



ANAYASA'NIN 90. MADDESİNİN 5. FIKRASI VE TÜRK YARGI UYGULAMASINDAKİ GÖRÜNÜMÜ

Prof. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU*

I. UYUŞMAZLIKLARDA MİLLETLERARASI ANDLAŞMALARIN ESAS ALINMASININ KOŞULLARI

1961 Anayasası'nın 65.maddesinin son fıkrasında yer alan "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında 149 uncu ve 151 inci maddeler gereğince Anayasa Mahkemesine başvurulamaz¹." hükmü neredeyse aynı şekilde 1982 Anayasasına aktarılmıştır: "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz²."

Görüldüğü üzere 1961 Anayasası gibi 1982 Anayasası da usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmaların iç hukuktaki yeri ve değeri konusunda iki kural koymuştur: (1) milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir, (2) bunlara karşı Anayasa Mahkemesine başvurulamaz.

Bu iki kuraldan hareketle söz konusu düzenlemenin iç hukuktaki yeri ve değeri siyasal, bilimsel ve yargısal çevrelerde uzun yıllar tartışma konusu olmuştur. Söz konusu tartışmalarda uluslararası sözleşmeleri kanunlarla aynı seviyede sayan görüş, kanunların üstünde ancak anayasanın altında sayan görüş, insan haklarına ilişkin olanları anayasal statüde ve hatta anayasanın da üstünde sayan görüş olmak üzere üç farklı yaklaşım dikkat çekmiştir³. Milletlerarası andlaşmaların normlar hiyerarşisindeki

* Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Bkz. Resmî Gazete, Tarih: 20.07.1960, Sayı: 10859.

² Hükmün ilk hali için bkz. Resmî Gazete, Tarih: 20.10.1982, Sayı: 17844.

³ Konuya ilişkin tartışmalar için bkz. Aybay, R. (1978). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Pozitif Hukuku*, İnsan Hakları Armağanı, Ankara: Doğan Basımevi, ss. 116-134; Soysal, M. (1985). "Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler", *Anayasa Yargısı*, C. 2, s. 15 vd.; Gözübüyük, A. Ş. (1987). "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı", *İnsan Hakları Yılığ*, C. 9, ss. 3-40; Akıllıoğlu, T. (1989). "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz", *AÜSBFD*, C. 44, S. 3, s. 155, 173; Batum, S. (1993). *Avrupa*

yeri ve buna bağlı olarak çatışma hâlinde hangisinin içerdiği hükümlerin uygulanacağı ekseninde şekillenen ve bir uzlaşmaya varılmayan bu tartışmaları sona erdirmek amacıyla⁴, 7/5/2004 tarihinde kabul edilen 5170 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun'un 7. maddesi ile Anayasa'nın 90. maddesine aşağıdaki hüküm eklenmiştir⁵:

"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."

Anayasaya eklenen bu hüküm, milletlerarası andlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yeri konusundaki tartışmaları sona erdirmemiştir. Tam tersine başlangıçta daha az taraftar bulan insan haklarına ilişkin milletlerarası andlaşmaları kanunların üstünde, anayasal statüde hatta anayasadan da üstte gören üçüncü görüşün güçlenmesine neden olmuştur⁶. Ancak bu yeni hüküm ikinci sorunu en azından temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar bakımından sona erdirmiştir. Anayasa'ya göre çatışma hâlinde kanun hükmü ihmal edilecek ve usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşma hükmü uygulanacaktır.

İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İstanbul; Pazarcı, H. (1994). *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 1. Kitap, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 31 vd.; Yüzbaşıoğlu, N. (1994). "Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine", *İnsan Hakları Merkezi Dergisi*, C. II, S. 1, ss. 26-38; Gözler, K. (2000). İnsan Hakları Normlarının Anayasaya üstünlüğü Sorunu, içinde Türkiye'de İnsan Hakları, TODAİE (s. 25-46), Ankara; Tunç, H. (2000). "Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye İle İlgili Örnek Karar İncelemesi", *Anayasa Yargısı*, C. 17, ss. 174-192; Gülmez, M. (2004). "Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri", *TBB Dergisi*, S. 54, ss. 147-161; Yokuş, S. (2017). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimi Pratiği ve Anayasa Şikayetine Etkisi*, Ankara: Seçkin Yay., ss. 88-91; Acar, A. (2017). "Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa Madde 90/5 Hakkındaki Zımni İlga Tespiti ve İnsan Haklarına Dayalı (Yeni Bir) Yargısal Denetim", *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 6, S. 11, ss. 137-190.

⁴ Madde gerekçesinde bu durum açıkça ifade edilmiştir: "Uygulamada usulüne göre yürürlüğe konulmuş insan haklarına ilişkin milletlerarası andlaşmalar ile kanun hükümlerinin çelişmesi halinde ortaya çıkacak bir uyuşmazlığın halinde hangisine öncelik verileceği konusunda tereddütlerin giderilmesi amacıyla 90 ıncı maddenin son fıkrasına hüküm eklenmektedir."

⁵ Yürürlük maddesi dâhil toplam 11 maddeden oluşan anayasa değişikliğine ilişkin Kanunun en az "kabul" oyu alan maddesidir. Oylamaya 482 üye katılmış 375 "kabul", 102 "ret", 1 "geçersiz", 4 "boş" oy kullanılmıştır. Bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5170.html> (Erişim Tarihi: 11/4/2022).

⁶ Bkz. Acar, A. (2017). ss. 137-190.

2004 yılında Anayasa'ya eklenen bu hükmün uygulanabilmesi için andlaşmanın (1) temel hak ve özgürlüklere ilişkin olması, (2) usulüne göre yürürlüğe konulmuş olması ve (3) kanunlarla çatışması gerekmektedir.

Öncelikle *insan hakları* terimine 5 kez yer veren ve “insan haklarına saygılı” olmayı Cumhuriyet’in nitelikleri arasında sayan 1982 Anayasası'na eklenen bu hükümde *insan hakları* yerine *temel hak ve özgürlükler* teriminin kullanılması bir eksiklik olarak görülmüştür⁷. Nitekim doktrinde *insan haklarının*, devlet tarafından tanınmasa bile, onurlu bir yaşam sürdürmek için insanların sahip olması gerektiği düşünülen, hukuk ötesi, olması gerekeni ifade eden, ideal tüm hakları, *temel hak ve özgürlüklerin* ise insan hakların anayasada yer alan kısmını kapsadığı ileri sürülmüştür⁸. Aynı şekilde maddede *andlaşma* sözcüğüne yer verilmesi de eş anlamda kullanılan sözleşme, protokol, şart, pakt gibi farklı terimler dikkate alındığında sorunlu bir tercih gibi görülmektedir. Ancak uygulamada bu terim tercihinin özel bir anlam yüklenmemiş genel gerekçeyle⁹ birlikte yorumlanan hüküm adı ne olursa olsun usulüne göre yürürlüğe konulmuş tüm uluslararası sözleşmelerdeki insan haklarını kapsar şekilde anlaşılmıştır. Bu bağlamda başta Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi bünyesinde münhasıran insan haklarına ilişkin olarak kabul edilenler olmak üzere çok sayıda uluslararası sözleşme iç hukukun bir parçası hâline gelmiştir.

Değişikliğe ilişkin *Anayasa Komisyonu Raporundan* da anlaşılacağı üzere bazı üyelerce, sayısı çok fazla olan milletlerarası andlaşmaları uygulayıcıların bilmesinin zor olacağı, bu nedenle hangi andlaşmaların bu çerçevede değerlendirileceğinin tadad edilmesine ihtiyaç duyulduğu, en azından hangi kaynaklardan gelen andlaşmaların bu kapsamda görüleceğine ilişkin bir belirleme yapılmasının gerekli olduğu ifade edilmiş ancak bu öneri kabul edilmemiştir¹⁰. Böylece somut olaya

⁷ Gülmez, M. (2004). s. 153.

⁸ Bkz. Kapani, M. (1993). *Kamu Hürriyetleri*, Yedinci Baskı (Tıpkı Basım), Ankara: Yetkin Yay., ss. 13-14; Sunay, R. (2013). *Hukuk ve Siyaset Ekseninde İnsan Hakları*, Konya, Çizgi Yay., ss. 44-45; Uygun, O. (2014). *Devlet Teorisi*, İstanbul: On İki Levha Yay., ss. 480-481; Gözler, K. (2017). *İnsan Hakları Hukuku*, I. Baskı, Bursa: Ekin Yay., ss. 83-92.

⁹ “... diğer yandan, dünyada gelişen yeni demokratik açılımlara uyum sağlanması ve bu açılıma uygun bir şekilde temel hak ve hürriyetlerin, evrensel düzeyde kabul edilmiş standartlar ve normlar ile Avrupa Birliği kriterleri seviyesine çıkarılması amacıyla kanunlarımızda düzenlemeler yapılması ihtiyacı temel yasamız olan Anayasada da değişiklikler yapma zorunluluğu doğurmuştur.”

¹⁰ “Teklifin, çerçeve 7 nci 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

uygulayacak normu belirlemek zorunda olan başta yargıçlar olmak üzere uygulamacılar hangi kaynaktan gelirse gelsin, adı ne olursa olsun usulüne göre yürürlüğe konulmuş çok sayıdaki insan haklarına ilişkin sözleşmede yer alan sayısız normu incelemek yükümlülüğü altına girmiştir. Uygulamacıların bu yükümlülüğü yerine getirebilmesi için gerek lisans gerek staj gerekse meslek içi eğitimde insan haklarına ilişkin sözleşmeler konusunda bilgi verilerek Anayasa hükmünün gerektirdiği altyapı oluşturulmalıdır. Ancak maalesef bu konuda ciddi eksikler söz konusudur. Nitekim uygulamada çatışma olmasına rağmen Anayasa hükmünün dikkate alınmaması, Anayasa hükmünün dikkate alındığı kararların büyük bir kısmının ise başta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olmak üzere bilinen birkaç sözleşmeye gönderme yapılması bu konudaki altyapı eksikliğini göstermektedir.

Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasının uygulanabilmesi için aranan ikinci koşul temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmanın usulüne göre yürürlüğe konulmuş olmasıdır. Peki, uluslararası andlaşmaların yürürlüğe girmesi konusunda nasıl bir usul öngörülmüştür?

Gerek 1961 gerek 1982 Anayasası'nda milletlerarası andlaşmaları onaylamak ve yayımlamak Cumhurbaşkanı'nın görev ve yetkileri arasında sayılmıştır. 1961 Anayasası döneminde kabul edilen 31/5/1963 tarihli ve 244 sayılı Milletlerarası Andlaşmaların Yapılması, Yürürlüğü ve Yayınlanması ile Bazı Andlaşmaların Yapılması İçin Bakanlar Kuruluna Yetki Verilmesi Hakkında Kanun ile bu yetki, büyük oranda Bakanlar Kuruluna devredilmiştir¹¹. Yapılan bu devrin ve diğer birçok maddenin Anayasa'ya aykırı olduğunu ileri süren dönemin İşçi Partisi, Anayasa Mahkemesinde iptal davası açmıştır. Anayasa Mahkemesi *oyçokluğu* ile

çok fazla olan milletlerarası andlaşmaları uygulayıcıların bilmesinin zor olacağı, hangi andlaşmaların bu çerçevede değerlendirileceğinin tadad edilmesinin gerekli olduğu üyelerimizce ifade edilmiştir. Ancak bu öneri Komisyonumuzca kabul görmemiş ve çerçeve 7 nci madde Teklifte yer aldığı şekliyle kabul edilmiştir. Komisyonumuza verilen redaksiyon yetkisi çerçevesinde bu maddede geçen, "andlaşmalar ile" ibaresi "andlaşmalarla" şeklinde düzeltilmiştir." Bazı Anayasa Komisyonu üyeleri "Teklifin 7 nci maddesinde, kanunlarla aynı konuda farklı hükümler taşıyan ve bu nedenle çıkacak uyumsuzluklarda 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" diyerek 7 nci maddedeki düzenlemeye karşı çıkmıştır. Bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss430m.htm> (Erişim Tarihi: 17/4/2022).

¹¹ Bkz. Resmî Gazete, Tarih: 11.06.1963, Sayı: 11425.

söz konusu maddelerin Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir¹². Bu Kanunun adı, 2/7/2018 tarihli 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 181. maddesiyle Bazı Andlaşmaların Yapılması İçin Cumhurbaşkanına Yetki Verilmesi Hakkında Kanun şeklinde değiştirilmiş ve aynı Kararname ile birçok hükmü yürürlükten kaldırılmıştır¹³. Bu değişiklikten kısa bir süre sonra kabul edilen 15/7/2018 tarihli 9 sayılı Milletlerarası Andlaşmaların Onaylanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 3. maddesi ile bu yetki kanun değişikliğinde olduğu gibi Cumhurbaşkanı'na verilmiş¹⁴ ve hazırlık çalışmaları, imza, onay, yayım gibi hususlarda hangi usul ve esaslara uyulacağı hükmüne bağlanmıştır¹⁵.

244 sayılı Kanun ve 9 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde belirtilen usul ve esaslara uygun olarak yapılan antlaşmalardan hangilerinin Meclisin onayına tabi olduğu, hangilerinin ise tabi olmadığı Anayasa'nın 90. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre;

Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak andlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır.

Ekonomik, ticari veya teknik ilişkileri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan andlaşmalar, Devlet Maliyesi bakımından bir yüklenme getirmemek, kişi hallerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak şartıyla, yayımlanma ile yürürlüğe konabilir. Bu takdirde bu andlaşmalar, yayımlarından başlayarak iki ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinin bilgisine sunulur.

Milletlerarası bir andlaşmaya dayanan uygulama andlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanarak yapılan ekonomik, ticari, teknik veya idari andlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisince uygun bulunması zorunluğu yoktur; ancak, bu fıkra göre yapılan ekonomik, ticari veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren andlaşmalar, yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz.

¹² AYM, E.1963/311, K.1965/12, 4/3/1965.

¹³ Bkz. Resmî Gazete, Tarih: 09.07.2018, Sayı: 30473-3. Mükerrer.

¹⁴ Milletlerarası andlaşmaların onaylanması, bunların feshini ihbar etmemek suretiyle yürürlük süresini uzatma, Türkiye Cumhuriyeti'ni bağlayan bir milletlerarası andlaşmanın belli hükümlerinin yürürlüğe konulması için gerekli bildirimleri yapma, milletlerarası andlaşmaların uygulama alanının değiştiğini tespit etme, bunların hükümlerinin uygulanmasını durdurma ve bunları sona erdirmeye, Cumhurbaşkanı kararı ile olur.

¹⁵ Bkz. Resmî Gazete, Tarih: 15.07.2018, Sayı: 30479.

Türk kanunlarına değişiklik getiren her türlü andlaşmaların yapılmasında birinci fıkra hükmü uygulanır.

Görüldüğü üzere gerek 9 sayılı Milletlerarası Andlaşmaların Onaylanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde, gerek 244 sayılı Bazı Andlaşmaların Yapılması İçin Cumhurbaşkanına Yetki Verilmesi Hakkında Kanun'da gerekse Anayasada milletlerarası bir andlaşmanın hangi usul ve esaslara göre yapılacağı, onaylanacağı yürürlüğe gireceği ve yürürlükten kaldırılacağı ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Ayrıca uluslararası sözleşmelerde, sözleşmenin ne zaman ve nasıl yürürlüğe gireceği ve feshedileceği çoğu zaman açıkça belirtilmektedir. Bu nedenle ilgili sözleşmede belirtilen usul ve esaslar da dikkate alınmalıdır.

Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasının uygulanabilmesi için aranan son koşul usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesidir. Burada öncelikle üzerinde durulması gereken mesele madde metninde geçen *kanun* terimi ile neyin kastedildiğidir. Gerekçesiyle birlikte yorumlandığında maddede *kanun* terimi ile kastedilenin normlar hiyerarşisinde kanunlarla aynı düzeyde yer alan tüm kuralları olduğu anlaşılır. Nitekim Anayasa'ya göre milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir ve madde gerekçesine göre de kanun ve kanunlar ile aynı düzeyde bulunan normlardan hangisine öncelik verileceğini konusundaki tereddütlerin giderilmesi için bu hükmün eklendiği ifade edilmiştir¹⁶. Bu anlamda *kanun* hükmünün anayasayı da kapsayacak şekilde yorumlanması madde ile tutarlı bir yaklaşım değildir. Aynı şekilde tüzük ve yönetmelikleri kapsayacak şekilde bir yorumun yapılması da gerekli ve doğru değildir. Çünkü Anayasa'ya göre usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Kanunlar ise normlar hiyerarşisinde tüzük ve yönetmeliklerin üstündedir. Bu nedenle alt normun ihmal edilerek üst normun uygulanmasında bir engel yoktur. Normlar hiyerarşisindeki yeri tartışmalı olan cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile yaşanacak çatışmada sorunun nasıl çözüleceği Anayasa'nın 104. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre "Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması hâlinde, kanun hükümleri uygulanır." Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere

¹⁶ Bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss430m.htm> (Erişim Tarihi: 17/4/2022).

ilişkin milletlerarası andlaşmalar kanun hükmünde olduğuna göre Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ile çatışma hâlinde milletlerarası andlaşma uygulanacaktır.

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar ile kanunlar ve onunla aynı düzeyde yer alan diğer hukuk kuralları arasında farklılık olması ile kastedilenin ne olduğu konusunda farklı yaklaşımlar olduğu söylenebilir. Bazılarına göre tıpkı kanunların çatışmasında olduğu gibi burada da açık bir biçimde görülen kısmi veya tam bir çatışma bulunmalıdır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesinde belirtilen hâller dışında bir kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasına cevaz veren bir Ceza Muhakemesi Kanunu hükmünün varlığı, Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığı Önlenmesi Sözleşmesi'nin kadın ve erkeklere eşit şartlarda seçme ve seçilme hakkı verilmesi gerektiğini hükme bağlayan maddesi ile bu konuda kadınlar için farklı koşullar öngören iç hukuk düzenlemeleri, Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin erken yaşta "reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır" hükmüne karşın ulusal hukukta reşit olmak için farklı bir yaşı esas alınması, mahkemede kullanılan dili anlamayan veya konuşamayan kişilere ücretsiz tercümanın yardımını adil yargılama kapsamında gören Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi ile bu olanağı sağlamayan hatta yasaklayan ulusal hukuk normu, ifade hürriyetini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde öngörülen meşru amaçlar dışında bir amaçla sınırlandıran Türk Ceza Kanunu hükmü bu anlamda verilebilecek sayısız örnekten sadece birkaçıdır. Bu görüşün taraftarları maddenin uygulanabilmesi için burada belirtilen örneklerde olduğu gibi açık bir çatışmanın olması gerektiğini ifade etmektedir.

Diğer bakış açısına göre ise çatışma belirlenirken sadece pozitif metinlerin göz önüne alınarak lafzı yorum yapılması doğru değildir. Onlara göre uluslararası antlaşmaların birçoğu ayrıntıya girilmemiş genel kurallardan oluşmaktadır. Bu nedenle kanunlar ile insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin arasında bir uyumsuzluk bulunup bulunmadığı, salt antlaşmaların sözel metniyle sınırlı olarak saptanmamalıdır. Aksi bir yaklaşım insan haklarına ilişkin bir uyumsuzluğun uluslararası alanda kabul edilen standartlara göre çözülmesi ve böylece konunun uluslararası koruma ve denetim organları önüne götürülmesinin önüne geçilmesi amacıyla getirilen 90. maddenin bu hükmünün işlevsiz bırakılması anlamına gelecektir. Oysa bu kuralların içeriği yetkili koruma ve denetim organlarının yorumuyla açıklık ve anlam kazanmaktadır. Dolayısıyla

çatışma olup olmadığı tespit edilirken sadece insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmenin lafzı değil aynı zamanda ilgili sözleşmenin koruma ve denetim organlarının o konuya ilişkin yerleşik ilke kararları ve içtihatları da göz önünde bulundurulması gerekmektedir¹⁷.

II. ANAYASA'NIN 90. MADDESİNE EKLENEN HÜKMÜN TÜRK YARGI KARARLARINDAKİ GÖRÜNÜMÜ

2004 yılında Anayasa'nın 90. maddesine eklenen bu hükmün uygulanması konusunda Türk Yargısının kafasının hayli karışık olduğu ve birbirinden tamamen farklı üç uygulama geliştirdiği söylenebilir.

I. Yüzlerce kararda karşımıza çıkan ilk uygulamada Anayasa'nın 90. maddesine eklenen bu hükme atıf yapılmakta ancak hangi iç hukuk kuralının hangi milletlerarası andlaşma hükmüyle çatıştığı veya neden çatıştığı belirtilmeden sorun kanuna göre çözülmektedir. Ancak kanun, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin benzer konudaki kararları kopya edilerek yorumlanmaktadır. Bu gibi durumlarda yapılan atıf, kanunun ihmal edilerek uluslararası sözleşmeyi esas almaktan ziyade, mahkeme kararını haklılaştırma amacı gütmektedir. Bu tür kararlarda sıklıkla karşımıza çıkan "Bu durumda mahkemelerin önlerine gelen uyuşmazlıklarda, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar ile iç hukukun birlikte yorumlanması ve uygulanması gerekmektedir." ifadesi bu durumu açıkça ortaya koymaktadır. Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin "hakarete ilişkin tazminat davalarında" uygulaması bu yöndedir. Birbirinin kopyası niteliğinde olan birçok kararda (1) Anayasa'nın 90. maddesinin bu hükmüne atıf yapılmış, (2) milletlerarası andlaşmalar ile iç hukukun birlikte yorumlanması ve uygulanması gerektiği belirtilmiş, (3) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ifade hürriyetine ilişkin hükmüne yer verilmiş, (4) Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ifade hürriyetine ilişkin müdahaleleri denetlerken kullandığı üç aşamalı teste uygun olarak kararları sıralanmış ve (4) Türk Medeni Kanunu'nun 24. ve Türk Borçlar Kanunu'nun 58. maddelerini bu kararları dikkate alarak uygulamıştır:

... somut dava bu ilkeler ile birlikte değerlendirildiğinde ve Dairemizde temyiz incelemesi yapılan dosyaların sayıları da gözönüne alındığında, davalının ödemeye mahkum edildiği tazminat miktarı bir miktar yüksek olduğundan, daha alt düzeyde tazminata hükmedilmek üzere Bölge Adliye Mahkemesi kararı kaldırılarak, İlk Derece Mahkemesi kararının bozulması gerekmiştir.

¹⁷ Bkz. Gülmez, M. (2004). s.158.

II. Çok daha istisnai durumlarda gördüğümüz bu uygulamada Mahkemeler, Anayasa'nın 90. maddesine eklenen bu hükme atıf yapmakta, daha sonra aynı konuda farklı hüküm içeren milletlerarası andlaşma hükmünü belirtmekte ve nihayet sorunu milletlerarası andlaşma hükmünü esas alarak çözmektedir. Yargıtay 7. Ceza Dairesinin birbirinin kopyası “teşekkül halinde kaçakçılık suçu”na ilişkin birçok kararında (1) karar tarihinde yürürlükte olan kanun hükmü gösterilmiş, (2) aynı konuyu düzenleyen milletlerarası andlaşma hükmü ortaya konulmuş, (3) hükümlerin çatıştığı ifade edilerek Anayasa'nın ilgili maddesi gereğince kanunu ihmal ederek andlaşma hükmünün uygulanacağı belirtmiştir:

*Hüküm tarihinde yürürlükte bulunan 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununun tanımlar başlıklı 2. maddesinin (c) fıkrası “Teşekkül: Kaçakçılık ile iştigal etmek amacıyla **iki veya daha fazla kimsenin** önceden anlaşarak birleşmelerini” ifade eder şeklinde tanımlamış olup...*

*4.2.2003 gün ve 25014 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 4800 sayılı yasa ile Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından onaylanarak iç hukuk kuralı haline gelen Sınıraşan Örgütlü Suçlara Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin 2/a madde fıkrasında; “Örgütlü suç grubu” doğrudan veya dolaylı olarak mali veya diğer bir maddi çıkar elde etmek amacıyla belli bir süreden beri var olan ve bu sözleşmede belirtilen bir veya daha fazla ağır suç veya yasadışı eylemi gerçekleştirmek amacıyla birlikte hareket eden, **üç veya daha fazla kişiden** oluşan yapılanmış bir grup anlamına gelir kuralı düzenlenmiş...*

*22.5.2004 gün ve 25469 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5170 sayılı yasa ile Anayasa'nın 90. maddesine eklenen cümlede “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır” hükmü getirilmiştir... Belirtilen yasal düzenlemeler karşısında şirket ortakları **iki kişi olup, samıkların teşekkül halinde kaçakçılık suçunu işlemelerinin mümkün bulunmadığı anlaşıldığından...***

III. Anayasa'nın 90. maddesine eklenen hükmün Türk Yargı kararlarındaki bir diğer görünüm şekli şöyledir: Kararda Anayasa'nın 90. maddesine eklenen hükme atıf yapılmakta ve hangi iç hukuk kuralının hangi milletlerarası andlaşma hükmüyle çatıştığı belirtilmekte, daha sonra milletlerarası andlaşma hükmünün denetleme organlarınca

nasıl anlaşıldığı ve kapsamına nelerin sokulduğu açıklanmakta ve nihayet sorun denetleme organının içtihatlarına göre çözülmektedir. Başka bir ifadeyle usulüne göre alınmış temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası mahkeme kararlarıyla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkan uyuşmazlıklarda milletlerarası mahkeme kararları esas alınarak sorun çözülmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun "evli kadının bekarlık soyadını kullanmasına" ilişkin kararı bu anlamda verilebilecek çok sayıda örnekten bir tanesidir. Söz konusu kararda (1) Anayasa'nın 90. maddesine eklenen hükme atıf yapılmış, (2) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ve Türk Medeni Kanunu'nun çeliştiği iddia edilen hükümleri belirtilmiş, (3) konuya ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin çok sayıda kararına atıf yapılmış ve (4) Mahkeme içtihatları ile çelişen Türk Medeni Kanunu'nun "Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruya kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir." hükmünü içeren 187. maddesini ihmal ederek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin denetleme organının içtihadını uygulamıştır:

1982 Anayasasının 90. maddesinin son fıkrasında; "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. 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" hükmü yer almaktadır. Bu durumda mahkemelerin önlerine gelen uyuşmazlıklarda, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar ile iç hukukun birlikte yorumlanması ve uygulanması gerekmektedir. Hal böyle olunca, uyuşmazlığa ilişkin yasa hükümleri ve Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna göre oluşan içtihatlar ile diğer uluslararası sözleşmelerin incelenmesi gerekmektedir...

Anayasa'nın 90. maddesine göre usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalarda yer alan düzenlemelerin kanun hükmünde olduğu belirtilerek, 7/5/2004 tarihinde yapılan değişiklikle fıkraya eklenen son cümle ile, hukukumuzda kanunlar ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar arasında bir çeşit hiyerarşi ihdas edilmiş ve aralarında uyuşmazlık bulunması halinde antlaşmalara öncelik tanınacağı hüküm altına alınmıştır. Bu düzenleme

uyarınca, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası bir antlaşma ile bir kanun hükmünün çatışması halinde, uluslararası antlaşma hükmünün öncelikle uygulanması gerekir. Bu durumda başta yargı mercileri olmak üzere, birbiriyle çatışan temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir uluslararası antlaşma hükmü ile bir kanun hükmünü önlerindeki olaya uygulamak durumunda olan uygulayıcıların, kanunu gözardı ederek uluslararası antlaşmayı uygulama yükümlülükleri vardır.

AİHM'in, kişinin soyadını özel hayat kapsamında değerlendirerek evli kadının kocasının soyadını kullanma zorunluluğunu özel hayata müdahale olarak kabul ettiği birçok kararında, soyadı kullanımı ile ilgili başvurular, Sözleşme'nin 8. maddesinde yer alan "özel hayatın ve aile hayatının korunması" ilkesi kapsamında incelenmiş ve kadının evlendikten sonra yalnızca evlilik öncesi soyadını kullanmasına ulusal mercilerce izin verilmemesinin, Sözleşmenin özel hayatın gizliliğini öngören 8. maddesiyle bağlantılı olarak, ayrımcılığı yasaklayan 14. maddesine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

*Anayasa'nın 90. maddenin beşinci fıkrası uyarınca, sözleşmeler hukuk sistemimizin bir parçası olup, kanunlar gibi uygulanma özelliğine sahiptir. Yine aynı fıkra göre, uygulamada bir kanun hükmü ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan sözleşme hükümleri arasında bir uyumsuzluğun bulunması halinde, sözleşme hükümlerinin esas alınması zorunludur. **Bu kural bir zımni ilga kuralı olup, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümleriyle çatışan kanun hükümlerinin uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırmaktadır...***

Somut olaya gelince: sebep önemli olmaksızın davacı evlilik birliği içinde sadece kızlık soyismini kullanmak istemektedir. Kızlık soyisminin kullanmak istemek için haklı bir gerekçenin bulunmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu hak AİHS 8 ve Anayasa'nın 17. maddeleri kapsamında bir insan hakkıdır ve cinsiyete dayalı olarak bir ayrıma tabi tutulmaksızın erkek ve kadın arasında eşit şekilde uygulanmalıdır. Aksi durum AİHS'nin 14. maddesine aykırılık teşkil edecektir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle yerel mahkeme kararı usul ve yasaya uygun olup, onanmalıdır.

İnsan haklarına daha geniş bir koruma sağladığı kuşkusuz olan bu yaklaşımın Anayasa'ya uygunluğu tartışmalıdır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına soyut bağlayıcılık yükleyen bu

yaklaşımın benimsenmesi Anayasa hükmünün “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.” şeklinde okunması fakat “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar veya bu andlaşmaların denetleme organlarının kararlarıyla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri veya denetleme organlarının kararları esas alınır.” şeklinde anlaşılması sonucunu doğurmaktadır. Bu ise olmayan hatta öngörülme- yen bir hükmün Anayasa’ya ilavesi anlamına gelmektedir. Ayrıcı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve onun denetleme organı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de kararlarının objektif bir bağlayıcılığı olduğu iddiasında değildir. *Pilot karar* ve *yarı pilot karar* usulünün varlığı bunun ispatıdır. Nitekim bu usullerde çoğu zaman ihlal kaynağı olan sistemik sorun (ki bu çoğu zaman mevzuattan kaynaklanmaktadır) tespit edilmekte ve genellikle belirli bir süre verilerek taraf devletten sorunun çözülmesi istenmektedir. Aksi bir yaklaşım bugüne kadar çok farklı konularda 180.000’den fazla karar veren Avrupa İnsan Hakları Mahkemesini taraf devletler için yasa koyucu konumuna getirecektir. Ayrıca Sözleşme’nin canlı bir enstrüman olarak görülmesi ve bunun doğal sonucu olarak da dinamik yorum yöntemiyle içeriğinin ve kapsamının sürekli değişmesi, hukuka güven ilkesi açısından da sorun oluşturacaktır.

Sonolarak bu yaklaşımın tutarlı ve istikrarlı bir biçimde sürdürülebilmesi zordur. Uygulamada bazen kanun hükümlerinin ihmal edilerek Mahkeme kararlarının esas alınması bazen ise Mahkeme kararlarının ihmal edilerek kanunun esas alınması bu durumun açık göstergesidir. Örneğin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararları ile kanunların çatışması durumunda kararlar esas alınacaksa Türk Ceza Kanunu’nun “Cumhurbaşkanı’na hakaret” başlığını taşıyan 299. maddesi ve evlenen kadının soyadına ilişkin Türk Medeni Kanunu’nun 187. maddesi uygulanmamalıdır. Oysa bu kararlara rağmen Türk Ceza Kanunu’nun 299. maddesine göre her yıl yüzlerce dava açılmaktadır. Aynı şekilde her yıl 500.000’den fazla evlilikte 250.000’den fazla kadın Türk Medeni Kanunu’nun 187. maddesine göre soyadı almaktadır. Yargıtayın birçok kararında ifade edildiği gibi eğer bu hüküm “zımni bir ilga” kuralıysa ve bu kuralın bir gereği olarak “sözleşme hükümleriyle çatışan kanun hükümleri uygulanma kabiliyetini kaybediyorsa” bu durum nasıl izah edilecektir. Bu belirsizliğin ortadan

kaldırılarak hukuka güven ilkesinin tesisi ve söz konusu değişikliğin işlevini yerine getirebilmesi için yapılması gereken (1) Anayasa'nın 90. maddesine eklenen bu hükme sadece milletlerarası andlaşma ile kanun arasında açık bir çatışma bulunması durumunda atıf yapılması, (2) Mahkeme içtihatları ile kanunlar arasında çelişki bulunması durumunda ise bu hükme değil Anayasa'nın aynı maddesinin aynı fıkrasında yer alan "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir." ifadesine atıf yapılması ve yürürlükteki hükümle milletlerarası andlaşma hükmünün uluslararası denetleme organlarının kararlarından da yararlanarak birlikte yorumlanması ve uygulanmasıdır.

KAYNAKÇA

- ACAR, Ali (2017). "Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa Madde 90/5 Hakkındaki Zımni İlga Tespiti ve İnsan Haklarına Dayalı (Yeni Bir) Yargısal Denetim", *Anayasa Hukuku Dergisi*, C. 6, S.11, ss. 137-190.
- AYBAY, Rona (1978). "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Pozitif Hukuku", *İnsan Hakları Armağanı*, Ankara: Doğan Basımevi, ss. 116-134.
- AKILLIOĞLU, Tekin (1989). "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz", *AÜSBFD*, C. 44, S. 3, ss. 155-173.
- BATUM, Süheyl (1993). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri*, İstanbul.
- GÖZLER, Kemal (2000). İnsan Hakları Normlarının Anayasaya Üstünlüğü Sorunu, içinde, *Türkiye'de İnsan Hakları* (ss. 25-46), Ankara: TODAİE.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref (1987). "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı", *İnsan Hakları Yıllığı*, C. 9, ss. 3-40.
- GÖZLER, Kemal (2017). *İnsan Hakları Hukuku*, I. Baskı, Bursa: Ekin Yayınları.
- GÜLMEZ, Mesut (2004). "Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri", *TBB Dergisi*, S. 54, ss. 147-161.
- KAPANİ, Münci (1993). *Kamu Hürriyetleri*, Yedinci Baskı (Tıpkı Basım), Ankara: Yetkin Yayınları.
- PAZARCI, Hüseyin (1994). *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 1. Kitap, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi.
- SOYSAL, Mümtaz (1986). "Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler", *Anayasa Yargısı*, C. 2, ss. 7-18.
- TUNÇ, Hasan (2000). "Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye İle İlgili Örnek Karar İncelemesi", *Anayasa Yargısı*, C. 17, ss. 174-192.
- SUNAY, Reyhan (2013). *Hukuk ve Siyaset Ekseninde İnsan Hakları*, Konya: Çizgi Yayınları.
- UYGUN, Oktay (2014). *Devlet Teorisi*, İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- YOKUŞ, Sevtap (2017). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimi Pratiği ve Anayasa Şikayetine Etkisi*, Ankara: Seçkin Yayınları.
- YÜZBAŞIOĞLU, Necmi (1994). "Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine", *İnsan Hakları Merkezi Dergisi*, C. II, S. 1, ss. 26-38.