

ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI BELGELERİNİN UYGULANMASINDA “BAĞIMSIZ ÖLÇÜ NORM” VEYA “DESTEK ÖLÇÜ NORM” SORUNU¹:

I. GİRİŞ:

Batı tipi Anayasacılığın iki temel ilkesi vardır; devletin çatısını belirlemek ve bireyin özgürlüğünü / temel haklarını korumaktır. Günümüz anayasa hukukunun en az üç konusu olduğu söylenebilir veya Anayasa hukukunda üç dönemden sözedilebilir; İlk dönem, anayasanın hukuku (normatif anayasa hukuku; normlar sistemini inceler, droit constitutionnel normatif). İkinci dönem siyaset biliminin de katkısının olduğu dönemdir (kurumsal anayasal hukuku; kurumlardan bahseder, droit constitutionnel institutionnel). Üçüncü dönem ise anayasa yargısının (Anayasa Mahkemelerinin) kurulduğu 1960 sonrasıdır (özgürlükler anayasa hukuku; maddi anayasa hukuku veya hak ve özgürlüklerin anayasa hukuku; temel hak ve özgürlüklerin tanınması ve korunmasını konu alır, droit constitutionnel substantiel).¹ Bu üçüncü dönemin önemi yadsınamaz; şöyle ki;

Yeni demokrasi anlayışında yasa, sadece seçilenlerin iradesinde değil, yorumu ve empozesi ile anayasa mahkemelerinde bulunduğu gibi bireyler bir sonraki seçime kadar anayasa mahkemesine (Türkiye’de dolaylı) başvurarak anayasal zorlama araçlarını kullanabilmektedirler. İşte bu yeni anlayışa sürekli demokrasi (genişletilmiş demokrasi veya anayasal demokrasi) denilmektedir. “Anayasal demokrasi” kavramına göre, “hukuk devleti” kavramının daha geniş olduğu belirtilebilir.²

Anayasa Mahkemeleri, yorumlama faaliyetleri sonucunda sadece özgürlükleri koruyan ilkeler geliştirmekle yetinmezler, anayasal değerlerde ilkelerden normlara giderek, aynı zamanda norm yaratma yoluyla insan haklarını zenginleştirirler. Anayasa hukuku sadece, anayasa metinleriyle sınırlı olmayıp, aynı zamanda hukukun genel ilkeleri ve kurucu iktidarı da bağlayan supra-pozitif ilkeleri de benimsemektedir. Yasama organları, günümüzde genel iradenin oluşumunu tekelinde tutmamakta, yasanın Parlatmentonun eseri olduğu şeklindeki klasik anayasal anlayış bugün aşılmakta olup Anayasa Mahkemesi, belirli yasama hükümlerini yürürlükten kaldırabilmekte, yasayı yorumlayabilmekte, uygulama tarzlarını

¹ Çağlar, Bakır, “**Anayasanın Hukuku ve Anayasanın Yargıcı Yenilenen Anayasa Kavramı Üzerine Düşünceler**”, Anayasa Yargısı, C. 8, Ank. 1991, ss. 13-62, s. 13, dn. 1. Özgürlükler ve Anayasa ilişkisi için bk. Fendoğlu, H. Tahsin, “**Özgürlükçü Anayasa Üzerine**”, Prof. Dr. Faruk Erem Armağanı, Yayınlayan: Türkiye Barolar Birliği, Türkiye Barolar Birliği Yayını No. 8, Ankara 1999, ss. 245-275. ² Detay için bk. Bakır Çağlar, “**Hukuk’la Kavranan Demokrasi Ya Da Anayasal Demokrasi**”, Anayasa Yargısı, 31. Yıl, Ank. 1993, ss. 233-249; Giovanni Sartori: **The Theory of Democracy Revisited**, s. 16-23; **Kaboğlu, “Kelsen Modeli Sınırlarında Demokratikleşme Sürecinde Anayasa Yargıçları**”, Anayasa Yargısı, 31. Yıl, Ank. 1993, C. 10, ss.- 395-404; Kelsen’in görüşleri için bk. Öktem, Niyazi, “**Anayasa Yargısı ve Hukuk Felsefesi**”, Anayasa Yargısı, 29. Yıl, Ank. 1991, C. 8, ss. 265- 275. Felsefede devletçilik-demokrasi değerlendirmeleri için bk. RUSSELL, Bertrand: **The History of Western Philosophy** (and its Connection with Political and Social Circumstances from the Earliest Times to the Present Day), Third Edition, London, 1948. s. 607 ; RITCHIE, A. D., **British Philosophers**, Longman Publisher, 1950, s. 15.

¹ Bu makale, Anayasa Mahkemesinin 38. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen “Temel Hak ve Özgürlüklere ilişkin Uluslar arası Normların İç Hukukumuzda Etkileri” konulu Anayasa Yargısı

belirleyebilmekte, etkisini sınırlayabilmekte ve yasama organına öğütte bulunabilmektedir³. Anayasa Mahkemeleri, ön-yasayıcı (pre-legislature), olumlu yasayıcı (legislature positif) ve eş-yasayıcı (co-legislature) durumundadırlar.⁴

Ulusal anayasaların yanında sözleşmelere bağlı olan anayasalar da oluşmaktadır. AİHS ile oluşan katı anayasalar yanında, yumuşak AGİK anlaşmalarından doğan, Helsinki ile başlayıp, Paris anlaşmasıyla devam eden ancak yaptırımlarını pek içermediği için yumuşak anayasa niteliğini getiren kurallar vardır.⁵

Genelde anayasalar kendileri dışında birtakım ölçü normlar kabul etmişlerdir; Fransız 1958 (V. Cumhuriyet) Anayasası, 1789 tarihli İnsan Hakları Bildirisi'ni ve 1946 Anayasasının (IV. Cumhuriyet) başlangıç bölümünü **ölçü norm** kabul ettiği gibi, Fransız Anayasa Konseyi de 27.12. 1973 tarihli kararıyla⁶, istikrarlı bir şekilde, 1789 Bildirgesindeki ölçü normları uygulamaktadır.⁷ Fransız Anayasa Konseyi, sonraki kararlarında “*anayasal değerlerde genel ilkeler*” kavramını oluşturmuş ve anayasallık blokunu, ictihadi yoldan daha da genişletmiştir. Diğer anayasa mahkemeleri gibi **Fransız** Anayasa Konseyi de, insan hakları açısından 1789 Haklar Bildirgesine uzanan bir anayasallık bloku oluşturmuştur⁹. Aynı şekilde anayasalar, değiştirilemez hükümleri¹⁰ benimseyerek, bu normları diğerlerine tercih etmişlerdir. Anayasa Mahkemelerinin referanslarından biri anayasadır ve buradaki anayasa kavramı geniş anlamda anlaşılmalıdır. Yargıçların **yorum yetkisi** kendilerine anayasal ilkelerin içerik ve çerçevesini saptama olanağını bağışlamaktadır. **Almanya, Avusturya, Fransa, Gspanya, Gtalya, ve Polonya anayasa yargıçlarının**, anayasal hakların genişlemesinde, bu yorum faaliyetlerinin de büyük etkisi olmuştur. Genel anayasal ölçütler olarak, **eğitlik, rasyonelite ve orantılılık** gibi kavramlar benimsenmiştir.

ABD nin halen yürürlükte olan 1787 tarihli Anayasası'nın, VI. Bölümünün 2. kesimi, “*Bu Anayasa ve ... Birleşik Devletlerin yetkisi içinde yapılmış ve yapılacak **bütün anlaşmalar** ülkenin üstün hukuku sayılacaktır.*” demektedir. Federal Alman 1949 tarihli Anayasa da, 25. maddesinde “*Uluslararası kamu hukukunun genel kuralları federal hukukun ayrılmaz*

³ AnYM ne göre, yasama organı, bir yasa çıkarırken iptal edilen yasaların iptal gerekçe ve sonuçlarını gözönünde bulundurmamak zorundadır; E. 1993/26, K. 1993/28, KT. 16.9.1993. Çünkü 1982/153. madde uyarınca AnY Mahkemesi kararları bağlayıcıdır. ⁴ Kaboğlu, **Anayasa Yargısı**, s. 145-146. ⁵ Bk. Çağlar, “**Anayasanın Hukuku ve Anayasanın Yargıcı Yenilenen Anayasa Kavramı Üzerine Düşünceler**”, s. 67. ⁶ Bk. Gözler, s. 131. **Siyasal Anayasalar** değişebilir ama **sosyal anayasalar** (1789 ve diğer haklar) değişmez, denilmiştir; bk. İbid. ⁷ Özbudun, Ergün, **Türk Anayasa Hukuku**, 4. B., Yetkin, Ank. 1995, s. 354. ⁸ Batum, Süheyl, **Avrupa Gnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri**, s. 144. ⁹ Kaboğlu, **Anayasa Yargısı**, s. 76. ¹⁰ **Değiştirilemez ilkeler** (Cumhuriyet) için bk. **AnYMKD**, Sy. 13, Ank. 1991, 2.B., s. 428. 1947 tarihli İtalyan Any.nın 139. maddesine göre, cumhuriyetçilik değiştirilemez. 1958 tarihli Fransız Any.sının 89/5 e göre, cumhuriyet niteliği değiştirilemez. 1949 tarihli F.Alman Any. sının 79/3 e göre, Any.nın 1. ve 20. maddeleri değiştirilemez. 1982 tarihli Türk Anayasasının 4. maddesine göre, Any.nın ilk üç maddesi değiştirilemez. Bu ilk üç madde **üstün norm** sayılabilir, çünkü asli kurucu iktidarın bu ilk üç maddeye özel bir önem verdiği açıktır.

parçasını meydana getirir. Bunlar yasalardan üstündür.” demektedir¹¹. Bulgaristan, Çek, ve İspanya Anayasa Mahkemeleri, yasaların sadece anayasaya değil, uluslararası anlaşmalara da uygunluğunu denetler¹². Anayasa mahkemesi, insan hakları hazinesinin bekçisidir. Demokrasi sadece iktidarların kaynağı (seçim) değil, aynı zamanda yönetenlerin sürekli denetlenmesidir. AnY Mahkemesi halk adına yasama organının işlevlerini sürekli denetleyen bir yargı kurumudur. Türkiye’de Cumhuriyet, demokrasi ve hukuk devleti çizgisinde bir gelişim bulunduğu belirtilebilir. Gerçek özgürlük için yöneticilerin halka karşı yetkilerinin sınırlandırılması gerekir¹³.

1982 Anayasası, uluslararası hukuk kurallarını, hukukun genel ilkelerini ve Atatürk İlke ve İlkelerini anayasallık bloku¹⁴na dahil etmiştir. Uluslararası sözleşmelerin, özelde AĞHS nin iç hukuktaki yerini her ülkenin Anayasası belirlemektedir¹⁵. Uygulamada, Türk Anayasa Mahkemesi, uluslararası sözleşmeleri¹⁶, hukukun genel prensiplerini¹⁷, GHEB ni ve AĞHS ni¹⁸ referans norm olarak ya da dayandığı Anayasa kurallarını destekleyici ilke olarak kullanmıştır.

II. GENEL OLARAK ULUSLARARASI HUKUK KURALLARI VE ANAYASALAR:

Uluslararası hukukun bağlayıcılığı konusunda düşünürler **monistler ve dualistler** diye ikiye ayrılırlar. Monistler, tek hukukun var olduğunu, hukukun iç ve dış diye ikiye ayrılmadığını belirterek; bazıları, uluslararası hukukun milli hukuku bağladığını, milli hukuktan daha üstün ve daha güçlü olduğunu belirtirler; ünlü hukukçu Hans Kelsen uluslararası hukukun daha üstün olduğunu belirten monistlerdendir. Monistler kendi aralarında iki ayrı fikre sahiptirler; birincisi iç hukuk üstündür düşüncesi olup, diğeri, uluslararası hukuk üstündür anlayışıdır. **Dualistler** ise iki ayrı (iç ve dış) hukuk olduğunu benimseyerek, milli hukuk, uluslararası hukuku kendi bünyesine almışsa, işte bu şartla uluslararası hukuk, milli hukuku bağlar, demektedirler¹⁹. Dualistlere göre, her iki (iç-dış) hukuk kendi içlerinde eşit (validity intern ve validity extern) , bağımsız ayrı birer sistemdirler.

Anayasaüstülük (süpraconstitutionalite) kavramı üçe ayrılabilir; genel anayasaüstü kurallar; dış-anayasaüstülük, (uluslararası normlar, ulusalüstü

¹¹ Soysal, **Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler**, s. 15. ¹²Kaboğlu, **Anayasa Yargısı**, s. 78. ¹³ MILL, John Stuart, **On Liberty**, Edited with an Introduction by Curran v. Shields, The Liberal Arts Press, New York, 1956, p. 1-2. ¹⁴ Anayasaya uygunluk denetiminde kullanılan ölçü normların tümüne “**anayasallık bloku**” (bloc de constitutionnalite) (anayasa ve diğer ilkeler) denilir. ¹⁵ Geniş bilgi için bk. **VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı**, Ank., 7-10 Mayıs 1990. ¹⁶ **AnYM** nin 29. 1. 1980 günlü, E. 1979/38, K. 1980/11, RG 15.5. 1980, S. 16989, ¹⁷ **AnYM** nin 22.12. 1964 günlü, E. 1963/166, K. 1964/76 sayılı kararı, AMKD. S. 2, ¹⁸ **AnYM** nin 29. 1. 1980, E. 1979/36, K. 1980/ 11, RG. 15.5. 1980. S. 16989. Başka kararlar da vardır; bir değerlendirme için bk. Özbudun, Ergun-Aliefendioğlu, Yılmaz, “**Türkiye Raporu**”, Anayasa Yargısı, **7. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı**, 27 Nisan 1987, Lizbon, Ankara 1988, s. AnYM Yayını.181-206. ¹⁹ Soysal, “**Anayasa’ya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler**”, s. 13-15.

normlar) ve iç-anayasaüstülük (iç üst normlar; Atatürk İlke ve İnkılapları gibi) diye. Genel anayasaüstü ilkelere şu örnekler verilebilir; *insan onuruna saygı, adil yargılanma hakkı, kişi güvenliği, özel hayatın gizliliğine saygı, insanın fiziki varlığına dokunulmaması, çoğulculuk, anayasanın yazılı olması, kurucu iktidarın sahibinin millet olması, kuvvetler ayrılığının bulunması, doğal hukuk prensipleri (adalet, özgürlük, ortak yarar, dayanışma gibi), temel hakların kurucu iktidarın iradesinden üstün olması, ulusal egemenlik²⁰ ve hukukun genel prensipleri²¹ olup, adalet düşüncesi fitridir²². Anayasaüstülük düşüncesi 1789 Fransız Bildirgesinde de vardır. Anayasayı ilk kez yapan kurucu iktidar (asli kurucu iktidar) ve anayasayı değiştirme iktidarı (tali kurucu iktidar) insan hakları ve uluslararası hukuk normlarıyla doğal olarak bağlıdır.*

Kurucu iktidarların uluslararası hukuk normları ile bağlı olduğunu söyleyenlerin ileri sürdükleri kanıtlar şöyledir; *Uluslararası sözleşmeler doğası gereği iç hukuka ve anayasaya üstündürler. Devletler, tek taraflı iradeleriyle bunları ortadan kaldıramazlar. 1969 tarihli Anlaşmalar Üzerine Viyana Sözleşmesinin 27. maddesine göre, akit taraf anlaşmanın icra edilmemesine iç hukukunu engel gösteremez. Uluslararası Hakemlik kararlarından 26.7.1875 tarihli Montijo Davası kararı da uluslararası hukukun iç hukuka üst olduğunu belirtir. Milletlerarası Adalet Divanının (MAAD) 4.02.1932 tarihli kararı gibi. Avrupa Birliği de uluslararası hukukun iç hukuka (üye devletin anayasasına) üstün olduğunu belirtir; Avrupa Toplulukları Adalet Divanına (ATAD) göre uluslararası hukuk, iç hukuka (üye ülkelerin anayasalarına) üstündür; aksi halde AB nin hukuki temeli yıkılırdı²³. ATAD'a göre, uluslararası hukuk iç hukuktaki idari, yargısal, yasama ve anayasal normları bağlar; aksi durumda ortada AB kamu düzeni kalmazdı.²⁴*

Anayasaüstülük teorisini eleştiren Georges Vedel, şöyle der; “Anayasaüstülük, saf halde, anayasanın üstünde ama anayasa tarafından ifade edilmeyen kuralların olduğunu ve bu kuralların keşfedilmesinin ve uygulamaya konulmasının yüksek bir yargı organına ait olduğu varsayımına dayanır.” Bu, yargı organının, kurucu iktidarı ele geçirdiği anlamına gelir ki meşru olamaz. Vedel, bunun demokrasiye aykırı olduğunu, asli kurucu iktidar kavramına ters bulunduğunu, hakimler hükümetine yol açacağını ve egemenlik hakkının gasbı olduğunu belirtir.²⁵

Anayasa normları arasında hiyerarşi olup olmadığı tartışılmıştır. Bir görüşe göre, temel hakların sert çekirdeğine ilişkin anayasa hükümlerinin

²⁰ Ulusal egemenlik ilkesinin (1982/6), anayasaüstü olduğu tezi vardır; ama Maastricht Anlaşmasının bu teze aykırı olduğu iddia edilmiştir. Maastricht Anlaşmasıyla (1992) ulusal egemenlik ilkesinin anayasal normlara üstün olup değiştirilemeyeceği görüşü de değişti. Fransız Anayasa Konseyi 2.09.1992 tarihli kararıyla tali kurucu iktidarın anayasayı değiştirebileceğini kabul etti. ²¹ Gözler, s. 119-123. ²² Tufts, James Hyden, **The Individual and His Relation to Society**, M. Kelly Publishers, New York, 1970, p. 41. ²³ ATAD, 15. 07. 1964, t ve 6-64 sayılı Costa C.E.N.E.L kararı. ²⁴ ATAD, 22. 06. 1965, 9-65 sayılı San Michele kararı. ²⁵ Georges Vedel, “**Souveraineté et supraconstitutionnalité**”, Pouvoirs, 1993, no. 67, s. 79-97 den nakleden Gözler, s. 138-139. Bir işlemin anayasa normu olabilmesi için 4 koşul (maddi varlık, normatiflik, hukukilik, anayasallık) olduğunu ileri süren Yazar, “anayasaüstü değerlerde hukuk normları yoktur” sonucuna varmaktadır; ibid.

diğerlerine göre üstünlüğü vardır. Bazı temel haklar diğerlerinden daha temeldir. Doğası gereği insan haklarına ilişkin olan anayasal hükümlerin özü itibariyle değiştirilmesi olanaksızdır. Ulusal egemenliğe ilişkin anayasal normların üstünlüğü tezi de bu arada anılmalıdır. Anayasa normları arasında hiyerarşi olduğu tezi Hans Kelsen²⁶ tarafından eleştirilmiştir. Kelsen hukuk düzeninin üst üste birçok kattan oluşmuş bir piramit veya hiyerarşi olduğunu, her normun meşruiyetini bir üst normdan aldığını belirtir. Anayasa normları arasında ahlaki ve siyasi bir hiyerşinin olduğu belirtilebilir ama hukuki hiyerarşi olamaz. Çağdaş anayasalar, kendileri ile uluslararası hukuk arasındaki hukuki ilişkiyi belirtmiş ise de 1982 Anayasasında bu konuda açıklık bulunmamaktadır. Anayasanın 90. maddesinin son fıkrası, “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz*” demektedir.

Anayasanın başlangıç, 2, 24 ve 174. maddelerine göre, Atatürk İlke ve İnkılapları özel bir önem taşımaktadır ki bunlara iç anayasaüstü normlar denilebilir. Anayasa Mahkemesi kararlarına göre, Atatürk İlke ve İnkılapları, Anayasa’dan da üstündür. “Atatürk İlke ve İnkılapları ... 1982 Anayasası’nın temel dayanağını oluşturmuştur”.²⁷ “Atatürk’ün ortaya koyduğu ve bugün de Türk devlet idaresinin bir yönetim kuralı olan”²⁸ Atatürk İlke ve İnkılaplarına **iç anayasaüstülük** denilebilir. Anayasanın 174. maddesindeki inkılap kanunları “Türkiye Cumhuriyetinin temelini oluşturan öğelerdir”²⁹. Atatürk İlke ve İnkılaplarının özü çağdaşlaşmadır bunun da temel taşı Anayasanın 2, 24 ve 174. maddelerinden de anlaşılacağı üzere laikliktir.³⁰

III. HUKUKUN GENEL İLKELERİNGİN ANAYASA ÜSTÜLÜĞÜ SORUNU:

Hukukun genel ilkelerinin anayasaüstü bir değerde olduğu belirtilmelidir. Hukukun genel ilkelerine bazı örneklerin verilmesi mümkündür; hakkın kötüye kullanılmaması (abus du droit), ihkak-ı haktan imtina (deni de justice), kimsenin kendi davasının yargıcı olmaması (nemo iudex in sua causa), kazanılmış haklara (droits acquis) saygı, kesin hükme (res iudicata) saygı, ahde sadakat (pacta sunt servanda), nesafet (equite), ayrımcılığın reddi (principe de non-discrimination) gibi³¹.

Anayasa hukuku, sadece anayasa metni ile sınırlı değildir. Anayasanın da üzerinde kurucu yasama organını bile bağlayan bir süpra-pozitif hukuk vardır. Asli veya tali kurucu iktidarlar, keyfine göre herŞeyi

²⁶ Hans Kelsen, **Théorie pure du droit**, s.299 dan Gözler, s. 161. ²⁷ E. 83/2, K. 83/2, KT. 25.10. 1983, **AnMKD**, Sy. 20, s. 364. ²⁸ AnYMKD, Sy. 25, Ank. 1991, 2. B., s. 354-355. Ayrıca bk. **AnYMKD**, Sy. 25, 1991, s. 143 vd. ²⁹ E. 89/1, K. 89/12, KT. 7.3.1989, **AnMKD**, Sy. 25, s. 143. ³⁰ Bk. **AnYMKD**. Sy. 22, s. 311-314; **AnMKD**, Sy. 25, s. 133-165.. ³¹ Detay için bk. Pazarıcı, **Uluslararası Hukuk Dersleri**, 1985, C.I, s. 205-216; Detay ve mukayeseli hukuk için bk. Kaboğlu, “**Hukukun Genel İlkeleri ve Anayasa Yargısı**”, Anayasa Yargısı, C. 8, Ank. 1991, 29. Yıl, ss. 291-322.

düzenleyemezler; bu modası geçmiş bir pozitivizme geri dönüş olur³². Özellikle insan hakları alanında Avrupa'daki (Almanya, Fransa, İspanya, İtalya, İsviçre gibi) ülkelerin Anayasa Mahkemeleri genel ilkeler önermekte ve **demokrasi, hukuk devleti**³³, **ölçülülük**³⁴ (ve **orantılılık**)³⁵, **eğitlik**³⁶ gibi ortak kıstaslar kullanmaktadırlar. Fransız Anayasa Konseyi 1979 da verdiği iki ayrı kararında “güçler ayrılığı” ve kamu hizmetinin devamlılığı” ilkelerinin hukukun genel ilkeleri olduğuna karar vermiştir. Ulusal Anayasa yargısı ile Ulusal-üstü Anayasa yargısı arasında bu konuda etkileşim bulunmaktadır. Anayasa Mahkemeleri, özgürlükleri koruyucu jürisprüdansını, “yaratıcı” yönde geliştirerek, anayasada açıkça yer almayan bir hakkı insan hakkı olarak anayasal değere sahip kılabiliyorlar; norm işlevini görüyorlar³⁷. İnsan hakları-Devlet diyalektiğinde anayasa yargıçları hukuk devletinin derinleştirilmesi işlevine gayret göstermektedirler. Türk Anayasa Mahkemesi, hukukun genel ilkelerini, anayasadan önce gelen üstün referans norm olarak benimsemiştir.³⁸ AnYM si, hukukun genel ilkelerini AnY nin 2. maddesindeki “hukuk devleti” kavramının ayrılmaz unsurları olarak yorumlamıştır. Bir ilkenin hukukun genel ilkelerinden biri olarak kabulünün şartı, Milletlerarası Adalet Divanı Statüsünde belirtildiği gibi onun “uygar milletlerce tanınmış” olmasıdır³⁹. *Türk Anayasa Mahkemesi, hukukun genel ilkelerini, hukuk devleti kavramından çıkarmakta ve kararlarında ölçü norm olarak kullanmaktadır. AYM'ne göre, hukukun bilinen ve uygar ülkelerde benimsenen ilkeleri olan hukukun genel ilkeleri, en azından Anayasal değerde olup, Anayasanın üstünde yer alır, kanun koyucunun takdir yetkisini sınırlar*⁴⁰. “Kanunlarımızın, Anayasanın açık hükümlerinden önce, hukukun bilinen ve bütün uygar memleketlerde kabul edilen prensiplerine uygun olması şarttır”⁴¹.

32 Gözler, **Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu**, s. 129. 33 AnNYM, hukuk devleti ilkesini insan haklarının korunmasında referans norm olarak kullanmaktadır; şöyle ki, yüksek mahkemeye göre hukuk devleti: “Anayasanın açık hükümlerinden önce hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerin benimseyip uyduğu ilkeleri” ve “hukukun üstün kuralları”, “yasaların üstünde yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkelerine bağlı”, “insan haklarına saygılı”, “hak ve özgürlükleri ... güçlendiren”, “adaletli bir hukuk düzeni” olan devlettir; E. 1990/28, RG. 20814/14.03.1990; Bk. **AYMKD**, Sy. 22, s.120. 34 Ölçülülük hk. bk. Ch. Rumpf, “**Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki Görevi ve Niteliği**”, **Anayasa Yargısı**, Sy. 10, Ank. 1993, s. 25-48. Modern sosyolojik teorilere göre de, zıt yararları dengelemek hukukun görevidir; Friedmann, **Legal Theory**, p. 207. 35 **Orantılılık**, hukuk devleti ilkesinin bir sonucu olup, eşitlik ile ölçülülük arasında köprü kuran bir ilkedir. Özgürlük sınırlamalarında araçlar, hedeflenen amaçlara orantılı olmalıdır. Özgürlük sınırlamaları öngörülen amaç dışında kullanılamaz (1982/13-2). 36 Eşitlik ilkesini Alman, Avusturya, İtalya, Fransız, İspanyol Anayasa Mahkemeleri gibi Türk AnYM (E. 1990/5, K. 1990/28, RG. 20814/14.03.1990; bk. **AYMKD**, Sy. 25, s. 8) kullanmaktadırlar. 37 İsviçre örneği için bk. **Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı**, Ank. 7-10 Mayıs 1990, AnYMY, Sy.3, ss. 265-279. 38 Teziç, Erdoğan, “**Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Esas Açısından Denetimi**”, Anayasa Yargısı, Sy.2, sh. 28. 39 Devlet, hukukun genel kurallarına uyacaktır; bk. **AYMKD**, Sy. 22, s. 120. Ayrıca bk. Özbudun, s. 357. 40 Bk. E. 1963/124, K. 1963/ 243, KT. 11.10. 1963, **AYMKD**, Sy. 1, s. 349. E. 1963/166, K. 1964/76, KT. 22.12.1964, **AnMKD**, Sy.22, SS. 288-291. E. 1990/7, K. 1990/11, KT. 21.06. 1990, RG. 20776/4.02.1991. E. 1990/17, K. 1990/23, RG. 20677/ 26.10.1990. E. 1990/32, K. 1990/25, RG. 20711/30.11.1990. 41 22.1.21964, E. 63/166, K. 64/76, **AYMKD**, Sy. 2, s. 237.

“Milletlerarası hukuku da, Devletlerin taraf oldukları 2 veya çok taraflı anlaşmalar, milletlerarası teamüller (örf ve adet), **medeni milletlerce kabul edilen** ve temel hukuk prensiplerinden bulunan, iyi niyet, ahde vefa, kazanılmış haklara saygı, **Devletler Hukukunun iç hukuka üstünlüğü** ilkeleri ve yardımcı kaynak sayılan ilmi ve kazai icthatlar oluşturmaktadır”⁴². “Türk toplumunu geriletici, temel hak ve hürriyetleri, hukuk devleti ilkesini yok edici” amaçlarla anayasa değiştirilemez⁴³. Atatürk’e göre de, demokrasinin çağdaş bir demokrasi olması gerekir. Anayasa Mahkemesinin demokratik toplum düzeninin gerekleri konusunda verdiği kararların en istikrarlı olanı, demokratik toplumlarda temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunulamıyacağıdır⁴⁴. AnYM, hukukun genel ilkelerini tamamiyle tarif etmekten kaçınmış, Milletlerarası Adalet Divanı Statüsü’nün 38. maddesine yollama yapmış hukukun genel ilkeleri ile uluslararası hukuk arasında bir bağ kurmuştur.

IV. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ NORMLARININ ANAYASA ÜSTÜNLÜĞÜ SORUNU:

A. GENEL OLARAK:

AİHS, TBMM tarafından 10. 03. 1954 tarihinde 6366 sayılı yasa ile onaylanmış (RG. 19. 03. 1954/ 8662), 18. 05. 1954 de belge Avrupa Konseyi’ne tevdi edilmiş, 21. 04. 1987 de AİH Komisyonuna bireysel başvuru hakkı, 27. 09. 1989 tarihinde de AİHM nin zorunlu yargı yetkisi tanınmıştır (RG. 20295/ 27. 09. 1989)⁴⁵.

AİHS, aslında, anayasa dahil bütün iç hukuk normları karşısında üstündür. Avrupa İnsan Hakları Divanı, Open Door ve Dublin Weil Women - İrlanda Davası’nda, İrlanda Yüksek Mahkemesinin, Birleşik Krallıkta kürtaj yapan klinikler üzerine bilgi alış-verişini yasaklayan kararını orantılılık ilkesine aykırı bulmuştur⁴⁶. AİH Divanı, İrlanda Anayasasının hükümlerini doğrudan iptal etmemiş ama etkisiz kılmıştır. Bunun sonucu olarak, AİH Divanının uygun bulmadığı anayasa hükmü artık uluslararası arenada dermeyer edilemeyecek, uluslar arası düzeyde hukuki değerden yoksun bulunacaktır. Faşist İtalya, Komünist Rusya (1917) ve Nazi Almanyası dışındaki tüm ülkeler, uluslararası anlaşmalar hukukunun üstünlük ve bağlayıcılığını kabul ederler. Bu nedenledir ki, asli ve tali kurucu iktidarlar, uluslararası sözleşme normlarına uymak zorundadırlar.

⁴² **AnYMKD**, Sy. 21, Ank. 1991, 2.B., s. 168; **AnYMKD**, Sy. 22, Ank. 1987, s. 255 (kalın harfler bana ait). ⁴³ 26.09.1965, E. 63/173, K. 65/40, **AnYMKD**. Sy.4, sh. 269. ⁴⁴ Bk. Turhan, Mehmet, “**Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri**”, Anayasa Yargısı, 29. Yıl, Ank. 1991, C. 8, ss. 401-420. ⁴⁵ Detay için bk. Yıldız, Mustafa, “**AGHM nin Gçlevsel Konumu**”, Anayasa Yargısı, 35. Yıl, 1997, C. 14, ss. 255- 332; İştayişi için bk. J. A. Forewein ve M. E. Villiger, “**Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Raporu**”, 7. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı, 27 Nisan 1987, Lizbon, ss. 207- 243. ⁴⁶ 29. 10. 1992 tarihli Open Door ve Dublin Weil Women-İrlanda kararı.

AİHS kimi ülkelerde iç hukuka henüz katılmamıştır, AİHS' nin bu ülkelerde sadece moral etkisi bulunmaktadır. Sözleşmeyle bütünleşmeyen bu ülkeler, **İngiltere, İsveç, Danimarka, İrlanda, İzlanda ve Norveç'tir.** Sözleşmeyle bütünleşen ülkeler ise kendi aralarında 4 gruba ayrılır; **Birinci grup,** Sözleşmeyi Anayasanın üzerinde görmektedir; Hollanda'nın 1983 tarihli Anayasası ve İspanya'nın 1978 tarihli Anayasası gibi. Hollanda'da AİHS anayasal değerdedir; ancak bu, anlaşmanın Hollanda Meclisi'nin 2/3 oyu ile onaylaması şartına bağlıdır. **İkinci grup,** Sözleşmeyi Anayasaya eşdeğer gören ülkelerdir; 1964 tarihli Avusturya Federal Anayasası gibi. **Üçüncü grup,** Sözleşmeyi yasanın üzerinde Anayasanın altında gören devletlerdir ki bunlar; *Kıbrıs (Rum Kesimi), Fransa, Yunanistan, Portekiz ve Belçika'dır.* **Fransa'da AİHS, kanun ile Anayasa arası bir değere sahiptir** (Fransız 1958 Anayasası, md. 55).

Dördüncü grup ülkeler, Sözleşmeyi yasa düzeyinde görmektedir; Bunlar, Federal *Almanya, İtalya, ve İsviçre'dir.*⁴⁷ **Almanya'da** AİHS, kanuna eşdeğer sayılmaktadır⁴⁸. İtalya'da da AİHS, kanun değerindedir⁴⁹. **B. TÜRK HUKUK DOKTRİNİ VE ANAYASAÜSTÜLÜK SORUNU:** Türk hukukçularını, bu konuda iki gruba ayırmak mümkündür. İlk grup, Sözleşmeleri, kanun düzeyinde görenlerdir; ikinci grup ise, Sözleşmelerin, Türk kanunlarının hatta Anayasanın üstünde bir değere sahip olduğunu belirtenlerdir.

1. Sözleşmeleri Yasa Düzeyinde Görenler;

a. Özbudun'a göre⁵⁰ milletlerarası anlaşmalar, kanuna **eşdeğerdir.** AnYMK' nda geçen bu tür normlar, anayasa üstü **ölçü norm** olmayıp, **destek ölçü** normlardır. Uluslararası sözleşmeler ne Anayasadan ne de kanundan daha üstün değildir. Şayet uluslararası sözleşmeler Anayasadan daha üstün olsaydı, Anayasa bunu açıkça düzenlerdi. Bu üstünlüğü AnYMK'nin tesis ettiği savunulamaz. Uluslararası normlar, genel ve bağımsız bir ölçü norm sayılamaz ama Anayasanın uluslararası hukuka açıkça atıfta bulunduğu alanlarda ölçü norm sayılır. Özbudun'a göre, yürürlükteki Türk pozitif hukuku bakımından uluslararası hukuk kurallarının, anayasaya uygunluk denetiminde genel bir bağımsız bir ölçü norm olarak kabulü mümkün değildir ama **1982 Anayasasının yollama yaptığı 4 alanda (m. 15⁵¹, 16⁵², 42⁵³, ve 92⁵⁴) ilgili**

⁴⁷ Çavuşoğlu, Naz, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine**, Ank. 1994, s. 86 vd. ⁴⁸ Çavuşoğlu, Naz, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Avrupa Topluluk Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler Üzerine**, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayını, 1994, s. 85. ⁴⁹ Çavuşoğlu, s. 86. ⁵⁰ Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 355. ⁵¹ Savaş seferberlik, sıkıyönetim ve olağanüstü hallerde **bile** uluslararası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilemez, temel hak ve özgürlüklerin kullanılması durdurulamaz. **15. ve 16.** maddeler milletlerarası hukuka üstünlük vermektedir ki bu, milletlerarası anlaşmalar ile milletlerarası hukukun asli kaynakları demektir. Milletlerarası hukukun asli kaynakları milletlerarası teamül ve uygar milletlerce kabul edilen genel hukuk ilkeleridir.

uluslararası hukuk kuralları bağımsız ölçü norm olarak kullanılabilir⁵⁵. Bu dört alanda Anayasa boşluk bırakarak bu boşluğu uluslararası hukukun doldurmasını istemiştir. Kanunla uluslararası sözleşme birbiriyle çelişirse, öncelik-sonralık (**lex posterior derogat legi priori** = sonraki kanun önceki kanunu ortadan kaldırır.) veya özellik-genellik (**lex specialis derogat legi generalis** = özel hüküm, genel hükmün önüne geçer ve uygulanır.) ilkelerine göre çözülür. Milletlerarası Adalet Divanı Statüsünün 38. maddesi de nazara alındığında, *uluslararası hukukun asli kaynaklarının, genel uluslararası anlaşmalar, özel uluslararası anlaşmalar, uluslararası hukukun teamül kuralları ile uygar milletlerce tanınmış genel hukuk ilkeleri* olduğu söylenebilir. Anayasa Mahkemesi bu sonuncusuna referansta bulunmuştur. Özbudun'a göre, insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin özel olarak değeri vardır. **İnsan haklarıyla ilgili uluslararası hukuk kuralları, genel uluslararası hukuk kurallarını ağan bir özelliğe sahiptir.** Çünkü 1982 AnY'nın 2. maddesi "insan haklarına saygılı" olmayı "Cumhuriyetin nitelikleri" arasında saymıştır. "İnsan haklarına saygılı" olma, sadece iç hukuk kuralları açısından değil, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası insan hakları sözleşmeleri açısından da önem taşımaktadır⁵⁶. Ama bu normlar *bağımsız ölçü norm değil, destek ölçü normlardır.* **Avusturya ve Türk Anayasa mahkemeleri**, insan haklarına ilişkin uluslararası anlaşmaları "**referans norm**" olarak kabul etmektedir.

b. Pazarıcı'ya göre, AİHS yasa değerindedir⁵⁷.

c. Meray'a göre de AİHS, Anayasanın 90. maddesinde gösterildiği gibi yasa değerindedir⁵⁸.

d. Balta'ya göre de AİHS yasa değerindedir⁵⁹.

e. Teziç de Sözleşmeleri yasa düzeyinde görmekte idi. Teziç'in önceki görüşüne göre, uluslararası sözleşmelere karşı Anayasa Mahkemesine gidilememesinin nedeni Anayasa Mahkemesinin denetim yetkisinin ülke alanıyla sınırlı olması ve bu işlevin devletin uluslararası alandaki işlevi olmasından dolayıdır⁶⁰. Yazar daha sonra bu görüşünden vazgeçmiş, uluslar arası sözleşmelerin, yasalardan üstün bir konumda olduğunu belirtmiştir.⁶¹

f. Gözler de bu görüştedir. Gözler'e göre, AİHS ile Türk Anayasası arasında bir hiyerarşi yoktur; çünkü aralarında bir **geçerlilik** ilişkisi yoktur⁶². AİHS, 1982 Anayasasından **morale daha üst bir norm** olduğu halde, **hukuken** her biri kendi içinde değer taşımakta olduğundan hiyerarşi

⁵² "Temel hak ve hürriyetler, yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir". ⁵³ Eğitim ve öğrenim hakkı konusunda "Milletlerarası anlaşma hükümleri saklıdır". Olasılıkla burada Lozan Anlaşması sözkonusudur. ⁵⁴ "Milletlerarası hukukun meşru saydığı hallerde savaş hali ilanına ve Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası anlaşmaların veya milletlerarası nezaket kurallarının gerektirdiği haller dışında" TSK'nin yabancı ülkelere gönderilmesine izin verme yetkisi TBMM ne aittir. ⁵⁵ Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 356. ⁵⁶ Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 356-367. ⁵⁷ Pazarıcı, Hüseyin, **Uluslararası Hukuk Dersleri**, AÜSBFY, 1985, C.I, s. 31. ⁵⁸ Meray, Seha, L., **Devletler Hukukuna Giriş**, Ank. 1968, C.I, s. 132. ⁵⁹ Balta, Tahsin Bekir, **"AGHS ve Türkiye"**, Türkiye'de İnsan Hakları, Ank. 1970, s. 278. ⁶⁰ Teziç, **Anayasa Hukuku**, I. B., 1986, s. 26. ⁶¹ Teziç, **Anayasa Hukuku**, II. B., Beta, 1991, Beta, s. 9; Teziç, aynı eser, Beta, s. 8. ⁶² Gözler, **Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu**, Bursa 1999, s. 286 vd.

düşünülemez. Uluslararası hukuk iç hukuka üstün olmakla birlikte AİHM, iç hukuku iptal etmemektedir. AİHS e aykırı olan Türk mevzuatının iç geçerliliği olmakla birlikte, dış geçerliliği bulunmamaktadır; Türkiye, bu tür mevzuatı karşısında tazminat ödemek ve uluslararası sorumlulukla karşı karşıya kalmak yaptırımını altında kalabilir. Bu, böyle olmasaydı, bağımsız ulus-devletin sonu olur ve Federe Devlet kavramıyla karşıya karşıya kalırdık. Bu nedenle AİHS ile Türk Anayasası arasında bir hiyerarşi yoktur. AİHS Anayasanın altında ama yasalara eşit düzeydedir. Anayasal değeri bulunmadığı gibi, anayasal bloğa girmez. Anayasa Mahkemesi, yasaları ve yasaların uygulanmasını denetlerken genel olarak AİHS ni bağımsız ölçü-norm olarak kullanmamaktadır. **Ancak Anayasa 15, 16, 42 ve 92. maddelerinde Uluslararası hukuka açıkça gönderme yaptığından bu dört durumda AİHS ölçü-norm olarak kullanılabilir. Bu dört madde dışında AİHS sadece bir kanun sayılır.** Şayet AİHS ile Anayasa çatışırsa, **lex superior derogat legi priori** esasına göre çözüleceğinden Anayasa geçerli olur. Kanunla AİHS çatışırsa **lex posterior derogat legi priori** ilkesi uygulanır. **Bu durumlarda AİHS e aykırı bir sonuç elde edildiğinde bu sadece iç hukukta geçerli olur, dış hukukta geçerli olamaz.**

İkinci **2. Sözleşmelerin Yasaları ve Hatta Anayasası Üzerinde Görenler;** görmektedirler;

a. A. Feyyaz Gölcüklü ve A. Şeref Gözübüyük'e göre⁶³, AİHS, kanunlardan ve hatta anayasadan da üst bir konumdadır. AİHS nin Anayasaya aykırılığı iddia edilemez. AİHS, Anayasaya aykırı olsa da uygulanır. TBMM nin çıkardığı bir yasa veya tali kurucu iktidarın yaptığı anayasa değişikliği ile değiştirilemez. AİHS, ulusal hukukta ve uluslararası hukukta sonuçlarını doğurur. F. Gölcüklü'ye göre, ulusal anayasalar, AİHS e aykırı norm koyamaz⁶⁴.

b. Yüzbaşıoğlu'na göre⁶⁵, uluslararası hukuk, ulusal hukuka üstündür. AİHS nin, anayasal, hatta anayasa üstü bir değeri olduğunu belirten yazar, 1982 Anayasasının 2. maddesinde geçen "insan haklarına saygı" kriterinin Türk hukukundaki önemine değinmektedir. İnsan haklarına ilişkin uluslararası anlaşmalar, ulusal-üstü bir hukuk kuralı olarak, Türk hukuk sisteminde en üstte yer alır. AİHS ve insan haklarına ilişkin uluslararası belgeler anayasa-üstü bir değer taşır. Sözleşmeler içerisinde AİHS nin özel bir yeri ve bağlayıcılığı vardır; Anayasa'nın 2. maddesi değiştirilemez nitelikte olup Cumhuriyet'in niteliklerini belirtmektedir ki bunlardan biri de insan haklarına saygılı devlet olmaktır. AİHS, Anayasa'nın üzerinde bir değer

⁶³ A. Feyyaz Gölcüklü ve A. Şeref Gözübüyük, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Ank., 2.B, Turhan Kitapevi, 1996, s. 20. ⁶⁴ Gölcüklü, Feyyaz, **VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı**, Ank., 7-10 Mayıs 1990, Anayasa Mahkemesi Yayını, C. 4, s. 278-279. ⁶⁵ Yüzbaşıoğlu, Necmi, **Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku**, İst. 1993, İÜHFY, s. 4,5, 13, 34.

taşımaktadır;⁶⁶ “Anayasanın açık düzenlemesiyle çatışmayan, ancak insan haklarına ilişkin Bildiri ya da Sözleşmelere aykırı her kural, aynı zamanda dolaylı şekilde de olsa, anayasaya da aykırı düşmektedir. Bu nedenle, AnYM nin, uluslararası insan hakları bildirilerini ve anlaşmaları AnY a uygunluk denetiminde destek ölçü norm olarak kullanması da doğaldır”⁶⁷.

c. Tanilli'ye göre 1982/90. maddesine göre, usulüne uygun olarak kabul edilen uluslararası sözleşmelerin yasa hükmünde olması demek, iç hukuk düzeninden olması demektir; doğrudan uygulanabilirliği demektir⁶⁸.

d. Selçuk'a göre, AİHS, Avrupa'nın anayasasıdır; optimum demokrasiyi değil, demokrasinin en az koşullarını içerir. Selçuk'a göre, AİHS, TBMM de ivedilikle ve öncelikle görüşülmüş, oybirliğiyle kabul edilmiş, iç hukukun parçası olmuş olup, kendiliğinden uygulanır. Uygulanması için Anayasaya uygun olma şartı aranmaz, Anayasaya aykırılığı ileri sürülemez. Sözleşmeden sonra çıksa da Anayasa ya da yasa ile açık veya kapalı olarak sözleşme hükümleri tek yanlı olarak değiştirilemez.⁶⁹ Selçuk'a göre, usulüne uygun olan uluslararası sözleşmelerin Anayasaya aykırılığı iddia edilemez ama “onay kararnamesi” Danıştay'a, “uygun bulma yasası” ise Anayasa Mahkemesi'ne, götürülebilir⁷⁰.

e. Soysal⁷¹, uluslararası sözleşmeleri *yasalardan biraz farklı, anayasaya yaklaşıcı, anayasaya aykırılığı ileri sürülemeyen, çağdaş dünyaya uyumumuzu sağlayan, bize dinamizm kazandıran, en azından anayasaya yeni bir anlam ve yorum kazandırıcı bir nitelik tanır. Buna göre, uluslararası sözleşmeleri, Anayasayla birlikte düşünmek gerekir.* AİHS ile yasa arasında hiyerarşi vardır. Bir uluslararası sözleşme Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilse de, Türkiye'yi bağlamaya devam eder. AİHS ile bir yasa arasında çelişki olduğunda, lex posterior derogat legi priori ilkesi değil, AİHS'nin normu tercih edilmelidir; çünkü AİHS daha özgürlükçü ve 1982 Anayasası da, uluslararası sözleşmelere daha bir önem vermiştir. Soysal'a göre, uluslararası sözleşmeleri uygun bulan onay kanunu, Anayasa mahkemesi denetimine açık olmalıdır; ama bu denetim ancak şeklen olabilmelidir, esastan değil⁷².

f. Batum⁷³, AİHS nin “ortak kültürel miras” olduğunu, Türkiye'nin bu sözleşmeyi bilerek imzaladığını, TBMM nin bu Sözleşmeyi bir kanunla ve oybirliğiyle kabul ettiğini belirtir. Anayasa Mahkemesi, AİHS den sonraki tüm kanunların AİHS'e uygunluğunu denetler. Bu nedenle de AİHS, anayasallık bloğunun içine girer.

⁶⁶ Yüzbaşıoğlu, s. 34. ⁶⁷ Yüzbaşıoğlu, s. 54, 57-61, 28-29. ⁶⁸ Tanilli, Server, **Devlet ve Demokrasi**, İst. 1981, s. 645. ⁶⁹ Selçuk, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Uygulaması**, s. 403. ⁷⁰ Selçuk, s. 407. ⁷¹ Soysal, Mümtaz, “**Anayasa'ya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler**”, Anayasa Yargısı, Ank., 1986, AnYMY, C.II, 23. Yıl, s. 16-18. Ayrıca bk. Soysal, “**Uluslararası Anlaşmalar Konusunda Anayasa Yargısı**”, 1997, C. 14, 35. yıl, ss. 171-190. ⁷² Soysal, “**Uluslararası Anlaşmalar Konusunda Anayasa Yargısı**”, Anayasa Yargısı, AnYMY, 1997, C.14, ss. 171-187. ⁷³ Süheyl Batum, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri**, İst. 1990, Basılmamış, s. 32-33.

g. Çelik⁷⁴, Uluslararası sözleşmelerin yasadan daha üst bir değerde olduğunu belirtir. Şayet uluslararası bir norm ile iç hukuk arasında bir çelişki çıkarsa, lex posterior esasına göre çözülemez, uluslararası sözleşmeye göre çözülür. Lozan Barış Anlaşmasını TBMM bir kanunla değiştiremez. AİHS de bir kanunla değiştirilemez. Çünkü AİHS gerçek demokratik rejimin asgari temelini oluşturmaktadır. Devletler, AİHS nin 1. maddesi gereği temel hak ve özgürlükleri tanıma yükümü altına girmemişlerdir, tanımışlardır. Bu nedenle de AİHS'e aykırı hüküm koyamazlar.

h. Akıllıoğlu, AİHS nin anayasal değerde hatta anayasa üstü bir konumda olduğunu belirtir. Çünkü, AİHS, insan haklarına saygı çekirdeğinden çıkmıştır⁷⁵.

i. Çağlar'a göre AİHS, oluşmakta olan bir Avrupa liberal anayasa hukuku şartı sayılabilir⁷⁶. **k. Kaboğlu** da AİHS nin yasaların üzerinde bir yer aldığını, Anayasa Mahkemesinin, yasaların AİHS e uygunluğunu denetleyebileceğini belirtir. AİHS, genel uluslararası sözleşmelerden daha üstün bir değerdedir çünkü Anayasanın 2. maddesi "insan haklarına saygı"yı Anayasanın değiştirilemez hükümleri arasında saymıştır. Anayasadaki virgüllerin bile bir anlamı vardır. Sözleşme hükümleri Anayasaya aykırı olsa da uygulanır. Sözleşmeleri yasa düzeyinde görmek ile sonuç değişmez, çünkü bir uygulayıcı, uygulamaya en alttaki normdan başlar, Anayasadan önce yasayı uygular. **C. ANAYASA MAHKEMESİ DİĞİNDAKİ ANAYASAL MAHKEMELER VE ANAYASAÜSTÜLÜK SORUNU:**

1. Yargıtay Kararlarında Anayasaüstülük:

Yargıtay İctihatları Birleştirme Kurulu, çocuğun babalığı konusunu irdelerken, 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirisine, 1950 tarihli AİHS e, 1959 tarihli Çocuk Hakları Sözleşmesine dayanmış ve 22.2.1997 tarih ve 1/1 sayılı İctihatları Birleştirme Kararını bunun üzerine kurmuştur⁷⁷.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Yargıtay Ceza Genel Kurulu⁷⁸, Yargıtay 4. Ceza Dairesi⁷⁹ de verdikleri değişik kararlarda Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelere verdikleri önemi belirtmişlerdir.

2. Danıştay Kararlarında Anayasaüstülük:

⁷⁴ Çelik, Edip, F., "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulaması", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, 1988, Sy.1-3, s. 50-51.

⁷⁵ Akıllıoğlu, Tekin, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Geç Hukukumuz", AÜSBFD, C.44, 1989, ss. 155-173.

⁷⁶ Çağlar, Bakır, "Anayasa Yargısında Yorum Problemi, Karşılaştırmalı Analizin Katkıları", Anayasa Yargısı, 1986, C.II, s. 179. ⁷⁷ Selçuk, s. 415. ⁷⁸ YCGK, AİHS nin yasa düzeyinde olduğunu belirtmiştir; 12.3.1996, 2/33. YCGK, bir buçuk yıl sonra, oyçokluğuyla verdiği bir başka kararında, CMUK 138. maddesinin 1992 tarihindeki değişikliğinin AİHS den sonra yürürlüğe girdiğini belirtmiştir. ⁷⁹ 17. 12. 1997, 10310/11272, 1.2.1999, 12725/427.

Danıştay, **7.12.1989** tarih ve 6/4 sayılı İBK ile AİHS nin 3. maddesine atıfta bulunarak, AİHS hükümlerinin iç hukuktaki yasa hükmünün üstünde olduğunu vurgulamıştır. Danıştay 12. Dairesi 24.4.1978 tarih ve 1349/955 sayılı kararıyla 1975 tarihli AGİT Anlaşmasına referansta bulunmuş; Danıştay 5. Dairesi, 22.5.1991 tarih ve 1723/933 sayılı kararında AİHS nin iç hukukun parçası olduğunu, Anayasaya aykırı olsa da yasalar üstü olduğu için yasaların önce veya sonra olmasına bakılmaksızın uygulanacağını bildirmiştir. Danıştay 8. Dairesi, AİHS nin yürütme ve yargıyı bağladığını⁸⁰ belirtmiş, Danıştay 10. Dairesi, Uluslararası belgeleri iç hukukun parçası saymış, Danıştay 12. Dairesi, 24.4.1978/ 4442/ 4832 sayılı kararıyla AGİK'in son belgesine atıfta bulunmuştur.

3. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (AYGM) Kararlarında Anayasaüstülük:

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, 24 Kasım 1998 tarih 964/1020 sayılı kararında YAŞ kararlarına karşı yargı yolunun kapalı olmasına ilişkin AnY nın 125/2 madde hükmü ile AİHS nin 6/1, AnY nın 36 ve 40. maddesine aykırı olup olmadığını irdelemiş, sonuçta, AİHS nin bu maddesinin AnY nın üzerinde olmadığına karar vermiştir⁸¹.

V. ULUSLARARASI HUKUK NORMLARININ ANAYASA MAHKEMESİ TARAFINDAN “DESTEK ÖLÇÜ NORM” OLARAK UYGULANMASI:

Doktrinde yukarıda görülen tartışmaya koşut olarak, Anayasa Mahkemesinin uluslararası hukuka ilişkin hukuk kurallarına başvurusu⁸² uluslararası hukukun ulusal hukuka üstün olup olmadığı sorununu sürdürmüştür. Anayasa Mahkemesi, Anayasanın başlangıcı ile 2. maddesindeki “hukuk devleti” ve “insan haklarına saygılı devlet” sözcüklerini referans yaparak, uluslararası hukukun ulusal hukuka **üstünlüğünü** kabul

⁸⁰ 27.12.1993, 1521/ 4374. ⁸¹ Selçuk, bu kararın, “tam bir çelişki” olduğunu, “sözleşme (nin) yurttaşlara değil herkese uygulanacağını”, “Türk yargısının bu hükümleri **yardımcı hüküm** olarak değil, **destek hüküm** olarak ele al” dığını belirtir; s. 418-419. Geçmiş oldukça onurlu olan Fransa, bugün bile toplum mühendisliği düşüncesinden vazgeçmemiş, hukuk devleti aşamasından hukukun üstünlüğüne ulaşamamıştır. Batıyı özümsemek gerekir; aslanı aslan yapan özümseyen koyun etidir. Özgür birey yaratılmalı, belli bir kültür dayatılmamalı, eleştirel akılcılık olmalıdır. Eleştirene pençemizi değil, elimizi uzatalım, eleştiri vazgeçilemez bir kamusal haktır. Ortaçağ kendini eleştiremediği için ortaçağ olmuştur. Eleştirilemeyen bir görüş doğmalaşır, çürüyüp yozlaşır. Düşünce özgürlüğü ve eleştiri yoksa, tartışan insanlar değil, çarpışan ordular üretilir. Hoşgörü, diyalog ve eleştiri şarttır. AİHM e göre, Türkiye tutuklama-yargılamada makul süreyi aşmış (2 karar), etkili yargı yolları işlememiş (8 karar), düşünce özgürlüğü (3 karar) ve AİHS nin 2,3,6,8,10,11,13. maddelerine aykırılıklardan ülkemiz mahkum olmuştur. Hukuk devrimi, ardındaki felsefi birikim özümşenerek ve Türk toplumunun uygarlıkla çatışmayan öz değerlerine kıyılmadan gerçekleşmelidir. Selçuk, s. 420-427. Düşünce özgürlüğü konusunda Anayasa Mahkemesi kararı şöyledir; *Düşünce özgürlüğü, her türlü sorumsuz davranışa cevap veren mutlak ve sınırsız anlamda olamaz; toplumsal yaşayışla dengeli olmalıdır*; AnYM, 8.4. 1963, E. 1963/16, K. 63/83, AnMKD, S. 1, s. 199. ⁸² E. 1984/14, K. 1985/7, KT. 13.06.1985, **AnMKD**, Sy.21, s. 168. E. 1986/18, K. 1986/24, KT. 9.10. 1986, **AnMKD**, Sy. 22, s. 255.

etmiştir⁸³. Anayasa Mahkemesi AİHS hükümlerini **destek norm** olarak algılamakta, ama **tek norm** olarak benimsememekte, insanı hem ulusun hem de insanlığın üyesi kabul etmektedir⁸⁴.

İnsan hakları, günümüzde, özellikle AGİK Belgeleri sonucunda, ülkelerin iç hukuku olmaktan çıkmış, uluslararası hukukun da koruduğu bir alan olmuştur⁸⁵. AnYM e göre, “İnsanın içinde bulunduğu ulusun bireyi olması kadar, aynı zamanda insanlığın üyesi bulunması, çağımızda, insan hak ve özgürlüklerini yalnızca bir ulusal hukuk sorunu olmaktan çıkarmış, ona evrensel bir anlam ve içerik kazandırmıştır”⁸⁶. Salt insan olmakla kazanılan her bir insan hakkı, bir özgürlük hakkıdır, her insan eşit değere sahiptir⁸⁷. Hukuk devleti kavramına yollamada bulunan Anayasa Mahkemesi, hukuk devletini, “hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerin benimseyip uyduğu ilkelere uygun olması gerekir” şeklinde betimlemiştir⁸⁸.

AnY Mahkemesi, kadının meslek ve sanatını kocanın iznine bağlayan TMK 159. maddeyi iptal ederken Türkiye'nin imzaladığı ama onaylamadığı AİHS nin, 7 nolu protokolünün 5. maddesi⁸⁹ne referansta bulunmuştur. Aslında sözleşme ve ek protokoller bir bütündür. Ek Protokoller, Sözleşmenin donmuş bir metin olmadığını göstermektedir. AİHM de Sözleşme ve Protokollerin bir bütün olduğunu her fırsatta belirtmiştir. AİHS “Avrupa düzeninin anayasası” olarak benimsenmiştir⁹⁰. AİHS nin yaptırım gücü, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesine aittir. Devletler, AİHS den yararlanma hakkını sadece yurttaşlara değil, herkese tanıyacaklardır⁹¹.

Anayasa Mahkemesi, uluslararası hukuk kurallarını **bağımsız ölçü norm** olarak değil, ancak **destek ölçü norm** olarak kullanmaktadır.⁹² Yüksek Mahkeme, Anayasa düzeni kavramını benimsemekte ve “**Anayasa düzeni** diye adlandırabileceğimiz bu yapının öyle kuruluşları, hak ve ödev kuralları vardır ki, bunların hukukun üstün kurallarına ve **çağdaş uygarlığın oluşum ve**

83 E. 85/14, K. 85/7, KT. 13.5.1985; E. 86/18, K. 86/24, KT. 9.10.1986. Anayasa Mahkemesi Başkanı Ahmet Necdet Sezer, 1999 yılı 25 Nisan'ındaki Sempozyumu açış töreninde, “sözleşme kuralları ile Türkiye'nin düşünce özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin Anayasa ve yasa kuralları arasında uyum sağlanması zorunluluğu doğmuştur. Bu uyumun gerçekleştirilebilmesi için düşünce özgürlüğüne ilişkin çeşitli yasaların “demokratik toplumun gerekleri” ölçütüne uygun biçimde gözden geçirilmesi gerekmektedir.” demiştir; bk. Anayasa Yargısı, AnYMY, Ank. 1999, s. 10. 84 E. 77/43, K. 77/4, KT. 27.10.1977, E. 91/29, K. 91/22, KT. 21.5.1991. 85 İnsan hakları konusunda geniş bilgi için bk. **Yeni Türkiye, İnsan Hakları Özel Sayısı**, Sy. 21, Mayıs-Haziran, 1998, Yıl 4, C. I ve II., ss. 1-672 ve **Yeni Türkiye, Türk Demokrasisi Özel Sayısı**, Eylül-Ekim 1997, Sayı, 17, ss. 1- 722. 86 E. 79/38, K. 80/11, KT. 29.01.1980, AnYMKD. Sy. 18, s. 97. 87 Erdoğan, Mustafa, **Liberal Toplum, Liberal Siyaset**, Ank. 1998, s. 103, 116. 88 AnYMKD, Sy. 22, Ank. 1987, 2. 119-120. 89 “Eşler evlilikleri bakımından, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesi durumunda kendi aralarında ve çocukları ile olan ilişkilerinde medeni nitelikteki haklar ve sorumluluklar yönünden eşittirler. Bu madde devletlerin çocuklar yararına gerekli tedbirleri almalarını engellemez”; AİHS e ek 7 sayılı protokol için bk. **İnsan Haklarına ve Temel Özgürlüklerine Gelişkin Uluslararası Sözleşmeler ve Bu Sözleşmelere Yer Veren Anayasa Mahkemesi Kararları**, Hazırlayan Yekta G. Özden ve H.B. Serin, Ankara 1997, AnYM Yayını, s. 164. 90 Selçuk, s. 400. 91 Gölcüklü, Feyyaz - Gözübüyük, Şeref, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Ank, 1994, s. 27-28. 92 E. 1984/14, K.1985/7, kt. 13.6.1985, **AnYMKD**. Sy. 21, s. 168. E. 1986/18, K. 1986/24, kt. 9.10.1986, **AnYMKD**, Sy. 22, s. 255.

gelişim süreci gereklerine aykırı düşen kimi hükümlere bağlanması, sözü geçen düzenin bütünlüğünü bozabilir.⁹³ demektedir. Türk Anayasa Mahkemesinin “çağdaş uygarlığın gerekleri” sözünü Mehmet Akat⁹⁴, Rona Serozan⁹⁵, H. Nail Kubalı⁹⁶ gibi yazarlar desteklemektedir. Cem Eroğul⁹⁷, Burhan Kuzu gibi hukukçular ise desteklemezler. Anayasa Mahkemesinin bu deyişini eleştirenler, tanımı zor, oldukça esnek bir kavram olduğunu ve Yüksek Mahkeme’nin böylece yerindelik denetimi yaptığını, kurucu iktidar gibi davrandığını ve bunun *hakimler devletine* yol açabileceğinden söz ederler.

VI.SONUÇ: *Doktrinde olduğu gibi diğer Anayasal Mahkemeler yanında özellikle Anayasa Mahkemesi, Uluslararası normlara, özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine büyük bir değer vermekte, Anayasa Mahkemesi, bunu, bağımsız bir ölçü norm olarak değilse de, destek ölçü norm olarak kullanmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kimi zaman Türk devletini tazminata mahkum etmekte, hukuka aykırılığı saptamaktadır. AİHM, aykırılığı saptamakla yetinmeyip, iç hukuk hakkında iptal kararı vermediğine göre, uluslararası hukuk normu tam anlamıyla Anayasa üstü olamamaktadır. İptal sözkonusu olmadığına göre, AİHS ve AİHM kararları gibi özellikle insan hakları metinleri anayasaüstü olmamakla birlikte, anayasa koyucuyu bağlayan, ona yol gösteren, anayasaya yön veren, doğrudan uygulanabilen, yasaüstü değerinde metinlerdir ki Anayasa Mahkemesi bu normları destek ölçü norm olarak kullanmaktadır. Anayasa koyucunun uluslararası mevzuat lehine değişiklik yaparak Anayasayı değiştirmesi gerekmektedir. Uluslararası hukuk, hala ihkak-ı hak düzeyinde, adem-i merkeziyetçi (decentralisation) durumda ve oldukça ilkel bir halde olmakla birlikte, AİHS farklı bir konumda bulunmaktadır. Yasama ve Yürütme kadar AnYM ve diğer Anayasal Mahkemelere bu konuda görev düştüğü belirtilebilir. Özellikle Anayasakoyucu, AB üyelik adaylığı yolunda ilerleyen ülkemizin Anayasasını, TBMM nin oybirliğiyle kabul ettiği AİHS normlarına uygun biçimde düzenlemelidir. Aksi takdirde, gelecekte, toplumumuzun özellikleri elverdiğince, Anayasa Mahkemesi ve diğer Anayasal Mahkemelerin, AİHS ni, özgürlükçü yaklaşımlarını sürdürerek, “bağımsız ölçü norm” olarak uygulayacakları düşünülebilir.*

⁹³ 15.04.1975, E. 73/19, K. 75/87, **AnYMKD**, Sy. 13, sh. 428. ⁹⁴ Akat, Mehmet, “**Anayasa Yargısı Üzerine Gözlemler**”, Anayasa Yargısı, Sy. 37, Mayıs-1979, sh. 41. ⁹⁵ Serozan, Rona, “**Anayasayı Değiştirme Yetkisinin Sınırları**”, İÜHFM, C. 37, Sy. 1-4, 1972, sh. 136. ⁹⁶ Kubalı, H. Nail, **Anayasa Hukuku Dersleri**, İÜHFY, 1971, sh. 105. ⁹⁷ Eroğul, Cem, **Anayasayı Değiştirme Sorunu**, AÜSBF, 1974, s. 166-168.

Alıntı (İktibas) Konusunda Açıklamalar

Bu çalışmadan yapılacak alıntılarda (iktibaslarda) 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununun 35’inci maddesinde öngörülen şu şartlara uyulmalıdır: **(1)** İktibas, bir eserin “*bazı cümle ve fıkralarının*” bir başka esere alınmasıyla sınırlı olmalıdır (m.35/1). **(2)** İktibas, maksadın haklı göstereceği bir nispet dâhilinde ve münderecatını aydınlatmak amacıyla yapılmalıdır (m.35/3). **(3)** İktibas, belli olacak şekilde yapılmalıdır (m.35/5) [Bilimsel yazma kurallarına göre, aynen iktibasların tırnak içinde verilmesi ve iktibasın üç satırdan uzun olması durumunda iktibas edilen satırların girintili paragraf olarak dizilmesi gerekmektedir]. **(4)** İktibas ister aynen, ister mealen olsun, eserin ve eser sahibinin adı belirtilerek iktibasın kaynağı gösterilmelidir (m.35/5). **(5)** İktibas edilen kısmın alındığı yer belirtilmelidir (m.35/5).

Ayrıca Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun 18 Şubat 1981 tarih ve E.1980/1, K.1981/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına göre kararına göre, “iktibas hususunda kullanılan eser sahibinin ve eserinin adı belirtilse bile eser sahibi, haksız rekabet hükümlerine dayanarak Borçlar Kanununun 49. maddesindeki koşulların gerçekleşmesi halinde manevi tazminat isteyebilir”. Bu sayfaya izin almadan link verilebilir.Ancak,bu web sayfası,önceden izin alınmaksızın ne suretle olursa olsun,kopyalanamaz,çoğaltılamaz,tekrar yayınlanamaz,dağıtılamaz,başka intent sitelerine metin olarak konulamaz.

Yukarıdaki şartlara uygun olarak alıntı yapılırken bu çalışmaya şu şekilde atıf yapılması önerilir:

Fendoğlu , Hasan Tahsin , “ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI BELGELERİNİN UYGULANMASINDA “BAĞIMSIZ ÖLÇÜ NORM” VEYA “DESTEK ÖLÇÜ NORM” SORUNU” (2000) <http://www.hasantahsinfendoğlu.com/>