayolu taşımacılığı işiyle uğraşmaktadır. Başvurucu şirketin yakındığı konu, Avusturya hükümetinin, sınırları içindeki bir otoyolun tamamını kapatan bir protestoya otuz saat boyunca müdahale etmemesidir. Şirket bu konuda uğradığı zararı talep etmiştir.²⁷ Dava, hem Avusturya mahkemelerinin hem de Divan’ın not ettiği üzere ilginç bir sorun ortaya koymaktadır: Uyuşmazlığın bir tarafında Schmidberger şirketinin Avrupa Birliği Sözleşmesi’yle tanınan ekonomik özgürlükleri (özellikle 28’inci maddede düzenlenen “malların serbestçe dolaşımı”) vardır. Diğer tarafta ise, protestocuların, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nden doğan ifade özgürlüğü ile toplanma ve örgütlenme özgürlüğü bulunmaktadır.²⁸ Yani olayda Avusturya’nın taraf olduğu iki uluslararası sözleşme hükmünden hangisinin uygulama bulacağı sorunu gündeme gelmiştir. Çünkü çatışmanın kaynağı olan normlar, iki farklı sözleşmeden ileri gelmekte ve iki farklı çözüm öngörmektedir. Divan bu davada ağırlığı ifade ve toplanma özgürlüklerine vermiş; bu özgürlüklere atıfla protestonun yasaklanmamasının Birlik hukukunu ihlal etmediğine karar kılmıştır.²⁹ Bu kararı verirken Divan her iki hakkı Birlik hukuku açısından eşdeğer düzeyde geçerli kabul etmiş ve çatışmayı klasik bir ölçülülük testi uygulayarak çözmüştür. Divan sonraki norm-önceki norm biçimindeki geleneksel yorum kuralını dikkate almamıştır. Bu durum, insan hakları hukukunun kendine özgü durumu uyarınca kayda değerdir.

İnsan haklarına ilişkin Türkiye’nin tarafı olduğu iki sözleşmenin çatışması hâlinde de benzer bir yaklaşım benimsenebilir. Dolayısıyla iç hukuktaki iki temel hakkın çatıştığı durumlarda uyuşmazlığın çözümünde uygulanan olağan kurallar, somut olay için iki farklı uluslararası sözleşmede iki farklı çözüm öngörüldüğü olasılıkta da uygulanabilir. Sözleşmelerden birinin kategorik olarak tercih edilmesi gerekmez.

²⁷ Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v Republik Österreich (ABAD) C-112/00, 12.06.2013

²⁸ Schmidberger v Austria (n 27) §§ 20 ve 72-74

²⁹ ibid § 94

B. Kararlar Arasında

Önceki sayfalarda, Anayasa Mahkemesinin uluslararası insan hakları organlarının kararlarını tıpkı insan hakları sözleşmeleri gibi kavradığını söylemiştik.³⁰ Dolayısıyla sözleşmelerin birbiriyle çatışma olasılığına dair yaptığımız sınamanın, sözleşme organlarının kararları yönünden de yapılması gerekir.

Tıpkı sözleşmelerin lafzında olduğu gibi, sözleşme organlarının kararları arasında çatışma çıkma olasılığı da pekâlâ vardır ve hatta daha yüksektir. Çünkü başlıca uluslararası insan hakları sözleşmeleri çoğu kez soyut ve genel kavramlardan oluşur. Bu genellik ve soyutluk, çatışma olasılıklarını asgari düzeye çeker. Gelgelelim bu sözleşmeleri yorumlayan organların kararları soyut değil, somuttur. Somutluk ve spesifiklik, kaçınılmaz olarak çatışma olasılığını yükseltir. Çatışmalar, aynı organın verdiği kararları arasında olabileceği gibi farklı organların arasında da ortaya çıkabilir.

1. Aynı Organların Kararları

Aynı organın kendi kararları arasındaki çatışmaların çözümü nispeten kolaydır. Bu konuda öncelikle söz konusu organa yetki veren normun böylesi çatışmalar için öngördüğü çözüme bakılır. Böyle bir çözüm düzenlenmemişse geleneksel yorum kuralları devreye girer. Buna göre sorun, özel normun genel normu, önceki normun sonraki normu ilga ettiği kabulüne göre çözülmelidir.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin verdiği kararları ele alalım. Mahkeme'nin aynı konuda farklı kararlar vermesi görülmemiş değildir. Örneğin Strazburg organlarının vicdani ret konusundaki 2011 yılına kadarki içtihadı, şöyleydi: Mahkeme vicdan özgürlüğünü (md. 9), vicdani ret hakkını takdir marjına bırakan md. 4-3(b) hükmü ışığında yorumlamaktaydı. Dolayısıyla vicdani ret hakkı Sözleşme güvencesinin -kural olarak³¹- dışında kalıyordu.³² Bu içtihat, 2011 tarihli *Bayatyan v. Ermenistan* kararında keskin biçimde değişti. Bu kararda Büyük Daire hâlinde

³⁰ Yukarıda, dipnot 15

³¹ Bazı istisnalar için bkz. Özgür Heval Çınar, Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Vicdani Red ve Türkiye (1st edn, Bilgi Üniversitesi Yayınları 2014)

³² *Conscientious Objectors v Danimarka* (İHAKom) no. 7565/76, 07.03.1977; *Autio v Finlandiya* (İHAKom) no. 17086/90, 06.12.1991; *Heudens v Belçika* (İHAKom) no. 24630/94, 22.05.1995

toplanan Mahkeme, sözü edilen içtihadın “Sözleşme’nin 4-3(b) maddesindeki hükmün gerçek amacını yansıttığına ikna olmadığını” belirtti.³³ Dahası, askerî hizmeti reddeden kimseler için vicdan temelli herhangi bir istisna getirmeyen ve bu kişileri cezalandıran bir sistemin toplumun çıkarları ile vicdani retçilerin çıkarları arasında adil bir denge kurduğunun kabul edilemeyeceğine, dolayısıyla vicdan temelli istisnalara olanak tanımayan zorunlu askerlik uygulamalarının Sözleşme’yi ihlal ettiğine karar verdi.³⁴ Dolayısıyla ortaya iki farklı yönü gösteren bir dizi Strazburg kararı çıkmış oldu. Bu konuda örnekler çoğaltılabilir.³⁵ Fakat hem bu örnekte hem de diğer örneklerde dikkate alınması gereken içtihat, sonucusu olacaktır.

2. Farklı Organların Kararları

Bir insan hakları denetim organı belirli bir konuda başka insan hakları denetim organlarının içtihatlarıyla çelişen kararlar da verebilir. Böylesi bir açmaz karşısında soru şudur: Birbiriyle çelişen kararlar veren iki insan hakları denetim organının ikisinin de denetim yetkisini kabul etmiş bir devletin, bu çelişkili yorumlardan hangisini esas alması gerekecektir?

Böyle bir açmaz, aynı konuda çatışan hakların farklı taraflarındaki öznelerinin farklı mercilere gitmesi durumunda ortaya çıkabilir. Örneğin bünyesinde nefret söylemi iddiaları da olan bir hakaret davasını varsayalım. Bu davada tazminat ödemeye mahkûm edilen tarafın lehine bir ifade özgürlüğü ihlali kararı verilmiş olsun. Bir başka organ ise, aynı olayda bu kişinin ceza almamış olmasının özel yaşama saygı hakkının usuli bo-

³³ Bayatyan v Ermenistan [BD] (İHAM) no. 23459/03, 07.07.2011 § 100

³⁴ Bayatyan v Ermenistan [BD] (n 33) §§ 124-29. Bu içtihat sonradan Türkiye’ye de uyarlanmıştır. Bkz. Savda v Türkiye (İHAM) no. 42730/05, 12.06.2012; Tarhan v Türkiye (İHAM) no. 9078/06, 17.07.2012. Fakat bu kararların gereği hâlen yerine getirilmemiştir.

³⁵ Benzer bir ikilik cinsiyet geçiş ameliyatlarının hukuki olarak tanınmasının özel yaşama saygı hakkı kapsamında korunup korunmayacağı konusunda Rees v Birleşik Krallık (İHAM) no. 9532/81, 17.10.1986 ve Christine Goodwin v Birleşik Krallık (İHAM) no. 28957/95, 11.07.2002 kararları arasında ve; eş cinsellerin evlat edinme taleplerinin cinsel yönelimlerine vurguyla reddedilmesinin ayrımcılık yasağına aykırı olup olmadığı konusunda Fretté v Fransa (İHAM) no. 36515/97, 26.02.2002 ve E.B. v Fransa [BD] (İHAM) no. 43546/02, 22.01.2008 kararları arasında da ortaya çıkmıştır.

yutunu ihlal ettiği yönünde bir karar vermiş olsun. Bu iki karar, gerekçelerdeki belirlemelere de bağlı olarak, çatışır. Böyle bir durum ulusal mahkeme yargıcı açısından bir açmazdır. Bu tür açmazlar özellikle grev hakkı gibi çok öznel durumlarda işçi (örn. örgütlenme ve grev hakkı) ve işveren (örn. mülkiyet hakkı) yönünden farklı kararların verilmesi durumlarında da söz konusu olabilir. Bize göre bu tür olasılıklar sistemin tıkandığı noktadır. Çözüm de belirsizdir. Böyle bir durumda yargıcın sorunu ortaya koyması ve kendi yaklaşımına açıklık kazandırması, yükümlülüğünü yerine getirmek açısından yeterlidir. Çünkü çelişki, uluslararası hukukun çelişkisidir.

Bu noktada ilk bakışta uyumsuzluk gibi görünen ama gerçekten uyumsuzluk olmayan bir duruma daha dikkat çekmek gerekir. Bu durum, aynı konuda aynı tarafta bulunan kişilerle ilgili iki farklı organın farklı karar vermesidir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi (“İHK” veya “Komite”) kararları arasında, devlet okullarında uygulanan dini sembol yasakları bunun iyi bir örneğidir.³⁶ İnsan Hakları Mahkemesi, 2009 yılında Fransa hakkında verdiği iki kararda bir çeşit Sih türbanı olan “keski” takan iki ortaöğretim öğrencisinin; yine aynı yıl verdiği dört kararda başörtüsü takan Müslüman kız öğrencilerinin bu kıyafetleri gerekçe gösterilerek okula alınmalarını ve sonrasında okuldan atılmalarını ele almıştır. Mahkeme bu başvuruları, okullarda dini sembol ve kıyafetlere ilişkin düzenlemeler açısından devletlerin geniş bir takdir marjına sahip olduklarını belirterek ve Fransa’da uygulanan laiklik modelinin kendine özgü özellikleri ve o ülke için özel önemine atıf yaparak, kabul edilmez bulmuştur.³⁷ Aynı yasak İnsan Hakları Komitesi önüne de gelmiştir. Komite, Fransa açısından laikliğin özel önem taşıması gibi soyut etmenlere itibar etmemiştir. Komiteye göre okuldan atılma gibi ciddi bir yaptırıma yol açan böylesi bir yasağı haklı çıkarabilecek şey, başkalarının hak ve özgürlükleri-

³⁶ Erkan Duymaz, ‘Dini Sembol ve Kıyafet Sınırlamalarında İki Farklı Yaklaşım: İnsan Hakları Komitesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının Devletlerin Uluslararası Yükümlülükleri Bakımından Tahlihi’ (2015) 64(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1113

³⁷ Jasvir Singh v Fransa [kk] (İHAM) no. 25463/08, 30.06.2009; Ranjit Singh v Fransa [kk] (İHAM) no. 27561/08, 30.06.2009; Aktaş v Fransa [kk] (İHAM) no. 43563/08, 30.06.2009; Bayrak v Fransa [kk] (İHAM) no. 14308/08, 30.06.2009; Gamaleddyn v Fransa [kk] (İHAM) no. 18527/08, 30.06.2009; Ghazal v Fransa [kk] (İHAM) no. 29134/08, 30.06.2009

nin veya okuldaki kamu düzeninin tehdit altında olduğuna dair somut kanıtların bulunmasıdır. Böylesi somut bir tehlike olmaksızın getirilen kategorik yasak ve okuldan uzaklaştırılma tedbiri, Komite tarafından MSHS md. 18’de güvence altına alan din özgürlüğüne aykırı bulunmuştur.³⁸ Sonuç itibarıyla Fransa’da ilk ve orta dereceli devlet okullarında dini kıyafet ve sembolleri yasaklayan yasa konusunda iki farklı uluslararası organın iki farklı kararı ortaya çıkmıştır. İnsan Hakları Mahkemesi bu kategorik yasağın devletin takdir marjı içerisinde kaldığına; İnsan Hakları Komitesi ise yasağa dayanarak uygulanacak yaptırımların, dini sembol takan kişinin bu sembol yüzünden somut tehlike yarattığının kanıtlanamadığı her durumda ihlal yaratacağına karar vermiştir.

Benzer bir durum, yine Fransa bağlamında, “burka yasağı” diye bilinen yasakla ilgili olarak gündeme gelmiştir. İnsan Hakları Mahkemesi bu yasağın “beraber yaşama” meşru amacını izlediğine ve devletin takdir marjı içerisinde kaldığına kanaat getirerek din özgürlüğünü ihlal etmediğine karar vermiştir.³⁹ Buna karşılık İnsan Hakları Komitesi, Fransız burka yasağının yalnızca din ve vicdan özgürlüğünü değil, eşitlik hakkını da ihlal ettiğine hükmetmiştir.⁴⁰

Yine bu organların kararları arasında, vicdani ret bağlamında da uyumsuzluk benzeri bir durum yaşanmıştır. Yukarıda da belirtildiği üzere Strazburg organları vicdani ret hakkı talepleri içeren başvuruları 2011 yılına kadar kabul edilemez bulmaktaydı. Aynı yaklaşıma İnsan Hakları Komitesinin ilk kararlarında da rastlanmaktadır.⁴¹ Ne var ki Komite bu konuda içtihadî dönüşümünü İnsan Hakları Mahkemesinden yaklaşık 20 yıl önce gerçekleştirmiş, *J.P. v. Kanada* kararında “Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi’nin 18’inci maddesinin askerî faaliyetlerin ve harcamaların vicdan temelli reddini de güvence altına aldığı”

³⁸ Bikramjit Singh v Fransa (İHK) no. 1852/2008, 01.11.2012, § 8.7

³⁹ S.A.S. v Fransa [BD] (İHAM) no. 43835/11, 01.07.2014, §§ 153-59

⁴⁰ Hebbadj v Fransa (İHK) no. 2807/2016, 17.07.2018, §§ 7.12 ve 7.17; Yaker v Fransa (İHK) no. 2747/2016, 17.07.2018, §§ 8.12 ve 8.17

⁴¹ L.T.K. v Finlandiya (İHK) no. 185/1984, 09.07.1985

belirtmiştir.⁴² Dolayısıyla yaklaşık 20 sene boyunca vicdani ret hakkı bir organ tarafından tanınmış, diğeri tarafından tanınmamıştır.

Bu örneklerin ortak noktası, iki organdan biri ihlal kararı vermişken diğerinin söz konusu durumu takdir marjına bırakmış olmasıdır. İhlal kararları, taraf devleti belli bir yönde hareket etmeye zorlar. Takdir marjına bırakıldığı gerekçesiyle verilen ihlal olmadığı kararları ise, taraf devleti herhangi bir yönde davranmaya zorlamaz. Taraf devlete serbesti tanınır. Dolayısıyla böyle durumlarda sorunun, taraf devleti belirli bir yönde hareket etmeye zorlayan ihlal kararları ışığında çözümlenmesi gerekir.⁴³

Son olarak; bu tür olaylarda uluslararası organın takdir marjına bırakmayıp “ihlal yoktur” sonucuna ulaştığı ve gerekçesinde de müdahaleyi başka bir hakın korunması için meşrulaştırdığı durumları kaydetmek gerekir. Böylesi durumlarda da sorun görünürde açmaza girmiş gibiyse de ihlal kararının netliği, ihlal yoktur kararının yoruma muhtaçlığı karşısında ağırlık taşır görünmektedir.

⁴² J.P. v Kanada (İHK) no. 446/1991, 07.11.1991, § 4.2. Vicdani ret konusunda İHAM ve İHK içtihadına ilişkin bkz. Özgür Heval Çınar, ‘Uluslararası Hukuk Çerçevesinde Avrupa Birliği’nde ve Türkiye’de Vicdani Ret’ (2007) 72 TBB Dergisi 94

⁴³ Sorunun, bu örneklerin ötesinde de bir yönü vardır: Bazı uluslararası antlaşmalar ve denetim organları, çatışan farklı değerlerden birine kategorik olarak daha fazla ağırlık verebilmektedir. Örneğin çevresel konulara özgülünmeyen, insan-merkezli bir sözleşme olan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi bağlamında çevresel haklar yaşam, özel hayat ve mülkiyet hakkı gibi haklar kanalıyla dolaylı olarak korunmaktadır. (Bir örnek için bkz. Kyrtatos v Yunanistan, İHAM, no. 41666/98, 22.05.2003, § 54-55). Buna karşılık çevresel konulara özgülünmüş uluslararası antlaşmalar çok daha kapsamlı haklar tanır ve bu hakları çok daha az sınırlamaya tabi tutar. Sözgelimi Aarhus Sözleşmesi, çevresel konulara dair bilgi taleplerinin “menfaat ilişkisi aranmaksızın” halkın kullanımına sunulmasını gerektirmektedir. Sözleşme sisteminde ise bilgiye erişim hakkı, a) bilginin kamuya sunulmak amacıyla isteniyor olması; b) paylaşılmasında kamusal yarar bulunması; c) bilgiyi isteyen kişinin “kamu bekçiliği” rolü görüyor olması ve d) istenen bilginin mevcut ve hazır olması gibi çok sayıda şarta tabidir.⁴³ Durum bu olunca, taraf devletlerin çevresel konulara ilişkin bilgi sunma yükümlülükleri iki sistem açısından oldukça başkalaşmaktadır. İnsan hakları organlarının önceliklerinin farklı olması nedeniyle çevresel koruma konusunda yetersizliklerine ilişkin bkz. Alan Boyle, ‘Human Rights or Environmental Rights? A Reassessment’ (2006) 18(3) Fordham Environmental Law Review 471. Türkiye Nisan 2021 itibarıyla Aarhus Sözleşmesi’ne hâlâ taraf değildir.

III. Uluslararası Normların Ulusal Hukukla Uyumsuzlukları

Anayasa'nın md. 90/son hükmü, uluslararası hukuk ile ulusal hukuk normları arasındaki çatışmaya, kanunlar ile olan uyumsuzluklar bağlamında açıklık kazandırmaktadır. Peki ama bu netlikte olmayan çatışma biçimlerinde durum ne olacaktır? Daha açık söylemek gerekirse bizzat anayasa ile çatışmanın söz konusu olması veya anayasal düzeyde sayılan yargı kararlarıyla çatışma olması ya da Anayasa'nın denetim yasağı getirdiği normlarla çatışma yaşanması durumunda acaba sorun nasıl çözülecektir? Bu başlıkta bu üç olasılığa da dönük yanıtlar üretmeye çalışacağız.

A. Anayasayla Uyumsuzluk

Anayasa ile uluslararası insan hakları sözleşmeleri arasında genel olarak bir uyum bulunmaktadır.⁴⁴ Ne var ki bazı noktalarda iki metin arasında uyumsuzluk söz konusu olabilir. Bu noktada iki tür uyumsuzluktan söz edilebilir. Birinci tür uyumsuzlukta metinler arasında bir çatışma değil, tanınma kapsamı arasında normatif farklılıklar vardır. İkinci tür uyumsuzlukta ise Anayasa metni ile uluslararası sözleşme veya sözleşmenin denetim organları kararları arasında (birine uyulmasının diğerini ihlal edeceği şekilde) gerçek bir çatışma veya bir zıtlık vardır.

1. Tanıma Uyumsuzluğu

Birinci tür uyumsuzluk ile kastettiğimiz şey “koşut olmama” değildir. Örneğin İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi adil yargılanma hakkını “medeni hak ve yükümlülükler” veya “bir suç isnadının karara bağlanması” ile ilgili yargılamalarla veya serbest seçim hakkını “yasama organı seçimleri”yle sınırlamışken; Anayasa’da bu yönde bir sınırlama yoktur. Yine İnsan Hakları Sözleşmesi’nde evlenme hakkı evlenme çağına gelen *erkek ve kadına* tanınmışken Anayasa’da böyle bir daraltma yoktur.⁴⁵ Böylesi durumlarda bir çatışmadan bahsedilemez. Olsa olsa

⁴⁴ AYM'nin ilke kararlarının büyük ölçüde belirlendiği dönem yönünden bkz. Tolga Şirin, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı* (1st edn, On İki Levha Yayınları 2015)

⁴⁵ İHAS'taki evlenme hakkına ilişkin bu daraltma, Sözleşme'nin “yaşayan bir belge olduğunu” kaydeden İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi tarafından da henüz aşılmış değildir.

daha geniş veya daha dar güvencelerden bahsedilir.⁴⁶ Bu tür durumlarda mümkünse Sözleşme'nin asgari eşik olarak algılanması ve daha geniş özgürlük getiren hükmün esas alınması gerekir. Bu, İnsan Hakları Sözleşmesi'nin hiçbir hükmünün taraf devletlerin iç hukuklarında güvence altına alınan insan haklarını ve temel özgürlükleri daraltacak biçimde yorumlanamayacağını öngören 53'üncü maddesinin de bir gereğidir.⁴⁷ Benzer türden çıkarımlar diğer uluslararası insan hakları sözleşmeleri yönünden de yapılabilir.⁴⁸ Fakat bu türden uyuşmazlıklara iç hukuk perspektifinden bakan Anayasa Mahkemesinin tutumunun pek de hak ve özgürlükler lehine olduğu söylenemez. Mahkeme, hakkında bireysel başvuru yapılabilecek “ortak koruma alanını” belirlerken Sözleşme'nin dar metnini esas almış, Anayasa'nın öngördüğü daha geniş güvence alanını değil, Sözleşme metninin daha dar koruma alanını belirleyici kılmıştır.⁴⁹

Bu bağlamda uyumsuzluk da hakların güvence kapsamına ilişkin de olabilir. Örneğin Anayasa'da ve bazı uluslararası sözleşmelerde sendika kurma hakkının öznesi, “çalışanlar ve işverenler” olarak belirlenmiştir.⁵⁰ Bununla beraber İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 11'inci, Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 22'nci ve Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi'ne göre bu hakkın öznesi “herkes”tir. Dolayısıyla burada Anayasa, uluslararası sözleşmelere göre hak özneliği bakımından daha dar bir güvence öngörmektedir.

⁴⁶ Güvence kapsamına dair normatif farklılıklara ilişkin daha fazla örnek için bkz. Tolga Şirin, (n 44) 67-75

⁴⁷ Sözleşme'nin 53. maddesi konusunda bkz. Akif Yıldırım and Halil İbrahim Dursun, ‘Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 53. Madde Düzenlemesinin Türk Hukukuna Etkisi’ (2014) 9(100) Terazi Hukuk Dergisi 126; William Schabas, *The European Convention on Human Rights: a Commentary* (1st edn, OUP 2015) 902-04

⁴⁸ Örneğin İşkenceye Karşı Sözleşme'nin birinci maddesi ve Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin yirmi üçüncü maddesi de benzer bir yasak içermektedir.

⁴⁹ Mansur Yavaş ve Cumhuriyet Halk Partisi başvurusu (AYM) no. 2014/5425, 23.07.2014, §§ 35-37

⁵⁰ Anayasa madde 51/1: “Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz.”

Buradaki uyumsuzluk, çok yakın tarihte bir Yargıtay kararına konu olmuştur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, emeklilerin sendika hakkına ilişkin verdiği kararında şu gerekçeyle emeklilerin sendika kurma hakkının bulunduğu iddiasını reddetmiştir:

“Anayasanın normlar hiyerarşisinde en üst sırada olduğu, Anayasa’nın 90. Maddesinin son fıkrası[nın] Anayasa hükümleri ile uluslararası sözleşmeler arasında farklı hükümler bulunması hâlinde uluslararası sözleşmelere üstünlük tanınacağı şeklinde yorumlanamayacağı; bu itibarla, Anayasa’nın, sendika kurma hakkını yalnızca çalışanlara ve işverenlere tanıdığı dikkate alındığında, bu kapsamda bulunmayan ve aktif çalışma hayatı içerisinde yer almayan emeklilerin sendika kurma hakkının Anayasal bir dayanağının bulunmadığı anlaşılmaktadır.”⁵¹

Anılan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı, en az iki açıdan sorunludur.

Birincisi, bir hakkı tanımak için bu hakkın Anayasal bir dayanağının bulunmasına gerek yoktur. Anayasa’da aksi yönde bir yasağın bulunmaması yeterlidir. Emeklilere sendika kurma hakkı verilmesi, Anayasa’da açıkça korunan diğer haklarla açıkça çelişen bir durum da yaratmayacağından, “hakkın Anayasal bir dayanağının bulunma[ması]”, bir hak talebini reddetmek için yeterli veya uygun bir gerekçe değildir.

İkincisi, Anayasa’nın uluslararası sözleşmelere hiyerarşik üstünlüğünü kabul etsek dahi, burada Anayasa ile uluslararası sözleşme hükümleri arasında gerçek bir çatışma yoktur. Yani uluslararası sözleşmeye uymak, Anayasa’yı ihlal etmemektedir. Diğer bir deyişle Anayasa sendika kurma hakkını emeklilere kadar genişletmemekte, ancak emeklilerin sendika kurmasını yasaklamamaktadır. Dolayısıyla burada hiyerarşik bir ilişki kurmanın ve uyumsuzluğu bir hükümden diğerini tercih ederek çözmenin hiçbir gereği yoktur. İki hükmün uyumlaştırılması, dolayısıyla sorunun hükümlerden hiçbirine aykırı düşülmeden çözülmesi mümkündür.

2. Zıtlıklar

Uyumsuzluğun bir diğer türü çatışma veya zıtlıktır. Örneğin Lozan Barış Antlaşması’nın 39’uncu maddesi, Müslüman olmayan Türk yurttaşların anadili haklarına ilişkin güvenceler getirirken 1982 Anayasa-

⁵¹ Yargıtay HGK, 189/888, 17.11.2020, § 99

sı'nın ilk hâlindeki 26, 28 ve 42'nci maddeleri bu konuda yasaklar öngörüyordu.⁵² Gerçi Anayasa'nın 42'nci maddesinin son fıkrası "Milletlerarası andlaşma hükümleri saklıdır." gibi bir hüküm içerdiği için sorun kâğıt üzerinde çözülmüş gibiydi. Gelgelelim öğretide Lozan'ın bu hükümlerinin fiilen ilga olduğu düşüncesi egemen oldu. Uygulamada da bu hüküm dikkate alınmadı. Dolayısıyla bu normlar arasında fiilen bir çatışma baş verdi. Diğer bir deyişle birine uymak, diğerini ihlal etmekteydi. Bu, Anayasa ile uluslararası sözleşmenin metni arasında fiili bir çatışmaydı.

Bundan başka, Anayasa ile uluslararası sözleşmelerin denetim organlarının kararları arasında da çatışma olabilmektedir. Örneğin İHAM, *Söyler v. Türkiye* kararında, suçu kasten işlediğine hükmolunan hükümlülerin oy kullanmasını otomatik ve kategorik olarak yasaklayan iç hukuk hükümlerinin, Sözleşme'yi ihlal ettiğine karar vermiştir.⁵³ Buna karşılık, bu yasak, bizzat Anayasa'da düzenlenmektedir.⁵⁴ Benzer biçimde İHAM'a göre askeri ceza mahkemelerinin ve Devlet Güvenlik Mahkemelerinin asker üyeleri, adil yargılanma hakkı kapsamındaki tarafsız ve bağımsız mahkeme güvencesini ihlal etmekteydi.⁵⁵ Oysa bu konuda anayasa değişiklikleri yapıncaya kadar bu üyelerin statüsü, Anayasa'nın 143 ve 145'inci maddelerinde açıkça düzenlenmekteydi. Yine çok yakın bir zamanda İHAM, hâkim ve savcıların görev yeri değişikliklerine dair HSK kararlarına karşı başvurma olanağı olmamasını mahkemeye erişim hakkına aykırı bulmuştur.⁵⁶ Ama bu yasak, Anayasa'nın Hâkimler ve Savcılar Kurulunun meslekten çıkarmaya ilişkin olanlar dışındaki

⁵² 1982 Anayasası'nın ilk hâlinin 26'ncı ve 28'inci maddelerinde düşüncelerin açıklanması ve yayılmasında "kanunla yasaklanmış dillerin" kullanılmayacağı ve bu yasaklı dillerde yayın yapılamayacağı düzenlenmişti. 2001 değişikliğiyle bu hükümler kaldırılmıştır. 42'nci maddenin ilgili hükmü ise hâlen yürürlüktedir.

⁵³ İHAM'a göre ihlalin nedeni bu yasağın mahkûm olunan suçun niteliği, cezanın süresi ve her mahkûmun somut özel durumları gibi kriterleri dikkate almaya olanak tanımayan "otomatik ve kategorik" bir yasak olmasıdır. Bkz. *Söyler v. Türkiye* (İHAM) no. 29411/07, 17.09.2013, §§ 41-47

⁵⁴ Anayasa madde 67/4: "Silah altında bulunan er ve erbaşlar ile askeri öğrenciler, takrirli suçlardan hüküm giyenler hariç ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler oy kullanamazlar (...)"

⁵⁵ *İncal v. Türkiye* [BD] (İHAM) no. 22678/93, 09.06.1998, §§ 71-73; *Abdullah Altun v. Türkiye* (İHAM) no. 66354/01, 19.10.2006, § 21

⁵⁶ *Bilgen v. Türkiye* (İHAM) no. 1571/07, 09.03.2021, §§ 95-97

kararlarına karşı yargı yolunu kapatan 159'uncu maddesinin açık hükümden ileri gelmektedir.⁵⁷ Dolayısıyla bu tür uyuşmazlıklarda Anayasa'ya uymak, İHAS'ı ihlal etmektedir.

3. Görüşümüz

Biz her iki uyumsuzluğa da sadece ulusal değil uluslararası hukuk perspektifinden de bakılması ve belirsizlik hâlinde insan hakları lehine yorum yapılması kuralına başvurulması gerektiğini düşünüyoruz. Türkiye'deki Devlet Güvenlik Mahkemeleri (DGM) örneğinde de görüldüğü gibi uluslararası hukukun bağlayıcılığı, icabında Anayasa'da değişiklik yapılmasını da zorunlu kılabilmektedir.⁵⁸ Biz, bu noktanın üzerinde yeterince durulmadığını düşünüyoruz.

Türkiye'de bu konuda tartışmalarda, İHAM kararlarının yargı organlarınca uygulanmasını savunmak, bizzat Cumhurbaşkanlığı düzeyinde "Türkiye karşıtı bir siyasetin ürünü" olarak dahi görülebilmektedir.⁵⁹ Gelgelelim uluslararası mahkeme kararlarının bağlayıcılığı sadece Tür-

⁵⁷ Bazı aykırılıklar ise Anayasa'nın açık hükümden değil ama bu hükümlerin algılanış veya uygulanış biçimlerinden kaynaklanmaktadır. Örneğin Anayasa'nın 24'üncü maddesinde yer alan ve din dersinin ilk ve ortaokullarda okutulacak zorunlu dersler arasında yer almasını öngören hükmüne dayanılarak okutulan zorunlu din dersi, içeriği bakımından İHAS'a aykırı bulunmuştur: Bkz. Hasan ve Eylem Zengin v Türkiye (İHAM) no. 1448/04, 09.10.2007, §§ 58-70. Ancak bu aykırılık, okutulan dersin içeriği değiştirilerek Anayasa'da değişiklik yapmaya gerek kalmaksızın giderilebilir. Yine varlığı Anayasa'yla düzenlenen Diyanet İşleri Başkanlığının yalnızca belirli bir dinin belirli bir yorumunu esas alan yorumundan kaynaklanan uygulamalar, İHAM tarafından Sözleşme'ye aykırı bulunmuştur: Bkz. İzzettin Doğan ve diğerleri v Türkiye [GC] (İHAM) no. 62649/10, 26.04.2016, §§ 174-185. Bu aykırılığın giderilmesi için de Anayasa değişikliği gerekmez. Diyanet İşleri Başkanlığının uygulamalarının tüm inançları güvence altına alacak biçimde değişmesi Sözleşme'yle uyumu sağlamak için yeterli olacaktır. Dolayısıyla bu konularda metinler arasında bir çatışma olduğu söylenemez.

⁵⁸ Ancak bu bağlamda şu noktanın da göz ardı edilmemesi gerekir. Bir anayasa değişikliği en az 360 milletvekilinin desteğini ve duruma göre seçmenlerin yarısından fazlasının desteğini gerektirir. Buna karşılık, bir uluslararası sözleşmeye taraf olmak yürütme erkinin iradesini ve TBMM'nin basit çoğunluğunun desteğini gerektirir. Bu iki durumun da ilgili yorumda dikkate alınması gerektiği eleştirisi ileri sürülebilir.

⁵⁹ Bu konuda bkz. Mehmet Uçum, 'Milli Yargı Yetkisi Devredilemez' (mehmetucum.com, 18.1.2021) <<http://mehmetucum.com/7-duyurular&newsID=350>> erişim tarihi 13 Mart 2021

kiye açısından geçerli veya yalnızca Türkiye açısından savunuluyor değildir. Bağımsızlık ilkesi, salt Türkiye'nin değil bütün ulus devletlerin dikkate aldığı bir ilkedir. Karşılaştırmalı kamu hukuk literatüründe, uluslararası mahkeme kararlarına uyulması gerekliliğini savunmak “devlet karşıtlığı” olarak görülmez. Öyle ki Avrupa Konseyine üye çok sayıda devlet, yerel yargı kararlarının İHAM ile uyumlaştırılması için anayasa değişikliğine kadar uzanan ciddi adımlar atmıştır. Aşağıdaki liste, bu anayasal adımların yaygınlığını göstermektedir:⁶⁰

Devlet	İHAM kararı	Yapılan Anayasal Reform
Kıbrıs	M.A. v. Kıbrıs	Göçmenler hakkındaki hukuka aykırı tutma ve sınır dışı etme iddialarına bakacak bir idare mahkemesi kurulmasına ilişkin 2015 Anayasa değişikliği
İsviçre	R.M.D. v. İsviçre	Tutmaya karşı başvurma hakkının bir kantondan diğerine transfer edilen tutulanlar için de geçerli olabilmesi için Federal Anayasa'nın 2001 yılında değiştirilmesi
Türkiye	Sakık ve diğerleri v. Türkiye (1)	Yargıç önüne çıkarılmaksızın gözaltında geçebilecek azami sürenin dört yıla düşürüldüğü 2001 yılı Anayasa değişikliği
Arnavutluk	Mishgjoni v. Arnavutluk	Yargı alanında reform ve yargılama süreçlerinin hızlanması için “Yüksek Yargı Konseyi” kurulması dahil pek çok yenilik öngören 2016 Anayasa değişiklikleri
Ermenistan	Avetisyan v. Ermenistan	Tanık sorgulatma hakkı konusunda tespit edilen sorunların giderilmesi için 2015 Anayasa değişikliği

⁶⁰ Buradaki bilgiler büyük oranda şu kaynaktan derlenmiştir: Council of Europe – Department for the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights, ‘Constitutional Matters’ (2020) <<https://rm.coe.int/thematic-factsheet-constitutional-matters-eng/16809e512a>> erişim tarihi 14 Mart 2021

Ermenistan	Saghatelyan v. Ermenistan & Melikyan v. Ermenistan	Yargıçların görev sürelerine son veren cumhurbaşkanlığı kararnameleri dahil bazı yürütme işlemlerine karşı yargı yolu yaratabilmek için üç aşamalı yargı mekanizması getiren 2005 Anayasa değişikliği
İspanya	Moreno Carmona v. İspanya	Yargılamaların süresine ve hakkaniyete uygunluğuna dair sorunları gidermek amacıyla Yargı Hakkında Anayasal Kanun'da (organik kanun) yapılan 2015 değişiklikleri
Gürcistan	Gharibashvili v. Gürcistan	Yaşama hakkı ve kötü muamele yaşama ilişkin soruşturmaların etkililiğini ve yargı bağımsızlığı arttırmak için başsavcılığı ayrı bir anayasal organ olarak düzenleyen, mağdurlara soruşturma aşaması için yeni haklar getiren, yargıyı politik etkiden arındırmayı ve işkenceyi azaltmayı amaçlayan 2017-2018 Anayasa değişiklikleri
Yunanistan	Hornsby v. Yunanistan	Yürütmenin bütün yargı kararlarına uyması zorunluluğunu pekiştiren 2001 Anayasa değişikliği
Yunanistan	Karakasis v. Yunanistan	Gereçeli karar hakkına dair ihlalleri gidermek amacıyla bütün yargı kararlarının yeterli ve ayrıntılı gerekçe içermesini zorunlu kılan ve buna aykırılık hâlinde kanunla ceza öngörülmesine olanak sağlayan 2001 Anayasa değişikliği
Yunanistan	Pafitis ve diğerleri v. Yunanistan	Makul süreyi aşan yargılamaları kısaltmak amacıyla idare mahkemeleri önündeki aşırı şekilci yargılama şartlarını kaldıran ve derece mahkemeleri ve üst mahkemeler arasındaki görev paylaşımını yeniden düzenleyen 2001 Anayasa değişikliği

İtalya	Craxi v. İtalya (2)	Özellikle çelişmeli yargılanma hakkı olmak üzere adil yargılanma hakkına anayasal statü kazandırmak için 1999 Anayasa değişikliği
Slovakya	Harabin v. Slovakia	Bağlayıcı uluslararası sözleşmelerin organlarının kararlarına uyumu sağlamak için Anayasa Mahkemesi kararlarını temyiz edebilme olanağı getiren 2014 Anayasa değişikliği
Slovakya	Jori v. Slovakia	Makul süreyi aşan yargılamalara ilişkin Anayasa Mahkemesine başvurma olanağı tanıyan 2002 Anayasa değişikliği
Türkiye	Ciraklar v. Türkiye İncal v. Türkiye Kalem v. Türkiye Kızılyaprak v. Türkiye Sadak ve diğerleri v. Türkiye Sertkaya v. Türkiye	Devlet Güvenlik Mahkemelerindeki bağımsızlık ve tarafsızlık sorununu ortadan kaldırmak için 1999 ve 2004 Anayasa değişiklikleri
Türkiye	Tanisma v. Türkiye	Bağımsızlık ve tarafsızlık sorunu yarattığı İHAM kararlarıyla saptanan Yüksek Askerî İdare Mahkemesinin ve genel olarak askerî mahkemelerin kaldırılmasını öngören 2017 Anayasa değişikliği
Ukrayna	Oleksandr Volkov v. Ukrayna	Yargı üyelerine yönelik disiplin süreçlerindeki adil yargılanma ihlallerini önlemek amacıyla (diğerlerinin yanında) Yüksek Adalet Konseyini kuran ve üç aşamalı yargı sistemi getiren 2016 Anayasa değişiklikleri
Yunanistan	Thlimmenos v. Yunanistan	Askerlik hizmetine alternatif bir hizmette bulunma hakkını anayasal güvence altına alan 2001 Anayasa değişikliği

İrlanda	Open Door ve Dublin Well Woman v. İrlanda	Yurtdışında kürtaj yaptırabilmek için bilgiye erişim hakkının ihlaline hükmeden karardan sonra başka bir devlette kürtaj yaptırmak isteyenlerin bu bilgiye erişmelerini ve bu bilgiyi sağlama hakkını güvence altına alan 1992 Anayasa değişikliği
Norveç	Bladet Tromso AS and Pal Stensas v. Norveç	Yanlış bir bilgiyi yayanların bu bilgiyi iyi niyetle ve ihmalkâr olmayan bir davranışla edinmiş olmaları şartıyla iftira suçundan cezalandırılmayacaklarını güvence altına alan 2004 Anayasa değişikliği
Ermenistan	Helsinki Committee of Armenia v. Ermenistan	Zamanında bildirim yapılmamış gösterilere yapılan müdahaleler bağlamında verilen ihlal kararları doğrultusunda, önceden bildirim yapmayı gerektirmeyen spontane toplanma hakkını güvence altına alan 2015 Anayasa değişikliği
Ermenistan	Safaryan v. Ermenistan	Mülkiyetin korunması hakkını ve bu hakkın yalnızca kamu yararı doğrultusunda sınırlanabileceğini güvence altına alan 2015 Anayasa değişikliği
Gürcistan	Ramishvili v. Gürcistan	Mahpusların oy kullanmasını kategorik olarak yasaklayan Anayasa hükmünü basit suçlardan mahkûm olanların oy hakkını güvence altına alacak biçimde değiştiren 2011 Anayasa değişikliği, sonrasında bu yasayı daha da daraltarak yalnızca fazlasıyla ağır bazı suçlardan mahkûm olanların oy vermesini yasaklayacak şekilde düzenleyen 2017 Anayasa değişikliği
Yunanistan	Lykourazos v. Yunanistan	İhlal kararı doğrultusunda, milletvekillerinin üyeliğinin düşmesine han-

		gi faaliyetlerin yol açacağına spesifik bir yasayla sayılmasını zorunlu hâle getiren 2008 Anayasa değişikliği
Macaristan	Alajos Kiss v. Macaristan	Hukuki ehliyetini kaybeden kişilerin oy kullanmasını kategorik olarak yasaklayan Anayasa hükmünü, kişinin hukuki ehliyetini kaybetmesine ilişkin mahkeme kararında buna yol açan durumun oy kullanma hakkını kaybetmesine de yol açmasını gerektirip gerektirmeyeceğine dair ayrıca inceleme yapılmasını zorunlu kılacak şekilde değiştiren 2012 Anayasa değişikliği
Sırbistan	Paunovic ve Mili-vojevic v. Sırbistan	Milletvekillerinden imzalı ve tarihsiz istifa mektubu alınması ve istenilen zamanda partileri tarafından görevlerinin sona erdirilmesi pratiğinin önüne geçen 2006 tarihli Anayasa değişikliği
Belçika	Belçika dil davası v. Belçika	Özellikle anadilleri Fransızca olan ve Flemenkçe konuşulan bölgelerde yaşayan çocukların yaşadığı ayrımcılığı ortadan kaldırmak için yapılan 1968-1971 Anayasa değişiklikleri

Bu örnekler göstermektedir ki ulusal hukukun lafzına, çatışmacı bir perspektifle gereğinden çok anlam yükleyen bir yaklaşım, uluslararası sözleşmelerin bağlayıcılığı ile hukuksal ve politik gerçekler karşısında uzun vadede ayakta kalamamaktadır. Dolayısıyla bu bağlamda çatışmacı değil uyumlaştırıcı bir yaklaşım sergilemek daha makuldür. Çatışma olasılıklarında, mümkünse “uluslararası hukuka uygun yorum” yapılması; bu mümkün değilse, en azından kararlarda *obiter dictum* belirlemelere ve/veya “yasama organına çağrı” gibi dinamik yollara başvurulması önerilir.

B. Ulusal Kararla Uyumsuzluk

Uluslararası normlar ile çatışma sorununun bir diğer yönü de ulusal yargı kararlarıyla ilgilidir. Bu noktada yanıt verilmesi gereken soru, ulusal bir yargı kararı ile uluslararası insan hakları organının kararı arasında uyumsuzluk oluşması durumunda uygulamacıların hangi kararı dikkate alması gerektiğidir. Örneğin Anayasa Mahkemesi bir ihlalin olmadığını söylemişken İnsan Hakları Mahkemesinin ihlal sonucuna ulaştığı durumlarda sorun nasıl çözülecektir?

Bu sorun, Avrupa sistemi içinde özellikle *Görgülü v. Almanya* kararı bağlamında Almanya’da tartışılmıştır.⁶¹ Bu davanın başvurusu Almanya’da yaşayan bir Türkiye yurttaşdır. Evlilik dışı doğan çocuğunun annesi, çocuklarını koruyucu bir aileye evlatlık vermiştir. Çocuğunun velayetini almak ve onu görme hakkı edinmek için açtığı davaları, çocuğun yüksek yararına atıfla reddedilen başvuru olağan hukuk yollarını tüketerek davayı Strazburg’a taşımıştır. Sözleşme’nin 6 ve 8’inci maddelerinin ihlal edildiği yönündeki karar üzerine başvuru ulusal makamlara yeniden başvurmuş fakat bu karara uyulmamıştır. Yüksek Bölge Mahkemesi’ne (*Oberlandsgericht*) göre Strazburg mahkemesi, bir yüksek mahkeme değildir ve ihlal belirlemelerinin iç hukuktaki kesin kararlar üzerinde bir etkisi yoktur. Bu kararların derece mahkemeleri açısından bağlayıcılığı yoktur. Söz konusu karar, Almanya’da etraflı bir tartışma başlatmış ve bu tartışmalara yanıt veren, anayasa şikâyeti üzerine karar veren Alman Anayasa Mahkemesi olmuştur. Mahkemeye göre “Federal Almanya Cumhuriyeti’nin yetkili mercileri ve mahkemeleri, belli koşullar altında, kendi kararlarında Sözleşme’nin Mahkeme tarafından yapılan yorumlarını dikkate almakla yükümlüdür.”⁶² Bu bakımdan meselenin bir bağlayıcılık veya yüksek mahkeme olma bağlamından çıkarılması ve daha iyi bir gerekçe bulunmadıkça gereğinin yapılması gerektiği, yani bir bakıma çatışmadansa yargısal diyalog geliştirilmesi gerektiği ifade edilmiştir.⁶³ En tartışmalı fakat gerçekçi biçimde Alman-

⁶¹ Görgülü v. Almanya (İHAM) no. 74969/01, 26.02.2004

⁶² 2 BvR 1481/04, BVerfGE 111, (307-322)

⁶³ Benzer türden bir tartışma da M. v. Almanya kararı bağlamında gündeme gelmiştir. Bkz. M. v Almanya, (İHAM) no. 19359/04 17/12/2009. Almanca literatürde bu konudaki en kapsamlı çalışma için bkz. Kristin Rohleder, Grundrechtsschutz im europäischen Mehrebenen-System: unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnis-

ya’da ele alınan bu sorunun Türkiye özelindeki dikkat çekici karşılıkları Demirtaş, Kavala, Şahin Alpay ve Hasan Mehmet Altan kararlarında ortaya çıkmıştır. Bu kararlardan son ikisi sonradan düzeltilmişse de ilk ikisine hâlihazırda direnilmektedir.⁶⁴

Bu sorun, üç farklı noktadan inceleyebilir. Birincisi, uluslararası mahkemenin belirli bir olay için verdiği kararın, o olayın yargılamasını yapan yerel yargı organları için bağlayıcı olup olmadığı sorunudur. İkincisi, Türkiye aleyhine verilen bir ihlal kararının, o dosyadaki olayı değil de benzer başka bir olayı gören ulusal yargı organı için bağlayıcı olup olmadığı sorunudur. Üçüncüsü ise Türkiye hariç diğer bir ülke aleyhine verilen kararlardaki belirlemelerin Türkiye yargı organları için bağlayıcı olup olmadığı sorunudur. Şimdi bu üç soruna, İHAM kararları ışığında yanıt arayacağız.⁶⁵

1. Aynı Devlet, Aynı Olay

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarının *verildiği olay için* bağlayıcılığı, oldukça açık bir hukuki düzenlemeye dayanmaktadır. Sözleşme’nin 46’ncı maddesine göre sözleşmeyi imzalayan devletler, “Mahkemenin taraf oldukları davalarda verdiği kesinleşmiş tüm kararlarına uymayı taahhüt ederler.” Görüleceği üzere bu taahhüt oldukça nettir. Herhangi bir istisnası da düzenlenmiş değildir.

Durum böyle olmakla beraber, Türkiye’de zaman zaman İHAM kararlarının yalnızca “yönlendirici” niteliği bulunduğu ve bu kararlara uyumun iç hukukta bir “tercih meselesi” olduğu gibi iddialar öne sürülmektedir. İHAM kararlarının bağlayıcılığını reddedenlerin savları ince-

ses zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte (1st edn, Nomos 2009)

⁶⁴ Analiz için bkz. Tolga Şirin, ‘Anayasa Mahkemesinin Şahin Alpay Kararına İlişkin Değerlendirmeler’ (2018) 7(13) Anayasa Hukuku Dergisi 245; Kerem Altıparmak and Başak Çalı, Esastan Bağlayıcı: AİHM Büyük Daire Selahattin Demirtaş Kararı (Çalışma Metinleri No: 24, 2021)

⁶⁵ Bu tartışma için odağa İHAM kararlarını almamızın nedeni, iç hukukta kararları en çok tartışılan ve bilinen uluslararası insan hakları organının İHAM olması nedeniyle bizim için savlarımızı iletmenin, okuyucu açısından da bu savları takip etmenin kolay oluşudur. Yoksa bu bağlamda öne süreceklerimiz, gerekli uyum yapılmak şartıyla, tüm bağlayıcı uluslararası sözleşmeler ve denetim organları kararları için geçerlidir.

lendiğinde dört ortak iddia saptamak mümkündür.⁶⁶ Şimdi bu iddiaların her birini ayrı ayrı inceleyeceğiz.

a. Meşruluk Savı

Türkiye’de yargı kararlarının bağlayıcılığı ile ilişkiler özellikle 2000’li yıllardan itibaren demokratik meşruluk savlarıyla tartışılmaya başlanmıştır. Bu tartışmanın uzantısı olarak, 2010 yılında yüksek yargı organlarının yargıçların bizzat yargı mensuplarıncı seçilmesi için değişikliklere gidilmişti. Hükûmet de o yıllarda bu değişikliği “meşruluk” savıyla savunmuştu.⁶⁷ Fakat bu değişiklikten geri adım atılması için çok beklemek gerekmedi. Değişiklikle yüksek yargıya “seçilen” yargıçların büyük kısmı ise terör örgütleriyle irtibatlı ve iltisaklı oldukları iddiasıyla mesleklerinden alındılar. Bunun üzerine 2010’dan önceki sistemin benzerine dönüldü. Geline aşamada AYM ve Danıştay’ın üyelerinin pek çoğunun, keza Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının doğrudan partili Cumhurbaşkanlığı tarafından atandığı bir sistemdeyiz. Bu sistemin yanı sıra yargıçlığa kabul edilme süreçlerinde de büyük ölçüde yürütme organının etkisi hissedilmektedir.⁶⁸ Bu durumu yargı bağımsızlığı adına ve

⁶⁶ Bu iddiaların Cumhurbaşkanlığı başdanışmanı düzeyinde üretildiğini gözlemliyoruz. Bu konuda bkz. Mehmet Uçum, ‘Milli Yargı Yetkisi Devredilemez’ (mehmetucum.com, 18.1.2021) <<http://mehmetucum.com/7-duyurular&newsID=350>> erişim tarihi 13 Mart 2021. Mehmet Uçum, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarının bağlayıcı olduğunu savunanları “yargı bağımsızlığını hedef almak”, hatta “görünürde hukuki bir dile dayanmakla” birlikte “Türkiye karşıtı bir siyasetin ürünü olan bir ideolojik yaklaşım” geliştirdiğini iddia etmektedir. Böylelikle, kendisi gibi düşünmeyenleri bir yandan hukuk devletinin en temel ögesine karşıt olmakla suçluyor; diğer yandan yalancılıkla ve adeta hainlikle suçluyor. Bu düzeyde bir hukukçunun kendisine böylesi bir dili yakıştırmaması, en hafif deyişle yadırgatıcıdır. Karşıtlarını siyasi davranmakla itham eden birinin bu yaklaşımının “hukuksallığına” diyecek söz bulmak kolay değildir. Gelgelelim yine de burada şu notu düşmek gerekiyor: Strazburg organlarının kararlarının bağlayıcı olduğu görüşü, Türkiye’nin en saygın hukuk hocalarınca ve uygulamacılarınca savunulur. Dahası, söz konusu görüş, Türkiye dışında da çok sayıda akademisyen ve hukukçu tarafından kendi ülkeleri bağlamında savunulmaktadır. Hepsisi birden aynı torbaya sokulan bu kişiler ne yalancıdır ne de haindir.

⁶⁷ Fazıl Sağlam, ‘AKP’nin Anayasa Değişikliği Paketi Üzerine Düşünceler’ (2010) 34(267) Mülkiye Dergisi 15, 21-26

⁶⁸ Mustafa Uluçakar and Mehmet Fatih Çınar, ‘Türkiye’de Yargı ile Siyaset İlişkisinin Kuvvetler Ayrılığı Perspektifinden Analizi’ (2020) 7(1) İstanbul Gelişim Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi 126, 135

Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesine dayanarak haklı çıkarılmaya çalışmak tek kelimeyle ironiktir. Hele de bu noktada “meşruluk” savı fazlasıyla hatalı olacaktır.

Meşruluk, bu konuda çokça kalem oynatmış olan Fritz Scharpf'ın ifade ettiği üzere girdi meşruluğu ve çıktı meşruluğu olmak üzere iki boyut taşır.⁶⁹

Girdi meşruluğu, bütün kamusal organlarda toplumun tek bir kesiminden değil farklı kesimlerinden, eşit ve liyakat esaslarına dayalı olarak katılıma açıklıkla ilgili bir konudur. Evet, Türkiye’de bir girdi meşruluğu sorunu vardır ama bu çöken liyakat ilkesinden,⁷⁰ kliyalizmden,⁷¹ kamu hizmetine girme süreçlerindeki şeffaf olmayan süreçlerde yaşanan ayrımcılıktan⁷² ve belli siyasi partilerin kadrolaşmalarından⁷³ kaynaklanmaktadır. Yargının gündelik siyaset anlamında politize olmasıyla sağlanacak meşruluk bizim anladığımız türden bir meşruluk değildir.

Çıktı meşruluğu ise, konu yargı erki olduğunda çok daha önemlidir. Scharpf’a göre çıktı meşruluğu kararların demokratik toplum düzeyinin gereklerine ve her şeyden önce çoğulculuğa uygunluğunu anlatır. Kamu hizmetlerindeki meşruluk, seçimlerden ziyade işlevsellikle pekişir. Bu gerçeğe dikkat çeken Sadurski’nin verdiği örnekten aktaracak olursak; devlet opera ve balesinde çalışan bir baletin meşruluğu “sen seçimle gelmedin” veya “millî iradeyle hareket etmiyorsun” diye tartış-

⁶⁹ Bu konuda bkz. Fritz Scharpf, *Governing in Europe: Effective and Democratic?* (1st edn, OUP 1999)

⁷⁰ Tarık Yücel and Alper Özmen, ‘Meritokrasiyi Kısıtlayan Kayırmacılığın Bir Türü Olarak Nepotizm: 1982 Anayasası’nın 10. ve 70. Maddeleri Kapsamında Bir Değerlendirme’ (2020) 22(39) *KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi* 312, 320-27; Selma Karatepe and Salim Kurnaz, ‘Kamu Yönetiminde Liyakat İlkesi: İngiltere Örneği Üzerinden Türkiye İçin bir Değerlendirme’ (2019) 33(46) *Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 77, 96

⁷¹ Arzu Özkanan and Ramazan Erdem, ‘Yönetimde Kayırmacı Uygulamalar Üzerine Nitel bir Çalışma’ (2015) 2(4) *Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 7; Günay Yıldız, ‘Kayırmacılık Olgusunun Türk Kamu Yönetimine Yansımaları’ (2018) 1(2) *Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 62

⁷² Günay Yıldız, ‘Türk Kamu Yönetiminde Liyakat İlkesi’ (2016) 3(8) *Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 140, 167

⁷³ Ayça Kurtoğlu, ‘Siyasal Örgütler ve Sivil Toplum Örgütleri Bağlamında Hemşehricilik ve Kollamacılık’ (2012) 67(1) *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 141, 162

maya açılmaz; ya hak etmediği hâlde kayırmacılıkla oraya geldiği için ya da görevini gerektiği gibi yapmadığı için açılır.⁷⁴ Literatürde benzer türden örnek belediye otobüsü şoförleriyle ilgili verilir. Şoförün saatinde gelmemiş olması veya hız sınırını aşarak yolcuların yaşamını tehlikeye atması onun işlevsel meşruluğunda sorun emaresidir ama kimse bu şoförün öncelikle seçim esaslarını tartışmaz. Kuşkusuz seçim, meşruluğu geliştirebilir. Ama bu, parti ofislerinde organize edilen listelemelerle değil doğrudan oyla olur. Aksi durum yargı erkinin politize olması ve bu politizasyon düzeyinin yüksekliğinden ötürü talimatlara açık hâle gelmesi anlamını taşır.

Dolayısıyla Türkiye'deki yargının (özellikle bağımsızlık ve tarafsızlık ilkeleri için) ihtiyacı olan şey meşruluktan çok siyasi baskıdan arınmaktır.⁷⁵

b. Bağımsızlık Savı

Bu sav, genellikle retorik bir soruyla sunulmakta ya da bu soruyla tamamlanmaktadır: Devletlerin uluslararası mahkeme kararlarını bağlayıcı kabul etmeleri yargı yetkilerini o mahkemeye devretmek anlamına geleceğinden, uluslararası mahkeme kararlarını bağlayıcı kabul eden bir devletin bağımsızlığından söz edilebilir mi?

Bu iddia, “yüklü soru” (*loaded question*) denilen bir mantıksal sorun barındırmaktadır. Sorulan sorunun içerisinde kendisini gizlemiş bir varsayım bulunmaktadır. Soru (veya sav) ancak “devletlerin uluslararası mahkeme kararlarını bağlayıcı kabul etmelerinin yargı yetkilerini o mahkemeye devretmek anlamına geleceği” kabul edildiğinde yanıt verilebilir hâle gelmektedir; ama sorunun veya savın sunulmuş biçimi bu ilk varsayımı tartışmaya açmayı dışlamaktadır. Dolayısıyla sorulan soruya “evet” yanıtı da verilse “hayır” yanıtı da verilse, “devletlerin uluslararası mahkeme kararlarını bağlayıcı kabul etmelerinin yargı yetkilerini o mahkemeye devretmek anlamına geleceği” varsayımı kabul edilmiş ol-

⁷⁴ Wojciech Sadurski, *Constitutional Justice, East and West Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in a Comparative Perspective* (1st edn, Springer 2003) 166

⁷⁵ Hilal Yazıcı, ‘Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Sistemi’ (2019) 24(93) *Liberal Düşünce Dergisi* 17, 25-27

maktadır. Biz, bu mantıksal sorunu görüyor ve soru içerisindeki gömülü varsayımı reddediyoruz.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin devletlerin taraf oldukları davalarda verilen tüm kararlara uymayı taahhüt ettikleri 46'ncı maddesi, oldukça açık bir dille yazılmıştır ve Sözleşme'nin ilk hâlinde de (53'üncü maddede) yer almaktadır. Dolayısıyla bu bağlayıcılık ne sisteme sonradan eklenmiştir ne de İHAM tarafından empoze edilmiştir. Devletler dili son derece açık bu hükmü bilerek Sözleşme'ye taraf olma iradesi göstermiştir. Devletlerin kendilerini bilerek ve isteyerek, hiçbir zorunluluk altında kalmadan bağladıkları bir taahhüdün gereğini yerine getirme zorunlulukları, bir bağımsızlık meselesi değildir. Tamamen bağımsız biçimde bu taahhülle bağlanan ve bağlı kalma iradesini gösteren, devletin kendisidir.

Ayrıca İHAM kararlarının bağlayıcılığının, ulusal yargı organlarının yargı yetkilerini devretmeleri anlamına gelmeyeceği açıktır. Dünyada hiçbir sistemde olmadığı gibi bizim sistemimizde de yargı organları, kararlarını mutlak bir serbesti içerisinde veremez. Anayasa gereği bu organların kararları “Anayasaya, kanuna ve hukuka” uygun olmak zorundadır.⁷⁶ Dolayısıyla yargıçların karar verirken uymak zorunda oldukları standartlar belirlidir, yargının uyması gereken standartların belirlenmesinin de “yargı yetkisinin devri”yle bir alakası yoktur. Devletin yukarıda açıklanan iradesi gereği Anayasadaki “hukuk” kavramının içerisine giren İHAM kararlarının bağlayıcılığı, olsa olsa, yerel mahkemelere uymak zorunda oldukları yeni standartlar getirir. Nasıl ki yargı organlarının kanunlara uygun olarak karar vermek zorunda olmaları “yargı yetkisinin yasama organına devri” anlamına gelmiyorsa, usulüne uygun olarak yetkilendirilmiş uluslararası organların kararlarına uymaları gereği de yargı yetkisinin o uluslararası organlara devri anlamına gelmez.

Dahası, uluslararası hukukun iç hukukta doğrudan uygulanabilirliğinin milli bağımsızlığa hâle getirdiği savının tutarlı biçimde savunulabilmesi için, uluslararası hukuk bağlamında monist sistemi benimseyen hiçbir devletin bağımsız olmadığını iddia etmek gerekir.

Dolayısıyla konunun milli bağımsızlıkla bir alakası yoktur.

⁷⁶ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, madde 138: “Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler.”

c. İkincilik Savı

Bu iddiaya göre uluslararası yargı organları için “ikincillik ilkesi” geçerlidir. Yani uluslararası mahkemeler talidir, asıl olan ulusal yargı organlarıdır. Bu yüzden de uluslararası mahkemelerin kararlarına uymak zorunlu değildir. Öyle ki, yerel organların uluslararası mahkeme kararlarına uymalarının zorunlu olduğunu kabul etmek, “birincilik ilkesini” tahrip edici ve ulusal yargıyı zaafa uğraticı niteliktedir.

Ardında ikincillik ilkesinin yanlış anlaşılması yatan bu savda, birden çok hata bulunmaktadır. Öncelikle uluslararası hukukun en önemli ilkelerinden olan “ikincillik ilkesi”ne karşılık olarak kullanılan kavram Türkçe “ikincil” kelimesine karşılık gelen “secondary” (fra. “secondaire”) değildir. Uluslararası hukukta bu kavramın karşılığı “subsidiarity”dir (fra. “subsidiarité”). Kavram, semantik olarak da etimolojik olarak da, yerel organlar ile uluslararası organlar arasında birincilik-ikincillik gibi herhangi bir rakamsal ilişki kurmamaktadır. Kökeni Aziz Thomas’ın Hıristiyan toplum düzenine ilişkin öğretilerine dayanan bu kavram, üst düzenin (ya da “bütünün”) alt düzenin (ya da “parçanın”) işleyişinin her ayrıntısına müdahale etmemesi ve yalnızca alt düzenin kendi başına sorunu çözemediği durumlarda devreye girmesi gerektiğini anlatmaktadır.⁷⁷ Burada gözden kaçırılan nokta, üst düzenin “ikincilliğinin”, nihai sözü söyleme yetkisini herhangi bir biçimde ortadan kaldırmadığıdır. “İkincil” olan üst düzenin, son sözü söyleme yetkisi bakidir. Tarihsel olarak böyle bir anlamı olan ikincillik, günümüz toplum düzeninde de aynı anlama gelecek biçimde kullanılmaktadır. Bunu göstermek için, “subsidiarity” kavramının Avrupa topluluğundaki en bilinen yasal düzenlemesi olan Maastricht antlaşmasının Avrupa Birliğinin “ikincil” niteliğini düzenleyen 3B hükmünü alıntılamanın uygun ve yeterli olacağını düşünüyoruz:

“Topluluk, kendisine bu antlaşmada tanınan yetkiler dahilinde ve hedefler doğrultusunda hareket eder. Kendi münhasır yetkisine girmeyen alanlarda Topluluk *ikincillik ilkesine* uygun davranır, yalnızca eğer söz konusu eylemin hedeflerine Üye Devletler tarafından tatmin edici biçimde ulaşılamıyorsa ve hedefin büyüklüğü ya da etkileri gibi nedenlerle

⁷⁷ Maria Grazia Melchionni, ‘Il Principio di Sussidiarietà nella Prospettiva Storica, dalla Tradizione di Pensiero Cattolica al Trattato di Maastricht’ (2013) 80(2) Rivista di Studi Politici Internazionali 167-68

eylem Topluluk tarafından daha iyi gerçekleştirilebilecekse harekete geçer.”⁷⁸

Görüldüğü üzere ikincillik ilkesi, günümüzde de orijinal anlamıyla kullanılmaktadır. Yani üst kurum, ancak ve ancak sorun “parçalar”ca çözülememişse ve/veya parçaların sorunu çözme olanağı bulunmuyorsa veya kalmamışsa müdahale edecektir. Dolayısıyla uluslararası hukuk bağlamında ikincillik ilkesinin, yargı yetkisi tanınmış bir uluslararası mahkemenin kararlarına uyma zorunluluğuyla hiçbir alakası bulunmamaktadır. Bu ilkenin zorunlu kıldığı şey, olsa olsa, uluslararası mahkemelerin sorunu çözmek için yerel organlara öncelik tanınması gereğidir, bu da zaten İHAM bağlamında Mahkemeye başvuru yapabilmek için “iç hukuk yollarının tüketilmesi” şartıyla karşılanmaktadır.

İHAM’ın, (ihlalin başka türlü giderilemeyeceği istisnai hâller dışında) sorunun hangi yolla çözüleceğine dair (yasa değişikliği, yargı organlarının eğitimi vs. gibi) bir zorunluluk dayatmayarak sorunun giderimi için yerel organlara öncelik tanınması da ikincillik ilkesiyle açıklanmaktadır. Bununla beraber, Sözleşme’nin 46’ncı maddesinde de belirtildiği üzere kararlara uyulup uyulmadığı, nihai olarak İHAM denetimine tabidir.⁷⁹ Burada İHAM’ın ikincillik ilkesine ilişkin yorumunu alıntılar yapmak yararlı olacaktır:

“Hükûmetin de üzerinde durduğu üzere ikincillik ilkesi, Sözleşme’de güvencelenen hakları bir Devletin yargı yetkisi altındaki herkes için güvence altına alma nihai amacıyla üye Devletler ile Mahkeme [İHAM] arasında bir yetki paylaşımı kuralı getirmektedir. Başka bir deyişle insan haklarının öncelikli garantörleri yerel yetkililerdir, *ancak bunlar Mahkemenin denetimine tabidir*. Bireylerin haklarının hızlı, etkin ve *a priori* etkili biçimde korunması için ikincillik ilkesi, üye Devletlerin öncelikli sorumluluğunu meşrulaştırmaktadır ... *Ulusal koruma sistemi-*

⁷⁸ Avrupa Birliği Antlaşması, madde 3b hükmü için bkz <https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_on_european_union_en.pdf> erişim tarihi 22 Mart 2021 (vurgu eklendi)

⁷⁹ İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi madde 46/4: “Bakanlar Komitesi, bir Taraf Devletin taraf olduğu bir davada verilen kesinleşmiş karara uymadığı görüşündeyse ... o Tarafın birinci fıkradaki yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği sorununu Mahkemenin önüne taşıyabilir.”

nin [şikâyetlere] etkili bir yanıt veremediği durumlarda [İHAM], genel veya olaya özgü sonuçlar çıkarabilir.”⁸⁰

Yukarıda açıklananlar, karşı savdakilerce iddia edildiğinin aksine, yerel mahkeme kararlarınca da kabul edilmektedir. Örneğin Anayasa Mahkemesinin dosya içeriğine dair verilmiş İHAM kararının gereğini yerine getirmeyen bir idare mahkemesi kararına ilişkin yaptığı yorum, uluslararası mahkeme kararlarının *iddia edildiği anlamdaki* ikincilliğinin, yalnızca uluslararası hukukta değil, iç hukukta da açıkça reddedildiğini ortaya koymaktadır:

“[Olayda] AİHM’in ihlal kararıyla İdare Mahkemesinin tam yargı davasının reddi kararlarının gerekçe ve sonuçları arasında açık bir uyumsuzluk bulunduğu kuşkusuzdur (...) Sözleşme’nin 46. Maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca AİHM tarafından verilen kesinleşmiş kararlar taraf devletler bakımından bağlayıcıdır. AİHM tarafından anayasal haklardan birinin ihlal edildiğine karar verilmesi hâlinde kişilere etkili başvuru hakkı tanınması konusundaki anayasal yükümlülük, ulusal makamların ihlal sonuçlarının giderimi için AİHM’in ihlal kararına uygun tedbir ve kararlar almalarını gerektirir.”⁸¹

Görüldüğü üzere uluslararası yargı organlarının ikincil niteliğinin, taraf devletlerin bu kararlara uyma zorunluluğu bulunup bulunmadığı sorunuyla herhangi bir ilgisi bulunmamaktadır.⁸² İkincilik ilkesi tamamen bambaşka bir konuya ilişkindir. Ayrıca bizim bildiğimiz kadarıyla ulusal veya uluslararası hukukta “birincilik ilkesi” diye bir kavram da yoktur.

ç. Kararı Sözleşmeden Ayırma Savı

İHAM kararlarının bağlayıcı olmadığı savına ilişkin öne sürülen bir diğer gerekçe, uluslararası mahkeme kararlarının bağlayıcılığı için sıklıkla dayanak gösterilen Anayasa madde 90/son hükmünün uluslararası mahkeme kararlarının bağlayıcılığına dayanak oluşturamayacağıdır. Bu gerekçeye göre Anayasa madde 90/son hükmü yalnızca “milletlere-

⁸⁰ Kavala v Türkiye (İHAM) no. 28749/18, 10.12.2019, § 99 (vurgu eklendi)

⁸¹ Abdullah Yaşa başvurusu (AYM) no. 2015/12486, 05.11.2020, § 69

⁸² Aynı yönde bkz. Baskın Oran, ‘İç işlerine dışarıdan müdahale meselesinin alfabetesi’, (artigercek.com, 04.03.2021) <<https://artigercek.com/yazarlar/baskinoran/ic-islerine-disaridan-mudahale-meselesinin-alfabetesi>> erişim tarihi 22 Mart 2021

rası andlaşmalar”a atıf yapmakta, uluslararası mahkeme kararlarından söz etmemektedir. Dolayısıyla bu hükümden uluslararası mahkemelerin kararlarına ilişkin bir yorum çıkarılamaz.

Aslında bu sava daha önce yanıt vermiştik. Tekrarlamak gerekirse birincisi, Anayasa madde 90/son hükmünün uluslararası mahkeme kararlarını da kapsadığına dair yorum, salt bir doktrin görüşü değildir. Anayasa Mahkemesinin kendi yorumudur.⁸³ Hatırlanacağı üzere Anayasa Mahkemesi, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin kadının soyadına ilişkin tutarlı içtihadının, bu içtihadı aykırı yasa hükümlerinin “zımnı ilgası” anlamına geldiğini saptamıştır.⁸⁴ Dolayısıyla yürürlükteki hukukumuza göre Anayasa madde 90/son hükmünün kapsamına uluslararası mahkeme kararları da girmektedir. Doğaldır ki madde 90/son hükmünün bu mahkeme kararlarını kapsar biçimde yorumlanması *eleştirilebilir*; ancak *kapsamadığını savunmak* mümkün değildir. Anayasayı yorumlama konusunda nihai yetkiye sahip organ olan AYM kararı, dolayısıyla yürürlükteki hukuk, bu konuda gayet açıktır.

“Uluslararası andlaşmalar” ifadesinin sözleşme hükümlerine anlam veren mahkeme kararlarını kapsamı, Kelsenci norm anlayışının bir yansımasıdır. Değindiği üzere Kelsenci anlamda norm yalnızca hukuk düzenlemesinin lafzıyla sınırlı değildir, mahkeme kararları da birer normdur.⁸⁵ Dolayısıyla uluslararası mahkeme kararlarının da 90/son bağlamında uyulması gereken birer norm oluşturdukları görüşü ve aynı yöndeki AYM yorumu, hukuk felsefesi açısından da dayanaksız değildir.

Ayrıca madde 90/son hükmünün İHAM kararlarını da kapsadığına dair görüşe bizzat hükümetin kendisinin de katıldığı görülmektedir. Bu, Türkiye hükümetinin, İHAM tarafından verilen bir ihlal kararının yerine getirilmesine ilişkin Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi önündeki süreçte sunduğu açıklamalardan açıkça anlaşılmaktadır. Türkiye tarafından sunulan “Türkiye Birleşik Komünist Partisi kararına ve siyasi parti kapatmaya ilişkin 1991-1997 arasında verilen yedi karara uyum için alınan tedbirlere ilişkin bilgi” adlı belgede, bu kararların uygulanması için alınan genel tedbirler başlığı altında şu ifade yer almaktadır:

⁸³ Bkz. Yukarıda dipnot 15

⁸⁴ ibid

⁸⁵ Hans Kelsen, *General Theory of Law and State* (1st edn, Harvard University Press 1949) 144; aynı yönde Yahya Berkol Gülgeç, *Normlar Hiyerarşisi* (1st edn, On İki Levha Yayınları 2016) 109-10

“...Bunlara ek olarak, 2004 tarihinde değiştirilen Anayasanın 90’ıncı maddesinin yeni hükmü ile uluslararası insan hakları sözleşmelerine, uyumsuzluk hâlinde ulusal hukuka karşı üstünlük sağlanmıştır.”⁸⁶

Görüldüğü üzere Anayasa 90/son’un İHAM kararlarının bağlayıcılığını düzenlediğini Türkiye hükümeti de kabul etmektedir. Aksi hâlde bu hükümden İHAM kararlarına uyum görüşmelerinde ve kararlara uyum için yapılanları açıklarken söz edilmesi anlamsız olurdu.

Dahası, yukarıda da belirttiğimiz gibi biz, Anayasa madde 90/son hükmü olmasaydı dahi “uluslararası hukukla dost” yorum ilkesi gereği, uluslararası hukukun (mahkeme kararları dahil) iç hukukta kanunlar gibi uygulanmasının gerektiği görüşündeyiz.⁸⁷ Bir an için hem AYM yorumunun hem aynı yöndeki doktrin görüşünün hem de sözü edilen hükümet pratiğinin hatalı olduğunu, madde 90/son’un uluslararası mahkeme kararlarını kapsar biçimde yorumlanamayacağını düşünelim. Uluslararası hukuktan böylesi izole bir yorumun ulaştıracağı sonuçlar, uzun vadede sürdürülebilir sonuçlar değildir. Uluslararası mahkemelerin verdiği ihlal kararlarına göre konum almayı reddeden devletler, sıklıkla aynı sarmala düşmektedir: Devlet uluslararası sözleşmeyi ihlal eden tavrına devam etmekte, uluslararası mahkeme ardı ardına ihlal kararları vermektedir, ihlal kararları yığılmaya başlamakta ve mağdur sayıları artmakta, mağdurlara oldukça yüklü tazminatlar ödenmekte ve çoğunlukla devlet, er ya da geç, tavır değiştirmektedir.⁸⁸ Anayasa madde 90/son hükmü olsun veya olmasın, mahkeme kararlarını kapsar biçimde anlaşılın veya anlaşılmasın, bu sarmala girmeye gerek yoktur. “Uluslararası hukukla

⁸⁶ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Resolution CM/ResDH(2007)100: Execution of the judgments of the European Court of Human Rights United Communist Party of Turkey and 7 other cases against Turkey concerning the dissolution of political parties between 1991 and 1997, “Appendix to Resolution” madde II(1) <<http://hudoc.exec.coe.int/eng/?i=001-81572>> erişim tarihi 25 Mart 2021

⁸⁷ Yukarıda dipnot 22

⁸⁸ Örneğin Türkiye Kıbrıs uyumsuzluğuna ilişkin verilen *Loizidou v Türkiye* kararında hükmedilen tazminatı ödemeyeceğini duyurmuş ve bunda uzun süre diremişti. Ancak bu direniş anlamlı bir sonuca yol açmadı. Hükmedilen tazminat, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin dördüncü çağrısından sonra, beş sene boyunca işleyen faizle birlikte ödenmişti. Bkz. İbrahim Ö. Kaboğlu and Stylianos-Ioannis G. Koutnazis, ‘The Reception Process in Greece and Turkey’ in Helen Keller and Alec Stone Sweet (eds), *A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems* (1st edn, OUP 2008) 493

dost” yorum, iç hukuktaki sorunların bir de uluslararası hukuk perspektifi olduğunu akılda tutmayı sağlamaktadır.

Görüldüğü üzere hâlâ tartışma konusu edilen İHAM kararlarının bağlayıcılığı konusu, aslında hukuken oldukça nettir. İHAM kararları, verildiği olaylar açısından karar verici konumdaki ulusal mahkemeler ve diğer organlar için, uyulması gereken bir hukuk oluşturmaktadır. Burada olay hakkında verilmiş İHAM kararına *uyulup uyulmayacağı* değil, *nasıl uyulacağı* tartışma konusu edilebilir. Uluslararası mahkeme kararlarına uymanın önünde teknik bazı zorluklar olduğu ise doğrudur. Bu ayrı bir değerlendirme konusudur.

2. Aynı Devlet, Farklı Olay

Yukarıda İHAM kararlarının *verildiği olaya ilişkin ulusal süreçteki bağlayıcılığından* söz edilmişti. Burada ise farklı bir durum söz konusudur. Soru şudur: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Türkiye aleyhine sözgelimi A başvurucusu hakkında verdiği sözgelimi *A v. Türkiye* kararındaki yorumu, aynı konuya ilişkin B kişinin yargılmasında uyulması gereken bir hukuk oluşturur mu? Bu sorunun biraz daha çetrefilli olduğunu kabul etmek gerekir; ancak yanıtı hem İHAM hem de İHAM kararlarına uyumu gözeten Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından verilmiştir.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 12 Mayıs 2004 tarihli ve Rec(2004)6 numaralı kararıyla taraf devletler, İHAM tarafından ulusal hukukta ya da hukuk pratiğinde yaygın ve yapısal eksiklikler saptanan kararların gereğini yerine getirmek için bu ihlallerin altında yatan problemleri de çözmeye davet edilmiştir.⁸⁹

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, tüm taraf devletlerin Sözleşme’nin birinci maddesi doğrultusunda iç hukuklarını Sözleşme’yle uyumlu hâle getirmek zorunda olduklarını kabul etmektedir.⁹⁰ Yukarıda söz edilen Bakanlar Komitesi tavsiyesini de dikkate alan Mahkeme, iç hukukta herhangi bir eksiğin saptandığı durumlarda ulusal yetkililerin bu eksiği gidermek için gerekirse geriye dönük tedbirler de olmak üzere

⁸⁹ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, “Recommendation of the Committee of Ministers to member states on the improvement of domestic remedies”, CM/Rec(2004)6, 12 Mayıs 2004, <https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805dd18e> erişim tarihi 30 Mart 2021

⁹⁰ Maestri v İtalya [BD] (İHAM) no. 39748/98, 17.02.2004, § 47

bütün tedbirleri alma görevine sahip olduklarını, bu görevin de Bakanlar Komitesinin denetimine tabi olduğunu belirtmiştir.⁹¹ Mahkeme bu yükümlülüğü belirlerken yalnızca Sözleşme'nin birinci maddesindeki açık yükümlülüğe değil, basit bir mantıksal çıkarıma da yer vermektedir. Bazı müdahalelerden çok sayıda insan etkilenmekte, bunların yaptıkları başvurular Mahkeme önünde çok ciddi bir iş yükü oluşturmakta ve Sözleşme sisteminin gelecekteki etkinliğini de tehdit etmektedir.⁹² Mahkeme tarafından verilen bir ihlal kararı, kural olarak, aynı şartlarda aynı müdahalelere ilişkin diğer davalarda da değişmeyecektir. Bir an için A kişisi hakkında Türkiye aleyhine verilen bir ihlal kararının aynı şartlarda aynı müdahaleyi konu alan B kişisi hakkındaki yargılamada bağlayıcı olmadığını varsaysak dahi, bunun pratikte gerçekçi hiçbir sonuca götürmediği açıktır. İnsan Hakları Mahkemesi, B olayı önüne geldiğinde aynı ihlal kararını verecek, dolayısıyla aynı hukuk birkaç yıl gecikmeyle B olayını gören ulusal organlar için de bağlayıcı hâle gelecektir. Öyle ki, bazı kararlarının *erga omnes* (herkes için geçerli) sonuçlara yol açacağına farkında olan Mahkeme bir kararında, verdiği kararın “somut davanın ötesine uzanan sonuçları olmasının kaçınılmaz olduğunu” not etmiştir.⁹³

Özetle, Mahkemenin her bir mağdur için teker teker ihlal kararı vermesini beklemeden yaygın ve yapısal sorunları düzeltmek, taraf devletlere Sözleşme'deki hakların etkili biçimde güvence altına alınması görevini yükleyen birinci maddeye ilişkin verilen taahhüdün bir gereğidir. Bu doğrultuda iç hukuku Sözleşme'ye uyumlu hâle getirme yükümlülüğü gereği İnsan Hakları Mahkemesi kararları, benzer olaylar için de hukuken bağlayıcı niteliktedir. Ancak yinelemek gerekir ki, durum hukuken böylesi net olmasaydı bile İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının benzer olaylardaki bağlayıcılığını reddetmenin pratikte hiçbir anlamı yoktur, yalnızca söz konusu temel hakkın teminini birkaç yıl geciktirmeye yol açacaktır.

3. Farklı Devlet, Benzer Olay

Üçüncü sorun, İnsan Hakları Mahkemesinin *diğer devletler aleyhine* verdiği kararların sonuçlarının Türkiye için bağlayıcı kabul edilip

⁹¹ Scordino v İtalya (1) [BD] (İHAM) no. 36813/97, 29.03.2006, § 236

⁹² *ibid* § 235

⁹³ Marckx v Belçika [BD] (İHAM) no. 6833/74, 13.06.1979, § 58

edilmeyeceği sorundur. Bu soruya yanıt verirken biraz daha temkinli olmak gerekebilir. Çünkü taraf devletlerin hukuk sistemleri, birbirlerinden oldukça farklıdır ve bir devlet aleyhine verilen bir ihlal kararının, karara konu olaylar benzese bile, diğer bir devletin hukuk sistemine doğrudan ve bütün sonuçlarıyla yansıtılması mümkün olmayabilir. Devletler arasında özellikle yürütme ve yargı yapılanmaları bakımından çok ciddi farklar olabilir, bu da bir devlet aleyhine verilen bir kararın diğeri için uygulanabilir olup olmadığı sorusunu gündeme getirebilir. Dolayısıyla bu soruya kategorik bir yanıt vermektan kaçınmak gerekir.

Bununla beraber, Mahkemenin diğere devletler hakkında verdiği kararların hiçbir hukuki öneminin olmadığı görüşünün de, bir önceki başlıktaki açıklama nedeniyle pratikte gerçekçi sonuçlara götürmediğini belirtmek gerekir. Mahkemenin pek çok ihlal kararı, aleyhine karar verilen devlet dışındaki devletlerin de kendi iç hukuk sistemleriyle çelişmeksizin uyum gösterebilecekleri, bu devletler aleyhine başvurular geldiğinde de aynı yorumu gerektireceği açık kararlardır. Bir örnek vermek için, yukarıda sözü edilen *Bayatyan v. Ermenistan* kararını ele alalım.⁹⁴ Ermenistan aleyhine verilen bu kararda Mahkeme, zorunlu askerlik hizmetinin vicdani temellerle reddine olanak tanınmamasının Sözleşme’yi ihlal ettiğine karar vermişti. Bu ihlalin gereğinin tüm devletler tarafından yerine getirilmesi gereği, ihlal kararının gerekçesinde yatmaktadır: Mahkemeye göre Sözleşme, bazı özel durumdaki kimseler açısından zorunlu askerlik hizmetine alternatifler öngörülmesi yükümlülüğü getirmektedir.⁹⁵ Hâl böyleyken iç hukuku bu yükümlülüğe uygun hâle getirmek için aynı konudan bir ihlal kararının da Türkiye aleyhine verilmesini beklemenin ne gereği, ne de anlamı vardır.⁹⁶ İnsan haklarına dayanan bir devlet olmak, iç hukuku insan hakları hukukunda ileri yöndeki gelişmeler doğrultusunda geliştirmeyi gerektirir.

Saniyoruz tam da bu nedenle, karşılaştırmalı hukukta bazı sistemlerde diğere devletler aleyhine verilen İHAM kararlarının da bağlayıcılığının kabul edildiği görülmektedir. Örneğin Hollanda’da “kaynaşım teorisi” (“*incorporation theory*”) gereği devlet organları yalnızca Hollanda hakkında verilenlerin değil, diğere devletler aleyhine verilen kararların da

⁹⁴ Bayatyan v Ermenistan (n 33)

⁹⁵ ibid §§ 124-125

⁹⁶ Bayatyan içtihadının Türkiye aleyhine bir kararda tekrarlanması çok uzun sürmemiştir, bkz. Erçep v Türkiye (İHAM) no. 43965/04, 22.11.2011

gereğini yerine getirmek zorundadır.⁹⁷ Hollanda Yüksek Mahkemesinin geliştirdiği bu teoriye göre İHAM'ın Sözleşme hükümleri hakkında yaptığı yorumlar, Sözleşme metnine eklemlenmiş sayılırlar.⁹⁸ Dolayısıyla Hollanda bağlamında İHAS yalnızca sözleşme metni değil, bu metne İHAM tarafından yapılan yorumların eklendiği bir bütündür. Sözleşme'ye uyum, diğer devletler aleyhine verilen kararlardakiler dahil, Sözleşme'ye ilişkin İnsan Hakları Mahkemesinin yorumlarına uyumu da gerekli kılar.⁹⁹ Yunanistan ve İsveç'te de benzer sistemler geçerlidir.¹⁰⁰

Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi de, oldukça özgün bir gerekçeyle, İHAM'ın diğer devletler hakkında verdiği kararların gereklerinin de yerine getirilmesi gereğini kabul etmiştir. Yüksek Mahkeme, *Cadder v. Her Majesty's Advocate* kararında İskoçya hukukunda suç şüphesi nedeniyle tutulan kişilerin sorgu öncesinde avukatla görüşme hakkı olmadığına ilişkin kuralı, konu hakkındaki İHAM kararlarına aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir ("overturn").¹⁰¹ Hükûmetin bu kuralın İskoç hukukunda çok köklü bir kural olduğuna ve olası bir iptal kararının en az 76.000 dosyayı etkileyeceğine dair savunması, Yüksek Mahkeme tarafından reddedilmiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre Birleşik Krallık'taki durumun diğer Avrupa Konsey üyesi devletlerden farklı ele alınması gerektiği iddiası savunulabilir değildir. Çünkü İHAS'ın ruhu ve İHAM'ın ona verdiği anlam, insan hakları standartlarının tüm üye devletlerde birbiriyle uyumlu olmasını gerektirmektedir.¹⁰² Bu kararla neredeyse aynı günlerde Norveç Yüksek Mahkemesi de *Norveç istisnaiciliğini* ("exceptionalism") savunan hükûmetin bu talebini, insan hakları

⁹⁷ Erika de Wet, 'The Reception Process in the Netherlands and Belgium' in Keller and Stone Sweet, (n 88) 237

⁹⁸ ibid

⁹⁹ ibid

¹⁰⁰ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Guide de bonnes pratiques en matière de voies de recours internes (1st edn, Conseil de l'Europe 2013) 55

¹⁰¹ *Cadder v Her Majesty's Advocate* [2010] UKSC 43, 26.10.2010

¹⁰² Mads Andenas and Eirik Bjorge, 'National Implementation of ECHR Rights' in Andreas Føllesdal, Birgit Peters and Geir Ulfstein (eds), *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context* (1st edn, Cambridge University Press 2013) 182

hukukunda evrensel standartların varlığı gereğine vurgu yaparak reddetmiştir.¹⁰³

Özetle diğer devletler aleyhine verilen her kararın gereğini yerine getirmek, hukuk sistemleri açısından taraf devletler arasındaki farklar gereği mümkün olmayabilir. Ancak diğer devletler aleyhine verilen kararları takip etmek ve iç hukuku buna göre düzenlemek yine de gereklidir. Karşılaştırmalı hukukta iç hukukunda bunu zorunlu hâle getiren örneklere rastlamak mümkündür. Bu devletlerin çok büyük bölümünün insan hakları endekslerinden oldukça yüksek puanlar alan devletler olmaları da dikkat çekicidir.

Toparlamak gerekirse bu bölümde, uluslararası normlar ile ulusal yargı kararlarının çatışması hâlinde ne yapılması gerektiği, İHAM kararları üzerinden ele alındı. Görüldüğü üzere Türkiye aleyhine verilen ve kesinleşen İHAM kararları, Sözleşme'nin 46'ncı maddesi gereği ilgili devlet açısından bağlayıcıdır. Anayasanın 90'uncü maddesinin son fıkrasının İHAM kararlarını da kapsadığı AYM kararları ile de ortaya konmuştur. Yani yalnızca uluslararası hukuk perspektifinden değil, iç hukuk perspektifinden de durum oldukça nettir. Kaldı ki bu hüküm olmasaydı dahi uluslararası hukukla dost yorum yapılması, gerçekçi olmayan ve uzun vadeli sonuçlar doğuramayacak uygulamalardan kaçınılması gereği, bizi uluslararası mahkeme kararlarıyla uyumlu olmaya çağırmaktadır. Son olarak, karşılaştırmalı hukuk incelemeleri, özellikle İHAM kararları yönünden Türkiye'den çok daha ileri uyum politikası izleyen devletlerin varlığını göstermektedir.¹⁰⁴ Dolayısıyla uluslararası hukukla uyumluluğun, iddia edildiğinin aksine, milli bağımsızlıkla herhangi bir ilişkisi de yoktur.

C. “Denetlenemez Normlar” ile Uyumsuzluk

Uluslararası normlar ile ulusal normlar arasındaki çatışmalarla ilgili bir diğer bağlam da ulusal hukukun denetim dışına çıkardığı normlarla ilgilidir. Örnek vermek gerekirse Anayasa'nın 148'inci maddesi OHAL döneminde çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin (eskiden OHAL KHK'lerinin) anayasallık denetimini yasaklamaktadır. Benzer

¹⁰³ Norveç Yüksek Mahkemesi, HR-2010-01703-S, 12.10.2010, akt. Andenas and Bjorge (n 102) 183

¹⁰⁴ Daha fazla bilgi için bkz. Helen Keller and Alec Stone Sweet, ‘Assessing the Impact of the ECHR on National Legal Systems’, in Keller and Stone Sweet, (n 88) 705

biçimde Anayasa, anayasa değişikliklerinin sadece biçim yönünden denetimini öngörmekte, esastan denetimine izin vermemektedir. Örneğin geçici madde 20'nin kural olarak denetiminin yapılması olanaklı değildir.¹⁰⁵ Hâl böyleyken, böylesi durumlarda hangi normun uygulanacağı sorunu gündeme gelmektedir.

Bize göre ulusal hukukta bazı normlara anayasallık denetimi yapma yasağının getirilmiş olması, söz konusu normların yerine uluslararası insan hakları hukuku normlarının uygulanmasına engel olmaz. Bu denetim yasakları acil durumlar için yargısal denetimi ötelemek amacıyla getirilmiştir. Ne var ki Anayasa ve uluslararası insan hakları normları da pekâlâ istisna rejimi öngörmektedir. Bu iki rejimin koşut yorumlanması gerekir. Dolayısıyla somut olayda -en azından- Anayasa'nın 15'inci maddesinde yer alan sert çekirdek alanın ihlal edildiği *prima facie* belli ise bu durumda denetim yasağının ihmal edilmesi ve uluslararası insan hakları normunun uygulanması mümkün sayılmalıdır. Örnek vermek gerekirse 2016 yılından sonra ilan edilen OHAL sürecinde kişileri herhangi bir yargı kararı olmadan, yani md. 15/2'deki sert çekirdek alanda yer alan masumiyet karinesi güvencesine aykırı biçimde “terör örgütleriyle irtibatlı ve iltisaklı” sayan KHK'lerle ilgili yargılamalarda, uygulamacılar, bu hükümleri ihmal edebilir ve uyuşmazlıkları, uluslararası insan hakları normlarını doğrudan uygulayarak çözebilirlerdi.

Sonuç

Bu makaledeki temel çıkarım şudur: Bize göre uluslararası insan hakları sözleşmeleri ve bu sözleşmelerin ayrılmaz parçası olan yargısal kararlar, konuya gerçekçi bir perspektifle bakılacak olursa, normlar hiyerarşisinin olağan çözümlemelerine hapsedilemez. Normlar hiyerarşisini üç boyutlu bir piramit gibi düşünecek olursak uluslararası insan hakları hukuku bu piramidi hem alttan hem de üstten saran bir kuşak gibi algılanmalıdır. Buradan hareketle her olayda, uluslararası sözleşmeler ile anayasa arasında özde bir uyum olduğu varsayımına dayanarak hareket

¹⁰⁵ Gerçi Anayasa'ya aykırı anayasa değişiklikleri konusunda Anayasa Mahkemesinin geçmiş içtihadı, bu konuda bir denetim olasılığını barındırmaktadır. Bkz. Kemal Gözler, *Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study* (1st edn, Ekin Yay 2008) 40-52. Ayrıca bkz Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers* (1st edn, OUP 2017)

edilmesi gerekir. Bu iki norm arasında bazı biçimsel uyumsuzluklar ortaya çıkabilecekse de bunlar olabildiğince uyumlaştırıcı biçimde çözümlenmelidir. Bu bakımdan amaçsal ve sistematik yorum yöntemleri özellikle önem taşır. Ayrıca böylesi durumlarda, çatışma dili ve yaklaşımı yerine uyumlaştırıcı yargısal diyalog yaklaşımının benimsenmesi gerekir.

Bu genel sonucun dışında her bir başlık yönünden şu sonuçlara ulaşılabilir.

Birincisi, Anayasa'nın 90'ncı maddesine 2004 yılında eklenen fıkra kurucu değil bildiricidir. Uluslararası insan hakları hukuku, kanunlarla çatışsa bile uygulama bulabilir.

İkincisi, uluslararası hukukun kendi içinde uyumsuzluklar olabilir. Bu tür uyumsuzluklarda ihlal kararları takdir marjı uyarınca ihlal olmadığı sonucuna ulaşılan kararlara göre daha belirleyicidir.

Üçüncüsü, her uyumsuzluk çatışma demek değildir. Uluslararası hukukla ulusal hukukun uyumsuzluk gösterme olasılığı bulunan hâllerde bu olasılığı asgari seviyeye çeken yoruma başvurulmalıdır. Bu durumda dahi "çatışma" ortaya çıkması hâlinde, çatışmayı güçlü gerekçelerle yumuşatmak, uluslararası organlara argümantatif yanıtlar sunmak ve/veya ulusal politika üreticilerine yol göstermek tercih edilmelidir.

Dördüncüsü, uluslararası yargı organlarının kararlarının bağlayıcı olmadığı yönündeki savlar büyük ölçüde gündelik siyasetle yüklüdür ve bu argümanlar kolaylıkla çürütülebilir niteliktedir. Bu nedenle bunların yargı politikasında belirleyici olması riskler barındırır.

KAYNAKÇA

Akbulut O, 'Güncel Tartışmalar Işığında İnsan Hakları Sözleşmelerinin Türkiye Anayasal Sisteminde Normlar Hiyerarşisindeki Yeri' (2014) 9(115-116) Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 7-45

Akkutay AI, 'Uluslararası Antlaşmaların Türk İç Hukukundaki Konumu ve Etkileri' (2007) 11(1-2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 415-448

Aliefendioğlu Y, 'İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması' in İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (1st edn, TBB Yayınları 2005) 125-140

Allam W, 'The Arab Charter on Human Rights: Main Features' (2014) 28 Arab Law Quarterly 40-63

Altıparmak K and Çalı B, Esastan Bağlayıcı: AİHM Büyük Daire Selahattin Demirtaş Kararı (Çalışma Metinleri No: 24, 2021)

Andenas M and Bjorge E, 'National Implementation of ECHR Rights' in Føllesdal A, Peters B and Ulfstein G (eds), *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context* (1st edn, Cambridge University Press 2013) 181-262

Apaydın DT, 'Monizm-Düalizm İkileminde Türk Hukuk Sistemi: Uluslararası Hukuka Bakış Üzerine Doktrinel Uzlaşmazlığın Nedenleri ve AB Hukuku Işığında Bir Değerlendirme' (2018) 9(1) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 529-559

Arıkan AS, 'İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması' in İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (1st edn, TBB Yayınları 2005) 100-124

Arıkoğlu E, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk Hukukunda Uygulanması' (2004) 24(1-2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 71-126

Aslan G, 'Eroding Concept of National Sovereignty: The Turkish Example' (1991) 1(1-2) Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü Avrupa Araştırmaları Dergisi 99-154

Atar Y, *Türk Anayasa Hukuku* (12th edn, Seçkin Yayıncılık 2018)

Aybay R, 'Türk Hukukuna Göre Uluslararası Antlaşmalarla Kanunlar Arasındaki Aklık-Üstlük İlişkisi' in II. Ulusal İdare Hukuku Kongresi: İdari Yargının Dünyada Bugünkü Yeri (Danıştay Yay 1993)

---'Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri' (2007) 70 TBB Dergisi 187-213

Başlar K, 'Uluslararası Antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine' (2004) 24(1-2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 279-336

Belgin D, 'Anayasa'nın 90. Maddesinde (7 Mayıs 2004) Yapılan Değişikliğin Getirdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri' (2008) 4 Ankara Barosu Dergisi 110-113

Bilgin AB, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukuktaki Yeri' (2016) 22(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 81-129

Bilir F, ‘Anayasanın 90. Maddesinde Yapılan Değişiklik Çerçevesinde Milletlerarası Andlaşmaların İç hukuktaki Yeri’ (2005) 13(1) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 77-107

Boyle A, ‘Human Rights or Environmental Rights? A Reassessment’ (2006) 18(3) Fordham Environmental Law Review 471-511

Can H, ‘Türk Hukuk Düzeninin Milletlerarası Hukuka Açıklığı’ (2009) 12 Yasama Dergisi 5-65

Can O, ‘Imperatoris Locuta Causa Finita? Anayasa’nın 90. Madde Değişikliği ve Anayasa Yargısı’ (2005) 1 Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 87-128

Çimen Y, ‘İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması’ in İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (1st edn, TBB Yayınları 2005) 92-99

Çınar ÖH, ‘Uluslararası Hukuk Çerçevesinde Avrupa Birliği’nde ve Türkiye’de Vicdani Ret’ (2007) 72 TBB Dergisi 94-108

--- Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Vicdani Red ve Türkiye (1st edn, Bilgi Üniversitesi Yayınları 2014)

Çolak M, Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Uluslararası Antlaşmaların İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (1st edn, Adalet Yayınları 2010)

de Wet E, ‘The Reception Process in the Netherlands and Belgium’ in Keller H and Stone Sweet A (eds), A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems (1st edn, OUP 2008) 229-310

Dinç G, ‘İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması’ in İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (1st edn, TBB Yayınları 2005) 150-155

Dursun Hİ, ‘Bireysel Başvuru Mekanizmasının Kabulü Sonrasında Genel Mahkemelerin İnsan Hakları Konusundaki Rolü ve Bu Bağlamda Anayasa’nın 90. Maddesinin 5. Fıkrası’ (2014) 112 TBB Dergisi 297-322

Duymaz E, ‘Dini Sembol ve Kıyafet Sınırlamalarında İki Farklı Yaklaşım: İnsan Hakları Komitesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının Devletlerin Uluslararası Yükümlülükleri Bakımından Tahlihi’ (2015) 64(4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1113-1160

Engin EM, ‘İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Hukuk ve Türk Hukuku Anayasa m.90 Son Cümle Hükmü ve Toplu Eylemler Üzerine’ (2015) 5(2) Sosyal Güvenlik Dergisi 9-36

Eren A, ‘1982 Anayasası’nın 90. Maddesindeki 2004 Değişikliğinin Anlaşmaların Türk İç Hukukundaki Yerine Etkisi’ (2004) 8(3-4) Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 47-77

Ergül O, ‘Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar Kanun Hükmündedir’ in Yıldırım Uler Armağanı (Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları 2014), 65-86

Ersoy U, ‘Milletlerarası Andlaşmaların İç Hukuka Etkisi’ (2005) 3 Hukuk Gündemi 67-70

Gedik Ö, ‘Türkiye Cumhuriyeti ile Rusya Federasyonu Arasında Bir Nükleer Güç Santralının Yapımına İlişkin Antlaşmanın Hukuki Niteliğinden Hareketle 1982 Anayasası Madde 90’ın İncelenmesi’ (2014) 3(5) Anayasa Hukuku Dergisi 359-373

Gerek Ş and Aydın AR, ‘Anayasa’nın 90. Maddesi Değişikliği Karşısında Yasaların Geleceği ve Anayasal Denetim’ (2004) 55 TBB Dergisi 226-238

Gönenç L and Esen S, ‘The Problem of Application of Less Protective International Agreements in Domestic Legal Systems: Article 90 of the Turkish Constitution’ (2007) 8(4) European Journal of Law Reform 485-500

Gönenç L, ‘1982 Anayasası’nda Sessiz Devrim: 90. Madde Değişikliği ve Getirdiği Sorunlar’ <http://www.yasayananayasa.ankara.edu.tr/belgeler/analizler/90_madde.pdf> erişim tarihi: 11.03.2021)

Gözler K, Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu (1st edn, Ekin Yayınevi 1999)

--- Judicial Review of Constitutional Amendments:A Comparative Study (1st edn, Ekin Yay 2008)

Gülgeç YB, Normlar Hiyerarşisi (1st edn, On İki Levha Yayınları 2016)

Gülmez M, ‘Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri’ (2004) 54 TBB Dergisi 147-162

--- ‘İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması’ in İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (1st edn, TBB Yayınları 2005) 38-82

Güran S, 'Egemenlik Ulus'undur Üstünlük Anayasa'dadır' (2000) 17 Anayasa Yargısı Dergisi 43-62

Hobe S, Einführung in das Völkerrecht (1st edn, Narr Francke Attempto Verlag 2014)

İnceoğlu S, 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa' in Ece Göztepe and Aykut Çelebi, Demokratik Anayasa (1st edn, Metis Yayınları 2012) 298

Kaboğlu İÖ, 'İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması' in İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (1st edn, TBB Yayınları 2005) 221-228

Kaboğlu İÖ and Koutnazis SIG, 'The Reception Process in Greece and Turkey' in Keller H and Stone Sweet A (eds), A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems (1st edn, OUP 2008) 451-530

Karagülmez A, '5170 Sayılı Yasa'yla Anayasa'nın 90. Maddesinde Yapılan Değişikliğe Bir Bakış' (2004) 54 TBB Dergisi 163-177

Karatepe S and Kurnaz S, 'Kamu Yönetiminde Liyakat İlkesi: İngiltere Örneği Üzerinden Türkiye İçin bir Değerlendirme' (2019) 33(46) Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 77-104

Keller H and Stone Sweet A (eds), A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems (1st edn, OUP 2008)

---'Assessing the Impact of the ECHR on National Legal Systems', in Keller H and Stone Sweet A (eds), A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems (1st edn, OUP 2008) 677-711

Kelsen H, General Theory of Law and State (1st edn, Harvard University Press 1949)

--- Reine Rechtslehre: Einleitung in die Rechtswissenschaftliche Problematik (1st edn, Scientia Verlag Allen 1994)

Kurtoğlu A, 'Siyasal Örgütler ve Sivil Toplum Örgütleri Bağlamında Hemşehrilik ve Kollamacılık' (2012) 67(1) Ankara Üniversitesi SBF Dergisi 141-169

Kuzu B, 'İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması' in İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (1st edn, TBB Yayınları 2005) 27-32

Melchionni MG, ‘Il Principio di Sussidiarietà nella Prospettiva Storica, dalla Tradizione di Pensiero Cattolica al Trattato di Maastricht’ (2013) 80(2) Rivista di Studi Politici Internazionali 167-177

Nixon R and Rogers WP, ‘Vienna Convention on the Law of Treaties’ (1972) 6(2) The International Lawyer 428-440

Oder BE, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri: Hukuksal Yöntembilime Dayalı Karşılaştırmalı Bir Araştırma* (1st edn, Beta Yay 2010)

Oran B, ‘İç işlerine dışarıdan müdahale meselesinin alfabetesi’, 04.03.2021, <<https://artigercek.com/yazarlar/baskinoran/ic-islerine-disaridan-mudahale-meselesinin-alfabetesi>> erişim tarihi: 22 Mart 2021

Özbudun E, *Türk Anayasa Hukuku* (15th edn, Yetkin Yayınevi 2019)

Özkanan A and Erdem R, ‘Yönetimde Kayırmacı Uygulamalar Üzerine Nitel bir Çalışma’ (2015) 2(4) Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi 7-28

Pazarcı H, ‘İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması’ in *İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması* (1st edn, TBB Yayınları 2005) 156-162

--- ‘Türk Hukukunda Andlaşmalar ile Yasaların Çatışması’ (2004) 24(1-2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni: Sevin Toluner’e Armağan 651-674

--- *Uluslararası Hukuk* (18th Baskı, Turhan Kitabevi 2019)

Rohleder K, *Grundrechtsschutz im europäischen Mehrebenen-System: unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte* (1st edn, Nomos 2009)

Roznai Y, *Unconstitutional Constitutional Amendments: The Limits of Amendment Powers* (1st edn, OUP 2017)

Sabuncu Y, *Anayasaya Giriş* (15th edn, İmaj Kitabevi 2012)

Sadurski W, *Constitutional Justice, East and West Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in a Comparative Perspective* (1st edn, Springer 2003)

Sağlam F, *Anayasa Hukuku Ders Notları* (1st edn, Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları 2013)

--- ‘AKP’nin Anayasa Değişikliği Paketi Üzerine Düşünceler’ (2010) 34(267) Mülkiye Dergisi 15-46

Şahbaz İ, ‘Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri’ (2004) 54 TBB Dergisi 178-216

Schabas W, *The European Convention on Human Rights: a Commentary* (1st edn, OUP 2015)

Scharpf F., *Governing in Europe: Effective and Democratic?* (1st edn, OUP 1999)

Schmalenbach K, ‘Article 27’ in Oliver Dörr and Kirsten Schmalenbach (eds), *Vienna Convention on the Law of Treaties: a Commentary* (1st edn, Springer-Verlag 2012)

Şirin T, ‘Anayasa Mahkemesinin Şahin Alpay Kararına İlişkin Değerlendirmeler’ (2018) 7(13) *Anayasa Hukuku Dergisi* 245-268

---Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı (1st edn, On İki Levha Yayınları 2015)

Tunç H, ‘Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye ile İlgili Örnek Karar İncelemesi’ (2000) 17 *Anayasa Yargısı Dergisi* 174-193

Uluçakar M and Çınar MF, ‘Türkiye’de Yargı ile Siyaset İlişkisinin Kuvvetler Ayrılığı Perspektifinden Analizi’ (2020) 7(1) *İstanbul Geleşim Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 126-141

von Arnould A, *Die Freiheitsrechte und ihre Schranken* (1st edn, Nomos Verlag 1999)

Yaşar TN, ‘Türk Mahkemelerinde Yabancı Hukukun Uygulanması’ (2013) 33(2) *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 75-11

Yazıcı H, ‘Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı İlkesi Bağlamında Cumhurbaşkanlığı Sistemi’ (2019) 24(93) *Liberal Düşünce Dergisi* 17-33

Yıldırım A and Dursun Hİ, ‘Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 53. Madde Düzenlemesinin Türk Hukukuna Etkisi’ (2014) 9(100) *Terazi Hukuk Dergisi* 126-134

Yıldız G, ‘Kayırmacılık Olgusunun Türk Kamu Yönetimine Yansımaları’ (2018) 1(2) *Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 62-76

--- ‘Türk Kamu Yönetiminde Liyakat İlkesi’ (2016) 3(8) *Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 140-180

Yücel T and Özmen A, ‘Meritokrasiyi Kısıtlayan Kayırmacılığın Bir Türü Olarak Nepotizm: 1982 Anayasası’nın 10. ve 70. Maddeleri

Kapsamında Bir Değerlendirme’ (2020) 22(39) KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi 312-335

Yüzbaşıoğlu N, ‘İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması’ in İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (1st edn, TBB Yayınları 2005) 83-91

--- ‘Mayıs 2004’te Anayasa’nın 90. Maddesine Eklenen Hükmün Türk Anayasallık Blokuna Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme’ in Bülent Tanör Armağanı (1st edn, Legal Yayıncılık 2004) 782-818

Anayasa Mahkemesi Kararları

Mansur Yavaş ve Cumhuriyet Halk Partisi başvurusu (AYM) no. 2014/5425, 23.07.2014

Sevim Akat Eşki başvurusu (AYM) 2013/2187, 19.12.2013

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları

Abdullah Altun v Türkiye (İHAM) no. 66354/01, 19.10.2006

Abdullah Yaşa başvurusu (AYM) no. 2015/12486, 05.11.2020

Aktaş v Fransa [kk] (İHAM) no. 43563/08, 30.06.2009

Autio v Finlandiya (İHAKom) no. 17086/90, 06.12.1991

Bayatyan v Ermenistan [BD] (İHAM) no. 23459/03, 07.07.2011

Bayrak v Fransa [kk] (İHAM) no. 14308/08, 30.06.2009

Bilgen v Türkiye (İHAM) no. 1571/07, 09.03.2021

Christine Goodwin v Birleşik Krallık (İHAM) no. 28957/95, 11.07.2002

Conscientious Objectors v Danimarka (İHAKom) no. 7565/76, 07.03.1977

E.B. v Fransa [BD] (İHAM) no. 43546/02, 22.01.2008

Erçep v Türkiye (İHAM) no. 43965/04, 22.11.2011

Fretté v Fransa (İHAM) no. 36515/97, 26.02.2002

Gamaledin v Fransa [kk] (İHAM) no. 18527/08, 30.06.2009

Ghazal v Fransa [kk] (İHAM) no. 29134/08, 30.06.2009

Görgülü v. Almanya (İHAM) no. 74969/01, 26.02.2004

Hasan ve Eylem Zengin v Türkiye (İHAM) no. 1448/04, 09.10.2007

Heudens v Belçika (İHAKom) no. 24630/94, 22.05.1995

- İncal v Türkiye [BD] (İHAM) no. 22678/93, 09.06.1998
İzzettin Doğan ve diğerleri v Türkiye [GC] (İHAM) no. 62649/10,
26.04.2016
Jasvir Singh v Fransa [kk] (İHAM) no. 25463/08, 30.06.2009
Kavala v Türkiye (İHAM) no. 28749/18, 10.12.2019
Kyrtatos v Yunanistan (İHAM) no. 41666/98, 22.05.2003
Leventoğlu Abdulkadiroğlu v Türkiye (İHAM) no. 7971/07,
28.05.2013
M. v Almanya, (İHAM) no. 19359/04 17/12/2009
Maestri v İtalya [BD] (İHAM) no. 39748/98, 17.02.2004
Magyar Helsinki Bizottság v Macaristan [BD] (İHAM) no.
18030/11, 08.11.2016
Marckx v Belçika [BD] (İHAM) no. 6833/74, 13.06.1979
Oruç v Türkiye (İHAM) no. 33620/02, 21.12.2006
Ranjit Singh v Fransa [kk] (İHAM) no. 27561/08, 30.06.2009
Rees v Birleşik Krallık (İHAM) no. 9532/81, 17.10.1986
S.A.S. v Fransa [BD] (İHAM) no. 43835/11, 01.07.2014
Savda v Türkiye (İHAM) no. 42730/05, 12.06.2012
Scordino v İtalya (1) [BD] (İHAM) no. 36813/97, 29.03.2006
Söyler v Türkiye (İHAM) no. 29411/07, 17.09.2013
Tanbay Tüten v Türkiye (İHAM) no. 38249/09, 10.12.2013
Tarhan v Türkiye (İHAM) no. 9078/06, 17.07.2012
Aydın Tatlav v Türkiye (İHAM) no. 50692/99, 02.05.2006. Tuncer
Güneş v Türkiye (İHAM) no. 26268/08, 03.10.2013
Ünal Tekeli v Türkiye (İHAM) no 29865/96, 16.11.2004
Diğer Uluslararası Mahkeme Kararları
Bikramjit Singh v Fransa (İHK) no. 1852/2008, 01.11.2012
Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v
Republik Österreich (ABAD) C-112/00, 12.06.2013
Hebbadj v Fransa (İHK) no. 2807/2016, 17.07.2018
J.P. v Kanada (İHK) no. 446/1991, 07.11.1991
L.T.K. v Finlandiya (İHK) no. 185/1984, 09.07.1985
Yaker v Fransa (İHK) no. 2747/2016, 17.07.2018
Yabancı Mahkeme Kararları
2 BvR 1481/04, BVerfGE 111
BVerfGE 112, 1

