



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

İNSAN HAKLARI ARAŞTIRMA VE UYGULAMA MERKEZİ (TBB-İHAUM)

**İNSAN HAKLARI
ULUSLARARASI
SÖZLEŞMELERİNİN İÇ
HUKUKTA DOĞRUDAN
UYGULANMASI**

(Anayasa, md. 90/son)

ULUSAL TOPLANTI, ADLİYE SARAYI
ANKARA
5 KASIM 2004



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

**İNSAN HAKLARI
ULUSLARARASI
SÖZLEŞMELERİNİN İÇ
HUKUKTA DOĞRUDAN
UYGULANMASI**

PANEL

ANKARA

5 Kasım 2004

Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 76

*İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin
İç Hukukta Doğrudan Uygulanması*

ISBN: 975-6689-80-3

© Türkiye Barolar Birliği
İHAUM Yayını: 5

Birinci Baskı: 2005

Türkiye Barolar Birliği
Karanfil Sokaęı 5/62
06650 Kızılay - ANKARA
Tel: (312) 425 30 11 Faks: 418 78 57
web: www.barobirlik.org.tr
e-posta: admin@barobirlik.org.tr
ihaum@barobirlik.org.tr

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık
Düş Atelyesi (0312.215 70 37)

Baskı
ŞEN MATBAA
(0312. 229 64 54 - 230 54 50)

**İNSAN HAKLARI
ULUSLARARASI
SÖZLEŞMELERİNİN İÇ
HUKUKTA DOĞRUDAN
UYGULANMASI
(Anayasa 90/son)**

PANEL

ANKARA

5 KASIM 2004

İÇİNDEKİLER

Sunuş	VII
İbrahim Ö. KABOĞLU'nun Açış Konuşması	1

BİRİNCİ OTURUM

ÖNBİLDİRİLER

Özdemir ÖZOK.....	7
Ender ÇETİNKAYA.....	13
Mustafa BUMİN.....	18
Yaşar YAKIŞ	24
Burhan KUZU	27
Tartışma	33

İKİNCİ OTURUM

BİLDİRİ VE YORUMLAR

Atilla SAV	37
Mesut GÜLMEZ	38
Necmi YÜZBAŞIOĞLU.....	83
Yılmaz ÇİMEN	92
Ayşe Saadet ARIKAN	100
Yılmaz ALİEFENDİOĞLU	125
Hamdi Yaver AKTAN.....	141
Güney DİNÇ.....	150
Hüseyin PAZARCI	156

ÜÇÜNCÜ OTURUM

FORUM

Yekta Güngör ÖZDEN	165
Tartışma	165

DÖRDÜNCÜ OTURUM

DEĞERLENDİRME

Özdemir ÖZOK.....	203
Tartışma.....	203
İbrahim Ö. KABOĞLU	221

SUNUŞ

“İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması” konulu toplantı, başta hukukçular olmak üzere, insan hakları ile ilgili farklı meslek mensuplarını, insan hakları savunucularını ve insan haklarına duyarlı kişileri, sadece Ankara’dan değil, Türkiye’nin her tarafından bir araya getirmiş ve bu özelliğiyle ulusal bir nitelik kazanmıştır. Bu yapıt, 5 Kasım 2004’te gerçekleştirilen sözkonusu geniş katılımlı toplantının ürünüdür. Bütün katılımcılara teşekkür borçluyuz. Toplantıda yapılan konuşmaların çözümü, İHAUM Bilim ve Danışma Kurulu üyesi Av. Atilla Şav tarafından okundu. Konuşmacıların bir kısmı, çözümü yapılan metinlerin yerine sonradan daha uzun metinler ilettiler ve kitaba onlar konuldu. Düzeltimlerin ikinci aşamasına Ar. Gör. Abdullah Sezer de katkıda bulundu.

Toplantı sonucu ortaya çıkan metinler, konunun ülkemiz açısından ne kadar önemli olduğunu gözler önüne sermiş oldu. Ancak yeni düzenleme, birçok uygulama sorununu beraberinde getireceğini de ortaya koymuş bulunuyor. Bu nedenle İHAUM, her yıl bu konuya özgü bir toplantıyla 90. maddenin yine farklı meslek mensubu kişi ve uzmanların katılımıyla ulusal ölçekte tartışılmasına, toplantıların zaman zaman uluslararası nitelikte yapılmasına karar vermiştir.

TBB-İHAUM, bu beşinci yayınıyla, Anayasa’da yapılan ve 22 Mayıs 2004’te yürürlüğe giren değişiklik üzerine Türkiye’de bir ilki gerçekleştirmiş olmanın onurunu okurlarla paylaşmaktadır.

İbrahim KABOĞLU

23.03.2005

Açış Konuşması - Profesör İbrahim KABOĞLU: Sayın milletvekilleri, yüksek mahkeme başkanları, valiler, yargıçlar ve savcılar, avukatlar, değerli hukukçular, yöneticiler ve insan hakları savunucuları, Ankara'dan, Ankara'nın dışından, Türkiye'nin her tarafından hoş geldiniz toplantımıza.

Bugünkü toplantımız, bilindiği gibi Anayasa'nın 90. maddesine 22 Mayıs 2004 günlü *Resmi Gazete'*de yayımlanan değişiklikle eklenen cümlenin tartışılmasına özgülenmiştir. Gerçekten bu cümle, yani *"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"* biçimindeki yeni hüküm, aslında şu hükmün bir uzantısıdır, devamıdır: *"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz"* biçiminde son cümle olarak yer alan hükmün hemen arkasına eklendiği için, artık bu, sondan ikinci cümle olmuştur ve yeni eklenen son cümledir.

Tabii önceki son cümle, hukukumuzda hemen hemen 20 yıldır tartışılıyor. Akademisyenler ve yargı organları olarak türdeş bir görüş oluşturabildiğimizi söyleyemeyiz. Bu yeni hüküm, aslında uluslararası alana doğru, önemli bir açılmıdır. Fakat bu hüküm de birincisinden az olmayan sorunları beraberinde getireceğe benziyor. Bu bakımdan en azından burada yer alan deyimler, temel hak ve özgürlük, milletlerarası andlaşma, esas alma, uyuşmazlık ve bunun muhatabı ya da muhatapla-

rı, yasayla uluslararası antlaşmalar arasındaki ilişki sorunu, hangisinin daha güvenceli düzenleme içerdiği gibi sorunlar yanında, bundan sonrası için uluslararası andlaşmaların kabul ve onay sürecinin gözden geçirilerek, meclis gündemine alınan insan haklarına ilişkin uluslararası belgelerin tartışılması, ilgililerin ve kamuoyunun bilgilendirilmesi, bu arada onay kanunuyla sözleşme/antlaşma birlikteliğinin sağlanması gibi konular üzerinde durma gereği de bulunmaktadır.

İşte konu anayasal boyutuyla ele alınacak ve 90. maddenin değişiklikten sonraki durumu burada ayrıntılı olarak tahlil edilecektir. Bu amaçla, 4 ay önce Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi olarak bu toplantıyı planlarken, bu alanda çalışan akademisyenler, bu kuralı koyan politikacılar, bundan sonra uluslararası antlaşmaları onaylayacak olan yasama organı temsilcileri, bu kuralı uygulayacak olan yargı mensupları ve bu kuralın muhatabı konumunda olabilecek yöneticilerin hepsini bir araya getirmek suretiyle bugün gün boyu bu konuyu ayrıntılı olarak tartışmayı amaçladık.

Bu tartışmanın amacı doğrultusunda öğleden sonra bir forum öngördük. Bu forumda herkes söz alabilecek. Özellikle Ankara dışından gelenlerin katkısı çok önemli. Konuşmacılar eğer sürelerine riayet ederlerse, daha çok katılım sağlanacak ve toplantı 90. maddede yapılan değişiklik doğrultusunda amacına ulaşabilecek.

Bu toplantıyı 4 ay önce planlarken şunu da göz önüne aldık: Türkiye’de insan hakları alanında çalışan kişileri ve uygulayıcıları bir araya getirmeyi; hâkimleri, savcılarını, yöneticileri, avukatları hepsini ortak platformda buluşturmayı amaçladık. Çünkü onlarla hep insan hakları formasyonu çalışmaları yaptık ve bunun yanında, önümüzdeki aylar için, Türkiye’nin bütün barolarında insan hakları merkezlerinin kurulmasını sağlamayı amaçladık. Ülke genelinde bütün barolar nezdinde insan hakları araştırma ve uygulama merkezleri kurulduğu ve geliştirildiği ölçüde, hak ve özgürlükleri temellendirme olanağımız da artar.

Bunu biz, belirttiğim gibi 4 ay önce planladık, ama bu kadar geniş hedef belirlememizin ne kadar yerinde olduğunu, son 1 ayda ve özellikle son 4 günde bütün Türkiye'nin "*gündemine oturan*", hatta yankıları Avrupa'ya kadar uzanan ifade özgürlüğünü kaba güçle bastırmayı hedef alan ibret verici olaylar zinciri doğrulamış bulunuyor. Olay, 1 Kasım günü Başbakanlık ek binasında İHDK raporuna tepki olarak meydana geldi. Basın toplantısı sırasında İHDK Başkanı'na saldırarak metni yırtan kişinin bir kamu görevlisi sendikalı olması olayın vahametini artırmaktadır. O nedenle, söz konusu olumsuz olaylar zincirinin hemen arkasına gelen bu toplantı, şiddet kullanımı ile insan haklarının kesinlikle bağdaşmadığını toplu bir iradeyle ortaya koymak, ortak bir insan hakları dili, ortak bir insan hakları kültürü, ortak bir tartışma platformu oluşturmak bakımından son derece anlamlıdır. Bu çerçevede, hepimize tekrar "*hoş geldiniz*" derken, İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi adına, bu toplantıya diğerlerinde olduğu gibi destek veren Türkiye Barolar Birliği Başkanı Sayın Özdemir Özok'a ve siz değerli konuklara teşekkürlerimi iletmek istiyorum.

Ön bildirimlerini sunmak üzere, gerek yüksek yargı organları başkanlarını, gerekse yasama organı komisyon başkanlarını kürsüye davet ediyorum. Mademki bugünkü toplantımıza platform dedik; bu sözcük, eşit düzlemi ifade ettiğine göre ben, kendilerinden, protokol kurallarını bir an için ikinci plana atıp, insan hakları öncelikli ortak platforma gelmelerini rica ediyorum. (Alkışlar)

BİRİNCİ OTURUM

ÖNBİLDİRİLER

Oturum Başkanı

İbrahim Ö. KABOĞLU

(TBB - İHAUM ve İHDK Başkanı)

Av. Özdemir ÖZOK (Türkiye Barolar Birliği Başkanı)

Sayın konuklar; Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi tarafından düzenlenen “İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması” konu başlıklı toplantıya hoş geldiniz. Sizleri saygılarımla selamlıyorum.

12 Eylül hukuku anlayışının ürünü olan 1982 Anayasası, yürürlüğe girdiği günden bu yana 9 kez değişikliğe uğramış. Bu değişikliklerin yapılmasında iç hukuk dinamiklerinin, iç tepkilerin yanında büyük oranda Türkiye'nin AB uyum sürecinde yapmak zorunda kaldığı reformların da büyük katkısı olmuştur.

Son dönemlerde yapılan bu Anayasa değişikliklerini iki önemli kategoride, iki önemli bölümde incelemek mümkündür.

Birinci bölümdeki değişiklikler; daha önce yapılan Anayasa değişikliklerini tamamlar niteliktedir. Bu bağlamda ölüm cezasına ilişkin olarak 5/2, 17/4, 38/9-10 ve 87. maddelerde, Devlet Güvenlik Mahkemeleri'ne ilişkin 143. maddede, basın özgürlüğüne ilişkin 30. maddede ve kadın-erkek eşitliğine ilişkin 10. maddedeki değişiklikler daha önce bu alanlarda başlatılan çalışmaların genişletilmesi ve tamamlanmasının bir sonucu olarak kabul edilebilir.

İkinci bölümdeki değişiklikler ise; daha farklı olarak Türk anayasal sistemi için tamamen yeni birtakım kurumların oluşturulması veya mevcut kurumlarda radikal yenilikler yapılmasına yönelik düzenlemelerdir. Uluslararası Ceza Divanı'na taraf olunmasını düzenleyen 38/11. maddede, Yüksek Öğretim Kurulu'ndan (YÖK) askeri üyenin çıkarılmasına olanak sağlayan 131. madde de, silahlı kuvvetlerin harcamalarını Sayıştay denetimine tabi kılan 160. maddede, toplantımızın konusunu oluşturan uluslararası insan hakları sözleşmelerine yasalar karşısında üstünlük tanınmasına yönelik 90. maddede yapılan değişiklikler bu bölümdeki değişikliklere, örnek gösterebiliriz.

ÖZDEMİR
ÖZOK'UN
KONUŞMASI

Anayasa'nın 90. maddesinin "usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmaz" biçimindeki ikinci cümlelerin son fıkrasına 7 Mayıs 2004 gün ve 5170 sayılı Yasa'yla "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" tümcesi eklenmiştir. Bu değişikliğe ilişkin düzenleme 2001 Anayasa değişikliği paketinin 32. maddesinde de "kanunlar ile milletlerarası andlaşmaların çatışması halinde milletlerarası andlaşmalar esas alınır" biçiminde yer almış, bu şekliyle Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Komisyonu tarafından benimsenmiş ancak, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu tarafından kabul edilmemiştir. Anayasa'nın, "Milletlerarası andlaşmaların uygun bulunması"nı düzenleyen 90. maddesinin değişiklikten önceki orijinal hali, genelde Anayasa'nın egemenliğe ilişkin 6. maddesiyle birlikte tartışılmakta ve AB normlarının, Birliğin öngördüğü biçimde Türkiye'de uygulanmasını imkânsız kıldığı düşünülmekte ve "Anayasa'ya aykırılık"la "ulusal egemenlik" yönünden tartışmalara neden olmaktadır. Anayasa'ya getirilen ek düzenleme ile hiç değilse, temel haklarla ilgili sözleşmeler bakımından konunun kısmen netleştirildiği kabul görmektedir. Bilindiği gibi, AB'ye üye ve üye olmaya aday ülkeler, bu süreçte anayasalarında, uluslar üstü hukuka öncelik tanıyan bir seri düzenlemeler yapmışlardır. AB'ye üye olmak konusunda kararlı olan Türkiye'nin de bu düzenlemeleri yapması gerekiyordu. Çünkü bu şekilde bir düzenleme teknik anlamda Birliğin üyeliğinin ön şartı olarak çeşitli vesilelerle ortaya konuluyordu. Bu nedenle 5170 sayılı Yasa'yla getirilen yeni düzenleme, bu ihtiyacı bir ölçüde karşılamış görünmekle birlikte, sorunu tam olarak çözmediği gibi, iç hukuk uygulamalarında da, yeni tartışmalara neden olmuştur. Yapılan yeni düzenleme, sadece insan haklarına ilişkin milletlerarası andlaşmalar açısından bir üstünlük içermektedir. Bir başka anlatımla, uluslararası bir sözleşme sadece insan haklarına ilişkin hüküm içermesi şartıyla hiyerarşik olarak kanunların üzerinde yer alacaktır.

Oysa, Avrupa Birliği müktesebatı içinde insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmeler yanında Birliğin kuruluş ve işleyişine yönelik pek çok uluslararası sözleşme bulunmaktadır. İleride Türkiye'nin olası üyeliği gerçekleşirse, bu normların iç hukuka doğrudan ve üstün bir biçimde uygulanabilmesi için çok kapsamlı Anayasa değişikliklerine ihtiyaç duyulacaktır. Dolayısıyla bu değişiklik, AB hukukunun Türk hukukuna kolaylıkla aktarılması ve Türk hukukunun da Avrupa Birliği hukukuna uyum sağlaması için önemli bir kapı açmaktan çok, özellikle Türkiye'nin adaylık sürecinde başını ağrıtan insan hakları konusunda yeni açılımlar yaratmaya yönelik biçimsel bir düzenlemedir.

Yeni düzenlemenin, uygulamada bugüne kadar Anayasa Mahkemesi'nin belirli kararları dışında Türk yargısının uluslararası insan hakları normlarına ilgisizliğini giderdiği için, onun daha dinamik hale gelmesine neden olacağı, hatta onu bu yönde teşvik edeceği, zorlayacağını söyleyebiliriz. Yine bu değişikliğin, vatandaşlara tanınan temel hak ve özgürlükleri, başlangıç bölümü 6. paragrafındaki hükmüyle sınırlayan 1982 Anayasası'nın kapalı sistemini, sürekli gelişip değişen uluslararası insan hakları normlarının dinamik yapısıyla buluşturması bakımından da çok önemli bir süreci içerdiği yadsınamaz.

Bu olumlu katkılarına karşın 90. maddede yapılan değişiklik, uygulamada çeşitli tartışmalara ve sorunlara yol açabilecek niteliktedir.

Öncelikle 90. maddenin son fıkrasındaki tümcede "*usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar*" dan söz edilmektedir. Bilindiği gibi, milletlerarası andlaşmaların yürürlüğe girmesi usulü, 1982 Anayasası'nın 90. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre, milletlerarası andlaşmaların yürürlüğe girebilmesi için Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından bir yasa ile uygun bulunması gerekir. (Burada hemen milletlerarası andlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde uygun bulunması için yapılan görüşmelerin, çok özensiz bir biçimde yapıldığını, bu tür çalışmaların Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin en verimsiz dönemlerinde yeterli inceleme yapı-

lamadan tamamen biçimsel olarak oylandığını hatırlattıktan sonra, bu şekilde yürürlüğe girmiş milletlerarası andlaşmaların yasalarından üstün tutulmasının ne kadar doğru ve hukuki olabileceğine dikkatinizi çekmek istiyorum.) Anayasa'nın öngördüğü temel kural bu olmakla birlikte, aynı fıkraya göre, bu andlaşmalarla uygulama andlaşmalarının, (90/II-III) bir yasayla uygun bulunmalarına gerek olmadan, yani Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onayından geçmeden yürürlüğe girmeleri mümkündür. 90. maddenin yeni düzenlemesi karşısında, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onayı, yani Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin iradesi, katılımı olmaksızın bazı milletlerarası andlaşmaların, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin iradesinin bir ürünü olan yasalar karşısında üstünlük kazanması söz konusu olabilecektir. Böyle bir uygulamanın, ayrıca Anayasa'nın 7. maddesinde düzenlenen "yasama yetkisinin devredilmezliği" ilkesiyle çeliştiği söylenilebilir. Öte yandan, yürütme organının, yasama organının geçiremeyeceğini düşündüğü kimi düzenlemeleri bu yolla yasama organının denetiminden/iradesinden kaçırmaya çalışması da mümkündür. Ayrıca, eklenen yeni tümcede "temel hak ve özgürlüklere ilişkin" milletlerarası andlaşmalara üstünlük tanınmaktadır. Hangi andlaşmaların temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşma sayılacağı konusunda da bir açıklık yoktur. Kuşkusuz, bu belirsizlik uygulamada çok önemli sorunların ortaya çıkmasına neden olabilecektir. Aynı şekilde, milletlerarası andlaşmalarla yasalar arasında uyumsuzluk olup olmadığını kimin tespit edeceği sorusu da cevapsız kalmaktadır. Özellikle, alt derece mahkemelerinin veya yüksek mahkemelerin farklı dairelerinin farklı yorum ve değerlendirmeler yapması durumunda sorunun nasıl çözüleceği konusunda yeni düzenlemeyle bir açıklık getirilememiştir. Bu konuda Anayasa Mahkemesi'nin yetkili kılınması yanında, Türk hukuk sistemine, yasalar açısından ön denetim kurumunun getirilmesi çözüm olarak düşünülebilir. Buna göre, yasaların yürürlüğe girmeden önce Anayasa Mahkemesi'nin önüne getirilmesi, mahkemenin, yasaları Anayasa veya milletlerarası andlaşmalara uygunluk açısından denetlemesi, Anayasa'ya veya milletlerarası andlaşmalara aykırı yasaların yürürlüğe girmesinin

engellenmesi mümkün olabilecektir. Bütün bunların yanında, Avrupa Komisyonu tarafından Türkiye için hazırlanan 2004 İlerleme Raporu'nda Anayasa'nın 90. maddesine getirilen ek hükme önemle değinilmiş ve özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin iç hukukta zaten mevcut olan, doğrudan uygulanma ilkesini pekiştiren ve bu ilkeyi anayasal güvence altına alan bu düzenlemenin, Türk yargı sisteminde Sözleşme'ye tanınan üstünlüğün pratik ve uygulamasını derinleştireceği vurgulanmıştır.

Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasının üçüncü cümlesiyle getirilen yeni düzenlemenin nasıl anlaşılması ve uygulanması gerektiğine ilişkin görüşlerimi de şu şekilde sıralayabilirim:

- Kanımca yeni düzenleme, taraf olduğumuz ve usulüne uygun olarak yürürlüğe konmuş tüm insan hakları sözleşmelerini kapsar. Bu bağlamda; üyesi olduğumuz bölgesel ve evrensel ölçekli kuruluşlarca kabul edilmiş insan hakları sözleşmelerinden onayladıklarımızdan, Irk Ayrımcılığının Tüm Biçimlerinin Kaldırılması Uluslararası Sözleşmesi (1965-2002), Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi (1966-2003), Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi (1966-2003), Kadınlar Hakkında Tüm Ayrımcılık Biçimlerinin Kaldırılması Sözleşmesi (1979-1985), İşkence ve Başka Zalimce, İnsanlık Dışı ya da Onur Kırıcı Ceza ya da Davranışlara Karşı Sözleşme (1987-1988), Çocuk Hakları Sözleşmesi (1989-1994), Zorla Çalıştırma Sözleşmesi (1932-1998), Sendika Özgürlüğü ve Sendika Hakkının Korunması Sözleşmesi (1948-1993), Örgütlenme Hakkı ve Toplu Pazarlık Sözleşmesi (1949-1951), Ücret Eşitliği Sözleşmesi (1953-1967), Zorla Çalışmanın Kaldırılması Sözleşmesi (1959-1960), Ayrımcılık Sözleşmesi (Meslek ve Çalışma) (1960-1967), Asgari Yaş Sözleşmesi (1967-1998), Çocukların Çalışmalarının En Kötü Biçimlerinin Kaldırılması ve Yasaklanması Sözleşmesi (2000-2001), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (1950-1954), İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 1 Sayılı Protokol (1952-1954), İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 6 Sayılı Protokol (1983-2003), Avrupa Sosyal Şartı (1961-1989), Sosyal

ÖZDEMİR
ÖZOK'UN
KONUŞMASI

Güvenlik Avrupa Kodu (1964-1968), Sosyal Güvenlik Avrupa Sözleşmesi (1972-1977), gibi sözleşmelerin tümü ulusal hukukla çatışmaları durumunda bu sözleşmeler "esas" alınarak öncelikle uygulanacaktır.

- Yeni düzenleme yargı ve yürütme kadar, yasamayı da bağlar; artık yasama organı bu düzenlemeden sonra, uyumsuzluğa yol açabilecek uluslararası andlaşmalara aykırı yasalar çıkarmamalıdır. Çünkü Anayasa'nın diğer hükümleri gibi, 90. madde de, Anayasa'nın 11. maddesine göre "yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri" herhangi bir ayırım yapmaksızın bağlar, hükmü karşısında yasama organı da bu değişikliğe uygun olarak uluslararası sözleşmelere aykırı yasa çıkarmamak yanında, aykırı olan yasaları da bir biçimde ayıklamalıdır. Yasama organı "uyumsuzluk durumunda nasıl olsa uluslararası andlaşma esas alınacaktır" gibi bir yaklaşımla, aykırılıklara kayıtsız kalmaz. Bu bağlamda, yeni yasa hazırlık çalışmalarında da özellikle bakanlık ve meclis komisyonlarındaki aşamalarda, çıkarılacak yasa ile andlaşmalar arasında çelişki ve çatışmalara yer vermemek için özen gösterilmelidir.

- Yeni düzenleme, AİHM benzeri uluslararası denetim organlarının kararlarının da uygulamalarda göz önüne alınmasını gerektirmektedir.

- Yeni düzenlemeyle, çıkacak uyumsuzlukların salt "yasalar" ile değil, kanun hükmünde kararnameler ve insan haklarıyla ilgili düzenlemeler yapan tüm yasal veya dayanağını yasalar-dan alan yönetsel düzenlemeler ile uluslararası sözleşmeler arasında çıkmış olması durumunda da, uluslararası sözleşmeler "esas" alınacaktır.

Tüm bu açıklamalar sonucu; 90. maddenin son fıkrasının üçüncü cümlesiyle, evrensel ve bölgesel ölçekli uluslararası insan hakları hukukunun kaynaklarını oluşturan sözleşmelerden taraf olduklarımızı, denetim organlarının kararlarını da kapsayacak biçimde ulusal düzenlemelere üstün tutarak doğrudan doğruya uygulama yükümlülüğü getirilmiştir.

Kuşkusuz bu konuda en çok başvurulacak ve atıf yapılacak uluslararası sözleşme, ülkemizin AB ile bütünleşmesinde en önemli kaynak olan ve bir anlamda “AB Anayasası” gibi algılanan ve Kopenhag siyasi kriterlerince de açıkça gönderme yapılan “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi”dir.

ÖZDEMİR
ÖZOK'UN
KONUŞMASI

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Anayasa'nın 90. maddesindeki yeni düzenleme karşısında, ulusal yargılama faaliyetleri açısından çok önemli bir kaynak metin haline gelmiştir. Çünkü, hukuk devletinin gerektirdiği, gerçek, güvenli, hızlı ve savunma haklarına en geniş anlamda saygı gösteren, bağımsızlıklarını ve tarafsızlıklarını koruyacak biçimde örgütlenmiş erkin ve etkili bir yargı denetiminin ve adil yargılama hakkının sağlanması için gerekli maddi ve şekli unsurlar, AİHS'nin değişik maddelerinde düzenlenmiş bulunmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce yorumlanarak uygulanan AİHS'ye göre; mahkemeye başvurma hakkı, yasayla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkemelerde yargılanma hakkı, aleni yargılama hakkı, hakkaniyete uygun yargılanma hakkı, makul süre içinde yargılanma hakkı, masuniyet karinesinden yararlanma hakkı, savunmanın sağladığı tüm olanaklardan yararlanma hakkı, “Adil yargılamaya” giden yolun parke taşlarını oluşturmaktadır.

AB ve çağdaş dünyayla uyum sağlamayı ve çağcıl değerleri kendi toplumuna hedef göstermiş bir ülke olarak, yeni düzenlemenin son derece önemli olduğunu vurgulamak istiyorum ve beni dinlediğiniz için saygılar sunuyorum. (Alkışlar)

Oturum Başkanı: Çok teşekkürler Sevgili Başkan.

Danıştay Başkanı Sayın Ender Çetinkaya; buyurun.

Ender ÇETİNKAYA (Danıştay Başkanı): Sayın Başkan, değerli konuklar; İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmeleri'nin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması toplantısına katılmaktan mutluluk duyuyor, hepinize en derin saygılar sunuyorum.

ENDER
ÇETİNKAYA'NIN
KONUŞMASI

ENDER
ÇETİNKAYA'NIN
KONUŞMASI

Toplantıyı düzenleyen Türkiye Barolar Birliği ve İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Başkan ve mensuplarıyla emeği geçen herkese teşekkürlerimi sunuyorum.

En yalın ifadesiyle insan hakları, kişiyi koruyan, özgürlük ve onurunu güvence altına alan hakların bütünüdür. Anlam itibariyle geniş kapsamlı olan bu kavram, her türlü ayrımı reddederek tüm insanların doğuştan sahip oldukları hak ve özgürlükleri ifade eder. Bu hak ve özgürlükler, öncelikle bireyin korunmasını, maddi ve manevi varlığının geliştirilmesini içermektedir. Hak ve özgürlük kavramları üzerinde temellenen insan hakları olgusu, dinamik bir yapıyı öngörmekte, olanı değil, olması gerekeni hedeflemektedir.

İnsanlık tarihinde, eski olan hak ve özgürlüklerin korunması, güvence altına alınması mücadelesinin ürünü olan pek çok hak ve özgürlük bildirgeleri yayınlanmıştır. İnsan hak ve özgürlüklerini korumaya yönelik bilinen ilk yazılı metin olarak Hammurabi Kanunları'nın düzenlendiği bilinir. O tarihten bu yana yaklaşık 4000 yıl geçtiği halde hâlâ çağımız evrensel hukuk ilkelerine uygun olmasa da bu yazılı metinde yer alan pek çok ilke insan haklarına önem vermesi bakımından değer taşımaktadır. Hak ve özgürlük mücadelesinin Batı'da bilinen ilk önemli ürünü 19 Haziran 1215 tarihli Magna Carta Libertatum, yani Büyük Hürriyet Fermanı'dır. Ferman ile kralın yetkileri sınırlandırılmış, kimi hak ve özgürlükler dünyevi ve ruhani liderlere devredilmiştir.

17 ve 18. yy'larda yayınlanan Hollanda Bağımsızlık Bildirisi, İngiltere İnsan Hakları Bildirisi, Amerika Birleşik Devletleri Bağımsızlık Bildirisi ve Fransa'da yayınlanan İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi'yle bireyin korunması, hak ve özgürlüklerinin teminat altına alınması amaç edinilmiş, buna yönelik kurallara yer verilmiştir. Hak ve özgürlük mücadelesinin önemli kilometre taşlarını oluşturan ve zaman darlığı nedeniyle ismini telaffuz edemediğim pek çok belge, bildiri ve beyanname, demokrasinin ve hukuk devletinin temelini oluşturmaktadır.

Saygıdeğer konuklar; diğer milletlerde olduğu gibi bizde de insan hak ve özgürlüklerinin korunması ve güvence altına alınması için verilen mücadeleler neticesinde çeşitli sözleşmeler imzalanmış, fermanlar yayınlanmıştır. 7 Ekim 1808 tarihinde merkezi hükümetle Anadolu ve Rumeli ayanları arasında imzalanan Senedi İttifak'la ayanlık sistemi bozulmuş, saltanat haklarına sınırlama getirilerek anayasal ve demokratik toplu düzene geçiş yoluna, sınırlı da olsa ilk adımlar atılmıştır.

İnsan haklarına ilişkin Cumhuriyet öncesinde yayımlanan diğer bir önemli belgeyse, Tanzimat Fermanı'dır. 1839'da ilan edilen fermanla padişahın yetkileri sınırlandırılmış, hukuk kurallarına bağlı olunacağı taahhüt edilmiştir. Güvenlik ve haklara ait garantilerle bunların gerçekleşmesi gayesini güden ceza ve usul ilkelerine yer verilerek temel insan hak ve özgürlükleri olan can, ırz, namus ve mal emniyetinin korunmasının gerekliliği vurgulanmıştır.

Türk siyasi tarihinde ilk yazılı Anayasa olan Kanun-ı Esasi'nin 8 ila 26. maddeleri insan haklarıyla ilgili düzenlemelere yer ayırmış, Cumhuriyetin ilan edilmesinin ardından yürürlüğe giren 1924 Anayasası'nın 5. bölümünde insan haklarıyla ilgili maddelere yer verilmiştir.

Uluslararası bildirgelerde vurgulanan çeşitli sözleşmelerle güvence altına alınan kişi hak ve özgürlüklerine esas itibarıyla 1961 ve 1982 Anayasaları'nda da yer verilmiş, bireyin korunması anayasal teminat altına alınmıştır.

Çağımızda insan hak ve özgürlüklerinin korunması ve güvence altına alınması sorunu, bir iç hukuk meselesi olmaktan çıkmış modern, dünya milletlerinin ortak uğraşı alanını oluşturmuştur.

İnsan hak ve özgürlüklerinin korunması, güvenceli bir yapıya kavuşturulması, ulusal ve uluslararası yargısal denetim mekanizmalarının, varlığını gerekli kılmaktadır.

İnsan haklarının uluslararası düzeyde korunması bakımından Birleşmiş Milletler Andlaşması önemli kurallar koymuş-

ENDER
ÇETİNKAYA'NIN
KONUŞMASI

tur. Kişisel, siyasal ve ekonomik ve sosyo-kültürel hakları da içeren bu kuralların somutlaştırılması, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'yle gerçekleşmiştir.

İnsan haklarının korunması ve geliştirilmesi çabası bölgesel işbirliği ve oluşum sürecini hızlandırmış, bu bağlamda Roma Sözleşmesi adıyla anılan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 1 Kasım 1950'de imzalanmış, 3 Mayıs 1953'te de yürürlüğe girmiştir. Türkiye Devleti tarafından 18 Mayıs 1954 tarihinde onaylanmış bulunan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve zaman içinde yürürlüğe giren ekli protokolleri, kişi hak ve özgürlüklerinin korunması konusunda etkin bir denetimi hayata geçiren evrensel bir model olmuştur. Türk hükümeti, sözleşen taraf olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'yle ekli protokollerini imzalamakla Sözleşme'de yer alan bütün hak ve özgürlüklere hem kendi vatandaşları, hem de ülkesinde bulunan tüm yabancılar için uymak yükümlülüğü altına girmiştir. Bu yükümlülüğün gereği ve sonucu olarak da sözleşme ve ekli protokollerine imza koyan diğer katılımcı devletler gibi Türkiye Cumhuriyeti de, uluslararası güvence mekanizmasını işletmek, yapılan Sözleşme'yle görevi ve yetkileri düzenlenen organların verecekleri kararlara uymak ve bunların iç hukukta hayata geçirilmesi için gerekli tedbirleri almak mecburiyetindedir.

Sözleşme ve ek protokollerde yer alan hak ve özgürlüklerin korunması, hak ihlallerinin engellenmesi veya zararlı etkilerinin ortadan kaldırılması konusunda İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi önünde bireysel başvuru hakkının tanınmış olması, etkili bir uluslararası yargısal denetim mekanizmasının hayata geçirilmesi sonucunu doğurmuştur.

Saygıdeğer konuklar; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin iç hukukumuzda konumu ve etkisi ve özellikle bireysel başvuru hakkının ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin yargı yetkisinin tanınmasıyla önem kazanmış, bu konular da toplumun geniş kesiminin ilgi alanına girmiştir.

Milletlerarası andlaşmaların hukukumuzdaki yeriyle ilgili olarak 1961 ve 1982 Anayasaları'nda düzenlemeye yer verilmiş

ve her ikisinde de uluslararası andlaşmaların yasa gücünde olduğu ve Anayasa'ya aykırılıklarının ileri sürülemeyeceği açıkça belirtilmiştir.

ENDER
ÇETİNKAYA'NIN
KONUŞMASI

Doktrinde ve kimi yargı kararlarında, milletlerarası andlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yerinin yasalarla eşdeğer veya üstünde olup olmadığı, usulüne uygun şekilde onaylanarak yürürlüğe konulmuş bir andlaşmanın Anayasa'ya veya yasalara aykırı olması halinde uygulamasının ihmal edilip edilmeyeceği hususu hep tartışma konusu olmuştur.

Anayasa'da 5170 sayılı Yasa'yla yapılan değişiklikle 90. maddeye eklenen ve usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası hükümlerinin esas alınacağı yolundaki kuralla, kanun koyucu, temel hak ve özgürlüklere ilişkin olmak kaydıyla milletlerarası andlaşmalara yasalar önünde öncelik vermiş, başka bir anlatımla andlaşmaları Anayasa-altı ulusal hukuk kurallarının üstüne taşımıştır.

Genelde tüm hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmalar, özelde ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve eki protokoller pozitif hukukumuzun yasalar üstünde bir parçası haline gelmiş, idarenin yanısıra gerçek ve tüzel kişiler tarafından uyulması, yargı organları tarafından doğrudan uygulanması gereken hukuk kaynakları arasında yer almıştır.

Avrupa Birliği'nde temel hak ve özgürlükler konusunda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'yle eki protokolleri esas alınmış, Kopenhag Kriterleri'nde insan haklarına saygı, demokrasi ve hukukun üstünlüğü Birliğe ait olmayı tanımlayan şartlar arasında sayılmıştır. Avrupa Birliği yolunda ilerleyen Türkiye, insan hakları konusunda mevzuatında yaptığı düzenlemeleri pratiğe aktarmalı, bunun tesisi için de resmi ve özel tüm organlar kolektif bir mücadele içine girmelidirler.

İnsan hak ve özgürlüklerinin pratiğe aktarılması sorunu sadece ülkemiz için geçerli değildir; kişi hak ve özgürlüklerinin

ENDER
ÇETİNKAYA'NIN
KONUŞMASI

elde edilmesi yolunda yukarıda anulan mücadeleleri veren ve bunun ürünü olarak kendi haklarını, insan onuruna yakışır bir yaşam biçimi ve davranış kurallarına layık gören ve bu konuda model olmak iddiasını taşıyan devletler, bunu diğer dünya milletlerine de uygulamak mecburiyetindedirler.

Özgürlük ve demokrasi anlayışını ihraç etmek görüntüsü altında bu haklara karşı açılan savaş ve her türlü müdahale sona erdirilmeli, hak ve özgürlük çağı olarak kabul edilen bu yüzyılda gözümüzün önünde Irak'ta, Filistin'de ve dünyanın pek çok yerinde yaşanan ve yaşanmaya devam eden hak ve özgürlük ihlalleri ortadan kaldırılmalıdır. Tüm insanların hak ve özgürlüklerinin teminat altına alındığı, hak ihlallerinin olmadığı, özgürlük alanlarının genişlediği, yaşanılır bir dünya diliyorum.

Sunulacak bildiri, yapılacak yorum ve değerlendirmelerin konuya ışık tutacağına ve amaca ulaşacağına inanıyor, hepinize en derin saygılarımı sunuyorum. (Alkışlar)

Oturum Başkanı: Sayın Başkan, teşekkür ederim.

Şimdi söz sırası Anayasa Mahkemesi Başkanı Sayın Mustafa Bumin'de.

Buyurun Sayın Bumin.

MUSTAFA
BUMİN'İN
KONUŞMASI

Mustafa BUMİN (Anayasa Mahkemesi Başkanı): Sayın Başkan; "*İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Uygulanması*" konulu konferansa davetinizden dolayı ve bu konferansa katılan tüm katılımcılara teşekkürlerimi bildiriyor, sevgi ve saygılarımı sunuyorum.

Konunun tarihi gelişimini Sayın Danıştay Başkanı detayıyla anlattı. Ben, daha çok Anayasa yargısı bakımından bir pencere açmak istiyorum. Anayasa Mahkemesi'nde 12. yılı tamamladığım, başkanlıkta da 5. yıla gittiğim bu süreç içerisinde şahsen beni 90. madde çok ilgilendirdi ve rahatsız etti. İlk konuşmamı yaptığım 2001 yılından bu yana, Anayasa Mahkemesi'nin kuruluş yıldönümünden başlayarak 4 konuşmamın tamamında

90. maddede yapılması gereken değişikliği kendi anlayışıma göre ifade ettim. Beni çok rahatsız ediyordu. Anayasa Mahkemesi olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'yle çok yakın ilişkilerimiz var. Bütün üyelerimiz Strasbourg'da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne gitmiş, orada Başkan Gocio Şimintaber dahil yetkililerle her yıl belli konuları tartışmıştır.

Bildiğiniz gibi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi başlangıç hükümleriyle 1. maddesi itibariyle taraf ülkelere iç hukukta Sözleşme'yle çelişen ya da çatışan yasalarını değiştirme yükümlülüğünü yüklemiştir. Bu o kadar açık ki, 1987 ve 1990 yıllarında ferdi başvuru ve yargılama yetkisini tanıdığımız o günkü Divan, bugünkü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları gerçekten bizim için çok önemlidir. Diyelim ki, bunları tanıdık ve taraf olduk; diyelim iki, bu kararlar bizim için bağlayıcıdır, biliyorsunuz bu kararların iki sonucu vardır. Birincisi, eğer bir iptal kararı verilirse iptal sonucunu doğuran kuralın Sözleşme'ye uygun biçimde yasama organunca değiştirilmesini zorunlu kılan; ikincisi, maddi birtakım tazminatlar ödemeyi öngören iki önemli sonucu vardır.

Bir yandan böyle bağlayıcı özelliği olan bu Sözleşme ve bu Sözleşme nedeniyle binlerce başvuru. Şunu rahatlıkla söyleyeyim: Son yıllarda Türkiye artık 1. sırada değil, başvuran ülkeler bakımından 5. sırada yer almıştır; bu da övünülecek bir şey. Dileğim, ülkemizin çok daha gerilerde yer almasıdır.

Ne yapılmalıydı? Elbette 90. madde yeniden gözden geçirilmeliydi. 90. maddenin detayına girmiyorum, Sayın Özak da anlattılar, Sayın Danıştay Başkanı da ifade ettiler, 90. maddede 1961 Anayasası'nın 65. maddesinin sadece sözcüklerinin sadeleştirilmesinden başka bir değişiklik içermeyen kelimesi kelimesine aynı, hatta 1982 Anayasası'nın 90. maddesine ilişkin gerekçesinde bu 20 yıllık süreç içerisinde uygulamanın çok önemli sonuçlar vermesi nedeniyle maddenin aynen kabul edildiği söylenilmektedir. Ancak, çok zaman geçti, 1961 Anayasası gerilerde kaldı, 2000'li yıllarda 61'in düzenlemeleri kuşkusuz ki, ihtiyaca cevap vermeyecektir. Pek çok uluslararası platformda yabancı ülke temsilcileriyle yaptığımız temaslarda

MUSTAFA
BUMİN'İN
KONUŞMASI

da bize “Türkiye’de uluslararası andlaşmaların yeri iç hukukunuzda nedir?” soruları yöneltiliyordu.

Anayasa Mahkemesi’nin bir kararı var. 1996 yılında İslam Ülkeleriarası Kredi Andlaşması Onay Yasası’nın iptali isteğiyle o günkü parti ve iki isimden biri olan Sayın Mümtaz Soysal’ın bir başvurusu vardı. Her ne kadar Anayasa’da usulüne uygun biçimde kabul edilmiş uluslararası andlaşmaların Anayasa Mahkemesi’nce denetlenemeyeceği ya da iptal davası açılmayacağı öngörülmüş ise de, bu ifadeden andlaşmanın denetlenemeyeceği, ancak andlaşmayı onaylayan onay yasa-sının ondan ayrılabilir nitelikte olduğu, yani idari yargıda ayrılabilir işlem teorisinde olduğu gibi, bu nedenle onun denetlenebileceği yolunda önemli savları vardır. Gerçekten de Anayasa Mahkemesi sadece onay yasasıyla sınırlı olmak üzere denetleme yaptı.

Sayın Özoek’un dediği gibi, bana göre de bir şey ifade etmez. Onay yasalarında hiçbir şey yoktur, birkaç sözcükten ibaret-tir. Asıl denetlenmesi gereken andlaşmalardır. Ama onları denetleyemezsiniz. Nedeni şudur: Uluslararası taahhütlerin bilahare Anayasa yargısınca olsa iptalle sonuçlanırsa, yerine getirilemezse, bunun ağır sorumluluğu vardır. Bu nedenle denetlenemiyor.

Burada Anayasa Mahkemesi’nin kararında gerekçe olarak koyduğu önemli birtakım pasajlar var. Anayasa Mahkemesi, Anayasa’nın 90. maddesi o günkü şekliyle yasa hükmünde bir kuralı içerdiği için usulüne uygun bir biçimde imzalanmış uluslararası andlaşmaların ulusal yasalarımızla aynı çizgide olduğunu söyledi ve bu andlaşma kurallarıyla ulusal yasalarımız arasında bir çelişme ya da çatışma söz konusu olursa, aynen iki ulusal yasa arasında çatışma olması haline uygulanması gereken yol ve yöntem neyse öylece çözümlenmesi gerekeceği, yani özel yasa, genel yasa, önceki yasa, sonraki yasa filan gibi gerekçelerle bu tabii açmazdı, bu kapalıydı, yani geleceğimizi açmuyordu. Yapılması gereken tek şey, Anayasa’nın 90. mad-desinin değiştirilmesiydi. Esasen Avrupa’da ülkelerin çoğunda bu böyledir. Usulüne uygun biçimde imzalanmış uluslararası

andlaşmalar, o ülkelerin iç hukukunda yasa üstünde norm niteliği taşımaktadır. Hatta anayasa-üstü niteliği taşıyan az da olsa ülkeler vardır.

MUSTAFA
BUMİN'İN
KONUŞMASI

Bu konu ilk olarak çok iyi hatırlayacağınız gibi 2001 yılında gündeme geldi ve 90. maddenin bu ya da buna yakın biçimde değiştirilmesi düşünüldü, ama o gün kamuoyu buna hazır değildi ve bunun egemenlik haklarını ihlal edeceği görüşü etkin biçimde ileri sürüldü. Üzülerek söylüyorum, 3-4 yıl sonra, yani 2004'e ertelendi, ama sevinerek söylüyorum, 2004'ün Mayıs ayında bu gerçekleşti.

Ben, bunu çok olumlu bir gelişme olarak görüyorum, çünkü, değil mi ki Batılıym diyorsunuz, insan hak ve özgürlüklerini çağımız gereği ön plana alıyorsunuz ve bunun ihlal edilmemesi için bütün mekanizmaları kabul ediyorsunuz, kendi vatandaşlarınıza ferdi başvuru hakkını tanıyorsunuz, mahkemenin kararlarını da yerine getiriyorsunuz, o zaman uygun hareket etmeniz lazım. Ya o topluma girmezsiniz ya da girmişseniz gereğini yerine getirirsiniz. Yani her oyun kendi kuralıyla oynanır. Girmezseniz o bir seçenektir, ona bir şey demem, dünyada yerinizi alırsınız, ama girmişseniz eğer, o takdirde mutlaka bunu yapmak lazımdır.

Aslında bu konu daha önce çok tartışıldı. Mesele bitti mi? Hayır, bitmedi. Sayın Özok'un dediği gibi, yeni birtakım münakaşalar, münazaralar ortaya çıkacaktır. 90. maddenin son fıkrasına eklenen son tümce gerçekten çok genel bir sözcük. Arkadaşlarımla söyledikleri gibi, "temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar" diyor. Nedir bu temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar? Bunun sınırını çizmek zannedildiği kadar kolay değildir. Tahmin ediyorum ve böyle gelişmesini de çok doğal buluyorum, bu konuda büyük fikir ya da anlayış farklılıkları olacaktır. Ne olacak? Ya zaman içerisinde içtihatlar kuşkusuz ki birbirlerini de dinlemek ve görmek suretiyle bu konuyu sınırlayacak ya da olmazsa Sayın Özok'un dediği gibi yasama yeniden bir düzenleme yapmak ihtiyacını duyacaktır.

MUSTAFA
BUMİN'İN
KONUŞMASI

Şöyle denilebilirdi, “sadece İnsan Hakları Sözleşmesi”. Hiç şüphe yok ki, burada kastedilen temel norm Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'dir. Bu sözleşme yeterli midir? Ya da ek protokolüyle beraber yeterli mi? Hayır, o da yetmiyor. Ben konuyu çok açmıyorum, çünkü zaman yeterli değil. Sayın Başkan, biraz sonra beni mutlaka ikaz etmek ihtiyacını duyacak biraz daha uzun konuşursam. O bakımdan çok açmak istemiyorum konuyu.

Bizim düşüncemiz, başta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olmak üzere temel hak ve özgürlüklere özgü normlardır. Anayasa Mahkemesi dediğim gibi bu gelişmeden çok rahatsız olduğu için önümüzdeki süreçte yapılacak olan Anayasa değişikliğinde Anayasa Mahkemesi'nin kuruluşunu, Türkiye'deki vatandaşların, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurusunu azaltabilecek bir yeniden oluşumu sağlamayı düşündü. Onun için bireysel başvuru hakkının tanınmasında ülke bakımından büyük bir yarar vardır, bu bir süzgeç olur diye düşünüldü ve oraya da Sözleşme hükümleriyle sınırlı, hatta belki de Sözleşme'nin Anayasa'ya yansımış -çünkü bizim Anayasamız Sözleşme'den daha geniş- bölümüyle ilgili, sınırlı olmak üzere bir ferdi başvuru ya da şikâyet hakkı tanınmasının çok yararlı olacağı Anayasa Yargısı olarak düşünüldü. Mahkemenin bu düşüncesini ben tamamen onaylıyorum ve bunun kamuoyunda birtakım yanlış tartışmalara sebebiyet verildiği gibi bir astlık-üstlük ilişkisi olmadığını düşünüyorum ve çok büyük üzüntü duyuyorum sevgili izleyiciler.

Neden benim ülkem insan haklarını ihlal eden ülkelerin başında olsun? Neden benim ülkem, milyarlarca Euro'luk tazminat ödemeye mahkûm olsun? Diyelim ki, o camiadayız, oraya gitmeyi azaltacak mekanizmaları geliştirmek zorundayız. Bu sadece bizde değil, birçok ülkelerde vardır. Macaristan'da, Azerbaycan'da bile var. Avrupa'yı söylemiyorum, Macaristan Anayasa Mahkemesi Başkanı bana şunu söyledi: “Bize bireysel başvuruda bulunmak için vatandaş olmak da gerekmiyor. Dünyanın her yerinden, her insan, kendisine uygulanmasa bile -bakınız ne kadar geniş- bizim bir normumuzun Anayasa'ya aykırılığı için

başvurabilir. Tabii sözleşmeli olarak.” Bizim Anayasa Mahkemesi’ne başvuru zaten sınırlıdır. Bunları aşmada ülkenin bu bakımdan gelecekte gelişmesi ve yapacağı katkılar kuşkusuz ki büyüktür.

MUSTAFA
BUMİN’İN
KONUŞMASI

Ben, baktığımda şöyle gördüm: Gerçekten Danıştay’ın, özellikle 5. Daire’nin bu konuda çok önemli kararları vardır. Gerek Ender beyin başkanlık yaptığı dönemlerde, gerekse daha önce üyelik yaptığı dönemlerde çok iyi çalıştı, çünkü iç hukuktaki normlar açısından, uluslararası normlara üstünlük tanıyan ya da onları gerekçelerinde dayanak, ölçü norm olarak alan çok önemli ileri kararları var. Hatta, Yargıtay’da o kadar görmedim eğer yanılmıyorsam, Anayasa Mahkemesi’nden de ileri düşünüyordum Danıştayı. Oysa Anayasa Mahkemesi birçok kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne kaynak norm olarak değil, dayanak norm olarak, kendi gerekçesini güçlendiren ya da ona dayanak olacak norm olarak yer veriyor.

Daha çok konuşmak istemiyorum. Anlatılacak konular çok, boyutları geniş, ama zaten bu konferansı düzenlemenin amacı da konuyu geniş zaman boyutu içerisinde tartışmaktır. Çünkü bizimki daha çok açış konuşması niteliğinde konuşmadır. Bilimsel tartışma yapacak arkadaşlarımıza ait bir konudur. Bu etkinliğin başta yargı organlarının tümü olmak üzere bütün uygulayıcılara ışık tutacağına gönülden inanıyorum. Bu konferansı düzenlediği için Barolar Birliği Sayın Başkanı ve Sayın hocamıza ve bu toplantıya katıldığınız için hepimize tekrar teşekkür ediyorum, sevgi ve saygılarımı sunuyorum. (Alkışlar)

Oturum Başkanı: Çok teşekkür ederim Sayın Başkan.

Eğer mümkünse, yani mecburiyet yoksa, gerek yargı mensupları, gerek siyasetçilerden ayrılmamalarını ve aramızda kalmalarını istirham edeceğim. Çünkü gerçekten çok zengin bir tablo karşısında bulunuyoruz ve bu birlikteliğimizi bugün, burada elden geldiğince sürdürebilirse, zannediyorum çok somut malzemeler, ürünler çıkacaktır.

Şimdi yargı kısmını bitirdik ve yasama kısmına geçiyoruz. Türkiye Büyük Millet Meclisi Avrupa Birliği Uyum Komisyonu Başkanı Sayın Yaşar Yakış'a söz vermeden önce diğerlerine hatırlattığım gibi kendilerinden bir kez daha özlü konuşmalarını istirham edeceğim. Denilir ki, politikacılar uzun konuşur, ama zannediyorum burada yargıdan daha özlü konuşmaya gayret edeceklerdir.

Buyurun efendim.

YAŞAR YAKIŞ'IN
KONUŞMASI

Yaşar YAKIŞ (TBMM Avrupa Birliği Uyum Komisyonu Başkanı): Teşekkür ederim Sayın Başkan. Yargı mensuplarının, özellikle yüksek yargı mensuplarının konuştukları kadar veciz ve belagatli konuşmayı benden beklemeniz doğru değil; çünkü onlar kadar ne belagatli, ne de özlü olarak konuşabileceğimi tahmin etmiyorum. Yalnız bir avantajım var; konuşmacılar arasında hukukçu olmayan bir tek benim. Dolayısıyla esasen söyleyeceğim konular, şu ana kadar söylenilmiş olanlardan çok farklı; o da şu anda yapmakta olduğum iş nedeniyle konuya tamamen farklı bir açıdan yaklaşıyor olmamdan kaynaklanacaktır.

Ben, Anayasa'nın 90. maddesinin sonuna eklenen cümleyi defalarca okunduğu için tekrar etmeye gerek görmüyorum. Avrupa Birliği'yle ilişkilerimiz açısından bir boşluk yaratmış olduğu, eskiden mevcut olmayan bir boşluğun bu yasa getirildikten sonra ortaya çıkmış olduğu ve bunun Avrupa Birliği'yle ilişkilerimizde ileride Türkiye'yi köşeye sıkıştırabileceği, sıkıntıya sokabileceği kanaatindeyim. Böyle düşünmemin nedeni şu: 90. maddeye eklenen cümlede, usulüne göre imzalanmış olan andlaşmaların insan haklarıyla ilgili alanlarda olması koşuluyla ulusal yasaya üstünlüğü kabul ediliyor. Yani başka bir deyişle, eğer bir uluslararası yasa, uluslararası andlaşma, insan hakları alanında değil de, çevre alanındaysa, gümrük birliği alanındaysa, kara paranın aklanması alanındaysa böyle bir andlaşmanın ulusal hukukumuzla çelişmesi halinde o zaman bu yasanın, bu uluslararası andlaşmanın bizim yasamızın üstünde olduğu kuralı geçerli olmayacak.

Biliyorsunuz, halbuki Avrupa Birliği'yle ilgili andlaşmalarımızın içinde, gerek Avrupa Birliği müktesebatını almaktan ötürü bizim yasalarımızın, ulusal yasamızın parçası haline getirdiğimiz bölümler var, gerek Avrupa Birliği ülkelerinin veya hut da Avrupa Birliği'nin taraf olduğu ve ileride Türkiye'nin de taraf olmasını şart koşacağı, ileri süreceği başka andlaşmalar var. Uluslararası insan haklarıyla alakalı değil, temel hak ve özgürlüklerle alakalı değil, demin dediğim gibi çevreyle veya başka alanlarla ilgili andlaşmalar var.

Peki, bu andlaşmalar, Avrupa Birliği'ne giriş yolunda imzalamak zorunda olduğumuz bu andlaşmalar, ulusal yasalarımızla çelişme halinde olursa ne olacak? O zaman Türkiye *"Efendim, bizim Anayasamız bir uluslararası andlaşmanın ulusal yasanın önüne geçebilmesi için o uluslararası andlaşmanın münhasıran temel hak ve özgürlükler alanında olması gerektiğini söylüyor. Halbuki bu söylediğiniz çevre, gümrük veya kaçakçılıkla mücadele veya başka bir alandaki andlaşma, bunlardan değil. Öyleyse biz, bu andlaşmayla fark doğduğu zaman sizin o uluslararası andlaşmanızı nazarı itibara alamayız, biz ona aykırı olan kendi yasamızı uygulayacağız"* diyebilir miyiz? Dediğimiz takdirde Avrupa Birliği'ne karşı yüklenimlerimiz açısından geride kalabilir miyiz? Ben bu soruyu ortaya atmak istiyorum.

Öyle zannediyorum ki, eğer Anayasamız'ın 90. maddesine bu son cümle eklenmemiş olsaydı eski haliyle 90. madde ihtiyacı daha da iyi karşılıyordu. Çünkü ne diyordu ondan önceki iki maddede? Birincisi, *"usulüne göre onaylanmış olan andlaşmalar yasa, kanun mertebesinde"* diyor. *"Kanun mertebesinde"* dediği zaman öteki kanunlarla eşit hale geliyor. O zaman Sayın Başkan Bumin'in söylediği gibi önceki yasa-sonraki yasa veya genel yasa-özel yasa tartışması ortaya çıkacaktı. Tabii orada yargıçlarımız şöyle bir sıkıntıyla karşılaşabileceklerdi: Sonra çıkan bir yasa, sonra çıkan bir ulusal yasa, daha önce çıkmış olan uluslararası bir andlaşmadaki hükme aykırıysa, yargıç bakacak, *"bu yasa daha sonra çıkmıştır, dolayısıyla uluslararası andlaşmadaki hükmü değiştirmiştir"* diyecekti. Ama tabii Anayasa'nın 90. maddesinin eski şeklinde bunu zorlaştıracı bir unsur daha vardı.

YAŞAR YAKIŞ'IN
KONUŞMASI

Orada Anayasa, ulusal yasayla uluslararası andlaşma ihtilafa düştüğü zaman, uluslararası andlaşmaya ağırlık veren bir hüküm daha getirmişti; neydi o? "*Uluslararası andlaşmanın usulüne uygun olarak onaylanmış olması şartıyla Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülemez*" diyordu. Yani burada ulusal yasaların Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülebildiği halde, uluslararası andlaşmanın Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülemiyor. Doğrusu da budur; çünkü uluslararası andlaşmayı değiştirmek yalnız başına Türkiye'nin ihtiyarında değildir, o andlaşmaya taraf olan öteki ülkelerle anlaşabildiğiniz takdirde değiştirebilirsiniz.

Yine Sayın Başkan Bumin'in söylediği gibi andlaşmaya taraf olmayabilirsiniz; o da sizin ihtiyarınızda, ama olmuşsanız artık ulusal yasanıza nazaran ona üstünlük sağlamak mecburiyetindedesiniz.

Burada bir de konuya şu açıdan bakmak lazımdır: Başka bir vesileyle esasen Anayasa Mahkemesi'ne yansımış olduğunu Anayasa Mahkemesi Sayın Başkanı'nun sözlerinden de anlıyorum. Uluslararası andlaşmayı onaylayan yasanın iptali istenilebilir ki, Anayasa Mahkemesi geçmişte konuya bu açıdan bakmıştır. O zaman ne olur? O zaman uluslararası andlaşmayı onaylayan yasa, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilirse, o uluslararası andlaşmaya taraf olmaktan çıkarsınız; bu da bir yoldur. Ama, taraf olmaktan hemen ertesi gün de çıkamazsınız tabii. Diyelim ki, 10 yıldır taraf olduğunuz bir uluslararası andlaşma var ve o uluslararası andlaşmanın içinde "*bu andlaşmadan çekilmek için şöyle bir usule uyulur. Önce bir ihbar yapılır, ihbardan 12 ay sonra çekilme gerçekleştirilebilir*" deniliyorsa, yine o uluslararası andlaşmayı onaylayan yasanın iptal edildiğinin ertesi günü o uluslararası andlaşmadan çekilemezsiniz. Neden çekilemezsiniz? Diyelim 10 yıldır yürürlükte olan o andlaşmaya dayanarak üçüncü taraflar, Türkiye'yle olan ilişkilerinde bazı işlemlere taraf olmuş olabilirler, bazı işlemler yapmış olabilirler. O işlemleri de akşamdan sabaha kesemezsiniz, sona erdiremezsiniz. Onun için o usule uymak şartıyla çekilebilirsiniz, ama bunun dışında, çekilmenin mümkün olmaması lazımdır.

Ben, eğer böyle bir husus doğarsa, hukukçu olmadığım için salondaki hazirunun büyük bir kısmının hukukçu olmaları nedeniyle belki söylediklerim çok yüzeysel gelebilir, ama 90. maddeye eklenen sonuncu cümle böyle bir boşluk yaratmıştır. Bunun çözümü için, ya o cümleyi kaldırıp eski haline bırakmak veya oradaki uluslararası anlaşmaların temel hak ve özgürlüklere ilişkin olması koşulunun kaldırılarak her türlü uluslararası anlaşmaya teşmil edilmesi uygun olur. Aksi takdirde Avrupa Birliği'yle ilişkilerimizde bazı sıkıntıların doğması muhtemel görünmektedir.

YAŞAR YAKIŞ'IN
KONUŞMASI

Sayın Başkan, öteki konulara değinmiyorum, çünkü bizden ödünç zaman almak durumunda kalabileceğinizi söylemişsiniz. Ben o ödünç zamanı veriyorum size.

Teşekkür ederim. (Alkışlar)

Oturum Başkanı: Sayın Başkan, özellikle hukukçu olmayan kimliğinizle konuya yeni ve değişik bir boyut getirdiğiniz ve farklı bir bakış açısıyla baktığınız için çok teşekkür ederim.

Hemen belirteyim ki, aramızda birçok sivil toplum örgütü, sendika temsilcisi var; yani hukukçu olmayanlar da var, ama tabii ki, hep birlikte insan hakları savunucuları olarak karşınızda bulunuyorlar. Bugün bizi birleştiren kimlik hukukçu kimliği değil, insan hakları teorisyen ve pratisyenlerinin bir araya geldikleri toplantıdır.

Evet, TBMM Anayasa Komisyonu Başkanı ve Anayasa hukukçusu Sayın Kuzu, bu işi en özlü bir şekilde toparlayacağınızdan emin olarak sözü size veriyorum.

Buyurun.

Prof. Dr. Burhan KUZU (TBMM Anayasa Komisyonu Başkanı): Sayın Başkan, teşekkür ediyoruz. Herkese saygılarımı sunuyorum, önemli bir konuda yapmış olduğu bu panel sebebiyle Türkiye Barolar Birliği'ne teşekkür ederim.

BURHAN
KUZU'NUN
KONUŞMASI

Tartıştığımız metin, bilindiği gibi 27 Haziran 2004'te 5170 sayılı Kanun'la başkanlığını yaptığım komisyondan geçti. Biz

BURHAN
KUZU'NUN
KONUŞMASI

bu yeni ilaveyi yaparken uygulama çıkar birtakım sorunlara çözüm bulmak için yaptık. Yani yeni birtakım karışıklıklara sebep olmak gibi bir niyetimiz olamaz tabii ki, o niyetle yaptık, ama gerçekten böyle bir karışıklığı sağlayacaksa tekrar düzeltiriz; onu da burada belirtmiş olayım. O açıdan bence konuyu bir kazanım olarak kabul edip iyi niyetle yaklaşmamız lazım.

Milletlerarası andlaşmalarla ilgili konu, Sayın Başkan da yakından bilir, bizim Anayasa hukukçuları arasında senelerden beri tartışılmıştır, üniversite hayatım boyunca hep bu konuları tartışageldik. Ancak bu noktada hakikaten ortak bir sonuca varılamamıştır, hâlâ da öyledir. Tabii bunun sebebi, işte dış hukuk ve iç hukuk arasındaki bilinen hiyerarşi ya da yapının nasıl kurulacağı meselesi. Bu yeni olan bir konu da değil, yıllardır Avrupa'da da bu tartışılmış.

Mahkemelerimiz, uygulamada bu konuda epeyce bir sıkıntı çekti, biz de buna çözüm bulmak bakımından bu yola gitmiş olduk. Mahkemelerimiz, genellikle Anayasa Mahkemesi, kararlarında bir kanunu iptal ederken, eğer Anayasa'ya aykırı bulursa "*iptaline*" diyor ve "*kaldı ki*" diye başlayarak milletlerarası andlaşmalara atıf yapmak üzere destek norm olarak kullanıyor, yani iptalini kuvvetlendiriyordu. Şimdi bu yeni getirdiğimiz metinle milletlerarası andlaşmayı doğrudan uygulama imkânını da bulmuş olacak. Gerçi Danıştay'ın bazı kararlarında,- elimdeki metinlerde-, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesini direkt uyguladığı kararı var 1989'da. Yine 3. maddesine Sıkıyönetim Yasası'nın bir maddesini aykırı bularak ihmal ettiği bir uygulaması var, yani bazen istisna olarak Danıştay'ın bunları yaptığını görüyoruz. Tabii bunlar, çok rahat yapılan yollar değil; "*böyle yorumladım*" diyoruz, ama bu, sorunu çözmüyor.

Anayasa'nın 2. maddesi, "*insan haklarına saygılı devlet*" diyor, eskiden "*dayanan*" diyordu. Aradaki farklara burada tabii girecek değiliz; nihayet saygılı veya dayanan, iyi niyetle bakarsanız, aynı kapıya çıkar bence.

Gelinen noktada, milletlerarası andlaşmalar da iki yoruma indirgenmişti. Bir kısım yazarlar, bugüne kadar bu andlaşmaları kanunun üzerinde görerek, hatta Anayasa'nın üzerinde görerek yorumlar yapmışlardır, elimde onların da ifadeleri var. Gerekçe olarak, "siz bir andlaşmaya imza atıyorsunuz, bunun da gereğini yapacaksınız; bunu sadece süs için atamazsınız, bu bir devlet sorumluluğu gerektirir." Ama diğer bir grup da Anayasa'nın 90. maddesindeki metne bakarak, "hayır, böyle değil, kanunlarla eşdeğerde saydığına göre, -'deminden beri söylendiği şekilde'- önceki kanun-sonraki kanun yoluna gidersiniz" demek durumunda kalmıştır.

Bu tartışmalar ışığında baktığımızda, milletlerarası alanda elimdeki metinlere şöyle bir göz atıyorum; -bütün ülkeler, yani ben Avrupa'yı tabii kastediyorum, demokratik ülkeleri kastediyorum bu konuda- elimdeki metinlerde iki türlü çözüm var. Bunlardan bir tanesi, Avrupa Birliği ülkelerinin genelinde kabul gören, andlaşmaların Anayasa'nın da üzerinde olduğu şeklindeki istisnaları var, ama az da olsa görev edinmiş, demin Sayın Yakış'ın bahsettiği o genel düzenlemeyi getirmişler, işi kökten çözmüşler. İkinci bir yöntemi kabul eden grup da bizim kabul ettiğimiz görüş, daha doğrusu kabul ettiğimiz metni kabul eden kısım. Bunlardan birisi, mesela Romanya; 1991 tarihli Anayasa diyor ki, "Romanya'nın taraf olduğu temel insan haklarına ilişkin sözleşme ve andlaşmalar iç kanunlar arasında bir uyumsuzluk çıktığında, mevcut olduğunda, milletlerarası düzenlemelere öncelik tanınır." Aynı düzenlemeyi 1992 tarihli Slovakya Cumhuriyeti Anayasası benimsemiş, 1978 tarihli İspanya Anayasası benimsemiş, yani bizim bu metin bu ülkelerin anayasalarında var. Bunlar, Avrupa Birliğine girmiş ülkeler ve Bulgaristan'da 2007'de girecek olan ülke, Romanya'da benzer.

Biz tabii bununla bir adım atıldığını düşünüyoruz. Bu konu, komisyonumuzda epeyce tartışıldı, yani denildi ki, "acaba bütün milletlerarası andlaşmalar için mi konulsun?" Daha önceki bahsedilen metin de önümüzdeydi, ama Anayasa'nın 6. madde çerçevesinde bunun şu aşamada çok doğru olmayacağı, oradan başlamak gerektiği şeklinde bir kanaate vardık;

BURHAN
KUZU'NUN
KONUŞMASI

doğru-yanlış, ama öyle olduğunu düşündük. Komisyonunda, “birinci aşamada insan hakları alanına öncelik vererek şu tartışmayı bir miktar olsun çözelim” görüşü hâkim oldu.

Burada söylenen bir mesele var, o da şu: “İnsan haklarına ilişkin milletlerarası andlaşmalar diyoruz; acaba bunlar hangileri?” denildi. “Bunları sayma yoluna gidelim” görüşü ağır bastı önce, hep bunları düşündük, önerge de verildi. Ancak bakın, mesela o da şöyleydi: Birleşmiş Milletler çerçevesinde yapılmış olan andlaşmalar, AGİT çerçevesinde, ILO çerçevesinde yapılmış olan andlaşmalar, Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği çerçevesinde yapılan andlaşmalar, bunları sayarak, “bu çerçevede ise diyelim” şeklinde bir ilave düşünüldü. Buna da sonradan Komisyon çoğunluğu karşı çıktı; çünkü bu şekilde bir yaklaşımın da bazı belgelerin unutulması sonucunu doğurabileceği ve bundan sonraki çıkacak insan haklarıyla ilgili birtakım yeni belgeleri nasıl buraya ilave etmemiz gerektiğini tekrar sayma yönteminin de hoş olmayacağı, en azından teknik bakımdan ve dünyada da bunun örneğine pek rastlamadım, elimdeki metinlerde bu tür düzenleme yapan ülkelerde pek yok. Dolayısıyla o noktada mevcut metnin daha uygun olacağını düşündük.

İkinci bir konu, “mahkemeler arasındaki uyuşmazlıklar çıkarsa, farklı uygulamalar olursa, bunlar nasıl çözülecek, bunun için acaba Anayasa Mahkemesi’ne yetki vermek suretiyle bir ön denetim mi yapılınsın?” şeklinde bir yol da konuşuldu orada. “Bu da olur” denildi, ama tabii iki sebepten olmadı: Bir bu ön denetim meselesi malum, bizim Anayasa sistemimizde yok, ilave etmemiz gerekecek. Bir de Anayasa’nın bilindiği gibi 1/3’lük teklifle gelmesi gerekiyor, elimizdeki teminde o da yoktu, yani o an onu yapamazdık, yazılı kanunlar gibi önergeyle yapılamıyor bu. Ancak ilgili bakanımız, o gün Sayın Cemil Çiçek’in verdiği ifadelerde, metinlerde, Danıştay ve Yargıtay’ın uygulamalarıyla bunların çözebileceğini, kendi üst mahkeme olmak suretiyle; fakat tekrar ediyoruz: Bu konuda nihayet yeni başlangıçtır; gerçek anlamda böyle bir sorun çıkarsa, Anayasa Mahkemesi’nin zorunlu olduğu sonucuna varılırsa, belki daha ihtisas anlamında, bunu da biz önümüzdeki dönemlerdeki Anayasa

değişikliği çerçevesinde ele alırız, yani çok zor bir mesele değil. Mesele, buradaki problemi çözebilecek yeni birtakım tekliflerde bulunabilelim.

BURHAN
KUZU'NUN
KONUŞMASI

Bir de şu ilave edildi: Milletlerarası andlaşmalar hangileri, yani demin saydık; genelde onlar zaten, *"işte 2 ya da 3 taraflı olursa ne olacak?"* Tabii milletlerarası andlaşmalar biliyorsunuz, insan hakları belgeleri, daha çok çok taraflı bilinen belgelerdir. O yüzden de bence bu eleştiriyi de doğru bulmuyoruz.

Netice itibariyle gelinen bu kazanımı bence iyi niyetle değerlendirmem iz ve o çerçevede eğer söylediğim şekilde bir eksiklik varsa, bu anlamda uygulamada birtakım güçlükler çıkacak durumda görülürse, bunlar zaten bugünkü tartışmalarda meydana çıkacak ve biz, o çerçevede yeni değişiklikler yapabiliriz, yani bu aşamada ben bunun doğru olduğunu düşünüyorum. Sayın Özak'un belirttiği şekilde, bu biçimsel bir hüküm filan değil bana sorarsanız; konuşmasının belli bir bölümüne katılıyorum, ama ... Tabii ki şekli yanı olan bir hükümdür, ama özü olan bir hüküm olarak bunu görüyorum.

"Sözleşmeler özensiz olarak mecliste görüşülüyor." Bu doğrudur. Tabii bunun sebebi, bugün olan bir şey de değil. Yani bilim adamlığımız yanında bir tarafımız siyasetçi olunca, azıcık buna da değinmemiz gerekiyor. Bu bizim başlattığımız bir uygulama değil, yıllardan beri bu yanlış devam ediyor. Bunun sebebi, milletlerarası andlaşmalar onaylanmış, uygulamaya geçmiş, zaten devam ediyor, belki arada uzun da bir süre geçmiş, bize yeni geliyor ve *"kurulmuş düzeni bozmayalım, nemize lazım"* bir anlamda, *"evet"* deyip geçiyorsunuz. Zaten milletlerarası alanda aksine *"hayır"* deme durumunda çıkacak durumu da biliyorsunuz, Anayasa Mahkemesi'nin bile uygun bulan yasayı iptal etmek gibi durumda ne sıkıntı çektiğini hepimiz biliyoruz; çünkü onun da yansıması olacak.

Yalnız burada bir şey var: Milletlerarası andlaşmalar açık oylamaya tabi olduğu için, en azından 184 üyenin bari orada bulunması gibi, 134 gibi bir kabulde en azından, diğer yasalar bazen daha da az da kabul edildiği görülüyor. Orada başkanlar

BURHAN
KUZU'NUN
KONUŞMASI

belki saymıyor bunu, ama göz var, nizam var, onu da biz orada arada bir görüyoruz, öyle.

Sonuç olarak Sayın Başkan, idari düzenlemeler ile milletlerarası andlaşma çatışması durumunda da tabii andlaşmayı öne çıkaracağız, o tespit doğrudur. Sayın Bumin'in belirttiği Anayasa şikâyeti yolu getirilirse, zannediyorum bu alanda da önemli ölçüde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne gidişler azalacaktır. Bilindiği gibi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin iptalinden sonra, biz yargılamanın iadesi yolunu da kabul ettik. Dolayısıyla böyle bir gelişme neticesinde mümkün olduğu kadar dışarıya fazla bu işi götürmeden, kendi aramızda çözebilirsek, -yine insan hakları lehine olmak üzere tabii ki, *"konuyu kapatalım"* anlamında söylemiyorum, yanlış anlaşılmasın- yani el-âlem duymadan da biz bu işi kendi aramızda pekala halledebiliriz diye düşünüyorum ve bu konuda Anayasa değişikliği çalışmalarımız olacak. Bunu üst mahkemelerimiz, hiçbir şekilde *"bir çatışma, bizim üstümüzde"* gibi bir yoruma girmesinler. Bu anlamda değil zaten, yani mahkemenin kararını bozma anlamında kesinlikle değil, o konuda gerekirse bir başka toplantı da yaparız.

Sayın Yakış'ın söylediğine de bir açıklık getireyim: Sayın Yakış, cümlesine başlarken, *"Türkiye'yi köşeye sıkıştıran bir düzenleme"* diyerek, bu düzenlemeyi aslında yersiz değil de, eksik bulunduğunu belirtmiş oldu. Yani *"burada yapılan yine doğru da biraz da bir adım daha ..."* Biz o bir adımı bakalım, Avrupa Birliği'nden tarih aldıktan sonra gidiş nasıl olacak, tutumları bize karşı nasıl olacak, bir bakalım, onu görelim, gerekirse onu da yaparız sonuç olarak. Tam üye aldıkları zaman, 10-15 senelik bir süreç var önümüzde, kim öle, kim kala, onu da hallederiz diye söylüyorum.

Herkese saygılarımı sunuyorum, teşekkür ediyorum.
(Buyurun)

Oturum Başkanı: Teşekkür ederim.

Buyurun.

Av. Özdemir ÖZOK: Saygıdeğer konuklar; ben konuşmam sırasında biçimsel derken, bu uluslararası andlaşmaların özellikle Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde incelenirken, şimdi 90. maddenin son cümlesinde son derece önemli bir noktaya geldiğini vurgulayarak, üzerinde hassasiyetle durularak, en az yasalar kadar tartışılarak ve özen gösterilerek duyarlı bir şekilde incelenmesi gerektiğini vurgulamak gerektiğini vurgulamak istedim. Ancak bugünkü uygulama, ben parlamenter olmadım, ama parlamenter olan arkadaşlardan duyduğuma göre, uluslararası andlaşmaların görüşüldüğü oturumlar, bir angarya oturumlar olarak söylendi, bana aktarıldı, ben arkadaşlarımızın yansıtmasını aktarıyorum.

Sayın Kuzu'yla ayrıştığımız ikinci nokta şu: Ben orada yine 90. maddenin son tümcesini hakikaten benimsiyorum, bu şekilde davranılması gerektiğine inanıyorum, bir insan hakları savunucusu olarak bunun yaşama geçmesini istiyorum. Ancak son dönemde Yasama Meclisi'nden çıkan yasaların çoğunluğu, bu 90. maddenin son fıkrasındaki, son tümcesindeki örtüşmeyle katiyen bağdaşmıyor, anayasacı olarak bunu hatırlatmak istedim, yoksa başka bir kastım yoktu.

Teşekkür ederim.

Oturum Başkanı: Teşekkür ederim Sayın Başkan, zannediyorum beyin fırtınasına çok hızlı girdik.

Prof. Dr. Burhan KUZU: Sayın Başkan; Başkanın son cümlesine katılmıyorum, yani o kadar genel, yüzlerce kanun çıkaracağız, son cümle hoş olmadı bana sorarsanız. Yani biz bir taraftan insan haklarını ön plana çıkarmak için hüküm getireceğiz, çıkardığımız kanunlar da ona aykırı olacak, yok böyle bir şey, ona itiraz ediyorum.

Teşekkür ediyorum.

Av. Özdemir ÖZOK: Sayın Başkan, kısmen dedim zaten, kesinlikle bir kasıt veya bir itham yok. Kısmen dedim, ama çıkan yasaları bu 90. maddeyi de bir mercek altına alırsak, bunun böyle olacağını göreceğiz Sayın Başkan.

TARTIŞMA

Oturum Başkanı: Yani daha özenli olması temennisini belirtmiş oldu ki, ona zannediyorum siz de katılıyorsunuz, bunun için uluslararası sözleşmelerin altını çizmişsiniz.

Zaten görüldüğü gibi beyin fırtınası çok erken ve hızlı başladı. Konu gerçekten çok önemli, o derece de karmaşık bir konu. Bugün çok yorulacağız, çok yorulacaksınız, o nedenle çok iyi değerlendirmek durumundayız; sadece biz Ankara’da bulunanlar açısından değil, Ankara dışından gelenlere saygı bakımından, Urfa’dan, Mardin’den, Edirne’den, Türkiye’nin bütün yörelerinden gelen yöneticiler ve hukukçulara da saygı, tabii üniversite mensuplarına da saygı anlamında çok iyi değerlendirmemiz gerekir. Bu nedenle sayın başkanlara, sayın milletvekillerine, sayın basın mensuplarına, lütfen mecbur kalmadıkça bugün hep birlikte akşama kadar beraber olalım ve bu tür konuları özellikle öğleden sonra tartışmaya devam edelim.

Sonraki oturuma başlarken, bilmiyorum, küçük bir mola verelim mi? Bu beyin fırtınasını sürdürmek bakımından isterseniz şöyle yapalım: Kürsü yerini alıncaya kadar çıkıp girmek isteyenler onu da yapabilir, çünkü “çıkın” dersek, o zaman toparlamak zor olur. Bir 5 dakikalık ara veriyoruz, ama lütfen dağılmayalım; çünkü konu çok önemli, bugün çok önemli bir gün.

Teşekkür ederim.

İKİNCİ OTURUM
“BİLDİRİ ve YORUMLAR”

Oturum Başkanı

Av. Atilla SAV (TBB Önceki Başkanı, TBMM

Anayasa Komisyonu Eski Başkanı)

Oturum Başkanı: Yüksek yargımızın değerli başkanları, TBMM üyeleri, değerli bilim adamları, akademisyenler ile yargımızın uygulayıcıları, değerli yargıçlar, savcılar ve avukat meslektaşlarım ve basının değerli temsilcileri; konumuzun ikinci oturumunu açıyorum.

Gerçi tartışmacılarımızın bir kısmı dışarıdalar, ama bize ayrılan sürenin zaten şimdiden yarım saatini harcamış bulunuyoruz. Oysa konunun önemi, kapsamı ve boyutları, biraz önce yapılan birinci oturumda, açılış oturumunda değerli başkanlarca enine boyuna saptandı. Gerçekten çok önemli, çok tartışılmaya açık bir konuyu ele almış bulunuyoruz.

Bana verilen yönergede, iki bildiri sunucusu değerli akademisyene 20'şer dakika, 6 yorumcuya 10'ar dakika süre ayrılması önerilmişti. Ama bu değerlendirmeler dahi 100 dakika tutuyor. Şimdiden saat 13.00'e kadar 75 dakikamız olduğunu düşünürsek, bazı çevrelerin, bazı odakların özveride bulunması gerekecek. Artık bu konuşmacılar mı olur, yorumcular mı olur, yoksa dinleyiciler mi olur, onun takdirini konuşmaların devamına bırakıyorum.

Değerli dinleyenler; konumuz belli, bu konuda bildiri sunmak üzere iki değerli bilim adamı; Prof. Dr. Mesut Gülmez ve Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu sunuşlarını yapacaklar. Prof. Dr. Mesut Gülmez, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Öğretim Üyesi. Konuya önce işçi hakları, sendikal haklardan girerek, giderek daha kapsamlı bir alanda çalışmalarını geliştirmiş bir bilim adamımız. Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu da Anayasa hukuku ve insan hakları alanında Galatasaray Üniversitesi'nde ders veriyor, bir öğretim üyesi, değerli bilgilerinden, birikimlerinden ve deneyimlerinden yararlanacağız.

İlk sözü, benim elimdeki çizelgede olduğu gibi, Prof. Dr. Mesut Gülmez'e veriyorum.

MESUT
GÜLMEZ'İN
KONUŞMASI

Prof. Dr. Mesut Gülmez (TODAİE): Bildirimde, Mayıs 2004'te 90. maddenin son fıkrasına eklenen yeni üçüncü cümleyi ele almadan, konuya Giriş olmak üzere, önce kısaca "insan haklarının uluslararasılaşması" sürecine değinmek istiyorum. Bundan sonra, tartışacağımız madde 90/son fıkra kuralının Mayıs 2004 öncesindeki ilk iki cümlesini olabildiğinde kısa tutarak ve buna karşılık, yirmi beş sözcüklü yeni cümleyi daha ayrıntılı biçimde ele alarak¹ irdelemeye çalışacağım.

Dolayısıyla, öğretinin ve başta Anayasa Mahkemesi olmak üzere yüksek yargı yerlerimizin yaklaşımı ile karşılaştırmalı hukuktaki duruma yer vermediğim bildiriye, konuyu şu üç ana başlık çerçevesinde incelemeye çalışacağım:

- İnsan haklarının uluslararasılaşması ve uluslararası insan hakları hukukunun ulusal hukuk düzenlerine girmesi;
- Türkiye'de, uluslararası hukukun iç hukukla bütünleştirilmesi sorununun düzenlenmesi, yani madde 90/son fıkranın ilk cümlesi ve ayrıca, ikinci cümlelerin, kurallar sıralaması açısından anlamı;
- Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına eklenen yeni üçüncü cümlelerin anlam ve etkisi, getirdiği yeni görev ve sorumluluklar.

¹ Bildirinin, 90. maddenin son fıkrasına eklenen yeni cümlesindeki çatışma kuralına ilişkin görüşlerimi, daha önce yayımlanan şu makalemde açıklamıştım: "Anayasa Değişikliği Sonrasında, İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 54, Eylül/Ekim 2004, s. 147-161; Ayrıca bkz., Ali Karagülmez, "5170 Sayılı Yasa'yla Anayasa'nın 90. Maddesinde Yapılan Değişikliğe Bir Bakış", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 54, Eylül/Ekim 2004, s. 163-177; İbrahim Şahbaz, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 54, Eylül/Ekim 2004, s. 178-216; İbrahim Ö. Kaboğlu, "Hukuka Yeni Düzenleme" *Radikal*, 26 Temmuz 2004 (http://www.radikal.com.tr/yazici.php?haberno=26/07/2004&yollayan_sayfa=http...).

I. Giriş

İnsan Hakları Hukukunun Uluslararasılaşması: Evrim, İkinci Kuşak İnsan Haklarından Başlamıştır

MESUT
GÜLMEZ'İN
KONUŞMASI

Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına eklenen yirmibeş sözcüklü yeni üçüncü cümleyi ve daha genel bir çerçevede, bu cümleyi de kapsayan söz konusu fıkranın üç cümlesini ele almadan önce, hukukun, daha doğrusu insan hakları hukukunun "uluslararasılaşması" üzerinde durmanın, bu alandaki başlıca kilometre taşlarını anımsamanın yararlı olacağını düşünüyorum. Birinci Dünya Savaşı sonrasında başlayan bu evrimin, İkinci Dünya Savaşı sonrasında "genelleşerek" sürdüğüne örnekleriyle değindikten sonra, gelişimini hala sürdüren uluslararası insan hakları hukukunun etki ve bağlayıcılık yönlerinden ulusal hukuk düzenleri karşısındaki konumu sorununa değinmenin, bu bağlamda ülkemizdeki anayasal düzenlemelere ve yapılan tartışmalara kısaca yer vermenin, özel olarak da son düzenlemenin getirdiği yenilikler ile yetersiz ve tartışmaya açık yönlerinden söz etmenin uygun bir çerçeve olacağı kanısındayım.

İnsan hakları alanında "uluslararasılaşma", akşamdan sabaha, kolay ve tepkisiz gerçekleşmemiştir. Başka bir anlatımla, devlet-yurttaş arasındaki ilişkilerin düzenlenmesini iç (ulusal) hukukun tekeline bırakan, bireyi uluslararası hukukun "özne"si değil "konu"su sayan, kısacası uluslararası hukukun -deyim yerindeyse- iç hukuka "bulaştırılmasına" karşı çıkan "geleneksel uluslararası hukuk anlayışı" nı aşmak hiç de kolay olmamış, ancak birçok etkenin bileşimiyle, zamanla ve evrimci bir yaklaşımla sağlanabilmiştir.

İnsan Hakları Sosyal Hukuku alanında uluslararasılaşmayı kurulduğu 1919 yılında başlatan Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (UÇÖ) neredeyse yüzyıla yaklaşan kuruluş süreci içinde, ünlü klasik uluslararası hukuk uzmanı G. Rolin - Jaequemyns, 1890' da yayımlanan bir yazısında, şu görüşü savunuyordu: "Çalışmanın düzenlenmesi sorunu, ancak ve yalnız her (ulusal) yasa koyucunun yetkisine girer ve uluslararası hukuk alanına yabancıdır." Bu uzman, tepkisine "ideolojik" bir yaklaşım da vererek, sosyalizmi

MESUT
GÜLMEZ'İN
KONUŞMASI

uluslararası çalışma normları ile özdeş yada bir tutarak, “sosyallizmin uluslararası hukuka girmesi”ne açıkça karşı çıkıyordu.²

Ne var ki, birbirini izleyen düşünsel ve eylemsel evrim kesintilere uğrasa da, 1919’da ilk “kısmi” aşamasını tamamlamış ve UÇÖ, üyesi olan “ulus devletler” için çalışma ve sosyal politika konularında uluslararası kurallar üretme yetkisi bulunan bir kuruluş olarak doğmuştur. Böylece, insan haklarının uluslararasılaşması süreci, insan haklarının genel evrim sürecindeki sırasını beklemeksizin, önce sosyal haklardan başlamıştır. Bu sürecin, hem kurallar üretme, hem de koruma ve denetim boyutlarının bulunduğu, UÇÖ’nün her iki yönden insan hakları kuralları üretme ve koruma çabalarının öncüsü bir kuruluş olduğunun altını özellikle çizmek isterim.

UÇÖ ile, gerek üretilen kuralların konusu (ratione materiae) gerekse korunan kişi kesimleri (persone materiae) yönlerinden “sınırlı” olmak üzere başlayan uluslararasılaşma süreci, Birleşmiş Milletler Örgütü’nün (BMÖ) kurulmasıyla, belirttiğim iki boyutuyla eşzamanlı olarak “genelleşmiştir.” BM Anayasasının çeşitli maddelerinde, hem Örgütü hem de üye devletleri “ayrı ayrı” ve “birlikte” bağlamak üzere yer alan “insan haklarına evrensel ve eylemsel saygı gösterme” ilkesi, insan hakları hukukunun belirli konular ve kişi kesimleri ile sınırlı olmaksızın uluslararasılaşmasını başlatan, yazılı insan hakları hukuku alanında yeni bir sayfa açan ikinci kilometre taşı sayılabilir. Ardından, bilindiği gibi, 1948’de İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve izleyen yıllarda da belirli konu yada kesimleri korumaya yada böyle bir ayırım gözetmeksizin tüm insanları (herkesi) korumaya yönelik sözleşmeler gelmiştir. “Evrensel” ölçekli bu yazılı hukuku oluşturma ve dolayısıyla uluslararasılaşma süreci, Evrensel Bildirge’nin kabul edilmesini izleyen yıllarda “bölgesel” ölçeklerde de başlamış ve sürmüştür.

² Alexandre Berestein, “Le développement et la portée des droits économiques et sociaux” (premiere partie), Travail et société, vol. 7, no: 3, juillet-septembre 1982, s. 311-328. Uluslararasılaşma süreci konusunda daha geniş bilgi için, örneğin bkz., Mesut Gülmez, Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara Mayıs 2004, s. 20 vd.

İnsan hakları yazılı hukukunun UÇÖ'nün kuruluşundan 2004'e uzanan 85 ve BM'nin kuruluşundan 2004'e uzanan 59 yıllık evrimi, "olması gereken" kurallar niteliği taşıyan insan haklarını "olan" kurallara dönüştürmüş; soyut düşünce ve ilkelere, gözle görülüp elle tutulan, yani belgelerde okunabilen, ihlal edildiği zaman da -büyük bir çoğunluğu yargısal nitelik taşımayan- koruma ve denetim yollarına başvurabilen "somut" kurallar özelliği kazandırmıştır. Birkaç cümleyle özetlemeye çalışayım: Artık birey, uluslararası insan hakları hukukunun "konusu" değil "öznesi"dir. Bireyin devleti önceleyerek doğuştan öznesi olduğu düşünülen ve söylenen hakları, uluslararası hukukça güvenceye bağlanmıştır, ihlalcı devlete karşı hak arama yolları vardır. Üstelik bireyin hakkını araması, kimi koruma ve denetim sistemlerinde, yalnızca yurttaşı olduğu devletin sözleşmeye taraf olmasına yada onaya ek olarak yetki bildiriminde bulunmasına bağlı değildir. Ulusal devletler, bu koşulların yerine getirilmesine gerek kalmaksızın, aynı zamanda "üye devlet" olarak da, özgür istençleriyle katıldıkları uluslararası kuruluşların (örneğin; BM, UÇÖ ve UNESCO'nun) kurucu belgelerinde yer alan "insan haklarına evrensel ve eylemsel saygı gösterme" yükümlülükleri gereğince de sorgulanıp denetlenebilir ve denetlenmektedirler. Özellikle, onay işleminden bağımsız biçimde işleyen ve UÇÖ'nün 1950'li yılların başında başlattığı ve BM'nin de, çeyrek yüzyıllık bir duraksamadan sonra ikinci binyılın son çeyreğinde giderek yaygınlaştırdığı "üye devlet" temelinde dayalı "sözleşme-dışı" olarak da adlandırılan koruma ve denetim yöntemleri, uluslararası korumayı sivilleştirilmiş ve bireyin hak özneliğini devletin siyasal iradesinden bağımsız olarak güvenceye bağlamıştır.³ Hukuksal yaptırımları yönünden yetersiz olan ve insan haklarının uluslararası korunmasının evriminde yeni bir kilometre taşı oluşturan bu yöntemler, korumayı "uluslararasılık"tan "ulusal üstülük"e taşımıştır.

Bu nederle, devletin insan hakları alanındaki yükümlülüğünü tartışırken, yalnızca onaydan doğan yükümlülükler boyutunu göz önüne almamak gerekir. Daha açık bir deyişle,

³ Mesut Gülmez, a.g.y., s. 407 vd.

MESUT
GÜLMEZ'İN
KONUŞMASI

90. maddenin son fıkrasında öngörülen onay koşullu ve “*taraf devlet*” dayanaklı yükümlülükler dışında, onay koşulsuz ve “*üye devlet*” temelli yükümlülükler de bulunduğunu unutmamak, “*yargısal*” nitelik taşımamış olmaları (yani eksik yaptırımlı olmaları) nedeniyle bu yükümlülükleri denetleyen koruma yöntemlerini küçümsememek gerekir. “*İnsan haklarına saygılı ve dayalı*” bir devlet, başka türlü düşünemez ve davranamaz; kendi özgür istenciyle üyesi olduğu uluslararası kuruluşun anayasasından doğan yükümlülüğünü yerine getirmek için etkili “*yargısal*” denetim organlarının karar vermesini bekleyen bir yaklaşım içinde olamaz.

Ancak ne yazık ki, devletler, uluslararası yazılı insan hakları hukukunu kendi istençleriyle oluşturmuş olsalar da, yükümlülüklerini yerine getirmek için “*hukuksal*” bağlayıcılık içeren, uluslararası hukuku iç hukuklarıyla bütünleştiren ulusal düzenlemeler yapılmasını gerekli görmüşlerdir. Daha açık bir deyişle, uluslar ya da ulusal “*üstü*” olmayıp uluslar “*arası*” olan hukuku iç hukukun parçasına dönüştüren kurallar bulunmadıkça, yükümlülüklerini yerine getirmek zorunda olmadıklarını düşünmüşlerdir. “*Ulusal üstü*” olmadığı için, uluslararası hukuk açısından yürürlüğe girer girmez iç hukuk üzerinde kendiliğinden “*doğrudan*” bir etki yaratmayan ve iç hukuka üstün tutulmayan uluslararası insan hakları hukukunu, onun başlıca kaynağını oluşturan sözleşmeleri “*ulusal*” işlemlerle (Anayasa’da yapılan bir düzenlemeyle) iç hukuklarıyla bütünleştirmişlerdir.

Bu konuda, uluslararası hukuk ve ulusalüstü hukuk kavramlarının eşanlamlı olmadığını, birbirinin yerine kullanılmaması gerektiğini belirtmek istiyorum. Uluslararası bir antlaşmanın Anayasa’yla yapılan düzenlemeyle “*ulusal üstü*” nitelik kazanması olanaklıdır. Ancak uluslararası antlaşmaları iç hukukla bütünleştiren anayasal düzenleme kurallar sıralamasındaki yeri konusunu boş bırakmışsa, bu sorunun çözümü yorumlara ve yargı kararlarına bırakılmış demektir. Oysa ulusal üstü hukuk, bu gibi iç hukukla bütünleştirme düzenlemelerine gerek kalmaksızın, Avrupa Birliği hukukunda

olduğu gibi, üye devletlerin ulusal hukuku üzerinde doğrudan etkide bulunan ve tüm yetkilerin ve yargı yerlerinin doğrudan uygulaması gereken hukuktur. Uluslar üstü olma özelliğini "sonradan" değil "önceden" ve kendiliğinden kazanan ve kural- lar sıralamasının en üstünde yer alan hukuktur. Bu anlamda, sözleşme-dışı koruma yöntemleri ayırık tutulmak kaydıyla, BM'nin insan hakları sözleşmeleri ile AK sözleşmeleri ve yakınmalara dayalı özel denetim yöntemi ayırık tutulmak üzere UÇÖ sözleşmeleri "ulusal üstü" değildir. Çünkü bu kuruluşla- rın ilgili ana organları "ulusal üstü" değil "uluslararası" kurallar üretme yetkisiyle donatılmışlardır ve AB'de olduğu gibi, AB hukukunun ulusalüstü olduğunu içtihatlarıyla ortaya koyan birer yargı organı (ATAD) yoktur. AK çerçevesinde İHAS'la kurulan İHAM da, *ulusal üstü* değil ulusal yargı yerlerini "ta- mamlayıcı" bir organdır.

II. İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukukta Etkisi ve Bağlayıcılığı: 2004 Değişikliği Öncesinde Madde 90

Anayasa'nın 90. maddesinde ve özellikle son fıkrasında yapılan, onaylanmış insan hakları sözleşmelerinin iç hukukta etkisi ve bağlayıcılığı konusundaki son düzenlemeyi ele al- madan önce, "temel hak ve özgürlüklere ilişkin olmayan" usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmalar için geçer- liliğini sürdüren ilk iki cümle üzerindeki görüşlerimi iletmek istiyorum.

Dolayısıyla, önce Mayıs 2004 değişikliği öncesindeki dü- zenlemeyi ele alıp tartışacağım. Bu nedenle de önce, anlam ve içeriği konusunda görüş birliğine varılamayan madde 90/son fıkra kuralının, her birini sırasıyla ve ayrı ayrı ele alacağım iki cümlelik düzenlemesini aktarmak ve anımsatmak istiyorum:

"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz."

1. İç Hukukta Usulüne Göre Yürürlüğe Koyma İşlemleri

Anayasa'nın insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmeleri ulusal hukukla bütünleştirmek için öngördüğü iki işlem, “*uygun bulma yasası*” çıkarılması ile “*onay ve Resmi Gazetede yayımlama*”dır.⁴ Birincisi yasamanın, ikincisi de yürütmenin yetkisindedir. İlk fıkrasında, antlaşmaların onaylanmasını uygun bulma yasası çıkarma koşuluna bağlı tutan 90. madde, farklı uluslararası antlaşmaları gözönüne alıp istisnalar koyarak, bu konuyu düzenlemiştir.

Bu düzenleme yapılırken, başkaca bir işleme gerek kalmaksızın ulusal hukuk üzerinde kendiliğinden ve doğrudan doğruya etki gücü bulunmayan –yani ulusal üstü olmayan– uluslararası sözleşmelerin iç hukukla bütünleştirilmesinin yanı sıra, aynı zamanda bu sözleşmelerin ulusal hukuk düzenini oluşturan kurallar sıralamasının neresinde olduğu da açıkça belirtilebilir yada, ülkemizde olduğu gibi, sorun bu yönüyle ortada, uzman ve uygulayıcıların farklı yorumlarına açık bırakılır. Bu ürkek yada sakıncılı yaklaşımın sonucu ise, bilimsel, yargısal ve siyasal çevrelerde bitmez tükenmez tartışmalar olmuştur.

“*Milletlerarası andlaşmaları uygun bulma*” başlıklı 90. madde, Anayasa'nın “*Cumhuriyetin Temel Organları*” başlıklı üçüncü kısmının “*Yasama*” başlıklı birinci Bölümündeki “*Türkiye Büyük Millet Meclisinin Görev ve Yetkileri*” başlıklı ikinci alt başlığında yer almıştır. Dolayısıyla, salt başlığına bakıldığı zaman, ulusla-

⁴ Anayasa'nın, uygun bulma yasası çıkarılması koşulunu aramadığı ve salt “*yayımlama*” ile yürürlüğe konulabilmesine olanak tanıdığı antlaşmalar da vardır (m. 90/2 ve 3). İnsan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalar ne salt yayımlama, ne de salt uygun bulma yasası çıkarılarak onaylanıp “*usulüne göre yürürlüğe konulabilir*”. Önemle belirteyim ki, çoğu zaman, hatta yargı kararlarında da örneklerine rastlandığı gibi, “*usulüne göre yürürlüğe konulmuş olma*” anlamında olmak üzere “*imza*” ya da “*uygun bulma yasasının kabul*” edildiğinin belirtilmesiyle yetinilmektedir. Oysa, insan hakları sözleşmeleri, yalnızca üç maddeden ibaret olan uygun bulma yasasının *Resmi Gazete'* de yayımlanmasıyla ne iç hukuk ne de uluslararası hukuk açısından yürürlüğe girer. Kavramların, anlamların ve içeriklerine uygun olarak yerinde kullanılması, öncelikle hukukçuların ve yargı yerlerinin özen göstermesi gereken bir noktadır.

rarası antlaşmaları iç hukukla bütünleştirmenin yalnızca birinci işleminden söz edildiği görülür yada sanılabilir. TBMM'nin "onaylamayı bir kanunla uygun bulması", onayın ilk işlemidir, önkoşuludur. Anayasa, bu yetkiyi TBMM'ye tanıdığını, 87. maddesinde de, daha önce, belirtmiştir. Onay, uygun bulma yasasının çıkarılması dışında, başka bir yetkili organın da işlemi gerektirmektedir ve bu ikinci işlem de, birincisinden sonra gerçekleştirilebilecektir.

90. maddenin 1. fıkrasındaki "Türkiye Cumhuriyeti adına (...) milletlerarası kuruluşlarla yapılan andlaşmalar" sözleri, kanımca uluslararası antlaşmalar için doğru bir anlatım değildir. Yabancı devletlerle yapılacak antlaşmalar, Türkiye Cumhuriyeti adına yapılabilir. Ancak "milletlerarası kuruluşlarca yapılan andlaşmalar", Türkiye Cumhuriyeti adına değil tüm devletler, daha doğrusu uluslararası kuruluş adına yapılır. Kuruluşun üyesi olduğu için Türkiye'nin de yetkili bir temsilcisi, "Türkiye Cumhuriyeti adına" antlaşmayı kabul eden uluslararası kuruluşun yetkili organında yer alır. Bu, uluslararası antlaşmanın Türkiye Cumhuriyeti adına yapılması sonucunu doğurmaz. Antlaşma, tüm üye ve taraf devletleri yükümlülük altına sokan uluslararası bir belgedir.

Bu anlatım bozukluğunun "milletlerarası kuruluşlarca yapılan andlaşmalar" biçiminde düzeltilmesi gerektiğini belirttikten sonra, ilk fıkra uyarınca onaylama işleminin bir uygun bulma yasasının çıkarılmasıyla başlaması gerektiğini bir kez daha yineleyelim. 2 ve 3. fıkralarda, kimi özellikleri bulunan antlaşmalar için onayı uygun bulma yasası çıkarma koşulunun gerekli olmadığı belirtilmiştir. 4. fıkra ise, uygun bulma yasası çıkarılmasını "Türk kanunlarında değişiklik getiren her türlü andlaşma" için zorunlu tutmuş ve 1. fıkradaki kurala geri dönmüştür. 5. ve son fıkrada, 1. fıkradaki "onaylama" terimi dışında "usulüne göre yürürlüğe koyma" terimi kullanılmıştır. Bunun tanımı yapılmamıştır. Ancak, gerek 90. maddeden, gerekse Cumhurbaşkanı'nın "görev ve yetkileri"ni düzenleyen 104. maddeden, onay işleminin Anayasa anlamındaki tanımına ulaşmak olanaklıdır. Cumhurbaşkanı'nın "yürütme alanına

MESUT
GÜLMEZ'İN
KONUŞMASI

ilişkin" görev ve yetkilerinden biri, "milletlerarası andlaşmaları onaylamak ve yayımlamak"tır. Demek ki, onay, Cumhurbaşkanı'nın yapacağı bir işlemdir. Ancak Cumhurbaşkanı onay yetkisini, 90. maddenin öngördüğü uygun bulma yasası koşullunun yerine getirilmesinden sonra kullanabilecektir. İşte bu iki işlem, Anayasa anlamında "usulüne göre yürürlüğe koyma"yı gerçekleştirmektedir.

1963 yılında çıkarılan 244 sayılı yasa,⁵ o dönemde de 1961 Anayasası'nın Cumhurbaşkanı'na tanıdığı "onay ve yayımlama" yetkisini Bakanlar Kurulu'yla birlikte kullanmasını öngörmüştür. Dolayısıyla, kırk yılı aşkın bir süredir, uluslararası antlaşmaları usulüne göre yürürlüğe koymanın ikinci işlemi bu yasaya göre gerçekleştirilmektedir.

2. Birinci Cümle: "Kanun Hükmünde" Sayılmanın Anlamı

2004 Mayısında eklenen yeni üçüncü cümlesini de gözönüne alarak, 90. maddenin son fıkra kuralını, üç cümlesiyle yapılan düzenlemeyi, öncelikle "kanun hükmündedir" sözcüklerinden başlayarak irdelemeye çalışalım.

"Kanun hükmünde" sayılan antlaşmalar, "usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar"dır. Daha açık bir deyişle, TBMM'nin uygun bulma yasası çıkardığı ve Cumhurbaşkanı'nın da (Bakanlar Kurulu ile birlikte) onayladığı ve yayımladığı antlaşmalar "kanun hükmündedir." Ulus adına egemenliği kullanan yetkili organlardan ikisinin (yasama ve yürütmenin) işlemleriyle gerçekleşen onayın iç hukuk üzerindeki etkisi, daha doğru bir anlatımla, antlaşmaların iç hukuka katılması ve iç hukukla bütünleştirilmesi, "kanun hükmündedir" sözleriyle belirtilmiştir. Antlaşma, "ulusal üstü" olmadığı ve uluslararası olduğu için, iç hukukla bütünleştirilmesini sağla-

⁵ 31 Mayıs 1963 tarihinde kabul edilen 244 sayılı "Milletlerarası Andlaşmaların Yapılması, Yürürlüğü ve Yayınlanması İle İlgili Bazı Andlaşmaların Yapılması İçin Bakanlar Kuruluna Yetki Verilmesi Hakkında Kanun" için bkz., *Resmî Gazete*, 11 Haziran 1963, S. 11425, s. 1-2.

yan bir düzenlemenin yapılması zorunludur. Anayasa bunu, “*kanun hükmündedir*” diyerek gerçekleştirmiştir. Dolayısıyla birinci cümlenin amacı ve işlevi, uluslararası hukukun parçası olan bir antlaşmayı ulusal hukukun parçasına dönüştürmek, ulusal yargı yerlerinin ve kamu yetkililerinin ulusal hukuka katılan bu antlaşmaları uygulamasını sağlamaktır. Bunun da, “*monist*” (tekçi, birici) yaklaşımın benimsenmesi anlamına geldiğini biliyoruz. “*Benzetmede hata olmaz*” özdeyişinden yararlanarak, “*kanun hükmündedir*” sözlerinin işlevinin, uluslararası antlaşmanın “*Kapıkule’den içeri girmesini sağlama*” ve sonucunun da, evlilik kurumunun açıklanmasında başvuru olan “*1+1=1*” formülünde olduğu gibi, iki ayrı hukuk düzenini tek bir hukuk düzeni olarak birleştirip bütünleştirmektir.

MESUT
GÜLMEZ’İN
KONUŞMASI

Ben, 1988 yılında yayımlanan bir makalemde, “*kanun hükmündedir*” in şöyle anlaşılması gerektiğini yazmıştım: “... uluslararası andlaşmaların kurallar sıralamasındaki yerinin belirlenmesine değil hukuksal değerinin ve bağlayıcılığının gösterilmesine yönelik olduğunun düşündüğümüz ‘*kanun hükmünde*’ sözcüklerini, uluslararası hukuk ile ulusal hukuk kurallarının eşdeğer olduğu biçiminde yorumlamamak, koşulları yerine getirilerek yürürlüğe konulmuş bir uluslararası Sözleşmenin, ulusal yasalar gibi yürütme ve yargı için bağlayıcı nitelik taşıdığı yolunda değerlendirmek daha doğrudur.”⁶

Ne var ki “*kanun hükmündedir*” sözleri, öğretilerde, kimi zaman “*hükmündedir*” sözcüğünün eş anlamlısıymışçasına başka sözcükler kullanılarak farklı, kanımca yanlış yorumlanmıştır. Dolayısıyla, öncelikle bu sözlerin anlamı üzerinde uzlaşmak gerekir. Bu uzlaşma, yani “*kanun hükmündedir*” konusunda ortak anlayış, üçüncü cümlenin eklenmesinden sonra da gereklidir. Çünkü temel hak ve özgürlüklere ilişkin olmayan uluslararası

⁶ Mesut Gülmez, “Sözleşmeli Personel, Anayasa ve Uluslararası Kurallar”, *Anıme İdaresi Dergisi*, Cilt 21, S. 4, Aralık 1988, s. 41. 1996’da da, “Kanun hükmünde sözcükleri, koşulları yerine getirilerek yürürlüğe konulmuş bir uluslararası sözleşmenin, ulusal yasalar gibi yürütme ve yargı için bağlayıcı nitelik taşıdığı ve doğrudan doğruya uygulanması gerektiği biçiminde anlaşılmalıdır” diyerek, öğretinin üzerinde durmadığı bu görüşümü yinelemiş, “tekçi” yaklaşımın benimsenmesiyle ilgili olduğunu savunmuşum. Bkz., Mesut Gülmez, *Dünyada Memurlar ve Sendikal Haklar*, TODAİE Yayını, Ankara 1996, s. 217.

MESUT
GÜLMEZ'İN
KONUŞMASI

antlaşmalar için bu yeni ekleme uygulanmayacaktır. “Kanun hükmündedir” sözlerini, “kanun seviyesindedir”, “kanun gibidir”, “kanuna eşdeğerdir”, kısacası “kanundur” biçiminde yorumladıktan sonra, Anayasa’nın açıkça düzenlemediği çatışma sorununa çözüm bulmak kolay olmuştur. Bu görüşün mantıksal gereği ve uzantısı olarak “ulusal” kanunlar arasındaki çatışmaya uygulanan yorum kuralları geçerli sayılınca, onaylanan antlaşmanın kurallar sıralamasındaki yerini belirlemeye yönelik çözüm de kendiliğinden ortaya çıkmıştır.

Oysa, bu yaklaşımın hukuksal geçersizliği açıktır, ortadadır. Bir kez, eğer antlaşmaları onayladıktan sonra, “kanun” sayıyorsanız, doğal olarak kanunlarda yaptığınız değişiklikleri antlaşmalarda da yapabilmemiz gerekir. Oysa, onaylayarak Türkçe ve İngilizce’sini *Resmi Gazete*’de yayımladığınız antlaşmaların değil sözcüklerine, virgülüne bile dokunamazsınız. Onun yetkili organı, ulusal yasa koyucular değil, ulusların yetkili temsilcilerinden oluşan uluslararası organlardır. 87. maddenin TBMM’ye tanıdığı “kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak” yetkileri, onaylanan uluslararası antlaşmalar için kullanılamaz.

“Kanun hükmündedir”i, “kanun düzeyindedir” biçiminde anlamak ve yorumlamak, başından beri yanlış olmuştur. Uluslararası antlaşmayı iç hukuka katma, onun parçasına dönüştürme amacı taşıyan bir düzenleme, amacı ötesinde yorumlanmıştır. Böyle yorumlanırken de, aslında geri plandaki amaç, insan hakları ile ilgili olanları da kapsamak üzere tüm uluslararası antlaşmaları bir tutup onlara yasaların ve giderek Anayasa’nın da üstünde bir yer ayrılmasına karşı çıkmaktır. Böyle bir sonuca varmak için “kanun hükmündedir” düzenlemesi, Anayasa’daki boşluk nedeniyle amacı ve işlevi ötesinde yorumlanmıştır.

Çatışan “yasa-yasa” ilişkisinde uygulanan yorum kurallarının tüm anlam, içerik ve sonuçlarıyla geçerli olduğu düşünüldüğü zaman, yasa düzeyine indirgenen antlaşmaların da ulusal yasalar gibi yasa koyucu tarafından istediği zaman ve istediği gibi değiştirilebilmesini kabul etmek gerekir. Oysa bu olanaksızdır, düşünülemez bile. Yani, “kanun hükmünde” sayı-

lan uluslararası antlaşma-yasa çatışmasına uygulanabileceği ileri sürülen yorum kuralı, aslında bu çatışmaya uygulanamaz, uygulanmamak gerekir; uygulanırsa da, sonuçlarını, yani onaylanan antlaşmanın olağan bir ulusal yasa düzeyine indirgenliğini ve yetkili organca da değiştirilebileceğini kabul etmek gerekir. Bunun da, "uluslararası" ortak kurallar oluşturmanın amacına aykırı olduğu açıktır.

Ne "sonraki yasanın önceki yasadan", ne de "özel yasanın genel yasadan" önce geleceği yolundaki yorum kuralları, antlaşma-yasa çatışmasında uygulanmaya elverişlidir. Bu yorum kurallarının antlaşma-yasa çatışmasına uygulanması, ulusal yasa koyucuya, bir yandan antlaşmayı onaylayarak iç hukukuna katarken ve Anayasa gereği olarak yürütmeyi, yönetimi ve yargı yerlerini bağlayan bir hukuksal değer kazanırken, öte yandan hemen ardından o konuda yeni bir düzenleme yaparak, onayladığı antlaşmayı hukuken geçersiz kılma, böylece de bir tür "hile-i şeriye" yaparak üstlendiği uluslararası yükümlülüklerden kurtulma olanağı verir. Bunu, ne üye ve taraf devletler için bir alt sınır olarak uluslararası hukuk oluşturma, ne de antlaşmaları onaylama amacı ile bağdaştırma olanağı vardır. Bu, düpedüz, kendi özgür iradesiyle oluşturduğu ve taraf olduğu uluslararası sözleşmeleri "by pass" etmek demektir. Kaldı ki, TBMM'nin görev ve yetkileri (m. 87) arasında, yalnızca uygun bulma yasası çıkarılması vardır; uluslararası antlaşmalarla ilgili yetkisi bundan ibarettir ve uygun bulma yasasında da, antlaşmanın içeriğine dokunulmaz, dokunulamaz.

Bu nedenle, "kanun hükmündedir"i, yalnızca onaylanan antlaşmanın iç hukukla bütünleştirilmesi olarak anlamak; başta yasama organı olmak üzere yürütme ve yargı organlarını da bağlayan, uymaları ve uygulamaları gereken bir düzenleme olarak yorumlamak gerekir. Bundan, onaylanan antlaşmanın iç hukuktaki kurallar sıralamasındaki yerine ilişkin kesin sonuçlar çıkarılması doğru değildir. Eğer, 2004 değişikliği öncesindeki düzenleme çerçevesinde ve yalnızca iki cümleli madde 90/son fıkra kuralıyla sınırlı olarak bu konuda bir değerlendirme yapmak gerekirse, ulaşılmaması gereken doğru, ama eksik hukuksal sonuç budur.

MESUT
GÜLMEZ'İN
KONUŞMASI

Dolayısıyla, 2004 değişikliği öncesinde, onaylanarak iç hukukla bütünleştirilen uluslararası antlaşmaların kurallar sıra düzenindeki yeri sorununa “*kanun hükmündedir*” sözcükleri çerçevesinde çözüm aramak ve bilinen yorum ilkelerini uygulayarak çözüm bulmak olanaklı değildir. İç hukukun parçasına dönüştürülmüş bir antlaşmayı “*yasa*” düzeyine indirmek, ardından da uygulanan yorum kurallarıyla antlaşmanın nitelik ve amacıyla hiçbir biçimde bağdaşmayacak sonuçlara ulaşılmasına fırsat vermek hukuksal bir çözüm değildir. Nitekim, pozitif hukukun boş bıraktığı bu sorun, öğreti ve yargı bağlamında çözüme bağlanamamış ve mevzuatçı eğilimin ağır bastığı hukuk kültürümüzde yazılı hukukun düzenlemesine gereksinim duyulmuştur.

3. İkinci Cümle: Anayasa Mahkemesine Başvurulamamasının Anlamı

Mayıs 2004'te yapılan değişiklik, daha doğrusu madde 90/son fıkraya yapılan ekleme öncesinde, onaylanan antlaşmanın iç hukuktaki yeri konusuyla ilgili hiçbir düzenleme yok muydu? Açık ve doğrudan bir düzenleme yapılmamış olmakla birlikte, bu sorunla bağlantılı sayabileceğimiz dolaylı bir kural yok muydu? Kuşkusuz vardı, şu anda da aynen sürmektedir. Bu, “*Anayasa Mahkemesi'ne başvurma*” yasağı getiren ikinci cümledeki kuraldır.

Bu kuralın Anayasa'ya konulmasını iki biçimde yorumlamak olanaklıdır. İlk olarak, Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasını yasaklamanın nedeni, Anayasa koyucunun, örtük olarak, “*kanun hükmünde*” saydığı onaylanmış antlaşmaları “*kanun düzeyinde*” kabul etmiş yada edilebileceğini düşünmüş olmasıdır. Bu yaklaşımın olası sonuçlarını engellemek amacıyla da, ulusal yasalar için açık olan anayasal denetim yolunu kapatmıştır. Ancak gerekçedeki açıklama, bu görüşü destekleyici nitelikte değildir. Daha doğrusu, aşağıda aktardığım gerekçe yetersizdir:

“Gerçekten, bir anlaşmanın yürürlüğe girmesinden sonra anayasa aykırılığı dolayısıyla iptalinin, Devletin milletlerarası sorumluluğunu doğurmaması için, bu murakabenin, teşri organın tasvibinden geçmeden önce tahrir edilmesi ve sonuçlandırılması zaruridir.”

MESUT
GÜLMEZ’İN
KONUŞMASI

İkinci cümledeki düzenlemeyi şöyle yorumlamak da olanaklıdır: Anayasa koyucu, ilk cümledeki düzenlemeyle onaylanan antlaşmaları *“kanun hükmünde”* saymış olmakla birlikte, ikinci cümledeki düzenlemeyle aslında antlaşmaların yasalardan farklı işlemler niteliği taşıdığı bilincinde olduğunu ortaya koymuştur. Yukarıdaki varsayımın tersine, iç hukukla bütünleştirdiği antlaşmaları yasalarla eş düzeyde ve değerde tutma amacı taşımamıştır. Daha doğrusu, onaylanmış antlaşmaların iç hukuk düzenindeki yeri sorunu konusunda açık ve doğrudan bir düzenleme yapmak istememiştir. Olası aykırılık ve uyumsuzlukların onay öncesinde saptanması ve onaydan önce, iç hukukta yapılacak düzenlemelerle giderilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu, aslında, yasa koyucuya bir anımsatma, hatta uyarıdır. Ancak kanımca, uyum sağlayıcı tüm değişiklik ve düzenlemelerinin onay öncesinde gerçekleştirilmesi, onay için *“olmazsa olmaz”* bir koşul değildir, aykırılıkların onaydan sonra da giderilmesi olanaklıdır. Çünkü, uluslararası antlaşmaların onaylanmasından ve onayın uluslararası hukukta yürürlüğe girmesinden sonra,⁷ denetim sistemi *“derhal”* ve *“kendiliğinden”* işlemeye başlamaz. Onaydan doğan başlıca yükümlülük olarak belirli aralıklarla gönderilmesi gereken hükümet raporlarının iletilmesine ve hatta -uygulamada görüldüğü gibi- raporların yetkili denetim organınca incelenmeye başlanmasına değin, taraf devletlerin uyum ve uygunluk sağlayıcı değişiklikleri yapma olanağı vardır. Dolayısıyla, antlaşmaya uyum sağlayan iç hukuk düzenlemelerini, denetim sisteminin eylemli olarak işlerliğe geçeceği tarihe değin yapmayı planlayarak, kimi aykırılıklar içeren antlaşmayı onaylamak uluslararası hukukun amacına ters düşmez.

⁷ Uluslararası antlaşmaların *“iç hukukta”* ve *“uluslararası hukukta”* yürürlüğe girmesi, farklı koşullara bağlıdır ve eşzamanlı değildir.

MESUT
GÜLMEZ'İN
KONUŞMASI

Anayasa koyucunun yukarıdaki resmi gerekçede yer alan “*öznel amacı*”, onaylanan antlaşmaların sonradan Anayasa Mahkemesi’ne götürülerek iptal ettirilmesi olasılığını⁸ “*devletin uluslararası sorumluluğu ve saygınlığı*” ile bağdaştıramama olsa da,⁹ kanımca madde 90/son’un bu ikinci cümlesinin nesnel düzenlemesi, onaylanan antlaşmanın nitelik olarak yasalardan farklı olduğunu ve Anayasa Mahkemesi’nin bunları Anayasa-ya uygunluk yönünden denetleme ve aykırılık varsa geçersiz kılma yetkisinin bulunmadığını (olmaması gerektiğini) kabul ettiğini gösteren, ancak gerçekte “*malumu ilan eden*”, doğru bir yaklaşımın ürünüdür.

Uluslararası bir antlaşmayı, iç hukukla bütünleştirdikten sonra, onu ne yasama ne de yargı organları bir bölümüyle ya da tümüyle geçersiz kılabilir yada değiştirebilir. Bu, düpedüz, antlaşmayı yapan uluslararası organın yetkisine tecavüzdür. Uluslararası antlaşmayı onayladıktan sonra, ondan kurtulmanın, onu sona erdirmenin, üstlenilen yükümlülüklerle son vermenin kendine özgü yolları vardır. Bu yollar, uluslararası antlaşmalarda öngörülmüştür. Uluslararası hukukta yer alan koşullara uyarak antlaşmayı feshetmek olanaklıdır. Üstlenilecek yükümlülüklerin kapsamını belirlemek yada sonradan değiştirmek, yine öngörülen koşullara uygun olarak gerçekleştirilebilir.

Bu nedenle, onaylanan antlaşmalara karşı anayasal denetim yolunun açıkça kapatılmış olması, gerekli olmasa da, aslında düşünce olarak yanlış değildir ve Anayasa Koyucu’nun öznel amacı dışında, antlaşmaların yasalardan farklı nitelikte belgeler olduğu düşüncesi ve gerçeğinin bir sonucudur; böyle yorumlanıp anlaşılması koşuluyla, uluslararası hukuka uygun bir düzen-

⁸ Anayasa Mahkemesi’nin, onaylanmış bir uluslararası antlaşmayı “Anayasa’ya aykırı olduğu” gerekçesiyle iptal etmesinin uluslararası hukuk açısından hiçbir sonuç doğurmayacağı açıktır. Yapılabileceği varsayılırsa, bu anayasal denetimin yalnızca antlaşmanın iç hukukla bütünleşmesini sona erdirmeye sonucu doğurabileceği kanısındayım. Bunun yolu ise, antlaşma ulusal ve uluslararası hukuklarda yürürlüğe girmeden, uygun bulma yasa-sının iptal edilmesi ve böylece usulüne göre yürürlüğe koyma sürecinin önünün kesilmesidir.

⁹ Aslında bu gerekçe yetersizdir. Yetersizliği, özellikle uluslararası antlaşmanın yapısı, niteliği ve amacı ile ilgilidir; bunların farkına varılamamış, yalnızca devletin uluslararası sorumluluğu açısından yaklaşmıştır.

lemedir. Ancak, madde 90/son'da bu cümleye yer verilmemiş olsaydı da, Anayasa Mahkemesi'nin uygunluk denetimi yapması düşünülemezdi. Ulusal yasama organının iradesinin ürünü olmayan kaynakları (yani uluslararası antlaşmaları) ulusal yargı yerlerinin kararlarıyla geçersiz kılmak yada değiştirilebileceğini düşünmek, uluslararası hukukla bağdaşmaz.

Kısacası, madde 90/son fıkradaki ikinci cümle, gereksiz olarak konulmuştur. Kanımca bu cümle yazılmamış olsaydı da, Anayasa Mahkemesi'nin onaylanmış uluslararası sözleşmeleri içerik olarak denetlemesi ve kimi maddelerini Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmesi söz konusu olamazdı.

Ancak, yazılı metinde yer alan bu ikinci cümleyi, yorum yoluyla, onaylanan antlaşmaların iç hukuktaki yeri sorunu açısından değerlendirmek olanaklıdır. Anayasal denetim yolunun kapatılmış olmasına dayanarak, onaylanan antlaşmaların en azından yasaların üstünde yer aldığını ileri sürmek olanaklıdır.¹⁰ Kuşkusuz, çatışma sorununu çözmek için açık ve doğrudan bir kural konulması gerekirdi. İkinci cümle ise, böyle bir amaç taşımamaktadır.

Bu yorum, daha doğru bir deyişle, ikinci cümle çerçevesinde ileri sürülen farklı görüşler, 2004 değişikliği sonrasında da, "*temel hak ve özgürlükler*" e ilişkin olmayan onaylanmış uluslararası antlaşmalar için geçerlidir. Ancak, "*temel hak ve özgürlükler*" ile ilgili antlaşmalar için, kuşkusuz yeni üçüncü cümle gözönüne alınacak, antlaşma-yasa çatışmasında, onaylanmış uluslararası antlaşma Anayasa buyruğu olarak uygulanacaktır.

¹⁰ Örneğin; A. Şeref Gözübüyük, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile sınırlı olarak, 1987'de yayımladığı ve Sözleşme'nin yalnızca yasalara değil Anayasa'ya da üstün olduğunu savunduğu makalesinde, son fıkrasının ikinci cümlesine dayanarak şöyle yazmıştır: "... Anayasa, antlaşmaların Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülemeyeceğini belirtmek suretiyle, iç hukuk yönünden anlaşmaların üstünlüğü ilkesini benimsemiştir." (A. Şeref Gözübüyük, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı", *İnsan Hakları Yıllığı*, Cilt 9, 1987, s. 7).

4. Anayasa'da Uluslararası Hukuka Yapılan Yollamalar ve Madde 90/Son Fıkra Kuralı Karşısındaki Anlamı

Onaylanmış uluslararası sözleşmelerin madde 90/son fıkra kuralı çerçevesinde iç hukuktaki yeri konusunun tartışılmasında, bu sözleşmelerin "*kanun seviyesinde*" olduğunu savunanların dayandıkları noktalardan biri de, Anayasa'nın çeşitli maddelerinde dört farklı kavram kullanılarak yapılan yollamalar olmuştur. Bunlar; "*milletlerarası hukuk*", "*milletlerarası andlaşmalar*", Türkiye'nin taraf olduğu "*milletlerarası andlaşmalar*" ve "*milletlerarası nezaket kuralları*" kavramlarıdır. Görüldüğü gibi, "*ihlal etmeme*", "*uygunluk sağlama*" ve "*saklı tutma*" biçimlerinde yollamalarda bulunan milletlerarası hukuk yada milletlerarası antlaşmalar, temel hak ve özgürlüklere ilişkin olanlarla sınırlı değildir.

Sözü edilen yollamalar ve ilgili oldukları hak ve özgürlükler şunlardır:

- Temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulmasında; "*savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler(in) ihlal edilmeme(si)*" (m. 15/1);

- Temel hak ve özgürlüklerin, yabancılar için, "*milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabil(mesi)*" (m. 16);

- Eğitim ve öğretim hakkı ve ödevi konusunda; "*Türkçe'den başka hiçbir dil(in), eğitim ve öğretim kurumlarında Türk vatandaşlarına ana dilleri olarak okut(ma) ve öğret(me)*" yasağı getiren kural ile "*eğitim kurumlarında okutulacak yabancı diller ile yabancı dille eğitim ve öğretim yapan okulların tabi olacağı esaslar(in) kanunla düzenlen(mesi)*" zorunluluğu için "*milletlerarası andlaşma hükümleri(ni) saklı*" tutan kural (m. 42/son);

- Savaş hali ilanı ve silahlı kuvvet kullanılmasına izin verme konusunda; TBMM'nin, savaş hali ilanına "*milletlerarası hukukun meşru saydığı hallerde*" izin verme yetkisi ile Türk Silahlı kuvvetlerinin yabancı ülkelere gönderilmesine veya yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye'de bulunmasına izin verme

yetkisini, "Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası andlaşmaların veya milletlerarası nezaket kurallarının gerektirdiği haller dışında" kullanabilmesini öngören kural (m. 92/1).

MESUT
GÜLMEZ'İN
KONUŞMASI

Belirli konulardaki bu "istisna" nitelikli yollamalar nasıl yorumlanmalıdır? Sözü edilen konuları düzenleyen uluslararası hukuk yada antlaşmaların bağlayıcılık gücü ve kurallar sıralamasındaki yeri nedir? 90. maddede sözleşmelerin onaylanması ve usulüne göre yürürlüğe konulması için aranan koşullar, bu maddelerdeki yollamalar için de geçerli midir?

Son sorudan başlayarak yanıtlamak gerekirse; söz konusu dört yollama için, kuşkusuz, uygun bulma yasası çıkarma ve antlaşmaları onaylayıp yayımlama koşulları aranmaz. Anayasa, dört konuyla ilgili uluslararası hukuk ve antlaşma kurallarını doğrudan doğruya iç hukukla bütünleştirmiştir, başka hiçbir işlem yapılması gerekmez; deyim yerindeyse, usulüne göre yürürlüğe koymayı doğrudan Anayasa yapmıştır. Yetkili ve görevli organ yada makamların, sözü edilen konulara ilişkin uluslararası hukuk kurallarını doğrudan uygulamaları gerekir. Bu konuda, Anayasa'dan kaynaklanan iç hukukla bütünleşme ve başka bir ulusal düzenleme yapılmasına gerek göstermeyen, anayasal ve koşulsuz "doğrudan etki" söz konusudur.

Doğrudan etkisi Anayasa buyruğu olan söz konusu uluslararası hukuk ve antlaşma kuralları, iç hukuka üstün tutularak öncelikle uygulanacaktır. Yapılan anayasal yollamalarda, uluslararası hukukun iç hukuktaki yeri, kurallar sıradüzenindeki konumu ile ilgili açık ve doğrudan bir belirleme yapılmamıştır. Buna karşın, saklı tutulan uluslararası hukuk ve antlaşmalar, yasaların yanı sıra Anayasa'ya da üstün tutularak uygulanmalıdır. Kanımca saklı tutma, Anayasa kurallarını da kapsar.

Bu, "yorum"la ulaşılan bir görüş ve sonuçtur. Saklı tutulan uluslararası hukuk kurallarının doğrudan etki gücünün bulunduğunu ve iç hukuka üstün tutulduğunu, kısacası açık anayasal düzenlemeyle "ulusal üstü" nitelik taşıdığını düşünmek ve ileri sürmek, 90. maddedeki düzenlemeye uygun olarak onaylanmış uluslararası insan hakları sözleşmelerinin ancak

MESUT
GÜLMEZ'İN
KONUŞMASI

"kanun seviyesinde" bağlayıcı olduğu sonucuna ulaşılmasını gerektirmez. Anayasanın, belirli konulara ilişkin olarak öngördüğü "istisnai" kurallarla, uygun bulma yasası çıkarılmasının yanı sıra onay ve yayım koşulları da aranmadan, iç hukukla doğrudan bütünleşmeyi sağlamış olması, 90. madde uyarınca usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmaların, bunlardan insan haklarına ilişkin olanlarının, yorum yoluyla ve yine Anayasa'nın başka kurallarını (2 ve 14. maddelerdeki insan haklarına saygı göstermeyi ve dayanmayı devlet için anayasal yükümlülük olarak öngören kuralları) gözönüne alarak, Anayasa'yı da kapsamak üzere iç hukuka üstün olduğunu ileri sürmeye engel olamaz. İnsan haklarına saygılı ve dayalı devlet, yasama ve yürütme organlarının birleşen istenciyle iç hukukla bütünleştirilen insan hakları sözleşmelerini, Anayasa'ya da üstün tutarak uygulamak zorundadır. Bu görüş, yorum sonucu olduğundan, yani Anayasa'da bu konudaki çatışmayı çözmeye yönelik açık ve doğrudan bir düzenleme bulunmadığından, zaman içinde benimseyenlerin sayısı artmış olsa da, azınlık görüşü olarak kalmıştır; özellikle tüm yargı yerlerince istikrarlı biçimde benimsenmemiştir. Temelde, katı mevzuatçı anlayışın sonucu olan bu yaklaşım, kimi istisnalarıyla,¹¹ Mayıs 2004 değişikliğine değin sürmüştür.¹²

¹¹ Örneğin, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi dışında, 1993'te onaylanan 87 sayılı Sendika Özgürlüğü ve Sendika Hakkı'nın Korunması Sözleşmesi'nin 2004 değişikliği öncesinde doğrudan uygulanmasına örnek oluşturan İstanbul 2. İdare Mahkemesi'nin 31 Ekim 2001 tarihli ve 2001/592 esas ve 2001/1317 karar sayılı kararının değerlendirilmesi için bkz., Mesut Gülmez, "Maaş Kesme Cezası ILO Sözleşmelerine Aykırı Olur muymuş?", Günışığı, S. 17-18, Temmuz-Ağustos 2004, s. 15-17.

¹² Bu konuda, adli ve idari yargının 1990'lı yıllardaki yaklaşımı ve değerlendirilmesi için bkz.: Mesut Gülmez, Kamu Görevlileri Sendika ve Toplu Görüşme Hukuku, TODAİE Yayını, Ankara, 2002, s. 241-291; Mesut Gülmez, "Danıştay Birinci Dairesinin Görüşü: Memur Sendikalarına Anayasal Bir Engel Yoktur", Amme İdaresi Dergisi, Cilt 25, S. 2, Haziran 1992, s. 191-197; Mesut Gülmez, Belgelerle Yönetim, Yargı ve Memur Sendikaları, TODAİE yayını, Ankara 1993, s. 159-167.

III. Yeni Üçüncü Cümle: Mayıs 2004'te Yapılan Değişiklik ve Anlamı

MESUT
GÜLMEZ'İN
KONUŞMASI

1982 Anayasası'nun 1961 Anayasası'ndan aldığı 90. maddesinin son fıkrasındaki, onaylanmış uluslararası sözleşmelerin iç hukukla bütünleştirilmesi ve iç hukuktaki etkisi konusundaki iki cümlelik -yetersiz- düzenleme, özellikle son onbeş yıldan beri bilimsel, yargısal, siyasal ve sendikal çevrelerde tartışma konusu olmuştur. Bireysel başvuru hakkının tanındığı, Avrupa Birliğine tam üyelik başvurusunun yapıldığı ve ulusal hukuku önceleyen kamu görevlilerinin onayladığımız uluslararası insan hakları sözleşmelerine (özellikle İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile 98 sayılı Örgütlenme Hakkının Korunması ve Toplu Pazarlık Sözleşmesine) dayanarak sendikalaşma çalışmalarına başladıkları 1987 yılından beri, bu sorun eğer yalnızca antlaşma-yasa çatışması gözönüne alırsa iki, buna ek olarak antlaşma-Anayasa çatışması da gözönüne alırsa dört farklı görüş çerçevesinde tartışılmıştır.¹³ Ancak, temelde İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi özelinde yapılan bu tartışmalarda, çatışma sorununun doğrudan ve açık biçimde düzenlenmemiş olması nedeniyle, ne bilimsel ne de yargısal bağlamlarda bir görüş ve içtihat birliğine ulaşılabilmektedir.

¹³ Özellikle 1987'den sonra çok sayıda incelemeye konu olan ve birçok bilimsel toplantıda ele alınan bu soruna ilişkin olarak, 1970'li yılların ortalarından 2000'li yıllara değin dile getirilmiş olan ve burada anımsatmaya gerek görülmeden, özetle antlaşmaları yasalar düzeyinde, yasaların üstünde, Anayasa düzeyinde ve Anayasa üstünde sayan farklı görüşler için örneğin bkz., Münci Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, AÜHF Yayını, Yenilenmiş Beşinci Bası, Ankara 1976, s. 127; Rona Aybay, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Pozitif Hukuku", İnsan Hakları Armağanı, Birleşmiş Milletler Türk Derneği Yayını, Ankara 1978, s. 116-134; Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 1. Kitap, AÜSBF Yayını, Ankara 1985, s. 30; Mümtaz Soysal, "Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler", *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara 1986, s. 15, 16-17; A. Şeref Gözübüyük, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı", *İnsan Hakları Yıllığı*, Cilt 9, 1987, s. 7; Edip Çelik, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulanması", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Lütfü Duran'a Armağan Özel Sayısı, Sayı 1-3, 1988; Mesut Gülmez, "Sözleşmeli Personel, Anayasa ve Uluslararası Kurallar", *Anıme İdaresi Dergisi*, Cilt 21, S. 4, Aralık 1988, s. 40-43; Tekin

MESUT
GÜLMEZ'İN
KONUŞMASI

2001 Anayasa değişiklikleri içinde bu sorunun çözülmesine yönelik bir düzenleme öngörülmüşse de, uyum paketinin bu maddesi son anda geri alınmıştır.¹⁴ Son değişiklik, Avrupa Toplulukları Komisyonu'nun 6 Ekim 2004'te açıklanan İlerleme Raporunda ve Komisyonun Avrupa Konseyi ile Parlamentosu'na yönelik tavsiyesinde,¹⁵ "Türkiye'nin siyasal ölçütleri yeterince karşıladığını düşünerek, üyelik için görüşmelerin açılması" tavsiyesinde bulunmasından ancak beş ay kadar önce gerçekleştirilebilmiştir.¹⁶

1. 90. Maddeye Yapılan Ekleme ve Gerekçesi

Anayasa düzeyindeki, on maddesinden dördünün "ölüm cezası"nın Anayasa'nın çeşitli maddelerinden ayıklanmasına ilişkin olan, "Avrupa Birliği'ne uyum" paketlerinden sonuncusunun içinde, onaylanmış uluslararası antlaşmalar ile yasalar arasındaki çatışma sorununa açıklık ve çözüm getirici nitelikte ekleme yapan bir kurala da yer verilmiştir. Anayasa'nın 90.

Akıllıoğlu, "Temel Haklar Gelişmesi Üzerine Bazı Düşünceler", *AÜ SBF Dergisi*, Cilt XLIV, Ocak-Haziran 1989, no: 1-2, s. 161-194; Tekin Akıllıoğlu, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz", *AÜ SBF Dergisi*, Cilt XLIX, Sayı 3-4, 1989, s. 157, 158, 164 ve 173; A. Şeref Gözübüyük, "Uluslararası Antlaşmaların İç Hukuktaki Yeri", *İnsan Hakları ve Kamu Görevlileri* (Yay. Haz., Mesut Gülmez), TODAİE, Ankara 1992, s. 11-18; E. Yasemin Özdek, "Anayasa Mahkemesi ve Uluslararası İnsan Hakları Belgeleri", *Çağdaş Hukuk*, Yıl 1, S. 11-12, Mart-Nisan 1993; Necmi Yüzbaşıoğlu, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine", *İnsan Hakları Merkezi Dergisi*, Cilt II, . 1, Mayıs 1994; Mümtaz Soysal, "Uluslararası Antlaşmalar Konusunda Anayasa Yargısı", *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara 1997, s. 171-187; Rona Aybay, "Uluslararası Antlaşmalar 'Anayasa-Üstü' mü?", *Cumhuriyet*, 6 Mayıs 1998, s. 2; Mesut Gülmez, "Evet, Uluslararası Sözleşmeler 'Anayasa-Üstü' dür", *Cumhuriyet*, 17 Haziran 1998, s. 2; Rıza Türmen, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İç Hukukumuzda Etkileri", *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara 2000, s. 32-40; Hasan Tunç, "Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türkiye İle İlgili Örnek Karar İncelemesi", *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara 2000, s. 174-193.

¹⁴ 2001 yılında hazırlanan 37 maddelik Anayasa değişiklikleri paketinde, yasa önerisininin 32. maddesiyle son fıkraya eklenmesi öngörülen ve Anayasa Komisyonunun kabul ettiği metinde de herhangi bir değişiklik yapılmayan çatışma kuralı şöyle idi: "Kanunlar ile milletlerarası andlaşmaların

maddesinin yukarıda incelenen iki cümlelik son fıkrasına, kanımca bir yandan değindiğim tartışmalara nokta koyan, ama öte yandan da birçok kuşku, duraksama ve sorulara yol açabilecek nitelik taşıyan yeni bir cümle daha eklenmiştir:

“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.”

AKP Grup başkanvekilleri ile 193 milletvekilinin verdiği Anayasa'nın bazı maddelerinin değiştirilmesi hakkındaki kanun teklifinin “genel gerekçe”sinde, öteki maddelerde gerçekleştirilen değişikliklerin yanı sıra 90. maddenin son fıkrasına yapılan yukarıdaki eklemenin de nedenlerinden biri olarak şu genel açıklamaya yer verilmiştir:

“... diğer yandan, dünyada gelişen yeni demokratik açılımlara uyum sağlanması ve bu açılıma uygun bir şekilde temel hak ve hürriyetlerin, evrensel düzeyde kabul edilmiş standart ve normlar ile Avrupa Birliği kriterleri seviyesine çıkarılması amacıyla kanunlarımızda düzenlemeler yapılması ihtiyacı temel yasamız olan Anayasa'da da değişiklikler yapma zorunluluğu doğurmuştur.”¹⁷

çatışması halinde milletlerarası andlaşmalar esas alınır.” Görüldüğü gibi bu öneride, yasalara üstün tutularak öncelikle uygulanması öngörülen uluslararası antlaşmaların konusuna ilişkin bir sınırlama getirilmemiş, yani yalnızca “temel hak ve özgürlükler” ile ilgili antlaşmaların “esas” alınması öngörülmemiştir. Ayrıca, birinci cümledeki “usulüne göre yürürlüğe konulmuş” sözlerine de yer verilmemiştir. Bkz., *TBMM Tutanak Dergisi*, S. S. 737, Cilt 70, Dönem: 21, Yasama Yılı: 3, Demokratik Sol Parti İstanbul Milletvekili Bülent Ecevit, Milliyetçi Hareket Partisi Genel Başkanı Osmaniye Milletvekili Devlet Bahçeli, Anavatan Partisi Genel Başkanı Rize Milletvekili Mesut Yılmaz ile 288 Milletvekilinin Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Teklifi ve Anayasa Komisyonu Raporu (2/803), s. 23.

¹⁵ Commission des Communautés européennes, Rapport Régulier 2004 sur les progrès réalisés par la Turquie sur la voie de l'adhésion, Com(2004)656 final, Bruxelles, le 6.10.2004, SEC (2004) 1201; Recommandation concernant la Turquie, FR, restricted.

¹⁶ *Resmî Gazete*, 22 Mayıs, 2004, S. 25469, s. 1.

¹⁷ *TBMM Tutanak Dergisi*, S. S. 430, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Adalet ve Kalkınma Partisi Grup Başkanvekilleri Ankara Milletvekilleri Salih Kapu-

MESUT
GÜLMEZ'İN
KONUŞMASI

Bu alıntıda altını çizmek istediğim nokta, yapılan eklemenin içeriğine ilişkin doğrudan bir açıklama yer almamakla birlikte, ek cümlede de geçen “*temel hak ve hürriyetler*” terimlerine yer verilmiş olmasıdır. Buna karşılık, genel gerekçeye oranla üçüncü cümlenin pozitif metnine daha çok açıklık getiren yasa önerisinin 7. maddesinin gerekçesinde, “*temel hak ve özgürlüklere*” değil “*insan haklarına*” ilişkin uluslararası antlaşmalardan söz edilmiştir. Onaylanmış uluslararası antlaşmaların aykırı kurallar içeren yasalar karşısındaki konumuna açıklık getiren ve antlaşmaların, kendisiyle çeliştiği yasalara “*öncelik*” verilerek uygulanacağını belirten kısa madde gerekçesi şöyledir:

“Uygulamada usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin milletlerarası andlaşmalar ile kanun hükümlerinin çelişmesi halinde ortaya çıkacak bir uyuşmazlığın hallinde hangisine öncelik verileceği konusundaki tereddütlerin giderilmesi amacıyla 90 ıncı maddenin son fıkrasına hüküm eklenmektedir.”¹⁸

Yasa önerisine ilişkin 30 Nisan 2004 tarihli Anayasa Komisyonu Raporunda, 30 Nisan 2004 tarihinde tümü ve maddeleri üzerinde görüşmeler yapılan yasa önerisinin 7. maddesi konusunda, kimi üyelerin (sanyorum CHP'lilerin) uyuşmazlık durumunda öncelikle uygulanması söz konusu olabilecek uluslararası antlaşmaların sayılarak belirlenmesi isteğinde bulduklarını, ancak isteklerinin kabul edilmediğini belirten şu açıklamalara yer verilmiştir:

“Teklifin, çerçeve 7. maddesi; usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmalar ile kanunların çatışması halinde milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas alınmasını öngörmektedir. Bu madde üzerindeki görüşmelerde sayısı çok fazla olan milletlerarası andlaşmaları uygulayıcıların bilmesinin zor olacağı, hangi andlaşmaların bu çerçevede değerlendirileceğinin tadad edilmesinin gerekli olduğu üyelerimizce ifade edilmiştir. Ancak bu

suz, Haluk İpek, Bursa Milletvekili Faruk Çelik, Ordu Milletvekili Eyüp Fatsa ve Hatay Milletvekili Sadullah Ergin ile 193 Milletvekilinin; Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Teklifi ve Anayasa Komisyonu Raporu (2/278), s. 5.

¹⁸ A.k, s. 6.

*öneri Komisyonumuzca kabul görmemiş ve çerçeve 7. madde Teklifte yer aldığı şekliyle kabul edilmiştir. Komisyonumuza verilen redaksiyon yetkisi çerçevesinde bu maddede geçen, 'andlaşmalar ile' ibaresi 'andlaşmalarla' şeklinde düzeltilmiştir."*¹⁹

MESUT
GÜLMEZ'İN
KONUŞMASI

Nitekim, Anayasa Komisyonu'nun önerileri kabul edilmeden CHP'li altı üyesi,²⁰ aşağıdaki gerekçelerle yasa önerisinin 7. maddesine karşıoy yazısı yazmış ve uyuşmazlıklarda uygulanması söz konusu olabilecek antlaşmaların yukarıda aktarılan Komisyon raporunda olduğu gibi tek tek sayılmasını değil, hiç olmazsa "*hangi kaynaklardan*" geldiklerinin belirlenmesini istemişlerdir:

"Teklifin 7 nci maddesinde kanunlarla aynı konuda farklı hükümler taşıyan ve bu nedenle çıkacak uyuşmazlıklarda hükümleri esas alınacak temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmaların en azından hangi kaynaklardan gelen andlaşmalar olduğuna ilişkin bir belirleme yapılmasının, çıkabilecek bir takım farklı yorum ve uygulamaları önlemek bakımından yararlı olacağını düşünüyoruz ve bu nedenle 7. maddedeki düzenlemeye karşıyız."²¹

Kanımca karşıoy yazısındaki antlaşmaların hangi kaynaklardan geldiğinin belirlenmesi yolundaki istek, antlaşma ve sözleşmelerden örnekler verilmedikçe, soruna ancak kısmen açıklık kazandırabilirdi. Kaynaklardan amaç, antlaşmaları kabul eden evrensel ve bölgesel kuruluşlar olduğuna göre, salt Birleşmiş Milletler, Uluslararası Çalışma Örgütü ve Avrupa Konseyi gibi kuruluşları adlarıyla anmak, bilinenleri yinelemek olduğundan çok da anlam taşımaz. Ayrıca, kaynakları, yani insan hakları sözleşmeleri kabul eden kuruluşları saymak, yasa

¹⁹ A.k, s. 9. Eklemeliyim ki, 2001 değişikliğinin gerekçesindeki "bilineni saklamayan" yaklaşım da temelde aynıydı: 90. maddenin son fıkrasına eklenmesi öngörülen hükmün, "Avrupa Birliği'ne uyum çerçevesinde hukuksal alt yapının sağlanması için gerekli görülmüş" olduğu belirtiliyordu (TBMM Tutanak Dergisi, S. S. 737, s. 7).

²⁰ Bu üyeler; Oya Araslı (Ankara), Atilla Kart (Konya), Atilla Emek (Antalya), Halil Ünlütepe (Afyon), Uğur Aksöz (Adana) ve Yılmaz Kaya (İzmir)'dir.

²¹ A.k, s. 10.

MESUT
GÜLMEZ'İN
KONUŞMASI

önerisinde UNESCO'nun unutulmuş olması gibi, eksik bırakma sonucu doğurabilecek bir yöntemdir. Burada asıl sorun, antlaşmaların konusuyla ilgili bir belirleme yapılmasıdır. Ek cümle de, yaptığım eleştiriler saklı kalmak üzere, bunu yerine getirmiştir. Dolayısıyla, "örnek" olarak bile gerekçede saymamış olmak önemli bir eksiklik değildir.

Anayasa Komisyonu Başkanı'nın, "Avrupa Birliği ile müzakerelere başlama yolunda destek olacak bir paket"²² olarak nitelendirdiği, böylece de değişikliklerde güdülen asıl amaç ve kaygının 2004 sonunda Avrupa Birliği'nden "müzakerelere başlama tarihi" almak olduğunu belirttiği toplam 11 maddelik yasa önerisindeki 7. madde, "andlaşmalar" ile sözcüklerinin "andlaşmalarla" biçiminde değiştirilmiş ve aynı anlatımla da yasalaşmıştır.

2. Ek Cümlelerin Uygulamada Yaratabileceği Kuşku, Duraksama ve Sorular

Anayasa'da 7 Mayıs 2004 tarihli ve 5170 sayılı Yasa'yla yapılan değişikliklerle 90. maddenin son fıkrasına eklenen yeni cümle, önceki tartışmalara ve görüş ayrılıklarına son verecek mi? Usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarıyla ilgili uluslararası antlaşmaların, ulusal yasalarla çatışması yada çelişmesi durumunda, öncelikle yada ulusal hukuka üstün tutularak doğrudan uygulanmasını, duraksamasız sağlayabilecek mi? Uygulamada, bu tür uyuşmazlıkları çözmekle görevli ve yetkili yargısal organlar yada yönetsel yetkililer için yeni kuşku yada duraksamalar doğurmayacak mı? Bu ek kuralın uygulanması, başka önemli koşulların varlığını ve oluşturulmasını gerektirmiyor mu? Yasama, yürütme ve yargı organlarına ve görevlilerine yeni yükümlülükler getirmiyor mu?

Bu genel ve soyut soruları, 90. maddenin son fıkrasına eklenen yeni üçüncü cümleden yola çıkıp bu cümledeki terimleri gözönüne alarak ve ana soruların her birinden alt sorular çıkararak, biraz daha somutlaştırmaya çalışayım:

²² A.k, s. 7.

• Cümlede, 7. madde gerekçesinde olduğu gibi, neden terim olarak Anayasa'nın 2 ve 14. maddelerinde de geçen "*insan hakları*"na ilişkin uluslararası antlaşmalardan söz edilmemiş, "*temel hak ve özgürlükler*"e ilişkin uluslararası antlaşmalar terimine yer verilmiştir? Bununla, Anayasa'da yer alan "*temel hak ve özgürlükler*" ile ilgili ve sınırlı uluslararası antlaşmalar mı öngörülmüştür? Neden, hiç olmazsa, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin resmi adında geçen "*insan hakları ve temel özgürlükler*" terimleri birlikte kullanılmamıştır? Yoksa, Anayasa'daki "*temel haklar*"ın sınırlarını aşan ve usulüne göre yürürlüğe konulmuş tüm evrensel ve bölgesel insan hakları sözleşmelerinin "*esas*" alınmaması mı istenmektedir? Bu iki terim, eşanlamda mı kullanılmıştır?

• Eklenen yeni cümledeki "*temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar*" terimi, örneğin; kimi çekinceler koyarak onayladığımız Avrupa Sosyal Şartını, UÇÖ'nün "*temel insan hakları sözleşmeleri*" olarak nitelendirilen ve tümünü onayladığımız sekiz sözleşmesini içerir mi? Yine bu antlaşmalar, BM'nin onayladığımız insan hakları sözleşmelerini kapsar mı?

• Öte yandan bu terim, yalnızca tüm kuralları insan haklarına ilişkin olan antlaşmaları mı kapsar? Konusu doğrudan insan haklarının tanınıp güvenceye bağlanması olmamakla birlikte, yalnızca kimi kuralları kimi hak öznelerinin insan haklarına ilişkin olan antlaşmaları da kapsar mı?

• Uyuşmazlıkların "*kanunlar*" dışında, örneğin; "*Anayasa*" ya da "*kanun hükmünde kararname*" ve hatta başka düzenleyici yönetsel metinler ile uluslararası antlaşmalar arasında çıkması, yani "*aynı konuda farklı hükümler*" bulunması durumunda da, bu yeni kural uygulanacak mıdır? Yoksa, uluslararası antlaşmalar, yalnızca "*kanunlar*"daki farklı (yani aykırı) kurallara karşı mı "*esas*" alınacaktır? Yasalar dışında kalan ulusal mevzuat ile uluslararası antlaşmalar arasındaki uyumsuzluk ve aykırılıklara dokunulmayacak mıdır? Uluslararası antlaşma ile çatışan yasadaki kural Anayasa'da da varsa ve çatışma, yeni üçüncü cümlede öngörüldüğü gibi uluslararası antlaşmanın öncelikle uygulanması yoluyla çözülürse, bu durum sonuç olarak

MESUT
GÜLMEZ'İN
KONUŞMASI

antlaşmanın Anayasa'ya da üstün tutulmuş olması anlamına gelmez mi?

• “*Esas alma*” ne demektir? Uluslararası antlaşmaların yasalara “*üstün*” tutulması mıdır? Yasalara “*öncelik*” verilerek mi uygulanmasıdır? Buradan, uluslararası antlaşmalara aykırı kurallar içeren yasaların yada yasadaki kimi kuralların artık geçersiz olduğu ve uygulanmaması gerektiği, kısacası bu ek cümle ile “*by pass*” edildiği sonucuna ulaşılabilir mi? Uluslararası antlaşmaları “*esas almak*” için yasalardaki aykırı kuralların değiştirilmesini, antlaşma kurallarının özel yasal düzenlemeyle iç hukuka taşınmasını beklemek gerekir mi?

• “*Aynı konuda farklı hükümler*”in anlamı nedir? Farklı hükümler nasıl, nerede ve hangi organ(lar)ca saptanacaktır? Kanımca, bu konudaki asıl sorun şu noktada çıkacaktır: Sözü edilen “*farklı hükümler*”, uluslararası antlaşmalar ile yasalardaki açık ve doğrudan bir kuraldan kaynaklanmıyorsa, dolaylı ve örtük bir “*farklı hüküm*”, bir farklı düzenleme söz konusuysa, bu tür uyuşmazlıklar için de uluslararası antlaşmalar “*esas*” alınacak mıdır? Başka deyişle, uluslararası antlaşmalar ile yasalar arasında aynı konudaki “*farklı hükümler*”, yalnızca antlaşmaların sözel (pozitif) metinleri gözönüne alınarak mı saptanacaktır? Yoksa, antlaşmayı (sözleşmeyi) yorumlamaya ve uygulamaya aktarılmasını izlemeye yetkili koruma ve denetim organlarının kararları da gözönüne alınacak mıdır? Öte yandan yargıç, önüne gelen bir uyuşmazlıkta böyle bir uyuşmazlık bulunup bulunmadığını “*kendiliğinden*” araştırarak mıdır, yoksa taraflardan birince ileri sürülmesini mi bekleyecektir?

Yukarıdakilerle bağlantılı bir başka soru da şudur: Ulusal yasalarda boşluk varsa ne yapılacaktır? Daha açık bir anlatımla, yargı yerleri önündeki bir uyuşmazlık konusunda açık bir yasal düzenleme yapılmamış ve böylece de ek cümlelerin uygulanmak için varlığını koşul saydığı uluslararası antlaşmalar ile yasalar arasında çatışma çıkmamış ise, bu uyuşmazlık konusunda düzenleme yapan uluslararası antlaşmalar uyuşmazlığın çözülmesinde esas alınacak mıdır? Kısacası yargıç, hukuk yarat-

ma yetkisini kullanarak uyuşmazlığı çözme görevini yerine getirirken, iç hukukun parçasına dönüşmüş bir kaynak olarak insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmaları da öncelikle gözönünde bulunduracak mıdır?

MESUT
GÜLMEZ'İN
KONUŞMASI

3. Sorulara Yanıtlar: Düzenlemenin Anlam ve İçeriği

Özellikle uygulamada karşılaşılabileceğini düşündüğüm yukarıdaki soruları daha da çoğaltmadan, sırasıyla yanıtlamaya ve dolayısıyla, 90. maddenin son fıkrasının üçüncü cümlesinin (düzenlemesinin) nasıl anlaşılması ve uygulaması gerektiğine ilişkin görüşlerimi ortaya koymaya çalışacağım.

a. Düzenleme, Taraf Olduğumuz Tüm İnsan Hakları Sözleşmelerini Kapsar

Öncelikle, “*insan haklarına saygılı*” ve “*insan haklarına dayalı*” demokratik Cumhuriyet’in Anayasası’nda geçen (m. 2 ve m. 14) bu terimlere, yani insan haklarına yer vermeksizin yalnızca “*temel hak ve özgürlükler*” ile ilgili uluslararası antlaşmalardan söz edilmiş olması, kanımca önemli bir eksiklik. Getirilen çatışma kuralının en temel öğelerinden biri olmasına karşın, gerekçede ve Anayasa Komisyonu raporunda bu terimin neden yeğlendiğine ilişkin herhangi bir açıklamaya rastlanmamaktadır.

Kuşkusuz bu terim, ne Anayasa’daki “*temel hak ve hürriyetler*” ile sınırlı olarak anlaşılabilir, ne de Anayasadaki temel hak ve özgürlükler listesiyle sınırlı tutulabilir. Usulüne göre yürürlüğe koyduğumuz, yani kısaca onayladığımız tüm uluslararası sözleşmelerdeki insan hakları ve temel özgürlükler, bu terimin kapsamı içindedir. Bu terim, ister kişisel ve siyasi hakları, ister ekonomik, sosyal ve kültürel hakları, isterse “*üçüncü*” ya da/hatta “*dördüncü*” kuşak olarak nitelenen görece yeni insan hakları olsun, onayladığımız ve onaylayacağımız tüm sözleşmelerde güvenceye bağlanan tüm insan haklarını kapsar.

MESUT
GÜLMEZ'İN
KONUŞMASI

“*Temel*” sözcüğü, ne hukuksal ne de felsefi yönlerden herhangi bir sınırlandırma içerir ve içerdiği yolunda da yorumlanabilir. Cümledeki “*temel hak ve özgürlükler*”, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku'nun; Antlaşma, Sözleşme, Şart, Pakt vb. belgeler ile tanıyıp güvenceye aldığı ve içtihatlarla geliştirdiği tüm insan haklarını kapsayan bir terim olarak anlaşılmalıdır. Dolayısıyla sözü edilen antlaşmalar, salt İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi gibi “*birinci kuşak*” insan haklarını içeren ve yargısal nitelikli bir koruma sistemi öngören belgelerle sınırlı tutulamaz. “*Temel hak ve özgürlüklerin*” pozitif dayanağı, usulüne göre yürürlüğe konulmuş tüm uluslararası antlaşmalar, kısacası uluslararası insan hakları sözleşmeleridir. “*Temel hak ve özgürlükler*” yerine daha geniş ve kapsamlı anlam taşıyan “insan hakları” teriminin kullanılması, bu ve başka duraksamaları ortadan kaldırılabirdi. Ancak, kullanılan terimin iyi seçilmemiş olması, bu tür duraksamaların dayanağı olamaz. “*Temel*” sözcüğünün, yalnızca ulusal yazılı hukukta değil, aynı zamanda uluslararası yazılı insan hakları hukukunda da güvenceye bağlanmış hak ve özgürlükleri içeren bir anlam taşıdığı kabul edilmelidir.

Aslında üzerinde durmaya bile gerek bulunmayan bir başka nokta, sözü edilen uluslararası antlaşmaların belirli bir bölgesel yada evrensel ölçekli uluslararası kuruluş çerçevesinde kabul edilmiş belgelerle sınırlı olmamasıdır. Daha açık bir deyişle, Avrupa Konseyi, Birleşmiş Milletler ve bu Örgüt sistemi içindeki “*konusunda uzman*” uluslararası kuruluşlarca kabul edilmiş tüm insan hakları sözleşmeleri, ek cümledeki “*milletlerarası andlaşmalar*” kapsamındadır. Örneğin; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin yanı sıra, çok sayıda çekince koyarak onayladığımız Avrupa Sosyal Şartı,²³ kimilerini çok gecikmeli olarak ancak 2003'te onayladığımız ve aralarında 1966 ikiz sözleşmelerinin de bulunduğu Birleşmiş Milletler sözleşmeleri,²⁴ UÇÖ'nün öncelikle tümüne taraf olduğumuz “temel insan hakları sözleşmeleri” ile bu kümede yer almayan onayladığımız öteki sözleşmeleri ve UNESCO'nun henüz onaylamadığımız -ama bir gün onaylayacağımız umudunu

²³ Mesut Gülmez, “Avrupa Sosyal Şartı'na Genel Bir Bakış ve Türkiye”, *İnsan Hakları Yılığ*, Cilt 12, 1990, s. 91 vd.; Mesut Gülmez, “Gözden Geçirilen

taşıdığım- eğitim hakkıyla ilgili sözleşmeleri de, uyumsuzluk durumunda ulusal yasalardan önce uygulanması gereken belgelerdir.

MESUT
GÜLMEZ'İN
KONUŞMASI

Anayasa Komisyonu'nun CHP'li üyelerinin somutlaştırılması anlamında sayılmasını, daha doğru bir anlatımla kaynaklarının belirlenmesini istedikleri uluslararası antlaşmaları "örnek" olarak saymak gerekirse, üyesi olduğumuz bölgesel ve evrensel ölçekli kuruluşlarca kabul edilmiş insan hakları sözleşmelerinden usulüne göre yürürlüğe koyduklarımızdan başlıcaları şunlardır:

- Irk Ayrımcılığının Tüm Biçimlerinin Kaldırılması Uluslararası Sözleşmesi (BMÖ, 1965/2002);²⁵
- Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi (BMÖ, 1966/2003);
- Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi (BMÖ, 1966/2003);
- Kadınlar Hakkında Tüm Ayrımcılık Biçimlerinin Kaldırılması Sözleşmesi (BMÖ, 1979/1985);
- İşkenceye ve Başka Zalimce, İnsanlıkdışı yada Onur Kırıcı Ceza yada Davranışlara Karşı Sözleşme (BMÖ, 1987/1988);
- Çocuk Hakları Sözleşmesi (BMÖ, 1989/1994);
- Zorla Çalışma Sözleşmesi (UÇÖ, 1932/1998);

İçeriği ve Etkinleştirilen Denetim Sistemi İle Yeni Avrupa Sosyal Şartı", Prof. Dr. Metin Kutal'a Armağan, Kumu-İş Yayını, Ankara 1998, s. 327-358; Mesut Gülmez, "Avrupa Sosyal Şartı Koruma Sistemi ve Türkiye", Türk-İş Yıllığı 99, Cilt 2, Türk-İş Yayını, Kasım 1999 Ankara, s. 83-137.

²⁴ Mesut Gülmez, *Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması*, s. 199-250.

²⁵ Bu tarihlerden birincisi sözleşmenin kabul edildiği, ikincisi ise ülkemizde onaylandığı tarihleri vermektedir. Listede de belirtildiği gibi, sözleşmelerin ilk 6'sı Birleşmiş Milletlerce, izleyen 8'i Uluslararası Çalışma Örgütü'nce ve ötekiler de Avrupa Konseyi'nce kabul edilmiştir.

MESUT
GÜLMEZ'İN
KONUŞMASI

- Sendika Özgürlüğü ve Sendika Hakkının Korunması Sözleşmesi (UÇÖ, 1948/1993);
- Örgütlenme Hakkı ve Toplu Pazarlık Sözleşmesi (UÇÖ, 1949/1951);
- Ücret Eşitliği Sözleşmesi (UÇÖ, 1953/1967)
- Zorla Çalışmanın Kaldırılması Sözleşmesi (UÇÖ, 1959/1960);
- Ayrımcılık Sözleşmesi (İstihdam ve Meslek) (UÇÖ, 1960/1967);
- Asgari Yaş Sözleşmesi (UÇÖ, 1976/1998);
- Çocukların Çalışmasının En Kötü Biçimlerinin Kaldırılması ve Yasaklanması Sözleşmesi (UÇÖ, 2000/2001);
- İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (AK, 1950/1954)
- İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Ek 1 Sayılı Protokol (AK, 1952/1954);
- İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne Ek 6 Sayılı Protokol (AK, 1983/2003);
- Avrupa Sosyal Şartı (AK, 1961/1989);
- Sosyal Güvenlik Avrupa Kodu (AK, 1964/1968);
- Sosyal Güvenlik Avrupa Sözleşmesi (AK, 1972/1977).

Bir kez daha yinelemem gerekirse, ulusal hukukla çatışmaları durumunda “*esas*” alınarak öncelikle uygulama yönünden bu sözleşmeler arasında ne kuruluşları, ne konuları ve ne de denetim yöntemleri açısından ayırım gözetilebilir. Tersine bir yaklaşım, insan haklarının bölünmezliği ve bütünselliği ilkesiyle bağdaşmaz.

Öte yandan, örnek sözleşmeler listesinden de anlaşıldığı gibi, yeni cümlede geçen “*usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar*” terimi, onay-

lanarak hukuksal yükümlülük doğurması söz konusu olmayan Bildirge yada Tavsiye gibi belgeleri kapsamaz. Ancak, anayasal bir yükümlülük olmamakla birlikte, bu tür belgelerin, örneğin İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin de çatışma sorununun çözülmesinde gözönünde bulundurulmasına ve "esas" alınmasına bir engel olmadığı açıktır.

b. Düzenleme, Yasalarla Sınırlı Sayılmaz

Ek cümle, uluslararası antlaşmalar ile "kanunlar" arasındaki "aynı konuda farklı hükümler" den söz etmiştir. Ne Anayasa, ne de yasalar dışındaki metinler, örneğin kanun hükmünde kararname ile uluslararası antlaşmalar arasındaki farklı kurallardan söz edilmiştir.

Kanımca, dayanağı yasalar olan "düzenleyici metinler"deki farklı kurallar da, uluslararası antlaşmaların temel alınmasını ve çatışma durumunda uygulanmasını gerektirir. Anayasa, kanun hükmünde kararnamelerle kişisel ve siyasal haklar konusunda düzenleme yapılmasını yasaklamış ise de, ekonomik ve sosyal haklar konusunda bu yolu kapatmamıştır. Dolayısıyla, ekonomik sosyal ve kültürel haklara ilişkin bir KHK kuralı ile onayladığımız bir antlaşma kuralının çatışması olasıdır ve bu durumda, antlaşmanın öncelikle uygulanması gerekir. Öte yandan, uluslararası antlaşmaların yasayla açık ve doğrudan bir çatışma içinde olmamasına karşın, bu yasaya dayanılarak çıkarılan ve yasaya aykırı bir düzenleme yapan bir tüzük ile çatışması da olanaklıdır. Bu durumda da, kanımca uluslararası antlaşmanın/sözleşmenin uygulanması gerekir. Tüzükteki aykırılığın yönetsel yargı yoluyla giderilmesi olanığının bulunması, bu aykırılık varoldukça uluslararası sözleşmenin uygulanmasına engel değildir. Ek cümlede yalnızca "kanunlar" dan söz edildiği ileri sürülerek, insan haklarıyla ilgili bir sözleşme kuralı yerine yasalar dışındaki ulusal hukukun uyuşmazlığa uygulanması, bu düzenlemenin amacına aykırıdır ve uyuşmazlığın uluslararası denetim ve koruma organlarına taşınmasına yol açacaktır, açmalıdır.

MESUT
GÜLMEZ'İN
KONUŞMASI

Buna karşılık, örneğin hiçbir yasal düzenleme konusu olmayan bir "Anayasa" kuralı ile uluslararası antlaşma arasında farklılık (uyuşmazlık/çatışma) olması durumunda, ek cümlenin öngördüğü çözüm doğrultusunda, uluslararası antlaşma kuralının Anayasa'ya öncelikli olarak yada üstün tutularak uygulanması söz konusu olabilecek midir? Ek cümle, dar ve sözel bir yorumla uygulanacak olursa, uluslararası antlaşmalar ile "Anayasa" arasındaki maddi kural uyuşmazlıklarını kapsamadığı sonucuna ulaşılabilecektir. Bu konudaki suskunluk, örtük olarak, uluslararası antlaşmanın Anayasa'ya üstün tutulamayacağı yolunda anlaşılabilir. Kısacası, yeni üçüncü cümle, örtük biçimde, Anayasa ile uluslararası antlaşmalar arasında çatışma olabileceğini yadsımış görünmektedir. Buradan da, Anayasa koyucunun, kurallar sıralamasında uluslararası antlaşmaları Anayasa ile yasalar arasına yerleştirdiği düşünülebilir.

Ancak kanımca, bu dar ve sözel yorum, öncelikle Anayasa'nın 2 ve 2001'de değiştirilen 14. maddesiyle bağdaşmaz. Gerçekten de, demokratik ve laik Cumhuriyet'in "insan haklarına saygılı ve dayalı" olması, Anayasa'dan daha elverişli ve ileri haklar ve güvenceler öngören uluslararası antlaşmaların üstün tutulmasını gerektirir. Bu yükümlülük, Anayasa'nın öngördüğü kurallara uygun olarak onaylayıp taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerin, Cumhuriyet'in saygılı ve dayalı olduğu, varlık nedenini oluşturduğu ve üzerine yaslandığı insan haklarını tanımış olmasının doğal bir sonucudur. Aykırı kuralları Anayasa'da sürdürerek insan hakları sözleşmeleriyle bağdaşmayan kuralların korunması ve insan haklarıyla ilgili uluslararası antlaşmaların yalnızca çelişik kurallar içeren yasalar karşısında öncelikle uygulanması, ek cümleyle yapılan düzenlemenin amacına aykırı düşer ve bu düzenlemenin uygulama alanını daraltır.

Kaldı ki, Anayasa'ya uygun ancak antlaşmaya aykırı bir kural içeren bir yasanın antlaşmayla çatışması durumunda, antlaşmanın uygulanması zorunlu olduğundan, bu sonuç Anayasa'nın "by pass" edilmesi, antlaşmanın Anayasa'ya

üstün tutulmuş olması anlamına gelecektir. Ankara 5. İdare Mahkemesi'nin Mayıs 2004 değişikliğinden hemen sonra 29 Haziran 2004 tarihinde oybirliğiyle verdiği yeni bir karar, bu duruma çarpıcı bir örnektir. Mahkeme, Anayasa'nın ve 657 sayılı yasanın yönetsel yargı yolunu kapattığı uyarma (ve davadaki) kınama cezalarına karşı Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin hak arama özgürlüğünü güvenceye alan 14. maddesine dayanarak ve davada sözleşmenin bu kuralını 657'ye üstün tutarak, davayı öz yönünden incelemiş ve işlemin iptaline karar vermiştir.²⁶

c. Düzenleme, Uluslararası Sözleşmeleri Ulusal Hukuka Üstün Tutmuştur

Ek cümlelerin, insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalar ile yasalar arasındaki uyumsuzlukların çözülmesi için önerdiği çözüm, uluslararası antlaşma hükümlerinin “*esas*” alınmasıdır. Üstünlük ya da öncelik terimlerinin açık biçimde kullanılmamış olmasına karşın, “*esas*” alma, aslında uluslararası antlaşmayı yasalara üstün tutarak, öncelikle uygulama, uyumsuzluğu ulusal hukuku bir yana bırakarak uluslararası antlaşmalara göre çözüme demektir.

Madde gerekçesinde ve Anayasa Komisyonu Raporu'nda, “*esas*” almanın “*öncelikle*” uygulama anlamına geldiği belirtilmiştir. Artık bu düzenlemeden sonra, onayladığımız insan hakları sözleşmelerini, son fıkranın ilk cümlesindeki “*kanun hükmünde*” sözcüklerine dayanarak “*kanun seviyesinde*” biçiminde anlamak ve yorumlamak, çatışma sorununu da kimi yorum kurallarıyla (önceki yasa-sonraki yasa yada özel yasa-genel yasa) çözmeye çalışmak olanaksızdır. Taraf olduğumuz insan hakları sözleşmeleri yasaların (ve bu değişiklikten önce de savunduğum gibi Anayasa'nın da) üstündedir, kurallar sıralamasının en başında yer almaktadır. Öte yandan, çatışma durumunda bu sözleşmelerin uygulanması için, ulusal hu-

²⁶ TC Ankara 5. İdare Mahkemesi, Esas No: 2003-1796, Karar No: 2004 - 1212.

MESUT
GÜLMEZ'İN
KONUŞMASI

kukta özel düzenleme konusu olmasına, iç hukuka aktarılmış bulunmasına gerek yoktur ve yasalardaki aykırı kuralların değiştirilmesini beklemek gerekmez.

Kuşkusuz, antlaşmalar ile yasalar arasındaki uyumsuzluğun yasaların antlaşmalardan daha ileri içerikli ve güvenceli bir düzenleme yapmış olmasından çıkması durumunda, temelde bir alt sınır olan antlaşmalar esas alınmaz ve uyumsuzluk, daha geniş ve ileri güvenceler sağlayan yasaların uygulanmasıyla çözülür. Değişik bir anlatımla, 90. maddenin son fıkrasının yeni kuralı benzer bir çatışma durumunda uygulanmaz. Çünkü bu kuralın temelinde, çatışmanın ulusal yasaların uluslararası antlaşmalardan daha geri güvence sağlamış olmasından doğduğu ve uyumsuzluğun da, insan hakları adına, daha ileri uluslararası antlaşmaya göre çözülmesi gerektiği düşüncesi vardır.

Aynı konuyu farklı biçimde düzenleyen birden çok onaylanmış uluslararası antlaşma kuralının bulunması durumunda, aşağıda değineceğim gibi yetkili denetim organlarının kararları da gözönünde bulundurularak, en ileri düzenleme yapan ve güvence sağlayan antlaşmanın özenle belirlenip uygulanması gerektiği kuşku götürmez. Bu nedenle de, uyumsuzluğu çözmek durumunda olan yönetsel yetkililer ile yargı yerlerinin, uyumsuzluğa uygulanabilecek birden çok antlaşma yada kural bulunup bulunmadığını da araştırmaları gerekir.

Gerçekten de, insan hakları sözleşmelerinin kimilerinde, aynı konuya ilişkin sözleşmeler arasında yada sözleşmeler ile ulusal hukuk arasında bir çatışma çıkması durumunda, daha elverişli ve daha ileri haklar ve güvenceler içeren sözleşmelerin ve ulusal yasaların öncelikle uygulanacağına ilişkin açık düzenlemeler yapılmıştır. Örneğin; ikisi de 1966 tarihli olan Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesine, adı geçen sözleşmelerin tanımadığı yada daha geri düzeyde tanıdığı bahanesiyle, iç hukuk düzeyinde yasalar, (uluslararası) sözleşmeler, (yönetsel) düzenlemeler ve gelenek kuralları uyarınca tanınmış olan yada yürürlükte bulunan temel insan haklarına hiçbir kısıtlamanın kabul edilemeyeceğine ilişkin genel bir kural konulmuştur (m.

5/2). Dolayısıyla ikiz sözleşmelerin sendikal haklarla ilgili kuralları, örneğin UÇÖ'nün bu sözleşmelerden daha önce kabul edilmiş olan aynı konudaki 87 ve 98 sayılı sözleşmelerinde öngörülen daha ileri nitelikli güvencelere zarar vermez, yani bu sözleşmelerden doğan yükümlülükleri kaldırmaz. Aynı kural, 151 sayılı Kamu Hizmetinde Çalışma İlişkileri Sözleşmesi'nin 1. maddesinde de vardır. Bu madde, 151 sayılı Sözleşme'nin, aslında yedek yada tamamlayıcı nitelik taşıdığını, yani ancak başka uluslararası çalışma sözleşmelerinde -örneğin; 87 ve 98 sayılı sözleşmelerde- daha elverişli/ileri kurallar bulunmadığı zaman uygulanacağını açıkça belirtmiştir.²⁷

d. Düzenleme, Yargı Kadar Yürütme ve Yasamayı da Bağlar

Ek cümlede, uluslararası antlaşmalar ile yasalar arasında aynı konuda farklı hükümler bulunmasından doğan “*uyuşmazlıklar*” dan söz edilmiştir. Üçüncü cümlelerin sözel metnine bakılırsa, uluslararası antlaşmalardaki kuralların “*esas*” alınmasının, ancak somut bir uyuşmazlık çıkması durumunda geçerli olacağı düşünülebilir. Bu sözcük, kuşkusuz öncelikle yargı yerleri önüne gelmiş somut uyuşmazlıkları çağrıştırmaktadır. Ancak ek cümle, “*yargı yerleri*” nin önündeki uyuşmazlıklar ile sınırlı bir çözüm getirmemiş, uyuşmazlıkların çıktığı yerlere yada organlara ilişkin bir belirleme yapmamıştır.

Kanımca ek cümlede geçen “*uyuşmazlık*” sözcüğünü, salt “*adli, idari ve askeri*” yargı yerleri ile sınırlı anlamamak ve uygulamamak gerekir. Yönetmelik organlar yada birimler önündeki düzenleyici yönetsel metinlerin uygulanmasından doğan uyuşmazlıklarda da, insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalara aykırı olan bir yasaya ya da bu yasaya dayanılarak çıkarılmış düzenleyici metinlere göre bir karar verilmesinin söz konusu olduğu durumlarda da uluslararası antlaşmaların “*esas*” alınması gerekir. Başka bir anlatımla, kamu yetkililerine ve yönetsel organlara yapılan başvuru yada yakınmalar

²⁷ Mesut Gülmez, *Dünyada Memurlar ve Sendikal Haklar*, s. 159, 164-165.

MESUT
GÜLMEZ'İN
KONUŞMASI

dolayısıyla onaylanan sözleşmeler ile yasalar arasında uyumsuzluklar çıkması durumunda da, uluslararası antlaşmanın yetkililerce doğrudan uygulanması gerekir. Yönetmelik yetkililer, uyumsuzluğu, yargı yerlerine götürülmesine gerek kalmaksızın uluslararası sözleşmeleri uygulayarak çözüme yaklaşımı içinde olmalıdır. Yürütme organı ve yönetmelik birimler, antlaşmalara aykırı düzenleyici işlemler kabul etmemekle yükümlüdürler.

Öte yandan bu kural, yargı ve yönetmelik yetkililerin (dolayısıyla yürütmenin) yanı sıra, kanımca yasamayı da bağlar. Artık yasama organı da, böyle bir uyumsuzluğa yol açabilecek uluslararası antlaşmalara aykırı yasalar çıkaramaz, çıkarmamalıdır. Aykırı olanları da, Anayasa'dan başlayarak değiştirmelidir. Artık insan hakları sözleşmeleri, yasama organının yapacağı düzenlemeler için bir alt sınırdır. Yasama organı, "uyumsuzluk durumunda nasıl olsa uluslararası antlaşma esas alınacaktır" gibi bir yaklaşımla, aykırılıklara kayıtsız kalmamalı ve uyumsuzluk çıkmasını beklememelidir. Yasaların hazırlık ve oluşum sürecinin özellikle bakanlıklardaki ve Meclis komisyonlarındaki aşamalarında, çıkarılacak yasa ile antlaşmalar arasında çatışmalara yer vermemek için çaba ve özen gösterilmelidir. Milletvekilleri de, görüşmeler sırasında insan haklarına aykırı kurallardan arındırılmış yasalar çıkarılmasına çaba harcamalıdır. Ancak, gerek bürokrasinin gerekse yasama organının bu yükümlülüklerini yerine getirmemiş ya da getirememiş olması, onaylanmış uluslararası antlaşmaların öncelikle uygulanmasına engel olmaz. Yasalarla yapılacak insan haklarıyla ilgili düzenlemelerin alt sınırı, ilgili denetim organlarının kararlarıyla açıklık kazandırılmış uluslararası antlaşmalardır.

Özet olarak ek cümle, yasaların uygulanması kadar yapılmasını da kapsar; yasama, yürütme ve yargı organlarını bağlar. Kamu yetkilileri (örneğin; vali, kaymakam ve başka yöneticiler ile kolluk yetkili ve görevlileri) de, uluslararası antlaşmaları yasalara üstün tutarak uyumsuzlukları çözmekle yükümlüdürler.

Yargıların, eğer taraflarca ileri sürülmemişse, insan hakları uluslararası antlaşmalarını kendiliğinden gözönüne alarak

karar vermesi gerekir. Bu, anayasal bir yükümlülüktür. Uluslararası antlaşmalar, daha ileri kurallar içerdiği sürece, hukuk düzeninin ulusal hukukun üstünde bir parçası olduğundan, uyuşmazlıklarda kendiliğinden gözönüne alınmalı ve buna göre karar verilmelidir. Kuşkusuz bu yükümlülük, yasaların uygulanmasından sorumlu olan kamu yetkilileri için de geçerlidir.

e. Düzenleme, Uluslararası Denetim Organlarının Kararlarının da Gözönüne Alınmasını Gerektirir

Son fıkraya eklenen üçüncü cümlelerin “*aynı konuda farklı hükümler*” biçimindeki sözleri, uluslararası antlaşmaların salt sözel/pozitif metinleri gözönüne alınarak belirlenmemelidir. Uluslararası antlaşmaların ve onayladığımız birçok sözleşmenin ayrıntıya girmeyen, yetkili koruma ve denetim organlarının yorumuyla açıklık ve anlam kazanan genel kurallar içerdiği anımsanırsa, yasalar ile uluslararası sözleşmelerin aynı konudaki farklı düzenlemesinden kaynaklanan bir uyuşmazlık bulunup bulunmadığı, salt antlaşmaların sözel metniyle sınırlı olarak saptanamaz.²⁸ Böylesi yüzeysel ve kolaycı bir yaklaşım, yapılan düzenlemenin işlevsiz bırakılması sonucunu doğurur. Koruma ve denetim organlarının o konuya ilişkin yerleşik ilke

²⁸ Taraf olduğumuz 87 sayılı Sözleşme'nin yalnızca sözel metninin gözönüne alındığı çarpıcı bir örnek, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun (CGK) oyçokluğuyla aldığı 7 Mart 2000 tarihli kararıdır. CGK, Sözleşme'nin ilgili maddelerini aktardıktan sonra, “görüldüğü üzere ILO Sözleşmeleri ile sendika kurma hakkı tanınmış fakat grev ve lokavt hakkından söz edilmemiş, kuruluşların yasalara uymak zorunda oldukları hükme bağlanmıştır. Bu suretle kamu görevlilerine sendikal haklar tanınmış ancak nasıl kullanılacağı sözleşmeyi imzalayan devletlere bırakılmıştır” dedikten sonra, 657 sayılı Yasa'daki grev yasağını anımsatıp, “bu yasal düzenlemelerde devlet memurları ile diğer kamu görevlilerine sendika kurma ve üye olma hakkı tanınmış, ancak işi yavaşlatma veya terk etme ya da grev hakkı tanınmamış, bu konularda yasal düzenleme yapılmamıştır” sonucuna varmıştır. Bu katı pozitivist yaklaşım, onaylanan antlaşmaların yasalara üstünlüğünü işlevsiz bırakmakta, dolayısıyla anayasal yükümlülüğe aykırı düşmektedir. Bu kararın ve karşı oy yazısının eleştiri ve değerlendirmesi için bkz., Mesut Gülmez, Kamu Görevlileri Sendika ve Toplu Görüşme Hukuku, s. 264-269.

MESUT
GÜLMEZ'İN
KONUŞMASI

kararları ve içtihatları gözönünde bulundurulmak gerekir. Çünkü ek cümleyle yapılan düzenlemenin temel amacı, böyle bir uyuşmazlığın iç hukuk alanında yargısal ya da yönetsel kararlarla çözülmesi ve böylece de, uluslararası koruma ve denetim organları önüne götürülmesinin engellenmesidir.

Somut bir örnek vererek kısaca açıklamak gerekirse; İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin "*adil yargılanma hakkı*" başlıklı 6. maddesi, bu hakkın "*bağımsız ve yansız*" mahkemelerde yargılanmayı içerdiğini öngörmüştür. Ancak her iki kavramın anlamını -doğal olarak- belirtmemiştir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ise, ülkemize ilişkin bir kararında (İncal kararında),²⁹ Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nde yer alan "*askeri yargıcın*" konumunu gözönünde bulundurarak, "*bağımsız ve yansız*" olma kavramlarına somut bir anlam ve içerik yüklemiştir. Böylece, dar bir yorumla sözleşmenin sözel metninden ulaşılamayacak bir sonuca varmıştır. Çatışma durumunda, mahkemenin bu kararının gözönünde bulundurulmamasının, taraf olduğumuz sözleşmeye aykırı bir karar verilmesine yol açacağı kesindir.

Uygulamada daha çok duraksamalara yol açacağını düşündüğüm bir başka somut örnek olarak, insan hakları sözleşmelerinden olduğuna kuşku bulunmayan 87 sayılı Sendika Özgürlüğü ve Sendika Hakkının Korunması Sözleşmesi'ne değinirim. 1993 yılında usulüne göre yürürlüğe koyduğumuz 87 sayılı Sözleşme, çok kısa ve genel anlatımlı maddelerinde açıkça "*grev hakkı*"ndan söz etmez. Ancak, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun yukarıda andığım 7 Mart 2000 tarihli ve 2000/4-25 Esas ve 2000/44 sayılı kararında benimsediği görüşün tersine, gerek sözleşmeyi onaylayan taraf devletlerin yükümlülüklerini yerine getirip getirmediıklarını denetleyen Uzmanlar Komisyonu'nun, gerekse sözleşmeyi onaylamamış olsa bile UÇÖ'ye üye olması nedeniyle Örgütün Anayasası'nda yer alan "*sendika özgürlüğü*" ilkesine uyup uymadıklarını denetleyen Sendika

²⁹ Yasemin Özdek, *Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye*, TODAİE Yayını, Ankara 2004, s. 204.

Özgürlüğü Komitesi'nin³⁰ elli yılı aşkın bir süreden beri ülkemizi de kapsamak üzere yineledikleri "içtihat" niteliği kazanmış yerleşik kararlarına göre, 87 sayılı Sözleşme grev hakkını güvenceye almıştır.³¹ Gerek yargı yerlerinin gerekse yönetsel yetkililerin, önlerine gelen yürürlükteki yasalarımızda yer alan grev yasak ve kısıtlamalarından kaynaklanan bir uyuşmazlığın çözülmesinde, dayanaklarını UÇÖ Anayasası'ndan alan denetim organlarının bu kararlarını gözönüne almaksızın karar vermeleri, bu yeni düzenlemeye -yani Anayasa'ya- açıkça aykırı olur. Çünkü, daha önce de belirttiğim gibi, Anayasa'da sözü edilen "*usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmeler*" anlamında, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile 87 sayılı sözleşme arasında hiçbir fark yoktur. Yine, anılan sözleşmeleri denetleme yetkisi bulunan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin kararları ile UÇÖ denetim organlarının kararları arasında da, yargısal nitelik taşıyıp taşımamaları ve yaptırımları dışında, temel bir fark yoktur. Başka bir anlatımla, her iki sözleşmenin oluşturduğu koruma ve denetim sistemlerindeki farklılık, çatışma sorununun çözülmesinde "*uluslararası antlaşmaların esas alınması*" yönünden ayırım gözetilmesini gerektirmez. İnsan hakları sözleşmeleri arasında bu tür ayrımlar gözetilmesi, hem Anayasa'ya hem de insan haklarının evrensel ilkelerine aykırıdır.

Bu örneklerden de anlaşıldığı üzere, 90. maddenin son fıkrasına eklenen üçüncü cümle, yargı yerlerine ve yönetsel yetkililere büyük bir sorumluluk yüklemekte, kanımca daha önce de var olan sorumluluklarını pekiştirmektedir. Bu da, en azından Türkiye'nin taraf olduğu tüm insan hakları sözleşmelerinin uygulanmasını izlemekle görevli ve yetkili olan ulusla-

³⁰ Bu denetim organları için bkz., Mesut Gülmez, Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması, s. 43-114.

³¹ Bureau international du Travail (BIT), Liberté syndicale et négociation collective, Conférence internationale du Travail, 81^e session 1994, Rapport III (Partie 4B), Genève 1994; BIT, La liberté syndicale, Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du BIT, Quatrième édition, Genève, 1996; Mesut Gülmez, Sendikal Hakların Uluslararası Kuralları ve Türkiye, TODAİE Yayını, Ankara 1988, s. 221-275; Mesut Gülmez, Dünyada Memurlar ve Sendikal Haklar, s. 147-151.

MESUT
GÜLMEZ'İN
KONUŞMASI

rarası koruma ve denetim organlarının kararlarının bilinme ve izlenmesini gerektirmektedir. Yargıçların ve kamu yetkililerinin bu konuda bir duraksama yaşamaları durumunda, gerek uyuşmazlığın saptanması gerekse uyuşmazlığa uygulanacak söz konusu kararların belirlenmesi konularında uzman ve bilim adamlarından yararlanmaları gerekir. Uluslararası antlaşmaları yorumlama yetkilerinin bulunduğu düşünerek, “alt sınır” olan denetim organlarının kararlarını araştırmaksızın uyuşmazlığı çözmeye çalışmamaları gerekir. Böyle bir tutum, ek cümlenin amacına ve özüne aykırı düşer. Denetim organlarının yerleşik kararlarına aykırı bir çözümün, uyuşmazlığın eninde sonunda bu organların önüne götürülmesine yol açacağı bilinmelidir.

Dolayısıyla ek cümle, yargıç ve yönetsel yetkililerin (ve kuşkusuz savcı ve avukatların), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'yle sınırlı olmayan kapsamlı ve ciddi bir insan hakları eğitiminden geçirilmeleriyle amacına uygun biçimde uygulanabilir.

Kanımca, 90. maddenin son fıkrasının yeni son cümlesi, uluslararası antlaşmaların temel alınmasını, yasalar ile antlaşmalar arasında çatışma çıkması koşuluna bağlı tutmuş olmakla birlikte, yasalarda boşluk olması nedeniyle açık bir çatışmanın söz konusu olmadığı durumlarda da, ulusal hukukla bütünleşmiş uluslararası antlaşmaların temel alınması gerekir. Yargıç, hukuk yaratma yetkisini kullanırken taraf olduğumuz uluslararası insan hakları sözleşmelerini de gözönüne almalı; iç hukuktaki boşluğu, yazılı hukukun bir parçası olan bu sözleşmelerle doldurmalıdır.

IV. SONUÇ

Bu incelemeden çıkan başlıca sonuçları, bilimsel çerçevelerde görüş ve yargısal bağlamda içtihat birliğinin sağlanamadığı uzun ve yoğun tartışmalardan sonra, Avrupa Birliği'ne uyum zoruyla 90. maddenin son fıkrasına eklenen yeni üçüncü

cümleyle sınırlı olarak görüşlerimi özetlemeden önce, ilk iki cümledeki düzenlemeye ilişkin görüşlerimi anımsatmam gerekirse:

1. Birinci cümledeki "... *kanun hükmündedir*" sözleri, antlaşmaları iç hukukla bütünleştirme amacı taşır ve bir çatışma kuralı değildir; onaylanan antlaşmaların kurallar sıra düzenindeki yerini göstermez;

2. Anayasal denetim yolunu kapatan ikinci cümle de, temelde bir çatışma kuralı değildir ve aslında gereksizdir, ancak Anayasa koyucunun antlaşmaları yasaların üstünde gördüğü biçiminde yorumlanması olanaklıdır;

3 Bu iki cümle, üçüncüsünün eklenmesinden sonra, insan haklarına ilişkin olmayan antlaşmalar için, iç hukuktaki yerlerini saptama açısından geçerliliğini sürdürmektedir.

Yaratabileceği kuşku ve duraksamalar, tartışmalar ve yeni görüş ayrılıkları yönleriyle ele alıp eleştirel bir yaklaşımla değerlendirmeye çaba gösterdiğim üçüncü cümledeki düzenlemeye ilişkin görüşlerimi özetlemem gerekirse:

1. Üçüncü cümledeki "*temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalar*" sözleri; kuruluş, kuşak, kişi ve konu yönlerinden kesimsel yada özel yahut genel nitelik taşıyıp taşınmadıklarına bakılmaksızın, insan haklarının bölünmezliği ve bütünselliği ilkeleri uyarınca, tüm insan hakları sözleşmelerini kapsadığı yolunda anlaşılmalı ve ayrıca, temel konusu insan hakları olmayan antlaşmalardaki kuralları da kapsadığı kabul edilmelidir;

2. Uyuşmazlık durumunda, ulusal hukuka üstün tutularak öncelikle uygulanması gereken taraf olduğumuz tüm insan hakları sözleşmeleri, yargı yerleri ve yönetsel yetkililerce kendiliğinden "*esas*" alınarak uygulanmalıdır; Anayasa ve yasa koyucular için de, alt sınır oldukları unutulmamalıdır;

3. Uyuşmazlığın, salt "*yasalar*" ile değil, kanun hükmünde kararname ve insan haklarıyla ilgili düzenlemeler yapan

MESUT
GÜLMEZ'İN
KONUŞMASI

tüm yasal ve/ya da dayanağını yasalardan alan yönetsel düzenlemeler ile uluslararası antlaşmalar arasında çıkmış olması durumunda da, uluslararası antlaşmalar “esas” alınmalıdır;

4. Uyuşmazlıklar, salt sözel metinler değil, yetkili denetim ve koruma organlarının kararları da gözönüne alınarak saptanmalı ve karara bağlanmalıdır;

5. Uluslararası antlaşmalar, ancak yasalardan daha ileri hak, özgürlük ve güvence sağlamaları durumunda uyuşmazlıkların çözülmesinde temel alınmalıdır; antlaşmalardan daha ileri ulusal hukuk kurallarının öncelikle uygulanacağına kuşku yoktur;

6. Uluslararası antlaşmaları “esas” almak için, yüksek yargı yerlerinin kimi kararlarında koşul sayıldığı gibi, -onaylanmakla Anayasa gereği ulusal hukukun parçasına dönüşmüş olan antlaşmaları ayrıca ulusal hukuka katan özel yasal/yönetsel düzenlemeler yapılmış olması gerekmez;

7. Uzun sözün kısası, 90. maddenin son fıkrasının 25 sözcüklü yeni üçüncü cümlesi, evrensel ve bölgesel ölçekli uluslararası insan hakları hukukunun kaynaklarını oluşturan sözleşmelerden taraf olduklarımızı, denetim organlarının kararlarını da kapsayacak biçimde ulusal düzenlemelere üstün tutarak ve iç hukuka aktarılmış olması koşulunu aramaksızın, kendiliğinden ve doğrudan uygulama yükümlülüğü getirmiştir.

Onaylanan ve iç hukukun parçasına dönüştürülen insan hakları sözleşmelerine Mayıs 2004 değişikliğiyle kurallar sıralamasının en üstünde yer verilmiş olması, onları yaşamın bir parçasına dönüştürmek için yeterli değildir. Yargı yerlerimizin ve yönetsel yetkililerimizin, hiç de kolay olmayan ve küçümsenmemesi gereken yükümlülüklerini eksiksiz yerine getirebilmelerini sağlayacak koşulların hazırlanması gerekir. Bu koşulların başında da, kuşkusuz insan hakları öğretimi ve eğitimi gelmektedir.³² Ancak hükümetin ve yasama organının

³² Daha önce değindiğim 7 Mart 2000 tarihli Ceza Genel Kurulu'nun ILO denetim organlarının kararlarını gözönüne almayan kararının yanı sıra, Trabzon İdare Mahkemesi'nde görülmekte olan 2004/374 E. sayılı bir da-

da, Brüksel'den gelecek istekleri beklemezsiniz, başta Anayasa olmak üzere, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi dışındaki sözleşmeler, -örneğin Avrupa Sosyal Şartı, BM'nin ikiz sözleşmeleri ve UÇÖ'nün 87, 98 ve 151 sayılı Sözleşmeleri- ile de bağdaşmayan aykırılıkları kaldıracak kapsamlı ve denetim organlarının kararlarını gözönünde tutan bir uyum çalışmasını başlatması gerekir.

Bilmiyorum, yasama, yürütme ve yargı organlarımız, yirmibeş sözcüklü değişikliğin içerik ve kapsamı ile hukuk düzenimiz üzerindeki etkilerinin ve üstlendikleri yükümlülüklerin ayırdındalar mıdır?

Kuşkusuz, anayasal ve yasal uyum düzenlemelerine ilişkin yasa tasarısı ve önerilerinin gerekçelerinde de açıkça belirtildiği üzere, öncelikle 2004 sonunda Avrupa Birliği'nden "*müzakere tarihi almak*" için yapılmış olsa da, uluslararası insan hakları hukukuna uygunluk sağlayıcı değişiklikler içeren önemli düzenlemelerin gerçekleştirilmiş olması olumlu bir adımdır. Bu kural, uluslararası hukuku iç hukukla bütünleştirmenin ötesinde, insan haklarıyla sınırlı olmak üzere bu konudaki antlaşmaları ulusal hukukun üstüne taşıyıp ilk sıraya oturtmuştur. Daha önce, istisna olarak belirli konularda uluslararası hukuka anayasal değer tanıyan Anayasa, 2004 değişikliğiyle usulüne göre yürürlüğe konulmuş sözleşmelerden oluşan İnsan Hakları Uluslararası Hukuku'na da ulusal üstü (kanımca Anayasa-üstü) bir değer tanıyarak, bu yaklaşımının kapsamını genişletmiştir. Kısacası, insan hakları alanında ulusal egemenlik uluslararası denetim ve koruma organlarına devredilmiştir. Yinelemek gerekirse, üçüncü cümledeki egemenlik devri, iç hukukla bütünleştirilen insan hakları sözleşmeleri için söz

vada, davalı Trabzon Valiliği'nin mahkemeye sunduğu 16 Temmuz 2004 tarihli ikinci savunma yazısında; davacı sendikanın dava konusu işlemin İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 11. maddesine aykırı olduğu yolundaki savını, "böyle bir aykırılık söz konusu değildir" diyerek yadsıdıktan sonra, "Aykırılık olsa bile yukarıda belirttiğimiz Anayasamızın emredici hükümleri bulunmaktadır. Dolayısı ile Anayasa'nın iş bu hükümleri öncelikle uygulanır" denilmiş olması, Anayasa ve yasaları değiştirmekle insanların değiştirilemeyeceğini, bunun için de insan hakları eğitiminin ne denli gerekli olduğunu göstermektedir.

MESUT
GÜLMEZ'İN
KONUŞMASI

konusudur. Bu da, uluslararası insan hakları hukukuna (tüm sözleşmelere) doğrudan “ulusal üstü” nitelik kazandırmaz, çünkü ulusalüstülük onay koşuluna bağlıdır.

Bu bildiriye, bir soruyla bitireyim: 90. maddenin son fıkrasına eklenen üçüncü cümle, dörtlü bir yelpaze oluşturan farklı görüşlere son verdi mi, verecek mi?

Temel amacı, insan hakları alanında ulusal ve uluslararası hukuk arasındaki çatışmadan doğan uyuşmazlıkların içerde çözülmesi olan üçüncü cümlenin yaptığı düzenleme, önceki farklı görüşlerden ikisini çözüme bağlarken, ikisini de boşlukta bırakmıştır: Artık uluslararası antlaşmalar, yasalar düzeyinde değil, yasaların üstündedir. Ancak, katı bir pozitivist yaklaşım benimsendiğinde, “uluslararası antlaşma-Anayasa” çatışmasının çözülmediği ileri sürülebilecektir. Dolayısıyla da, iç hukukta çözüme bağlanmayan bir “antlaşma-Anayasa” çatışmasından doğan uyuşmazlıklar, sonuç olarak uluslararası koruma ve denetim organlarının önüne götürülebilecektir.

Bu nedenle, belirttiğim duraksama, kuşku ve soruları giderecek yeni bir düzenleme yapılmalıdır. Anayasa'nın yürürlükteki kurallarıyla çelişmeyeceğini düşündüğüm bu düzenleme şöyle olabilir:

“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası insan hakları antlaşmaları, bu antlaşmalar ile Anayasa'ya da kapsayan ulusal hukukun çatışmasından doğan tüm uyuşmazlıklarda öncelikle uygulanır.”

Oturum Başkanı: Sayın Prof. Dr. Gülmez'e teşekkür ediyorum; bilgisi, birikimi ve hazırlığına saygısızlık etmemek için süresini aşmasına göz yumduk. Dilerim, toplantımızın sonuna kadar süreyi fazla aşmadan bu çalışmayı esenlikle sürdürebiliriz.

Söz sırası Sayın Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu'nda.

Buyurun Hocam.

Prof. Dr. Necmi YÜZBAŞIOĞLU (Galatasaray Üniversitesi Öğretim Üyesi): Değerli dinleyiciler; ben bir protokol hatası yapmayayım diye böyle başlıyorum, biraz da zamandan kazanmak için, hepinizi saygıyla selamlıyorum.

NECMİ
YÜZBAŞIOĞLU'NUN
KONUŞMASI

Anayasa'nın 90. maddesine eklenen son cümle Türk anayasallık blokuna neler getirmiştir; ben bu konu üzerinde somut uyuşmazlıklara değinerek, -hukukçular aramızda çoğunlukta- "ne katmıştır, ne katamamıştır, neler yapılması gerekir" noktalarına değinmek istiyorum.

Bu düzenlemenin anayasallık blokunu oluşturan normlar arasındaki kademelenmeyi çözecek açık bir çatışma kuralı amacıyla konulduğu açıktır; Sayın Burhan Kuzu da ifade etti, bunda kuşku yok. Ancak Anayasa hukukunun hiç de kolay olmayan bu zorlu probleminin bu formülasyonla ne ölçüde çözülebileceğinin ve Türk anayasallık bloku üzerindeki etkilerinin irdelenmesi gerekmektedir. Bu yeni de irdelenmiyor; Anayasa Mahkemesi'nin 1990 ve 2000 yıllarındaki kuruluş yıldönümü ya da konferanslarında işlediği konular bunlardır. Öğretide de senelerdir bu konular tartışılmaktadır, bu hüküm de kuşkusuz tartışılacaktır. Yalnız, bu hükmü tartışırken, sorunun merkezinde ulusal üstü hukuk-ulusal hukuk ilişkisi olduğuna göre, bu ilişkinin birbirini tamamlayan iki yönü bulunmaktadır. Bunlardan ilki, uluslar üstü yetkiler kullanan örgütlerin organlarıyla ulusal organların egemenlik paylaşımı, Türkiye'de pek üzerinde durulmayan yönü, ben sonuna doğru buna değineceğim.

İkincisi ise, bunun uzantısı olarak uluslar üstü örgütlerin işlemleriyle ulusal işlemler arasındaki kademelenme sorunudur. Başka bir ifadeyle, kritik nokta, çağımızda değişen egemenlik anlayışını ulusal üstü hukuk-ulusal hukuk ilişkilerine yansıtmasıyla yenilenen anayasallık blokuna etkilerini 90. maddeye eklenen bu düzenleme ne ölçüde karşılayabilmektedir? Bu formülasyonun başarısı bakımından test edilmesi gereken budur. Bunun için de şu somut soruyu sormamız lazım: 1. Değişen egemenlik anlayışını ulusal üstü ve ulusal hukuka yansıtıyor mu? En fakir tarafı burası, hayır, nedenlerini söyleyeceğim.

NECMİ
YÜZBAŞIOĞLU'NUN
KONUŞMASI

2. Ulusal üstü hukuk-ulusal hukuk kuralları arasında sağlıklı bir kademelenme kurabiliyor mu? Biz hep bu yönü üzerinde durduk. Aslında bu iki soru arasındaki birbirini tamamlayan illiyet bağı vardır ve dolayısıyla aslında birinci sorunu çözmek gerekir. Siz, ulusal üstü örgütlerin organlarına ulusal organlardan üstün yetkiler verirsiniz, bunun işlemleri de doğal olarak üstün olacaktır, bunlar birbirini tamamlayan şeylerdir. Siz ulusal üstü yetkiler kullanan organlara Anayasa'nızda bu üstün yetkileri vermezseniz, "yaptığı işlemlere üstün" dediğiniz zaman, işte Anayasa karşısındaki durumu her zaman tartışma konusu olacaktır. Dolayısıyla Anayasa'yla egemenlik yetkisi ulusal üstü kuruluşlarla ulusal organlar arasında sağlıklı paylaşılmışsa, bu doğal olarak ulusal üstü hukuk-ulusal hukuk ilişkisine de sağlıklı yansiyacak ve sağlıklı bir kademelenme kendiliğinden kurulmuş olacaktır.

Birinci sorunun cevabının olmadığını söyledim, onu sona bırakıyorum; cevap bulmaya çalıştığı konusunda ne ölçüde cevap olabilmıştır? Sayın Gülmez de açıkladı, bu Türkiye'de tartışılıyor, Anayasa Mahkemesi sempozyumlarında da ifade edildi. Öğretide 3 temel görüş vardır, bunlar da 90. maddedeki son fıkraya farklı anlamlar yüklemeye dayalıdır. "Kanun hükmündedir" e ağırlık veren görüş, daha çok birinci cümleye ağırlık verir. "Kanun hükmündedir" deyimine monist görüşün yanında, kurallar kademelenmesinde işlev yükleyen anlam verir, "kanuna eşdeğerdir." Sayın Gülmez bunu açıkladı, ben bu görüşe katılmıyorum ve Sayın Gülmez'in bu konuda söylediklerine aynen katılıyorum. Bu hükmün anlamı, bir iç hukuk işlemine gerek olmaksızın, doğrudan uygulanabilir nitelikte uluslararası anlaşmaların kanunlar gibi uygulanabilmesidir; yasama, yürütme, yargı organları tarafından doğrudan uygulanabilir anlamındadır, kurallar kademelenmesinde bir seviye belirleme rolü yoktur. Bu rolü yükleyen bir kısmı, kanuna eşdeğer görmüştür. Bir grup, "bunlar hakkında Anayasa Mahkemesi'nde dava açılmayacağından, bunlar kanunların üstündedir, anayasa-yakındır" demiştir. Bir diğer görüş de anayasal değerde, hatta Anayasa üstü değer de atfetmişlerdir, Sayın Gülmez'in gerekçeleriyle. Tabii bu görüşün arkasında, bunu da Avrupa

İnsan Hakları Sözleşmesi gibi, İnsan Hakları Sözleşmesi'nin rolü büyüktür.

NECİM
YÜZBAŞIOĞLU'NUN
KONUŞMASI

Yargı yerleri kararlarına baktığımızda da, sabahtan yargı yerlerini temsilcileri söylediler; Anayasa Mahkemesi, Yargıtay ve Danıştay, bu ulusal üstü insan haklarına ilişkin sözleşmeleri dayanak/referans norm olarak kullanmışlardır. Ama hep genelde -Burhan Kuzu da ifade etti- "*Anayasa'ya aykırıdır, kaldı ki şu sözleşmeye de aykırıdır*" diye bir destek norm, Anayasa'yla uluslararası sözleşme bağdaştığı durumlarda kanun iptal edilirken, yani bir referans olarak kullanmıştır. Doğrudan doğruya uluslararası andlaşmaya dayanarak bir iptal hükmü yoktur. Bunlar arasında en cüretkâr olanı Danıştay olmuştur, Danıştay kararları biraz daha Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne net üstünlük veren, kanunların üstünde konumdadır.

Dolayısıyla bunu niye söyledim; şunun için söyledim: Peki, bu yeni konulan hüküm ne getiriyor? Yeni konulan hüküm de bunu söylüyor, "*kanunların üstündedir*" diyor. Zaten biz içtihadi hukukla, Yargıtay, Danıştay, Anayasa Mahkemesi kararlarıyla kanunların üstünde yer vermiştik zaten, oraya gelmiştik. Dolayısıyla bu hüküm belki şunu sağlayabilir: Önemsizdir demiyorum, yani içtihadi hukukla oluşan bir durumu pozitif hukuk haline getirilmiştir, doğrudur. Ancak işlevsel bakımdan, kurallar kademelenmesindeki yerini belirleme bakımından yeni bir adım atma şeyi vermemektedir, belki uygulamada tereddütleri gidermektedir. Onun dışında benim kanaatimce özellikle çatışmada Anayasa ve andlaşma çatışmasında ne olacağı konusunda bir çözüm üretmemesi en büyük eksikliktir.

Somut uyuşmazlıklardan hareket ederek, yine şunu da söylememiz lazım: Sayın Gülmez'in de ifade ettiği gibi, sadece 90. madde değildir burada, Anayasa'nın 2, 14,15, 42, 92. maddeler özellikle 2 veya 15. maddeler eskiden dayanak olmuştur. Bugün 90. maddeye eklenen son fıkra, bunlara gerek göstermemektedir, daha somut bir hükümdür.

Andlaşmayla kanunun çatışması halleri, kritik şey bu olduğuna göre, değişik ihtimaller üzerinde kısaca durmak

NECMI
YÜZBAŞIOĞLU'NUN
KONUŞMASI

istiyorum. Bu konuda birinci ihtimal, andlaşmayla -andlaşma diyorum, yani sözleşme, Anayasa'daki tabiri kullandığım için- düzenlenen bir konuda kanunlarda ve Anayasa'da açık bir düzenleme olmamasıdır. Başka bir ifadeyle, andlaşmanın düzenlediği bir konuda kanunlar ve Anayasa'nun suskun olması halidir. Bu durumda, esasen ortada bir kurallar çatışması yoktur. Dolayısıyla Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca kanunlar gibi kendiliğinden uygulanabilir nitelikteki andlaşmalar tüm devlet organları, idari makamları ve tüm yargı yerlerince doğrudan uygulanacaktır. İkinci ihtimal ise, andlaşmayla kanun arasında çatışma çıkmasıdır. Bu durumda Anayasa hükümlerine göre çözüm arandığında, 3 ihtimal söz konusu olabilir. İlk ihtimal, Anayasa'nın andlaşmayla uyumlu olması, kanunla çatışmasıdır. Bu durumda, aynı zamanda muhtemelen kanunun Anayasa'ya aykırılığı sorunu da var demektir ve öncelikle Anayasa'nın öngördüğü prosedüre göre bu sorunun çözülmesi gerekebilir. Bu çözüldüğünde, Anayasa'ya uyumlu olan andlaşmayla kanun arasındaki çatışma da kendiliğinden çözülmüş olacaktır.

Öte yandan, 2004 Anayasa değişikliğinde, 90. maddeye eklenen çatışma hükmü, önemli katkılarında birini bu noktada sağlayacaktır. Bu hüküm uyarınca andlaşmayla kanun arasında çıkabilecek bu tür uyuşmazlıklarda artık yargı yerleri, kendiliğinden uygulanabilen andlaşma hükümlerini esas alarak sorunu çözebilecekleri gibi, bu andlaşma hükümleri bireylere haklar sağlıyorsa, bireyler bu haklardan yararlanmayı ilgili makamlardan talep edebileceklerdir.

İkinci ihtimal, andlaşmayla kanunun çatıştığı konuda Anayasa'da açık bir düzenlemenin bulunmaması, başka bir ifadeyle bu konuda Anayasa'nın suskun olması ihtimalidir. Bu durumda, öncelikle 2004 Anayasa değişikliği öncesinde olduğu gibi, Anayasa'nın uluslararası hukuka açıklığı ilkesi ve yine Anayasa'nın insan haklarına saygılı devlet, hukuk devleti ilkesinden hareketle mahkemeler bunu aşmıştı. Örneğin; Danıştay, memurların sendikalaşması konusunda Anayasa suskun olduğundan, memur sendikalarını Anayasa'ya aykırı bulmamıştı,

burada çözülmüştü. 2004 değişikliğinde konulan bu hüküm, burada da daha bir pratik anlam ifade etmektedir.

Kurallar çatışmasında son ihtimal, Anayasa'da kanunla uyumlu, fakat andlaşmayla çatışan açık bir düzenleme bulunması ihtimalidir. Bu durumda, öncelikle andlaşma-Anayasa çatışması çıkacaktır. Böyle hallerde ilk iş, ulusal üstü hukukun üstünlüğü ilkesi uyarınca Anayasa'yı andlaşmaya uygun yorumlamaktır. Ancak andlaşma -Anayasa çatışması, uygun yorum yöntemiyle de çözülemeyecek boyutta ve açıklıkta ise, - "Yüksek Askeri Şûra Kararları'na karşı yargı denetimi kapalıdır" kuralı gibi- ne olacaktır? Kanımızca, Türk hukukunda kurallar çatışmasının en kritik noktası burasıdır.

Bu sorunla ilgili bugüne kadar Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin bir kararı var, kararı birden fazla da, birinde şöyle diyor: "*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin hiçbir işlemin ayrı tutulmasına olanak tanımaksızın yargı denetimine mümkün ve zorunlu kıldığı ve bu sözleşme hükmünün doğrudan uygulanması yoluyla Yüksek Askeri Şûra Kararları'nın da denetlenmesi istenmektedir. Usulüne göre yayımlanıp kanun hükmünde sayılan milletlerarası andlaşmaların iç hukuk normlarına göre ayrıcalıklı yönü, Anayasa'ya aykırılıklarının ileri sürülememesinden ibarettir, yoksa Anayasa üstü bir konumda görülemez. Bu nedenle çeliştiği bir kanundan önce ve doğrudan uygulanabilen bu andlaşma hükmü, ayrıca Anayasa hükmü yerine uygulanamaz. Daha açık bir deyimle, bir Anayasa hükmü, andlaşma hükmüne aykırılığı nedeniyle ihmal edilemez.*" Gerçi bunu 2004 değişiklikten önce vermiş, ama ifadeler o kadar açık ki, bugün de içtihadının aynı yönde olacağı anlaşılıyor. "*Aksi hal, devletin egemenlik ve bağımsızlığına, özgün bir Anayasa düzenine sahip olma olgusuna ters düşer. Bu nedenle Anayasa'nın 125. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen hukuki denetim yasağı, böyle bir yaklaşımla da aşılamaz*" demiş.

Tabii idare mahkemesi, bu noktada haklı, neden haklı? Teknik hukuk bakımından konuyu ele aldığımızda, "*Anayasa üstündür, bağlayıcıdır, tüm devlet organları, tüm yetkilerin kaynağı Anayasa'dır*" diyoruz. Böyle olunca, Anayasa'nın şekli üstünlü-

NECMI
YÜZBAŞIOĞLU'NUN
KONUŞMASI

ğü var, bir de maddi üstünlüğü var. Mecliste 2/3 çoğunluklarla değişebilen, referandumla kabul edilen bir Anayasa'yı Meclis'te basit bir çoğunlukla uygun bulunan bir andlaşmayı karşılaştırdığımızda, Anayasa'nun şekli üstünlüğü karşınıza çıkıyor. İkincisi, maddi üstünlüğü de var; çünkü Anayasa tüm yetkilerin kaynağı. Bu yetkilerin arasında, ulusal üstü yetkiler kullanan organların yetkileri de olmak gerekir. Bizim Anayasamız'daki eksiklerden biri budur; halen ulusal üstü yetkiler kullanan organların yetkilerinin dayanağı yoktur bizim Anayasa'da, yani başta ifade ettiğimiz, çağımızın değişen egemenlik anlayışına cevap verir nitelikte değildir. Beğenelim veya beğenmeyelim, bu organlar egemenlik yetkisini kullanıyor. Avrupa Konseyi, Strasbourg Mahkemesi, Avrupa Birliği, uluslara ait birtakım yetkiler, egemenlik kapsamına giren yetkiler kullanıyor ve üye ülkeler, bunlara uygun olarak değişiklikler yapmak zorunda kalıyorlar.

Bu çerçevede, bunu aşabilmek için, öncelikle sorunun birinci tarafı, yani egemenlik yetkisinin paylaşımına ilişkin kurallar öngörmek gerekir. Bu açıdan baktığımızda, Avrupa ülkelerinde de aynı sorun söz konusu olmuştur ve burada Anayasa'sında egemenlik yetkisinin uluslararası örgütlere devredilebileceğine ilişkin genel kural bulunan ülkeler var. Mesela Almanya, İtalya, Belçika, Hollanda, Lüksemburg, Avusturya, İsveç, Finlandiya, Yunanistan, İspanya, Danimarka gibi ülkelerde genel kural var, yani sadece insan haklarına ilişkin ya da Avrupa Birliği'ne ilişkin değil, bütün andlaşmalar için genel hüküm. Ancak bunun yanında, Avrupa Birliği'ne devri için özel düzenleme bulunan ülkeler var. Örneğin; Almanya'da hem genel hüküm var, hem de Avrupa Birliği'ne özgü özel hüküm var; keza Fransa'da da özel hüküm var. İngiltere, Avusturya, Portekiz, İrlanda ve Danimarka'da Avrupa Birliği bakımından özel hüküm getirilmiş. Yine bu ülkelerde Avrupa Birliği hukuku bakımından, ayrıca Sayın Yaşar Yakış'ın söylediklerine cevap anlamında söylüyorum, haklı ifade ettiği şeylerde; Avrupa Birliği hukukuyla ulusal hukuk kuralları arasındaki çatışma sorununu çözen ayrı kurallar da konulmuştur. İnsan haklarına ilişkin uluslararası andlaşmalara yönelik çatışma kurullarının yanında ya da di-

şında veya artı biçiminde Avrupa Birliği hukuku bakımından da özel kurallar koyan ülkeler var. Almanya, Fransa, İngiltere, Hollanda, İrlanda, Yunanistan, Portekiz, açık kural var; İtalya, Lüksemburg, Avusturya ve Danimarka da içtihat yoluyla Avrupa Birliği işlemlerine, hukukuna üstünlük tanımış.

Buradan gelmek istediğim nokta şu: Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin özetlemeye çalıştığımız bu düzenlemeleri ve uygulamaları dikkate alındığında, Avrupa Birliği'yle üye ülkeler arasındaki egemenlik yetkisinin kullanılmasının paylaşımı ve Avrupa Birliği hukukuyla ulusal hukuk arasındaki çatışmanın çoğunlukla bu konudaki ve/veya özel Anayasa hükümleriyle çözüldüğü ve bazılarında da sorunun yüksek mahkeme içtihatlarıyla aşıldığı görülmektedir. Keza Avrupa Birliği üye ülkelerinin birçoğunda yetki devrine ilişkin anlaşma ya da kanunların parlamentoda 2/3 çoğunlukla kabul edilmesi gibi Anayasa değişikliklerine paralel bir usul ve prosedür uygulandığı gözlenmektedir. Mesela Almanya, 2/3 çoğunluk öngörmüştür; Hollanda Anayasası, uluslararası andlaşmaların iç hukukun üstünde olduğunu söyler, ama orada da bu tür andlaşmaların 2/3 çoğunlukla onaylanması öngörülmüştür.

Peki, bu çerçevede total diye nitelendirdiğim; çünkü egemenliğin paylaşımı bakımından bir düzenleme yoksa, sırf ulusal hukuk-uluslararası hukuk işlemleri arasında bir çatışma, sıralama koyarak bu sorunu çözemeyiz, total kalır. Bu topallığı gidermek için, egemenliğin paylaşımı bakımından da buna yansıtmanız gerekir. Bunu yansıttığınız zaman, doğal olarak işlemleri de bir sıraya girecektir, kademelenmeye girecektir. 2004 Anayasa değişikliğiyle Anayasa'nın 90. maddesine eklenen, usulüne göre yürürlüğe konuluş amacı olan ulusal üstü hukuk-ulusal hukuk kuralları arasında sağlıklı bir kademelenme kurmak bakımından yetersiz kaldığı gibi. Gereksiz demiyorum, bir işleri var, yetersiz kaldığını ifade ediyorum.

Günümüzde ulusal üstü yapılanmalar ve onun yarattığı değişen egemenlik anlayışı doğrultusunda egemenlik yetkilerinin bu tür ulusal üstü örgütlerin organlarıyla paylaşılması sorununa hiçbir çözüm getirmemektedir. Daha somut bir ifadeyle

NECİMİ
YÜZBAŞIOĞLU'NUN
KONUŞMASI

bu düzenleme, Avrupa Birliği'ne üyelik sürecinde olan Türkiye bakımından daha bir önemi ve önceliği bulunan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hukuku ve özellikle Avrupa Birliği hukukuyla Türk hukuku arasındaki kurallar kademelenmesi sorununu sağlıklı çözemediği gibi, Avrupa Birliği organlarının kullanmakta olduğu ve kullanacağı -üye olabilirsek eğer- yetkilere de anayasal bir dayanak kazandırmamaktadır.

Aralarında illiyet bağı bulunan bu iki sorunun birlikte çözülmesi için, Anayasa'nun bazı maddelerinde değişikliklerin yapılması gerekmektedir. Bu doğrultuda, öncelikle Anayasa'nun egemenlik yetkilerinin kullanılmasına ilişkin 6 ve 7. maddeleri yeniden düzenlenerek, Avrupa Birliği gibi ulusal üstü yetkiler kullanan örgütlerin bu yetkilerine anayasal dayanak kazandırılmalıdır. Ayrıca bu tür yetkiler kullanan örgütlere üyeliğe sağlayan ulusal üstü andlaşmalara -bakın, sadece insan haklarına ilişkin değil, bu tür yetkiler kullanan örgütlere üyeliği sağlayan, bunun içine Avrupa Birliği de girer, benzer örgütler de oluşabilir, onlar da girer- anayasal değer kazandırmak ve bunların Anayasa'yla muhtemel çatışmasını önlemek için bu tür andlaşmaları uygun bulma kanununun yukarıda belirttiğimiz bazı Avrupa ülkeleri, Almanya'da olduğu gibi, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde kabulü ve yürürlüğe girmesi bakımından Anayasa değişikliğiyle paralellik kurulmalıdır. Hatta yine de çıkabilecek muhtemel ulusal üstü andlaşmalar-Anayasa çatışmasını daha baştan önlemek için ulusal üstü yetkiler kullanan örgütlere üyeliği sağlayan andlaşmaların Anayasa'ya uygunluğu için Anayasa Mahkemesi'nde ön denetim yolu açılmalıdır. Tabii bu denetimde Sayın Gülmez haklı söylüyor, bizim andlaşmayı iptal edecek halimiz yok, ama gerekirse Anayasa'yı değiştiririz, bu andlaşmaya, bu örgüte girmek bizim için o kadar hayati önem taşıyorsa, gerekirse Anayasa'yı değiştirelim.

Bunları somutlaştırırsak; Anayasa'nın 6. maddesinin 2. fıkrasında yapılması önerilen değişiklik, madde metni olarak söylüyorum: *"Türk Milleti, -'bu Alman Anayasası'ndan biraz esinlenmiştir'- egemenliğini Anayasa'nın koyduğu esaslara göre*

yetkili organları eliyle kullanır.” Burada egemenliğin aidiyeti bakımından sorun yok, aidiyet zaten millete ait, kullanılması bakımından. “*Yetkili organları eliyle kullanır*” bu cümle aynen kalıyor. Eklenmesi gereken, “*Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu ulusal üstü yetkiler kullanan örgüt ya da kuruluşlara ilişkin anlaşmalar bakımından Türk Milleti, egemenliğini diğer milletlerle eşit koşullarda bu örgüt veya kuruluşların yetkili organları eliyle kullanır.*” 7. madde şöyle eklenebilir: “*Bu yetki devredilemez, yasa-yasa yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisi'ndedir*” diyor. Ek olarak, “*Anayasa ve Anayasa'nın değiştirilmez hükümleriyle uyum içinde milletlerarası yükümlülüklerle uygun olarak kullanılır*” ya da “*Bu yetki devredilemez, Anayasa ve Anayasa'nın değiştirilmez hükümleriyle uyum içinde olmak koşuluyla ulusal üstü yetkiler kullanan örgüt ya da kuruluşlara üyeliğin gerektirdiği yükümlülükler saklıdır.*” Bu ifade 82 Anayasası'na konulmak istenmiştir, tam 22 sene evvel, Danışma Meclisi metninde var, Konsey çıkarmıştır, yani yeni bir formül değil.

90. maddeye önerilen hüküm: “*Ulusal üstü yetkiler kullanan örgüt ya da kuruluşlara üyeliği sağlayan anlaşmaları uygun bulma kanununun Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde kabulü ve yürürlüğe girişinde Anayasa'nın 75. maddesi hükümleri uygulanır.*” Yani Anayasa değişikliklerindeki prosedür. Yine 90. maddenin şimdi konulan cümlesi yerine, -Sayın Yaşar Yakış'ın ifade ettiği hususlara cevap verecek formül- “*Ulusal üstü yetkiler kullanan örgüt ya da kuruluşlara üyeliğin gerektirdiği - 'sadece insan haklarına ilişkin değil' - anlaşma hükümleriyle kanunların çatışması halinde, anlaşma hükümleri uygulanır*” hükmünü koyarsak, hem insan haklarına ilişkin sözleşme üstünlük kazanır, hem de insan haklarına ilişkin olmayan Avrupa Birliği'ndeki işlemlerin üstünlüğü sağlanmış olur.

Teşekkür ederim. (Alkışlar)

Oturum Başkanı: Sayın Prof. Dr. Yüzbaşıoğlu'na çok teşekkür ederim; gerçekten önce süreye uymaya gösterdiği özen için, sonra da konuya getirdiği yeni ufuklar ve yeni öneriler bakımından teşekkür ederiz.

Anlaşıyor ki konu, böyle 20 dakikalık veya birkaç saatlik tartışmalarla çözülebilecek gibi değil, belki üzerinde bir sömestr çalışmak gerekiyor, ama bizim zamanımız bu.

Efendim, çalışmamızın birinci bölümünde yahut bu oturumun birinci bölümünde iki bildiri sunuşu dinledik. Şimdi 6 yorumcumuzun bu sunuşlarla ilgili görüşleri, önerileri ya da eleştirileri, değinmeleri olacak. Bu tartışmaları, yorumları yapacak olan değerli katılımcılarımızı önce isimleriyle sunuyorum: Hâkim Dr. Ayşe Saadet Arıkan Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürü; Sayın Yılmaz Çimen; Danıştay 1. Dairesi Üyesi; Sayın Prof. Dr. Yılmaz Aliefendioğlu; Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim üyesi, Anayasa Mahkemesi Emekli Üyesi; Sayın Hamdi Yaver Aktan Yargıtay 8. Ceza Dairesi Üyesi; Sayın Av. Güney Dinç; İzmir Barosu eski Başkanı ve Türkiye Barolar Birliği eski Başkan Yardımcısı. Son olarak da Sayın Emekli Büyükelçi Prof. Dr. Hüseyin Pazarıcı Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

Yorumcularımızın 10'ar dakikadan aşağı yukarı bir saatlik bir görüşmeye ihtiyacımız var. Burada sayın dinleyicilerimizin sabrını diliyorum, rica ediyorum ve ilk sözü Danıştay 1. Dairesi Üyesi Sayın Yılmaz Çimen'e veriyorum.

Buyurun.

YILMAZ
ÇİMEN'İN
KONUŞMASI

Yılmaz ÇİMEN (Danıştay 1. Dairesi Üyesi): Uluslararası sözleşmelerin hukukumuzdaki yeri tartışılan bir konu olarak güncelliğini korumaktadır.

Anayasa'nın 22 Mayıs 2004'te 5170 sayılı Kanun'la bir cümle eklemeyen önceki haliyle 90. maddesinin son fıkrasında "*Üsulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz.*" hükmü yer almaktadır.

Bu hüküm, gerek öğretide gerekse yargı kararlarında farklı yorumlara neden olmuştur. Uluslararası sözleşmelerin iç hukukta başka bir işleme gerek duymadan uygulanacak normatif bir değer olduğu ve bu belgelerin yargıç tarafından

doğrudan uygulanacağı konusunda görüş birliği olmasına karşın, kurallar kademelenmesindeki yeri bakımından farklı görüşler ortaya çıkmıştır.

Tebliğlerde, gerek öğretide gerekse yargı kararlarında ortaya çıkan bu farklı görüşlere yer verildiğinde, tekrarında yarar bulunmamaktadır.

Ancak Sayın Prof. Dr. Necmi Yüzbaşıoğlu'nun tebliğinde karar örnekleri de vererek belirttiği gibi, uluslararası hukukun ve özellikle İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin Türk hukukundaki yeri ve işlevine ilişkin en çarpıcı ve belirleyici kararlar Danıştay tarafından verilmiştir.

Danıştay bu kararlarında, başta İHAS olmak üzere insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmeleri; bazen yardımcı norm olarak değer ve etkisi göz önünde tutulması gereken nitelikte, bazen de kanunların üstünde, hatta anayasal değerde yorumlamıştır.

Böyle olunca, Mayıs 2004 değişikliği ile anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına eklenen "*Üsulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*" şeklindeki hüküm, Türk hukuk düzeninde mahkeme içtihatlarıyla uygulamaya konulmuş bir hususu pozitif hukuk kuralı haline getirerek, bu konudaki bazı duraksamaları gidermeyi amaçlamış, ancak pek çok sorunu da beraberinde getirmiştir.

Ek Cümlelerin Uygulamada Yaratabileceği Sorular ve Duraksamalar

1. Gerekçesinde, insan haklarına ilişkin uluslararası andlaşmalar ifadesi kullanıldığı halde, madde metninde temel hak ve uluslararası andlaşmalar terimine yer verilmesine bir sorun yaratıp yaratmadığı?

Teorik ve akademik bir yaklaşımla bakıldığında, temel hak ve özgürlüklere ilişkin ifadesinin önemli bir eksiklik olduğu,

YILMAZ
ÇİMEN'İN
KONUŞMASI

kullanılan terimin iyi seçilmediği, insan hakları terimi kullansaydı duraksamaların ortadan kaldırılmış olacağı hususları ileri sürülebilir.

Ancak, insan hakları öğretisinde temel/temel olmayan haklar ayrımı giderek terk edilmekle birlikte, mevzu hukuk kuralı olarak temel hak özgürlük kuralı olarak temel hak ve özgürlükler terimi, Anayasa'nın 12 ila 74. maddeleri arasında zikredilen tüm hak ve özgürlüklerle sınırlı bir anlam içerir.

2. Esas olma ne demektir?

Uluslararası andlaşmaların yasalara üstün tutulması mıdır? Öncelikle verilebilecek mi uygulanmasıdır.

Madde gerekçesinde ve Anayasa Komisyonu raporunda, "esas almanın" öncelikle uygulama anlamına geldiği belirtilmiştir. Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına göre, -usulüne göre- yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar Kanun hükmündedir. Öncelik sözcüğü, birşeyin öbüründen önce olması durumunu ifade eder. "Tekadüm" sözcüğünün karşılığıdır. Eşitler arasında bir sıralamayı ya da önceliği belirtir.

Oysa, "esas" sözcüğü, birşeyin özünü oluşturan ana öge, temel, doğru biçim anlamındadır.

Ek cümle ile getirilen bu düzenleme, gerekçede belirtildiği gibi, öncelikle uygulama anlamında değerlendirilirse, "primus inter pares" yani "eşitler arası birinci" eşitler arasında bir sıralama öngördüğünden, mevcut yargısal içtihatlarla oluşturulmuş ve istikrar kazanma yönünde ilerleyen geliştirici yorumun önünü kesebilecek nitelik arz eder.

Ancak, temel hak ve özgürlüklerle ilişkin insan hakları sözleşmelerinin, sadece "kanun hükmündedir" sözcüğüne dayanarak kanunla aynı seviyededir, biçiminde anlaşılması ve yorumlanması artık söz konusu olamaz. "Esas alma", uluslararası antlaşmayı ana öge, temel kural olarak kabul etmek, yasalardan farklı tutularak, ulusal hukuku bir yana bırakarak, diğer bir deyişle ihmal ederek uyumsuzluğu uluslararası antlaşma hükümlerine göre çözmek demektir.

Çatışma durumunda, sözleşmelerin uygulanması için ulusal hukukta özel bir düzenleme konusu olmasına da gerek yoktur. Uluslararası andlaşma hükümlerini esas alarak uygulama yapacak olan, yani kanunla aynı konuda farklı hükümler bulunması nedeniyle bir uyumsuzluk bulunup bulunmadığını araştırarak ve saptayacak olan yargıçlar, yürütme ve yasama organları ile birlikte tüm anayasal kurumlar, bu çatışmanın var olup olmadığını, taraflardan birisince ileri sürülmesini beklemeden resen kendiliğinden araştıracaklardır. Bu hüküm muhatabı olan yargı, yasama ve yürütme organlarına, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşme hükümlerini, doğrudan bir iç hukuk kuralı gibi, ancak yasalardan farklı, Anayasa'ya yeni bir anlam ve yorum kazandırıcı değer atfederek uygulama olanağı sağlanmıştır.

3. Taraf olduğumuz insan hakları sözleşmeleri Anayasa'nın da üstünde midir?

Teoride, bazı gerekçelerle bu sözleşmelerin Anayasa'nın da üstünde olduğunu savunan görüşler vardır. Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira Anayasa'nın 175. maddesinde, Anayasa'nın değiştirilmesinin üye tam sayısının en az üçte biri tarafından yazıyla teklif edilebileceği, değişiklik hakkındaki tekliflerin Genel Kurul'da iki defa görüşüleceği, değiştirme teklifinin kabulünün üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun gizli oyuyla mümkün olacağı, Cumhurbaşkanı'nın bir daha görüşülmek üzere geri göndermesi halinde, Kanun'un üye tam sayısının üçte iki çoğunluğu ile aynen kabulü gerçekleşirse, Cumhurbaşkanı'nın bu Kanunu halk oyuna sunabileceği hükme bağlanmış, halk oylamasının hangi hallerde ve nasıl yapılacağı da ayrıntılı bir şekilde belirtilmiştir.

Ülkemizde hukuk normları arasında ve paralel olarak bu normları koyan organlar arasında bir hiyerarşi vardır. Yine ülkemizde milletlerarası andlaşmalar ile kanunlar, Meclis'te nitelikli olmayan basit çoğunlukla kabul edilir.

"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir" kuralının, Türk hukukunda kademelenme-

YILMAZ
ÇİMEN'İN
KONUŞMASI

sinde antlaşmaların yerini belirlemek amacını taşımadığı, bu kuralın uluslararası hukukla ulusal hukuk ilişkilerinde tekçi (monist) görüşün benimsendiğini yani, antlaşmaların ayrıca ulusal bir iç hukuk işlemi gerekmeksizin, doğrudan uygulanabileceğini gösterdiği değerlendirilerek, uluslararası antlaşmalar Anayasa'nın da üstünde kabul edilirse (Bkz., Yüzbaşıoğlu'nun tebliği s. 9) TBMM'nin normalde basit çoğunlukla değiştiremeyeceği sonucu yaratılacaktır. Bu ise, Türkiye'de Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü kuralının göz ardı edilmesi anlamına gelir ki kabulü mümkün değildir.

Uluslararası antlaşmalara anayasal bir değer verebilmek için, en azından bu antlaşmaların Meclis'in basit çoğunluğuyla kabul edilmesini anayasal kural haline getirmek gerekir. Karşılaştırmalı hukukta bunun örnekleri vardır.

4. Ulusal yasalarda boşluk varsa ne yapılacaktır?

Yargı yerleri önündeki bir uyumsuzluk konusunda açık bir yasal düzenleme yapılmamış ve böylece ek cümlelerin uygulamak için varlığını koşul saydığı uluslararası antlaşmalar ile yasalar arasında çatışma çıkmış ise, yargıç doğal olarak uyumsuzluğu çözme görevini yerine getirirken, iç hukukun kaynağı haline gelmiş temel hak ve özgünelüklere ilişkin uluslararası antlaşma hükümlerini esas alacak ve öncelikle uygulayacaktır.

5. Anayasa'da kanunla uyumlu fakat antlaşma ile çatışan açık bir düzenleme varsa ne yapılacaktır?

Bu durumda, uluslararası antlaşma ham kanunla hem de Anayasa ile çatışmaktadır. Kanun Anayasa'ya aykırı değildir, hatta Anayasa'yla aynı hükmü taşımaktadır. Kanunla antlaşmanın çatışmasında, Anayasa'ya uygun olan kanun hükmünün ihmal edilerek antlaşmanın esas alınması olanğının yaratıldığı düşünülebilirse de, varlığı bilinen Anayasa hükmünü de ihmal etmek, Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcı ilkesiyle bağdaşmayacağından, karşımıza Antlaşma-Anayasa çatışması çıkmaktadır.

Böyle olunca, ilk olarak Anayasa'nun yorumunda antlaşma hükümlerinden yararlanma suretiyle ancak, antlaşmayı Anayasa'dan üstün konuma getirmeden Anayasa'ya uygun bir çözüm bulunup bulunmadığı araştırılabilir. Uygun yorum yöntemiyle çözülemeyecek boyutta bir çatışma söz konusu ise, mahkemenin; Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkesine dayanarak yani uluslararası antlaşma hükmünü esas almadan, Anayasa hükmünden hareketle sonuca varmaktan başka seçeneği bulunmadığı kanısındayım.

Böyle bir kararla Antlaşma hükümlerine uyulmamış olması nedeniyle olayın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne taşınması halinde, bu mahkemenin vereceği ihlal kararının gereğinin yerine getirilmesiyle yetinilecek ya da Anayasa'da antlaşma hükümlerine uygun değişiklik gerçekleştirilecektir.

Sayın Yüzbaşıoğlu hocamın bu konuda örnek olarak verdiği AYİM 2.D.E: 1997/420, K: 1998/186 kararında, Yüksek Askeri Şura kararlarının denetlemesini yani iptalini isteyen bir dava üzerine, Anayasa'nın 125. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen hukuki denetim yasağının, İHAS hükümleri göz önüne alınarak Anayasa hükmünün ihmali yoluyla aşılamayacağına hükmedilmiştir. Bu karar, gerçekleri ve sonucu itibarıyla benim de katıldığım ve antlaşma-Anayasa çatışmasında yorum yapma yetkisinin bir davanın çözümünde AYİM tarafından kullanılmasını doğru bulduğum bir karardır. Çünkü AYİM'in bu yorumu yapmadan bir sonuca ulaşması mümkün değildir. Zira açılan davada, dava konusu YAŞ kararının ve bu kararın denetimini yasaklayan hükümlerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin yargı hakkını düzenleyen 6 ve 13., düşünce ve ifade özgürlüklerini düzenleyen 9 ve 10. maddelerine de aykırı olduğu ileri sürülmüştür. (GATA Gastroenteroloji BD Başkanı'nın disiplinsizlik "*laikliğe aykırı görüşleri benimseme*" nedeniyle ayırma işlemi)

6. Ek cümlede geçen uluslararası antlaşma ifadesi sadece antlaşmaları mı kapsamaktadır, yoksa başka adlarla anılan insan hakları belgeleri de bu kategoriye girer mi?

Elbette TBMM'nin onaylamayı bir kanunla uygun bulduğu bütün uluslararası belgeler (Antlaşma, sözleşme, pakt,

YILMAZ
ÇİMEN'İN
KONUŞMASI

protokol vb.) uluslararası antlaşma kapsamında düşünölmeli, ayrıca bu belgelerin sadece adına değil içeriğine de bakarak, temel hak ve özgürlöklere ilişkin hükümler içerip içermediği araştırılmalıdır.

7. Yeni düzenlemeye göre uyuşmazlıklar kanunla mı sınırlı? Diğer bir deyişle kanunlar dışında KHK'ler veya düzenleyici yönetsel metinlerle uluslararası antlaşmalar arasında çatışma çıkarsa, yani aynı konuda farklı hükümler bulunması durumunda yeni kural uygulanacak mı?

Anayasa'nın 91. maddesine göre, Anayasa'nın ikinci kısmının sadece üçüncü bölümünde yer alan Sosyal Ekonomik Haklar ve Ödevler KHK ile düzenlenebilecektir.

Burada, kanun ile KHK arasında farklı bir değerlendirme yapılması düşünölemez. Uluslararası antlaşmaların kanunla bir çatışma içinde olmamasına karşın, dayanağı yasalar olan düzenleyici metinlerde (Tüzük, yönetmelik vb. gibi) farklı hükümler bulunması nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda da uluslararası antlaşma hükümlerinin esas alınması gerekir. Tüzükte ki ya da diğer düzenleyici yönetsel metinlerdeki aykırılığın yönetsel yargı yoluyla giderilmesi olanağının bulunması, bu aykırılık giderilmedikçe uluslararası sözleşmenin derhal uygulanmasına engel sayılmamalıdır.

8. Uluslararası sözleşmelerle aynı konuda farklı hükümler içeren yasa hükmü uygulanmamakla birlikte yürüdüğünü koruyacak mı? Sorusu ve buna bağılı olarak yürürlükte kalmaya devam ederse, çıkabilecek diğer uyuşmazlıklarda uluslararası sözleşme hükümlerini esas alacak olan yürütme ve yargı organları içindeki kişilerin farklı değerlendirme yapmaları halinde, olaya, zamana ve kişiye bağılı keyfi uygulamalara neden olunmayacak mı? sorusu akla gelebilir.

Yasa çıkarmak, yürürlükteki yasaları değiştirmek ya da yürürlükten kaldırmak yasama organının, yasaların Anayasa'ya uygunluğunu denetlemek de Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkileri arasındadır. Yasama organınca açık ya da örtülü biçimde yürürlükten kaldırılmayan veya Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmeyen bir yasa veya yasa hükmü,

uluslararası antlaşmalarla aynı konuda farklı hükümler içerse bile yürürlükte kalamaya devam edecektir. Bu durumun uygulamada farklı sonuçlar doğurması şeklinde ortaya çıkabilecek sorunların çözümünde görev yasama organına ve Anayasa Mahkemesi'ne düşmektedir.

9. Yasa, uluslararası sözleşmeden daha ileri, daha az sınırlayıcı hüküm taşıyorsa bu durumda da uluslararası sözleşmeye mi öncelik tanınmalı?

Burada, uluslararası sözleşmelerin daha ileri ve güvenceli hükümler taşıyabileceği varsayımıyla bu hükmün getirildiği, böylece temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümler arasındaki çatışmada daha ileri ve hükümler içeren normun uygulanmasının amaçlandığı düşünülmelidir. Temel hak ve özgürlükleri sınırlamayan ya da daha az sınırlayan normun, yani güvence konusunda daha ileri hükümler taşıyan norm hangisi ise onun tercih edilmesi gerekir.

Sonuç

Mayıs 2004 değişikliği ile Anayasa'nın 90. maddesine eklenen hüküm;

a. Uluslararası hukuk ile hukuk kuralları arasında açık ve yorumlanmadan anlaşılabilir bir kademelenme kurmak bakımından yetersizdir. Hatta yargısal içtihatlarla istikrar kazanmaya başlamış olan geliştirici yorumun önünü kesebilecek nitelikte yorumlanmaya müsait bir anlatım içermektedir.

b. Onaylayarak iç hukukumuza dahil ettiğimiz insan hakları sözleşmelerine kurallar sıralamasının en üstünde yer vermiş olmak gibi bir sonuç doğuracak değer ve etki taşımamaktadır.

Bu durumda, eklenen çalışma hükmünün, somut, belirgin ve net çözüm getirecek içerikle yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

Oturum Başkanı: Sayın Çimen'e teşekkür ederiz, süreye uymakta gösterdiği özen için de ayrıca teşekkür ederiz.

Sayın Ayşe Saadet Arıkan; buyurun.

AYŞE SAADET
ARIKAN'IN
KONUŞMASI

**Dr. Ayşe Saadet ARIKAN (Hâkim, Adalet Bakanlığı
Avrupa Birliği Genel Müdürü)**

Yorum: Anayasa'nun 90. Maddesinde Yapılan Değişikliğin Işığında İnsan Hakları Andlaşmaları ve İlk Derece Mahkemeleri.¹

Anayasa m. 90/son (22 Mayıs 2004 Değişikliği): *“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz. 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.”*

Değerli konuklar, Sn. Prof. Gülmez ve Sn. Prof. Yüzbaşıoğlu'ndan, Anayasa'nun 90. maddesinde 22 Mayıs 2004 tarihinde yapılan değişiklikle ilgili iki sunuş dinlemiş bulunuyoruz. Anayasa'nun ilgili maddesinin yorumu ile ilgili bu sunuşlarda; doktrin, içtihatlar ve mukayeseli hukuk verileri esas alınmıştır.

Her iki bildirinin içeriği dikkate alındığında:

- Genel olarak uluslararası andlaşmaların iç hukuktaki yeri,

- Uluslararası hukuk, ulusüstü (supranational) hukuk, ulus ötesi (transnational) hukuk kavramlarının anlamı ve bunlardan hangisinin *“insan hakları sözleşmeleri”* açısından uygun olduğu,

- 22 Mayıs 2004 tarihinde Anayasa'da yapılan değişiklikle, *“temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmaların”¹ diğer “andlaşmalardan”* ayrılarak vurgulanmasının nedeni.

Üzerinde *“yorum”* yapılarak durulması gereken hususlar arasındadır.

Ancak, sürenin de kısalığı dikkate alınarak bu *“yorum”* tebliğinde seçici davranılmıştır. Bu seçicilik yapılırken; gerek açış konuşmalarında, gerek yorum konusu iki tebliğde daha ziyade

¹ Anayasa'daki terminoloji aynen tırnak içinde kullanılmıştır.

üç yüksek mahkemenin yaklaşımı, konuyla ilgili içtihatları da vurgulamak suretiyle verildiğinden, ilk derece mahkemelerinin yaklaşımına açıklık getirmenin yararlı olacağı düşünülmüştür. Bu tercih doğrultusunda sunum yapılmasının en önemli nedeni, insan hakları konusunda “eğitimci” sıfatıyla eğitilen 225 ilk derece mahkemesi hâkim ve savcısıyla ilgili eğitimin sonuçlarının, yargı kararlarına nasıl yansıdığına Genel Müdürlüğümüzce veri derlenerek ölçülmüş olmasıdır.

Bu verilerin sizlerle paylaşılması açıkça gösterecektir ki, Sn. Prof. Gülmez'in tebliğinde altı çizilen “eğitim”; Anayasa'da 22 Mayıs 2004 tarihinde yapılan değişiklikten önce de ilk derece mahkemeleri açısından, en azından eğitim gören hâkim/savcılar itibariyle hedeflenen sonucu sağlamıştır. Bundan sonra yapılması gereken, “sürekliliğin” hedef kitle genişletilmek suretiyle sürdürülebilmesidir.

Konu ile ilgili plânı paylaşmadan önce, bir hukukçu olarak vurgulanması gereken bir diğer husus; sadece insan hakları andlaşmaları değil, fakat usulüne uygun şekilde iç hukuka aktarılmış tüm uluslararası andlaşmaların “bağlayıcılığı” ve “uygulanması” açısından getirilen bir uluslararası sözleşmenin ilgili maddelerinin altını çizme gereğidir.

Bu konuyu Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, “Andlaşmaların Uygulanması ve Yorumu” başlıklı III. Bölüm'ünde düzenlemiş bulunmaktadır.

Bu bölümde yer alan ve “Ahde Vefa”² başlıklı 26. madde, her andlaşmanın tarafları için bağlayıcı olduğu ve iyi niyetle uygulanması gereğinin altını çizerken; 27. madde, Andlaşmayı uygulamamaktaki hatanın, ulusal düzenlemelere dayanılarak haklı gösterilmeye çalışılmayacağını vurgulamıştır.

Uluslararası hukukun bu felsefesi, eğitimle birleştiğinde; Anayasa'nın 90. maddesinin (22 Mayıs 2004 tarihinde yapılan) değişiklikten önce, ilk derece mahkemelerince nasıl yorumlandığını aşağıda ayrıntılı biçimde ortaya koyacaktır.

²Pacta Sunt Servanda.

AYŞE SAADET
ARIKAN'IN
KONUŞMASI

Bu yaklaşımın ışığı altında bu tebliğ aşağıdaki plân çerçevesinde sunulacaktır.

I. İnsan Hakları Eğitim Projesi

1. Genel Olarak

2. Projenin İlk Derece Mahkeme Kararlarına Yansımalarının Rakamsal Değerlendirilmesi

a. Mahkeme Kararları

b. Savcılık Kararları ve Müteferrik Kararlar

3. Değerlendirme

a. AİHS ve AİHM Kararlarına Atıf Yaygınlığı

b. İnsan Hakları Andlaşmalarının İç Hukukla İlişisini İrdeleyen Kararlar

aa. Anayasa'nın 90. maddesinin Değişikliğinden Önceki Karar

bb. Anayasa Değişikliğinden Sonraki Karar

c. AİHS Dışında Diğer İnsan Hakları Andlaşmalarına Atıf Yapan Kararlar

e. AİHM'nin Kararlarında Geliştirdiği Testlerin İlk Derece Mahkemelerinde Uygulanması

II. İnsan Hakları Andlaşmaları

1. Avrupa Konseyi (CoE) Andlaşmaları,

2. Birleşmiş Milletler (BM) Andlaşmaları,

3. Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Andlaşmaları,

4. Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT) Sözleşmeleri.

III. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye

1. Başvuru Türleri,
2. Başvuru Konuları,
3. Türkiye Hakkındaki Kararlar.

Tebliğin aslı kısmı, I. İnsan Hakları Eğitim Projesi bölümünden oluşmakta olup, II ve III. başlıklar altında, 01 Kasım 2004 tarihi itibarıyla; Türkiye'nin üyesi bulunduğu uluslararası teşkilatlar bünyesindeki insan hakları andlaşmalarının bir veri tabanı ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi karşısında Türkiye ile ilgili istatistiki veriler takdim edilmektedir.

I. İnsan Hakları Eğitim Projesi Ve İnsan Hakları Sözleşmelerinin İlk Derece Mahkemelerinde Uygulanması

1. Genel Olarak

Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü tarafından, Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi Ortak Projesi olarak hazırlanan ve 225 hâkim ve savcının insan hakları Sözleşmesi (AİHS) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) uygulamaları açısından "eğitimci" sıfatıyla eğitilmesini amaçlayan Proje, Eğitim Dairesi Başkanlığı'nca Mayıs 2003-Aralık 2003 tarihleri arasında tamamlanmıştır.³

Bu süre içinde eğitimi destekleyici el kitapları ve dokümanlar hazırlanmış ve dağıtılmıştır. Proje eğitimi, yerli ve yabancı, konunun uzmanı kişilerin verdiği seminerlerle tamamlanmıştır.

Proje uygulama süreci içerisinde dağıtılan anket sorularına verilen cevaplar arasında; eğitim sırasında derlenen bilgiyi mahkeme kararlarında kullanma kararlılığı ve isteğinin yoğunluğu gözlemlenmiştir.

³ Bu şekilde yetişen 225 hâkim-savcı; Nisan 2004-Temmuz 2004 tarihleri arasında, 30 merkezde, 2,5 gün süren ikinci grup eğitim çalışmasında kendi bilgi birikimlerini yaklaşık 8.500 meslektaşına aktarmıştır.

AYŞE SAADET
ARIKAN'IN
KONUŞMASI

Eğitime tâbi tutulan hâkim-savcılar, Mart 2004 tarihinden itibaren, insan hakları konusunda AİHS ve AİHM kararlarına atıfta buldukları kararları Genel Müdürlüğümüze göndermeye başlamışlardır.

2. Projenin İlk Derece Mahkeme Kararlarına Yansımasının Rakamsal Değerlendirilmesi

Aşağıdaki tabloda Mart 2004-Ekim 2004 tarihleri arasında derlenen kararların dağılımı görülmektedir.

Toplam Karar Sayısı (Mart-ekim 2004)	135
Mahkeme Kararları	111
Savcılık Kar. ve Müteferrik Kar.	24
Kararlarda Yöntem	- AİHS Maddelerinde Atıf - AİHM Kararlarına Atıf

Tabloda da görüldüğü üzere sadece "hüküm" niteliğindeki kararlarda değil, savcılığın esas hakkındaki mütalaalarında, tutukluluk hali ile ilgili görüşlerinde, iddianamelerinde de AİHS maddelerine ve AİHM kararlarına atıflar yapılmıştır.

a. Mahkeme Kararları

Bu açıklamanın ışığı altında verilen 111 mahkeme kararında, AİHS'nin ilgili maddelerinin dağılımı ise aşağıdaki iki tabloda yer almaktadır.

AİHS/AMAD	KARAR SAYISI
2. Md. (Yasama Hk.)	1
3. Md. (İşkence Yasağı)	4
5. Md. (Özgür.-Güv. Hk.)	10
7. Md. (Cezaların Yasalığı)	2

8. Md. (Özel Hayat)	7
10. Md. (İfade Özgürlüğü)	12
11. Md. (Dernek-Toplantı)	1
12. Md. (Evlendirme Hk.)	2
14. Md. (Ayrımcılık Yas.)	1
Ek Prot. 1. Madde (Mülkiyet)	2
Genel Atf (AİHS)	5

Eğitilen yargıçlar tarafından en çok atf yapılan AİHSöz. maddesi, adil yargılanma hakkı başlıklı 6. maddedir. Üç bend ve alt paragraftan oluşan 6. maddeye atf yapan toplam 65 kararın, madde bendleri itibariyle dağılımı aşağıdaki tabloda gösterilmektedir.

6. Mad. (Adil Yarg. Hk.)	65
--------------------------	----

AİHS 6. Md. Karar Dağılımı	
Madde Bendi	Karar Sayısı
Ma. 6/1	2
Md. 6/2	17
Md. 6/1-2	2
Md. 6/3-c	4
Md. 6/3-e	2
Md. 6/3 (genel atf)	1
Md. 6 (genel atf)	37

Görüldüğü üzere toplam 111 kararın 65'inde hâkimler adil yargılanma hakkındaki AİHSöz. 6. maddesine atıfta bulunmuşlar ve ilgili AİHMahkeme kararları ile birlikte değerlendirme yaparak hüküm kurmuşlardır.

AİHS'nin 6. maddesine bu yoğunlukta atf yapılması, şimdiye kadar Türkiye aleyhine Strasburg'da yapılan toplam 6283

⁴ Bkz., aşağıda III. bölümde 2. Başvuru Konuları başlığı altındaki tablo, s. 20.

AYŞE SAADET
ARIKAN'IN
KONUŞMASI

başvurunun 1354' ünün⁴ bu madde ile ilgili olması noktasından bir değerlendirmeye tâbi tutulacak olursa, meselenin öneminin mahkemelerimiz tarafından kavranmış olması açısından, bir gösterge olması itibariyle memnuniyet vericidir.

b. Savcılık Kararları ve Müteferrik Kararlar

Benzer değerlendirme, savcılığın vermiş olduğu iddianame, takipsizlik, infazın ertelenmesi türünden kararlar ile ayırma, arama izinleri gibi toplam 21 karar açısından, aşağıdaki tabloda görüldüğü gibi yapıldığında; en fazla atıf yapılan AIHS maddesinin ifade özgürlüğü ile ilgili 10. madde olduğu görülmektedir.

Savcılık Kar. - Müteferrik Kar.

(İddianame, takipsizlik, ayırma, infazın ertelenmesi, arama izinleri vs.)-21 adet

AIHS Maddesi	Karar Sayısı
3. Mad. İç Tüzük 39. mad.	1
5. Mad. (özgürlük-güvenlik hk.)	3
6. Mad. (Adil Yarg. Hk.)	7
8. Mad. (Özel Hayat)	3
10. Mad. (İfade Özgürlüğü)	10

Mart 2004-Ekim 2004 tarihleri arasında değerlendirmeye tâbi tutulan 135 kararın, sadece hukuk ve ceza mahkemeleri ve bu mahkemelerde görevli savcılarca değil; aynı zamanda idare mahkemelerince de verildiği gözlemlenmiştir.

Atıfta Bulunan Mahkeme Türleri

AYŞE SAADET
ARIKAN'IN
KONUŞMASI

Ceza Mahkemeleri	Sulh Ceza Mahkemeleri
	Asliye Ceza Mahkemeleri
	Ağır Ceza Mahkemeleri
	DGM
Hukuk Mahkemeleri	Asliye Hukuk Mahkemeleri
	Aile Mahkemeleri
İdare Mahkemeleri	İdare Mahkemeleri

Yukarıda da vurgulandığı üzere mahkemeler ve savcılar verilen bu 135 kararda, sadece AİHS'nin ilgili maddelerine atıfta bulunmakla yetinmemişler, büyük oranda değerlendirmelerini bu maddelerin ışığı altında AİHM'nin geliştirdiği testleri de uygulayarak, ilgili AİHM kararlarına değinmek suretiyle yapmışlardır. Aşağıdaki tablo bu konuda bir fikir vermek üzere hazırlanmıştır.

3. Değerlendirme

Yukarıdaki rakamsal veriler ve karar içeriklerinden hareketle, Anayasanın 90. maddesinin değiştirilmesinden önce ilk derece mahkemelerindeki yaklaşımı; gerek AİHMS ve AİHM kararlarına atıf yapma eğilimi, gerek diğer insan hakları andlaşmaları konusundaki atıf eğilimi açısından bir değerlendirmeye tâbi tutmak mümkündür.

Bu değerlendirme, ilk derece mahkemelerinde, insan hakları andlaşmalarının iç hukukla ilişkisini irdeleyen kararlardan örnek vermek suretiyle yapılacaktır. Diğer taraftan yapılan değerlendirme aşağıda görüleceği gibi ilk derece mahkemelerinin pozitif norm denetiminde insan hakları andlaşmalarına da dayandıklarını, kararlarda AİHM'nin geliştirdiği testleri yaygın bir şekilde uyguladıklarını ortaya koymaktadır.

AYŞE SAADET
ARIKAN'IN
KONUŞMASI

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ve İçtihatlarına Atıf Yapılan Mahkeme Kararları

Mah. Adı	Davanın Konusu	Hükme Esas Alınan Kanunun Adı ve Madde Numarası	Davanın Sonucu	Karar Tarihi	AİHS'nin Atıf Yapılan Md.	AİHM'nin Atıf Yapılan Kararları
Konya 1. İd. Mah.	Tam yargı	Anayasa 125. md.	Kabul	25.6.2004/586	2. madde	Kılıç-Türkiye 28.3.2000 Akkoç-Türkiye 10.10.2000 Observer-İngiltere 26.11.1991 Lingens-Avusturya 8.7.1986 Chiris-Fians 16.7.1980 Rassamblent Furasiemet İsviçre 10.10.1979
Konya 1. İd. Mah.	Toplantı Hakkı	2911 sayılı yasa 2-9-10. Md.	İptal	2.6.2004/502	11. madde	
Aydın Sulh Ceza Mahkemesi	Kerndiliğinden hak alma	CMUK 253/4	Yargılamanın durması	03.06.2004 2004/787	6/3. md.	-
Bandırma Asliye Ceza Mahkemesi	Silahla tehdit, şartla tehdit ve giyaptı hakaret	TCK 191/ 2,188/1,482/2 maddeleri	Beraat	15.06.2004 2004/201 E 2004/477 K	6. maddenin 2. fıkrası	20.03.2001 tarihli Telfner/Avusturya kararı

a. AİHS ve AİHM Kararlarına Atıf Yaygınlığı

Derlenen 135 kararın verildiği tarih itibariyle bir değerlendirme yapıldığında, bunların %90'ının, Anayasa'nın 90. maddesinde değişikliğin yapıldığı 22 Mayıs 2004 tarihinden önce verildiği gözlemlenmiştir.

Dolayısıyla 225 hâkim ve savcının, eğitimden sonra ama Anayasa değişikliğinden önce, insan hakları ile ilgili uluslararası andlaşmalara atıf yapma, bu andlaşmaların kurduğu bir denetim mekanizması varsa (AİHM gibi) bu mekanizmanın kararlarına atıf yaparak hüküm kurma uygulaması içinde olduğunun altını çizmek, doğru bir saptama olacaktır.

b. İnsan Hakları Andlaşmalarının İç Hukukla İlişisini İrdeleyen Kararlar

135 kararın ayrıntılı bir şekilde irdelenmesi sonucunda pek çok kararda, AİHS'nin iç hukuk içindeki yerine değinildiği görülmektedir. Örnek olarak seçilen bu kararlardan iki tanesine aşağıda yer verilmektedir.

aa. Anayasa Değişikliğinden Önceki Karar

Bu kararlardan ilki Anayasa'nın 90. maddesinin değişikliğinden önce 20.01.2004 tarihinde Sivas Sulh Ceza Mahkemesi tarafından verilmiştir.⁵ Olayda mahkeme, sanığın hakkında geçerli ve makul bir şüphe olmadan ve hiç dinlenmeden hakkında kamu davası açılmasını hem CMUK 163/1. maddesine, hem de AİHS'nin bu konuyla ilgili 5/1-c ve 6. maddelerine aykırı bularak, CMUK 253/3. maddesi gereğince hırsızlık suçundan açılan kamu davasının durdurulmasına karar vermiştir.

Mahkeme gerekçesinde "AİHS 1954 yılında onaylanmıştır. Anayasa'nın 90. maddesi gereğince Sözleşme, Anayasa'ya aykırılığı dahi iddia edilemeyen yasa hükmündedir. Bu nedenle Sözleşme, Anayasa'ya aykırılığı iddia edilebilecek olan diğer yasalara göre daha

⁵ E: 2004/19, K: 2004/16.

AYŞE SAADET
ARIKAN'IN
KONUŞMASI

güçlü niteliğe sahip bir hukuk normudur. Ayrıca mahkememizce, öncelikle uygulanması ve temel insan hak ve özgürlüklerini düzenlediği için diğer yasalara oranla üstün tutulması gerektiği düşünülen bir hukuk normudur.” yaklaşımı ile hareket ederek; temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası normların iç hukuktan üstün olduğunun, daha Anayasa değişikliği yapılmadan önce altını çizmiştir.

bb. Anayasa Değişikliğinden Sonraki Karar

08.09.2004 tarihinde, Gaziantep 1. Asliye Hukuk Mahkemesince verilen kararda⁶ Mahkeme; davacı idarenin, re'sen emekliye sevkettiği davalı aleyhine açtığı alacak davasını reddetmiştir. Mahkeme gerekçesinde “Emekliye sevk nedenleri gizli olduğu için bildirilmemiş, ‘neden’ belirtilmediğinden savunma hakkı kısıtlanmıştır. Bu AİHS'nin adil yargılanma hakkı ile ilgili 6. maddesine aykırıdır. Bu Sözleşme, TC Devleti ve vatandaşlarını bağlayıcıdır. Anayasa da dahil diğer iç mevzuat üzerinde olarak uyulması gereken bir hukuk kuralı haline gelmiştir.” yaklaşımı ile hareket ederken, AİHSöz.'nin Anayasanın dahi üstünde olduğu görüşünü vurgulamıştır.

c. AİHS Dışında Diğer İnsan Hakları Andlaşmalarına Atıf Yapan Kararlar

Çubuk Asliye Ceza Mahkemesi tarafından, 16.12.2003 tarihinde; üç polis memuru hakkında efrada kötü muamele (TCK 245. md.) suçundan açılan davada, eylemin işkence (TCK 243. md.) olarak mütalaa edileceği gerekçesiyle görevsizlik kararı⁷ verilmiştir.

Mahkeme gerekçesinde, işkence, insani olmayan muamele, haysiyet kırıcı hareket eylemlerini; Ceza Genel Kurulu'nun 1983 yılındaki kararı, AİHS'nin 3. maddesi ve BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 7. maddesi çerçevesinde irdelemiştir. Mahkeme daha sonra Anayasa'nın 90, 15, 16, 42 ve 92.

⁶ E: 2003/1053, K: 2004/491.

⁷ E: 2002/162, K: 2003/937.

maddelerinin ışığı altında, bu uluslararası andlaşmaların Türk hukuk düzeninde doğrudan etki doğurduğunu belirterek, doğrudan uygulamalarının gereğinin altını çizmiştir.

AYŞE SAADET
ARIKAN'IN
KONUŞMASI

Karar, Anayasa'nın 90. maddesinde insan hakları sözleşmeleri açısından değişiklik yapılmadan önce, ilk derece mahkemelerinin konuya yaklaşımını sergileme açısından da olumlu bir örnek niteliğindedir.

d. Pozitif Norm Denetiminde İnsan Hakları Andlaşmalara Atıf Yapan Kararlar

Anayasa'nın 90. maddesinin değiştirilmesinden önce 10.03.2004 tarihinde Konya 1. İdare Mahkemesi tarafından verilen kararda⁸ Mahkeme; 5682 sayılı Pasaport Kanunu'nun 14/A maddesinin 5. fıkrasının, hem Anayasa'nın 2, 10 ve 41. maddelerine, hem de Anayasa'nın 90. madde delaleti ile AİHS 8. maddesine ve 12 numaralı protokole aykırı olduğu gerekçesi ile iptal talebi çerçevesinde, itirazın Anayasa Mahkemesi'ne götürülmesine karar vermiştir.

Olayda hususî pasaport sahibi davacı, 22 yaşında olup yanında yaşayan zihinsel engelli erkek çocuğuna, idare tarafından hususî pasaport verilmemesi işleminin iptali için dava açmıştır.

Pasaport Kanunu'nun ilgili maddesinin, hususî pasaport sahibinin yanında yaşayan erkek ve kız çocuklara hususi pasaport verilme bakımından, kız çocuklar lehine yaş kaydı aramaksızın ayırım yapan hükmü; Mahkeme tarafından, Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı olarak değerlendirildiği gibi aynı zamanda, Anayasa'nın 90. maddesi delaleti ile aile hayatının korunması ve cinsiyet ayrımcılığını yasaklayan AİHS ve 12. protokole de aykırı olarak değerlendirilmiştir.

Bu yaklaşım Anayasa'nın 90. maddesinde değişiklik yapılmadan önce dahi ilk derece mahkemesinin, AİHS ve 12. protokolü, Anayasa ile eşdeğerde değerlendirdiğini ve yasaların hem Anayasa'ya, hem de insan hakları andlaşmalarına

⁸ E.2003/787

AYŞE SAADET
ARIKAN'IN
KONUŞMASI

aykırı olamayacağı temel düşüncesinin ilk derece mahkemesi tarafından benimsendiğini açıkça ortaya koymaktadır.

e. AİHM'nin Kararlarında Geliştirdiği Testlerin İlk Derece Mahkemelerinde Uygulanması

Bu konuda da Anayasa'nın 90. maddesinin değiştirilmesinden önce 25.12.2003 tarihinde, yine Konya 1. İdare Mahkemesi'nin vermiş olduğu idari işlemin iptali kararı⁹ özellikle atıfta bulunmaya değer niteliktedir.

Karara konu olayda, davacılar ait taşınmazın bulunduğu parselde, 1989 yılında imar plânı değişikliği yapılarak "okul" alanı olarak belirleme yapılmış ve "süresiz kısıtlılık" getirilmiştir. Davacıların kısıtlılığın kaldırılması talebinin davalı Belediye tarafından reddedilmesi üzerine davacılar, işlemin iptali davası açmışlardır.

İdare Mahkemesi kararında, AİHM'nin 23.09.1983 tarihinde verdiği Sporrong ve Lonroth kararlarına, ve bu kararlarda, mülkiyet hakkının sınırlandırılması ile ilgili test kriterlerine atıfta bulunmuştur.

AİHM'nin bu konuda geliştirdiği test kriterlerine göre:

1. Mülkiyet bir temel haktır.
2. Bu temel hak kamu yararı için kısıtlanabilir.
3. Ama bu kısıtlama, demokratik bir hukuk devletinin gerekleri ile orantılı olmak durumundadır.
4. Kuşkusuz bu kısıtlama, bir hukukî belirlilik (kesinlik) ve yasallık koşuluna dayalı olmalıdır.

İdare Mahkemesi gerekçesinde açık bir şekilde vurguladığı bu kriterleri önündeki davaya teker teker uygulamıştır. Buna göre:

⁹ E.2002/1701, K. 2003/1538.

- Davacıların taşınmazının "okul" alanı olarak ayrılmasında "kamu yararı"nın olduğu (Test 2),

- Mülkiyete kamu yararı amacı ile kısıtlama getirilebileceği hususunun, İmar Kanunu'nun 13. maddesinde belirtilmesi nedeniyle, "yasallık" koşulunun da gerçekleştiği (Test 4),

- Ancak bu kısıtlamanın süresiz getirilmesi, 13 yıldır herhangi bir kamulaştırma işleminin de yapılmamış olması nedeniyle, demokratik hukuk devletinin gerekleri ile "orantılılık" ilkesinin zedelendiği (Test 3) ve bu süresiz kısıtlılığın hukukî belirginlik ilkesine de (Test 4) aykırı olduğu ifade edilmiştir.

Yukarda değerlendirmeye tabi tutulan örnek kararlar, Anayasa'nın 90. maddesinde insan hakları andlaşmalarının öncelikle uygulanması gereği yönünde bir değişiklik yapılmadan önce dahi, gerekli eğitimin ve materyalin sağlanması kaydı ile hukukçuların nasıl bir yorum yapma ve uygulama kapasitesine sahip olduğunun açık göstergesi niteliğindedir.

Bu nedenle, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası andlaşmalara uygun mevzuatın çıkarılması ve bu mevzuatın uluslararası andlaşmalar çerçevesinde yorumlanması ve uygulanması;

- Yasama,
- Yargı,
- Yürütme organında

görev alan parlamenterlerin, avukatların, hâkim ve savcılarının ve idarede uygulama yapan diğer tüm kamu görevlilerinin eğitimini gerektirmektedir.

Bu gereğin doğal sonucu:

- Üniversite müfredatının sürekli güncellenmesi,
- Meslek öncesi ve
- Meslek içi kursların Anayasa'daki son değişikliği göze-tecek şekilde gözden geçirilmesidir.

AYŞE SAADET
ARIKAN'IN
KONUŞMASI

Tüm bu çalışmalarda gerek kurumlararası, gerek kurumlarla sivil toplum örgütleri arasındaki ortak sempozyum, seminer, konferans gibi etkinlikler; demokratik toplumu oluşturan tarafların birbirlerini anlama ve birbirlerini tamamlama gereğini de yerine getirmiş olacaktır.

Eğitimin en önemli aracı “veriler” ve “bu verilere ulaşabilme” imkânıdır. Bu nedenle:

- İnsan hakları andlaşmalarının ve
- Bu andlaşmalar çerçevesinde oluşturulan denetim mekanizmalarının karar ve raporlarının Türkçe veri tabanlarının oluşturulması,
- Bu veri tabanlarına fiziki veya elektronik ortamda, çok yönlü erişimin sağlanması, mevcutların sürekli güncellenmesi, üzerinde durulması gereken bir diğer önemli konudur.

II. İnsan Hakları Andlaşmaları

Bir veri tabanının oluşturulmasındaki yarardan hareketle aşağıda, Türkiye'nin üyesi bulunduğu Avrupa Konseyi, Birleşmiş Milletler, Uluslararası Çalışma Örgütü ve Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı bünyesinde hazırlanan uluslararası andlaşmalardan insan hakları ile bunların karşısında Türkiye'nin taraf olma konumu tablolar halinde, 01 Kasım 2004 tarihindeki durum itibarıyla sunulmaktadır.

İnsan hakları andlaşmalarını diğer uluslararası andlaşmalardan ayıran en önemli özellik, bunların devletlere değil “bireylere” haklar tanınmasıdır. Dolayısıyla bu andlaşmalarla devletlere; bireylere tanınan insan haklarının korunması ve hayata geçirilmesi açısından pozitif (bir tedbir alma) veya negatif (bir şeyden kaçınma) yükümlülükler getirilmiştir.

Devletlerin bu yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği ise, 1960'lı yıllardan itibaren, bizzat insan hakları andlaşmalarının içinde öngörülen izleme mekanizmaları ile denetlenmeye başlanmıştır.

Bu izleme mekanizmaları; bireysel şikayetler ve/veya andlaşmaya göre taraf ülkenin bizzat kendisinin 2-3 yılda bir, andlaşmayı nasıl uyguladığını gösteren bir rapor hazırlayarak sunması ile işlemektedir.

AYŞE SAADET
ARIKAN'IN
KONUŞMASI

Bireysel şikayetler, insan hakları andlaşması bünyesinde oluşturulan komiteleri¹⁰ nin de verdikleri kararların, idare tarafından gözetilmesi ve gereğinin yerine getirilmesidir. (Örneğin İşkenceyi Önleme Komitesi tarafından cezaevleri, akıl hastaneleri, nezarethaneler konusunda öneriler içeren bir raporun ilgili idareler tarafından gözetilmesi gibi.)

1. Avrupa Konseyi Andlaşmaları

1949 yılında kurulan ve halen 46 üyesi bulunan Avrupa Konseyi; insan hakları, Parlamenter demokrasi ve hukuk devleti ilkelerini savunmak, bu konularda andlaşmalar hazırlamak, farklı kültürlerle ve ortak değerlere dayalı bir Avrupalı kimlik bilinci olgusunu desteklemek için kurulmuştur.

09.08.1949 tarihi itibarıyla Türkiye'nin de üyesi olduğu bu bölgesel organizasyon şemsiyesi altında hazırlanan 196 andlaşmanın 30'u insan hakları ile doğrudan bağlantılıdır.

Bunlardan AİHS, AİHM ile bölgesel bir insan hakları izleme mekanizması oluşturmuştur.

¹¹ Bu konuda BM andlaşmalarından 1983 Çocuk Hakları Sözleşmesi, 1984 İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi, Medenî ve Siyasî Hakların Korunması Konusundaki 1966 yılı İkiz Sözleşmeleri özel komiteler oluşturmuş andlaşmalardır. Keza Avrupa Konseyi andlaşmalarından İşkencenin Önlenmesi Sözleşmesi, akıl hastaneleri, cezaevleri ve nezarethaneleri denetleme yetkisini haiz bir komite oluşturmuştur. Avrupa Sosyal Şartına EK Protokol de komite oluşturmuş bir protokoldür. Her iki organizasyon da son zamanlarda, bir komite öngörmemiş insan hakları andlaşmalarına ek protokoller düzenlemek suretiyle komite sistemi oluşturarak, izleme mekanizmasını yaygınlaştırmaktadır. Örneğin; BM Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrıcalığın Önlenmesi 1979 Sözleşmesi'ne, 1999 yılında getirilen Ek Protokol de olduğu gibi.

AYŞE SAADET
ARIKAN'IN
KONUŞMASI

a. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Andlaşma Listesi¹¹

1. İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi (AİHSöz.)1953 (TO)
2. AİHS'ye Ek Protokol 1954,(T.O)
3. Avrupa Sosyal Şartı 1965, (T.O)
4. AİHS'ye Ek 2. Protokol 1970, (T.O)
5. AİHS'ye Ek 3. Protokol 1970, (T.O)
6. AİHS'ye Ek 4. Protokol 1968, (yeni hak ve özgürlükler) (T.İ)
7. AİHS'ye Ek 5. Protokol 1971, (T.O)
8. AİH Mahkemesi ve Komisyonu Önündeki İşlemlere Konu Olanlar Hk. Avrupa Söz. 1971
9. Kişisel Verilerin Otomatik İşlenmesinde Bireylerin Korunması Söz. 1981
10. AİHS Ek 6. Protokol 1985, (ölüm cezasının kaldırılması) (T.O)
11. AİHS Ek 7.Protokol 1988, (T.O)
12. AİHS Ek 8. Protokol 1990, (T.O)
1. İşkence ve Gayr -insani ya da Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesi Hk. Avrupa Söz. 1989 (T.O)
14. Avrupa Sosyal Şartına Ek Protokol 1992, (T.İ)
15. AİHS Ek 9. Protokol 1994, (Yür.Kalkmış; yerini 11. Prot. Almış) (T.İ)

¹¹ Kasım 2004 tarihi itibariyle insan hakları konusunda 30 andlaşma olup, bunlardan 5'i henüz yürürlükte değildir. Yürürlükte olmayanlar (----) işareti ile gösterilmiştir. (TO) Koyu harfle yazılmış olup, Türkiye'nin onayladığı, (Tİ) italik olarak yazılmış olup, Türkiye'nin imzalayıp henüz onaylamadığı andlaşmaları ifade etmektedir. Hiçbir işaret taşımayan andlaşma, Türkiye'nin imzalamadığı ve taraf olmadığı andlaşmaları göstermektedir.

¹² Bu Şarta 25 AB üyesi ülkenin:

16. Avrupa Sosyal Şartını Değiştiren Protokol ----, (T.İ)

17. AİHS Ek 10. Protokol ----,

18. Bölgesel veya Azınlık Dilleri Avrupa Şartı 1998,¹²

19. İşkence ve Gayr -insani ya da Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesi Hk. Avrupa Söz. Ne Ek 1. Protokol 2002, (T.O)

20. İşkence ve Gayr -insani ya da Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesi Hk. Avrupa Söz. Ne Ek 2. Protokol 2002, (T.O)

21. AİHSöz. Ek 11. Protokol 1998, (T.O)

22. Ulusal Azınlıkların Korunması Çerçeve Sözleşmesi 1998,¹³

23. Avrupa Sosyal Şartına Ek Protokol 1998 (Toplu Şikayet Sistemi),

24. AİHMahkemesi Önündeki İşlemlere Konu Olanlar Hk. Avrupa Söz., 1999 (T.O)

25. Avrupa Konseyi Dokunulmazlıklar ve Ayrıcalıklar Genel Anlaşmasının 6. Protokolü 1998, (T.O)

26. Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı 1999, (T.İ)

- 12'si taraftır (Avusturya, Kıbrıs Rum Kesimi, Danimarka, Finlandiya, Almanya, Macaristan, Hollanda, Slovakya, Slovenya, İspanya, İsveç, İngiltere)

- 13'ü taraf olmayıp, bunlardan:

+7'si Şartı hiç imzalamamıştır (Belçika, Estonya, Yunanistan, İrlanda, Latviya, Litvanya, Portekiz)

+6'sı imzalamıştır (Fransa, İtalya, Lüksemburg, Malta, Polonya, Çek Cumhuriyeti)

¹³ Çerçeve Sözleşmeye 25 AB üyesi ülkenin:

- 19'u taraftır (Avusturya, Kıbrıs Rum Kesimi, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Estonya, Finlandiya, Almanya, Macaristan, İrlanda, İtalya, Litvanya, Malta, Polonya, Portekiz, Slovakya, Slovenya, İspanya, İsveç, İngiltere)

- 6'sı taraf olmayıp, bunlardan:

+1'i Sözleşmeyi hiç imzalamamıştır (Fransa)

+5'i imzalamıştır (Belçika, Yunanistan, Latviya, Lüksemburg, Hollanda)

AYŞE SAADET
ARIKAN'IN
KONUŞMASI

27. AİHS Ek 12. Protokol ----, (T.İ)

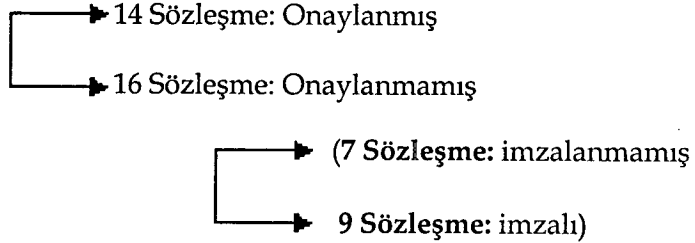
28. AİHS Ek 13. Protokol 2003 (ölüm cezalarının tamamen kaldırılması), (T.İ)

29. Bilgisayar Sistemleri Aracılığı İşlenen Irkçı ve Yabancı Düşmanlığı Suçları Hk. Siber Suçlar Sözleşmesine Ek Protokol ----,

30. AİHS Ek 14. Protokol ----. (T.İ)

b. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Andlaşmaları ve Türkiye

Toplam 30 A. Konseyi Sözleşmesi'nin Türkiye açısından durumu aşağıda görüldüğü gibidir:



2. Birleşmiş Milletler Andlaşmaları

Kasım 2004 tarihi itibariyle 191 üyesi bulunan BM, 1945 yılında; uluslararası barış ve güvenliği sağlamak, savaşı önlemek, milletlerin, kadın-erkek herkesin eşit olduğu, insan onuru ve temel insan haklarının gözetildiği bir uluslararası işbirliği ortamı geliştirmek amacıyla kurulmuştur.

Türkiye'nin 24.09.1945 tarihinde üye olduğu BM şemsiyesi altında yapılan toplam 318 andlaşmanın 25'i insan hakları ile doğrudan ilgilidir.

a. BM İnsan Hakları Andlaşmalar Listesi¹⁴

1. Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Hk.Söz 1948, (TO)
2. Her Türlü Irk Ayırıcılığının Önlenmesi Hk. Söz. 1966, (TO)
3. Ekonomik,Sosyal,Kültürel Haklar Söz. 1966, (TO)
4. Medeni ve Siyasi Haklar Söz. 1966,
5. Medeni ve Siyasi Haklar Söz. Ne Ek Seçimlik Protokol 1966, (Tİ)
6. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayırıcılığın Önlenmesi Söz.1979, (TO)
7. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayırıcılığın Önlenmesi Söz. Ne Ek Seçimlik Protokol 1999, (TO)
8. İşkence ve Diğer Zalimane, Gayrı-İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezalara Karşı Sözleşme 1984, (TO)
9. Çocuk Hakları Sözleşmesi 1989 (TO)
10. Çocukların Silahlı Çatışmalara Dahil Olmamaları Konusunda, Çocuk Hakları Sözleşmesine Ek Seçimlik Protokol 2000, (Tİ)
11. Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi Konusunda, Çocuk Hakları Sözleşmesine Ek Seçimlik Protokol 2000, (TO)
12. Göçmen İşçiler ve Ailelerinin Haklarının Korunması Söz. 1990, (Tİ)
13. Mültecilerin Hukuki Durumu Hk. Söz. 1951, (TO)
14. Vatansız Kişilerin Statüleri Hk. Söz. 1954,
15. Vatansızlık Konumunun Azaltılması Hk Söz. 1961,
16. Mültecilerin Statüsü Hk Protokol 1967,(Tİ)

¹⁴ TO: Türkiye'nin Onayladığı

Tİ: Türkiye'nin İmzaladığı Andlaşmaları ifade etmektedir. İmzalanmayan ve Türkiye'nin taraf olmadığı andlaşmalara herhangi bir işaret konulmamıştır.

AYŞE SAADET
ARIKAN'IN
KONUŞMASI

17. İnsan Ticareti ve Kişilerin Fuhuşta Kullanılmasının Önlenmesi Hk Söz. 1950,

18. İnsan Ticareti ve Kişilerin Fuhuşta Kullanılmasının Önlenmesi Hk.daki Söz.e Ek Nihai Protokol 1950,

19. BM ve BM Personelinin Güvenliği Söz. 1994,

20.Uluslar Arası Ceza Divanı Statüsü (Roma Statüsü) 1998,

21.Sınır Aşan Organize Suçlar Söz.(Palermo Söz.) 2000, (TO)

22. Palermo Söz. ne Ek, İnsan (Özellikle Kadın ve Çocuk) Ticaretinin Önlenmesi ve Cezalandırılması Protokolü 2000, (TO)

23. Palermo Söz. ne Ek, Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığının Önlenmesi Protokolü 2000, (TO)

24. Palermo Söz. ne Ek, Ateşli Silahlar ve Parçalarının Yasadışı İmalat ve Ticaretinin Önlenmesi Protokolü 2001 (Tİ)

25. Eğitimde Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi 1960 (UNESCO)

b. BM İnsan Hakları Andlaşmaları ve Türkiye

Toplam 25 BM Sözleşmesinin Türkiye açısından durumu aşağıda görüldüğü gibidir:

→ 14 Sözleşme: Onaylanmış

→ 16 Sözleşme: Onaylanmamış

→ (7 Sözleşme: imzalanmamış

→ 4 Sözleşme: imzalı)

3. Uluslararası Çalışma Örgütü Andlaşmaları

1919 yılında kurulan uluslararası Çalışma Teşkilatı (ILO) bünyesinde, Türkiye dahil 177 üye bulunmaktadır.

Çalışmaların temel hakları ile ilgili uluslararası çalışma standartlarını, andlaşmalar ve tavsiye kararları aracılığı ile oluşturmayı amaçlayan ILO'nun hazırladığı 185 andlaşmadan 8'i insan hakları ile doğrudan bağlantılıdır. Bunları, sendikalaşma hakkı, zorla çalıştırma yasağı, eşitlik ve çocuk işçiliğinin önlenmesi olmak üzere dört ana başlıkta toplamak mümkündür.

a. ILO İnsan Hakları Andlaşmalar Listesi

aa. Sendikalaşma Hakkı

1. Sendikalaşma Hakkı ve Sendika Özgürlüğünün Korunması Hakkında Söz. 1948,
2. Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı Sözleşmesi 1949,

bb. Zorla Çalıştırma Yasağı

3. Zorla Çalıştırma Sözleşmesi 1930,
4. Zorla Çalıştırmanın Kaldırılması Sözleşmesi 1957,

cc. Eşitlik

5. İş ve Meslek Konusunda Ayrımcılık Sözleşmesi 1958,
6. Eşit Ücret Sözleşmesi 1951,

dd. Çocuk İşçiliğinin Önlenmesi

7. Asgari Yaş Sözleşmesi,
8. En Kötü Biçimlerdeki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması Söz. 1999,

AYŞE SAADET
ARIKAN'IN
KONUŞMASI

b. İLO İnsan Hakları Andlaşmaları ve Türkiye

Toplam 8 İLO Sözleşmesi'nin Türkiye açısından durumu aşağıda görüldüğü gibidir

8. Sözleşme: Hepsi Onaylanmış.

4. Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT) Andlaşmaları

Avrupa'da güvenlik ve istikrarın sağlanması, çevre bilim, ekonomi, teknoloji konularında işbirliğinin yanı sıra insan hakları konusunda da işbirliğini amaçlayan AGİT, 1975 yılında Helsinki Konferansı ile oluşturulmuştur.

Halen Türkiye'nin de aralarında bulunduğu 55 devlet Teşkilat'a üyedir.

1975 tarihli Helsinki ve 1990 Paris Şartı, Teşkilat'ın konuyla ilgili andlaşmaları olup, Türkiye ikisine de taraftır.

III. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye

Yukarıda da vurgulandığı üzere Türkiye'nin tarafı olduğu AİHS'nin, kurduğu mahkeme ile insan haklarının korunması açısından özel bir izleme mekanizması getirmiştir. Mahkemeye Ekim 2004 sonu itibariyle yapılan başvuruları aşağıdaki şekilde göstermek mümkündür.

AİHM: Toplam 30.828 başvuru

En Çok Aleyhe Başvuru Alan Ülkeler

Türkiye	: 5250
Rusya	: 3784
Polonya	: 3156
İtalya	:1722

1. Türkiye Açısından AİHM'ne İletilen Başvuru Türleri¹⁶

AYŞE SAADET
ARIKAN'IN
KONUŞMASI

BAŞVURU TÜRLERİ		
1	G.Kıbrıs Rum Kesiminden	2250
2	GD Anadolu'dan	1500
3	Y.Askeri Şura Kar.na karşı TSK'nden uzaklaştırılanlardan	77
4	Devlet Başvuruları	2
5	Parti Kapatma	9
6	Mülteciler	23
7	Kamulaştırma	687
8	Sıkıyönetimle ilgili dosyalar hak.	26
TOPLAM		4574

2. Türkiye Aleyhine AİHM'ne İletilen Başvuru Konuları

AİHS Md.	Maddenin Konusu	Başvuru Sayısı
2.md.	Yaşam Hakkı	191
3. md.	İşkence ve Kötü Muamele Yasağı	477
5. md.	Hürriyet ve Güvenlik Hakkı	610
6. md.	Adil Yargılanma Hakkı	1354
7. md.	Suç ve Cezaların Kanuniliği	234
8. md.	Özel Hayat,Aile Hayatı,Konut Dok.	684
9. md.	Düşünce, Vicdan ve Din Özgürl.	77
10. md.	İfade Özgürlüğü	200
11. md.	Dernek Kurma ve Toplantı Özgürl.	64
13. md.	Hak Arama Özgürlüğü	645
14. md.	Ayrımcılık Yasağı	383
1.Prot. 1. md.	Mülkiyet Hakkı	1364
TOPLAM		6283

¹⁶ 1-3 numaralı başlıklar altındaki veriler de Ekim 2004 sonu itibariyle derlenmiştir.

AYŞE SAADET
ARIKAN'IN
KONUŞMASI

3. AİHM Tarafından Türkiye Hakkında Verilen Kararlar

1	AHİM'in Aleyhe Verdiği Karar Sayısı	493
2	AHİM 'in Lehe Verdiği Karar Sayısı	18
3	AHİM 'in Kabul Edilemez Bulduğu Başvurular	180
3	Diğer Nedenlerle Kayıttan Silinen Başvurular	72
5	AHİM- Kabul edilebilirlik Kararı	130
6	AHİM -Kısmen Kabul edilebilirlik kararı	226
7	İncelemesi Devam Eden Başvurular	969
8	Dostane Çözümle Sonuçlanan Başvuru Sayısı	680
9	Bakanlar Komitesinin Aleyhe Verdiği Karar S.	13
TOPLAM		2781

Yıllara Göre Karar Sayısı

YIL	Başvuru Sayısı	Mahkeme Karar Sayısı	Dostane Çöz. Karar Sayısı
1989	1	-	-
1990	15	-	-
1991	1	-	-
1992	17	-	-
1993	32	1	3
1994	68	-	5
1995	76	2	1
1996	77	2	-
1997	325	9	1
1998	324	17	1
1999	142	21	1
2000	301	22	19
2001	350	177	284
2002	259	68	193
2003	436	73	101
2004	357	101	71

AİHM'e Siyasî Partilerle İlgili Başvuru ve Kararlar

AYŞE SAADET
ARIKAN'IN
KONUŞMASI

1	Türkiye Birleşik Komünist	1992	KARAR VERİLDİ
2	Sosyalist Parti	1993	KARAR VERİLDİ
3	Halkın Emek Partisi	1998	GÖRÜŞÜLÜYOR
4	Sosyalist Türkiye Partisi	1995	KARAR VERİLDİ
5	Özgürlük ve Demokrasi Partisi	1995	KARAR VERİLDİ
6	Refah Partisi	1998	KARAR VERİLDİ
7	Demokrasi ve Barış Partisi	1998	GÖRÜŞÜLÜYOR
8	Demokrasi ve Değişim Partisi	1998	GÖRÜŞÜLÜYOR
9	Fazilet Partisi	2002	GÖRÜŞÜLÜYOR

Oturum Başkanı: Sayın Arıkan, teşekkür ederiz. Tabii Ayşe Saadet Arıkan'ın bu sunuşu keşke bildiri sunan konuşmacılar arasında olsaydı; çünkü önemli bilgiler sundu. Ama süre bakımından çok sıkıntıdayız, bize ayrılan süreyi şimdiden 10 dakika geçmiş bulunuyoruz, daha 4 yorumcumuz var.

Söz sırası Sayın Prof. Dr. Yılmaz Aliefendioğlu'nda.

Buyurun.

Prof. Dr. Yılmaz ALİEFENDİOĞLU (Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi)

YILMAZ
ALİEFENDİOĞLU'NUN
KONUŞMASI

I. "Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukuka Doğrudan Uygulanması" M. Gülmez'in Bildirisi Üzerine Yorum (Anayasa, m. 90/son)

TC Anayasası'nın 90. maddesinin son fıkrasındaki, "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz." biçimindeki hükme, 7.5.2004 günlü, 5170 sayılı Yasa'nın 7. maddesiyle, "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır." tümcesi eklenmiştir.

YILMAZ
ALİFENDİOĞLU'NUN
KONUŞMASI

Madde gerekçesinden anlaşılacağı üzere, Anayasa'nın 90. maddesinde yapılan değişiklikle, usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalar ile yasa hükümlerinin çatışması durumunda ortaya çıkabilecek bir uyuşmazlığın çözümünde hangi kurala öncelik verileceği hususunun açık bir biçimde belirtilmesi ve bu konudaki tereddütlerin giderilmesi amaçlanmıştır. Başka bir deyişle amaç, insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalarla, iç hukuk yada yasa hükmü arasında çıkabilecek bir çatışmanın çözüme bağlanması ve bu tür sözleşme yada antlaşma hükümlerinin iç hukukta doğrudan uygulanmasının sağlanmasıdır.

"Anayasa değişikliği sonrasında İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması" başlıklı ilk bildiri sahibi sayın Gülmez, öncelikle, insan haklarının uluslararası alanda ulaştığı boyut ve kazandığı anlam üzerinde durmuş; insan haklarının *"uluslararasılaşması"* ve insan hakları hukukunun ulusal hukuk düzenine girmesi olgusunu ele almıştır:

Gülmez'in deyişiyle, *"insan haklarının uluslararasılaşması süreci, önce sosyal haklardan başlamıştır"*. Bu bağlamda, 1919 da kurulan Uluslararası Çalışma Örgütü (UÇÖ), sosyal hakların üretilmesi ve korunması yönleriyle ilk örnektir. UÇÖ ile, konu ve korunan kişiler açısından sınırlı başlayan uluslararasılaşma süreci, daha sonra Birleşmiş Milletler Örgütü'nün kurulmasıyla genel ve insan haklarına saygı kavramıyla evrensel bir nitelik kazanmıştır. 1948 İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ile başlayan süreçte tüm insanları korumayı amaçlayan genel ya da bölgesel sözleşmeler dönemi başlamıştır. Gülmez'in deyişiyle, bu dönemde birey, insan hakları hukukunun konusu olmaktan öte, *"öznesi"* olmuş, hakları sözleşmelerle güvence altına alınmıştır. Artık insan haklarını ihlal eden devlete karşı hak arama yolları vardır. Kimi durumlarda bireyin hakkını araması, yurttaşı olduğu devletin koruyucu sözleşmeye taraf olmasına bağlı değildir. Bu devletler, katıldıkları uluslararası kuruluşların belgelerinde yer alan *"insan haklarına saygı gösterme"* yükümleri nedeniyle sorgulanabilmektedirler. Özellikle UÇÖ'nün 1950'li yıllarda başlattığı ve daha sonra, Birleşmiş

Milletler'in uygulamalarıyla giderek yaygınlaşan ve "sözleşme dışı" olarak adlandırılan koruma ve denetim yöntemleri, bireyin hak aramasını devletin siyasi iradesinden bağımsız olarak güvenceye bağlamıştır. Böylece, geliştirilen bu yöntemler insan haklarını, uluslararasılıktan ulusal üstünlüğe taşımıştır.

Bir devletin, insan hakları yükümlülüğü belirlemede, konuya sadece "taraf devlet olup olmama" ölçütünün kullanarak bakılması yeterli olmayacaktır. Konu, 90. maddenin son fıkrası yönünden ele alındığında, "usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalar", insan hakları yönünden devletin sorumluluğunu tam ifade edemez. Yargı kararıyla korunmamaları nedeniyle eksik yaptırımli olan insan hakları ihlallerine karşı geliştirilen denetim organları da küçümsenmemelidir.

Anlatım farkı;

Sayın Gülmez, bildirisinin ikinci bölümünde, 90. maddenin 1. fıkrasındaki anlatım bozukluğunu işaret etmekte ve haklı olarak yabancı devletlerle yapılacak antlaşmaların TC adına yapılabileceği, ancak uluslararası kuruluşlarca yapılacak antlaşmaların ise Türkiye Cumhuriyeti adına yapılması sonucunu doğurmayacağını ifade etmektedir. Gülmez, 1. fıkradaki, "milletlerarası kuruluşlarla yapılan antlaşmalar" yerine "milletlerarası kuruluşlarca yapılan antlaşmalar" deyiminin kullanılmasının daha isabetli olduğunu savunmaktadır.

"Kanun hükmünde" olmanın anlamı;

Gülmez, bildirisinde, Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasındaki, "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir" tümcesi üzerinde de durmaktadır. Gülmez'e göre, "kanun hükmündedir" kavramı, uluslararası antlaşmaların kurallar sıralamasındaki yerinin belirlenmesine değil hukuksal değerinin ve bağlayıcılığının gösterilmesine yöneliktir. Başka bir deyişle, bu kavram, uluslararası antlaşmayı iç hukuka katma, ya da ulusal hukukun bir parçasına dönüştürme amacı taşıyan bir düzenlemedir. Uygulamada bu kavram,

YILMAZ
ALİEFENDİOĞLU'NUN
KONUŞMASI

amacı ötesinde, yanlış biçimde yorumlanarak, uluslararası sözleşmelerin, kuralların kademeleşmesinde Yasa'ya eşdeğer olduğu sonucu çıkarılmıştır. Böylece, uluslararası sözleşme kanun seviyesinde kabul edildiğinde, uluslararası hukuk ile iç hukuk arasındaki olası bir çelişki, yanlış bir biçimde, yasalar arasındaki çatışmada uygulanan, "*sonraki yasanın önceki yasadan*" ya da "*özel yasanın genel yasadan*" önce geleceği yönündeki yorum kurallarına göre çözülmesi sonucunu doğurur.

Bu görüş, antlaşmalarda, yasalarla değişiklik yapabilmeye yargısını beraberinde getirir. Bu durum gerçeklerle bağdaşmaz, uluslararası alanda geçerli ortak kurallar oluşturma amacına aykırı düşer. Doğru yargı, bu kavramın, "*koşulları yerine getirilerek yürürlüğe konulmuş bir uluslararası antlaşmanın, ulusal yasalar gibi yürütme ve yargı için bağlayıcı nitelik taşıdığı kabul edilerek, doğrudan uygulanması gerektiği yolunda*"¹ değerlendirilmesidir. Böylece, uluslararası hukuk ile iç hukuk arasında monist yada tekçi yaklaşım benimsenmiş olur.

Anayasa Mahkemesi'ne başvurma yasağı;

Bildiride, son fıkradaki, uluslar arası sözleşmelere karşı Anayasa Mahkemesi'ne başvurma yasağı getiren cümle üzerinde de durulmuştur. Sayın Gülmez, bu yasağın iki farklı biçimde yorumlanmasının olanaklı olduğunu belirtmektedir:

Birinci görüş, Anayasa'nın, "*yasa hükmünde*" saydığı bu yasakla, usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmaları yasayla eşdeğer saydığı ve bu durumun getirebileceği olası sonucu önlemek için Anayasa yargısı yolunu kapamak istediği biçimindedir. Bildiride, madde gerekçesinin bu görüşü destekler nitelikte olmadığı savunulmaktadır.

İkinci görüş, Anayasa'nın, bu tür antlaşmaları yasa hükmünde saymakla beraber, bunlara karşı Anayasa Mahkemesi'ne karşı başvuru yolunu kapatması, antlaşmaların yasalar-

¹ Gülmez Mesut, "Sözleşmeli Personel, Anayasa ve Uluslar arası Kurallar", *Amme İdare Dergisi*, C 21, s. 4, 1988, s. 41; ayrıca bildiri notu, s. 6 ve Gülmez Mesut, *Dünyada Memurlar ve Sendikal Haklar*, TODAİE Yayını, Ankara, 1996, s. 217.

dan üstün konumda olduğunu kabul ettiğini gösterir. Kaldı ki, maddede, bu tümceye yer verilmemiş olsaydı dahi, Anayasa Mahkemesi'nin uluslar arası sözleşmeyi Anayasa'ya uygunluk denetimine tabi tutması beklenmezdi. Öte yandan, antlaşma -yasa çatışmasında, temel hak ve özgürlükler ile ilgili antlaşma kuralı, 5170 sayılı yasayla Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına eklenen tümce nedeniyle öncelikle uygulanacaktır.

Maddenin son fıkrasına eklenen tümce;

Bildiride, üzerinde durulan bir ayrı konu, Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına eklenen tümce olmuştur. Gerekçeye göre, fıkraya yapılan eklemenin amacı, "*Uygulamada usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin milletlerarası antlaşmalar ile kanun hükümlerinin çelişmesi halinde ortaya çıkacak bir uyumsuzluğun hallinde hangisine öncelik verileceği konusundaki tereddütlerin giderilmesi*" dir.

Bildiride, fıkraya eklenen tümceden doğabilecek sorunlar maddeler halinde belirtilmiş ve bu soruların cevaplandırılmasına çalışılmıştır:

- İnsan hakları – temel hak ve özgürlükler ikilemi;

Öncelikle, madde gerekçesinde ve Anayasa'nın 2 ve 14. maddelerinde insan haklarından söz edilmesine karşın, eklenen cümlede, "*insan hakları*" yerine "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlükler*" deyiminin kullanılmasının nedeni araştırılmıştır. Bu düzenleme ile, sadece Anayasa'da yer alan sınırlı temel hak ve özgürlükler mi kastedilmiştir, yoksa, evrensel ve bölgesel insan hakları sözleşmelerinin esas alınması mı amaçlanmıştır? Sorularına yanıt aranmıştır.

Gülmez, Anayasa'ya saygılı (m. 2) ve Anayasa'ya dayalı (m. 14) bir devlette, "*temel hak ve özgürlük*" teriminin, usulüne göre yürürlüğe konulmuş ve konulacak insan haklarını tanıyan ve koruyan tüm uluslararası sözleşmeleri kapsadığı görüşündedir. Kanımca, konunun bu yolda değerlendirilmesi, temel hak ve özgürlüklerin uluslararası alanda ulaştığı boyut ve anlayışa uygun düşmekte ise de, Anayasa'nın başlangıcındaki

YILMAZ
ALİFENDİOĞLU'NUN
KONUŞMASI

egemenliğin kullanılmasıyla ilgili "... bu Anayasa'da gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni ..." ilkesiyle örtüşüp örtüşmediği konusu üzerinde de durulmasını gerektirir.

- Antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi;

Bildiride, ek tümcede geçen "*kanunlar*" sözcüğü üzerinde de durulmuştur. Bu arada kanun hükmünde kararnameler ve öteki düzenleyici işlemler tartışılmıştır. Ayrıca, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalar ile yasa arasında çıkabilecek bir çatışmada yasa hükmünün Anayasa'ya uygun olması durumunda antlaşma hükmünün esas alınması, antlaşmanın, dolaylı olarak, Anayasa'ya üstün tutulduğu sonucunu da doğurup doğurmayacağı? Sorusu sorulmuştur.

Varılan sonuç, ek cümle ile getirilen hüküm, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalarla, Anayasa'ya uygun yasaların söz konusu olması durumu dahil, tüm yasalar, kanun hükmünde kararnameler ve yürütme ve idarenin genel düzenleyici işlemleri (tüzük, yönetmelik, kararname gibi) açısından geçerlidir. Uluslararası antlaşmanın, Yasa'yla açık bir çatışma içinde olmamasına karşın, bu Yasa'ya göre çıkarılan, örneğin; tüzük, yönetmelik gibi yönetsel nitelikli düzenleyici işlemlerle çatışması durumunda, aynı zamanda, bir iç hukuka aykırılık ve dava konusu söz konusu olacaktır; ancak, Anayasa'ya eklenen tümce ile yapılan düzenlemenin, temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaları ulusal hukuka üstün tutması nedeniyle, bu durumda dahi antlaşmanın esas alınması gerekir.

Bildiride, madde gerekçesinde "*esas almanın*" öncelikle uygulama anlamına geldiği de belirtilmiştir.

- Doğrudan uygulanma kuralı ve istisnası;

Sayın Gülmez, taraf olduğumuz insan hakları sözleşmeleri yasaların ve anayasaların da üstündedir ve kurallar

kademesinin en başında yer alır. Çatışma olması durumunda sözleşmenin uygulanması için, ulusal hukukta özel düzenleme yapılmasına gerek yoktur, sözleşmeye aykırı hükümlerin de değiştirilmesi beklenmez. Ancak, antlaşmalar ile yasalar arasındaki çatışma, yasaların, insan hakları yönünden, antlaşmalardan daha ileri düzenleme öngörmesinden ileri gelmiş ise, bu durumda antlaşmalar esas alınmaz ve uyuşmazlık daha geniş güvenceler sağlayan yasaların uygulanması ile çözümlenir. Bu durumda, 90. maddesinin son fıkrasına eklenen kural uygulanmaz. Çünkü Anayasa'da yapılan değişikliğin temelinde, ulusal yasaların uluslararası antlaşmalardan daha geri bir güvence sağlamış olduğu görüşü vardır. Nitekim, kimi sözleşmelere, aynı konudaki sözleşmeler arasında ya da sözleşmeler ile ulusal hukuk arasında çatışma çıkması durumunda, daha ileri haklar ve güvenceler getiren kuralların öncelikle uygulanacağına ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Örneğin; BM Kişisel ve Siyasal Uluslararası Sözleşmesi ile BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmeleri'nde bu yönde hükümler bulunmaktadır. Ancak, Anayasa'nın 90. maddesine yeni eklenen kuralın ihmali yoluyla antlaşma yerine daha ileri düzenleme getiren yasa hükmünün uygulanması yolundaki görüşün, Anayasa'nın üstünlüğü (m. 119 ve yargıçların, maddedeki sıralamaya göre, önce Anayasa'ya uygun karar vermeleri gerektiğine ilişkin Anayasa kuralı (m. 138/1) karşısında tartışılması gerektiği kanısındayım.

Ek tümce ile getirilen düzenleme, yargı ve yürütme kadar yasamayla da bağlar.

Düzenlemede "*uyuşmazlıklar*" sözcüğünün geçmiş olması, getirilen kuralın sadece yargı ile ilgili olduğu anlamına gelmez. Yönetmelik organlar ya da birimler önlerine gelen işlerde uluslararası antlaşmaları esas almalıdır. Hatta bu kural yasamayla da bağlar. Yasama organı da bir uyuşmazlığa yol açacak yasalar çıkaramaz, çıkarmamalıdır.

• Ek tümceyle yapılan düzenleme, uluslararası denetim organlarının kararlarının da esas alınmasını gerektirir

YILMAZ
ALİEFENDİOĞLU'NUN
KONUŞMASI

Gülmez, ek tümcedeki, “aynı konuda farklı hükümler” biçimindeki ifadeyi esas alarak, temel hak ve özgürlüklerle ilgili bir yasa ile uluslar arası bir antlaşma hükmü arasında bir çatışma olduğu ya da olmadığı sonucuna, “sadece uluslararası antlaşma metnine bakılarak” varılamaz, demektedir. Gülmez’e göre, bu konuda karar verilirken, koruma ve denetim organlarının konuya ilişkin yerleşik ilke ve kararları da göz önünde bulundurulmalıdır. Örneğin; İncal kararında, İHAM, Devlet Güvenlik Mahkemeleri’nde “Askeri Yargıç’ın” konumunu inceleyen, Sözleşme’nin 6. maddesindeki “bağımsız ve yansız” bir mahkeme tarafından adil yargılanma hakkına somut bir anlam ve içerik yüklemiştir.

Bir başka örnek; 1993 yılında usulüne göre yürürlüğe koyduğumuz 87 sayılı Sözleşme’de “grev hakkında” söz edilmemesine karşın, Sözleşme’yi onaylayan taraf devletlerin yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini inceleyen Uzmanlar Komisyonu’nun ve UÇÖ kapsamındaki Sendika Özgürlüğü komitesinin kararları esas alınarak 87 sayılı Sözleşme’nin grev hakkını da kapsadığı (güvenceye aldığı) kabul edilmiştir. Sözleşme’nin yorumlanmasında bu organların kararlarının göz önünde tutulmaması Anayasa’ya aykırılık oluşturur. Böylece, ek cümle, yargı yerlerine ve yönetsel yetkililere sorumluluk yüklemekte ve bu konuda ciddi bir insan hakları eğitimi gereksinimini ortaya çıkarmaktadır.

- İç hukukta ya da yasalarda boşluk olması durumu;

Gülmez, Yasa’larda boşluk olması nedeniyle açık bir çatışmanın söz konusu olmadığı durumlarda da, ulusal hukukla bütünleşmiş uluslararası antlaşmaların esas alınması gerektiği görüşündedir.

Sonuç

Sayın Gülmez’in bildirisinin sonuç bölümü, Anayasa’nın 90. maddesinin son fıkrasına eklenen tümceyle sınırlı görüşleri, özetle, aşağıdaki yargılarla sona ermektedir.

1. Ulusal hukuk ile, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların aynı konuda farklı hükümler içermeleri nedeniyle çıkması olası bir çatışmada, insan haklarına ilişkin kural, ulusal hukuka üstün sayılarak yargı yerleri ve yönetsel makamlar tarafından kendiliğinden, "esas" alınarak uygulanmalıdır.

Uygulama için, antlaşmaları ulusal hukuka katan özel yasa ya da yönetsel düzenlemenin varlığı aranmamalıdır. Yeni hüküm, temel hak ve özgürlüklerine ilişkin antlaşmaların, bir iç hukuk düzenlemesi ile ulusal hukuka aktarılması koşulu aranmaksızın kendiliğinden ve doğrudan yargı yerleri ve yönetsel makamlarca uygulanması yükümü getirmiştir.

Bu görüş doğal olarak temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir antlaşma hükmü ile Anayasa kuralı arasında bir çatışma olması durumunda da, taraf olduğumuz insan hakları antlaşması ile getirilen hükümlerin Anayasa karşısında da öncelik alması sonucunu doğurur.

2. İç hukukun temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmadan daha ileri hak ve özgürlük ve bireysel güvence sağlaması durumunda temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası hukuk kuralı bir yana bırakılmalı, uygulanmamalıdır.

3. Tümçenin öngördüğü "uyuşmazlık", salt yasalarla sınırlı olmamalı, KHK'ler ve idarenin düzenleyici işlemlerini de içermelidir.

4. Uyuşmazlıklar, sözleşmedeki salt sözel metinlere göre değil, koruma ve denetim organlarının kararları da dikkate alınarak çözümlenmelidir.

YILMAZ
ALİFENDİOĞLU'NUN
KONUŞMASI

II. "Mayıs 2004'de Anayasa'nın 90. Maddesine Eklenen Hükümün Türk Anayasallık Bloğuna Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme" N. Yüzbaşıoğlu'nun Bildirisi Üzerine Yorum

Sayın Yüzbaşıoğlu, 90. maddeye yapılan eklemeyi, Anayasallık bloğunu oluşturan normlar arasındaki kademeleşmeyi çözücü bir çatışma kuralı olarak belirledikten sonra, ulusal üstü örgütlerin organları ile ulusal organların egemenlik paylaşımı ve ulusal üstü organların işlemleri ile ulusal işlemler arasında kademeleşme sorunu üzerinde durmuştur.

Bu bağlamda, Anayasa'nın 90. maddesine eklenen cümle ile yapılan değişikliğin;

- Değişen egemenlik anlayışını ulusal üstü ve ulusal hukuka yansıtıp yansıtmadığı;
- Ulusal üstü/uluslararası hukuk - ulusal hukuk kuralları arasında sağlıklı bir kademeleşme kurup kurmadığı yönlerinden sorgulamıştır.

Yüzbaşıoğlu'nun ilk saptaması, Türkiye Cumhuriyeti Anayasaları'nda , ulusal üstü/uluslararası hukuk ile ulusal hukuk arasında kurallar kademeleşmesini sağlıklı çözecek "açık" bir çatışma kuralının bulunmadığıdır. 1961 ve 1982 Anayasaları'ndaki, "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz." (m. 65, 90) kuralı, genel olarak uluslararası sözleşmelere yönelik açık olmayan bir çatışma kuralıdır. Bu nedenle de öğretide ve yargı yerlerinde farklı yorumlanmıştır.

Öğretide genelde kabul gören görüşe göre;

Türk hukukunda uluslararası hukuk/ulusal hukuk ilişkisinde monist sistem benimsenmiştir.

Böylece Anayasa'nın 90. maddesinde belirlenen usule uygun olarak yürürlüğe giren uluslar arası antlaşmaların, iç hukukta uygulanması için başka bir iç hukuk işlemi gerekmez. Bunun

doğal sonucu olarak antlaşma hükümleri ulusal yasama, yürütme, yargı organları ve idare makamlarınca doğrudan uygulanabilirler, birey uluslararası antlaşma hükümlerinden doğan haklarını ulusal yargı yerleri önünde arayabilir.

Bu hüküm nedeniyle uluslararası antlaşmalarla kanunlar kurallar kademelenmesinde eşdeğer durumdadır. Çatışma durumunda, *lex posterior* (sonraki normun öncekinin yerini alması) ve *lex specialis* (özel normun genel normdan önce gelmesi) kuralları hangi normun uygulanacağını belirler.

Farklı görüş sahipleri ise, *"Bunlar hakkında Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz"* kuralına dayanarak, uluslararası sözleşmelere yasalardan üstün, hatta Anayasa'dan üstün değer vermişlerdir.

Sayın Yüzbaşıoğlu da, sayın Gülmez gibi, İHAS gibi doğrudan uygulanabilir nitelikte olan temel haklara ilişkin ulusal üstü sözleşmelerin ve Avrupa Birliği hukukunun Anayasa üstü değer taşıdığı yönündeki görüşlere katılmaktadır. 1961 ve 1982 Anayasaları'ndaki *"usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir"* kuralı ile güdülen amaç, Türk hukukunda kurallar kademelenmesinde anlaşmanın yerini belirlemek değil, anlaşmaları ayrıca ulusal bir hukuk işlemi gerekmeksizin, ulusal hukuk düzeninin bir parçası kılmaktır. Bu görüş, Gülmez'in görüşüyle ve öğretideki genel kanı ile örtüşmektedir.

Yüzbaşıoğlu'na göre, Lozan gibi, TC Kurucu Antlaşmaları ve İHAS gibi doğrudan uygulanabilir nitelikteki ulusal üstü insan hakları sözleşmeleri, ticari nitelikteki sözleşmelerle bir tutulamaz. Bu nedenle Türk hukukunda ulusal üstü/uluslar arası hukuk - iç hukuk ilişkilerini ve kurallar kademelenmesini belirlerken sadece 90. maddeyi ölçü almakla yeterli çözüme ulaşamayız.

1982 Anayasası'na göre Türk hukuk düzeninde kurallar kademelenmesi kurulabilmesi için Anayasa'nın 90. maddesi yanında, 2, 15, 16, 42 ve 92. maddeleri de göz önünde tutulmalıdır.

YILMAZ
ALİEFENDİOĞLU'NUN
KONUŞMASI

Anayasa'nın 16, 42 ve 92. maddelerinde uluslararası antlaşma hükümleri garanti altına alınarak bunlara anayasal değer verilmiştir. Anayasa'nın 2 ve 15. maddeleri ise, özellikle temel haklar ve özgürlükler rejimi açısından, 1982 Anayasası'nı ulusal üstü/uluslararası hukuka açan bir işlev görmektedirler. Sonuç olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hukuku ve bu nitelikteki insan hakları belgeleri, temel haklar şartı, Kopenhag Kriterleri ve Avrupa Anayasası niteliğindeki kurucu antlaşmalarıyla Avrupa Birliği hukuku, kurallar kademeleşmesinde Anayasa üstü bir değer taşır.

Yargı kararlarına göre ise;

Anayasa Mahkemesi (AYM), kararlarında, AİHS ve BM Evrensel İnsan Hakları Bildirisi'ni, insan haklarına ilişkin sözleşme, bildiri, karar ve başka belgeleri destek ölçü norm olarak kullanmışsa da, bağımsız ölçü norm olarak kabul edip kararlarını sadece bu belgelere dayandırmamıştır. Yüzbaşıoğlu, bu durumu doğal kabul etmektedir. Çünkü, insan haklarına ilişkin bildiriye ya da sözleşmeye aykırı olan kural, aynı zamanda Anayasa'nın 2. maddesindeki insan haklarına saygılı olma ve hukuk devleti ilkeleri ile de bağdaşmaz. Anayasa'nın açık düzenlemesi ile çatışmayan, ancak, insan haklarına ilişkin bildiri ya da sözleşmeyle çatışan kural, aynı zamanda Anayasa'daki bu ilkeler nedeniyle Anayasa'ya da aykırı düşer.

Sorun, Anayasa'nın açık hükmüne aykırı düşen bir insan hakları bildiri ya da sözleşmesi karşısında mahkemenin tutumunun ne olacağıdır. Yüzbaşıoğlu, Türk hukukunda anayasallık bloğu ve kurallar kademeleşmesinin kilit problemi olarak gözüken bu sorunu çözecek açık ve somut bir karara rastlanmadığını belirtmektedir.

Uygulamada ve genelde, Yargıtay ve Danıştay, uluslararası antlaşma kurallarını destek norm olarak kullanmada, Anayasa Mahkemesi'yle aynı doğrultuda kararlar vermektedirler. Ancak Yargıtay ve Danıştay'ın, kimi kararlarında uluslararası antlaşmalara doğrudan gönderme yaptıkları da görülmektedir.²

² Necmi Yüzbaşıoğlu'nun Bildirisi, s. 14-16.

Yüzbaşıoğlu, Türk yargı yerlerinin, özellikle son yıllarda, öğretideki baskın görüş doğrultusunda verdikleri kararlarda, öncelikle İHAS olmak üzere insan haklarına ilişkin bildiri ve antlaşmaları, yasaların üstünde hatta anayasal değerde belgeler olarak yorumlamışlar ve Anayasa'da açık aksine hüküm bulunmayan durumlarda anayasal destek ölçü norm olarak kullanmışlardır. Böylece, Anayasa'nın 90. maddenin son fıkrasına eklenen tümce, zaten öğretide ve içtihadı hukukta tanınmakta ve uygulanmakta olan kuralı pozitif hüküm haline getirerek konunun açıklığa kavuşturulması yönünden sınırlı bir yarar sağlamıştır.

Anayasa ve yasalardaki suskunluk;

Antlaşmanın düzenlediği alanda Anayasa ve yasaların suskun olması durumunda temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşma hükmü yasa kuralı gibi uygulanır. Antlaşma hükümleri bireye haklar sağlıyorsa, bu haklarını doğrudan kullanabilirler. Bu konu içtihadı hukukta zaten uygulama alanı bulmuştu. Yeni getirilen düzenleme tereddütleri gidermiştir.

Yüzbaşıoğlu, görüşlerini, temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşma ile kanunlar arasında ortaya çıkabilecek olası üç çatışma durumu üzerinden açıklamıştır:

• Anayasa'nın, antlaşma ile uyumlu olması, Yasa'yla çatışması:

Ek kural bu konuda faydalı olacak, antlaşma hükmü esas alınacaktır. Ayrıca Anayasa'ya aykırı yasaya karşı Anayasa yargısı yolu işletilebilecektir.

• Antlaşma ile Yasa'nın çatıştığı alanda Anayasa'da açık hüküm olmaması:

Ek madde, burada da sorunun çözümünde yararlı olacaktır. Çözüm antlaşmaya göre yapılacaktır.

• Yasa, Anayasa'yla uyumlu ancak sözleşme ile çatışmakta ise; başka bir deyişle Anayasa kuralı ile uluslar arası hukuk arasında bir çatışma olması durumu:

YILMAZ
ALİFENDİOĞLU'NUN
KONUŞMASI

Yüzbaşıoğlu'na göre, bu durumda, ilk iş, ulusal üstü/ulusal hukukun üstünlüğü ilkesine göre Anayasa'nın, antlaşmaya uygun yorumlanması yoluna gidilmelidir. Çatışma açık ve uyumsuzluk yorumla düzeltilemiyor ise, getirilen Ek kural bu hususu çözümleyemez. Bu durumda, iki olasılık söz konusu olabilir: Anayasa Mahkemesi'nin (AYM)nin antlaşmayı ihmal edip, Anayasa'yı uygulaması ikinci ihtimal Anayasa'yı ihmal edip antlaşmayı doğrudan uygulaması.

Antlaşmanın ihmali durumunda, son söz ulusal üstü ya da uluslararası yargı yerlerine bırakılmış olacak, devlet tazminat ödemeye mahkum olacaktır. Anayasa'nun ihmali durumunda da "Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkeleri" zedelenmiş olacaktır.

Yüzbaşıoğlu, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin,³ Yüksek Askeri Şura Kararları'nın yargısal denetimin dışında bırakılmasına ilişkin anayasal kuralı tartıştığı olayda, verdiği kararı örnek olarak sunmuştur. Mahkemeye göre, İHAS'deki kurala aykırılığı nedeniyle Anayasa hükmü ihmal edilemez .

Yüzbaşıoğlu, aynı gerekçeyle, temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşma ile Anayasa'nın açık çatıştığı durumlarda antlaşmanın ihmal edilerek Anayasa'nın uygulanması, nihai çözümün Uluslararası denetim organına bırakılması görüşündedir. Bu yaklaşım, ilk bildiri sahibi Gülmez'in görüşüyle bağdaşmamaktadır.

Yüzbaşıoğlu, antlaşma/ Anayasa arasındaki çatışmanın iyi bir çözüme kavuşturulabilmesi için, Anayasa'yı sözleşmeye göre değiştirmeyi ya da Anayasaya, Anayasa ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşma hükmü arasındaki açık çatışmayı çözümleyici kural koymayı önermektedir.

Yüzbaşıoğlu, sonuçta, 90. maddenin son fıkrasına eklenen kuralı, Türk hukuk düzeninde kurallar kademelenmesini belirlemede yetersiz bulmakta , içerik olarak da belirsiz olmasından kaynaklanan sorunlara neden olacağını düşünmektedir.

³ Yüzbaşıoğlu, *Ibid*, s. 20-21.

Maddeye eklenen tümcede, bütün uluslar arası antlaşmalar yerine “*temel hak ve özgürlüklere ilişkin*” uluslararası antlaşmaların esas alınacağı belirtilerek kapsam sınırlandırılmışsa da, hangi uluslararası sözleşmelerin temel hak ve özgürlüklere ilişkin olacağı metinden anlaşılammamaktadır, bu husus belirsizdir, açıklanmamasından kaynaklanmaktadır.

Yüzbaşıoğlu Anayasa'nın 90. maddesine eklenen hüküm ile ilgili olarak vardığı sonuç ve yaptığı değerlendirmeler aşağıdaki biçimde özetlenebilir:

Sonuç ve Öneriler

- Getirilen düzenleme, uluslararası hukuk- ulusal hukuk ilişkilerine ve Türk hukukunda kurallar kademelenmesine yönelik bir çatışma kuralı ise de, ulusal üstü/uluslararası hukuk ile ulusal hukuk arasında sağlıklı bir kademelenme kurulması yönünden yetersizdir. Özellikle, Anayasa'da, egemenliğin kullanılmasının düzenlenmesi açısından yetki paylaşımını öngören bir değişiklik yapılmamıştır, bu nedenle topal kalmıştır. Avrupa Birliği'ne giriş sürecinde yeni bir düzenleme gerek duyulacaktır;

- Bu düzenleme, egemenlik yetkilerinin ulusal üstü örgütlerin organlarıyla paylaşımı konusuna çözüm getirilmemiştir (Özellikle AB üyeliği bakımından).

- Yüzbaşıoğlu, uluslararası sözleşmelerin Anayasa'ya uygunluğunun sağlanması için AYM'ye “*ödenetim*” yetkisinin verilmesini temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalar ile Anayasa arasında olası bir çatışmayı önleyici bir önlem olarak önermektedir. Bu öneri, bize de, Anayasa Mahkemesi'nin incelemesini bir hafta gibi kısa sürede tamamlaması kaydıyla uygun gelmektedir.

Bize göre, 5170 sayılı Yasa'nın 7. maddesiyle getirilen hüküm, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşma ile bir yasa hükmü arasında çıkabilecek uyumsuzlukları çözümleyici bir çatışma kuralı olması nedeniyle yerinde bir

YILMAZ
ALİFENDİOĞLU'NUN
KONUŞMASI

düzenlemedir. Ancak, antlaşma ile Anayasa kuralı yada yönet-
sel düzenleyici işlemler arasında bir çatışma olması durumunu
açıkça kapsamaması nedeniyle eksiktir.

Bir başka eksiklik, düzenlemenin, uluslararası antlaşma ile
bir yasa arasındaki çatışma durumunda yasanın, antlaşmaya
göre, temel hak ve özgürlükler yönünden daha ileri bir anlayış
getirdiği durumlarda hangisinin öncelik alacağı hususunda bir
kural içermemesidir.

Önerimiz, bu tümcenin “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş
temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalarla iç hukuk yada ulusal
hukuk arasında aynı konuda farklı hükümler içermeleri nedeniyle ça-
tışma çıkması durumunda uluslararası antlaşma hükmü esas alınır. İç
hukukun insan hakları yönünden daha ileri hüküm içermesi durumu
bu kuralın dışındadır.*” biçiminde değiştirilmesidir. Böylece, temel
hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşma hükmü, anayasa üstü ko-
numa gelecek, iç hukukun daha ileri düzenleme getirmiş olması
hali de saklı tutulmuş olacaktır.

Anayasa’da, Avrupa Birliği’ne üye olarak katılmamızla
ilgili olarak egemenliğin kullanılması ve paylaşımı yönünden
yapılacak bir değişiklik ayrı bir düzenlemenin konusu olabilir.
Yeni düzenleme bu yolda her hangi bir kural içermemektedir;
sadece, insan haklarına ilişkin uluslar arası sözleşmeler açısın-
dan yasalar karşısında üstünlük öngörmektedir. Anayasa’nın
90. maddesinin son fıkrasına eklenen tümce, AB’ye girişte, AB
hukukunun Türk hukuk sistemine aktarılmasını ilişkin bir geçiş
normu niteliğinde olmamasına karşın, temel hak ve özgürlük-
lere ilişkin uluslar arası antlaşmalarla yasalar arasında çıkabi-
lecek çatışmaları çözücü norm durumundadır. AB’ye katılım
açısından çatışmayı çözücü normun, “*temel hak ve özgürlüklerle
ilgili antlaşmalar*”la sınırlanması yerine, “*usulüne göre yürürlüğe
konulmuş temel hak ve özgürlüklerle ilgili uluslararası antlaşmalar
ve AB kapsamında yapılan antlaşmalar*” deyimiyile genişletilerek
alınması daha uygun düşecektir.

Oturum Başkanı: Teşekkür ederim Sayın Aliefendioğlu; zamanı özenle kullandığı için, hatta süreden de feragat ettiği için teşekkür ediyorum.

Dördüncü yorumcumuz, Yargıtay Üyesi Sayın Hamdi Yaver Aktan.

Hamdi Yaver AKTAN (Yargıtay 8. Ceza Dairesi Üyesi)

Uluslararası Sözleşmelerin Yargıtay Ceza Dairelerince Uygulanması

HAMDİ YAVER
AKTAN'IN
KONUŞMASI

Avrupa Birliği Komisyonu'nun hazırladığı 2004 Türkiye İlerleme Raporu'nun¹ Siyasi Kriterler bölümünde "*Anayasa'nın 90. maddesi gözden geçirilerek, Temel Hak ve Özgürlüklerle ilgili çıkabilecek yasal uyumsuzluklarda uluslararası sözleşmeler ve Avrupa Toplulukları Antlaşma hükümlerinin esas alınmasına olanak sağlamıştır.*" değerlendirmesi Avrupa Parlamentosu Türkiye Karar Taslağı'nda da² "*AB üyesi olmanın olmazsa olmaz koşulu olan uluslararası hukukun ulusal hukuka üstünlüğü prensibine uyulması gerekliliğini Türk Makamlarına hatırlatmakta, özellikle insan hakları alanında bu koşula atıfta bulunulmakta ve halen uygulanmayan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının gecikmeksizin uygulanmasını beklemektedir.*" önerisi yer almaktadır.

Söz konusu saptama ve öneri, Anayasa'nın 90. maddesinin (son) fıkrasında yapılan değişiklikten sonradır. 7.5.2004 gün ve 5170 Sayılı Yasa'nın 7. maddesi ile yapılan değişiklikle (son) fıkra "*usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.*"³ cümlesi eklenmiştir.

Yapılan değişiklikteki andlaşma ile kanun kavramlarına, uluslararası hukuk-ulusal hukuk bağlamında yaklaştığımızda andlaşma'dan kastedilenin içine Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onaylamayı bir kanunla uygun bulduğu bütün uluslararası belgelerin sözleşme, pakt, protokol vb. dahil olup olmadığı, temel hak ve özgürlüklerle ilgili temel sıfatının bir

¹ <http://www.ikv.org.tr/turkiye-ab/guncel/ILERLEMEraporu-2004.htm>.

² <http://www.ikv.org.tr/turkiye-ab/guncel/parlamentoRaporu.htm>.

HAMDİ YAVER
AKTAN'IN
KONUŞMASI

temel olan/olmayan gibi bir ayrımı öngörüp-öngörmediği⁴ ve yine kanun ile kastedilenin kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik gibi diğer düzenleyici tasarrufları dışında bırakan sınırlayıcı bir kavramın düşünülüp düşünülmediğine dair tartışmalar⁵ bir yana anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi (Ay. md. 11) gereği değişiklik kuşkusuz ki yargı organını bağlamaktadır.

Bu arada hemen belirtilmelidir ki; 90. maddedeki değişiklikte, değiştirme düşüncesinin arkaplanında temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmaların iç hukukta yürürlüğe konulmuş kanunlara nazaran daha lehe hükümler getirmiş olduğu ön-kabulü yatmaktadır. Öte yandan temel hak ve özgürlüklerle ilgili olmadığı halde, içindeki kimi maddeleri temel hak ve özgürlükler alanında düzenleme içeriyorsa ve kanunla çelişiyorsa sözleşmeye üstünlük tanınacak mıdır? Sözleşmeyle getirilen temel hak ve özgürlükler konusunda iç hukukta açık bir düzenleme bulunmadığında ulusal yasalaradaki boşluk 90. madde ile doldurulabilecek midir?⁶

Yargısal alanda, ülkemiz yargısının iç hukuk düzenlemelerini aşırı bir biçimde uygulama yaklaşımı ile uluslararası hukuka karşı çekingen ve uzak durması geleneği karşısında zihniyet dönüşümü nasıl gerçekleşecektir?

1. Anayasa Değişikliğinden Önceki Uygulama

a. Destek-Ölçü Norm Uygulaması

Yargıtay, insan hakları alanındaki içtihadında uluslararası sözleşmeleri ağırlıklı destek-ölçü normu olarak kullanmaktadır.

³ RG, 22.5.2004, s. 25469.

⁴ İbrahim Ö. Kaboğlu, Hukukta Yeni Düzenleme, *Radikal* 26.7.2004 ayrıca bkz., TC Başbakanlık İnsan Hakları Danışma Kurulu'nun hazırladığı Türkiye'de İnsan Hakları-2004 (Ön Rapor Taslağı) s. 72 vd.

⁵ Mesut Gülmez, "Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Uluslar arası Sözleşmeleri'nin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması", TBB, İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi, Panel, 5 Kasım 2004, Adliye Sarayı, Ankara, Tebliğ, 25 sahife; Ali Karagülmez: "5170 Sayılı Yasa'yla Anayasa'nın 90. maddesinde Yapılan Değişikliğine Bir Bakış", *TBB D. S. 54*, Ankara 2004, s.163-177; İbrahim Şahbaz: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Yargı Sistemindeki Yeri", *TBB D. S.54*, Ankara 2004, s.177-216.

İç hukukun yanısıra, verilen kararlarda, insan hak ve özgürlükleriyle ilgili sözleşmelere, koşutluk bulunması, aynı çerçevede düzenleme getirmesi halinde gönderme yapılmaktadır. Destek norm alanında da bağımsız-destek norm olarak değil, iç hukukla birlikte anılarak yollama yapılmış, kimi zaman ise, henüz kabul edilmemiş olmasına karşın karar gerekçesini güçlendirmek için sözleşmeye referans verildiği görülmüştür.

Sekizinci Ceza Dairesi bir kararında⁷ “*ülkemiz, evrensel boyuttaki insan hakları ile ilgili uluslararası Sözleşmeleri benimsemiş ve iç hukukumuzun bir parçası olarak yasalaştırmıştır. Anayasamızın 90/son madde-fikrasına göre usulünce yürürlüğe konulmuş Milletlerarası Sözleşmeler kanun hükmündedir.*” gerekçesini kullanmıştır. Aynı Daire'nin bir başka kararında⁸ ise Türkiye'nin taraf olduğu Uluslararası Sözleşmeler ve bu bağlamda İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile Avrupa ve Birleşmiş Milletler İşkence Sözleşmeleri'ne gerekçe güçlendirici destek normu olarak değinilmiştir.

Ceza Genel Kurulu da insan hakları sözleşmelerine kararlarında yer vermektedir. Kurul'un 15.6.1999 tarihli bir kararında⁹ o tarihte Türkiye'nin henüz katılmadığı Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 7. maddesi destek normu olarak kullanılmıştır. Bir işkence davasında¹⁰ aynı Kurul, insan hakları sözleşmelerinin yanısıra Dünya Tabipler Birliğinin Tokyo Bildirisi'ne de değinmiş ve işkencenin insanlığa karşı işlenen bir insanlık suçu olduğunu açıklamıştır. Bu kararda kullanılan insan haklarına saygı kavramından Anayasa'nın 2. maddesine ve dolayısıyla da tüm insan hakları belgelerine gönderme yapıldığı söylenebilir.

Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesi de bir kararında¹¹ Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin iç hukuk kuralı haline geldiğinden sözederek sözleşmenin 19, 32, 36. maddelerinin hükümlerini gerekçesine ayrıntılı bir şekilde yansıtmıştır.

⁶ Gülmez, *agm.*, s.16-17.

⁷ 8.CD. 12.10.1998 gün ve 10667/12819 E/K.

⁸ 8.CD. 9.12.2002 gün ve 9903/11324 E/K.

⁹ CGK. 15.6.1999 gün ve 8-109/164. E/K.

¹⁰ CGK. 15.10.2002 gün ve 8-191/362 E/K.

HAMDİ YAVER
AKTAN'IN
KONUŞMASI

Çocuk Mahkemelerinin Kuruluşu, Görev ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun'un 26. maddesi, küçükler için 3005 Sayılı Meşhut Suçların Muhakeme Usulü Hakkındaki Kanun'un uygulanmayacağını öngörmektedir. Ancak, küçük tanımı onbir - onbeş yaş grubu içindeki çocukları kapsadığından onbeş yaşını bitiren çocukların yargılanmasında suçüstü hükümlerinin uygulandığı¹² dönemde çıkarılan Yakalama Yönetmeliğinin değişik 18. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi ve bu bendin (1) numaralı alt bendi ile 3005 Sayılı Kanun karşısında korunma yaş sınırı onsekiz yaşına çıkarılmıştır. Yönetmeliğe göre suç tarihinde onsekiz yaşından küçük bulunanlar hakkında 3005 Sayılı Yasanın yakalamaya ilişkin hükümleri uygulanmayacaktır.

Yakalama Yönetmeliğinin öngördüğü bu düzenleme, gerek 3005 Sayılı Kanuna ve gerekse 2253 Sayılı Kanuna aykırı olmakla birlikte, anayasanın 90.maddesi anlamında bir iç hukuk kuralı olan Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin 1. maddesi 18 yaşına ulaşmamış tüm küçükleri kapsadığı için, sözleşmeye uygundur.¹³

Devlet Güvenlik Mahkemeleri'ndeki yargılamalarda yabancı uyruklu sanık için müdafii tayini talebinin reddinden sonra yargılamaya devamla verilen mahkumiyet kararını inceleyen Onuncu Ceza Dairesi¹⁴ Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 138 ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 6/3-c maddelerini birlikte değerlendirdiğinde Devlet Güvenlik Mahkemeleri yönünden 138. maddenin, sözleşmenin 6/3-c maddesiyle çatışma halinde olduğunu saptamış, ardından da Anayasa'nın 90. maddesi hükmünce sözleşme hükmünün yasa-üstü olduğunu ve doğrudan uygulanması gerektiği sonucuna varmıştır.

Bu karara karşı yerel mahkemenin direnmesi üzerine Ceza Genel Kurulu¹⁵ CMUK'nun 138. maddesinin Devlet Güvenlik

¹¹ 4.CD. 24.3.2004 gün ve 2003/2630 E, 2004/3746 K.

¹² 7.1.2004 tarih ve 5036 sayılı Kanun'la 2253 Sayılı Kanun'un 6. maddesindeki yaş sınırı 18 yaşına yükseltilmiştir. RG. 13.1.2004.

¹³ Yusuf Solmaz Balo, Teori ve Uygulamada Çocuk Ceza Hukuku, Ankara 2003, S. 202-203.

¹⁴ 10. CD. 24.12.1996 gün ve 13975/14546 E/K.

¹⁵ CGK. 11.11.1997 gün ve 10-169/223 E/K.

Mahkemesi'nde uygulanmayacağı karara bağlarken sözleşme ile 138. maddeyi önceki kanun-sonraki kanun bağlamında değerlendirmiştir. Gerçekten de sözkonusu kararda "Sözleşme'nin iç hukuk normu haline gelmesinden çok sonra 1.12.1992 tarihinde yürürlüğe konulan 3842 sayılı Yasa'nın 31. maddesi ile 1412 Sayılı CMUK'da yapılan değişikliklerden, konumuzu ilgilendiren 138. maddesinin DGM yargulanmalarında uygulanamayacağı hüküm altına alınmıştır." gerekçesi kullanılmıştır.

HAMDİ YAVER
AKTAN'IN
KONUŞMASI

b. Bağımsız-Ölçü Normu Uygulaması

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmelerin doğrudan uygulaması, yani bağımsız-ölçü normu olarak kabulü Yargıtay uygulamasında az da olsa görülmektedir.

Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 252, 406 ve Türk Ceza Kanunu'nun 39. maddeleri hükümlerine karşın, İHAS'ın 6/3-e madde-bendinde yazılı "duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşmadığı takdirde bir tercümanın yardımından para ödemeksizin yararlanmalı" biçimindeki hükmü, Yargıtay doğrudan uygulamaktadır.¹⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulu da Sözleşmeyi bağımsız-ölçü normu olarak doğrudan uygulama yaparken kullandığı gerekçede CMUK'nun 406 ve TCK'nın 39. maddelerinin genel İHAS'ın 6/3-e maddesinin ise özel hüküm olduğuna vurgu yapmıştır.¹⁷

Önceki kanun-sonraki kanunda olduğu gibi bu gerekçenin de tehlikeli yönü bulunmaktadır. Gerçekten de Kanun'un genel, Sözleşme'nin özel hüküm getirmesinin benimsenmesi halinde Yargıtay'ın aynı konuda "iç hukukta hüküm olması ve iç hukuk hükümleri ile uluslararası belgelerdeki hükümlerin çatışması halinde iç hukuk hükümlerini uygulayacağı ve uluslararası sözleşme hükümlerini gözardı edeceği sonucu çıkmaktadır. Böyle bir yorum tarzının kabulü halinde ise, uluslararası sözleşmelerin uygulama altına idaralacak, uluslararası sözleşme hükümleri, iç hukukta hüküm olmayan durumlarda boşluk dolduran hükümler haline gelecek, keza, sözleşme hükümlerinin hiçbir önemi olmayacaktır. Çünkü herhangi

¹⁶ 6. CD. 20.11.1995 gün ve 116/12124 E/K.

¹⁷ CGK. 12.3.1996 gün ve 6-2/33 E/K.

HAMDİ YAVER
AKTAN'IN
KONUŞMASI

bir konuda düzenlemesi beğenilmeyen uluslararası sözleşme hükümlerinin tam tersi bir düzenleme yapılarak, uluslar arası sözleşme hükümleri bertaraf edilebilecektir."¹⁸

Önceleri sözleşmenin 6/3-e maddesinin "Türk vatandaşı olmayan sanıklar hakkında uygulanması"^{18a} gerektiğini kabul ederek vatandaş olan ve olmayan ayrımını yapan İkinci Ceza Dairesi içtihadını değiştirerek müşteki^{18b} ve tanık^{18c} için yapılan tercüman giderinin de sanığa yükletilemeyeceğini kabul etmek suretiyle ücretsiz tercüman hakkının kapsamını genişletmiştir.

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (İLO) 87 ve 151 sayılı Sözleşmeleri'nin kabulünden sonra anılan sözleşmeleri Anayasa'nın 90. maddesi ile birlikte yorumlayarak memur sendikalarının tüzel kişilik kazandığını ve sendika yöneticisi olarak toplantı düzenlemelerinin 2911 Sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 4/a maddesindeki istisnalardan yararlanmaları gerektiğinden, sendikal işlev ve amaçlı kapalı salon toplantısı düzenleyen sanıkların suç işlemediklerine karar verilmiştir.¹⁹

Hukuk Genel Kurulu ise 24.5.1995 tarihli kararında İLO Sözleşmeleri'nin kabulünden sonra kurulan sendikaların tüzel kişilik kazanmadığını kararlaştırmıştır.^{19a}

¹⁸ Seyde Kaymaz, Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller, Ankara 1997, s. 161-162.

^{18a} 2. CD. 22.9.1999 gün ve 9948/11550 E/K.

^{18b} 2. CD. 9.3.2000 gün ve 2139/2726 E/K, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/3-e maddesindeki düzenleme nazara alındığında, müştekinin Türkçe bilmemesinin sanıktan kaynaklanan bir durum olmadığı, bu nedenle kendisinin sebebiyet vermediği, masraftan sanığın sorumlu tutulamayacağı gözetilmeden, müştekinin dinlenilmesi nedeniyle takdir edilen tercüman ücretinin sanığa yükletilmesi..." İsmail Malkoç: Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, Ankara 2002, c.1, s. 344 vd.

^{18c} 2. CD. 13.5.2004 gün ve 2002/25183 E, 2004/10469 K, "Anayasa'nın 90. maddesi ile Avrupa İnsan Hakları ve Ana Hürriyeti Korumaya Dair Sözleşme'nin 6/3-e. Maddesindeki düzenleme nazara alındığında, tanıkların Türkçe bilmemesi sanıktan kaynaklanan bir durum olmadığı, bu nedenle sanığın sebebiyet vermediği masraftan sorumlu tutulamayacağı, tercüman giderinin sanığa yükletilemeyeceği gözetilmedir." YKD. C.30, sayı: 8, 2004, s.1288 vd.

¹⁹ 8. CD. 20.3.1997 gün ve 103/4027 E/K.

^{19a} HGK. 24.5.1995 gün ve 4-367/550 E/K. YKD. C. 21, S.7. 1995, s. 103 vd.

Sekizinci Ceza Dairesi²⁰ 4422 sayılı Kanun'da suçun oluşumu için hüküm bulunmadığı, yani kanunda boşluk olduğunu gözeterek, genel hüküm olan Türk Ceza Kanunu'nun 313. maddesi hükmünü dikkate almadan Sınraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 2/a maddesindeki tanımı kullanmaktadır.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu²¹ babalık davası ile ilgili kararında Çocuk Haklarına Dair Sözleşme hükümlerini bağımsız-ölçü normu olarak kabul etmiştir.

2. Anayasa Değişikliğinden Sonraki Uygulama

Anayasa'nın 90. maddesinde yapılan değişiklikten sonra, aradan geçen süre de dikkate alındığında, değişikliğin henüz kararlara yansımadağı görülmektedir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 31.8.2004 tarihli, Daire için bağlayıcılığı olmayan tebliğnamesinde²² 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun 81/c maddesinin yollamasıyla aynı yasanın 117. maddesinde yer alan Türkçe'den başka dil kullanılmasıyla ilgili düzenlemenin, Anayasa'nın yeni 90/son maddesi bağlamında tartışılarak İHAS'nin 10 ve 11. maddeleri karşısında suç olmaktan çıktığı görüşüne yer verilmiştir.

Göçmen kaçakçılığına ilişkin bir kararında Sekizinci Ceza Dairesi²³ Anayasa'nın 90/son maddesinden söz etmeden Sınraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 1 ve aynı sözleşmeye ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokolün 1. maddelerini birlikte yorumlayıp örgüt tanımı yapmıştır.

Aynı Daire'nin yeni bir kararında²⁴ ise 1990 yılında Birleşmiş Milletlerin üye devletlere tavsiye ettiği "*Hapis Dışındaki*

²⁰ 8.CD. 2.6.2003 gün ve 2495/1779; 1.3.2004 gün ve 2002/12931, 2004/1547; 3.3.2004 gün ve 2003/12107, 2004/1685 E/K.

²¹ İBK. 22.2.1997 gün ve 1996/1 E, 1997/1 K, Esat Şener, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, Ankara 2000, s.899 vd.

²² 31.8.2004 gün ve bölüm, 7/SP, no: 2004/083265.

²³ 8. CD.7.7.2004 gün ve 2003/3622 E, 2004/6288 K.

²⁴ 8. CD.11.10.2004 gün ve 8797/7730 E/K.

HAMDİ YAVER
AKTAN'IN
KONUŞMASI

İnfaz Şekillerinin Standard Asgari Kuralları” (Tokyo Kuralları) ile Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 681. toplantısında yine üye devletlere yönelik olmak üzere *“Hapishanelerin Aşırı Kalabalıklaşması ve Hapishane Nüfusunda Enflasyon Hakkındaki R(99) 22 sayılı Kararı”* destek normundan öteye bir değerlendirilmeye almıştır.

Yargıtay 7. Ceza Dairesi, Anayasa'nın 90/son maddesi hükmüne dayanarak Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin *“bu sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, onsekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır.”* şeklindeki 1. maddesi hükmü karşısında 2253 sayılı Yasa'nın 41. maddesinin *“bu kanundaki küçük deyimini suçun işlendiği tarihte henüz onbeş yaşını bitirmemiş kimseleri kapsar”* hükmünün geçersiz hale geldiğini ve buradan hareketle aynı yasanın 26. maddesi uyarınca yargılamanın 3005 sayılı Yasa uyarınca yapılamayacağını belirtmek suretiyle sözleşmenin doğrudan uygulanması gerektiğine karar verdiği gibi sözleşmenin iç hukuku ilga ettiğini de açıklamıştır.²⁴

Ceza Genel Kurulu da²⁴ genişletilmiş zoralm konusunda Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesine ek Kara, Deniz ve Hava Yoluyla Göçmen Kaçakçılığına Karşı Protokol'ün 12. maddesinin doğrudan uygulanacağına karar vermiştir.

3. Sorunlar

Yargıtay 29.9.1995 tarihli bir kararında²⁵ işkence suçunda asli unsur'un *“cürmünü söyletmek”* olduğunu, kabahat türündeki suçlarda işkence suçunun oluşmayacağına karar vermiştir. Bu kararın Türk Ceza Kanunu'nun 243. maddesinin *“Bir kimseye cürümlerini söyletmek ...”* şeklinde başlamasından dolayı verildiği anlaşılmaktadır.²⁶ Maddenin düzenlenişinden amaçlananın

^{24a} 7. CD. 14.7.2004 gün ve 16002/9362 E/K.

^{24b} CGK.12.10.2004 gün ve 8-175/198.

²⁵ 8. CD. 29.9.1995 gün ve 9314/10352 E/K.

²⁶ Salt *“cürüm”* sözcüğü esas alınacaksa maddenin yazımında *“cürümlerini”* ibaresinin bulunduğu ve sanık en az iki ayrı cürümden zanlı olmadıkça

cürüm-kabahat ayrımı olmadığı savunulsa bile, Yargıtay'ın kabulü karşısında maddenin alanının daraltıldığı açıktır.

Yargıtay'ın bu içtihadı, Birleşmiş Milletler İşkence Sözleşmesi'ne aykırı düşmektedir. Gerçekten de Sözleşme'nin 1. maddesi eylem'den sözetmektedir.

Yalnız, Yargıtay'ın yasayı yorum biçiminin sözleşmeye aykırı olmakla birlikte sanık hakları bağlamında işkence sanığının lehine mağdurunun ise aleyhine olduğu açıktır. Yeni Türk Ceza Kanunu'nun²⁷ bu konudaki düzenlemesinin sözleşmeye uygun olduğu ve sorunun ortadan kalkacağı ifade edilmelidir.

Sözleşme ile yasa çelişmesi ayrıca 4422 sayılı Yasa ile Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nde görülmektedir. 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu'na göre suçun oluşması için haksız çıkar amacının yanısıra tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulanmak suretiyle yıldırma veya korkutma veya sindirme gücünün kullanılması gerekmektedir. (ÇASÖK m. 1/1.) Sözleşme'ye göre maddi çıkar elde etmek için bir veya birden fazla ağır suç işlemek için üç veya daha fazla kişiden oluşan yapılanmış gurubun varlığı örgütlü suç için yeterlidir. (Sözleşme 2/a) Sözleşme tümüyle temel hak ve özgürlüklerden sayılmasa bile örgütlü suçun oluşumu için 2/a maddesindeki tanım sanık hakları yönünden daha lehe bir düzenleme getirmektedir.

Oturum Başkanı: Sayın Aktan, çok teşekkür ederiz. Keşke uluslararası andlaşmaların uygulanmasıyla ilgili bağımsız bir bildiri sunmak olanağı tanınsaydı, çok yararlı bir çalışma olurdu. Teşekkür ediyoruz.

Söz sırası, Sayın Av. Güney Dinç'te.

Buyurun Sayın Dinç.

yine suçun oluşmayacağı sonucuna varılır ki, herhalde amaçlananın bu olmadığı açıktır.

²⁷ 26.9.2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, m. 94-95, RG.12.10.2004, S. 25611.

GÜNEY DİNÇ'İN
KONUŞMASI

Av. Güney DİNÇ (Türkiye Barolar Birliği eski Başkan Yardımcısı)

Anayasa'nın Değiştirilen 90. Maddesi Karşısında Temel Hak ve Özgürlükler

Uluslar üstü hukuku ulusal hukuka uyarlama girişimleri, hemen her ülkede ulusal organların direnci ile karşılaşmaktadır. Bu direnci gösterenlerin, kendilerine göre öne sürdükleri inandırıcı gerekçeleri vardır. Bunlar, genelden özele doğru şöyle sıralanabilir;

"Anayasaların, egemenliğin uluslar üstü organlarla paylaşılmasına olanak tanımadığı," söylenir.

"Devletler düzeyinde gerçekleştirilen uzlaşmaların, yine devletlerarası ilişkilerde geçerli olacağı" ileri sürülür.

"Uluslar üstü sözleşmelere katılmakla üstlenilen yükümlülüklerin, ülke yasalarına yansıtılmadıkça, ulusal organlarca doğrudan uygulanamayacağı" savunulur.

Bu en yaygın gerekçedir. Daha başka direnme gerekçeleri de sayılabilir.

Bütün bu engeller bir biçimde aşılp uluslarüstü ilkelerin ulusal hukuka uyarlanması sağlandığında da, şöyle değerlendirmeler yapıldığını görmekteyiz :

"Sözleşmeler yeni bir şey getirmiyor ki. Bunlar zaten bizim yasalarımızda vardı."

İşin özü de, işte bu söylemde odaklanıyor.

Devletler neden, ulusal yasalarında düzenlenen konularda, uluslararası yükümlülük altına giriyorlar ?

İnsan haklarını koruma önceliği, ulusal organlarındır. Uluslar üstü sözleşmeler de, temel hak ve özgürlüklerin ulusal organlarca korunup geliştirileceği varsayımı doğrultusunda yapılanmıştır.

Bu konuda bilinen bir örneğe değinmek istiyorum:

Türkiye Cumhuriyeti kurulduğundan beri, yasalarımız, işkenceyi yasaklıyor.

Yine kurulduğundan beri üyesi olduğumuz Avrupa Konseyi'nin, İnsan Hakları Genel Müdürlüğü tarafından yayınlanan 2002 yılında Türkçe baskıları bizlere de ulaştırılan 6. numaralı insan hakları el kitabının 14. sayfasında bakın ne diyor ?

“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin işkence uygulandığı sonucuna vardığı ilk dava olan Aksoy / Türkiye'ye karşı davasında, mağdur, 'Filistin askısına' alınmıştı. Diğer bir deyişle, çırılçıplak soyulmuş, kolları sırtında arkadan bağlanmış olarak kollarından havada asılı tutulmuştu. Bu uygulama sonucunda mağdurun her iki kolu da felç olmuş ve felç hali bir süre devam etmişti. Uygulamanın ciddiyeti ve acımasızlığı, AİHM'ni bu muameleyi işkence olarak tanımlamaya sevk etmişti.” (1)

AİHM'nin Zeki Aksoy'un davasını sonlandıran kararına göre de, *“Başvurucunun uğradığını iddia ettiği kötü muamele ile ilgili olarak Türkiye'deki mahkemelerde ne bir ceza davası ne de bir hukuk davası açılmıştır.” (2)*

AİHM, önüne getirilen ilk davayı 1960 yılında sonuçlandırmıştı. Avrupa Konseyi üyelerinin 40'ı aştığı bir dönemde, mahkeme, 36. çalışma yılında, Türkiye'den gelen başvuru nedeniyle, 1996'daki 708. kararında ilk kez işkencenin varlığını benimseyen ve koşullarını tanımlayan bir değerlendirmeye ulaşmış oluyordu.

Bu kararı izleyen Aydın, Sur, Erdagöz, Kurt, Tekin, Yaşa, Çakıcı, Veznedaroğlu, Ertak, Salman, İlhan, Dikme, Satık, Akkoç, Karataş, Boğa, Gündüz, Demiray, Büyükdağ davaları sonucunda Türkiye'ye karşı verilen kararlar, AİHM'nin işkenceyi çeşitli yönleriyle yorumlamasına olanak sağladı. (3) Bulanık bir dönemden de gelse bu kararların ardı arkası kesilmiyor, her ay öncekilere yenileri ekleniyor.

Demek ki Türkiye'de yasaların işkenceyi yasaklamasına karşın yürütme organı kamu görevlilerinin işkence suçunu işlemelerini önleyememiş, yargısal yapılanma ise, sanıkların

GÜNEY DİNÇİN
KONUŞMASI

saptanıp yargılanmalarını sağlayamamış. Kısaca diyebiliriz ki, ulusal hukuk bu sorunlar karşısında etkisiz ve yetersiz kalmıştır.

AIHM'nin siyasal partilerin kapatılmasıyla ilgili ilk kararları da Türkiye uygulamalarından kaynaklanmıştır.

Anayasa'nın 90. maddesi bu koşullarda değiştirildi.

Türkiye'de "özgürlük" kavramının gelişimi, çok yavaş bir süreç izliyor. Anayasa'nın, yasaların tanımladığı temel hak ve özgürlüklerin içleri, bu gün bile yeterince doldurulabilmiş değil. Bu konudaki en çarpıcı örnek, 10 Mart 1954 günlü 6366 sayılı yasa ile onaylanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'dir. Elli yıl önce yürürlüğe girmesine karşın, yakın zamana kadar böyle bir yasanın varlığı bile anımsanmıyordu. (4)

Bireysel başvuru yolunun açılmasından sonra sınırlı sayıda bazı yargı kararlarında AIHS'nden söz edilmesi, 6366 sayılı Yasa'nın yaygın bir uygulamaya kavuştuğu anlamına gelmiyor. Mahkemeler, ulusal hukuka göre sonuçlandırdıkları bazı davalarda, Sözleşme'ye yollama yaparak gerekçelerini zenginleştirmekle yetindiler. Bu davalar, Sözleşme'ye değinilmese bile, yine aynı doğrultuda sonuçlanacak uyuşmazlıklardı. Sayın Necmi Yüzbaşıoğlu'nun, Türk yargı yerlerinin son yıllarda vermiş oldukları kararlarında, uluslar üstü bildiri ve sözleşmeleri yasaların üzerinde ve hatta anayasal düzeyde uyguladıkları yolundaki görüşünü, çok yeni ve son derece sınırlı bir gelişme olarak paylaşıyorum. Sayın Yüzbaşıoğlu'nun sunumunda örnek gösterdiği kararların hemen tümü, Türkiye'nin bireysel başvuru yolunu açtıktan sonraki tarihlerde gerçekleşmiştir. (5) Bu örneklerle bakarak, Türkiye'deki mahkemelerin uluslar üstü sözleşmeleri doğrudan uygulama pratiğine ulaştığını söylemek, şimdilik aşırı bir iyimserlik olacaktır.

5170 Sayılı Yasa'nın 7. maddesi ile Anayasa'nın 90. maddesine eklenen, "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlık-*

larda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.” Tümcesini, bu koşullar altında değerlendirmek gerekiyor.

Bu değişiklik, ulusal hukuku Avrupa Birliği birikimine uyarlamak için yeterli gelmeyebilir. Anayasa’yı değiştirenlerin de, böyle bir beklentileri olduğunu sanmıyorum.

Yasama organının amacı kanımca çok açık biçimde ortaya konmuştur. Bu değişiklik, *“usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmaları ...”* üst hukuk normları düzeyine çıkarmıştır. TBMM’nce onaylanan sözleşmeler, sonuçta ulusal yasalar olmaktadır. Aynı konulara değinen başka yasalarda *“uyuşmazlık”* olarak nitelenebilecek farklı düzenlemelerin gözlenmesi durumunda, başkaca bir işleme gerek kalmaksızın uluslar üstü hukuk uygulanacaktır.

Değişen biçimiyle Anayasa’nın 90. maddesini, yine Anayasa’nın 11. maddesi karşısında sorguladığımız zaman, bu kuralın, hiçbir tartışmaya yer bırakmayacak biçimde, *“... yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağladığını ...”* görmekteyiz.

Bu değişim, kapsadığı sözleşmeleri üst hukuk normları düzeyine çıkarmakla yetinmiyor, onların güncel işlem ve ilişkilerin her aşamasında yaşama egemen olmasını amaçlıyor. Tapu memurundan kolluk görevlisine, Bakanlar Kurulu’ndan Belediye Meclisi’ne kadar tüm yürütme birimleri uluslar üstü hukuk kurallarına uygun davranma yükümlülüğü altına giriyorlar.

Yargı organının bu tür sözleşmeleri doğrudan uygulaması için, artık, ulusal yasaların sözleşmelere uyarlanmasına gerek kalmıyor.

Burada iki konunun üzerinde durulması gerektiğini düşünüyorum.

TBMM, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir sözleşmeyi, başka bir yasa ile yürürlükten kaldırabilir. Ancak Anayasa’nın 11 ve 90. maddeleri karşısında daha önce onayladığı sözleşmelere aykırı yasalar

GÜNEY DİNÇİN
KONUŞMASI

çıkarmaması gerekir. Böyle durumlarda, anayasaya aykırılık sürecinin işletilebileceği düşüncesindeyim.

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin onaylanmış sözleşmeler, yurttaşların yürürlükteki hukuka göre kazanılmış haklarını kısıtlayarak demokratik özgürlüklerini daraltan kurallar içeriyor ise, Anayasa'nın 90. maddesi karşısında bu çelişkinin nasıl çözüleceği konusu gündeme gelebilecektir.

Böyle durumlarda, hiç kuşku yok ki Sözleşme'ye rağmen, ulusal hukukta varolan hak ve özgürlükler korunacaktır. Bu sınırlamalar, onaylanan uluslar üstü sözleşmeden de kaynaklansa, Anayasa'nın 13. maddesine göre, "*Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkelerine aykırı olamaz.*"

Yasalar, kavramlar ve sözcükler düzeyinde her zaman tartışılıp eleştirilebilirler. Bu tartışmalar, yasayı uygulamamanın yollarını araştırıp eski alışkanlıkları sürdürmek doğrultusunda olmamalıdır. Yasa yapıcının amacının doğru saptanması gerekiyor. Getirilen tümce, yasalaşan temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslar üstü hukuk kurallarının doğrudan uygulanmasını amaçlıyor. Uluslar üstü insan hakları hukuku, yalnız antlaşma ve sözleşmelerden oluşmuyor. Örneğin; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, denetim organlarının bu güne kadar verdikleri kararlarla bir bütünlük oluşturuyor. AİHS kadar somut ve bağlayıcı olmasa da, diğer bir çok uluslararası antlaşmanın kendine göre etkinliklerini sürdüren denetim yöntemleri var. Anayasa'nın 90. maddesi, ulusal mahkemelerin, temel hak ve özgürlüklerle ilgili konularda, adeta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi yalnız sözleşmeyi değil, bu alandaki içtihat birikimini de uygulayarak görev yapmasını öngörüyor. Hele ülkemizde yakın geçmişte yaşananları anımsarsak, hukukumuzda bu gün de varolan eksiklikleri düşünürsek, Anayasa'nın 90. maddesinde gerçekleştirilen değişikliğin, kapsadığı konularda bir devrim niteliğinde olduğunu kabul etmemiz gerekir.

Sayın Mesut Gülmez'in de vurguladığı gibi bu değişiklik, yargı yerlerine ve yönetsel yetkililere büyük sorumluluklar

yüklemektedir. (6) Özellikle, yargıç, savcı, avukat konumundaki hukukçuların, öğretim üyelerinin, Anayasa'nın 90. maddesi ile görevli ve yetkili kılındıkları temel hak ve özgürlükler konusundaki öncü çalışmaları ile toplumun demokrasiyi, insan haklarını özümsemesine büyük katkılar sunacağına inanıyorum.

GÜNEY DİNÇ'İN
KONUŞMASI

KAYNAKÇA

1. Aisling Reidy, İşkencenin Yasaklanması, *İnsan Hakları El Kitapları*. no: 6 Avrupa Konseyi 2002, Strasbourg, s. 14.
2. Osman Doğru, *İnsan Hakları Kararlar Derlemesi Cilt 2*, İst. Barosu Yayınları 1988, Aksoy, Türkiye Kararı 9.21, İstanbul s. 238.
3. Osman Doğru, Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Türkiye Karar Özetleri*, İstanbul Barosu Yayınları, 2001.
4. Güney Dinç, İnsan Hakları Yasası'nın 50. Yılı, *Cumhuriyet Gazetesi*, 18.05.2004 İstanbul.
5. Necmi Yüzbaşıoğlu, *Mayıs 2004'de Anayasa'nın 90. Maddesine Eklenen Hükmü Türk Anayasallık Blokuna Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme*, Yayınlanmamış Bildiri, s. 14-17, 2004.
6. Prof. Dr. Mesut Gülmez, Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi Sayı 54*, Ankara Eylül - Ekim 2004.

Oturum Başkanı: Sayın Güney Dinç'e teşekkür ederiz.

Efendim, sayın konuşmacılar ve bildiri sunan değerli konuşmacıların sunuşlarıyla samıyorum ki, hukuk devletinin, yasaların egemenliği ilkesinden, hukukun üstünlüğü ilkesi doğrultusundaki gelişmesini bir kez daha gözlemlemiş oluyoruz; bu nedenle çok önemli bir aşamadır.

Son yorumcumuz, devletler umumi hukuku uzmanı Sayın Prof. Dr. Hüseyin Pazarcı. Sayın Pazarcı'nın uzmanlığına da sığınarak, toplantımızın konusunda uluslararası sözleşmelerden söz ediliyor. Oysa, Anayasa'nın 90. maddesinde "*uluslararası andlaşma*" terimi kullanılıyor. Bu ikilemin de açıklamasını yaparsa, sanıyorum ki yalnız benim değil, toplantıya katılan dinleyicilerin de kafasındaki bir soruyu yanıtlamış olur.

Buyurun Sayın Pazarcı.

Prof. Dr. Hüseyin PAZARCI: Teşekkürler Sayın Başkan.

HÜSEYİN
PAZARCI'NIN
KONUŞMASI

En başta sorunuza cevap vererek başlamak istiyorum. Bugünkü konuyla ilgili olarak uluslararası sözleşmelerden söz ediliyor, doğrusu "*andlaşmalar*" denilmesi olacaktır. Anayasamız "*andlaşmalar*" terimini, her türlü uluslararası düzeydeki hak ve yükümlülük yaratan ve Türkiye'yi bağlayan belgeler şeklinde değerlendirmektedir. Dolayısıyla, kavrayıcı terim "*sözleşme*" değil, "*andlaşma*"dır. Birçok insan hakları belgesi "*sözleşme*" adını taşımaktadır, ama bu vurgulama bağlayıcılığı açısından çok fazla anlamlı, önemli değildir. Ayrıntısına girmeyeyim; "*andlaşma*" denilseydi, daha kavrayıcı ifade edilmiş olacaktı. Zaten biz onu öyle okuduk, öyle algıladık.

Ben bugün özellikle uluslararası hukuk konusunda çalışan bir hukukçu olarak, diğer hukukçularımızdan daha fazla o tür, dışa yönelik sorunlara ve onların yapılmasına ve tabii, iç hukuktaki etkisine de yönelik çalışmış bir kişi olarak, bu Anayasa'ya eklenen yeni değişikliklerle, son cümlesiyle ilgili yorumlara yoğunlaşmak istiyorum. O zaman birazcık belki daha fazla yardımcı olabileceğim, dikkatlerinize sunabileceğim noktalar çıkabilecek diye düşünüyordum. Ama birçok hukuk düzenini ilgilendiren, iç hukuk, uluslararası hukuk, ulusüstü ya da ulusal üstü hukuk denilen supranasyonal hukuk gibi değişik hukuk düzenlerinin içinde oluşan ve birbirlerine etkilerini ele alan bir konu söz konusu olunca, birazcık da sap saman karıştı. Bu olasılık doğal ve burada da en azından kendi branşım itibarıyla o izlenimi edindim. Dolayısıyla, eskiye ister istemez dönmek zorunda hissediyorum kendimi. Üzerinde çok fazla

durmayacağım, ama aksi takdirde, her şeyi bundan sonra da karıştırmaya devam edeceğiz diye korkuyorum. En başta bizim Anayasa'nın 90. maddesinde, andlaşmaların genel olarak yeri itibariyle, bundan önce kanun hükmünde denilmesine dayanarak -ben de onlardan biriydim- başka da yorumlayabilecek bir anayasal hüküm bulamadığımız için, bir iki istisna maddesi vardı, 15, 16, 42, 92. maddeler, uluslararası hukuktan veya bazen andlaşmalardan söz eder, ama genelde andlaşmaların değeri olarak iç hukukumuzda "kanun hükmünde" denildiği için, ister istemez bunun üzerine dayanan bir yorum yapma durumunda oluyordu ve yargı organlarımız da haklı olarak bunun üzerinden gitmişlerdir ve "Kanun hükmünde" lafını "kanun değerinde" şeklinde de değerlendirmişlerdir. Niye? Birincisi, o andlaşmaları bizim iç hukukumuzda sokmak şeklindeki bir anlamı var. Ama ikincisi, her haliyle bunlar kanun hükmünde, değerinde, yani "üstünde" demiyor. Örneğin; "üstünde" demek isteyen anayasalar, Fransız Anayasası'nın 55. maddesidir, "üstünde" der. Açıkça bunu söylemesi lazım. Anayasa "kanun hükmündedir" dediği zaman, biz pozitif hukukta, olan hukukta "yok, andlaşmalar kanun üstündedir" deme hakkına sahip değiliz. Bunu biz hocalara biraz hoşgörülle, "siz isterseniz, uçarsınız, uçurursunuz" demeye de gelecek şekilde, yargı organlarının üyeleri hatırlattılar. Ama onlar bunu dememe durumunda oluyorlar, çünkü dedikleri gün, bunun başka silsileli kusurları, noksanları veya başka etkileri ortaya çıkmaya başlıyor. Onun için biz bu verileri çok yerinde ve doğru olarak kullanmak zorundayız. O zaman işte "kanun hükmündedir"i "kanun değerinde" şeklinde değerlendirdiğimizde, yargı organlarımız da, yüksek yargı organlarımızla ... Yargıtay'ın, Anayasa Mahkemesi'nin açık hükümleri var, "insan hakları sözleşmesi dahil" diyerekten, bu şekilde değerlendirdiler. Ama ne zaman ki, bireysel başvuru hakkı tanındı Türkiye'de, şimdi o zaman Türkiye'de bir ikilem içinde kaldık. Şöyle ki: Bu bireysel başvurularla insan haklarına ilişkin sözleşmeler başka anayasal hükümler de hesaba katılırsa, bizim iç hukukumuzda daha konulması gereken nitelikte kurallar koyuyordu. Ama başında hepimiz hemen belki bunu bulduramadık ve "andlaşmalar genelinde kanun hükmündedir, ama

HÜSEYİN
PAZARCI'NIN
KONUŞMASI

Anayasa'nın tanıdığı haklar, yetkiler çerçevesinde bunların insan haklarına ilişkin olanlarına başka kurallar da uygularız" şeklinde bir yaklaşımı benimseyemedik veya ilk başında hemen görmedik ve o zaman sorunu şöyle bir şeyde çözmeye kalktık: Uygulamada böyle oldu, özellikle bilim adamlarımız bu şekilde davrandılar. O zaman insan hakları gibi bir alanda, insan hakları andlaşmalarının gerçekten kendine özgü yanları vardır. "Çatışma durumunda biz onlara üstünlük tanıyalım" şeklinde bir yaklaşım benimseme yoluna gidildi. Ama Anayasa'nın "kanun hükmündedir" sözünü ne yapacağız? O zaman kendimize göre değişik açıklamalar bulmaya çalıştık.

Bu veri üzerinden gidildiğinde, bir uluslararası hukukçu olarak ben biraz rahatsız oluyordum. İnsan hakları konusunda Anayasa hükmüne dayanmak varken, bunu böyle açıklamak varken, andlaşmaların, yasaların üstünde şeklinde değerlendirilmesinin çok büyük bir başka bedeli vardı. Mesela, bir üstler andlaşması, Meclis'in çıkaracağı her türlü yasanın üstünde olacaktı. Biliyor musunuz ki, burada sadece işin şey kısmı üzerinde duruldu, "usulüne uygun yürürlüğe konulmuş andlaşmalar" denildiğinde, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce uygun bulma kanunundan sonra onaylanması üzerine. Halbuki, Türkiye'deki andlaşmaların, yürürlükte olan andlaşmaların, bir dönem Dışişleri Hukuk Başmüavirliği de yaptığım için, kabaca gözlemledim, saymadım. En az yüzde 50'si sadece ve sadece Bakanlar Kurulu'nun onayıyla geçiyor, yani siz Meclisin üstüne Bakanlar Kurulu'nu, hangi amaçla yapıldığı belli olmayacak bazı andlaşmaları Meclis'in iradesinin üstüne koyacaksınız, "kanun hükmündedir de değil, onun da üstündedir" diyeceksiniz, Meclisi de ekarte edeceksiniz. Bu hangi demokratik anlayışa uyuyor, hangi demokrasi anlayışıyla bağdaşıyor. O zaman ben endişe ediyordum ve bunu kabul edemiyordum. Bugünkü eklenecek yeni Anayasa maddesi, sadece insan haklarıyla bunu sınırlı kılmak suretiyle bunu ortadan kaldırdı. Bu doğru bir yaklaşımdı, büyük ölçüde bizim içtihadımızla da teyit ediliyordu. "Andlaşmalarla eşdeğerdir yasalar, sözleşme dahil" denilse dahi, ondan sonra başka kurallar çerçevesinde Yargıtay'ımız, Anayasa Mahkemesi yahut da Danıştay'ımız, Anayasa'nın başka

kurallarını hesaba katarak, bunları telafi etme yoluna giriyordu. Ama bunlar kuşku yaratıyordu, tereddüt yaratıyordu. Yeni konulan hükümle bu ortadan kaldırılmıştır. Dolayısıyla, bunun ben katkısı itibariyle, açıklığa kavuşturulması nedeniyle doğru bir işlem olduğu kanısındayım.

Bunu söyledikten sonra, şu ana kadar ettiğim sözler şunun içindi: Bizim bugün artık yeni hükümden sonra, yeni Anayasa değişikliğinden sonra, andlaşmalarımızın iç hukuktaki değeri ve etkisi iki kategoridedir. Birincisi, temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmalar, yasalarımızın üstündedir. İkincisi, diğer andlaşmalar her türlü konuyu içerebilecektir, yasalarımızla eşdeğerdedir ve bu, hem demokrasi anlayışı itibariyle, hem Meclisi ekarte etmemek anlayışı itibariyle gerekli bir şeydir ve unutmamalıdır ki, dış politika yapan bir insan olarak, yıllarca gördüm, yaptığımız diğer andlaşmalar, bazen ülkemiz insanının refahını, esenliğini, insan hakları kadar ilgilendirebilmektedir. Dolayısıyla, siz diğer andlaşmaları da insan haklarının bugünkü tanınan üstünlükleri çerçevesinde değerlendirme yoluna giderseniz, hem pozitif hukuk açısından, hem demokrasi anlayışı açısından, hem de ülkemizin insanının genel menfaatleri açısından yargı organları olarak hata yapmış olursunuz.

Dolayısıyla, bu konuya özellikle dikkat çekerek başlamak istedim. Çok çok uzatmak istemiyorum, söyleyebileceğim birçok sorun var, ama bir de ileriye yönelik, bundan sonrası için bir iki şey söylemek istiyorum. Bunların biri, temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmalar deniliyor. Halbuki, uluslararası uygulamada, jargonda ve iç hukukumuzda ve Anayasa'mızda dahi "*insan hakları*" terimi kullanılır, "*insan hakları andlaşmaları*" şeklinde. Peki, bizdeki bu temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmalar, genel insan hakları andlaşmaları denilen andlaşmalardan farklı mı olacaklar? İsterseniz, bir anlayışa göre, temel haklar kavramını, bazen öğretilerde, genel öğretilerde, uluslararası öğretilerde de, sadece kişinin temel kişiliğine yönelik olan haklar gibi alabilirsiniz, bazen bu temel terimini doğrudan kişinin kullanabildiği, yani başkalarına bağlı olmadığı haklar diye alırsanız, kolektif hakları kenarda bırakma gibi bir eğilime

HÜSEYİN
PAZARCI'NIN
KONUŞMASI

girebilirsiniz. Bir yorumu, temel haklara ilişkin andlaşmaları böyle alma şeklinde olabilir. Bunu kuramsal olarak, teorik olarak söylüyorum, ama benim kanaatim, böyle yorumlanmaması gerektiğidir. Niçin? Yine, pozitif hukuka, olan hukukumuzla bakarak, Anayasa'ya bakarak, bizim Anayasamız, işin tarihçesini de değerlendirdiğimizde, bu temel hak ve özgürlükler kavramını Almanlar Anayasası'ndan almıştır. Alman doktrininde "*duruhreh*" de denilen, kamu özgürlükleri adı altında aşağı yukarı eski, en azından geleneksel, klasik insan hakları değerlendirmesinde böyle bir, hepsini kavrayıcı bir anlayış vardır. Fransızlar da buna "*libertes publiques*" derlerdi. Kamu özgürlükleri ve hepsini aşağı yukarı öyle koyarlardı. Dolayısıyla, bizde temel haklar ve özgürlükler anlayışı böyle bir tarihçeden gelmektedir ve bu çerçevede de ülkemizde insan haklarına veya temel haklara yönelik olan bütün hakları kavrar durumdadır. Nitekim, Anayasa'nın temel haklar kavramı altında sadece insanın kişiliğine bağlı olan hakları değil, sosyal, kültürel hakları da, ekonomik hakları da kavramaktadır. Dolayısıyla, bu Anayasa değişikliği çerçevesinde konuyu bu temel haklar ve özgürlüklere ilişkin andlaşma kavramını, terimini geniş bir şekilde yorumlamak şeklinde ben bunu anlıyorum.

Buna pozitif hukuk açısından ekleyebileceğim bir iki nokta daha var. O da şu: Örneğin; söz konusu yeni metinde, yeni cümlede ne diyor? "*Usulüne uygun yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmalar*" diyor. "*Bunlar arasında, Anayasa'da bulunan bulunmayan*" gibi bir ayırım da yapılmamış. Eğer bizim yetkili makamlarımız, o insan hakları andlaşmalarını kabul edecek, onaylayacak yetkili makamlarımız ve özellikle Türkiye Büyük Millet Meclisi eğer kalkar, halihazırdaki Anayasa'da yeri olmayan bir insan hakları hükmünü de bizim mevzuatımıza katarsa, o zaman bunun da Anayasa'daki insan haklarına saygı genel ilkesi çerçevesinde dahil edilmesi gerektiği şeklinde anlıyorum. Dolayısıyla, Türkiye'nin usulüne uygun yürürlüğe koyduğu tüm temel hak ve özgürlüklere, yani insan haklarına ilişkin andlaşmaların bu kapsam içine girmesi gerektiğini düşünüyorum. Bunu ayrıca madde gerekçesi de doğrular nitelikte görüyorum, çünkü orada insan haklarından, insan

haklarına ilişkin andlaşmalardan söz edilmiştir. İkisi temel hak ve özgürlükler ve insan hakları eşanlımlı tutulmuştur. Dolayısıyla, bu çerçevede de tüm Türkiye'nin taraf olduğu insan hakları andlaşmalarının Türkiye'de bu nitelikli andlaşmalar olarak değerlendirilmesi gerektiği kanısındayım. Çok fazla başka söyleyeceklerim vardı, ama bir şeyi daha söylemek istiyorum, çünkü bu da bir başka sorun. Öğleden sonra belki başka vesilelerle başka şeyleri söylemeye gidebilirim. *"Temel hak ve özgürlüklere ilişkin bu andlaşmalar, hepsi yasalara üstün tutulacak"* dedik, ama andlaşmalara baktığınız zaman, temel hak ve özgürlüklere ilişkin, bazısı münhasıran bu konuyu düzenliyor, bazısı kısmen, hatta bazısında bir madde, iki madde söz konusu olabiliyor. O zaman ne yapacağız? O andlaşmayı kısmen içerenlerden, münhasıran içerenlerde bir sorun yok. Kısmen içerenlerin, orada içinde insan haklarıyla ilişkili bir tek hüküm var diye, onu üstün andlaşma pozisyonuna mı sokacağız? Hayır, böyle olmaması gerektiği kanısındayım. Ama tersine de davranmamak gerektiği kanısındayım. Şöyle ki: İnsan haklarına ilişkin bir tek maddesi dahi varsa, o zaman insan haklarına tanınan o andlaşmalara ilişkin biçimde bunun yorumlanması gerektiği kanısındayım.

Bunun dışında, andlaşmaların bizim anayasal hukuk veya yasalarımızdan aleyhe, daha olumsuz hükümler içermesi durumuyla ilgili olarak da şunu söylemek istiyorum: İnsan haklarının korunması, Anayasa hükümleri bunu gerektirir, ama siz o büyük sözleşmelere bakarsanız, görürsünüz. Örneğin; kişisel ve siyasal haklar sözleşmesinin 5. maddesi, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Andlaşması'nın Birleşmiş Milletler çerçevesindeki andlaşmanın 5. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 53. maddesi şu mealde bir hüküm içerir: Der ki, *"Eğer bir devlette başka yasalarla, sözleşmelerle vesaire daha lehte bir durum varsa, o zaman o uygulanır"* Dolayısıyla, bu konuda da lehte şeklinde yorumlanması gerektiğini düşünüyorum.

Çok teşekkür ederim. (Alkışlar)

Oturum Başkanı: Çok teşekkür ederim Sayın Pazarcı.

Efendim, tüm konuşmacılara çok teşekkür ediyorum. Çok yararlı, aydınlatıcı, yüksek düzeyli ve verimli bir toplantı olduğunu düşünüyorum. Sayın dinleyicilerimiz biraz uzun süre oturdular, ama sanıyorum ki, değdi. Bu nedenle, bildiri sunucusu sayın akademisyen hocalarımıza ve yorumlarıyla değerli birikim ve çalışmalarlarıyla katkı yapan değerli konuşmacılara Türkiye Barolar Birliği adına teşekkürlerimi sunuyorum.

ÜÇÜNCÜ OTURUM

Oturum Başkanı

YEKTA GÜNGÖR ÖZDEN

(Anayasa Mahkemesi Önceki Başkanı)

Oturum Başkanı: Türkiye Barolar Birliği'nin giderek artan etkinlikleri, çalışmaları, hepimizi mutlu kılan sonuçlara ulaşmaktadır. Bugün bunlardan bir yenisini ve güzelini izledik. Sayın izleyenler ve sayın dinleyenler, bu bölümde de sabahki oturumlarda görüşülen konuların tartışılması sürecini başlatıyorum.

YEKTA GÜNGÖR
ÖZDEN'İN
KONUŞMASI

Şimdi değerli arkadaşarımdan dileğim şu: Kendileri kürsüye gelip görüşlerini açıklarken, adlarını, soyadlarını, bağlı oldukları kuruluşları ya da mesleklerinin niteliklerini belirtsinler. Daha sonra da tartışmalarını, sorularını, çözümlerini içerecek biçimde kapsamlı bir genişlikle söylesinler, ama lütfen yinelemelere kaçmasınlar, tekrar tekrar aynı şeyleri söylemesinler; özüyle anlatsınlar ki, çok kimseyi dinleyelim ve çok yararlanalım. Bu nedenle şimdi konuşmak isteyen arkadaşların adlarını saptamak istiyorum.

Sayın Fevzi Kayacan.

Buyurun efendim.

Fevzi KAYACAN (Konya Barosu Başkan Yardımcısı): Ben öncelikle bütün katılımcılara içtenlikle saygılarımı sunuyorum.

TARTIŞMA

Yapılan bütün konuşmaları dikkatle dinledim, gerekli notları aldım. Bütün bu uğraşların bence tek bir amacı var: Temel hak ve özgürlükleri sağlamak. En temel hak ve özgürlükleri yaşama hakkı, düşünce hakkı, din ve vicdan özgürlüğü diye sıralayabiliriz. Tabii bu temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması gerekiyor. Bu temel hak ve özgürlüklerin en önemli güvencesi de, tarafsız ve bağımsız bir yargı; asıl önemli olan kanaatimce bu olsa gerek.

7 Kasım 1982 tarihinde, şu anda 9 defa revize ettiğimiz 1982 Anayasası kabul edildi ve takriben pazartesi öyle sanıyorum ki 23. yılına girecek. Bilmiyorum benzetmem ne kadar doğru olacak, ama birileri kuyuya bir taş attı ve biz de 23 senedir bunu tamir etmeye çalışıyoruz. 9 defadır revize etmeye, düzenlemeye çalışıyoruz. Sabahtan beri konuşulanlar Anayasa'nın 90.

TARTIŞMA maddesinde sadece bir cümle, ama bir günün bile yetmeyeceği noktasında hemen hemen hepimiz mutabıkız.

Ben hukukçuluğumu bir tarafa bırakıyorum, yaşama hakkı, düşünce hakkı, din ve vicdan özgürlüğü ve diğer bütün temel haklarım, sosyal haklarım, siyasal haklarım benim için bugün bir anlam ifade etmiyor. Benim için bu temel hak ve özgürlükler, sıkıyönetim ilân edildiği zaman anlam ifade ediyor veya olağanüstü hal dönemlerinde anlam ifade ediyor. Çünkü yaşama hakkım bugün zaten hava gibi; yani havayı soluduğum zaman zaten onun benim için bir anlamı yok. Ben olağanüstü hal veya sıkıyönetim ilân edildiği zaman, yargıya gittiğimde "*Berlin'de mahkemeler var*" veya "*Ankara'da mahkemeler var*" dediğim zaman, oradaki hâkimlerin tarafsız ve bağımsız olmalarını beklerim. 1982 Anayasası maalesef bu güvenceyi vermemiştir.

Konuyla biraz da ilintilendirmek istiyorum kuşkusuz: Adil yargılanma hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesidir. Ama öte yandan, öyle bir Anayasa var ki, hâkimine dava açma hakkı vermeyen bir Anayasa. Bu ne perhiz, bu ne lahana turşusu. Öncelikle hâkimine dava açma hakkının verilmesi lazım. Sonra değerli katılımcılardan, daha doğrusu yorumculardan ben çok istifade ettim gerçekten. Bir yönüyle de biz artık kanıksadık. Özellikle hâkim -savcı da öyle- bakanlığın bir memuru gibi artık, o hâle geldi. Çünkü Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun 3 üyesi Yargıtay'dan, 2 üyesi Danıştay'dan. Yine yürütme erkinin -Sayın Başkan'ım ben affınıza sığınarak söylüyorum, bu işin ustadı sizsiniz kuşkusuz- gelen ve yine yürütmenin başı olan Cumhurbaşkanı tarafından seçilen adalet başkanının, kurulun başkanı ve müsteşarının doğal üyesi olduğu bir yapı içerisinde kararlarına karşı yargı yolu açık olmayan bir kurul; bağımsız bir binası yok, bağımsız bir teftiş organı yok, bağımsız bir bütçesi yok, bağımsız bir sekreteryası yok. Böyle bir kurul.

Çok kısa bir dönem Yılmaz beyle de dışarıda görüştük, ben çok kısa bir dönem idari yargıçlık yaptım. Yargıçlık sınavını da Adalet Bakanlığı yapıyor. Adalet Bakanlığı'na bağlı eğitim

merkezinde biz 6 ay süresince eğitildik; Bakanlığın bize verdiği yemeği yedik, suyu içtik. Bizim yeterlilik sınavını Bakanlık yaptı. Atamamızı nihayetinde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu yaptı. Öncelikle, öyle sanıyorum ki, bir yerlerden başlanacaksa, dikkat ediyorum Anayasa 9 defa revize edilmiş, ama hiçbir şekilde yargıyla ilgili olan hükümlerine dokunulmamıştır. Bu bir.

Anayasa'nın geçici 15. maddesi bence Türk hukuk tarihine kara bir lekedir. Kaldırıldı kuşkusuz, ama Anayasa'nın geçici 15. maddesi 20 küsur sene kanımca uygulandı. Bu Türk hukuku açısından bir fecaattir. Yine, Yüksek Askeri Şûra'nın kararlarıyla ilgili katılımcılar tarafından -ben tam anımsayamadım- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararından söz edildi. Hayır, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Yüksek Askeri Şûra'yla ilgili vermiş olduğu karar 6. madde kapsamında değil, 8. madde kapsamında verilmiş olan bir karardır. 6. madde kapsamında, yani adil yargılanma hakkı. Netice itibarıyla Türkiye'de askeri yargı da var ve bu da ayrı bir tartışma konusu. Ama kuruluş gerekçesi şudur: Askeri işler, özellik gösteren işlerdir. Dolayısıyla Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nin kurulma nedenlerinden bir tanesi de budur. Ama askeri idarelerin vermiş olduğu kararlara karşı yargı yolu kapalıdır. Bunu kabul etmek mümkün değil. Hukuki açıdan yaklaşmak gerektiği kanaatindeyim.

Yine Anayasa'da, özellikle ben kendi arşivimde 1987 yılında -bu arada saygıyla anıyorum- Muammer Aksoy'un bir yazısını okudum; bir makale hazırlıyorum ve orada şunu söylüyordu: "1982 Anayasası'yla bazı yumurtalar kuluçkaya yatırılmıştır. Bu yumurtalardan güvercin, bülbül veya sütlün çıkması beklenemez. Bu yumurtalardan olsa olsa yılan çıkar, akrep çıkar, çıyan çıkar." Şu anda uğraştığımız şeyler de bunlar olsa gerektir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na göre uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolu kapalıdır. Ben Konya'da İdare Mahkemesi'nde dava açtım. Hatta Konya İdare Mahkemesi bu konuyla ilgili olarak Anayasa Mahkemesi'ne dosyayı gönderdi, ama Anayasa Mahkemesi bugüne kadar herhangi bir

TARTIŞMA

karar vermediği için uyarma ve kınamalara karşı yargı yolu kapalı olduğundan bahisle davamı usulden reddetti. Danıştay'a temyiz ettim, yürütmeyi durdurmak istedim ve yine yürütmeyi durdurma reddedildi. Büyük bir ihtimalle buna karşı olarak da iç hukuk yolunu tüketip Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne gitmeyi düşünüyorum. Çünkü uyarma ve kınama cezaları devlet memurlarının temel memuriyetiyle ilgili özellikler gösteren, yükselmeleriyle ilgili, özlük haklarıyla ilgili olan konularda bunun bir sicil amirine bağlı tutulup, yargı yolunun kısıtlanması yine kaynağını 1982 Anayasası'ndan almaktadır.

Yılmaz bey bahsetti: Gerçekten olayın bir akademisyen, teoriyen boyutu var, tartışılır. Yani hukukta hepinizin malumu olduğu üzere -ben saygısızlık yapmak istemiyorum- iki artı iki dört etmiyor. Yani herkesin bir fikirde birleşmesi mümkün değil, fakat netice itibariyle olayın bir diğer boyutu akademisyen boyutu veya teorisyen boyutunun hemen akabinde uygulayıcı boyutu var, hâkim ve savcılarımız; uygulayıcı boyutu olarak da biz avukatlar varız. Biz avukatların bir özelliği de, biz vatandaşla birebir muhatabız. Türkiye'de yargının uzun sürmesinden, Türkiye'de ilginç kararlar çıkmasından dolayı ciddi anlamda bir rahatsızlık duyuyorum ve bunun kaynağı olarak da kesinlikle bir meslek camiasını töhmet altında bırakmıyorum. Bunun bir tek kaynağı var: 1982 Anayasası. 1982 Anayasası yargı kalitesini yok etmiştir, yargıyı yok etmiştir; Bakanlığa bağlı memurlar üretmiştir ve bu şekliyle de biz bu duruma geldik.

Ben hepinizi en içten duygularıyla selamlıyor, saygılar sunuyorum.

Sayın Başkan'ım, size de özellikle saygılar sunuyorum.

Oturum Başkanı: Sizin anlatımlarınızdan ne çözüm önerdiğinizi bulacağız: 1982 Anayasası bana göre de öyle. Ankara Barosu'yla barolar konuşmacı olmayayım diye beni yöneticiliğe getiriyorlar. Söyleyeceklerimden çok kimse hoşlanmıyor ve onlar da bir tür yönetimin eklentisi durumuna düşüyorlar; burada açıkça söylüyorum, ama ben görevimi yapıyorum.

1961 Anayasası çok kötü bir kopyasıdır, fakat çok nazıksınız ve bütün kusuru Anayasa'ya yüklediniz. Keşke öyle olsaydı; hepimizin kusuru var.

Teşekkür ederim.

Av. Fevzi KAYACAN: Sayın Başkanım, bir cümle daha ilave etmek isterim: Eğer bir yerlerden başlanacaksa, öncelikle 1982 Anayasası'nın değiştirilmesinden başlanması gerekiyor. Bir haber programında ben tesadüf ettim. Sayın Burhan beye spiker hanım özellikle soruyordu: "*Milenyum çağına girdiğimiz bu dönemde yeni bir Anayasa niye düşünmüyorsunuz?*" diye. Yeni Anayasalar değil. Yani Amerikan Anayasası 200 yılı aşkın bir süredir yürürlüktedir, ama çağdaş bir Anayasa'dır. Anayasa'nun yeni olması bir şey ifade etmiyor. Yaşlı, ama genç Anayasa olmalı.

Saygılar sunuyorum.

Nevzat SİNAN (Afyon Vali Yardımcısı): Öncelikle Afyon Valiliği ve Afyon Halkı adına sayın Başkan ve siz değerli katılımcıları saygıyla selamlıyorum.

Efendim, ben esas sunumuma geçmeden önce bir küçük serzenişimi dile getirmek istiyorum: Biz illerde benzer toplantılar yaptığımız zaman, böyle salonların genellikle boş olduğunu ve bunları öğrencilerle doldurmaya çalıştığımızı düşünürdüm. Ama bizim başkentimizde, böyle önemli bir konuda böyle boş bir salon bulmaktan doğrusu rahatsızlık duydum. Hatta ben bu toplantıya gelirken 81 il vali yardımcısı ve sekreterinin de çağrıldığını düşününce, bu salonda yer bulamayacağımdan endişe etmiştim. Ama bir dahaki toplantıda herhalde bu endişem olmayacak.

Efendim, biliyorsunuz biz uygulamanın içerisinden gelen insanlarız ve doğrudan uygulama yaparız. Biraz önceki avukat arkadaşım, bunun uygulanmasının hâkim ve savcılarla ilgili olduğunu söyledi. Ancak, şunu unutmayalım ki, insan haklarının en çok ihlal edildiği iddialarının olduğu, gerek güvenlik, gerek sağlık, gerek tarım, tapu, vesaire diğer kuruluşları da sayarsak, ihlallerin en çok olduğu kurumların yönetimini ve denetimini

TARTIŞMA

bizler yapmaktayız. Bu nedenle birtakım uygulamalara daha yakından tanık oluyoruz, şahit oluyoruz veyahut da uygulamalara getiriyoruz; aynı hataları yapıyoruz. Ben size sadece 3 tane fotoğraf sunacağım. Bu 3 fotoğraf sadece uygulamanın içerisinde gelen fotoğraflardır. Bu fotoğrafları çoğaltmak mümkündür. Somut öneri getirilmesi istendi bu bölümde ve somut öneriyi de beraber getireceğim.

Şimdi konumuz İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmeleri'nin iç hukukta doğrudan uygulanması deniyor. Polis memurlarını hepimiz dışarıda görüyoruz. Sokakta, soğukta, sıcakta, toplantıda, kavgada, gürültüde hep polis memurlarını görürüz. Bu memurlar, bu çocukları düşünebiliyor musunuz izin almadan evlendiği için ceza yiyorlar. Polis Disiplin Tüzüğü'nde, polis memurları evlenirken, evleneceği kişi hakkında ilgili idareden izin almak zorundadır. Bu nedir? Avrupa İnsan Hakları sözleşmemizin -artık "sözleşmemiz" demek zorundayız, çünkü bizim de bu sanıyorum 14 ya da 16. maddesi olması lazım; "*Kişiler özgürce evlenecekleri kişiyi seçerler ve bunun için de hiç kimseden icazet almak zorunda değildir.*" maddesi var. Ama biz, evlenip evlenemeyeceğine -ben mülki amir olarak aynı zamanda güvenlikten sorumluyum- izin vermek zorundayım, "*bununla evlenebilirsin ya da evlenemezsin*" diye. Eğer izin almazsa da bunun hakkında disiplin cezası uygulamak görevim.

Oturum Başkanı: Anadolu'ya bir bakın: Kızlar, erkekler gene anne-babanın izni olmadan evlenemiyor.

Nevzat SİNAN: Önerim, bu Polis Disiplin Tüzüğü'nün derhal gözden geçirilip, bu Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmesi'ne uygun hale getirilmesi. bu sadece bir maddesi ve buna benzer maddeleri çoğaltmak mümkün. Ben dikkatleri belli yerlere çekmek için bazı konuları dile getiriyorum.

Bilirsiniz il ve ilçelerde hekimlerimiz hem hastanede çalışırlar, hem de muayenehaneleri vardır. Görünüşte bu, hekimlerimizin yıllardır aldıkları eğitimin bir sonucu olarak görülür. Ama bunun neticesi, vatandaşın bazı sağlık hizmetlerini parayla satın almak zorunda bırakılması gibi bir konuyla karşı karşıya

kaldığımız gibi, bu hekimlerin şu andaki uygulamada çalışma saatlerini düzenlemek düşüncesi adı altında, veyahut da öyle bir çalışma altında hekimlerin bu haklarının ihlal edildiğini de görmekteyiz. “Kesintisiz hizmet” adı altında sabah 8’den akşam 4’e kadar çalışma mecburiyeti getiriliyor ve bu arada muayenehanesine gitmesi yasaklanıyor. Yani hem muayenehane açma izni veriyoruz, hem yasaklıyoruz. İki tane çelişkiyi aynı anda iç içe yaşıyoruz. Biri sağlık sorununda çok ciddi bir sorun olan ve “insanın yaşama hakkı” dediğimiz hakkı düzenleyen, bunun bir parçası olan hekimlerin yaşamıyla, “çalışma hakkı” dediğimiz, hekimlerin kendi özlük veyahut da kendi özel haklarını birbirine karıştırarak iki kere insan hakları ihlali yapıyoruz. Bunların derhal göz önüne alınması lazım. Sağlıklı bir ulusta bir hekim ya muayenehanesinde olacaktır, ya hastanede olacaktır ve bunun adının konması lazım. “Efendim, bulamıyoruz, hekim yokluğu var” gibi gerekçeler olmaz. Sağlıklı bir devlet, vatandaşına yeterli sağlık hakkını tanımak üzere hekim yetiştirir. Yetiştiremiyorsa, o zaman bu konu tartışılır.

Benim üçüncü olarak dile getirmek istediğim konu kamu görevlileriyle ilgili. Kamu görevlilerinin de çalışmaları, sene sonunda üst amirleri vasıtasıyla değerlendirilir ve bir rapora bağlanır; bunun adı sicil raporu. Bu sicil raporları, yapısı gereği gizlidir. Kimden gizlidir; kamu görevlisinin kendisinden gizlidir. İnsanın gelişme hakkı vardır temel haklarından; kendisini geliştirme, yetiştirme hakkı vardır. Geleceğini ipotek altına alan birtakım kararlardan bilgi sahibi olmak hakkına sahiptir. Oysa ki uygulamaya baktığımız zaman, o kişinin kendisini geliştirmesine yönelik olan bu karar ondan gizli tutulur. Benim önerim, evet “gizli sicil” dediğimiz sicil raporları, bir başkasının görmesini gerektirmeyen, ancak devletle bir sözleşme yapmış olan o memurun, kendisiyle devletin arasında açıkça belirtilmelidir. Yani kişi, kendi sicilini görme hakkına sahip olmalıdır. Gelişmesini engelleyen hususları muhakkak görmelidir. Eğer itiraz etme hakkı varsa, geleceği ipotek altına alınmadan müdahale edebilmelidir. Oysa ki bizde, bu gizlilik arkasına saklanıp bazı kamu görevlilerinin yükselmeleri önlenmektedir.

TARTIŞMA

Bu örnekleri çoğaltmak mümkün. Zamanın darlığı nedeniyle de hepinizden değerli zamanınızı aldığım için özür diliyorum. Bu fotoğrafları, illere veya çevremize baktığımız zaman çoğaltmak mümkün. Ama bunu uygulayacak olan gene bizleriz, insanlar. O nedenle olan biteni, böyle dar bir salonda değil, çok kalabalık platformlarda görmek gerektiğine inanıyorum.

Hepinizi saygı ve sevgiyle selamlıyorum. (Alkışlar)

Oturum Başkanı: Ben de teşekkür ederim.

Tabii, bu fotoğraflar renkli olsa daha iyi olurdu, ama rengini kendi kendine yok etmiş. Çünkü yaşamımızın toplumumuzdan acı kesitleri bunlar, acı görünümleri ve bir tane değil. Yargıda gizlilik de önemli bir sorun. Siz yalnızca idari yönden işi ele aldınız ve o da ayrı bir dert. Tabii yurttaşları sağlıklı olmayan bir devletin sağlığı da tartışılır. Bunları herhalde arkadaşlar dikkate alacaklar, iletecekler, çalışacaklardır.

Şimdi üçüncü konuşmacı Sayın Erol Alkan.

Buyurun.

Erol ALKAN (DSİ Emeklisi): Sayın Başkan ve arkadaşlarım; hepinizi saygıyla selamlıyorum.

Her şeyden önce emeğiyle bugünlere gelen bir insanım. Burada toplantı olduğunu dünkü *Cumhuriyet Gazetesi* okurlarının toplantısında duydum ve seve seve katılacağımı dile getirdim. Ben vatandaş olarak buradayım. 2-3 gündür basından ve medyadan konuyla yakın olarak ilgileniyorum. Kendimi bildim bileli de bu siyasetin içindeyim; hiçbir zaman dışına çıkmadım.

Burada ben şunu gündeme getirmek istiyorum: İnsan hakları diyoruz. Benim insan haklarım 1970'li yıllarda yok edildi. 1980'i yaşadık, 2004'lü yıllardayız. Şu anda daha zor şartlar altında yaşıyoruz. Ağlamaklı oldum, doğrudur. Benim gördüğüm işkenceyi görmediniz, yaşamadınız, bilmiyorsunuz. 84 tane kitap -Yekta beye ben nerede çalıştığımı söylemiştim- 12 Mart olduğu dönemlerde imzalı olarak bulundu. Bilgi Yayınevi komünist bir kuruluş diye Mamak'a götürdüler. Kitaplarım

muhasara altına alındı ve bana verilmedi. O günlerde insan hakları yoktu; bugün tartışmaya açıyoruz insan haklarını. Niye Avrupa topluluğuna gireceğiz diye. Benim o dönemlerde yok edilen gençliğim nerede?

Ahmet Kaya soruyor “Gençliğim nerede?” diye Nevzat Çelik’in bir şiirinden alıntı olarak. Biz de o dönemlerde yok edildik. Ben şimdi soruyorum İbrahim beye: Bir rapor hazırlandı, İnsan Hakları Raporu. Dün akşam da izledim kendisini, hatta da ilettim. Şunu soruyorum: “Azınlık Raporu” deniliyor. Ben sabahları Batıkent’te spor yaptırıyorum arkadaşlar ve onun için sabahki açılıma geledim ve öğleden sonra katıldım. Oradaki insanlara tartışmaya açtım. “Azınlık Raporu, İnsan Hakları Raporu” deniliyor; nedir? Bunlar “boyalı basın” dediğimiz basının güdümünde gözümüze sokulan, dayatılan medyanın şeyleri olmasın, halka indirgensin. Hatta Açık hava toplantıları yapalım ve bunları oraya taşıyalım.

Sosyal Sigortalar Kurumu, devlete -ya da hükümete- devredilmeye çalışıyor. Bunun da tartışmaya açılması lazım. Sadece insan hakları değil. Ben emekli bir işçiyim. SSK’ya gidiyorum muayene, ameliyatımı dahi olabiliyorum, ama şu anda bana verilen, dayatılan şey yüzde 12 benim emekli maaşımdan kesileceği söyleniliyor. Bunların da tartışmaya açılması lazım. “Sosyal devlet” diyoruz; nerede sosyal devlet? Gösterin bana; dün akşamleyin Cumhuriyet okurlarıyla tartışmaya açtık bu konuyu. Arkadaşımın bir tanesi “Ben Alevi’yim ve azınlıktayım” dedi, gerçek azınlıkta olan benim arkadaşlar. 5 tane dedemin kardeşi savaşta kalmış. Dedem gazidir, rahmetli oldu ve emekli maaşı alamadan öldü, gitti; Sakarya gazisiydi.

Buradan şuraya geleceğim: Azınlığı kabul etmiyorum. Biz bir mozağiz, biz bir yapı taşıyız. Ben çocukluğumda Alevi’siyle, Kürt’üyle büyüdüm ve bugün de aynı insanlarla spor yapıyorum, beraberim. Ben burada şunu dile getirmek istiyorum: Daha açık ve detaylı olarak insanlara insin. “İnsan hakları” derken neleri kaybedip neleri kazandığımızı öğrenmek istiyoruz sade vatandaş olarak.

TARTIŞMA

Hepinize beni dinlediğiniz için teşekkür ediyorum. (Alkışlar)

Av. Emin Levent YAVUZER (Konya Barosu): Sözlerime başlamadan önce, öncelikle belirtmek istediğim çok özel bir husus var. Bu sabahki toplantıyı çok dikkatli bir şekilde inceledim, notlarımı da aldım; çok düzeyliydi ve katılanlara gerçekten minnettirim. Çok da faydalandığımızı söylemek isterim. Birkaç not aldım, bu konuşmaya bu sunuşuma ilişkin olarak.

Elbette ki biz avukatız ve doktrinel tartışmaların pratiğe yön gösterdiğine de şüphe yok. Uygulayıcılar olarak bunun bizim önümüzde çok zihin açıcı bir faaliyet olduğundan da eminim. Madde 90'ın önceki nitelikleri, sonraki nitelikleri üzerine yapılan tüm tartışmaların çok büyük boyutları var. Bir arkadaşımın da belirttiği gibi 3-4 saat tartıştık. Belki günlerce tartışmaya yetmeyecek hususu, bize göre artık tartışmasız oldu. Ama önemli olan sorunun ne olduğunu, biz uygulayıcıların net olarak tespit etmesinde yatıyor sanıyorum. Sorun, demokrasi sorunudur. Sorun, insan hakları sorunudur.

Biraz önce bir konuşmacımız şunu net olarak söyledi: *"Bizler şu işkenceleri gördük, şu kitaplarımız toplatıldı, bunlar yazıldı, bunlar çizildi"* diye. Evet, bizler sizlerin tanığıyız, bizler sizlerin her zaman yanınızda olduk ve olmaya da devam edeceğiz. En önemli sorun budur, demokrasi sorunudur. Elbette demokrasi mücadelesini bugün toplumsal katmanların hepsinde tek tek sorduğunuzda herkes demokrat olduğu iddiasında. Halbuki demokrat olabilmenin turnusol kağıdı, insan hakları sorununa bakış açınızla doğrudan orantılıdır. Bu itibarla, yapılan hukuki tartışmaların özünün insan hakları sorununun özü olduğunu düşünüyorum. İnsan hakları mücadelesinde de epeyce görev almış olan bir arkadaşınız olarak şunu söyleyebilirim: Sorun, devletin insanına karşı yapmış olduğu ihlalin nerelere kadar uzanabileceği sorunudur. Bireylerin birbirine karşı olan ihlallerinin *"bir insan hakkı sorunu"* olarak kabul edilip edilmeyeceği halen tartışılmaktadır. Bu itibarla, buradaki temel sorunlardan birini teşkil eden devletin bakış açısının, idarenin bakış açısının çok önemli olduğunu vurgulamak isterim.

Devletin bakış açısı, elbette ki gelinen aşamada Türkiye'nin kendi sosyo-ekonomik politiği itibariyle -sosyo-ekonomik politiği özellikle altını çizerek söylüyorum- bugün için Avrupa Birliği tartışmalarının yaşandığı, buna kayıtların yapılmaya çalışıldığı bir durumda böyle toplantıların olmasında yatmıyor. Elbette cezaevlerinde sizler işkence görürken bunlar önemliydi. Biraz önce Vali Yardımcısı şunu söyledi: Bir polisin durumundan bahsetti. Evet, belki polis evlenemeyebilir, ama tercih edeceğiniz hak nedir? O polis işkence yaparken onu düşünebilecek durumda mıdır, değil midir? Bence düşünüyor; kapıdan çıktığı anda insan olmasının, bana göre bir insan olmanın da ötesinde bir müspette olarak kapıdan çıktığına birçok kez tanık oldum. Bu itibarla da bu konuşmayı yapma gereğini özellikle hissettim.

Somut olarak burada bizden istenilen, bu konuşmacılardan istenen çözüm önerisinin ne olduğudur? Benim somut önerim şu: Sadece hukuki bir bakış açısıyla değerlendirdim olayı. Sabahki konuşmalarda netleşen ve Barolar Birliği Başkanı'nun konuşmasında da özellikle altını çizdiği bir husus var ve çözüm önerim bu olacak. Milletlerarası andlaşmaların tüm yönleriyle toplumla paylaşılması ve bunun tartışmaya açılmasıdır. Bu yapılmadıktan sonra, elbette şu anda belki birtakım zorlamaların da etkisiyle temel insan haklarının ve özgürlüklerin yasalarımıza nasıl ve ne şekilde uygulanacağı, üstünlüklerinin nerede ve şekilde olacağı hususundaki tartışmalar bitmeyecektir. Ama milletlerarası andlaşmaların bize, şu anda burada konuşan bana, oturan sizlere, dışarıdaki insana, sokaktaki çalışana ne getirip ne götürdüğünün altı çizilmeksizin herhangi bir mücadelenin de çok büyük bir önemi olduğuna inanmıyorum. İnanmak istiyorum, ama olmuyor. Nedeni şudur: Anayasa Komisyonu Başkanı Burhan Kuzu bunu çok net olarak ifade etti: "*Efendim, bunlar zaten imzalanıyor ve sonra da geliyor bize, onaylıyoruz. O onay yasası da sadece bir cümleden ibaret oluyor*" dedi. Evet, teknik olarak gerçekten doğru, ama bizden neler götürüyor, bunu biz yaşadığımız sürece öğrenmek durumunda kalıyoruz. Onun için 1971'de gördüğünüz işkenceyi belki bugün burada anlatmak durumunda kendinizi hissediyorsunuz.

TARTIŞMA

Vali Yardımcısı bir şey daha söyledi: “*Sicillerini öğrenemiyor insanlar*” dedi. Evet, bu da doğrudur, ama sadece bir hukukçu olarak bunu söyleyebilirim: Bilgi Edinme Hakkı Yasası ortaya çıkmıştır ve şu an için bu insanlar durumlarının ne olduğunu öğrenebilirler. Ben bunun yapılabileceğini söylediğimi belirtmek isterim.

Bir husus daha belirtiyim: Sizler İl İnsan Hakları Kurulları’nda görevlisiniz. Evet, idarenin temsilcisisiniz. Önemli olan şudur: Sizler Vali Yardımcısı olarak o kuruldaki göreviniz sırasında Vali Yardımcısı kimliğinizle orada bulunuyorsunuz, bir insan olarak durmuyorsunuz, bir vatandaş olarak durmuyorsunuz. Eğer böyle durulmuş olsa, oradaki sorunlar belki bu kadar kapsamlı bir şekilde de tartışılmaz. Ama bizim Konya’da bunu net olarak yaşadığımızı izah edebilirim.

Söylenilen şudur ve bunu buradaki bütün arkadaşlarımla da paylaşmak isterim spesifik bir örnek olduğu için: Vatandaş başvuruda bulunuyor. İl İnsan Hakları Kurulu Başkanı olan Vali Yardımcısı “*Biz bunu Vali beyle görüştük ve bu konuda bir karar almaya gerek yok*” diyor. Bu bir anlayış meselesidir. Sorun demokrasi sorunudur ve demokrasinin gerekleri her neyse bunlar yerine getirilmek durumundadır. Bir hukukçu olarak önerim, burada sadece ve sadece uluslararası andlaşmaların toplumla paylaşılması ve enine boyuna tartışılması gereğidir.

Saygılar sunarım ve teşekkür ederim. (Alkışlar)

Oturum Başkanı: Biz de size teşekkür ederiz.

Uygun bulursanız tartışmaları kişiselleştirmeyelim. Kurumsal yaklaşımlar oluyor. Elbette ki sizi dinleyenler, arife tarife gerekmez ve bunu anlayacak düzeydeler. Vali Yardımcısı olarak bulunduğunuz kurulda bir insan olmazsanız zaten yer alamazsınız, Vali Yardımcılığı’nızı yürütürken insanlığınızı göz ardı edemezsiniz. Arkadaşımınki de kendine özgü bir eleştiri. Yani görevinizden çok sıfatınıza daha çok ağırlık veriyorsunuz; insan olarak belki düşünmeniz biraz az oluyor demek istedi; o da bir görüş ve yaklaşım. Bunlar okunacak, tartışılacak. Onun için uzatmayalım Nevzat beyciğim.

Onur bey buyurun.

Av. Onur GÜNDOĞDU (Kars-Ardahan Bölge Barosu Genel Sekreteri): Sayın Başkan'ım, Değerli hocalarım ve Katılımcılar; ben aynı zamanda İnsan Hakları Komisyonu Başkanuyım.

Sabahki tartışmalara, görüşmelere katıldım ve hayretle bir şeye tanıklık ettim. Yasama Meclisimiz maalesef insan hakları konusunu yeterince özümseyememiş ve işi sadece bir şablon-
dan ibaret görmekte.

Şöyle ki: Sayın Yakış söz konusu 90. maddedeki değişikliğin temel hak ve hürriyetlerle sınırlandırılmaması, mesela çevre hakkının da konuya dahil edilmesi önerisini getirdi. Bunun karşılığında Sayın Kuzu TBMM Anayasa Komisyonu Başkanı -bulunduğu yer de son derece mühim ve değerli- "*Efendim, biz bunu çıkardık, bakalım AB ne diyecek? Ona göre gerekirse kapsamını genişletiriz*" diyor. Hayretle tanık olduk bu duruma. Gerek insan hakları, temel hak ve hürriyetler gerekse Sayın Yakış'ın önerdiği diğer konular bizim buna değer olduğumuz için, bizim demokrasiye layık olduğumuz için, halkımızın buna ihtiyacı olduğu için ve bunun olması gerektiği için yapılmalıyken, demek ki başka nedenlerle de yapılabiliyor. Demek ki yasama Meclisimiz işin ehemmiyetini, özünü ve amacını tam anlamıyla kavrayamamış.

Bizler hâlâ 82 Anayasası'yla yönetiliyoruz. Tartışmaya gerek dahi yok 82 Anayasası'nın hukuki durumunu ve pratikteki getirilerini. Sadece değişikliklerle övünme durumunda kalıyoruz. Bunun zorluklarını da yaşadık, biraz önceki konuşmacı ağabeyimin yansıttığı gibi bunun problemlerini derinden acılarını hâlâ duyan insanlar var. Haliyle işimiz zor. Bu durumda eğitime büyük bir önem düşüyor diye düşünüyorum ve yasama Meclisi'ni eğitmek tabii haddimiz değil, fakat ilkokullardan başlayacak şekilde yeni nesilleri bu yönde eğitmek, hatta müfredata bu konuda dersler yerleştirmek gerektiğini düşünüyorum.

Teşekkür ediyorum. (Alkışlar)

TARTIŞMA

Oturum Başkanı: Biz de size teşekkür ediyoruz.

Sayın Balcı buyurun.

Fikri BALCI: Halktan biriyim ve hepimizi saygıyla selamlarım.

Şu yazdığım şeyden birkaç paragraf okuyacağım.

Oturum Başkanı: Fikri bey müsaade eder misiniz? Yorulmadan sizin iyiliğinizi gözeterek bir duyarlılık sonucu sesleniyorum. Sizin okuyacağınız metni ben de edindim. Onu özetleyerek okursanız zamandan yararlanabiliriz.

Buyurun.

Fikri BALCI: Kesinlikle bu koşan bildiri değil, yönetimi sağlayan ve egemenliği kullanan gücün kurnazlıkla sürdürdüğü yönetimin sergilenmesidir. Bu güç tarih boyu görülmemiş, duyulmamış bir uygulamayla karşımıza çıktı. Kitle iletişim araçlarını tekelleştirdi, halkın sesini kesti ve toplum heyecanını söndürdü. İşlenen suçun açığa çıkmaması için yargı yolunu da kapatmış oldu. Türkiye’de basın, gazeteler, medya, kitle iletişim araçları dediğimiz araçların hepsi tekel ve sermayenin lehine konuşuyor; bundan haberiniz var mı?

İkinci satırı okuyacağım: Tabu demokrasisinde, seçim halkın kendi arasından yöneticisini seçmesi için değil, federal soyuların yönetime atamalarına meşruiyet verilmesi için, toplum öfkesinin dindirilmesi için ve milletin seçmesini öğrenemedik. Savunma kendi kendini suçlaması için yapılır. Bütün sorun, Türkiye’nin tek sorunu tabu demokrasisinde değiştirilemeyen, değişmeyen, demagoji gibi atamalarla meydana getirilen, yasma erkinde ve Türkiye’deki partiler halkına dayanmayan, halkını temsil edemeyen kuruluşlardır.

Hepinizi saygıyla selamlıyorum.(Alkışlar)

Oturum Başkanı: Birçok kimsenin her zaman söylediklerini kendine özgü bir coşkuyla açıkladı Fikri bey. Ona da çok teşekkür ediyoruz. “Tekrarında fayda vardır” denir biliyor-

sunuz. Ne kadar söylenirse, o kadar çok anlaşılır ilkesinden yürüdük. TARTIŞMA

Buyurun efendim.

Av. Turabi TURAL (Ankara Barosu): Öncelikle bu toplantıya katıldığınız için hepinize teşekkür ediyorum, Ankara-lılar'ın bu ilgisizliğine karşın. Sayın Başkan'ıma da saygılarımı sunuyorum.

Kişilerin hakları, gerek diğer kişiler tarafından ihlal edildiği zaman başvurabileceği tek yer yargı, hakkını alabileceği tek bir yer yargı. Ama benim bir avukat olarak özlediğim şu: Bu ülkede insanlar yargı yoluyla da haklarını kolay kolay elde edemiyorlar. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne giden davaların tamamına yakını da hemen hemen Türkiye'de adil yargılanma hakkı ilkesi ihlal edildiği için uygun görülen şeyler; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından kabul edilen davalar.

Bizim kabul ettiğimiz uluslararası sözleşmelerden belki en temel sözleşme olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin hükümleri arasında belki en belirleyici hüküm, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kuruluşuna ilişkin hükümdür. Bu mahkemenin kararlarının niteliği de belirlenir. Bu maddeler arasında der ki: *"Hükümlerin kabul edilebilirlik ve kabul edilemezlik kararları gerekçeli olarak yazılır."* Bunlara katılmayan üyeler de, o Mahkeme'nin üyeleri de gerekçelerini yazabilirler. Bizim ülkemizde yerel mahkemelerden çıkan kararlar genelde gerekçeli; yüzde 90'ın üzerinde bir oranla gerekçeli. Ama bu kararlara karşı onların hukuka olmadığı savıyla Yargıtay'a gittiğinizde çıkan onama kararlarının yüzde 100'e yakın bir bölümü, formül olan madde dediğimiz onama, bozma kararlarının çoğu da gene hukuki gerekçeden yoksun. Gidip de o Yargıtay üyelerine ya da heyete katılan üyelere sorduğunuzda da çoğu kez karşılaştığımız soru şu: *"Arkadaşlar böyle düşünüp, böyle karar verdiler."* Yani benim hukuki görüşüm doğrudur, şu nedenle doğrudur gibi bir değerlendirme göremezsiniz.

TARTIŞMA

Oturum Başkanı: Şeyi biliyorsunuz değil mi; yeni Usul Yasasına onama kararlarının gerekçesi olması açıklığı eklendi.

Av. Turabi TURAL: Eski Usul Yasası'nda da vardı. Hatta özellikle karar düzeltmeye gitme halinde Anayasa'da da buyurucu hüküm olarak düzenlenmiş. Anayasa'nın 141/son maddesinde bütün mahkemelerin her türlü kararı gerekçeli olarak yazılır. "*Davaların en az giderlerle ve mümkün olan en kısa sürede sonuçlandırılması yargının görevidir*" diye sayıldı.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 436. maddesinde, temyiz incelemesi yapılırken, daire başkanının kararları nasıl taraflar temyiz sebeplerini nasıl inceleteceği bile ayrıntılı olarak düzenlenmiş. Hatta 442. maddesinde, tarafların karar düzeltmeye gitmeleri halinde, daire onun karar düzeltme nedenlerini kabul etmiyorsa, neden reddettiğini yazmak zorunda. Ama düzeltme isteklerinin reddi halinde herhangi bir gerekçe dahi göremezsiniz. Bence bu, adil yargılanma hakkının en büyük ihlallerinden biri.

Ben avukat olarak şu sıkıntıyı duyuyorum: Vatandaşın haklılığına inandığım bir dava açtım. Temyiz aşamasına geldi ve temyiz isteğim reddedildi. Karar düzeltme aşamasına gittim, o da reddedildi. Ben bu adama kendi yanıldığımı ya da davanın haksızlığını nasıl anlatıp da onun yargıya güvenini sağlayabilirim? O anlamda da bizim toplumumuzda öncelikle avukata karşı bir güvensizlik var; adamın varsa işi halledersin anlayışı var. Ayrıca sistemde yargıya karşı da bir güvensizlik var. Yargı dışında bozuk işlerini çözme çabası ve eğilimi toplumumuzda yaygın ve "*mafya*" dediğimiz olgunun da her geçen gün biraz gelişmesi bundan. Ben o anlamda somut çözüm önerileri getiriyorum. Diyorum ki: Bu beğenmediğimiz Anayasa'nın 40. maddesinin son fıkrasında bir hüküm var; der ki: "*Kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, devletçe tazmin edilir.*" Hatta 2 yıl önce yapılan değişiklikte bu fıkranın öncesine bir hüküm, bir fıkra daha eklediler: "*Devlet, işlemlerinde ilgili kişilerin hangi kanun yollarına ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır.*"

Bu gerçeğe, adil yargılanma hakkımızı ihlal eden işlemler sonucu, hâkimlerin haksız işlemleri varsa, bu işlemlere karşı yurttaşların uğradığı zararların giderilmesi için yargı yolu kurulmalıdır. Buna da açık önerim, Hâkimler ve Savcular Kurulu'nun bu şeylerde muhatap kılınması ve varsa vatandaşların zararlarının o kurul tarafından giderilmesi; rücu edebilecek şartları var mı, yok mu, bu da Kurul'un bileceği iş. Ama bu salt hâkimlerin sorunu değil. Aynı şekilde adil yargılanma hakkının ihlalinde mesleki yetersizlik, özensizlik yönünden avukat olarak bizlerin de sorumluluğu az değil; en azından onlar kadar payımız var. O zaman avukatların üstlendiği işlerden dolayı yurttaşlara verdiği zararların tazmininden de Türkiye Barolar Birliği sorumlu tutulmalı ve bu şekilde meslek örgütleri şeyinde hukuk adamlarının denetim, gözetim ve insan haklarına saygısı sağlanmalıdır.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 17 Aralık 1979 tarihli kararıyla kabul edilen Kanun Adamları Nizamnamesi'nin 2 maddesi var, der ki: *"Kanun adamları görevlerini yerine getirirken insan onuruna saygı gösterir ve insan onurunu korur; bütün insanların sahip olduğu hakların kullanılmasını sağlar ve onun yanında yer alır. Kim olursa, bunun yanında yer almamışsa, yurttaşlarımıza zarar vermişse bu zararların giderilmesinde sorumlu tutulmalıdır."*

Yine kendi meslek grubumla ilgili, toplumda varolan güvensizliğin temel şeylerinden birinin kaldırılması ilk önerim ve isteğim. Dünyanın hemen hemen hiçbir ülkesinde yok, veyahut da ileri ülkelerinde yok, ama biz belli bir işi üstlenmek için mutlaka noter onaylı bir vekaletname ibraz etmez zorundayız. Halbuki Avukatlık Kanunu'nun 53. maddesi, bize izlemeyi üstlendiğimiz işlerden dolayı vekilimizle görüşme yapmak, tespit etmek yükümlülüğünü getirir. O zaman bu belge, bize vekalet belgesi niteliği kazandırılarak özellikle bu anlamda noter vesayetinden kurtulmalıyız.

Ben önerilerimi özellikle şey halinde de hazırladım, Sayın Başkan'ıma da sunuyorum. Hepinize iyi ve sağlık dolu günler dilerim.

TARTIŞMA

Oturum Başkanı: Teşekkür ederiz.

Görüşlerdir, tartışılır ayrı.

Buyurun değerli arkadaşım.

Av. Mehmet İhsan KALKAN (Şırnak Barosu): Sayın Başkan, değerli konuklar hepinizi saygıyla selamlıyorum.

Buradaki konuşmaları dikkatle dinledim ve son derece faydalı bilgiler edindiğimiz kanaatindeyim de. Ülkemizin Avrupa Birliği yolunda atmış olduğu adımları desteklemekle birlikte oldukça yetersiz buluyorum.

Biraz önce Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürü Dr. Ayşe Saadet Arıkan tarafından gösterilen istatistikler kesinlikle bize göre gurur duyulacak durumlar ve rakamlar değil. Aksine, uluslararası konular ve sözleşmeler hakkında sayın mahkemelerin ne kadar yetersiz, bu konulara ne kadar ilgisiz olduklarını göstermektedir. Sadece benim bulunduğum yerde şu anda sadece bir mahkemede 3 500 tane derdest dosya, dava bulunmaktadır. Bu davaların hiç birinde, hiçbir satırında ve hiçbir noktasında uluslararası sözleşmelere hiçbir şekilde bir atıfta bulunulmamaktadır; bırakın bulunmayı, hiçbir şekilde konuşulmamaktadır bile. Yani ne yargıçlar arasında, ne yargıçların avukatlarla olan birebir ilişkilerinde, sohbetlerinde bu konular hiçbir şekilde geçmemektedir. Kaldı ki, geçenlerde Batman'da insan hakları eğitim merkezinde, hâkim ve savcılara yönelik olarak verilen seminerde maalesef hâkim ve savcılarımız insan hakları eğitimine gidecekleri bir seminerde işkence duyarak gitmek istemediklerini, bir nevi Adalet Bakanlığı'nın düzenlemiş olduğu bir organizasyon olduğu için gitmek zorunda olduklarını ifade etmişlerdir; bu da bizi son derece üzümüştür.

Sadece benim bulunduğum yerde 3 500 tane derdest dava olmasına rağmen, Türkiye genelinde toplam 135 karardan bahsedilmesi beni son derece üzümüştür. Bu da uluslararası hukuka, uluslararası sözleşmelere ne kadar az önem verdiğimizizi göstermekte ve düşündürmektedir. Ben uluslararası sözleşmelerin ke-

sin ve kesin iç hukukta uygulanmasından yanayım. Uluslararası sözleşmelerin uygulanması hiçbir şekilde egemenlik hakkımıza bir kısıtlama getirmemektedir. Kaldı ki bu durum uygulamaya ve hukukumuzda çok büyük katkılar sunmaktadır.

Bir de duruma farklı bir boyutta yaklaşalım: Örneğin; bugün Irak'ta meydana gelen olaylar hepimiz tarafından bilinmektedir. Oraya istesek de istemesek de bizim vatandaşlarımız bir yönüyle gitmek zorundalar. Yani ekonomik boyutuyla, sosyal boyutuyla, ticaret hacmi açısından bakıldığı zaman oraya giden vatandaşlarımız maalesef saldırılara uğramakta ve bir yönüyle mağdur olmaktadır. Bırakın mağdur olmayı, ölümlerle bile karşı karşıya gelmektedirler.

Peki bu durumda oradaki vatandaşlarımızın haklarını kim savunacak; hangi yargı yoluna karşı nereye başvurulacak? Hiç olmazsa buradan şöyle bir sonuç çıkartabiliriz: İngiliz Hükümeti'nin denetimi olan yerlerde vatandaşlarımıza yönelik yapılan saldırılarda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurma şansı vardır. O da gösteriyor ki, uluslararası sözleşmeler, uluslararası hukuk gerçekten son derece büyük önem taşımaktadır. Kaldı ki, bu sorunu iç hukukta çözebileceğimiz hiçbir merci, hiçbir yer ve hiçbir erk görememekteyiz.

Ben şunu da söyleyeyim: İnsan hakları alanında eskiye oranla çok önemli adımlar atıldı, uygulamaya yönelik de çok önemli çalışmalar yapıldı. Örneğin; bizim bulunduğumuz yerde Emniyet Müdürlükleri'ne eskiden insanlar korka korka giderken ya da hiç gitmek istemezken, şimdi insanlar çok daha rahat bir şekilde gitmektedir ve özellikle Emniyet Müdürlükleri'ne gelen olaylarda şikayet noktasında çok büyük azalmalar meydana gelmiştir. Gelecekte uluslararası sözleşmelerin, temel hak ve özgürlüklerin geliştirilerek ülkemizde uygulanmasıyla birlikte yarınlara çok daha iyi bir başlangıç yapacağımızı umut ediyor, hepimizi saygıyla selamlıyorum. (Alkışlar)

Prof. Dr. Betül ÇOTUKSÖKEN (Maltepe Üniversitesi Felsefe Bölümü Başkanı): Sabahtan beri gerçekten büyük bir zevkle ve bilgilenerik izliyorum ben bu toplantıyı ve örgütleniş

TARTIŞMA

biçimi bakımından da toplantının son derece katılımcı esaslara uygun olarak düzenlendiğini görüyorum; aşama aşama bu çok güzel gerçekleşiyor. Bu forum bölümünde de söz almak istedim.

Bir felsefeci olarak ve aynı zamanda toplumdaki birtakım gelişmeleri de tabii ki yıllardan beri eğitim dünyasında yer alan biri olarak yakından izleyen biriyim. En çok üzerinde durmamız gereken konulardan birinin, ülkemiz açısından baktığımızda, toplumsal yapımızla, toplumun grameri olarak adlandırabileceğimiz, nitelendirebileceğimiz hukuk arasındaki ilişkide, varmayı amaçladığımız noktalar açısından ne türden pürüzlerin olduğu konusunda çok ayrıntılı çalışmalar yapmak gerektiğidir. Biraz uzun bir cümle kurdum, bunun farkındayım. Toplumsal yapıyla, toplumun grameri olan hukuk arasındaki ilişki; bizim bunu çok çeşitli şekillerde ele almamızı gerektiriyor. Hukuk, bir anlamda bir çerçeve oluşturur, ama malzemesini toplum içinden alacaktır, sosyolojik çalışmalara ihtiyacı vardır ve toplumun yapısını, şeklini verecek olan, içeriğini verecek olan çalışmalara çok şiddete ihtiyacı vardır. Sadece ulaşmak istenilen ya da kendisinin önüne bir yapı olarak, bir anlamda reçete olara konulara -bazıları için bunlar dayatmadır hatta- sadece bel bağlayarak bir sonuca ulaşabileceğimizi ben zannetmiyorum. İşte o zaman da Anayasa Komisyonu Başkanı büyük bir rahatlıkla *"Biz şimdilik bu kadarını yaptık, ama biraz daha fazlasını isterlerse onu da düşünüyoruz"* deme cesaretini gösterebilmektedir. Oysa biz bunu kendi iç dinamiklerimizle, zaten farkına varıp birtakım şeyleri yapmış olmamız gerekir; yani içselleştirmiş olmamız gerekir.

Bunun tabii arkasında başka yönden de hukuk söz konusu olduğunda, sade bir yurttaş olarak, ama aynı zamanda bir eğitimci olarak gözlemlerinden bir tanesi de şu: Çoğu hukukçunun teknik, hatta birçoğunun da mekanik düşündüğüdür. Temelleri ele almadığı, felsefi temeller ya da sadece doktrin dendiği zaman da şimdiki kadar Batı'nın ya da Avrupa merkezli anlayışların doktrin, öğreti olarak sunduklarının çerçevesinin içerisinde sadece düşünmeyle kendilerini yükümlü

ve sorumlu hissetmektedirler. Oysa bunların da dışına çıkıp, özgün olabilme başarısını, becerisini gösterebilirler. Aydınlanma sürecine girdiğimiz Cumhuriyet döneminin başından beri, bütün bunları yapabilecek güçteyiz. Yeter ki biz aynı zamanda hukukçu bilim insanlarının bir topluluğunu, felsefecinin bir topluluğunu; diğer alanlardan bir "sosyologlar topluluğu" diyebileceğimiz bir topluluk. Topluluk derken de aramızda diyaloglar kurabileceğimiz topluluklar olma başarısını ve becerisini gösterebilelim. Böyle yapmadığımız zaman, dışardan gelen her şey iyi, bizim içimizden çıkan her şey kötü veya yanlış; sabahleyin bu noktaya da değindi konuşmacılardan bir tanesi haklı olarak. Bu nedenle işbirliğiyle bir disiplinler arası paylaşım ilişkisi içerisinde bunları yapmamız gerekiyor.

Yine bir felsefeci olarak benim dile olan ilgilim çok. Dil konusunda da konuşmacılardan bir tanesinin özellikle vurguladığı, örneğin; "esas, temel" dediği zaman ne anlaşılması gerekiyor acaba? Biz bunların üzerinde acaba dilcileri de bu işin içine katarak, filologlarımızı, dil bilimcilerimizi, Türkçe uzmanlarımızı da bu işin içine katarak ve gerçekten de halkımızın -çünkü insanlarımız için yapılıyor bu yasalar, bu değişiklikler- en iyi şekilde anlayacağı bir şekilde niçin biz bunları oluşturmuyoruz. Tabii ki akademik düzeyde yapılacaktır birtakım şeyler, tabii ki bunların teorik temelleri üzerinde durulacaktır, ama en anlaşılır biçimde yasa bizler için, biz insanlar için, biz yurttaşlar için. O nedenle bu mekanik ve teknik yapıdan sıyrılmadıkça ezbere olmaktan kurtulamayacağız ve ezbere düşünmeye de ezbere karşı çıkacağız bu anlamda. Oysa, eleştirel bir düşünme içerisinde olmamız gerekiyor.

Bütün bunları yapabilmek için de -tabii çok tekrarlandı, ama ben bir kez daha söylemek istiyorum-. Aynı zamanda bulunduğum üniversitede seçmeli olarak insan haklarının felsefi temellerini içeren bir ders vermekteyim. Konu, benim ilgi alanıma giren bir konu ve bunu şöyle de değerlendiriyorum aynı zamanda: Bu konularda üniversitelerde merkezlerin çoğaltılması ve daha alt düzeyde yapılan çalışmalarda, liselerde de bunun yansımalarının olması, ama her şeyden önce üniver-

TARTIŞMA sitelerde bu tür merkezlerin kurulması lazım. Ben yine buradan seslenmek istiyorum, hukukçular biraz kapalı devre çalışıyorlar. Hukuk alanından, onun dışındaki insanlardan da, bilim insanlarından, filozoflardan da destek alabilirler. Biz bütün bu gelişmelere, bütün bu bilgi paylaşımına açtık. O nedenle kurulacak olan merkezlerde çok disiplinli veya enterdisipliner -disiplinlerarası- bir işbirliğinin olmasına ihtiyaç var.

Yine kavramlarla ilgili olarak da unutmadan söylemek istiyorum, transnasyonal, enternasyonal ve supranasyonal terimlerinin en azından farklı farklı imlemleri olduğunu, farklı referans noktaları olduğunu, işin belki ABC'sinin bu olduğunu artık hepimizin çok ciddi bir şekilde gündemine alması gerekiyor. Ben sözlerimi burada noktalamak istiyorum ve bu fırsat için de çok teşekkür ediyorum. (Alkışlar)

Oturum Başkanı: Rica ederiz; biz de size çok teşekkür ederiz. Yararlandığımız konulara değindiniz, görüşleriniz ve çözüm önerileriniz çok önemli.

Şimdi Billur hanımda sıra.

Prof. Dr. Billur YALTI (Marmara Üniversitesi Vergi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi): Sayın Başkan teşekkür ederim. Toplantı için bütün organizatörlere teşekkür ediyorum. Sabahtan beri dinlediğim bütün tebliğlerden ve konuşmalardan çok faydalandım.

Şimdi bir vergi hukuku öğretim üyesi olarak burada ne arıyorum, nasıl bir perspektifle buradayım ve değerli dinleyicilere bir perspektif sunabilir miyim diye düşünerek söz aldım.

Vergi hukuku söz konusu olunca, uluslararası anlaşmalar bakımından öncelikli olarak biz uluslararası çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarını gündeme getiriyoruz. Bu ülkede Türkiye'nin taraf olduğu, birçok ülkenin de bu kadar sayıda taraf olmadığı 54 civarında vergi anlaşması var. Tabii doğal olarak sabahtan beri konuşulan kavramlarla ifade edecek olursam, bu çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmaları, Anayasa'nın bugünkü şekliyle, temel hak ve özgürlüklerle ilgili değil. Fakat

diğer yandan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde -kısaltarak "İHAS" diye ifade etmek istiyorum- vergilerle ilgili çok sayıda madde bulunuyor. Daha doğrusu genel anlamıyla konuşursak, zaten Anayasa'da mevcut olan bazı kişi hak ve özgürlüklerinin vergilerle doğrudan ilintisini kurabiliyoruz ve artık anayasalılık blokunu öğrencilerimize öğretirken sadece Anayasa'nın 73. maddesinden değil, ama aynı zamanda İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin ilgili maddelerinden -ki en önemli çekirdeğini mülkiyet hakkı oluşturur- ve gerektiğinde de İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin kararlarından bahsediyoruz. O nedenle 90/4 ve 90/5 bizler açısından son derece önemli kavramlar içeriyor.

Bir konuda bilgi vermek istiyorum: Bundan 2 sene önce Avrupa Konseyi çerçevesinde değil, ama Hollanda merkezli bir dokümantasyon merkezi -ki uluslararası mali enformasyona ulaşabileceğiniz bir merkezdir- bir proje yürüttü. Projenin konusu, Avrupa Konseyi ülkelerinde -kapsam çok geniş dikkat edin; sadece Avrupa Birliği ülkeleri değil- İnsan Hakları Sözleşmesi ve mahkeme kararlarının, İHAM kararlarının vergi davalarında uygulanıp uygulanmadığı; söz konusu yerel mahkemelerin bu sözleşmeye atfettiği değerlerin ortaya konması yönünde bir proje oluşturuldu ve ben de Türkiye raportörüydim. Çok geniş kapsamlı bir çalışma yapıldı, fakat ne yazık ki biz Türkiye olarak 5 ülke arasında bu sözleşmeyi veya mahkeme kararlarını vergi davalarında hiçbir biçimde uygulamayan ülkeler statüsünde yer aldık ve söz konusu derginin en son sayfalarında bulduk. Dolayısıyla burada önemi daha da fazla artıyor. "İki sene sonra bu madde bize nasıl bir açılım getirebilir?" sorusunun peşinde olmak gerekiyor. Sabahtan beri bahsedilen mesele çerçevesinde ben de bir vergi hukukçusu olarak vergi yasaları bakımından, Anayasa Mahkemesi kararlarıyla doğrudan ilgilendiğim için ya da idari işlemlerin iptali açısından vergi mahkemesi kararları ve Danıştay kararlarıyla doğrudan ilgilendiğim için bir konuda kavramsal bir açıklık oluşmadığı kanaatimi ifade etmek istiyorum.

Bunu bir soru olarak da algılayabilir daha önceki konuşmacılar, aslında bir soru ifade etmek istiyorum: Eğer 90/5'teki

TARTIŞMA

yeni değişiklik insan hakları sözleşmeleri-Anayasa-yasa çatışma düzleminde Anayasa İnsan Hakları Sözleşmesi ya da bir temel hak ve özgürlüklerle ilgili herhangi sözleşme arasındaki çatışma yönünde bir karar vermesini sağlayacak kapı açmıyorsa, o takdirde yasanın Anayasa'ya ve insan hakları sözleşmelerine uygunluğu açısından bir ölçümleme ve değerlendirme yapacak demektir. O zaman bugüne kadar anayasallık bloku çerçevesinde destek ölçü norm dediğimiz kavram etrafında yaptığı değerlendirmenin bir adım ötesine geçemeyecek demektir. Anayasa Mahkemesi; ben bunu böyle anladım sabah-tan beri yapılan konuşmalardan. O halde "*anayasallık bloku ne daralmıştır, ne de genişlemiştir*" demek gerekiyor.

Peki idari yargı mercilerine geçerseniz benim ilgi alanım olarak: Uluslararası andlaşma, yasa ve idari işlem açısından bakacak olursam, elbette ki Danıştay, yasanın uluslararası anlaşmaya aykırı olup olmadığını tespit edecek bir merci değil. Bir idari işlem bakımından, yasaya aykırılığı üzerinden düşünecek. Varsayalım ki bir idari işlem yasaya uygun, yani bir vergi yasasına uygun, ama örneğin demin bahsettiğim mülkiyet hakkına ilişkin madde bakımından İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne aykırı. Bu takdirde bir alan genişlemesi varsa eğer, ancak ve ancak hukuka uygunluk blokunda olabilir diye düşündüm ben yapılan konuşmalardan; ancak ve ancak etkinliğini bu yargı mercilerinde ölçebiliyoruz diye düşündüm. Fakat böyle olunca da o halde işlemi, uluslararası işleme aykırı olduğu için iptal ederse, o takdirde aslında yasamızın da uluslararası anlaşmaya uygunluğunu veya aykırılığını ölçümlüyor anlamına da gelebilir mi diye düşünüyorum bir adım ötesinde.

Burada bir başka kavramsal kargaşanın da şu olduğunu düşünüyorum: Benim ilgilim dahilinde olan hadise şu; çeşitli kavramları netleştirmek bakımından söylüyorum ve 90/5'te "*milletlerarası anlaşmaların hükümleri esas alınır*" derken acaba neyi kastediyor?

Uluslararası hukukla ilgili metinlere baktığımız zaman - tabii ben bir vergi hukukçusu olarak ileri gitmeyeceğim, ama

yanlışım varsa da sonraki konuşmacılar beni düzeltsinler- bağlayıcılık, doğrudan uygulanabilirlik ve doğrudan etki gibi kavramların aralarında sınır çizgileri var; en azından böyle biliyorum “Bağlayıcılık” dediğimiz zaman iki devlet arasında veya birden fazla devlet arasındaki bir taahhütten ve bir devlete bağlanmaktan, o devlete verilmiş olan taahhütten bahsediyoruz.

“Doğrudan uygulanabilirlik” dediğimiz zaman, uluslararası hukukta imzalanmış, onay sürecinden geçmiş bir metinle iç hukukunuzun arasındaki ilişkiyi kuruyorsunuz denebilir; ki bu sabahleyin ifade edildi. Monist görüş, tekli görüş, ikici görüş çerçevesinde zaten çok net bir teorik yapılanmaya sahip ülkemizde.

“Doğrudan etki” dediğimiz zaman, burada artık yargıcın belirli uluslararası sözleşme metnini, önündeki davaya uygulayabilirliğinden bahsediyoruz. Bundan bahsettiğimiz zaman da o metnin uygulanabilir bir metin olması lazım. Yani araya hiçbir devlet işleminin girmediği, devlete ödev yükleyen bir içerik taşımadığı, direkt olarak bireylere -ki bana nazaran vergi yükümlülerine- bireysel bir hak ve özgürlük getiren bir düzenleme olması gerekiyor.

Biz burada uygulamadan neyi anlayacağız? Eğer “yargıcımız idari işlemi bir uluslararası anlaşmaya aykırılığı şeklinde iptal etme olanağına sahiptir 90/5 karşısında” diyorsak, buraya kadar her şey yolunda. Böyle ifade edilecekse, yani “milletlerarası anlaşma hükümleri esas alınır” cümlesi böyle ifade edecekse bir problem yok. Fakat diğer yandan eğer doğrudan etki gibi algılanacaksa, yargıç birtakım hükümleri de uygulayacaksa önündeki davaya -ki bizim açımızdan örneğin; bu uluslararası vergi anlaşmalarında çok olur, olması gerekir fakat şu anda kapsamda değil- o takdirde örneğin; vergi davalarında ilginç bir şey ortaya çıkar. Çünkü Sözleşme’ye ek I nolu protokolün birinci maddesi mülkiyet hakkıyla ilgili ve vergilendirme de mülkiyet hakkına müdahaledir biliyorsunuz. Yükümlü, mal varlığının bir miktarından yoksun kalır nihayetinde; ki sözleşmenin tam hükmünü ifade edemeyeceğim şimdi, fakat

TARTIŞMA mülkiyet hakkıyla ilgili olarak kişinin malvarlığını barışçıl bir biçimde kullanma hakkının bulunduğu, fakat devletin birtakım vergilerle bunu sınırlayabileceği yönünde bir düzenleme var. Fakat bu düzenlemenin içeriğine bakarsanız, hiçbir yargıç bunu uygulayamaz. Yani vergi yasasını kaldırdıktan sonra İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ni uygulayabileceği bir aşamada değiliz.

Yani şunu anlatmaya ve netleştirmeye çalışıyorum; bu toplantıya katılım amacım da buydu zaten: Biz 90/5'teki kavramları, örneğin; iptal edilebilirlik açısından mı değerlendireceğiz benim örneğimde olduğu gibi -belki başka hukuk dallarındaki arkadaşlar başka türlü örnekler verir- ya da doğrudan etki anlamında metne bağlı, bireysel hak tanıyan bir etki anlamında mı değerlendireceğiz, bunu öğrenmek istiyorum.

Sabrınız için teşekkür ediyorum. (Alkışlar)

Oturum Başkanı: Biz de size teşekkür ederiz. Sanırım bundan sonraki konuşmayı yapan arkadaşlardan kimileri de kendilerini ilgilendiren bu sorunun yanıtını vermeye çalışırlar. Aramızda Yılmaz bey gibi Anayasa Hukuku Profesörü olsa da vergicilikten gelen arkadaşlar da var.

Dr. Hafize ÖZTÜRK (Akdeniz Üniversitesi Tıp Fakültesi Tıbbi Etik Anabilim Dalı Öğretim Üyesi): Sayın Başkan, değerli konuklar; zaman ilerledi ve kısa tutacağım konuşmamı.

Ben bu toplantıdan çok faydalandığımı söyleyebilirim, sabahtan beri yapılan konuşmalardan. O nedenle TBB İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi'ne çok teşekkür ediyorum.

Bir hukukçu değilim, fakat insan hakları sorununun, tam da uzmanlık alanımla ilintili olarak ahlaksal bir yönü olduğunu da düşünüyorum. Dolayısıyla sabahki konuşmalar, yani insan haklarına ilişkin uluslararası düzenlemelerin iç hukuka uyarlanması konusunda hukukçuların olduğu bir platformda bir öneri getirmem çok söz konusu olamaz. Ancak şunu söyleyebilirim: İnsan hakları sorunu, iç hukuka kilitlenemeyecek, bu nedenle de evrensel olan bir sorun. Fakat *"biz ulusal ölçekte*

neler yapabiliriz?" diye düşündüğümde, biraz önce saydığım görevlerim nedeniyle şunu söyleyebilirim: Temel insan haklarının kolaylıkla ayaklar altına alınabildiği, onur kırıcı muamele, işkence gibi tarihsel örneklerimiz var; sağlık hakkı, eğitim hakkı gibi ikinci kuşak hakların kolayca gasp edilebildiği, ortadan kaldırılabilirdiği bir ülkede yaşıyoruz. Fakat İl İnsan Hakları Kurulu şikayet kutularına gelen başvuru dilekçelerine baktığımda ben kişisel kurtuluşlardan söz edildiğini görüyorum.

Örneğin; sağlık hakkının ortadan kaldırıldığı, sosyal devletin için boşaltılarak sağlık hakkının ortadan kaldırıldığı bir ülkede, bir yurttaş ultrasonografi sırasının 3 ay sonraya verildiğinden dem vurarak, daha erkene alınması konusunda bizden yardım istiyor. Fakat sağlık hakkının, hasta haklarının temelden yönetici otoritelerce gösterilen modeller, getirilen modellerle, sağlıkta dönüşüm projeleriyle ortadan kaldırıldığını dikkate almadan, kişisel kurtuluşun peşine düşmek zorunda kalıyor.

Şunu düşünüyorum o zaman ben: Toplumun insan hakları konusunda bilgilendirilmesi, bilinçlendirilmesi gerekiyor. Hukuk ortamlarında kuşkusuz kavramsal, kuramsal çalışmalar yapılacaktır, ama işin öteki ayağı tam da bu hizmetin alıcıları. Bu konuda ben toplumun bilinçlendirilmesi, eğitilmesi konusunda bir eğitimci de olduğumu dikkate alarak, TBB İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi'nin yardımı olabilir diye düşünüyorum. Şöyle ki, İl İnsan Hakları Kurulları'na eğitim modelleri gönderilebilir kullanılmak üzere; ulusal çapta. Hem bu bir standardizasyonu sağlayabilir; bölgesel düzeyde, yerel özellikte yapılabilecek projeler de bunlara eklenebilir. O konuda belki Sayın Kaboğlu da buradayken yardım alabiliriz diye düşünüyorum. Önerim bu olacaktır, çok teşekkür ediyorum. (Alkışlar)

Av. Şenal SARIHAN: Değerli arkadaşlar merhaba; esas olarak konuşmaktan vazgeçmem gerekiyordu, çünkü çok önemli şeyler söylemeyeceğim gibi bir yargıdayım, ama birkaç noktaya dikkat çekmek istiyorum:

TARTIŞMA

Bugün toplantının başında elimize verilmiş olan, toplantının amacını ifade eden bir küçük metin var. Bu metin aynı zamanda bu toplantıdan neler beklenildiğini de ifade ediyor. Esas olarak 90. madde sonundaki değişiklik üzerine bir tartışma, fakat bunun arkasından da başka bir önerme var. Şöyle diyor bu metinde: Bundan sonrası için, uluslararası sözleşmelerin kabul ve onay sürecinin gözden geçirilerek, Meclis gündemine alınan uluslararası andlaşmaların tartışılması, ilgililerin ve kamuoyunun bilgilendirilmesi; bu arada onay kanunuyla sözleşme birlikteliğinin sağlanması gibi konular üzerinde durma gereği bulunmaktadır. Bugün konuşan çeşitli arkadaşlarımız, hem bildiri sunanlar, konuşanlar ya da görüşlerini ifade eden arkadaşlar bu gerçekliğin üzerinde durdular. Özünde uluslararası sözleşmeler için önerilen bu yöntem, iç hukukta yasaların tasarı biçiminde tartışıldığı andan başlayarak da uygulanması gereken bir yöntem gibi görünüyor ve biz örneğin; son Türk Ceza Yasa Tasarısı'yla ilgili muhalefetimizi ifade ederken, bu tasarrının hazırlanma süreci için ilgili tarafların -bunlar hukukçular ve tek tek bireyler, örgütler- görüşlerinin alınmadığını ifade ettik ve sürece etkin katkımızın olmadığını, daha doğrusu bu yasaların bizim olmadığını ve bizi ifade etmediğini ifade ettik. Aynı şeyin uluslararası sözleşmeler yönünden çok daha yaygın olduğunu, burada konuşan arkadaşlarımız, özellikle de Sayın Özdemir Özok, bir başka arkadaşımızın tanıklığına dayanarak ifade ettiler. *"Uluslararası sözleşmelerle kimse ilgilenmiyor; belki Dışişleri Bakanlığı ve Adalet Bakanlığı'nın üst düzeydeki bürokratları bu sözleşmelerin içeriği konusunda kimi bilgilere sahipler; ama geniş ve ayrıntılı bir bilgi sahibi olmaksızın Parlamento önüne geliyor ve daha sonra da bu sözleşmeler kabul edilmiş oluyor"* dediler. Böyle bir gerçeklik var. Aslında bugün burada bulunan bizler de, hukukçular da, uluslararası sözleşmeleri ancak ihtiyaç duyduğumuz zaman araştırdık, inceledik ve oradan bilgiler edinmeye çalıştık. 1987, bireysel başvuru hakkının kabul edildiği tarihten sonra, bizim biraz işimize yarayacak diye dönüp Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ve onu içeren maddelere bakmaya, bunları öğrenmeye, bunları duruşmalarda kullanmaya çalıştık. Yani ihtiyacımız olduğu andan başlayarak. Oysa insan hakları ihtiyacı yaşamın

birinci gününden başlayan bir ihtiyaç; her an içinde var olan bir ihtiyaç ve bir hukukçunun ihtiyacı değil, önce bir hükümetin ihtiyacıdır. Bütün politikalarına insan hakları temel anlayışını egemen kılması gerekir. Bizim onunla karşılaştığımız sağlık alanından, yani doğumdan başlayarak öğrenme alanına kadar bütün politikaların bu temel üzerinde gelişmiş olması gerekir. Ama eğitim kitaplarına dönüp bakıyorsunuz, insan haklarından bihaber. Oradan dönüp hukuk kitaplarına baktığınızda da aynı bilgisizlik ve bilinçsizlikle karşılaşıyorsunuz. Bu sebeple bu sorunun, yani insan hakları sorununun -ben üzülerek belirteceğim- bugün öğle arası Baro Başkanımızla da bir görüşme yaptık ve şöyle bir şeyden söz ettim ona: Uzun süre barolarımızda insan hakları kurulu oluşturmak dahi bir öcü meselesiydi. Çünkü insan haklarıyla ilgilenenler esas olarak kötü şeyler yapıyorlardı, hükümetle karşı karşıydılar ve barolarımızın da hükümetlerle karşı karşıya kalmak gibi bir problemi yoktu. Bu alanda çalışmak isteyen insanlar dışlanmaktaydılar ve oradan buralara geldik. Hem de öyle yerlere geldik ki, bırakın baro yönetimlerimizde insan hakları merkezleri oluşturma sürecini, yargıçlarımızla, savcılarımızla birlikte temel insan hakları sorunlarını yargıyla ilgili olarak da birlikte tartışıyoruz. Bu çok büyük bir adım.

Yanılmıyorsam, Batman'dan konuşan arkadaşımız böyle bir şey söyledi cümlelerini bitirirken "*sonuçta yine de iyi şeyler oluyor*" diye; çok iyi şeyler oluyor. Burada bulunmamız, şu anda sayımız az da olsa sabah buradaki tablo, buradaki birliktelikteki görev dağılımı, değişiklikleri, insan hakları konusunda ortak konuşmaya başladığımızı ifade ediyor. Bu nedenle ben, birtakım hukuki yöntem önermelerinden önce, birinci önerinin şu olduğu düşüncesindeyim ya da öncelikle yapmamız, genişletmemiz gereken şeyin hukuk alanında konuşuyorsak, yargıç, savcı, avukat üçlüsünün insan haklarını ilgilendiren temel sözleşmeler konusunda karşılıklı etkileşim içinde olmaları gibi bir gereksinim olduğu inancındayım. Oysa biz bu üçlüyü, birbirinin yanında değil birbirinin karşısında görüyoruz. Herhangi bir konuyu, örneği; hukuki temelde bir konuyu dahi bir savcının veya bir yargıcın kapısını vurup söyleyemeyecek durumda olan bizler, doğal olarak "*Efendim, yasalarımızda bu yok, ama sözleşmelerde şu*

TARTIŞMA

var; buyurunuz, bu uluslararası sözleşme; işte 90/son'da temel hak ve özgürlüklerle ilgili sözleşmeler bunu emrediyor" diyep anlatabilecek durumda değiliz. Burada aslı var ve aslı varken benim onun düşüncelerimi ifade etmem gerekmiyor, ama Sayın Kaboğlu'nun Hacettepe Üniversitesi'nde Felsefe Grubu tarafından hazırlanmış bir sempozyumdaki konuşmasını dinlemiştim. Rastlantısal olarak o konuşmadaki temel düşünceler de bugün bir gazetede yayınlanmış durumda; zannediyorum oradaki konuşma metni.

Hocamızın şöyle bir önermesi var insan hakları konusundaki yaklaşımla ilgili "*3D Kuralı*" diye ifade ediyor. Eğer sıralamada yanlışlık yapıyorsam hocam beni düzeltsinler: "*Dikkat, dinleme ve duyarlılık*" diyor. Neye karşı dikkat; ihlâlê karşı dikkat. Neye karşı dikkat; ihlâlê ilgili iddianın içeriğine ilişkin dikkat ve oluşa dikkat. Neye dikkat; doğal olarak bundan sonra da dinlediğiniz ve dikkatle izlediğiniz olaya karşı da duyarlılığı da tepki vermek diye ifade ediyor.

Ben izninizle şöyle bir şeyden söz etmek istiyorum: Evet, dikkat, dinleme, duyarlılık; ama burada bulunan hepimizin -beni bağışlayın lütfen- öncelikle bu 3 işi yapabilmemiz için bir de öğrenmeye ihtiyacımız var. Eğer insan hakları konusunda yeterli bir bilinç sahibi değilseniz, bu bilinç noktasından hareket etmiyorsak, insanın insana özeni, insanın insanı sevmesinin en temel ve en de sıradan olgu olduğunun bilincinde değilseniz, bu noktadan başlamamışsak ve bu hakların hangi yasal kurallarla çerçeveslendiği ulusal düzeyde ve uluslararası düzeyde bilgi eksikliklerimiz varsa, biraz önce arkadaşlarımdan söylediği gibi bir eğitim çalışması -ki çok sayıda eğitim çalışması yapıldı; Adalet Bakanlığı, Türkiye Barolar Birliği yargıçlarla, savcılarla, avukatlarla sayısız eğitim çalışması yaptı- herhangi bir şekilde işe yaramayacaktır ya da verimli bir sonuç vermeyecektir. Ama daha çok, daha çok, daha çok öğrenmeye ve bilgilenmeye ihtiyacımız var.

Sabahleyin yanılmıyorsam Saadet hanım'ın son sözleri arasındaydı: "*Öğrenmek için kaynağa ihtiyacımız, kaynak için de paraya ihtiyacımız var*" diye. Eğer "*meslekler düzeyi*" diye bakıyorsak, bu kaynaklara ulaşabilmek için de maddi desteklere ihtiyacımız

var. Bu maddi destekleri sağlayacak sosyal devlete ihtiyacımız var. O devletin sosyal olabilmesi için de insan haklarına dayalı bir politikayı gütmesine ihtiyaç var. Böyle aşağıdan yukarıya giden bir süreç içindeyiz diye düşünüyorum.

Çok özür dilerim. Benden önce konuşan eğitimci bir arkadaşımız vardı, ismini not edemedim; şöyle bir değerlendirme yaptılar. “*Ben insan hakları kurulundayım*” dediğini zannediyorum. Hatice arkadaşımız orada o ultrasonografi ihtiyacını ifade eden birey bence doğru bir şeyi ifade ediyor. İşte insan haklarının başladığı nokta orası. Yani o, bunu düşünemez ki. İnsan haklarıyla ilgili talebi, yaşama hakkını korumak istiyor. Yaşama hakkını korumak için de “*3 ay sonra belki öleceğim*” diyor, çığlık atıyor aslında o insan. İnsanlar hep kendilerinden vererek, kendilerinden vazgeçerek, benim sağlığım değil, toplumun sağlığı gibi bir noktadan başlıyorlar, ama benim sağlığım da önemli. Ben yaşıyorsam haklarımı kullanabilirim. Bu sebeple bütün o seslere çok fazla kulak vermemiz, üstelik de hakkını ifade etmeyi becerebilmiş bir mektup yazmış ya da sokağa çıkıp kendini yakmak üzere kendi talebini ifade etmiş olan arkadaşımızın hak arama bilincine ulaştığı noktada önemli bir düzeye geldiğini görmeliyiz.

Benim talebim şudur: Buradan galiba tümümüz için tekrar tekrar eğitim ihtiyacı var; avukatlar, savcılar ve yargıçlar. Ama hep 3 grubun da öğrendiğimiz bu bilgileri birlikte sınama, deneme, birlikte tartışma ihtiyacımız var. Ama çok daha önemli olarak yine biraz önce bir değerli konuşmacı arkadaşımız ifade ettiler: “*İçselleştirme*” dediğimiz bir şey var arkadaşlar. İnsan hakları kavramını içselleştirememişsek, bütün bunları da zaten yapamayız. Yani kendi sıradan yaşantımız içinde insan hakları kurallarına uygun davranmak, bunu hem kendimiz için hem başkası için kullanılır önemli bir değer, önemli onursal bir değer olarak görmek gerekiyor.

Hepinizi saygıyla selamlıyorum.

Teşekkür ederim. (Alkışlar)

TARTIŞMA

Av. Güney DİNÇ: Sayın dostlar; sabahki konuşmamı bitirirken şunu demiştim: Bu konudaki en ağır yük yargının üzerine düşüyor. Bunu biraz daha geliştirelim: Bu iş olacaksa yargı eliyle olacak veya olmayacak.

İki örnek sunmak istiyorum, ama örneklerden önce bizi bu hallere düşüren etken üzerinde duracağım tek tümceyle: Türkiye, bireysel başvuru yoluna çok geç yetki tanıdı. İşte bu yüzden çok zaman kaybedildi. Avrupa Konseyi'nin diğer ülkeleri hukuklarıyla birlikte uygulamalarını yenilediler, biz çok gerilerden geliyoruz ve bunu iki örnekle açıklamak istiyorum:

Birisi avukatlık mesleğimizle ilgili. Bizim avukatlık yasalarımız var, ardı ardına geldi; orada çok geniş avukat tanımları var. Yani hep gelişerek, düzelerek, güzelleşerek geldi ve avukatlar ne iş yapıyor, biliyoruz. Ama çok çok tanımlar içeren yasalarımız var. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin 3. bendinin galiba c alt bölümü, ne diyor: "*Yargılanan her sanık bir avukat edinme hakkına sahiptir. Akçalı olanakları yeterli gelmiyorsa parası devletçe ödenir ve avukat atanır kendisine.*" İşte bütün tanım bu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki. Peki avukat ne iş yapar, nereye gider, nerede kiminle iletişim kurar? Tek sözcük yok, hepsi bu. Ne oluyor? Mesela, bir Türk, Mehmet Durmaz. Almanya'da tutuklanıyor, avukatına mektup gönderiyor ve savcı bu mektubu avukata vermiyor. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi "*avukatın sanıkla mektuplaşma hakkı vardır*" demiyor. Fakat bu konu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne gittiği zaman iş şöyle başlıyor: Bir sanık ve bir avukat birbirleriyle önce iletişim kurmak zorundalar. Yani biri ötekini bulamazsa bu hizmet olmaz. Şu halde, burada bir içtihat oluşuyor, diyor ki: "*Avukata yazılan mektubu cezaevi idaresi hiçbir koşulda yerine ulaştırmaktan alıkoymaz*" diye ve bu sonra başka türlü gelişiyor.

Sonra bir başka Türk, Elvan Can; Avusturya'da bir suçtan tutuklu. Cezaevinde avukatıyla konuşacak ve her gün başında bir adam; savcılığın sorgu hakimi görevlendirmiş onu ve boynuna dinliyor konuşmaları. Bunlar konuşamıyorlar tabii ve bu

olay İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne gidiyor. Mahkeme: *"Avukat edinme hakkının özünde baş başa konuşma olanağı vardır. Yani onları baş başa konuşturmazsanız eğer, avukatlık olmaz"* diyor.

Ben artık burada örnekleri kesiyorum. Dosya ulaştırmalar, fotokopi almalar, uygun zamanda dosya incelemeler ..., yani bu hukuk içtihatlarla geliyor. O zaman yasama organı ne yapacak? Yasama organı bence yapacağını yaptı artık ve *"sözleşmeleri uygulayın"* diyor. Onu nasıl uygulayacağız? *"Herkesin avukat edinme hakkı var"* diyor. Ver oraya bir avukat ve iş bitsin değil. Hayır, avukatlık hak ve yetkilerinin veya savunma hakkının getirdiği bütün olanakların sonuna kadar kullanılmasını gerçekleştireceğiz. Engel olunabilir mi buna? Şu anda düşündüm, mesela bir gizlilikten söz edilebilir; *"şu kural verilmez, bu verilmez, bu devletin yüksek menfaatleri gereği saklı tutulacaktır"* gibi. Peki nasıl savunma olacak? Mesela böyle bir olayı götürelim İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne; engellersek eğer Mahkeme bugüne kadar geldiği içtihat sebebiyle bu olayı ihlal kabul edebilir. O zaman -ben yine söylüyorum- yasama organı dedi ki: *"Bu hakları uygulayın; bu yasaları, sözleşmeyi uygulayın"* diye. Ama yasama organı artık *"içtihadı uygulayın, gerekçeleri uygulayın"* diyemez ki. Yani bunun yolu, yöntemi ortaya konmuş durumdadır. Bizim asıl eksikimiz, işte bu pratiği yeterince geliştirememiş olmamız.

Mesela son bir olay, Danıştay'ın bir kararı var: Avukat hangi bilgileri alır, yeni yasa değişikliğinden sonra, nerelere ulaşabilir, hangi örnekleri alabilir? Beni bağışlasınlar sayın yargıçlar; ben bu kararı okudum ve yeni yasa değişikliğinden sonra çıkmış, istisari bir karar. Yani öyle gerekçeler getirilmiş ki, sanki yasa değişmemiş gibi eski uygulamanın sürdürülmesi yolunda birtakım mütalaalara ulaşılmış. Böyle olursa olmaz; böyle yapılırsa, yani her ne biçimde olursa olsun sonuçlandıracağımız, hedefi belli bir karara, o kararı zenginleştiren gerekçe olarak sözleşmeyi almak, öbür tarafta da uygulamayla sözleşmeyi kısmak, yok saymak mümkün değildir. O zaman insan hakları kavramının içeriğini çok iyi bilmek, çok doğru yorumlamak

TARTIŞMA zorundayız. Bunu bize yasayla, Anayasa değişikliğiyle uygulatabız; bunu kendi kafalarımızla demokrasi, insan hakları ve özgürlük bilincimizle yürütebiliriz.

Teşekkür ederim.(Alkışlar)

Av. Atilla SAV (Ankara Barosu): Bu konuyla ilgili iki noktaya değinmek için söz aldım. Bunlardan bir tanesi sabahleyin Barolar Birliği Başkanı Sayın Özdemir Özok'un konuşmasında değindiği, sonradan da bazı konuşmacılarca yinelenen bir husus var. Uluslararası andlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisi'nce çok özenle incelenerek çıkarılmadığı konusunda Sayın Özok bir meslektaşına dayanarak bundan söz etti ve sanıyorum ki o meslektaşı da benim.

Gerçekten Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde uluslararası andlaşmalar çok özensiz biçimde yasalaşmaktadır.

Oturum Başkanı: Yasalar da öyle değil mi Atilla bey?

Av. Atilla SAV: Efendim, Türkiye Büyük Millet Meclisi İç Tüzüğü'nün 91. maddesi temel kanunlardan söz ediyordu ve Anayasa Mahkemesi bu maddeyi iptal etti. Biliyorsunuz, bazı kanunları temel kanun sayarsa Türkiye Büyük Millet Meclisi Danışma Kurulu, Genel Kurul o kanunları madde madde ele alarak görüşmüyor, topluca veya bölüm bölüm görüşüyordu. Anayasa Mahkemesi bu hükmü iptal ederken değindiği noktalardan birisi de, "*ulusal istencin tam belirmesi için hükümlerin Genel Kurul'da görüşülmesini, değerlendirilmesini engelliyor*" diyor. Yani ulusal istenç, Meclis'ten çıkan her metnin yasalaşırken satır satır değerlendirilmesini, her üyenin bilgisine sunulmasını, zlaşmasını sağlamak zorundadır. Oysa uluslararası andlaşmalar Genel Kurul'a 3 maddelik bir uygun bulma yasasıyla gelir. Gerçi uluslararası andlaşma metni yasaya bağlıdır, ama görüşmelerde dikkate alınması söz konusu olmaz. Yani çok tipik ve büyük çoğunluğu üzerinde görüşme de yapılmaz. Meclis üyeleri ya da grup sözcüleri söz alarak görüşme yapmazlar; oylamayla yetinilir. Çünkü söz alan olmayınca oylama yeterli oluyor, görüşmeler yeterli sayılıyor.

Çok önemli: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bireysel başvuru tanıyan uluslararası andlaşmanın onaylanmasında, sadece o tarihte mecliste bulunan 6 gruptan sadece 2-3 tanesinin sözcüleri tümü üzerinde söz aldılar. Andlaşmanın belli maddelerini dahi dile getirmeden, yani "böyle bir andlaşmaya katılmamız uygundur, olumlu oy vereceğiz" demekle yetindiler. Bu bir örnek diye veriyorum, en önemli, insan haklarıyla doğrudan ilgili bir uluslararası andlaşmanın bile, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nden geçerken çok özen gösterilmediğinin örneğidir diye.

Bu noktada Güney Dinç'in konuşmasında sözünü ettiği bir söze yanıt vermek istiyorum. "Türkiye Büyük Millet Meclisi ne yapabilir?" dedi. Türkiye Büyük Millet Meclisi hiç olmazsa, bundan sonra uluslararası andlaşmaları daha özenle inceler, en azından kanunlara, gösterdiği kadar ilgi gösterir veya özen gösterir. Çünkü, bu onaylama yasalarının büyük çoğunluğu *Resmi Gazete*'de ve *Düstur*'da ilişik metinlerle birlikte değil, sadece üç maddelik kanun metniyle çıkar ki, o kanun metninde de birinci madde biliyorsunuz, filan andlaşmanın onaylanması uygun görülmüştür, bu kanunu uygulama görevi Bakanlar Kurulu'nundur ve bu kanun şu tarihte yürürlüğe girer. Bu maddenin, yasamaya, yürütmeye ve yargıya ne kadar büyük ve geniş bir görev verdiğini sabahleyin tartıştık ve şu noktada uzlaşmaya vardık: İnsan haklarına ilişkin uluslararası andlaşmalar tümüyle artık mevzuat hükmündedir, yasadan da öncelikle uygulanır. Metninde insan haklarıyla ilgili hüküm bulunan, kendisi insan haklarını münhasıran kapsayan bir andlaşma olmasa bile, içinde insan haklarıyla ilgili hükümler varsa, o uluslararası andlaşmalar da kanunlar gibi, yasalar gibi uygulanır. Bu yargıçlarımıza ve tabii avukatlara, savcılara son derece büyük ve yeni bir kaynak uygulaması zorunluluğu getiriyor. *Resmi Gazete*'de yayımlanan yasalar, düsturda tekrar ediliyor. Şimdi internet imkânıyla da yargıçlarımızın, yargıçlarımızın demeyeyim, ama hiç olmazsa yüksek mahkemelerin ve büyük merkezlerdeki yargıçların bilgisine erişme olanağını sağladık. Ama biraz önce Şırnak Barosu üyesi meslektaşımın belirttiği gibi, Şırnak'ta insan haklarıyla ilgili bütün ulusal, uluslararası andlaşmalar hükümleri uygulanmıyorsa, buna şaşmamak gerekir, çünkü oradaki yargıçların

TARTIŞMA bu hükümleri elinin altında bulundurması olanağı olduğunu sanmıyorum. Türkiye'nin pek çok yöresinde de yargıçlarımızın durumu budur, vatandaşlarımızın durumu budur ve vatandaşların haklarını yargı önüne getirmekle görevli avukatlarımızın durumu da farklı değildir.

Bu bakımdan, ben aslında sabahleyin Sayın Ayşe Saadet Arıkan'ın konuşması sırasında, Adalet Bakanlığı'nın eğitim çalışmalarından söz ederken, *"bu tür yeni bir ihtiyaca karşılık, acaba Bakanlık nasıl bir eğitim çalışması planlıyor?"* diye soracaktım. Saadet hanım'ın verdiği örnekler, dikkat buyurulursa, hep büyük merkezlerde, Ankara, İstanbul, İzmir gibi, mahkemelerin verdiği kararlar. Henüz Şırnak'tan, Hakkari'den ya da Ardahan'dan, mahkemelerden insan hakları uluslararası sözleşmelerini uygulayan kararlar gelmedi. Bundan sonra inşallah gelecektir, ama bunun sağlanabilmesi için Adalet Bakanlığı'nın ve yürütme organının yapması gereken bir görev daha var. Sanıyorum ki, bu yeni metinleri de, tıpkı Mer'i Kanunları olduğu gibi yahut çeşitli yasal organ metinlerinin olduğu gibi, bir hukuk kaynağı olarak, uygulayıcıların elinin altına ulaştırmak zorundayız diye düşünüyorum. Bunu bir zorunluluk diye görüyorum.

Söz verdiğiniz için teşekkür eder, iyi günler dilerim.

DÖRDÜNCÜ OTURUM

Oturum Başkanı
AV. ÖZDEMİR ÖZOK
(TBB Başkanı)

Oturum Başkanı: Saygıdeğer dinleyenler; insan hakları konusunda söylenecek çok söz var. Dediğim gibi, konuşmacı olmadığım için, susmayı size en iyi katkı olarak değerlendiriyorum; ama insan haklarının olmadığında, ne insan vardır, ne de insanlık vardır. Burada aygıtlardan kişilere, eğitmeden, bilgiden, bilinçlenmeden özümsemeye kadar birçok soruna değinildi. Hepsinin haklı yönleri var, daha çok şey söylenebilir. Hepimize büyük sorumluluk düşmektedir. Bu bilinçle, verdiğiniz destekten, katılımınızdan, yaptığınız güzel değerlendirme ve yorumlarla içeriği açtığınızdan dolayı Türk Barolar Birliği adına hepiniz teşekkür ediyor, esenlikler diliyorum. (Alkışlar)

ÖZDEMİR ÖZOK'UN
DEĞERLENDİRMESİ

Prof. Dr. İbrahim KABOĞLU: Sayın Başkan, herhalde sa bahleyin konuşma yapan, bildiri sunan ve yorumda bulunan arkadaşlar, hepsi yoksa da, onlar bu sorulan sorular, yapılan yorumlar çerçevesinde görüşlerini beyan etmek isteyebilirler. O nedenle, sizi kürsüye davet ediyorum.

TARTIŞMA

Av. Özdemir ÖZOK: Değerli konuklar; hepinizin sabrı için çok teşekkür ediyoruz. Gerçekten çok heyecanlı, çok sürükleyici ve benim için özellikle çok yararlı bir toplantı olduğunu ifade etmek isterim.

Bu son bölümde, bildiri sahipleri ve yorumcuların bütün bu anlatımlardan sonra kendi bildirileriyle, yorumlarıyla ve değerlendirmeleriyle ilgili, katkılarının olup olmadığı konusunda, -çünkü biliyorsunuz, Türkiye Barolar Birliği bu ve benzer etkinliklerin tamamını, gördüğünüz gibi, değerli arkadaşlarımızın titiz ve dikkatli çalışmalarıyla banda alıyor, daha sonra bunlar çözülüyor ve kitap haline getiriliyor-. Bu toplantımıza katılmayan arkadaşlarımız kesinlikle üzülmesinler, bu toplantının da en kısa sürede bütün anlatılanlar, bildiriler, sunum bantları çözülecek ve konuşmacılar tarafından elden geçirildikten sonra kitap haline getirilecek. O nedenle biz, programa uymak durumundayız ve bu program doğrultusunda ben değerlendirmelerini yapmak üzere -hocam dışarı çıktı galiba- ve de bildiri sahipleri ve yorumcuları kürsüye davet ediyorum.

TARTIŞMA

Biliyorsunuz, sabahleyin bildirisini sunan değerli hocamız Prof. Mesut Gülmez, şimdi size bu bütün anlatılanlardan sonra, ilave edeceği, katkıda bulunacağı düşüncelerini açıklayacak.

Prof. Dr. Mesut GÜLMEZ: Herkese tekrar merhaba.

Önce yorumlarla ilgili olarak, bütün değerli yorumcuları dinledim ve not da aldım. Saptayabildiğim kadarıyla, bildirimde ileri sürdüğüm ve biraz da kışkırtıcı olmaya çaba göstererek ileri sürdüğüm görüşlere karşı bir şeyler söylendiğini saptayamadım. Eğer atladığım noktalar varsa, lütfen yorumcular bildirsın ve ben yanıt vermeye çalışayım diye düşünüyorum.

Şunu belirtmeden geçemiyorum: Özellikle bundan önceki oturum ile açış oturumunda bu panelin konusu dışına çok çıkıldığını düşünüyorum, konunun sınırları içinde kalamadığımızı düşünüyorum. Burada özellikle biz 90. maddenin son fıkrasına eklenen yeni cümleyi ve bunun iç hukukumuz üzerindeki etkilerini tartışmak üzere bir araya geldik, toplandık. Ama bununla ilgili olmayan konuşmalar, özellikle açış oturumunda çok yapıldı. Forumdaki saptamalar, -kuşkusuz bunları küçümsemek için söylemiyorum- 90. maddeyle bağlantısı olmayan konuşmalardı diye düşünüyorum. Hepsini için değil, ama önemli bir bölümü için bunu diyorum. Kuşkusuz insan haklarıyla ilgili, ama 90. madde bağlamında yapılmış konuşmalar, öneriler değildi diye düşünüyorum.

Bunun dışında, benim özellikle konuşmamda da belirttiğim gibi, hukukçular olarak, en azından bizim başkalarına oranla kavramları doğru ve yerinde kullanma sorumluluğumuz, yükümlülüğümüz var. Uygun Bulma Yasası nedir, onay nedir, usulüne göre yürürlüğe koyma nedir, ne zaman, hangi koşullarla gerçekleşir ve ondan sonra bunlardan belki çok daha önemli olarak, uluslararasılık nedir, uluslar üstülük nedir? Bu kavramları doğru tanımlamamız ve içeriklerini doğru belirlememiz ve ondan sonra da ne anladığımızı ortaya koymamız ve pozitif metinleri bu çerçevede değerlendirmemiz gerekiyor. Örneğin; uluslararası hukuk ile uluslar üstü ya da ulusal üstü hukuk kavramlarını eşanlamlı olarak kullanıyor isek, daha

başından itibaren kanımca, çok önemli yanlış yapıyoruz demektir. İnsan hakları sözleşmelerini kabul eden, evrensel ya da bölgesel ölçekli uluslararası kuruluşların ulusal üstü olduğunu düşünüyorsa, bu kanımca daha başından önemli bir yanlışlıktır, bunu düzeltmemiz gerekir. Benim bilebildiğim kadarıyla, uluslararası hukuk uzmanı olmamakla birlikte, Avrupa Birliği dışında ulusal üstü hukuk, uluslar üstü hukuk anlamında kurallar üreten bir uluslararası oluşum yoktur bugün dünyada. Daha açık olarak belirtmek gerekirse, ne Birleşmiş Milletler, ne Birleşmiş Milletler ailesi içinde bulunan ve onların uzman kuruluşu olan ve insan haklarıyla ilgili belgeleri de bulunan, Uluslararası Çalışma Örgütü ve UNESCO başta olmak üzere, bunlar da uluslar üstü kuruluşlar değildir, uluslararası kuruluşlardır, devletlerarası kuruluşlardır, devletler üstü değildir. Özellikle Pazarıcı hocamın bu konuda daha geniş açıklama yapmasını dilediğimi ekliyorum.

Ulusal üstü hukuk bugün sadece AB hukukudur. Hangi anlamda bunu söylüyorum? Çünkü, AB'nin bazı organları ulusal üstü kurallar üretme yetkisiyle daha başlangıçtan itibaren donatılmışlardır ya da organlardan birinin, Adalet Divanı'nın kararıyla daha başlangıçtan itibaren, 1960'lı yılların başından itibaren bu doğrultuda içtihatla, AB hukukunun ulusal üstü olduğunu belirtmiştir. Ama BM böyle değildir, BM sözleşmeleri böyle değildir, UÇÖ sözleşmeleri böyle değildir, UNESCO, Avrupa Konseyi sözleşmeleri böyle değildir. Siz sözleşmeleri Avrupa Konseyi'nde oluşum süreci içinde, devletin temsilcileri aracılığıyla kabul edebilirsiniz, orada bulunabilirsiniz, ama sözleşmeler kabul edilip, yürürlüğe girdikten sonra, iç hukuk üzerinde kendiliğinden bağlayıcı etki doğurmaz, doğrudan etki doğurmaz. Bunun için işte "*kanun hükmündedir*" diye bir düzenleme yapmanız gerekir. Eğer onların kurucu belgelerinde bunu öngören doğrudan, açık bir düzenleme yoksa, pozitif kural yoksa -ki, yoktur- bunu üye devletlerin yapması gerekir. Bugün bu anlamda uluslararası, ama bunun bir istisnası olduğunu özellikle belirtmeye çaba harcadım. Bu yoldan insan hakları sözleşmelerinin iç hukukla bütünleştirilmesi, taraf devlet temeline dayalı olarak işleyen koruma sistemlerini harekete

TARTIŞMA

geçirir. Bunlar onay koşullu sistemlerdir. Sözleşme yürürlüğe girdikten sonra, ayrıca uluslararası hukuk alanında yürürlüğe girdikten sonra onların koşulları vardır. Her bir sözleşme, hangi koşullar gerçekleştiğinde uluslararası hukuk açısından yürürlüğe girmiş sayılacağını belirtir. Yürürlüğe girdikten sonra, iç hukukta da yürürlüğe girmesi için, işte anayasalarda düzenleme yapılması, “*kanun hükmündedir*” diye düzenlemeler yapılması gerekir, bu anlamda uluslararasıdır. Birleşmiş Milletlerin, Avrupa Konseyi’nin, Uluslararası Çalışma Örgütü’nün ve UNESCO’nun, insan haklarını düzenleyen sözleşmeleri bu anlamda uluslararasıdır. Bunları ulusa üstü diye, uluslararası, uluslar üstü diye nitelemek kanımca, doğru değildir.

Necmi Yüzbaşıoğlu meslektaşım ile yemek sırasında da bunu konuştuk. Onun bildirisinde de -ben çok dikkatli biçimde okudum, birçok kez okudum- âdeta eşanlamli gibi kullanılmış, bildirisinde “*uluslararası-ulusal üstü*” diye yazmış. Bunu bir kez daha düşünmesini kendisine önermiştim. Bu kavramları açıklığa kavuşturmamız gerekiyor. Ben Birleşmiş Milletler’in, UÇÖ’nün, UNESCO’nun, Avrupa Konseyi’nin ki, buna İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi de dahildir, başka sözleşmeleri de değildir, sosyal haklarla ilgili Avrupa Sosyal Şartı da dahildir. Yürürlüğe girer girmez, bunların iç hukuk üzerinde hiçbir etkisi yoktur bunların, sadece üye devlet olarak belki, Konsey’in üyesi olan bir devlet olarak hükümlülük üstleniyorsunuz, ama bundan hukuksal bağlayıcılık anlamında ne yazık ki sonuçlar çıkarılmıyor. Ben kendi adıma yorum yaparak çıkarmaya çalışıyorum, ama genellikle çıkarılmıyor. Çıkarılabilmesi için ve özellikle denetim süreçlerinin, mekanizmalarının, koruma yöntemlerinin işletilebilmesi için, işte iç hukukla bütünleştirmek gerekir. Bu anlamda, uluslararasılık ve ulusal üstülük kavramlarını birbirinden ayırmamız ve bu konuda çok titiz olmamız gerekiyor diye düşünüyorum.

Eğitim konusu gerçekten çok önemlidir. Bunun öneminin altını bir kez daha bu panelde çizmiş olmaktan mutluluk duyuyorum ve buna katılan görüşlerin burada da açıkça dile getirilmiş olmasından mutluluk duyuyorum. 20 yıldan beri bu

alanda çalışan ve özellikle insan hakları ve demokrasi eğitimi alanında çalışan bir kişi olarak, bu eğitimin, özellikle tepeden başlaması gerektiğini, parlamenterlerden başlaması gerektiğini, üst yöneticilerden başlaması gerektiğini, yargıç ve savcılar kapsaması gerektiğini söyleye söyleye dilimde pelesenk oldu. Bu son derece önemlidir ve bunun ne denli önemli olduğu bir kez daha açığa çıktı. Denetim organlarının kararlarının göz önüne alınması gerektiğinin altını çizmeye çalıştım.

Elimde Ceza Genel Kurulu'nun 2000 tarihli bir kararı var. Gerçi Mayıs 2004 değişikliğinden önce verilmiş bir karardır. Yine, ILO sözleşmeleriyle ilgili bir karardır. Ceza Genel Kurulu açmış bakmış, 87 sayılı Sendika Özgürlüğü ve Sendika Hakkının Korunması Sözleşmesi'ne, bunun içinde sendika hakkı var, grev hakkı yok demiş. Grev hakkı olmadığı için de, uyuşmazlık, grev hakkıyla ilgiliydi, iş bırakılmasıyla ilgiliydi, birkaç saatlik bir konfederasyonun çağrısı üzerine, kamu görevlilerinin iş bırakmasıyla ilgiliydi. "Grev hakkı yok" demiş ve dolayısıyla Ceza Yasası'nun ilgili maddesi uyarınca "kamu görevlisinin bu çağrısına uyarak 1 saat işine gitmemesi suç oluşturur" diyerek sonuca bağlamıştır. Oysa, 87 sayılı Sözleşme'yi yorumlayan ILO'nun denetim organları, ta 1951 yılından beri, bu sözleşmenin üç ayrı maddesine ve kuralına dayanarak, yorum yoluyla "grev hakkını güvenceye alan bir sözleşmedir" demiştir ve de bizim 1982 Anayasa'nın, ardından çıkardığımız 1983 yasalarını ve buradaki her yasaklarını, kısıtlamalarını, hepsini, bu sözleşmeye aykırı bulmuştur ve "bunları değiştirin" demiştir ve demeye de devam etmektedir. Siz eğer denetim organlarının bu kararını bilmezseniz, sadece sözleşmenin bir sayfa bile tutmayan, 11 maddesiyle sınırlı kalırsanız, koskoca Ceza Genel Kurulu olarak böyle bir karar verirsiniz ve o zaman da ne olur? Uluslararası sözleşmeleri esas almanın hiçbir anlamı, hiçbir işlevi olmaz. Onun için denetim organlarının kararları yaşamsal önem taşımaktadır ve bunların bilinmesi, öğrenilmesi gerekir, bu kolay bir şey değildir. 20 yıldır beri bunu yazmaya, çizmeye, öğretmeye, anlatmaya çalışıyorum, ama sendikacılara bile anlatabildiğimi sanmıyorum. Sendika yöneticilerine bile bunu öğretebildiğimi, öğrenmelerine katkıda bulunabildiğimi,

TARTIŞMA

katkıda bulunmuşumdur belki, ama bugün bu noktada gelebildiklerini, getirilebildiğini sanmıyorum.

Disiplin Tüzüğü'ne değinmeden geçemeyeceğim, çünkü bir vali yardımcımız Polis Disiplin Tüzüğü'nden söz etti. Ben de "uluslararası andlaşmalar esas alınır" derken, "düzenleyici yönetsel metinleri kapsayan bir yükümlülüktür bu, yasaları aşan bir yükümlülüktür" demiştim. Onun en güzel örneklerinden biri, 1980'li yılların ikinci yarısında kamu görevlileri sendikalaşmaya başladığı zaman, "ne Anayasa'da yasak vardır, ne yasalarda yasak vardır" demiştik. Bunun ötesinde ben ayrıca, "uluslararası sözleşmeler çerçevesinde bu bir haktır" demiştim. Hukuk düzeni de sadece ulusal hukuk düzeninden ibaret değildir. O tarihte sadece İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'yle ILO'nun 98 sayılı Sözleşmesi onaylanmış sözleşme durumundaydı. Bunu anlatırken, bu tür toplantılarda konuşmalarımız polisler tarafından, Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından hep kayda geçiyordu ve o zaman onlara yöneliyordum, gözlerinin içine baka baka diyordum ki "polisler için de bugün ulusal hukukumuzda hiçbir metinde polislerin sendika kurmasını ve sendikalara üye olmasını yasaklayan hiçbir kural yoktur" Çünkü, Polis Disiplin Tüzüğü'nü de incelemiştim, orada dernek kurma, derneklere üye olma yasağı vardı, disiplin yaptırımları öngörülmüştü, ama sendika sözcüğünü unutmışlardı, buna dayanarak söylüyordum. Onun için idari metinlerde kuşkusuz uluslararası andlaşmalara öncelik tanıma bağlamında göz önüne alınmalı ve onlar da uygulanmalıdır.

AV. Özdemir ÖZOK: Teşekkür ediyoruz hocam.

Hocam, biz de banda alıyoruz, ama biz yaymak için alıyoruz, kısıtlamak için değil.

Efendim, biz şimdi Sayın Mesut Gülmez hocamıza çok teşekkür ediyoruz. Bu konuda bütün bu konuşulanlar, anlatılanlardan sonra, Sayın Prof. Hüseyin Pazarıcı hocamızın, değerli hocamızın bu konulardaki katkısını ve yorumunu, değerlendirmesini de almak istiyorum; buyurun.

Prof. Dr. Hüseyin PAZARCI: Teşekkür ederim Sayın Başkan.

TARTIŞMA

İlk önce Sayın Gülmez'in sorduğu ulusal-üstü konusuyla ilgili bir iki cümle söylemek istiyorum. Bizde, özellikle insan haklarında uluslararası andlaşmalar ile ulusal-üstü andlaşmalar veyahut da hukuk arasında bir karıştırma eğilimi var. Ulusal-üstü, ulus-üstü, supranasyonalin anlamı şu demek oluyor: Tamamen o düzen, o hukuk düzeni içinde alınan tüm kararların herkese doğrudan uygulanması. Dolayısıyla, Avrupa Birliği hukuku bunun en tanınmış ve belki de tek örneği. O çerçevede, Avrupa Birliği mekanizmaları içindeki yetkili makamların aldığı kararlar, Konsey, Komisyon vesaire gibi, onların kararları veya Mahkeme kararları, herhangi bir iç işlemde geçmeden, hükümetten, yürütmeden geçmeden, doğrudan uygulanabilirliğe sahiptirler ve iç hukuk kurallarıyla çatışmaları halinde de üstünlükleri vardır; ulusal-üstü budur. Bu açıdan bakarsak, insan hakları andlaşmalarına, ulusal-üstü andlaşmalar demek doğru olmuyor. Bunlardan en ileri düzeyde yaptırım öngören Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi dahi, 46. maddesinde bu kararların uygulanması, Sözleşme'nin uygulanması ve buna bağlı olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarının uygulanması görevlerini hükümetlere bırakır. Dolayısıyla, onlar tıpkı genel andlaşmalar için olduğu gibi, muhatabıdır, sorumlusudur, iç hukukta bunları uygulamayı koyma yetkisi de onlardadır. Dolayısıyla, bu ulusal-üstülük biraz akıl karıştıran bir kavram halinde kullanılıyor. İnsan haklarında zaten oradan da hemen şeye atlanılıyor. "*Madem ulusal-üstüdür, Anayasa'ya da üstündür*" şeklinde normlar hiyerarşisini de bozan ve bizim sistemimizde açıklaması pek kolay olmayan bir yola götürür hale geliyor. Ondan sonra ne oluyor? Bunu ileri sürenler, işte Anayasa Mahkemesi bu yönde karar vermediği zaman da şaşırıyorlar. Anayasa Mahkemesi'nin de, o pozitif hükümler karşısında, bütün Anayasa'yı ve kendini inkâr etmesi söz konusu değil. Dolayısıyla, bu ulusal-üstülük konusunda belki biraz dikkat etmemiz lazım. Bunu arkadaşımız dile getirdiği için, bana da sorduğu için, buna değindim.

TARTIŞMA

Onun dışında, benim bir iki söylemek istediğim ve bu son Anayasa değişikliğinden sonra uygulamada, özellikle yargı organlarının önüne çıkacak birtakım sorunlar var ki, belki onlara ışık tutacak bir iki cümle söyleyebilirim umudundayım. Bunlardan biri şu oluyor: Sayın Gülmez de bunu ifade etti, Anayasa değişikliği hükmünde bu temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmaların yasalarla çatışması durumunda onların esas alınacağı belirtiliyor. Halbuki, sadece bu düzeyde, yani yasalarla çatışmasını bu tür andlaşmaları hesaba katarsak, o zaman düzenleyici işlemler dediğimiz, kanun hükmünde kararname, tüzükler, yönetmelikler, bir de kaide kararname vardır, Meclis tarafından dış ticaret konusunda zannediyorum, 176 veya 167. madde çerçevesinde Bakanlar Kurulu'na verilen bir yetkidir. "Bu tür kararname alındığında ne olacak?" sorusuyla yargı organlarımız karşılaşacaktır. Bu konuda ben de Sayın Gülmez paralelinde düşünüyorum. Mademki, insan hakları andlaşmaları yasalara üstün tutulacaktır, bunun aynı zamanda bu tür düzenleyici işlemlere de üstün tutulması gerektiği kanısındayım. Bunun en temel nedeni, söz konusu bütün bu düzenleyici işlemlerin, ya Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin verdiği bir yetki sonucunda çıkarılması veyahut da kanunlara, yönetmelikler içinde gerektiğinde tüzüklere, bağımlı bulunmaları olabilir; yani bir normlar hiyerarşisi ilişkisi içindedirler. O ilişki direkt normlar düzeyinde değilse de, o yetkiyi kullanan makamlar düzeyindedir. Dolayısıyla, buradan hareketle, -ama bu bir yorum getirecektir-, yargı organlarımızın bu konuda bir karar vermesi gerekecektir. Anılan Anayasa değişikliği hükmünün aynı zamanda temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmaların diğer düzenleyici işlemlerle çelişkiye düşmesi halinde uygulanması gerektiği konusunda yargı organlarımızın karar vermesi doğru olacaktır kanısındayım. Bu birçok açıdan savunulabilecek bir gerçek. İşte normlar hiyerarşisi olayı var. Onun dışında, bu 5170 sayılı Anayasa değişikliğinin, genel gerekçesine baktığınız zaman, ondan da aynı sonuca varmamız gerekiyor. Amaç şöyle belirtiliyor: Uluslararası standart ve normlara ulaşılması ve Avrupa Birliği kriterlerine varılması gibi, seviyesine varılması gibi bir amaç belirlenmiş. Bu amaçla

yasayı andlaşmalarla çatışması durumunda yorumladığımız için, ona üstünlük tanındığı ifade ediliyor. Aynı mantık, eğer diğer düzenleyici işlemler bakımından kabul edilmezse, tamamen çelişkili durumlar ortaya çıkacaktır. Özellikle idare olarak, diyelim ki bir yasayla, bir sözleşmeyle, andlaşmayla çatışma olasılığını gördüğünüz bir şey var, yasa olarak çıkarma yerine, onu kanun hükmünde kararname veya başka yollara başvurmak suretiyle çıkarırsanız, görevden kaçma gibi, iyi niyetten uzak bir durumla karşı karşıya kalınacaktır. Dolayısıyla, bu husustaki fikrimi de size bu vesileyle aktarmak istiyorum.

Andlaşmalarla ilgili bir başka olay, andlaşmalara çekince konulur, insan hakları andlaşmalarına da çekince konulması kabul edilmektedir. Belirli düzeylerde, genel andlaşmalardan biraz daha sınırlayıcıdır, ama çekince konulur. Bu çekince koyma durumlarında o andlaşmaları ele alırken, yasalarla çelişkisini uluslararası hukuka uygun olma koşuluyla çekincenin, çekinceli haliyle değerlendirilmesi gerekecektir, çünkü usulüne uygun olarak yürürlüğe koyma, o çekinceyle birlikte yapılmıştır. Ama burada bir başka noktaya dikkatinizi çekiyorum: Bu koyulan çekince, bazen uluslararası düzeyde itirazlara konu olmaktadır, reddedilmektedir, hatta yargı denetim organlarına giderse, bu sözleşmelerin orada reddedilmesi de söz konusu olmaktadır. Bu bizim başımıza gelen bir olay. Bireysel hakları tanırken, 5-6 çekince nitelikli bildirimde bulunmuştur Türkiye; Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Divanı o dönemde biri hariç bunları reddetmiştir. O zaman da çekincesiz haliyle hesaba katılması gerekecektir. Teknik sorunlar olarak bunlara dikkatinizi çekmek istiyorum.

Bir başka durum, andlaşmaların hükümlerinin tümünün göz önüne bulundurularak değerlendirilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, siz bir andlaşma hükmünü alırsanız, bir yasa hükmüyle çelişkisini saptarsanız, andlaşmanın tüm verilerini hesaba katarsanız, yanlış sonuçlara varabilirsiniz. Örneğin; işte bu sabah da söylediğim gibi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 53. maddesi, bu sözleşme hükümleri eğer bazı hakları yasalara, başka sözleşmelere göre daraltıyorsa, onlar uygulanır. Siz şimdi

TARTIŞMA

kalkıp, bir somut hükmünü, maddesini alıp, bunu hiç hesaba katmadan değerlendirirseniz, yanlış sonuca varırsınız. Aynı şeyler Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'yle ilgili olarak 15. maddesinde, olağanüstü haller durumunda verilen kısıtlama, sınırlama yetkisinin kullanımı konusu itibariyle yine aynı şekilde andlaşmanın tümü çerçevesinde değerlendirilme durumunda olacaktır. Bu da, en azından andlaşmaların yorumunun bütüncül bir şekilde, bütün bağlantıları çerçevesinde yapılması gerektiğinin kanıtıdır.

Bunun dışında, Mesut Gülmez arkadaşımızın, özellikle denetim organlarının kararlarını, andlaşmaları değerlendirirken insan haklarıyla ilgili hesaba katmamız gerektiği konusunda ki görüşüne de katılıyorum. Şöyle ki: Eğer siz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni alırsanız ve bunu uygularken, bizim ulusal mahkemelerimizin yapacağı yorum, tabii bu yorum yetkisini kendilerinin kullanma hakkı var, ama bu yoruma gittiler, bu yorum itibar görmediği takdirde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu yüzden yine Türkiye'yi cezalandırma, kuralları çiğnediği şeklinde değerlendirme durumunda kalacaktır. Dolayısıyla, bu tür verileri hesaba kattığınızda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin özellikle içtihadının bizim ulusal mahkemelerimiz tarafından çok iyi bilinmesi, değerlendirilmesi gerekecektir ki, bir elden bir sonuca varılabilir. Aksi takdirde o yargı kararlarımızın yine kusurlu kabul edilmesi şeklinde durumlarla karşılaşılacaktır. Bu çerçevede de bir şeyi söyleyeyim: Mahkemelerimiz bu insan hakları sözleşmelerini uygularken, örneğin; "*Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi karar verdi, bizde otomatik geçerlidir*" deme durumunda değildir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 46. maddesi gereğince, bu mutlaka, bizim ya hükümetimiz tarafından Meclis'e kanun vesaire sunmak suretiyle durumun düzeltilmesini gerektirecektir, yani hükümetin devreye girmesi gerekecektir veyahut da son 2003'teki Türk Ceza Usul Yasası çerçevesinde açılan yol çerçevesinde kararın yenilenmesi usulüne göre mahkemelerin önüne gelmesi gerekecektir; yani "*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi şu konuda şu kararı aldı. Mademki, sözleşmeler de yasaların üstündedir, otomatik olarak onun o kararı Türkiye'de geçerlidir*" gibi bir sonuç

yoktur. Sözleşme'nin 46. maddesi değişmediği sürece, yine iç mekanizmadan geçirilmek suretiyle, kendi hukukumuz haline dönüştürülmesi gerekecektir.

Sabrınız için çok teşekkür ederim. (Alkışlar)

AV. Özdemir ÖZOK: Efendim, biz de Sayın Prof. Hüseyin Pazarıcı'ya çok teşekkür ediyoruz.

Hamdi Yaver Aktan buyurun.

Hamdi Yaver AKTAN (Yargıtay 8. Ceza Dairesi Üyesi): Teşekkür ederim Sayın Başkanım.

İlerleyen bu saatte izninizle biraz espri yapayım. Sayın Gülmez hocamız dedi ki, "*sendika kurma hakkı polislere tanınmadı, unutuldu*" Zaten sendika kurma hakkı hiçbir kamu görevlisi için düşünülmediği için, polisler için haydi haydi düşünülmemesi normaldir, bunu doğal karşılamak lazım.

Diğer taraftan hocamızın söyledikleri, Ceza Genel Kurulu kararı var, bir eleştiri aldı. İyi ki ben yokmuşum, çünkü o dönemde Yargıtay Üyesi değildim. Ancak şunu söyleyeyim: Bizim dairemizin tam farklı bir kararını aktardım. Tarih itibarıyla 20 Mart 1997 tarih ve 4027 sayılı Karar'la, 8. Ceza Dairesi ILO sözleşmeleriyle kamu sendikalarının tüzelkişilik kazandığını karara bağlayıp ve bu karara dayanılarak, bu açıklamadan sonra bu gerekçeye bağlı suçun oluşmadığına, Toplantı ve Gösteri Yürütüşleri Yasası'ndaki suçun oluşmadığına, sendikal faaliyet bağlamında düşünülerek, bu yasa kapsamı dışında olduğuna karar vermiştir. İzninizle, dairemiz adına da övünebilirim. O kararda da benim imzam yok. Olsaydı, bu kadar cesaretli bir söz söylemek durumunda değildim.

Diğer taraftan, Sayın Betül Çotuksöken hocamızı yazılardan tanıyordum, buradaki konuşmalarını çok büyük bir keyifle dinledim. Önerisinin gerçekten değerlendirilmeye değil, derhal kabul edilmeye değer olduğunu ifade etmek durumundayım.

Sayın Güney Dinç dostumuzun uygulamaya dönük eleştirileri vardı, gerçekten doğrudur. Ancak bir kararı ifade etmek,

TARTIŞMA

aktarmak durumundayım: Bu da, dairemizin 2001 yılında verdiği bir karar. “Sorguda avukat bulunur” kuralının biz sadece sorguyu kapsamadığını, sorgunun dışına da taşıdığını, örneğin; güvenlik birimine getirildiği sırada bir kişinin üzeri aranmak istendiğinde yanında bulunmak isteyen avukata izin verilmez ve ilgili güvenlik birimindeki polisler hakkında kamu davası açılır; biz bunu görevi ihmal suçu olarak kabul ettik, “Baştan itibaren avukat geldiğine göre, bulunmak durumundadır” denildi. Sanıyorum, ceza usulündeki bu kuralı biraz genişletmiş olduk. Doğrusunun da bu olduğunu düşünüyorum. Müzakere sürecindeki tartışmalarda, gerçi kararda sözleşme hükmünü kullanmadık, ancak sözleşme bağlamında tartıştığımızı şimdi hatırlıyorum, bunu da aktarmak durumundayım.

Bir de, biz uluslararası sözleşmeler, özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının, Türkiye önceleri “hep tazminat ödüyoruz, biraz tazminattan kurtulmamız gerekir” denildi. Şimdilerde samimi olduklarını kabul etmek durumundayız, en azından böyle ifade ediliyor. Aksini de bulmak bize düşer. “Avrupa Birliği katılım süreci hızlandırılmalı” diye sözleşmeler kabul edildiği için ya da bu kurallar iç hukuka aktarıldığı için, benim içtenlikten halen endişem var, Türkiye’de mali mesele biraz öne geçiyordu. Keşke, tartıştığımız bu görüşlerin, burada konuşulanların, yöneticilerin de, samimi olduklarına inanabilsem. Bu da, eleştiri olarak kabul edilsin. (Alkışlar)

Çok teşekkür ediyorum.

Av. Özdemir ÖZOK: Efendim, biz teşekkür ediyoruz.

Değerli konuklar; bu bölümün son yorumcusu ve değerlendirmecisi olarak, Sayın Prof. Yılmaz Aliefendioğlu hocamıza rica ediyorum; buyurun.

Prof. Dr. Yılmaz ALİEFENDİOĞLU: Teşekkür ederim Sayın Başkan.

Ben sadece bir iki nokta üzerinde durmak istiyorum. “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin anlaşmalarla yasalar arasında bir çatışma çıktığı, aynı konuda farklı durum çıktığında anlaşma esas alınır” hükmü kuralıdır, bir çatışma

hükmüdür. Burada aynı konuyu düzenleyen sözleşmeye yasa-ya göre bir öncelik tanınmaktadır. Tabii, burada yasa dedikten sonra, “yalnız yasa mı?” sorusu, doğal olarak kanun hükmünde kararnamelerde aynı görüşü paylaşarak, kanun hükmünde kararnameler, yürütmenin düzenleyici işlemlerinin hep aynı kapsam içinde düşünülmesi gerekir. Yalnız, kanun hükmünde kararnamelerle ilgili, özellikle olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamelerle ilgili bir görüş var. Olağanüstü hal kanun hükmünde kararnamesiyle bir sözleşme hükmü çatıştığında, sözleşme uygulanacaktır. Ama sözleşme ve olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri varlığını devam ettirecektir ve onlara karşı anayasa yolu da kapalıdır. Dolayısıyla, burada bir sorun ortaya çıkabileceği kanısındayım.

Bir de, biraz önce çifte vergilendirmeyle ilgili bir soru soruldu. Vergilendirme de temel hak ve özgürlükler kapsamı içinde düşünülür. Eğer çifte vergilendirmeye ilişkin sözleşme ile bizim Vergi Yasası arasında bir çatışma varsa, sözleşme hükümleri esas alınır. Eğer sözleşmede getirilen düzenleme Anayasa'nun getirdiği vergilendirme ilkelerine uymuyor ise ne olacaktır, yani bir Anayasa çatışmasıyla, sözleşmeyle Anayasa arasında bir çatışma çıkarsa, bu durum ayrıca bir sorun yaratacaktır. Aynı çatışma açısından bir Anayasa hükmüyle, uluslararası sözleşme arasında meydana gelirse, bu konuda sabahleyin konuşmacılar görüş belirtti, ancak genellikle Yüzbaşıoğlu hocamız daha çok, Anayasa hükmünün uygulanacağını, konunun ulusal-üstü organların kararlarına bırakılmasının uygun olduğunu belirttiler. Sanıyorum, Mesut hocam o temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme kuralının Anayasa kuralının üstünde olduğunu söylüyor ya da ben öyle anladım. Ancak burada bir farklılık var. Gerçekte hangisi uygulanmalıdır? Tabii, onay yasaları, sözleşmeleri onaylayan yasalar normal yasalardaki prosedüre göre yasalaşmakta, o çoğunlukla yasalaşmakta. Halbuki, Anayasalar'ın kabulü ve değiştirilmesi, Anayasa'nın aradığı nitelikli çoğunlukla ve farklı bir usule göre yapılmaktadır. O zaman belki bu tür onay yasalarının farklı nitelikli bir çoğunluk, Anayasa değişikliklerinde olduğu gibi bir çoğunlukla kabul edilmesi akla gelebilir.

TARTIŞMA

Bir başka sorun da, Anayasa yargısında çıkabilir diye düşünüyorum. İtiraz yoluyla başvurularda Anayasa kuralı ile yasa kuralı aynı, ama sözleşme farklıysa, uygulama sözleşmeye göre olacaktır. O zaman sözleşmeye göre uygulanacaktır. Halbuki, sözleşme hükmü de Anayasa'ya aykırı olduğu için, farklı bir durum yaratacaktır. Sözleşme yasaya uygun, ama Anayasa'ya aykırı ise yine benzer durum olacaktır. Yasayla sözleşme, kanun aynı olursa sözleşme. Yasayla kanun farklı olursa, Anayasa'ya uygun olursa yasa, o zaman gene sözleşme hükmü uygulanacaktır. Burada bir karışıklık ya da bir çatışma olabileceği görüşümdedir. Bu hususun da düzenlenmesinde yarar olduğu kanısındayım.

Teşekkür eder, saygılar sunarım.

Av. Özdemir ÖZOK: Sağolun.

Değerli konuklar; şu anda artık bütün yorumları ve değerlendirmeleri aldıktan sonra, gerçekten bu etkinliğin geçmiş dönemlerde, yıllarda yapılan etkinliklerin hepsinde büyük katkısı olan, Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi'nde çok büyük çalışmalar sunan ve kendisinden son derece memnun olduğumuz, katkılarından dolayı her zaman bu duygularımızı ifade ettiğimiz Sayın hocamız Prof. Dr. İbrahim Kaboğlu bir değerlendirme konuşması yapacak. Gerçekten hepimize teker teker teşekkür ediyorum, böyle Cuma günü gibi hafta sonunun önemli bir gününde sabırlı, dikkatli ve duyarlı bir şekilde bizlerle birlikte olduğunuz için sizlere ayrıca yine teşekkür ediyorum, şimdiden peşinen de teşekkür ediyorum.

Hocam buyurun.

Prof. Dr. İbrahim KABOĞLU: Teşekkür ederim.

İsterseniz, değerlendirme yapmayayım, çünkü zaman çok ilerledi. Söylenenler söylendi, ben birkaç noktayı belirterek ...

Av. Özdemir ÖZOK: Sayın Hocam, burada değerlendirme yazmışlar, ben onu okudum, ama siz nasıl uygun görürseniz, o şekilde yapın.

Prof. Dr. İbrahim KABOĞLU: Doğru, ben yazdım, ama çok etkili konuşmalar yapıldı ve bir de ilerleyen saatte yorgunuz, bunları yazıya dökeceğiz nasılsa, -onu değerlendirme olarak kitaba eklerim-¹ meslektaşlarımızın, değerli hukukçuların ve hukukçu olmayanların yaptıkları katkılara teşekkürler, daha fazla sabırlarını taşımak istemiyorum.

Başlığımız uluslararası sözleşmelerin iç hukukta doğrudan uygulanması, bugün burada bu konu tartışıldı. Mesut bey meslektaşımın biraz önce arkadaşlara yönelik olarak bir eleştirisi oldu, “*başka konular da konuşuldu*” diye. Onu ben şöyle yorumluyorum: Biz bu sorun için toplandık, uluslararası sözleşmelerin iç hukukta uygulanması sorunu, doğrudan uygulama sorunu, ama uygulandığı mekân olarak ülkemiz çok sorunlu herhalde. Dolayısıyla, Ankara dışından gelen, özellikle hukukçu arkadaşlarımız, o mekânı sorgulamak durumunda kaldılar. Biz uluslararası sözleşmeleri hangi mekânda uyguluyoruz ve benim dikkatimi çeken nokta bu açıdan, bütün söz alanların birleştiği nokta, bir tür saç ayağı oluşturan, insan hakları, yargı bağımsızlığı ve demokrasi üçgeninde bu konuyu sorguladılar, bunu ortaya koymaya çalıştılar. Bu açıdan şöyle denilebilir: Evet, uluslararası sözleşmeler güzel, onları saptayabiliriz, onun üzerinde çalışabiliriz; ama bu sözleşmeleri uyguladığımız mekâna ilişkin sorunları çözmediğimiz sürece, böyle bir hüküm, böyle bir doğrudan uygulama olanağı sorunlar üretmeye devam eder ya da Türkiye'nin belli bölgelerinde sonuç üretir, ama başka bölgelerinde hiçbir şekilde sonuç üretmez gibi görüşler ya da değerlendirmeler ortaya çıkabiliyor. Bu bakımdan, uygulanan mekân da, bir bakıma mekânın sorunları da sorgulanmış oldu ve iyi oldu diye düşünüyorum. Şu halde ülkemizde hukukun içeriğine ilişkin ciddi düzeltim gereği, öncelikli bir sorundur.

Bir başka çok dikkat çekilen nokta, benim de çok sevdiğim, ama başıma bir gün belki çok tatsız işler açabilecek iç dinamik-dış dinamik ilişkisi oldu. Önemi nedeniyle bu konuya da bir çok kez dikkat çekildi. Özellikle mevzuat üretme konusunda ve tabii

¹ Tartışmaların ve sözlü olarak yer alan açıklamaların bütünlüğünü bozmamak için kısa değerlendirme metnine ayrıca yer verildi. (Bkz., s. 221.)

TARTIŞMA uluslararası sözleşmelerin kabul edilmesi konusunda iç dinamiklerin de harekete geçirilmesi gereği bulunmaktadır. İzninizle, şöyle biraz yorgunluğumuzda gidermek için, işin öbür tarafına bakmak istiyorum. Geçen Pazar öğleden sonra İstanbul'da evde 1 kasım günü için, "yarın Ankara'da basın toplantısında ne konuşacağım?" onları yazdım. Fakat onu yazarken şunu düşündüm. Bu olup biten, iç dinamik-dış dinamik ilişkisi, özellikle Avrupa Komisyonu'nun 6 Ekim Raporu açıklandıktan sonra bizimkilerin bayram yapar gibi, "Avrupa'ya girdik, gireceğiz" biçiminde sözleri, hadi 17 Aralık derken, İnsan Hakları Danışma Kurulu Azınlık ve Kültürel Haklar Çalışma Grubu'nun hazırladığı rapor bir biçimde sızdı ve bu rapor, "hayır, ne mozaiği ulan" filan diye konuyu saptırmaya yönelik beyanlar, küfür ve hakaretler ve kaba gücün kullanılmasına varan tepkilere neden oldu. Oysa, bizim rapor çok daha gerçekçiydi, çok daha ulusal temellere dayalıydı. Avrupalı rapor ise, sanki vitesleri tersine çevrilmiş bir araba, yani dört vites geriye, bir vites ileriye gibi. Fakat Komisyon Raporu "Hüsn-ü kabul" gördü. Bizimki ise lanetlendi. O yazıyı yazarken iç dinamik-dış dinamik ilişkisi bağlamında bir metafor aklıma geldi, dış dinamik lokum, iç dinamik ise dinamit. Evet, ikisi de hamurdan, ama bizimkiler tabii lokumu tercih ediyor. Lokum her zaman Türkiye'de üretilecek değil ya, bu kez bizimkiler için Brüksel'den gelen rapor lokum olmuş oldu, bizde üretilen ise dinamit. Ben tuttum, basın bildirimini getirdim, yazdığım yazıyı da gazeteye göndereceğim. Basın toplantısına oturdum ve basın metni arkadan saldırıda bulunarak yırtıldı. İnsan Hakları Danışma Kurulu'nda hiç görmediğim bir zat, dolayısıyla ilk kez orada gördüğüm bir zat, geldi kaba güçle, "ne mozaiği ulan, konuşturmam seni burada" dedi ve basın toplantısını engelledi. Ulusal dinamikler dinamittir, kanıtladı onu. Ben "Sıfır hoşgörü: İşkenceye mi, düşünceye mi?" (başlıklı) o yazıya bir cümle ekleyerek gazeteye gönderdim, "benim Pazar günü aklıma takılanlar ne yazık ki gerçekleşti ..."

Av. Özdemir ÖZOK: Dinamit olarak ...

Prof. Dr. İbrahim KABOĞLU: Dinamit, bana yönelik olarak gerçekleşti. Bu bakımdan iç dinamik-dış dinamik, yani

reformlarda iç itici güçlerle dış itici güçler ilişkisini birçok arkadaş vurguladı, bu çok ciddi bir sorunumuz ve zannediyorum, hani uluslararası sözleşmeleri yaparken, onaylarken, “*ilgilileri ve halkımızı bilgilendirelim, metinleri onlara gönderelim, konuşsunlar, tartışsunlar, ne olduğunu anlasınlar, bilgilensinler*” biçimindeki temenniler önemli; biz tabii yasalar konusunda şimdiye kadar benzer bir sürece giremedik. O bakımdan, arkadaşlar o kısmı paylaştıkları için özellikle sevindim.

Son nokta, konuşmacılar, bilgilenme temelinde durdular; bilgilenme, birlikte bilgilenme, eğitim, disiplinlerarası eğitim. Arkadaşlar; Sayın Başkan'ın da belirttiği gibi, biz hakikaten Türkiye Barolar Birliği olarak 4 yıldır üniversitelerin gerçekleştirmekte zorlandığı çalışmaları yaptık ve belki Cumhuriyet tarihimizde ilk kez, hâkimleri, savcılarını, avukatları bir araya getirdik ve insan hakları formasyonu temelinde birlikte etkinlikler gerçekleştirdik. Bugünkü toplantı ise, bir adım daha öteye giderek, yöneticileri de bir araya getirdi, hatta felsefeciler de sağ olsunlar, hakimler de Ankara dışından da geldiler ve bunu bugün büyük ölçüde başardığımızı düşünüyorum. Gerçekleştirdiğimiz ulusal ölçekteki bu toplantı ile disiplinlerarası çalışmanın da örneğini böylece büyük ölçüde vermiş olduk. Ama tabii, bu yeterli değil, bunu ilerletmemiz gerekiyor.

Bu metinlerin yayıma geçirilmesinde, dönüştürülmesinde görev alan arkadaşlardan Av. Fikret İlkiz arkadaşım, Yrd. Doç. Muharrem Özen, özellikle not olarak katkıda bulundular. Ama daha çok Fikret İlkiz, çünkü Muharrem Özen 5 Kasım'ı kaçırdığı için meşru mazereti var, bir şey diyemeyeceğim, çünkü 5 Kasım, benim de mezun olduğum Fakülte'nin kuruluş günü. Ama bugünkü, buradaki toplantımız da bu bakımdan çok önemli. Bugünkü metinler yayına dönüştürülecek, bu bakımdan bu notların çok katkısı olacak. Ama sizden ricamız, bugün konuşanlar, konuşmayanlar, metinlerini arzu ederlerse, özet olarak bize bir an önce ulaştırırlarsa, bu metinlerin fazla zaman geçirmeksizin yayıma dönüştürülmesinde çok yarar var diye düşünüyorum.

Katkılarınız için hepinize tekrar teşekkür ediyorum.

TARTIŞMA

Av. Özdemir ÖZOK: Kaboğlu hocamızın da söylediği gibi, öncelikle Ankara dışından gelen bütün konuklarımıza ve de özellikle yine Ankara dışından gelen baro başkanlarımıza, Ankara Barosu'ndaki çok saygın, değerli meslektaşlarımıza ve de başından beri, konuşmamda, ilk konuşmamda da söylediğim gibi, bu anlamda bu güzel, bu yararlı, bu kalıcı toplantıya katkı sunan bilim adamlarına, uygulamacılara, sayın yüksek yargı başkanlarına sonsuz teşekkürlerimi sunuyorum. Gerçekten Türkiye Barolar Birliği olarak, çok yararlı, çok kalıcı ve güncel bir konuyu tartıştırmak ve değişik boyutlarıyla masaya yatırmış olmaktan da büyük mutluluk duyduğumuzu ifade etmek istiyorum.

Bu ve benzeri toplantıları yapacağız. 19-20 Kasım'da sanıyorum, Türkiye'de yine çok önemli bir konu olan ve çok tartışılan, sigorta hukukuyla ilgili uluslararası bir toplantı yapıyoruz. Bu tamamen, Türk Barolar Birliği ve Türkiye Ekonomi Bankası'nın katkısıyla yapılan bir toplantı olacak. Biliyorsunuz, sigorta da çok yakınılan, çok dertli bir alan. 19-20 Kasım'da İstanbul Dedeman Oteli salonlarında yapacağız. Bu yılın son etkinliğini Ocak ayının 5 ile 11'i arasında, demokrasi, insan hakları ve bütün bunları kapsayan, hukuk devleti ilkelerini içeren, yine bütün hemen hemen Avrupa ülkelerinden çok saygın hocaların, yargıçların, Amerika'dan, Asya'dan temsilcilerin katıldığı ve de ülkemizin yetiştirmiş olduğu saygın hukukçuların ve uygulamacıların katıldığı 5-6 günlük çok önemli bir toplantıyı da gerçekleştirmek için hazırlıklarımızı son aşamaya getirdik, bağladık. Sanıyorum, 5-11 Ocak tarihlerinde Ankara Sheraton Oteli'nde onu gerçekleştireceğiz.

Değerli konuklar; 19.30'da Best Otel'de bir kokteylimiz var. Bütün katılımcıları, bütün dinleyenleri, bütün konukları orada bekliyoruz. Başka bir etkinlikte birlikte olmak dileğiyle hepimize saygılarımı sunuyor, günlerinizin güzel, neşeli ve sağlıklı geçmesini diliyorum, iyi günler diliyorum. (Alkışlar)

Değerlendirme¹ - İbrahim Ö. KABOĞLU

İBRAHİM
KABOĞLU'NUN
DEĞERLENDİRMESİ

I. Anayasa'nın 90. maddesine eklenen cümlelerin öncesinde uluslararası sözleşmelerin hukukumuzdaki yeri sürekli tartışılan bir konu oldu. Tartışma yaratan Anayasa hükmünü bir kez daha hatırlatalım.

"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz" (m. 90/son).

Anayasa'nın bu hükmü, öğretide farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olduğu gibi, yargı kararlarına da farklı biçimlerde yansdı. Konuya ilişkin iki soruna işaret edebilir.

Uluslararası sözleşmelerin normlar hiyerarşisindeki yeri, *birinci sorundur*. Bu konuda öğretilerde öne sürülen görüşler iki grupta toplanabilir. Öğretinin bir kısmı uluslararası andlaşmaların Anayasa'ya aykırılık itirazının olanaksızlığından hareketle, bunlara, anayasal ya da en azından yasa-üstü bir değer tanımaktadır. Buna karşılık, Sözleşme'yi olağan kanun gücünde kabul eden görüş baskındır.

Bu arada, insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalar ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS), diğerlerinden ayırt edilerek yoruma tabi tutulmuştur. Buna göre, temel hak ve özgürlükleri koruma altına alan İHAS hükümlerinin normlar hiyerarşisinde özgül ve üstün bir yeri bulunmaktadır.

Öğretilerde türdeş olmayan yaklaşım tarzları ile, uluslararası sözleşmelerin ve hatta İHAS'ın, Anayasa Mahkemesi, Danıştay ve Yargıtay kararları üzerindeki etkilerinin farklılaşması arasındaki paralellik kaydedilebilir. Bu konuda Danıştay'ın önde olduğu (Y. Çimen), Anayasa Mahkemesi'nin uluslararası sözleşmeleri destek ölçü norm olarak kullandığı (M. Bumin) bilinmekle birlikte, Yargıtay'ın da İHAS'a yasa üstü bir değer verdiği, yine kararlarında İHAS gibi Çocuk Hakları Sözleşmesi'ni de bağımsız ölçü norm olarak kullandığı görünmektedir (H. Y. Aktan).

¹ Değerlendirmede, toplantıya bildiri ve yorum yoluyla katkıda bulunanların toplantı sırasındaki konuşmaları esas alınmıştır.

İkinci sorun ise, uluslararası belgelerin hukuki değerine ilişkindir. Gerçekten 90. maddenin yazım şekli göz önüne alınarak uluslararası andlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yeri tartışılabilir. Bununla birlikte, “*kanun hükmünde*” oluşu, daha çok uluslararası sözleşmelere normatif değer atfeden bir buyruk olarak anlaşılmalıdır. Bu bakımdan, 90. maddenin düzenleme tarzı, monist sisteme uygun düşmektedir ve yasayla onaylanmış uluslararası sözleşmeyi yargıç, doğrudan uygulayacaktır.

Bu görüş, bildirilerle teyit edilmektedir. M. Gülmez “*kanun hükmünde*” deyimine “*iç hukukla bütünleştirme*”, yani doğrudan etki işlevini yüklemektedir. Yoksa bu deyim, uluslararası sözleşme ile yasanın aynı düzeyde yer alıyor olmasını ifade etmemektedir. N. Yüzbaşıoğlu da bu görüşe aynen katılmaktadır. Şunu da belirtmek gerekir ki, insan haklarına ilişkin uluslararası belgeleri sadece 90. madde çerçevesinde yorumlamak, eksik bir yaklaşım olur. Çünkü 1982 Anayasası, insan hakları alanında uluslararası hukuka açıkça yollamalar yapmaktadır: “*İnsan haklarına saygılı devlet*” tanımı (m. 2), aynı zamanda uluslararası hukuk ölçeğinde geçerli insan hakları anlayışı şeklinde yorumlanabilirse de, olağanüstü yönetimler sırasında bile “*millletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerin ihlal edilemeyecek olması*” (m. 15), ulusal hukukla uluslararası hukuk arasında daha doğrudan bir bağlantı kurmaktadır. Öte yandan, yargıcın “*Anayasa’ya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatine göre karar verme*” (m. 138) yetkisindeki “*hukuk*”, kuşkusuz ulusal hukukla sınırlı değildir. Yargıç, hem ulusal ölçekte, hem de uluslararası düzlemde geçerli hukukun genel ilkelerinden yararlanacaktır.

II. Anayasa’nın 90. maddesine eklenen cümle: İnsan hakları alanında 90. maddenin yorum ve uygulanmasının, Anayasa’nın öteki maddeleri ışığında daha türdeş ve uluslararası sözleşmeler lehine ortaya çıkması beklenirdi. Fakat Anayasa’nın yirmi yılı aşkın uygulama döneminde bu gerçekleşmedi. Bu nedenle, 5170 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikle 90. maddenin son fıkrasına şu cümle eklenmiştir (RG, 22 Mayıs 2004).

“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.”

Bu yeni düzenleme, değinilen tartışmaları sona erdirecek mi? Zor görünüyor. Çünkü bu hükmün uygulamaya geçirilmesi, göz ardı edilemeyecek sorunları da beraberinde getirecektir:

- Birinci sorun, “temel” sıfatına ilişkindir. Bilindiği gibi, insan hakları öğretisinde, temel/temel olmayan haklar ayrımı giderek terkedilmektedir. Konumuz açısından temel hak ve özgürlükler, bütün anayasal hak ve özgürlükleri kapsar. Çünkü, Anayasa'nın II. kısmı, “Temel Hak ve Ödevler” ana başlığını taşımaktadır. Bu kısım, gerek “Genel Hükümler” başlıklı birinci bölümü, gerek hak ve özgürlükleri teker teker düzenleyen sonraki üç bölümü kapsamına almaktadır. M. Gülmez “temel” sıfatına uluslararası belgeler açısından bakıyor ve “birinci, ikinci, üçüncü, kuşak bütün insan hakları sözleşmelerini kapsayan bir düzenlemedir” diyor. Gülmez, görüşünü desteklemek için insan haklarının bölünmezliği ilkesine de dikkat çekiyor.²

- İkinci olarak, konuya “uluslararası andlaşma” açısından bakıldığında öncelikle şu sorulabilir. Sadece andlaşmalar mı, yoksa başka adlarla anılan insan hakları belgeleri de bu kategoriye girer mi? Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin onaylamayı bir “kanunla uygun” bulduğu bütün uluslararası belgeler (andlaşma, sözleşme, pakt, protokol, ...), “uluslararası andlaşma” kapsamında düşünülmelidir. M. Gülmez'e göre, “sözleşmeleri esas alırken sadece pozitif metinlerle yetinilmemesi ... yetkili denetim organlarının, koruma organlarının kararları, içtihatları, raporları” göz önüne alınarak uyuşmazlığı çözmek gerekir. H. Y. Aktan'ın aktardığı Yargıtay kararları, Gülmez'in görüşünü desteklemektedir. Sonra, uluslararası belgenin adı ile içeriği arasındaki bağlantıyı da göz önüne almak gerekir. Onaylanan metnin adı, insan haklarını doğrudan

² Y. Çimen de aynı görüştedir. Pazarıcı da geniş yorum yanlısıdır: Anayasa'da yer almasa da, “Türkiye'nin usulüne uygun yürürlüğe koyduğu tüm temel hak ve özgürlüklere, yani insan haklarına ilişkin andlaşmaların bu kapsam içine girmesi” gerekir.

İBRAHİM
KABOĞLU'NUN
DEĞERLENDİRMESİ

yansıtmamakla birlikte, bazı maddeleri hak ve özgürlüklere ilişkin olabilir. Bunlar da 90. maddenin son cümlesi kapsamına girer mi? Andlaşma "hükümleri" dendiğine göre, bu soruya da olumlu yanıt vermek gerekir. Çünkü Anayasa'nın yeni hükmüne göre, belirleyici ölçüt, çatışmanın "temel hak ve özgürlük" alanına ilişkin olmasıdır. "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş" kaydı, TBMM tarafından bir kanunla kabul edilmiş olan andlaşmalar şeklinde anlaşılabilir. Bu görüşü Pazarıcı da paylaşmaktadır.

- Üçüncüsü, "esas alma" deyimine ilişkindir. Buna göre, uluslararası sözleşme hükmü, ilgili uyuşmazlığın çözümünde "belirleyici" olacaktır. Gerçekten "esas alma" sözcükleri, bir şeyin özünü oluşturan ana öge, temel doğru anlamına geliyor (Y. Çimen). Bununla birlikte bu deyim, yorumlama sorunlarını beraberinde getireceği benziyor.

- Dördüncü sorun, "uyuşmazlık" ve bunun "muhatapı" ile ilgilidir. Hak ve özgürlüğün uygulanmasına ilişkin her türlü uyuşmazlık, yeni düzenlemenin alanına girer. Bu hükmün öncelikli muhatapı yargıdır; sonra, savcılar ve avukatlardır. İdari makamlar da insan hakları uygulamalarında muhataplar arasında yer alırlar. Yasama organının uluslararası insan hakları belgelerine aykırı yasal düzenlemenin dolaylı muhatapı olduğu öne sürülebilir (M. Gülmez). Bunlar, tüm anayasal kuruluşlar şeklinde de ifade edilmiştir (Y. Çimen).

- Beşinci sorun, içerik bakımından "her iki norm arasındaki ilişki"dir.

90. maddeye eklenen cümle, yasa/uluslararası andlaşma ilişkisi ile sınırlı mı tutulmuştur? M. Gülmez, düzenlemenin yasalarla sınırlı tutulmadığı görüşündedir. Y. Çimen, alt kural- lar (tüzük, yönetmelik vs.) ile uluslararası sözleşme arasında bir çatışma durumunda da uygulanacağını belirterek konuyu somutlaştırmaktadır. Buna karşılık Y. Aliefendioğlu, kanun hükmünde kararnamelelerin, Anayasa'nın hak ve özgürlüklerle ilgili 1, 2 ve 4. bölümleri içermediğine dikkat çekmektedir.

Şu var ki, 90. maddeye eklenen cümle, uluslararası andlaşmanın yasadan daha güvenceli bir düzenleme yansıttığı varsayımına dayanıyor. Uluslararası sözleşmenin "kanunların üstünde"

olduğu vurgusuna karşılık, "Anayasa ve andlaşma çatışmasında ne olacağı konusunda bir çözüm üretmemesi en büyük eksikliklerdir." diyen N. Yüzbaşıoğlu, şu üç olasılığı gündeme getirdi.

1. Anayasa'nın andlaşmayla uyumlu olması, ama kanunla çatışmasıdır. Burada çözülmesi gereken başlıca sorun, yasanın Anayasa'ya uygun hale getirilmesidir.

2. Andlaşmayla yasanın çatışması durumunda Anayasa'da açık bir düzenleme yoksa, andlaşma hükmü uygulanacaktır.

3. Buna karşılık, Anayasa'da yasayla uyumlu fakat andlaşmayla çatışan açık bir düzenleme varsa, mevcut düzenlemede, Anayasa'nın üstünlüğü ilkesini aşmak mümkün gözükmemektedir.³

Eğer yasa, uluslararası sözleşmeden daha ileri bir hüküm öngörüyorsa, yine de uluslararası sözleşmeye mi öncelik tanınmalı? Burada, "maksimum standart" ilkesine göre, yasaya öncelik tanınması gereği öne sürülebilir. H. Pazarci da, BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Pakti'nin 5. maddesine yollama yaparak bu görüşü paylaşıyor. Fakat bu kez, güvence ölçütü ile sınırlama ilkesi arasındaki ayrım sorunu karşımıza çıkar. Daha az sınırlayıcı hüküm koyan yasa ile uluslararası belge arasında fark belirebilir. Bu varsayımda yasa uygulanmaz ise, iki ayrı uygulama biçimi ortaya çıkabilir; güvence konusunda daha ileri ulusal düzenleme geçerli, sınırlama konusunda ise değil. Kanımızca sınırlandırmada daha az sınırlama getiren hüküm esas alınmalıdır. Ancak bu durumda yeni düzenlemenin yaptığı belirleme, göreceli bir özelliğe dönüşmektedir. Her ne olursa olsun, tartışmaya açık ve değer bir konu ...

Yasa ile uluslararası andlaşma arasında ortaya çıkabilecek böyle bir sorun, Anayasa ile İHAS arasında mevcut olan bir farklılaşma ile somutlaştırılabilir. 1982 Anayasası'nın yeni 13. maddesi, İHAS'a göre, daha çok güvence ölçütü koymaktadır. Bu soruna değinen G. Dinç geleceğe yönelik olarak, "Anayasa'nın 13.

³ N. Yüzbaşıoğlu'na göre, bunun aşılması Anayasa'ya, egemenliğin aşılmasına ilişkin kural konulması ile mümkündür.

İBRAHİM
KABOĞLU'NUN
DEĞERLENDİRMESİ

maddesine göre, bizim haklarımızı kısıtlayan bir uluslararası sözleşme oylanırsa, bu geçerli olmayacaktır” demektedir.

Bu örnekten hareketle, uluslararası andlaşma ile Anayasa hükümleri arasında çatışma saptanırsa ne olacak? Yeni düzenlemeye göre, insan haklarına ilişkin uluslararası belgeler, Anayasa'dan daha alt düzeyde yer aldığına göre, anayasal hükmün uygulanacağı öne sürülebilir. Bununla birlikte, uluslararası sözleşme, Anayasa'dan daha ileri bir düzenleme öngörmekte ise bu hiyerarşik ilişki göz önüne alınacak mıdır? Uyuşmazlığa ilişkin sorunun çözümü kadar, iki norm arasındaki çatışmanın giderilmesi gereği de açıktır.

Bu çerçevede, yeni düzenleme ile kurumsal nitelikte ortaya çıkabilecek bir başka soruna işaret edilebilir. Konunun “*kurumsal düzenleme ile bağlantılı*” olmasının anlamı şu: Uluslararası sözleşmelerle ulusal normlar arasında 90. madde benzeri düzenlemeler yapan anayasalar, genellikle Anayasa Mahkemesi'ni devreye sokarlar. Bunu daha çok önceden denetim yoluyla veya bazen sonradan yorum yetkisi şeklinde düzenlerler. Bunda amaç, uluslararası sözleşme ile iç hukuk arasında uyum sağlamaktır. 1982 Anayasası'nda yapılan yeni düzenleme ise, konunun kurumsal yönünü açıkta bırakıyor. Hatta, mevcut denetim yolunu tıkayan bir uygulamaya yol açılıyor. Bu noktaya Y. Aliefendioğlu dikkat çekiyor. Yasa ile sözleşme hükmü çatıştığında, “*sözleşmeyle çatışan kural uygulanmayacaktır ve o kurala karşı itiraz yolu da kapalı kalabilecektir*”. Bu nedenle, anayasal yargı sistemimizde önceden Anayasa'ya uygunluk denetimi yolu açılmalıdır.

Türkiye Barolar Birliği nezdinde hazırlanmış olan “TC Anayasa Önerisi (2001)”, konuya ilişkin şu düzenlemeleri içermektedir (m. 99, f. 1-c. 2; f. 4, 5 ve son): “*Anayasa Mahkemesi, uluslararası andlaşmaların Anayasa'ya uygunluğunu ön denetim yoluyla değerlendirir.*

Usulüne göre yürürlüğe konulmuş andlaşmalar yasa hükmündedir. Öndenetime tabi olan uluslararası andlaşma ile yasanın çatışması halinde, andlaşma hükümleri esas alınır.

Anayasa'nın insan haklarına ilişkin hükümlerinin yorumlanmasında, Türkiye'nin taraf olduğu sözleşmeler de göz önünde tutulur.

Türkiye Cumhuriyeti yasalarında değişiklik etkisi yaratan her türlü andlaşmaların yapılmasında 1. fıkra hükmü uygulanır."

III. Anayasa'nın 90. maddesine eklenen cümle, çeşitli açılardan yeni tartışmaları beraberinde getirirse de, yargıç ile yasa-üstü ve ulusal-üstü normlar arasındaki ilişki bağlamında önemli bir açılım olarak nitelenebilir. Yargıç, özgürlükler lehine olmayan yasal hükmü ihmal edebilecektir.

Yeni düzenleme üzerine, daha genel nitelikteki şu *iki gözlem* yapılabilir: Birincisi, yargı mensupları insan haklarını içselleştirmek durumundadır. Belirleyici konumda bulunan yargıç, bundan böyle özgürlükler hukukunu uygularken, ilgili belgeleri karşılaştırmalı yöntemle değerlendirmede tek başına yetkili olacaktır. Bu nedenle yargıç, özerk hale gelmiş bulunan bu hukuk dalını, hem iyi özümsemeli hem de çağdaş gelişmeleri sürekli izlemelidir. Öte yandan, yargıcın hak ve özgürlükler uyumsuzluğunda "*yaratıcı işlevi*" göz önüne alınarak, hukuk fakülteleri ders programında "*Özgürlükler Hukuku*", artık zorunlu dersler arasında yer almalıdır. Yeni düzenleme, öğreti ve uygulama arasında daha yoğun bir etkileşimi gerekli kılmaktadır. Bu gözlem, devletin bütün yönetim organları açısından geçerlidir.

İHAS'la sınırlı olmayan ve sadece yargıçlarla değil, yönetsel organları da, hatta milletvekillerini de kapsamına alan bir insan hakları eğitimi gereği, M. Gülmez ve S. Arıkan tarafından vurgulanmaktadır. Arıkan'a göre, eğitim kadar eğitimde kullanılan metaryalin dağıtılması ve bunların herkes tarafından erişilebilir hale getirilmesi de önem taşımaktadır.

İkincisi ise, yeni düzenlemeye göre, 90. madde uyarınca kanunla onaylanarak yürürlüğe giren uluslararası andlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yerinin çerçevesinin belli ölçülerde çizilmiş olmasıdır. Bu nedenle, maddeye eklenen son cümle, öğretilerde öne sürülen görüşler arasındaki zıtlığı

İBRAHİM
KABOĞLU'NUN
DEĞERLENDİRMESİ

törpüleyici yöndedir. Bu yön, uluslararası andlaşmaların yasa düzeyinde olduğu görüşünü destekleyici niteliktedir. İnsan haklarına ilişkin uluslararası belgeler, diğerlerinden ayrılarak yasa-üstü bir konuma yerleştirildiklerine göre, diğerleri için böyle bir statü söz konusu olmayacaktır. H. Pazarcı da buna vurgu yapmaktadır. Farklılaşmaya rağmen, biraz önce yorumlama sorunu olarak belirtildiği gibi, insan haklarına ilişkin uluslararası belgenin yasa karşısındaki önceliği de her durumda mümkün olmayabilir. Öte yandan, insan haklarına ilişkin olmayan bir uluslararası metnin de -anayasallık denetimi yapılmadığı göz önüne alınarak- yasa-üstü olduğu görüşü halen öne sürülebilir.

Bütün bu söylenenlere karşın, uluslararası andlaşmalar içerisinde insan haklarına ilişkin olan ve olmayan ayrımı sorunlar yaratmaya devam edecek. Bu nedenle, yeni bir Anayasa değişikliği ile konunun kurumsal yönünün tamamlanması gereği devam etmektedir.



15.000.000- TL
15.00- YTL

Karanfil Sokağı No: 5/62 06650 Kızılay-ANKARA
Tel: (+90.312) 425 30 11 - 425 36 19 - 418 13 46 Faks: (+90.312) 418 78 57
web: www.barobirlik.org.tr
e-mail: admin@barobirlik.org.tr • ihaum@barobirlik.org.tr