T.C.
İstanbul Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

140354

İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ İÇTİHATLARININ TÜRK POZİTİF HUKUKUNDAKİ YERİ

Enver ARIKOĞLU
2501990235

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Sevin TOLUNER

(Düzeltilmiş Tez)

T 140354

İstanbul 2003

T.C
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

TEZ ONAYI

Enstitümüz **KAMU HUKUKU** Anabilim Dalı'nda **2501990235** numaralı **ENVER ARIKOĞLU'NUN** hazırladığı "**İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ İÇTİHATLARININ TÜRK POZİTİF HUKUKUNDAKİ YERİ**" konulu YÜKSEK LİSANS TEZİ ile ilgili TEZ SAVUNMA SINAVI, Lisansüstü Öğretim Yönetmeliği'nin 10.Maddesi uyarınca **18.06.2003 ÇARŞAMBA** günü saat: **11.30**'de yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin ..kabulu.....'ne* OYBİRLİĞİ /OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	KANAATİ(*)	İMZA
PROF. DR. SEVİN TOLUNER	kabul	
PROF.DR. RAUF VERSAN	Kabul	
PROF.DR. JALE CİVELEK	kabul	
PROF.DR. HAKAN BAYKAL	Kabul	
DOÇ.DR. AYŞENUR TÜTÜNCÜ	kabul	

Besim Ömer Paşa Caddesi Beyazıt-34452-İstanbul
Tel:0212 440 00 00 Fax: 0212 520 85 04

AÇIKLAMA

İlk savunmada oyçokluğuyla düzeltme kararı verilen bu tezde, jüri üyeleri olan değerli hocalar; Prof. Dr. Sevin TOLUNER, Prof. Dr. Jale CİVELEK, Prof. Dr. Rauf VERSAN, Prof. Dr. Ferit Hakan BAYKAL tarafından yapılan değerlendirmeler ışığında çeşitli değişiklikler yapılmıştır.

Bu değişikler esas olarak imlâ hataları ve şekil üzerinde yoğunlaşmakta olup, esas açısından ise daha çok birinci bölüm üzerine yoğunlaşmaktaydı. Bu çerçevede birinci bölümde daha geniş yer alan monizm-düalizm üzerine yoğunlaşan geniş tartışmalar özetlenmeye çalışılarak, milletlerarası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkiler sorununa uygulamada getirilen çözümler üzerine daha fazla yoğunlaşılmıştır. Teorik görüşlerin uygulamaya yansıyan yönleri üzerinde durulmuş ve uygulamaya bakılarak teorik görüşler tekrar gözden geçirilerek, bu konudaki sadece teorik düzeye saplanıp kalan tartışmalardan uygulamaya bakılarak belli ölçüde uzak kalınmaya çalışılmıştır.

İkinci ve üçüncü bölümlerde sadece şeklî bazı değişikler yapılmış olup esas açısından değişikliğe gerek görülmemiştir. Şekil düzeltmelerine gelince, imlâ kuralları açısından yapılan bazı tutarsızlıklar (örneğin şapka kullanılan kelimeler ve kullanılmayan kelimeler) Türk Dil Kurumunun yayınladığı İmlâ Kılavuzu (Ankara, 1996) esas alınarak düzeltilmiş ve tutarlı bir hale getirilmiştir.

Bu tez, yukarıda bahsedilen değişiklikler sonrası yapılan ikinci savunmada oybirliği ile kabul edilmiştir. Bu vesileyle, vakitlerini ve emeklerini harcayan jüri üyeleri değerli hocalarımıza teşekkürü bir borç biliyoruz.

ÖZ

"İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatlarının Türk Pozitif Hukukundaki Yeri" konulu bu tez çalışmasında, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarının Türk pozitif hukukundaki etkisi ve bu hukuk düzeninde uygulanması meselesini, mevcut hukuk düzeni (de lege lata) açısından incelemek amaçlanmıştır. Bu inceleme yapılırken bu sorunun daha genel bir sorun olan "milletlerarası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkiler" sorununun bir parçası olduğundan hareket edilmiş ve tezin birinci bölümünde bu konu genel olarak (teorik görüşler ve uygulama göz önüne alınarak) incelenmiştir. İkinci bölümde ise, milletlerarası hukuk açısından İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi sistemi incelenerek, bu sistem içinde İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarının niteliği ve uygulanması konusunda taraf devletler için öngörülen yükümlülüklerin neler olduğu saptanmaya çalışılmıştır. Son bölümde ise milletlerarası hukukla iç hukuk arasındaki ilişkiler sorunu (genel olarak andlaşmaların yeri ve uygulanması) açısından Türk pozitif hukuku incelenerek, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin Türk hukukunda kurallar kademesindeki (normlar hiyerarşisi içindeki) yeri belirlenmeye çalışılmıştır. Tüm bunlardan çıkan sonuçlara göre de İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarının Türk pozitif hukukunda uygulanması ve etkisi değerlendirilmiştir. Bu değerlendirmeler yapılırken hem teorik görüşler hem de uygulama (mahkeme kararları) dikkate alınarak bir sonuca varılmaya çalışılmıştır ve inceleme konusunu da mevcut hukuk sistemi (*de lege lata*) ile sınırlayıp, olması gereken hukuk (*de lege ferenda*) açısından konu değerlendirme dışında bırakılmıştır.

ABSTRACT

In this thesis that entitled "The Status of the Jurisprudence of the European Court of Human Rights in Turkish Law", it has been aimed to examine what the effect and execution of the judgement and decisions of the European Court of Human Rights are in Turkish law limited with *de lege lata*(positive law). Because of this matter is a part of the question of the relationship between international law and municipal (internal/domestic) law, in the first chapter, the relationship between international law and municipal law (according to theory and practice) has been studied. In the second chapter, it has been tried to determine what kind of obligations the Member States have to enforce and execute of judgements of the European Court of Human Rights according to international aspects of the system of the European

Convention on Human Rights. In the last chapter, it has been discussed the aspects of the relationship between international and municipal law (general status and enforcement of the treaties in domestic law) in Turkish law and tried to determine the status of the European Convention on Human Rights in the hierarchy of norms of Turkish law limited with *de lege lata*. Finally, it has been tried to make some conclusions about the effects and enforcement of judgements and decisions of the European Court of Human Rights, taking into consideration of theory and practice.

ÖNSÖZ

"İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatlarının Türk Pozitif Hukukundaki Yeri" konulu bir tez çalışması yapmamızın nedeni, bu konunun, Türkiye'nin İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin yargı yetkisini zorunlu olarak tanımayı öngören 11. Protokolü imzalaması ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Türkiye ile ilgili kararlarının artması ile birlikte, her geçen gün önemini artırması ve gerek doktrinde gerek uygulamada konunun tam olarak değerlendirilmesinde, milletlerarası hukukla iç hukuk arasındaki ilişkiler konusunda Türk hukukunda Anayasa'nın getirdiği düzenin tam bir açıklığa sahip olmaması nedeniyle, birtakım sıkıntıların yaşanmasıdır. Bu sebeple, konunun zorluğu ve kapsamının genişliğini de göz önüne alarak, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarının Türk Pozitif hukukundaki etkisi ve bu hukuk düzeninde uygulanması meselesini mevcut (pozitif) hukuk düzeni (*de lege lata*) açısından incelemekle sınırlı tutmaya çalıştık. Bu inceleme yapılırken bu sorunun daha genel bir sorun olan "milletlerarası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkiler" sorununun bir parçası olduğundan hareket edilmiş ve tezin birinci bölümünde bu konu genel olarak (teorik görüşler ve uygulama göz önüne alınarak) incelenmiştir. İkinci bölümde de, milletlerarası hukuk açısından İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi sistemi incelenerek bu sistem içinde taraf devletler için öngörülen yükümlülüklerin neler olduğunu ve yükümlülükler içinde de İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarının niteliği ve uygulanması konusunda Sözleşme'nin getirdiği sistemin ne olduğunu saptamaya çalıştık. Son bölümde ise milletlerarası hukukla iç hukuk arasındaki ilişkiler sorunu açısından Türk pozitif hukukunu inceleyip, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin Türk hukukunda kurallar kademesindeki (normlar hiyerarşisi içindeki) yerini belirlemeye çalıştık. Tüm bunlardan çıkan sonuçlara göre de İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarının Türk pozitif hukukunda uygulanması ve etkisini değerlendirdik. Bu değerlendirmeleri yaparken hem teorik görüşleri hem de uygulamayı (mahkeme kararlarını) dikkate alarak bir sonuca varmaya çalıştık. İncelememizi de mevcut olan hukuk sistemi (de lege lata) ile sınırlayıp, olması gereken hukuk (de lege ferenda) açısından konuyu değerlendirme dışında bıraktık. Bu çalışmayı yaparken konunun güçlüğü ve akademik çalışmalar açısından daha yolun başında olmamız nedeniyle yaşadığımız güçlükleri aşmak noktasında, çok değerli bir kaynak eser olan Prof. Toluner'in "Milletlerarası Hukuk ile İç Hukuk Arasındaki İlişkiler" adlı eserinden yararlandığımızı belirtmeyi bir borç biliyoruz.

İÇİNDEKİLER

AÇIKLAMA iii
ÖZ iv
ÖNSÖZ vi
İÇİNDEKİLER vii
KISALTMALAR x

GİRİŞ 1

I. Milletlerarası Hukuk İle İç Hukuk Arasındaki İlişkiler 4
A. Teorik Görüşler 4
1. Düalizm 4
2. Monizm 10
a. Realist Teori 10
b. Normativist Teori 13
3. Teorik Görüşlerin Değerlendirilmesi 16
B. Milletlerarası Alanda İç Hukuk 22
C. İç Hukuk Alanında Milletlerarası Hukuk 27
1.Milletlerarası Andlaşmaların İç Hukukta Uygulanması 27
a. İngiltere 27
b. Amerika Birleşik Devletleri 29
c. Almanya 33
d. Hollanda 35
e. Fransa 36
2.Milletlerarası Örf ve Adet Kurallarının İç Hukukta Uygulanması 38
3.Milletlerarası Mahkeme Kararlarının İç Hukukta Uygulanması 40

II. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatlarının Taraf Devletlerde Uygulanması 52
A. Kurumlar ve İşleyiş 52
1. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin Ortaya Çıkışı 52

2. Sözleşme'nin Niteliği ve Kapsamı 54
3. Sözleşme'de Kabul Edilen Koruma Mekanizması (Sözleşme Organları) 57
a. Komisyon (1953-1999) 57
b. Mahkeme 59
(1) Mahkemeye Başvuru (Bireysel/Devlet Başvurusu ve Koşulları) 60
(2) Mahkemenin Yetkisi 61
i)Kişi Yönünden Yetkisi (*ratione personae*) 61
ii)Konu (Madde) Yönünden Yetkisi (*ratione materiae*) 63
iii)Yer Yönünden Yetkisi (*ratione loci*) 63
iv)Zaman Yönünden Yetkisi (*ratione temporis*) 64
(3)Başvurunun İncelenmesi 65
c. Bakanlar Komitesi 68
d. Genel Sekreter 69
B. Taraf Ülkelerin Sözleşme'den Doğan Yükümlülükleri 69
C. Mahkeme Kararlarının Hukukî Niteliği ve Uygulanması 72
D. Taraf Ülkelerin İç Hukuklarında Sözleşme'nin Yeri 76
1. Anayasa ve Anayasaüstü Değer Taşıyan Ülkeler 76
2. Kanunlarüstü Değer Taşıyan Ülkeler 76
3. Kanunlarla Eşdeğerde Olan Ülkeler 80
4. İç Hukukta Doğrudan Hukukî Geçerliliği Olmayan Ülkeler 82

III. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatlarının Türk Hukukundaki Yeri 84
A. Genel Olarak Milletlerarası Hukuk ile İç Hukuk Arasındaki İlişkiler Açısından Türk Hukuku 84
1. Milletlerarası Andlaşmaların Türk Hukukunda Yeri 84
a. Nitelik Sorunu 84
b. Uygulamada Öncelik Sorunu 87
(1) Doktrin 87
i) Kanunlarla Eşdeğer Sayan Görüşler 87
ii) Kanunlardan Üstün Sayan Görüşler 92
(2) Uygulama 96
2. Milletlerarası Örf ve Adet Hukuku Kurallarının Türk Hukukundaki Yeri 104
B. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin Türk Hukuk Hukukundaki Yeri 108
1. Doktrin 108

2. Uygulama 114
C. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının Türk Hukukundaki Yeri 117
1. Genel Olarak 117
2. *Res Judicata* Etkisi 120
3. *Stare Decisis* Etkisi 122
4. Yargılanmanın Yenilenmesi Yolu 123
SONUÇ 126
BİBLİYOGRAFYA 128

KISALTMALAR

AD	: Annual Digest of Public International Law Cases
AJIL	: American Journal of International Law
AMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ASIL	: American Society of International Law
AYİM	: Askerî Yüksek İdare Mahkemesi
AYİMD	: Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BYIL	: The British Yearbook of International Law
DD	: Danıştay Dergisi
E.	: Esas
EJIL	: European Journal of International Law
ICJ	: International Court of Justice, Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders
ICLQ	: The International Comparative Law Quarterly
İHAM	: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi
İHAS	: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi
ILM	: International Legal Materials
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar Numarası
K.T:	: Karar Tarihi
PCIJ	: Permanent Court of International Justice
RC	: Recueil des Cours, Académie de Droit International
R.G.	: Resmi Gazete
UNRIAA	: United Nations Reports of International Arbitral Awards

GİRİŞ

Bir milletlerarası andlaşma ile kurulmuş olan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM)'nin vermiş olduğu kararların Türk hukukundaki yerinin belirlenmesi meselesi genel olarak milletlerarası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkiler sorunun bir parçasıdır. Bundan hareketle, öncelikle, bu ilişkiler sorunun değerlendirilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Milletlerarası hukuk ile iç hukuk arasında, bir düzene ait kuralın diğerinde geçerli olup olmadığı ve bu kuralların birbirleri karşısındaki değerinin ne olduğu şeklinde tanımlanabilecek bir ilişkiler sorununun, bir sorun olarak ortaya çıkması ve bu soruna getirilecek çözüm, milletlerarası hukuk müesseselerinin açıklanmasında öteden beri başvurulan "milletlerarası hukuk devletlerarası ilişkileri düzenler" prensibine verilecek anlama bağlıdır[1]. Bu açıdan, iç hukuk tasarruflarının düzen getirdiği konularla milletlerarası hukuk kurallarının düzen getirdikleri konular arasında günümüzde daha sık ortaya çıkan ayniyeti görmezlikten gelerek sadece bir "devletlerarası ilişkiler" tanımına dayanarak yapılan değerlendirmeler ilişkiler sorununa yeterli bir çözüm getiremez[2]. Yine aynı şekilde, milletlerarası hukuku iç hukuktan ayıran kendine özgü niteliklerini dikkate almadan yapılacak değerlendirmeler de yeterli olamayacaktır.

Bugün dahi geçerli olacak şekilde, milletlerarası hukuk; kurallarının oluşumunda, uygulanmasında, yorumunda, bu kuralların ihlâlinden ötürü bir sorumluluğun yükletilmesi veya bir yaptırımın uygulanmasında, kural olarak, sadece "devlet" denen siyasi birimleri öngören bir hukuk dalı olarak ortaya çıkar. Milletlerarası hukuk düzeninde geçerli olan bütün kurallar, bunların hukukî esası hakkında hangi görüş benimsenirse benimsensin devletlere izafe edilebilecek eylem ve işlemlerden doğar ve bu kuralların anlamı konusunda bir uyuşmazlık ortaya çıktığında da her iki taraf için bağlayıcı nitelikte bir karar almaya yetkili, devletlerin üstünde bir organ bulunmadığından, bu kuralın yorum yetkisi yine devletlere aittir ve bu kuralların uygulanması da yine ancak devletler tarafından sağlanabilir. Bu genel kurala getirilecek her istisna da yine devlete izafe edilecek bir eylem veya işleme dayanmalıdır yani devletin iradesine bağlıdır[3].

---

[1] Sevin Toluner, **Milletlerarası Hukuk İle İç Hukuk Arasındaki İlişkiler**, İstanbul Üniversitesi Yayınları No:1882, İstanbul, 1973, p. 1 (Bu esere yapılacak atıflar bundan sonra, "Toluner, **ilişkiler**" olarak kısaltılacaktır).

[2] **Ibid.**, p. 1 vd.

[3] **Ibid.**, p. 2.

Bu istisnalar arasında sayılabilecek önemli gelişmelerden biri milletlerarası mahkemelerin kurulması olarak gösterilebilir. Devletlerarası uyuşmazlıkların tarafsız bir makam tarafından kesin bir kararla çözümlenmesinin kabulü, devletlerin yetkilerine getirilen önemli bir sınırlamadır. Ancak milletlerarası alanda iç hukuk anlamında bir yargı fonksiyonunun gerçekleştiğini söyleyebilmek mümkün değildir. Çünkü milletlerarası alanda uyuşmazlıkların yargı yolu ile çözümü devletler için zorunlu bir usul değildir. Yargı yoluna gitmek için uyuşmazlığın doğumundan önce veya sonra devletlerin rızası gerekir. Bu konuda ikinci önemli gelişme olarak milletlerarası teşkilâtların ortaya çıkışı ve bu teşkilâtlara tanınan yetkilerin milletlerarası hukukun yerleşmiş kavramları üzerindeki etkileri olmuştur. Bu konuda milletlerarası ilişkilerde bir yapı değişimine yol açacak bir nitelik kazanıp kazanmadığını belirleyebilmek için bakılması gereken husus, bu teşkilâtların, üye devletlerin iradesi dışında onları bağlayıcı nitelikte kararlar alma yetkisini haiz olup olmadıklarıdır. Bu konuda genel yapıdan ayrılan ve millî üstü teşkilât kavramının pek çok özelliklerini taşıyan Avrupa Birliği örneği belki de en önemli istisnadır. Ayrıca konumuz açısından önemli olan Avrupa Konseyi ve bu teşkilât çerçevesinde insan haklarını korumak için getirilmiş olan koruma mekanizması, bireylere milletlerarası alanda devlet aleyhine başvuru imkânı tanıması ve devletlerin de bu yargı yetkisini kabulü ile bu alanda önemli bir gelişme olarak değerlendirilmektedir.

Bununla beraber bütün bu gelişmeler, bu düzenlerin hukukî esasının devletlerin iradesinde bulmaları ve fiilen gerçekleştirilmeleri (bağlayıcı kararlar için bile devletin ülkesinde icra yetkisinin yine devlete ait olması sebebiyle zorlayıcı olarak icra edilememesi nedeniyle) yine fiilen devletlerin iradelerine dayanmaları zorunluluğu karşısında, milletlerarası toplumun yapısında esaslı bir değişiklik getirmiş olmamaktadır. Bu değişiklik ancak devlete karşı durabilecek (icraî yetkilerle donatılmış) milletlerarası bir gücün kurulması ile gerçekleşebilir.

Bu sebeple milletlerarası andlaşmaların iç hukuklardaki yeri ve uygulanması meselesi hem milletlerarası hukuk hem de iç hukuklar göz önüne alarak değerlendirilmesi gereken bir konu olmaktadır. Aynı şey hemen her zaman bir milletlerarası andlaşmaya dayalı olarak kurulan milletlerarası mahkemeler tarafından alınan kararlarının taraf devletlerin iç hukuklarında uygulanması meselesinde de söz konusudur. Çünkü bu sorunun çözümü ancak, hem bu mahkemenin dayandığı andlaşmada öngörülen yükümlülüklerin kapsamına hem de

taraf devletlerin iç hukuklarında andlaşmaların yeri ve uygulanması konusunda benimsenen sistem ve uygulamaya bakılarak hakkında bir sonuca varılabilecek bir konudur.

Başta ifade ettiğimiz üzere, bir milletlerarası andlaşma ile kurulmuş olan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) kararlarının Türk hukukundaki yerinin belirlenmesi meselesi de genel olarak milletlerarası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkiler sorunun bir parçasıdır ve böyle olduğu için de öncelikle bu sorunun iyi anlaşılıp çözümlenmesi, ondan sonra İHAM içtihatlarının Türk pozitif hukukundaki yerinin değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bundan dolayı çalışmamızın birinci bölümünde bu konuyu genel olarak (teorik görüşleri ve uygulamayı göz önüne alarak) inceledik. İkinci bölümde de, milletlerarası hukuk açısından İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi sistemini inceleyerek, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarının niteliği ve uygulanması konusunda bu sistem içinde taraf devletler için öngörülen yükümlülüklerin neler olduğunu saptamaya çalıştık. Son bölümde ise milletlerarası hukukla iç hukuk arasındaki ilişkiler sorunu (genel olarak andlaşmaların yeri ve uygulanması) açısından Türk pozitif hukukunu inceleyerek, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin Türk hukukunda kurallar kademesindeki (normlar hiyerarşisi içindeki) yerini belirlemeye çalıştık. Tüm bunlardan çıkan sonuçlara göre de İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarının Türk pozitif hukukunda uygulanmasını ve etkisini değerlendirdik. Bu değerlendirmeleri yaparken hem teorik görüşleri hem de uygulamayı (mahkeme kararlarını) dikkate alarak bir sonuca varmaya çalıştık. İncelememizi de mevcut olan hukuk sistemi (*de lege lata*) ile sınırlayıp, olması gereken hukuk (*de lege ferenda*) açısından konuyu değerlendirme dışında bırakmayı uygun bulduk.

I. Milletlerarası Hukuk İle İç Hukuk Arasındaki İlişkiler

Milletlerarası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkiler sorunu, milletlerarası hukukun en önemli konularından biridir. Bu konunun ilgili olduğu sorunlar şu sorularla özetlenebilir: Milletlerarası hukuk kuralları kendiliğinden iç hukuk kuralı şeklini alabilir mi? Bunların millî hukuka aktarılmaksızın, doğrudan, kişiler ve devletin mahkemeleri bakımından hukukî etkileri olabilir mi? Milletlerarası hukuk kurallarının doğrudan doğruya iç hukukta uygulanmalarının kabul edilmesi halinde bu kurallar kendileriyle çatışan herhangi bir iç hukuk kuralı ile çatışmaları durumunda hangi kural öncelikli olarak uygulanacaktır?

Bu konuda önce teorik görüşleri değerlendirip daha sonra milletlerarası hukukta ve devletlerin uygulamasında konuya ilişkin değerlendirmeleri incelemeye çalışacağız.

A. Teorik Görüşler

1. Düalizm

Bu görüşü savunanlara göre, milletlerarası hukuk ve iç hukuk düzenleri birbirinden tamamen ayrı, bağımsız iki ayrı hukuk düzenidir. Özellikle Alman ve İtalyan hukukçular tarafından savunulan bu görüşün önde gelen taraftarları, Triepel ve Anzilotti'dir[1].

Triepel, düalist görüşünü iç hukukla milletlerarası hukuk arasında varlığını varsaydığı iki farklılığa dayandırarak açıklar. Ona göre, milletlerarası hukukla iç hukuk, farklı sosyal ilişkileri düzenlemeleri ve farklı kaynaklardan doğmaları nedeniyle iki ayrı hukuk düzenidir[2]. *Triepel*'e göre her hukuk kuralı sosyal ilişkilerin düzenlenmesine yönelir. Bu sosyal ilişkiler aynı zamanda süjeler arası ilişkilerdir. Eğer milletlerarası hukukla iç hukuk ayrı hukuk sistemleri ise, bu ya kişilerin ya da düzenlenmekte olan sosyal ilişkilerin çeşitliliğinden (farklılığından) olabilir. Burada *Triepel*, biri, hukuk kurallarının muhatabı olabilecek kişiler, diğeri, bu kişiler arasında hakların tanınması ve vecibelerin yüklenmesi şeklinde beliren (hukuk kurallarının düzenlediği) sosyal ilişkiler olmak üzere iki kriter vermektedir. Bu kriterleri kullanırken de, iç hukukun teşkilâtlanmış bir topluluk hukuku

[1] Charles Crozat, **Devletler Umumî Hukuku: Umumî Prensipler ve Tarihçe**, Cilt: I, Çeviren: Edip Çelik, İÜHF yayın no: 102, İstanbul, 1950, p. 75.
[2] Toluner, **ilişkiler**, p.20.

olduğunu ve bireylerarası ilişkilerin ancak bir topluluk hukuku tarafından düzenlenebileceğini kabul ettikten sonra, milletlerarası hukuku *sadece eşit devletler arasındaki ilişkileri düzenleyen* bir hukuk olarak tanımlar[3].

Triepel'e göre, aynı kişilerin, aynı ilişkilerinin ve yine aynı kişilerin ayrı ilişkilerinin çeşitli hukuk kaynakları tarafından düzenlenmesi mümkündür. Bireylerarası ve bireyle devlet arasındaki ilişkilerin bir iç hukuk kaynağından başka bir kaynak tarafından düzenlenmesi düşünülemez, çünkü, topluluk üyesi olarak birey ve devlet için hukuk kuralları yaratan teşkilâtlanmış bir (üst) topluluk yoktur. Her devlet kendi hukuk sistemi ile kendisine tâbi olduğunu kabul ettiği, otoritesini egemen bir şekilde uygulayabileceği kişiler arasındaki ilişkileri düzenler. Bu ilişkiler, bireylerarası, devlet ile birey arasındaki, devletle yabancı devlet arasındaki ilişkiler olabilir. Bireylerarası ilişkiler bir topluluk hukukundan(teşkilâtlanmış bir üst otorite olan hukuktan) başkası tarafından düzenlenemez. Bu düzende her bir birey topluluğun eşit üyesidir ve kendisini bu düzenin normlarına tâbi addeder[4].

Triepel'e göre, yalnız eşit durumda bulunan devletlerden meydana gelen bir topluluğun varlığını kabul edersek, bu devletlerin karşılıklı ilişkilerini düzenleyen bir hukuk kaynağı düşünülebilir ve bu kaynak hükümran devletlerin üstünde bir dünya devleti bulunmadığına göre, devlet hukuk kaynağı olamaz (yani devletler eşit olduklarından devletlerarası ilişkiler bir devlet hukuku tarafından düzenlenemez). Eğer iç hukuktan başka bir kaynaktan doğan bir milletlerarası hukuk varsa, bu eşit devletler arasındaki ilişkileri düzenleyen bir hukuktan başka bir şey olamaz. Böyle bir milletlerarası hukukun varlığını varsayarsak, bu, idare edilen ilişkilerin niteliği itibariyle iç hukuktan ayrılır. İç hukukun idare ettiği ilişkiler milletlerarası bir düzenleme konusu olamaz ve bunun aksi de böyledir. Milletlerarası hukukla iç hukuk eğer farklı kaynaklardan çıkıyorlarsa farklı muhtevalara sahip olmalıdır[5].

---

[3] Toluner, **ilişkiler**, p.21. *Toluner*'e göre; *Triepel,* sosyal ilişkiye düzen getiren kişi(kaynak) ile (burada devlet) bu ilişkinin süjelerini (bu kurallara uymak zorunda olan kişileri) karıştırmaktadır **(loc. cit.)**.

[4] Toluner, **ilişkiler**, p.21.*Toluner*'e göre buradaki tâbiiyetten anlaşılabilecek olan normlara tâbiiyettir. Böyle olunca da hukuk ile hukuk yaratan devlet arasındaki ilişkilerin de bir tâbiiyet ilişkisi olarak ele alınması gerekirken *Triepel* bunu yapmamıştır. Çünkü hukuk yaratan devleti de bu hukuk ile bir tâbiiyet ilişkisi içinde görürse, ayırıcı bir özellik(kriter) olarak gördüğü süjeler üstü bir teşkilât unsurunun anlamı kalmayacaktır. Çünkü Triepel tarafından, düzenlenen ilişkilerin farklılığı, süjelerin ayrılığı, kaynakların ayrılığı, hep bu kritere başvurularak açıklanmaktadır (Toluner, **ilişkiler**, p.21-22).

[5] Toluner, **ilişkiler**, p. 22. *Toluner*'e göre müşterek hukuk kurallarından doğan bu hukukun (milletlerarası hukukun) niçin sadece devletlerarası ilişkileri düzenleme niteliğini haiz olacağı hususunu böyle bir zorunlulukla doğrulmağa imkân yoktur **(loc. cit.)**.

Triepel, bunu (iç hukukla milletlerarası hukukun farklı muhtevaları olduğunu) söylerken bir kanunla (iç hukuk işlemiyle) bir andlaşmanın konusunun aynı olabileceği durumları öngörmemiş değildir. Fakat ona göre, aynı konu bir andlaşma ile düzenlendiğinde devletlerarası bir ilişki yaratacak, bir kanunla düzenlendiğinde bir tâbiiyet ilişkisi düzeni olarak ortaya çıkacaktır[6]. Milletlerarası hukukla iç hukuk arasında düzenlenen ilişkiler ve kaynaklar bakımından böyle bir fark bulan *Triepel*, bundan şu sonucu çıkarır: İç hukukla milletlerarası hukuk yalnız iki ayrı hukuk dalı değil iki ayrı hukuk sistemidir. Biri diğerinin üzerinde olarak değil, yakın ilişkileri olan iki ayrı daire görünümündedirler. Aynı ilişkileri düzenlemedikleri için bu iki hukuk sisteminin kaynakları arasında bir ayniyet, bir kurallar çatışması söz konusu olamaz. Bir düzene ait bir kuralın muhtevasının diğerinde geçerli kılınması isteniyorsa, bunun uygulanacak olan düzenin kural koyma usulüne göre yeniden vazedilmesi gerekir[7]. *Toluner*'e göre kişiyi devletin arkasında saklama zorunluluğunun ve bir milletlerarası hukuk kuralının uygulanabilmesi için bunu iç hukuka çeviren bir iç hukuk tasarrufu arkasından koşma çabasının kaynağını bu görüş teşkil eder[8].

Triepel'in düalizmini, milletlerarası hukukun bütün müesseselerine uygulayarak, etkilerini günümüze kadar getiren *Anzilotti* olmuştur[9]. *Anzilotti*'ye göre iç hukukla milletlerarası hukukun iki ayrı hukuk düzeni oluşu, bunların her birinin mecburîlik kuvvetini farklı temel normlardan almaları nedeniyledir. Milletlerarası hukuk mecburîliğini, *pacta sund servanda* (ahde vefa) prensibinden; iç hukuk ise, kanun koyucunun emirlerine uyulması zorunluluğunu belirten normdan alır. Bundan şu sonuçlar çıkar: İç hukuk şeklinde ortaya çıkan milletlerarası kurallar veya mecburîliğini milletlerarası hukukun temel normundan alan iç hukuk kuralları bulunmaz. İkinci olarak, milletlerarası kurallar iç hukuk kurallarının ve iç hukuk kuralları milletlerarası hukuk kurallarının mecburîlik kuvvetini etkileyemez. Üçüncüsü, milletlerarası hukuk ile iç hukuk arasında gerçek anlamda bir uyuşmazlık olamaz. Bununla beraber, bu, iki hukuk düzeni arasında bir atıf veya iktibas ilişkisinin söz konusu olmasını engellemez[10]. *Anzilotti*'ye göre de üstünlük-tâbiiyet ilişkisi, devlet hukuk düzeninin ayırıcı niteliğini teşkil eder. Devlet hukukunun üstün bir irade tarafından süjelere yüklenen bir emir

---

[6] Toluner, **ilişkiler**, p. 23. *Toluner*'e göre *Triepel*'in böyle bir ayrımın anlamsızlığını görmemiş olmasının tek nedeni, üstün ve hükümran bir devlet anlayışı ile tıka basa doyurulmuş olmasındandır (**loc. cit**).
[7] **Loc. cit.**
[8] **Loc. cit.**
[9] **Ibid.**, pp. 23-24.
[10] D. Anzilotti, **Devletler Hukuku**, çeviren: Sahir Erman, İstanbul Üniversitesi Yayını No: 303. İstanbul. 1946. p. 42-47.

şeklinde belirmesine mukabil, devletlerarası ilişkilerde hukuk kuralı, eşit varlıklar arasında sadece bir anlaşma (taahhüt) niteliğini taşır[11].

Düalist görüş, ayrı ilişkileri düzenleyen ayrı hukuk düzeni kabul ederken ve bu nedenle, bunlar arasında bir çatışmanın söz konusu olamayacağını savunurken, bir düzene ait kuralların özü itibariyle diğerinde uygulanma niteliğini haiz olmadığını aslında ileri sürmüş değildir. Bir düzene ait bir kuralın diğerinde uygulanması için bir transformasyon işleminin gerekliliği, bilâkis bu durum öngörüldüğü için şart koşulan bir gerektir. Bu transformasyon işlemi, bir alanda münhasıran yetkili olduğu kabul edilen devlet iradesinin söz hakkını saklı tutmak amaç edinildiği için, bir zorunluluk olarak belirir[12].

Düalist yazarlar, milletlerarası hukukla iç hukuka ait kuralların muhtevaları arasındaki ilişkileri de kendi görüşlerine göre değerlendirirler. Onlara göre, bu anlamda bir ilişki, ya iktibas durumunda veya atıf durumunda söz konusu olabilir. İktibas biçiminde bir ilişki iki türlü ortaya çıkar. Birincisinde, başka bir hukuk kaynağının getirdiği düzen, muhtevasının açıkça çağrılmış olması nedeniyle, muhtevası ile birlikte bir hukuk düzenine aktarılır. Ancak bazen, bu muhteva, çağrıda bulunan kural tarafından açıkça belirtilmez. Muhtevanın ne olduğunu tayin etmek için, çağrıda bulunan hukuk düzenine bakmak gerekir. Hukuk kuralını, çağrıda bulunan hukuk düzenine katan, bu sonuncusu, iktibas edici atıf ile, bu sonucu doğurmayan ve fakat çok sık rastlanan hukukun iktibasını gerektirmeyen atıf durumunu birbirine karıştırmamak gerekir. Burada atıf yapılan düzenin ilgili kuralı, çağrıda bulunan düzene ait bir kuralın uygulanabilmesi için başvurulması gerekli bir unsurdur fakat bu nedenle çağrıda bulunan hukuk düzenine aktarılmış olmaz[13].

Muhtevaya açık bir çağrıda bulunulmaksızın yapılan iktibas edici atıf durumu, Triepel'e göre, düzenledikleri ilişkiler ve süjeleri ayrı ve farklı olan bu düzenler arasında, ender rastlanabilecek bir durumdur. İktibas, ona göre, muhtevanın aynen aktarıldığı durumlarda söz konusu olabilir. Düzenlenen ilişkiler ve süjeler değişince, bu muhtevanın aynı kalmasına imkân yoktur ve hukukun her türlü tadili, iktibas kavramını ihraç eder[14]. *Anzilotti* ise bu konuda *Triepel*'den farklı olarak böyle bir (muhtevaya açıkça çağrı yapmayan) iktibası kabul eder. Ona göre, böyle bir işlem yeni bir kuralın yaratılması anlamını taşır. Çünkü,

---

[11] Anzilotti, **op. cit..**, p. 38.
[12] Toluner, **ilişkiler**, p.42.
[13] **Ibid.**, p.403-404, Anzilotti, **op. cit.** , pp. 47-48.
[14] Toluner, **ilişkiler**, p. 404.

birinci olarak, kuralın şeklî değeri değişir, bu kural hukukî değerini aktarıldığı hukuk düzeninden alır, diğer kurallarla olan ilişkisi o düzenin ilkelerine göre değerlendirilir. İkinci olarak, farklı nitelikteki düzenler söz konusu olduğundan, kuralın hitap ettiği süjeler değişir. Üçüncü olarak da, iktibasın amacı, süje değişikliği ve bir unsurunu teşkil edeceği düzenin ilkeleriyle olan ilişkileri nedeniyle, kuralın muhtevasının da az çok değiştiği görülür[15]. Toluner'e göre, *Anzilotti*'nin muhtevada meydana gelen bu değişikliğe rağmen, iç hukukla milletlerarası hukuk arasında bu anlamda bir iktibas ilişkisi görmesinin sebebi; teorisinin, istenildiğinde her uygulamanın düalist görüşü destekler şekilde yorumlanmasını mümkün kılan hukukî inceliğidir[16].

Bir andlaşmanın iç hukuka transformasyonunun en doğal sonucu, bu kuralın artık, o nitelikteki bir iç hukuk kuralının kaderini paylaşması olmak gerekir. *Anzilotti* bu sonucu tümüyle kabul etmek istemediği içindir ki, burada, muhtevada meydana gelecek değişikliğe rağmen, bir iktibas edici atıf ilişkisi görmek ister. Böyle bir atıf nedeniyle, iç hukuka dönüştürülmüş olan andlaşma hükmü, yine de milletlerarası alandaki kaderini takip edebilecektir. Ona göre, iç hukuk tasarrufunun konusu andlaşma hükümlerinin muhtevası değil, buna yapılan atıftır. Bundan dolayı, milletlerarası tasarruf, iç hukukta yürürlüğe girmesi, yürürlüğünün durdurulması, yürürlükten kalkması, âkit tarafların sayısında meydana gelen değişiklikler gibi sebeplerle milletlerarası alanda kazandığı nitelikleriyle uyarlı bir biçim alarak uygulanacaktır[17].

Düalist görüşün, pratikte, doğurabileceği en önemli sonuç, bir hukuk düzenine ait bir kuralın, diğerinde, doğrudan doğruya geçerli olmaması, uygulanabilmesi için o düzenin kuralları uyarınca yeniden vazedilmesi gereğidir. Bir kuralı, dahil olacağı hukuk düzeninin kuralları niteliğine sokan, transformasyonunu sağlayan özel bir tasarruf arayanlar, burada her halde sükutu hayale uğrayacaklardır. Çünkü, sadece bu amacın gerçekleştirilmesine yönelmiş özel bir işleme rastlanılmadığı gibi böyle bir zorunluluğu açık olarak öngören bir pozitif kural da yoktur. Bu fonksiyon, andlaşmaların akdine yetki veren kanun veya andlaşmanın usulüne göre akdedilmiş olduğu vakıasını tevsik eden ve hükümlerinin icraî bir nitelik taşıdığı

---

[15] Anzilotti, **op. cit.**, pp. 49-50.
[16] Toluner, **loc cit.**
[17] Anzilotti, **op. cit.**, pp. 295-299. *Triepel* de, muhtevasının bir iç hukuk tasarrufu ile dondurulması ile ortaya çıkabilecek güçlükleri görmemiş değildir. Andlaşmanın muhtevasını iç hukuka aktaran tasarrufun, andlaşmanın milletlerarası alanda muteberiyet kazanmasından önce veya sonra yürürlüğe girmesi halinde belirecek olan garip durum, onun da ilgisini çekmiştir ancak o, bu sonunun çözümü işini, kanun koyucunun dikkat ve basiretine terk etmekle yetinmiştir (Toluner, **ilişkiler**, p. 406).

beyanını da içeren neşir işlemi (*promulgation*) gibi, esasen yapılmakta olan veya başka amaçların gerçekleştirilmesi için de gerekli olabilecek birtakım işlemlere giydirilmektedir[18].

Toluner'e göre, düalist görüş, milletlerarası hukukla iç hukuk arasında farklı niteliklerinden ötürü bir ilişkinin söz konusu olamayacağını savunurken, bunu, fiilen var olan birtakım ilişkileri görmezlikten gelerek yapmamış oldukları belirtilmesi gereken bir hususdur[19]. *Triepel*'e göre, iki hukuk kaynağı arasındaki ilişki, bir tâbiiyet ilişkisi olarak ortaya çıkmıyorsa, yani, hukuk yaratan bir kaynak hukuken diğerinin kaynağını teşkil eden irade tarafından tayin edilmiyorsa, bir önem taşımaz. Bir kaynağın diğeri karşısındaki üstünlüğü, ona tâbi olan kaynağın kural yaratma konusundaki yetkisini, tanıma veya reddetme anlamında olmak üzere, düzenleyebilmesinde görülür. Bu nitelikte bir ilişki, milletlerarası hukukla iç hukuk arasında söz konusu olamaz, çünkü, bunların düzenlemekte olduğu ilişkiler yani hitap ettiği süjeler farklıdır[20].

Kaynağında üstün bir irade bulunan ve bu nedenle, bir tâbiiyet ilişkisi düzeni olarak beliren iç hukukla, ancak bir eşitlik ilişkisi düzeni biçimini alabilecek milletlerarası hukuk arasında, hükümran devlet anlayışından vazgeçilmedikçe ortadan kaldırılamayacak olan bir nitelik farkı vardır düalist görüşe göre[21]. Monist yazarların, bu hakimiyet kavramına hücum etmekle işe başlamaları, düalistlerin fikrî yapısının tek dayanağını doğru teşhis etmiş olmalarından ötürüdür. Nitekim düalist görüşün kurucusu olan *Triepel* ve *Anzilotti*, bu üstün iradenin inhisarî yetkisini saklı tutmak için, emir, yasak ve yetkilere uygun veya aykırı olma şeklinde beliren ilişkilerin, devlet faaliyeti ile milletlerarası hukuk arasında bulunup, sadece milletlerarası alanda önem kazanacağını, bunun, iç hukuk kurallarının iç hukuk alanındaki hukukî etkileri ile ilgili olabilecek bir yönünün bulunmadığı noktasında ısrarla durma gereğini duyarlar. Onlara göre, burada söz konusu olan bir kurallar çatışması değil, iki ayrı hukuk düzeninin kabul etmiş olduğu çözümler arasında ortaya çıkmış bulunan bir farktır. Aynı bir faaliyet nedeni ile devlet, iki ayrı hukuk düzeninin süjesidir, iki ayrı hukuk kişiliği vardır[22].

---

[18] Toluner, **ilişkiler**, p. 404-405.
[19] **Ibid.**, p. 401-402.
[20] Triepel'den aktaran Toluner, **ilişkiler**, p.402.
[21] **İbid.**, p.403.
[22] Triepel'den aktaran Toluner, **loc. cit.**; Anzilotti, **op. cit.**, p. 47. Bu konuya Anzilotti şu örneği veriyor: Andlaşmanın suçluyu iade etmek mecburiyetini yüklemiş olduğu bir durumda, suçluyu iade etmeyi men eden bir iç hukuk kuralına dayanarak iade talebinin reddi, iç hukuk düzeni bakımından meşru, milletlerarası hukuk düzeni bakımından ise gayrı meşru bir tasarruftur, nasıl ki aynı bir sözleşme İtalyan hukuk düzenine göre geçerli olurken, Fransız hukuk düzeninde batıl olabilir. Bundan dolayı bu kurallar arasında bir ihtilaf değil fakat farklı hukuk düzenlerinin takdirleri arasında bir fark mevzu bahistir. (bakınız, Anzilotti, **loc. cit.**)

2. Monizm

Monist doktrine göre, iki hukuk sistemi (milletlerarası hukuk-iç hukuk) tek bir hukukî yapının parçalarıdır[23].

İki monist teorinin en büyük başarısı, düalist dogmanın kaynağını teşkil eden, bu tabulaştırılarak devlete giydirilen, hakimiyet kavramına karşı durmalarından dolayıdır. Bunlardan birisi *Duguit*'nin realist teorisidir. Milletlerarası hukuk sorunlarının çözümünde, bu teori *Scelle* tarafından benimsenerek işlenmiştir. İkincisi, *Kelsen*'in normativist teorisidir. Birincisi teorisini kuralların özünü esas alarak işler. Diğeri, sadece pozitif olanı esas alması nedeniyle pozitivisttir, ancak, onun pozitivizmi, iradeci bir pozitivizm değildir[24]. Kelsen, hukukun saf teorisi ile sadece hukuk olanı, olan "*sein*" olarak değil, olması gereken "*sollen*" olarak ele alır. Hukuku sadece mantikî-şeklî yapısı açısından değerlendirme yolunu seçtiği için teorisi normativist teori olarak adlandırılmıştır[25]. İkisinin birleştiği husus, hukuka, irade dışında bir kaynak aramaları ve böylece üstün irade sahibi bir hükmî şahıs, daha özel olarak, hükümran bir devlet kavramının varlığını gereksiz kılmalarıdır[26].

a. Realist Teori

Duguit'nin amacı hukuk alanında, "bir vakıa olarak müşahede edilemeyen" kavramları ortadan kaldırmak, hukuku yalnız, gerçek bir realist metotla açıklamaktır. Bu nedenle hukukun sübjektivist bir açıdan değil, objektivist bir açıdan değerlendirilmesi gereğini savunur. Sübjektif hukuk anlayışına, bir iradeye diğer bir irade üzerinde etki yapabilecek bir kudret tanınması anlamına geleceği için itiraz eder. İnsan iradesinin veya bazı iradelerin böyle bir kudreti haiz olduğu bir vakıa olarak görülemez. Görülebilecek olan insanın şuurlu bir varlık olduğu ve toplum içinde, ihlâli halinde bir sosyal tepki ile karşılanan, gereğinde teşkilâtlandırılmış, davranış kurallarına tâbi olarak yaşamakta olduğu vakıasıdır[27]. Hükmî şahıs kavramı da, aynı nedenle tartışılmış ve kendisini meydana getiren gerçek kişilerden ayrı bir kişiliği ve iradesi olan bir varlık, bir vakıa olarak görülemeyeceği kabul

---

[23] R. Jennings, A. Watts (eds.), **Oppenheim's International Law**, 9. Edition, Vol. I, Part 1, Longman, 1992, p. 54.
[24] Toluner, **ilişkiler**, p. 25.
[25] Vecdi Aral, "Kelsen'in Hukuk Anlayışı", **İÜHFM**, Cilt:34, Yıl:1969, p. 513.
[26] Toluner, **loc. cit.**
[27] Aktaran Toluner, **loc. cit.**

edilmiştir. Sadece gerçek kişilerin varlığı ve kişisel iradeleri belirlenebilir. Bu sebeple devlet iradesi denen şey, o toplumda cebir kudretini inhisarına alan idare edenlerin kişisel iradelerinden başka bir irade değildir[28]. *Duguit*, devlet iradesini, bu üstün olma niteliğinden sıyırmakla, bunun hukukun kaynağı olması nedenini ortadan kaldırmış; bunu devletin kendi deyişiyle idare edenlerin kaynağını irade dışında bulan bir objektif hukukla bağlı kılınmasını sağlamak için yapmıştır[29]. Bu objektif hukuk da; yine insanın şuurlu ve sosyal bir varlık olması gibi gözlem yoluyla tespit edilebilecek olan bir vakıaya dayandırılır. İnsan toplum içinde yaşamak zorundadır, ortak ihtiyaçları onu işbölümü yoluyla dayanışmaya iter. Bu dayanışma varlığı tartışılamayan bir vakıadır. Sosyal normun kaynağında da bu vakıa vardır. Sosyal norm, sosyal düzensizlik yaratan davranışları yasaklar. Bir sosyal normun hukukî nitelik kazanması ise, belli bir toplumda normun sosyal kuvvet tarafından yaptırım altına alınması, sosyal dayanışma için gerekli ve adalete uygun olacağı yolunda bir inancın yaygın olarak belirmesi ile olur. Bu bilinçle birlikte hukuk kuralı doğar. Kanun koyucu pozitif hukuk, bunun yaratıcısı değil, sadece bunu beyan edendir[30]. Hukukun kaynağı, emretme kudretini haiz olan üstün bir iradede bulunmayınca, böyle bir iradeden yoksun olan milletlerarası toplumda bir hukukun varlığını ispatlamak da güç olmamıştır. *Duguit*'ye göre, iki ayrı topluma mensup kişiler arasındaki ilişkiler bir dayanışma bilinci doğuracak ölçüde yoğunlaştığı andan itibaren bir toplum doğar. Başlangıçta iktisadî ve ahlâkî olan bu sosyal norm, toplumda, bunların bir yaptırıma bağlanması hususunun toplumlararası ilişkiler açısından önemli ve adil olduğu yolunda bir bilincin doğmasıyla hukukîleşir[31]. *Duguit*, iç hukukla milletlerarası hukuku aynı esasa, sosyal dayanışma vakıasına dayandırmakla yetinmiş, bir sosyal çevre ile diğer bir sosyal çevre arasında bir çatışma durumunu öngörmemiştir[32].

Milletlerarası hukukla iç hukukun çatışması sorunu, ana hatlarıyla *Duguit*'nin görüşünü benimseyen *Scelle* tarafından değerlendirilmiştir[33]. *Scelle*'e göre de, normatif düzenler kaynağını, sosyal dayanışmada ve sosyal amaçlarda bulur. Bir norm, sosyal teşkilât bunu bir yaptırıma bağladığı ve gerçekleştirilmesini gerekli kıldığı anda hukukî nitelik kazanır. Hukukî kişilik, sosyal amaçların gerçekleştirilmesinde bir vasıtadan başka bir şey değildir. Devletin kişiliği kavramının, devletin varlık ve amaçlarının meşruiyetinin

[28] Aktaran Toluner, **ibid.**, p.26.
[29] **Loc. cit.**
[30] **Ibid.**, p.26-27.
[31] **Ibid.**, p.27.
[32] **Loc. cit.**
[33] **Loc. cit.**

milletlerarası hukuk düzeni tarafından tanınmakta olduğu hususunu belirtmekten başka bir anlamı yoktur[34]. Bu görüş altında, iç hukuk varlık nedenini milletlerarası hukukun bir delegasyonunda bulur. Ancak milletlerarası hukukun üstünlüğü varsayımına dayandırılan bu durumun sosyal dayanışma vakıasının bir gereği olarak ortaya çıktığı söylenemez. Bu dayanışma vakıasından doğan bir kuralın, aynı esastan doğan diğer bir kural karşısındaki durumunun değerlendirilmesi için bir başka kriterin varlığı gereklidir[35]. Bu konuda *Scelle*; birbirinden az veya çok bağımsız iki topluluğa mensup kişiler arasında ilişkilerin doğması ile birlikte bunları düzenleyen kurallar da ortaya çıkar. Bu hukuk kuralları daha önce var olan düzenlere nispetle bir üst düzen teşkil eder. Düzeni gerekli kılan, toplumlararası ilişkilerin varlığı olduğuna göre, bundan mantıken çıkarılması gereken sonuç, bu üstünlüğün, bu düzenin, daha geniş bir toplumun içinde cereyan eden ilişkilere bir düzen getirmekte oluşu nedeniyle ortaya çıktığıdır. *Scelle*'e göre, her toplumlararası hukuk düzeni zorunlu olarak iki alternatif karşısındadır. Altta olan veya ona dahil olmuş bulunan düzenleri ya yönetecektir veya ortadan kaldıracaktır. Devlet hukuk düzenlerinin milletlerarası hukuk düzenlerine tâbi olmasından çok, devlet hukukunun milletlerarası hukuk tarafından bastırılması söz konusudur. Üst hukuk düzeni, onunla bağdaşmadığı ölçüde alt hukuk düzenini bastırmakla kalmaz onu *ipso facto* ilga eder. Daha geniş olan toplumun temelindeki biyolojik kural alttaki toplum için de bu niteliği taşır, çünkü, dayanışma vakıası ortaya çıkmış ve devam etmiş ise, bu o toplumu meydana getiren kişilerin ihtiyaçlarının giderilmesinde zorunlu olduğu için çıkmıştır[36]. Dayanışma çözülmüşse ki bir milletlerarası hukuk kuralına aykırı bir iç hukuk kuralının belirmesi bunun hiç olmazsa o toplum açısından artık söz konusu olmadığını gösterir, milletlerarası hukukun üstünlüğü nasıl açıklanacaktır[37]?

Scelle, milletlerarası hukukun üstünlüğünü gerçekleştirdiği sosyal amacın değerine dayandırmıştır[38]. *Toluner*'e göre, üstünlüğün sadece, getirilen düzenin daha geniş çevreli bir toplum içindeki ilişkilerin düzenlenmesinden başka bir esasa dayandırılmadığını belirtmek bu teorinin ilişkiler sorununa bir cevap getirmediğini gösterir. Milletlerarası hukuk kuralı ile çatışan iç hukuk kuralı da, daha dar bir çevrede başka ilişkilerden doğan bir dayanışma vakıasına dayanacağına göre, birini diğerine tercih etmek için ne gibi bir esasa dayanılmaktadır? Alt düzenin sadece üst düzene konu teşkil etmeyen hususlarda yetkili

---

[34] George Scelle, "Some Reflection on Juridical Personality in International Law", **Law and Politics in the World Community**, University of California Press, 1953, pp.49-58.
[35] Toluner, **ilişkiler**, p.28-29.
[36] Aktaran **Toluner, ibid.**, p.29.
[37] **Loc. cit.**
[38] Scelle, **op. cit.**, p.55.

olmasını kabul etmek, üst düzenin dayandığı dayanışma vakıasının değişmezliğini savunmak gibi bu kavramın niteliği ile bağdaşmayacak bir sonuç olduğu gibi, dayanışma vakıaları arasında *a priori* bir değerlendirme yapma anlamını taşır[39].

b. Normativist Teori

Kelsen, teorisini uygulamayı öngörerek işlemeğe çalışır. O da hukuk normu olarak, iç hukukla milletlerarası hukuk arasında varlığı ileri sürülen farkların bu konuda ayrı bir çözümün kabulünü gerektirecek nitelikte olmadığını doğrulamaya çalışmakla işe başlar[40]. *Kelsen*'e göre, norm, belirli bir insan davranışını düzenler. Hukuk normatif bir düzendir ve hukuk normları yaptırımları öngördüğünden, hukuk zorlayıcı bir düzendir[41]. Genellikle haksız fiil (hukuk normunun istediği davranışın zıddı), hukukun ihlâli (daha doğru ifadeyle hukuk düzeninin bozulması) olarak tanımlanır. Oysa bir hukuk normunun varlığı kendi geçerliliğini de içerir ve belirli bir davranışı düzenleyen bu normun geçerliliği onun zıddı olan davranıştan etkilenmez. Eğer belirli bir davranış düzenlenmişse, tabi ki onun zıddı olan davranış olasılığı öngörülmüştür.(Örneğin) Hırsızlık imkânsızsa, "çalmamalısın" şeklinde bir hukuk normu anlamsız olacaktır. Böyle olunca haksız fiil ne hukukun bozulması, ne de inkârıdır. Bilakis, hukuk tarafından yaptırımın bir şartı olarak belirlenmiş bir davranıştır[42]. Eğer devletlerin zorlayıcı eylemleri, bir devletin bir başka devletin menfaat alanına zor kullanarak bir müdahalesi, prensip olarak, sadece haksız bir fiile karşı tepki olarak yapıldığı hallerde kabul ediliyor, bütün diğer hallerde zor kullanılması yasaklanıyorsa, milletlerarası hukuk gerçek bir hukuk düzenidir[43]. Fakat milletlerarası hukuk iç hukuktan birçok yönden farklıdır. Milletlerarası hukukla iç hukuk arasındaki en önemli fark, milletlerarası hukukta yaptırımları uygulayacak merkezi bir organın bulunmaması ve bu fonksiyonun milletlerarası hukukun birer süjesi olan devletlere bırakılmış olmasıdır[44]. Farklı olan bir diğer önemli nokta, milletlerarası hukukta sorumluluğun genellikle kolektif oluşu ve iç hukukta yaygın olan kusura dayanan sübjektif sorumluluk yerine, kusura dayanmayan objektif bir sorumluluk esasının benimsenmiş olmasıdır. Fakat ne kusura dayanan sübjektif sorumluluk milletlerarası

---

[39] Toluner, **ilişkiler**, 29-30.
[40] **Ibid.**, p.31.
[41] Hans Kelsen, **Principles of International Law**, New York, 1956, p. 6.
[42] **Ibid.**, p. 7.
[43] **Ibid.**, p. 18.
[44] **Ibid.**, pp. 402-403.

hukukun, ne de kolektif ve objektif sorumluluk iç hukukun tamamen dışında bırakılabilir. Bu açıdan bakıldığında, milletlerarası hukukla iç hukuk arasındaki fark bir derece farkıdır[45].

Kelsen, milletlerarası hukukla iç hukuk arasında kişiler bakımından ileri sürülen farkları kabul etmez: Ona göre hukuk, aslında insan davranışını düzenler; sosyal bir bilimdir. Aynı şekilde milletlerarası hukuk da insan davranışlarını düzenler. Milletlerarası hukuk kurallarını uygulayan ve milletlerarası hukuk yaptırımlarına maruz kalan insanlardır. Milletlerarası hukukun süjeleri yine kişilerdir. Milletlerarası hukukun süjeleri hükmî şahsiyetler olarak devletlerdir ifadesi, bireylerin milletlerarası hukuk süjesi olmadıkları anlamına değil; bilâkis, iç hukukun alışılmış düzeninden farklı olarak kendine özgü bir şekilde milletlerarası hukukun süjesi oldukları anlamına gelir[46].

Devlete bu açıdan bakıldığında, onun kuvvetle donatılmış bir varlık olduğundan söz açılamaz. Çünkü, kuvvet hukukta doğal bir ilişki olarak değil. normlarla düzenlendiği için sosyal bir ilişki olarak ele alınabilir. Bir kişinin kuvveti sosyal düzen tarafından kendisine tanınan yetkidir. Böyle olunca bir kişinin kuvveti değil o sosyal düzenin kuvveti söz konusu olur. Bir sosyal düzenin kuvveti onun tesirli oluşunda yani, genellikle uygulandığı ve kabul edildiği ölçüdedir. Bir kuvvet olarak devlet, hukuk düzenin tesirliliği; bir düzen veya teşkilât olarak bu düzenin bizzat kendisi; bir kişi olarak tasavvur edildiğinde ise, bu düzenin kişiselleştirilmesidir[47]. Bu bakımdan, devletin, eylem yapan kişilik olarak değil, bir normatif düzen olarak hakimiyeti haiz olduğu söylenebilir. Kişi olarak devlet, devletin organı olarak hareket eden bir gerçek kişiden başka bir şey değildir ve devletin organı olarak bu hukuk düzenine tâbidir[48]. Bu muhakemesi ile *Kelsen*, hakimiyet anlayışının belkemiğini teşkil eden bir kuvvet unsurunu ve bu öngörülmek suretiyle, iç hukukun vazgeçilmez bir niteliği olarak kabul edilen, üstünlük-tâbiiyet ilişkisi dogmasını çürütmüş, hakimiyeti hukuka giydirmek ve hukukî kişiliği, hukuk düzeni tarafından tanınan hak ve borçların bütünü olarak tanımak suretiyle düalist görüşün dayanaklarından olan bir unsuru anlamsız kılmıştır[49].

Kelsen, yine milletlerarası hukukla iç hukuk arasında kaynaklar bakımından kabul edilen farklılığı da kabul etmez. Ona göre, çeşitli normlar geçerliliklerini aynı temel normdan alıyorlarsa, aynı hukukî düzene aittirler. Milletlerarası hukukla iç hukuk arasındaki ilişkiyi

---

[45] **Ibid.**, p. 401.
[46] **Ibid.**, p. 97.
[47] **Ibid.**, pp. 105-106-107.
[48] **Ibid.**, p. 109.
[49] Toluner, **ilişkiler**, p.33.

belirleyebilmek için, bu iki hukuk düzenindeki normların geçerliliklerini aynı mı yoksa farklı mı temel normlardan aldıkları incelenmesi gereken bir konudur[50]. Milletlerarası hukukla iç hukuk bu şekilde, aynı temel norma bağlanabiliyorsa bir birlik içinde görülebilirler. Bu sebeple, iç hukukla milletlerarası hukukun birliği mantıkî bir postuladır[51]. Hukukçu bunları aynı sistemin parçaları olarak değerlendirmek zorundadır. Burada iki ihtimal söz konusu olabilir. Ya bu iki normlar silsilesi bir üstünlük-tâbiiyet ilişkisi içindedir, bu takdirde altta bulunan düzen geçerliliğini üstte bulunan düzenden alır, veya bir eşitlik ilişkisi içinde bulunurlar. Bu takdirde, bu düzenler, geçerliliklerini, her ikisinin de üstünde bulunan, benzer bir üçüncü hukuk düzeninden alırlar. Böyle bir üçüncü düzen mevcut olmadığına göre, milletlerarası hukukla iç hukuk arasındaki ilişkilerin bir üstünlük-tâbiiyet ilişkisi şeklinde belirmesi zorunlu olur[52].

Üstün olan normun hangisi olacağı sorusunu da *Kelsen*'e göre teorik açıdan, temel norm olarak kabul edilecek normun niteliğine göre iki şekilde çözümlenebilir. Ya iç hukukun temel normu esas alınır; bu takdirde, milletlerarası hukukun iç hukukun bir delegasyonuna dayandığı ileri sürülebilir. Veya milletlerarası hukukun temel normu esas alınarak iç hukukun bunun bir delegasyonuna dayandığı kabul edilir. Her iki durumda da hukuk aynı bütün içinde kavranmaktadır. İki şıktan birinin seçiminin takdirî bir husus olduğunu belirten *Kelsen*'in kişisel görüşü, milletlerarası hukukun üstün bir düzen olduğu yolundadır[53].

Kelsen'e göre, iç hukukun rölatif temel normunu oluşturan ve tartışılmaksızın kabul edilmesi gereken, ilk anayasanın öngördüğü biçimde davranılması prensibi, muteberiyetini milletlerarası hukukun tesirlilik prensibinden alır. Bu prensibe göre, belli bir ülkede ve bu ülke üzerinde yaşayan kişiler üzerinde, kurdukları zorlayıcı düzene bağımsız bir biçimde itaat sağlayan kişiler o toplumun meşru hükûmetidir. Sadece böyle bir nitelikteki otoritenin zorlayıcı düzeni bir hukuk düzeni olabilir ve ancak bu düzenin meydana getirdiği toplum, milletlerarası hukuk anlamında "devlet" olarak addedilebilir. Milletlerarası hukukun temel normu ise, *örf ve adetin hukuk yaratan bir vakıa olduğu hipotezidir*[54].

---

[50] Kelsen, **op. cit.**, pp. 408-409.
[51] **Ibid.**, p. 424.
[52] **Ibid.**, p. 424.
[53] Toluner, **ilişkiler**, p. 35.
[54] **Ibid.**, p.36.

Kelsen, milletlerarası hukukla iç hukukun çatışması durumunda hukuk birliği prensibinin zedelenmediğini ileri sürer. Ona göre. nasıl ki, anayasaya aykırı olan bir kanun, yetkili mahkeme tarafından bu şekilde tanımlanmadığı sürece muteber ise, milletlerarası hukuka aykırı olan bir iç hukuk tasarrufu da kendiliğinden batıl addedilemez[55]. Bir üst normu ihlâl eden norm, bir haksız fiil olabilir. Fakat *Kelsen*'e göre haksız fiil hukukun inkârı değil bizzat hukukun öngördüğü bir durumdur. Bu bakımdan bir normun kaynağını haksız fiilde bulması mantıkî bir tezat oluşturmaz[56]. Milletlerarası hukukta kendisine aykırı olan iç hukuk normlarını ilga edecek bir usul tesis edilmiş değildir. İç hukuk normlarının muhtevasının, milletlerarası hukuk kuralları tarafından tayin edilmiş olması, bunlara aykırı muhtevalı iç hukuk kurallarının muteber olabilmesi imkânını ihraç etmez[57]. Toluner'e göre, bir milletlerarası hukuk kuralına aykırı olan bir iç hukuk kuralının, sırf bu nedenle batıl addedilmesinin gerekli olmayacağını kabul etmekle Kelsen, çok önemli bir noktada düalist görüşle aynı sonuca varmıştır, bu konuda *Kelsen*'in teorisinin özelliği, milletlerarası hukukun niteliği itibariyle iç hukuktan farklı olmadığı ve kişilere uygulanması için bir tranformasyon işlemine gerek olmadığı hususudur[58].

3. Teorik Görüşlerin Değerlendirilmesi

İlişkiler konusundaki teorik tartışmaları tamamıyla yapay ve gereksiz bulan *Fitzmaurice*'e göre[59], eğer aynı kurallar, aynı ilişkiler ve tasarruflara uygulanabiliyorsa, ortak bir alan söz konusu olabilir. Monist görüşler de zaten, aynı zamanda ve aynı alanda muteber olan kuralların bir birlik arz etmesi zorunluluğundan söz ederler. Her iki düzene ait kuralların geçerli olabileceği bu anlamda ortak bir alan yoktur. Çünkü milletlerarası hukuk, devletlerarası ilişkileri düzenler. Milletlerarası hukukun, devletin ülkesi üzerindeki yetkilerini sınırladığı veya ona ülkesi üzerinde gerçekleştirebilecek olan bazı yükümler yüklediği söylendiği zaman, bundan, bu kuralların o ülkede devletin yetkilerini sınırlamakta olduğu sonucu çıkarılamaz. Bundan sadece, bu kurallara aykırı olarak birtakım davranışların bulunması halinde, devletin, milletlerarası hukuk açısından hukuku ihlâl etmiş sayılacağı sonucu çıkar. Burada bir hukuk düzeninin diğerine üstün olması değil, bu düzenlerin,

---

[55] Kelsen, **op. cit.**, 421-422.
[56] **Ibid.**, 422.
[57] **Ibid.**, 423.
[58] Toluner, **ilişkiler**, p. 38.
[59] G.G. Fitzmaurice, "The General Principles of International Law Considered from Standpoint of the Rule of Law", **RC**, Cild: II, Yıl: 1957, pp. 70-71.

düzenledikleri ilişkiler alanında üstünlüğü, daha doğrusu, o alanda uygulanabilecek bir düzen oluşu anlaşılmak gerekir. Burada bir kurallar çatışması değil, ayrı ilişkileri düzenleyen kuralların yüklediği vecibeler arasında bir çatışma söz konusudur. Ortak bir alan bulma çabasına düşen monist teori, bunu, ancak, devletin belli bazı kişilerden başka bir varlığı olmadığını ileri sürmekle başarabilmiştir. Oysa, ilişkilere giren ve haklar ve borçlar yüklenen yine herhangi bir kişi değil, kolektivite namına hareket eden ve organ olan kişilerdir. Devletin hukuk kişiliği, gerekli ve faydalı bir hipotezdir. Bu böyleyse, devletin tâbi olduğu hukuk düzenine göre farklı hukuki kişiliğe sahip olması imkânsızlığı ortadan kalkar[60]. Yazar'a göre, monist teorinin kabul edilemeyecek olan ikinci yönü, bu düzenleri bir üstünlük-tâbiiyet ilişkisi içinde görmek zorunluluğu düşmüş olmasıdır. Üstünlük, her iki düzene de tanınabileceğine göre, birinin diğerine üstünlüğü mantıkî bir zaruret olarak belirmez. Bu bilâkis ikisinin de eşit değerde olduğunu gösterir. Eşit değerde olan düzenler arasında bir üstünlük-tâbiiyet ilişkisi ancak her ikisine de üstün olan bir hukuk düzeni tarafından sağlanabilir. Monist doğal hukukçular, böyle bir üçüncü düzen kabul ettikleri için, bu çıkmaza düşmezler. Bu pozitivist monistlerin düşmeleri kaçınılmaz olan bir hatadır ve bundan ötürü pozitivizm ile monizmin birbiri ile bağdaşabilecek iki teori olup olmadığı sorusu haklı olarak ortaya atılabilir. Sonuç olarak *Fitzmaurice*'e göre her iki teori de ortak bir alanın bulunduğu varsayımına dayandığı için kabul edilemez. Bu alanın yokluğu bu konuda bir tutum takınma gereğini de ortadan kaldırır ve bu tartışmaların tamamıyla yapay ve gerçekle ilgili olmayan bir tartışma olduğunu gösterir[61].

---

[60] *Toluner*'e göre; *Kelsen*'in, devletin hükmî şahsiyetini parçalayıp bunu gerçek kişilerin iradesinden ibaret görmesinin nedeni, milletlerarası ilişkilerin niteliğini, bu düzenin süjelerine bağlayan ve bu konudaki inhisarcılığın temelinde yatan hakimiyet anlayışına karşı çıkmak içindir. *Kelsen*'de, devlet namına hareket eden kişi, kendi hesabına değil, yine bir organ olarak hareket etmektedir ve bu organın tespiti için yine bir devlet varsayımına başvurmak gereklidir. Ancak *Kelsen*'in reddetmek istediği, bu varsayımın bizatihi kendisi değil, bu varsayıma bağlanan sonuçlardır. Onun gerçekte doğrulamaya çalıştığı husus; bütün hukuk kuralları sadece insan davranışlarını düzenleyebileceğine göre, bir kuralın devletler arasında yapılan bir tasarruftan doğması tek başına bir nitelik farkı yaratmaz çünkü bu kurallar bir *hukuk normu olarak değil tasarruf olarak farklıdır*. Bir kuralın süjesi her halde onu meydana getiren değil, bu kuralın öngördüğü iradî fiili gerçekleştirecek olandır. Bu görüşüyle *Kelsen*, günümüzde, kişiler arası ilişkilere doğrudan doğruya bir düzen getiren milletlerarası hukuk kurallarının gittikçe artmakta oluşu vakıası karşısında, bu kuralların iç hukuklarda uygulanması yolunda konmak istenen engelleri kaldırdığı için, faydası da bulunan bir çözüm getirmiştir (Toluner, **ilişkiler**, p. 44).

[61] Fitzmaurice, **op. cit.**, *passim*. *Toluner*'e göre, milletlerarası hukukla iç hukukun bir üstünlük-tâbiiyet ilişkisi içinde değerlendirilmesine karşı ileri sürülen tenkitlere katılmamak, bugünün ortamı öngörüldüğünde mümkün değildir. Böyle bir üstünlük-tâbiiyet ilişkisini savunmakla ne *Kelsen*'in teorisi saf ve pozitif kalabilmiş ne de ayrı bir esastan hareket eden *Scele*, sadece vakıaya, sosyal dayanışmaya dayanabilmiştir. Bir milletlerarası hukuk kuralına iç hukuk düzeninde bir üstünlük tanıyan, kaynağında ilahi bir kuralın varlığı kabul edilmedikçe, -doğal hukukçuların da bu konuda bir kuralın varlığını nasıl doğrulayabilecekleri de anlaşılamaz çünkü bu, her zaman sübjektif bir değerlendirmeyi gerektiren bir hususdur-, bir kuralın niteliği itibarıyla bir üstünlüğü haiz olduğu objektif olarak ispat edilemez (Toluner, **ilişkiler**, pp. 44-45).

Kelsen, düalist görüşe şu noktada önemli bir eleştiri getirir: Eğer (milletlerarası) bir tasarrufun, uygulanacağı (iç) hukuk düzeninin kuralları niteliğini kazanması gerekli ise, bu kuralların bu niteliği kazanmadan önce, devlet organlarını nasıl bağlayabileceği anlaşılamaz.[62]. Düalist görüşü, bu noktada çıkmazdan kurtaran devletin iki ayrı hukukî kişiliği varsayımları olmuştur. Bu durumda da bir kişiliği uyarınca haiz olduğu hak ve borçların diğer hukukî kişiliğini nasıl bağlayacağı sorusu ortaya çıkar. Burada da düalist görüş, yine bir varsayıma dayanır ve devletin, milletlerarası alanda yüklenmiş olduğu vecibelere uygun hareket etme niyetinde bulunduğunu bir karine olarak kabul eder. Bu karine, uygulamada, kurallar çatışmasının çözümlenmesinde sık başvurulan bir ilke olmuştur[63].

Düalistlerin tenkide uğradıkları önemli bir nokta da, getirdikleri yorum ile milletlerarası örf ve adet hukukunun iç hukukta uygulanması vakıasını açıklayamamış olmalarıdır. Andlaşmalardan farklı olarak, bu kuralların iç hukuka çevrilmesini sağlayan belirli bir işlem bulmak güçtür[64].

Toluner'e göre, düalist görüş gücünü, milletlerarası toplumun bugün dahi değişmemiş bulunan teşkilâttan yoksun yapısının özelliğinden almıştır. Bu niteliği bir derece farkı biçimine sokmaya çalışan her teori bu vakıanın gücüne karşı direnmek gibi elverişsiz bir durumda kalmıştır. Bununla beraber, bu ortamın özelliklerine rağmen, bir hukukun varlığını gerekli kılan sebepler, teorik açıdan ne biçimde açıklanmış olursa olsun, uygulamada, bir hukuk kuralının niteliği ile uyarlı olan sonuçların gerçekleştirilesini sağlayabilmiştir. Bunun doğrulanması için, şu veya bu teorinin kalıplarına girme çabasına düşmeksizin, bu konuda yegâne kanıt olabilecek uygulamayı, bir önyargıdan uzak olarak değerlendirme yoluna gidilmesi, yeterlidir. Bu açıdan bakıldığında, bu sorun üzerindeki tartışmalara yön vermiş olan düalist ve monist görüşlerin, ayrı ilkelere dayanmakla beraber aynı şeyi başka sözlerle söylemekten başka bir şey yapmamış oldukları ortaya çıkar[65].

Toluner'e göre, iç hukukla milletlerarası hukuk arasında bu teorilerin ortaya çıktığı zamanda bir nitelik farkı bulmakla, bugün bir farklılık bulmak aynı anlamı taşımaz. Bugünün hukukî düşüncesi, kaynağında ne şekilde eleştirilirse eleştirilsin, hukukla bağlı bir devlet anlayışıyla doyurulmuştur. Devlete hukuk düzeninden başka bir varlık tanımama veya bunu

---

[62] Toluner, **ilişkiler**, p. 408.
[63] **Ibid.**
[64] **Ibid.**, p.408-409.
[65] **Ibid.**, p. 401.

objektif hukuku beyan etmekle yükümlü idare edenlerden ibaret görme çabaları, üstün bir irade ile donatılan dokunulmaz bir devlet anlayışının terk edilmesi yolundaki katkıları açısından değerlendirilebilir ve değerleri de bu noktadadır[66].

Düalist teori, özü itibarıyla bir iç hukuk tasarrufuna da konu olabilecek olan ve kişi davranışlarını öngörerek bir düzen getiren milletlerarası hukuk kurallarının doğrudan doğruya iç hukuka katılmalarını önlemek istemesi nedeniyle, nasıl uygulama açısından doğrulanamamışsa, monist teoriler de, devleti kişilerden ibaret görmekle, çok kere, devleti bir toplum olarak ele alan milletlerarası hukuk kurallarının niteliğini açıklamak konusunda, istisnadan geneli çıkarmak durumuna düşmüşlerdir[67].

Bir milletlerarası hukuk kuralına aykırı hükümler ihtiva eden bir iç hukuk tasarrufunun varlığı, sık rastlanan bir durumdur ve ilişkiler sorunu konusunda belli bir görüşü benimsemenin pratikteki faydası ve hatta yegâne amacı da bu olsa gerektir[68].

Toluner'e göre, bir kural ister doğrudan doğruya kişileri, ister bir toplumun kişiliği altında örtülü olarak kişileri öngörsün, belli bir yerde cereyan edecek birtakım iradî fiilleri düzenlemek için yapılır. Aynı yerde cereyan edecek aynı fiilleri düzenleyen kurallar söz konusu ise, bunların çatışması, ayrı bir muhtevaya sahip olması imkân dahiline girer. Burada önemli olan, kurallar tarafından öngörülen iradî fiil ve bu fiili gerçekleştirecek kişidir. Bir kural sırf devletlerarasında yapılan bir tasarruftan doğması nedeniyle, aynı kişilerin aynı fiillerini düzenlemekle beraber, ayrı bir ilişkinin düzeni olarak görülemez. Bu görüş, her devletlerarası tasarrufun sadece devletlere haklar ve borçlar yükleyebileceği varsayımından hareket ederek, tasarrufun yaratılması işlemi ile tasarrufun düzenlemekte olduğu davranışları birbirine karıştıran ve fakat bunu bir amaç güderek yapan düalist görüşün bir gereğidir. Bir tasarrufun öngördüğü davranış yani yarattığı hak ve borçların süjesi, her zaman onu meydana getiren kişilerin davranışı olmayabilir. Aynı şekilde, bir kural, getirilecek olan düzenin konusu itibarıyla, sadece devletlerarası bir tasarrufla düzenlenebilme niteliğini taşıyabilir. Fakat bu, her devletlerarası tasarrufla düzenlenenin, özü itibarıyla, sadece devletlerarası ilişkilere bir düzen getirme niteliğini haiz olduğu sonucuna varılmasını gerektirmez[69].

---

[66] **Ibid.**, p. 41.
[67] **Loc. cit.**
[68] **Ibid.**, p. 42.
[69] **Ibid.**, p. 43.

Toluner'e göre, milletlerarası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkileri tümüyle açıklamaya çalışan her teori, her zaman, bazı hususlarda güçsüz kalmıştır. Bunu bir nedeni konunun güçlüğü, hukuk ile vakıanın en çok yaklaştığı bir noktaya ilişkin bir sorun niteliğini taşıması, diğeri ise, bu konudaki tartışmaların, tartışmayı açan düalist görüşün kanıtlarının çürütülmesiyle yetinilebilineceğine inanılmasıdır. Oysa düalizm-monizm tartışması, kaynağında sadece ilişkiler sorunu için açılmış olan bir tartışma olmayıp, devletin niteliği gibi daha genel bir sorunun yanı sıra ortaya çıkmıştır. Devlet genel teorisi içinde incelendiği için de uygulamada ortaya çıkan sorunları öngörerek bir çözüm getirmek amacını gütmez[70].

Toluner'e göre, bu teorik spekülasyondan çok uygulamayı, pozitif hukuku değerlendirme yoluna gitmek, bu sorunun pozitif hukukta ne yolda çözümlenmekte olduğu hususunu araştırarak buradan birtakım genel prensiplere varmak daha faydalı olacaktır[71].

Toluner'e göre, uygulamada, düalist görüş, ne gerçekten kabul edilmiş, ne de lafzen kabul edildiği durumlarda ise bütün sonuçları ile birlikte kabul edilmiştir. Düalist görüş, bu noktada ileri sürdüğü çözümün uygulamada kabul edilmiş olması nedeniyle değil, milletlerarası hukuk kurallarının oluşumu, özellikle, andlaşmaların akdi ile bunların iç hukuklarda uygulanması safhalarını birbirinden ayırması nedeniyle hukukî düşünceye damgasını vurmuştur. Bunu, milletlerarası toplumun teşkilâttan yoksun görünümüne uygun bir varsayım olduğu için yadırganmayan, devletin iki ayrı hukukî kişiliği dogmasına başvurarak başarabilmiştir[72].

Düalist görüş, bu kuralların, coğrafi bakımdan uygulama alanı bulabilecekleri tek yer ile kural arasına bir set çekmekle kaderini parçalamıştır. Buna karşı çıkanlar, sadece bu seti kaldırmakla yetinmişler, bunun kalkmasıyla ortaya çıkan durumu değerlendirmeyi düşünmemişlerdir[73].

Monist görüşler, milletlerarası hukukla iç hukuk arasında bir nitelik farkı bulunmadığını ileri sürmek için diğer uca gitmekten çekinmemişler, bir vakıayı görmezlikten gelmeye çalışmışlardır: Milletlerarası toplumun bir organı olarak devlet, sadece kuralların yaratılmasında değil, uygulanması ve değiştirilmesinde de bir organ niteliğini haizdir.

---

[70] **Ibid.**, p. 46.
[71] **Ibid.**, p. 45, dipnot 105.
[72] **Ibid.**, p. 47.
[73] **Loc. cit.**

Milletlerarası toplumun teşkilâttan yoksun yapısı, kuralların oluşumunda olduğu gibi, değiştirilmesinde de anarşik bir durumun ortaya çıkmasına yol açmıştır. Bu düzende, bütün toplum üyelerini, kararları ile bağlayacak merkezi organlar bulunmadığı sürece, her değişikliğin, başlangıçta hukukun ihlâli olarak belirmesi kaçınılmaz bir sonuçtur. Yeni kural çok kere, bu ihlâlin tanınması ile oluşur. Bu bakımdan milletlerarası hukuk kuralının her halde iç hukuka üstün olduğunu ileri sürmek, devleti, hukuku değiştirmek konusunda sahip olduğu tek vasıtadan mahrum etmek anlamını taşır. Hukukun ihlâli, hukukun gelişimin sağlayan dinamik bir unsurdur. *Kelsen*, haksız fiilden muteber bir norm doğabileceğini belirtmekle, milletlerarası toplumun niteliğine uygun, gerçekçi bir çözüm getirmiştir[74].

Toluner'e göre, düalist görüş, milletlerarası hukuk kurallarının iç hukukta uygulanmamasını değil, bilâkis, uygulanmasını sağlamak yolunda gerekli olan her şeyi yaptıktan sonra, bir hukuk düzenlerinin ayrılığı dogmasına bağlı kalmak çabası içindedir. Bu görüşün etkisi, milletlerarası hukuk kurallarının iç hukuk alanında uygulanmasının önlenmesinde değil, bu sorunun çözümü için açıklanması gereken esasların belirlenebilmesini engellemesinde görülür. Terminolojisine uygulamada zaman zaman başvurulmakta oluşu, bir ihtiyacı karşılayabilmesinden ötürüdür. Bu, mahkeme yetkilerini ve uygulayacakları kaynakları belirten iç hukuk hükümlerinin, çoğu kez milletlerarası hukuku açıkça öngörmemiş olması vakıasından doğar. İşte bu boşluğun doldurulmasında, milletlerarası hukuk kurallarının iç hukuk kuralları niteliğine bürünmüş bulunduğu varsayımı uygun bir vasıta olmuştur. Böylece transformasyon teorisi, mahkemelere, yetkilerini, iç hukuk kaynakları ile sınırlayan hükümlerin kalıplarından kurtularak milletlerarası hukuku uygulamalarını sağlayan bir esas getirmiş olmaktadır. Ancak bu yoruma başvurulması her uygulama için gerekli olmamış, bazen bu boşluk bir yetkinin anayasaca düzenlenmiş olması vakıasına dayanılmak suretiyle doldurulmuş, andlaşma yoluyla kural koyma usulü, yasama faaliyetine paralel bir kural koyma usulü olarak tanımlanarak, bu kuralların uygulanmasını sağlayan hukukî esasın, bizzat anayasanın andlaşmaların akdini düzenleyen hükümleri olduğu kabul edilmiştir[75].

Toluner'e göre, düalistlerin, bu iki aşamayı birbirinden ayırmış olmaları, bir bakıma monistlerin işini kolaylaştırmıştır, çünkü ancak bu şekilde, kuralların uygulanması sırasında,

---

[74] **Ibid.**, pp. 47-48. *Toluner*, bu söylediklerinden, iç hukuka üstünlük tanıyan monist bir görüşü savunmakta olduğu sonucunun çıkarılmaması gerektiğini belirterek; milletlerarası hukukun *milletlerarası alanda* üstünlüğünün pozitif hukuk açısından tartışılamaz olduğunu ve bu konuda bir tartışma açmanın bu hukukun sağlamış olduğu asgari düzenden de vazgeçmek anlamını taşıdığını belirtiyor (**ibid.**, p. 48).

[75] **Ibid.**, p. 409.

sadece şeklî bir yetki ayırımını değil, bu ayırımın madde itibarıyla da yasama-yürütme arasındaki yetki paylaşımına dayanmasını arayan uygulamayı, pozitif hukuku, bir kenara itebilmişlerdir. Oysa, andlaşmaların akdi yetkisini düzenleyen hükümlerin niteliği ile, bunların iç hukukta uygulanmasını yöneten ilkeler arasında sıkı bir bağlantı vardır. Andlaşma uygulanmak için yapılacağına göre ve andlaşma yapma yetkisi sorunundan her kovulan, uygulanması sırasında tekrar ortaya çıkacağına göre, böyle bir ayırımın anlamı kalmaz[76].

B. Milletlerarası Alanda İç Hukuk

Milletlerarası hukukla iç hukuk arasındaki ilişkiler sorunu, milletlerarası hukukun iç hukuk düzenlerinde uygulanması sorunu olarak ortaya çıktığı gibi, aynı zamanda, iç hukukun milletlerarası alanda uygulanması durumunda da söz konusu olabilecektir. Bu sebeple sorunun değerlendirilmesinde milletlerarası hukuk alanındaki uygulamanın bu sorunu ne şeklide yorumladığı hususunun da kısaca ele alınması faydalı olacaktır.

Milletlerarası mahkemelerin, gerek çözmekle yükümlü oldukları uyuşmazlıklar ve gerek bu uyuşmazlıkların çözümünde başvuracakları kaynaklar konusundaki yetkileri, devletlerin iradesine dayanır[77]. Bu nedenle, bir uyuşmazlığın, belli bir iç hukukun kuralları uyarınca değerlendirilerek çözümlenmesi, taraf devletlerce istendiğinde imkânsız değildir. Bu konuda, statüleri önceden tespit edilmiş olan milletlerarası mahkemelerle, *ad hoc* kurulmuş mahkemeler arasında, birincisinin yetkileri dondurulmuş bulunması sebebiyle bir farkın ortaya çıkması düşünülse de, bugüne kadar ki uygulama ışığında, bu durum, iç hukukun uygulanması konusunda her ikisinde de aynı ilkelerin kabul edilmesini önlememiştir. Hakem mahkemeleri, belli bir iç hukuku uygulamak konusunda açıkça yetkili kılındıklarında, uyuşmazlığın milletlerarası niteliğinden doğan bazı sonuçlar üzerinde durmadan geçmedikleri gibi, iç hukuka başvurma konusunda açıkça yetkili kılınmamış olan mahkemeler (örneğin, Milletlerarası Daimî Adalet Divanı ve bugünkü Divan), uyuşmazlığa başvurmak gerekli olduğunda, düalistlerin savunduğu hukuk düzenleri ayrılığı tezine uymayan bir tutum takınmakta bir sakınca görmemişlerdir[78].

---

[76] **Ibid.**, p. 407-408.
[77] **Ibid.**, p. 412.
[78] **Loc. cit.**

Uygulanacak hukuk kaynağı iç hukuk olduğunda, hakem mahkemelerinin bunu, uyuşmazlığın milletlerarası niteliği ile bağdaşacak bir şekilde yorumladıklarını gösteren örnekler vardır:

A.B.D. ile Kanada arasındaki *Trail Smelter Tahkimi*'nde(1938 ve 1941), Mahkeme:

"*...Milletlerarası mahkeme, milletlerarası hukuk uyarınca karar verirken iç hukuku uygulayabilir ve fiilen de çok kere uygulamaktadır; fakat, bir milletlerarası mahkeme, iç hukukun farklı kuralları yararına olmak üzere milletlerarası hukuk kurallarından ayrılmayacaktır, meğer ki, böyle yapmakla, yetkilerinin dayanmakta olduğu andlaşmada açıkça beyan edilmiş olan maksada, hiçbir tereddüde mahal kalmayacak bir biçimde, aykırı hareket edecek olsun.*"[79]

Norveç ile A.B.D. arasındaki, *Norwegian Shipowners Claims* tahkiminde (1922), mahkemenin uygulayacağı kaynaklar arasında iç hukuka açıkça yer verilmemiş olmasına rağmen mahkeme, Norveç'in, uyuşmazlığa sadece milletlerarası hukukun uygulanması gerektiği yolundaki iddiasını reddederek, Norveç vatandaşlarının gemi inşasına dair olan akitlerinin yorumunda iç hukuka başvurmuş, buna karşılık bu gemilere A.B.D.'nin elkoyması nedeniyle uğranan zararların tazmini esaslarını değerlendirirken, A.B.D.'nin, bu hususların kendi iç hukukunun uygulanmasını öngören iddiasını da kabul etmemiş ve bu konuda, mahkemenin, iç hukuku, yalnız, tarafların eşitliği prensibi, andlaşmalar ve milletlerarası örf ve adet de dahil olmak üzere yerleşmiş prensiplerin ışığı altında değerlendirme yetkisini haiz olduğunu belirtmiştir[80].

Flagenheimer tahkiminde (1958), mahkeme iç hukukun milletlerarası alanda bir vakıa niteliği taşıması nedeniyle, resmi beyan ve belgelerin bu alanda iç hukukta haiz oldukları hukukî sonuçları doğuramayacağını bu hususun herhangi bir iddia gibi, aksi ileri sürüldüğünde ispatlanması gerektiğini ve mahkemenin iç hukuku kendi bilgisine göre değerlendirmesinin devletlerin eşitliği prensibinin bir gereği olduğunu belirtmiştir[81].

Ancak iç hukuk belli bir ilişkiyi yöneten tek hukuk olarak ortaya çıktığında, mahkemeler, bu ilişkiyi, o hukukun esasları uyarınca değerlendirme yoluna gitmekte de bir sakınca görmemişlerdir. Örneğin, *Deutsche Amerikanische Petroleum Gesellschaft Oil*

[79] **UNRIAA**, Vol. III., p. 1949-50.
[80] **UNRIAA**, vol. I, pp. 331-332.
[81] **ILR**, Vol. 25, 1958, pp. 209-210, 227.

Tankers tahkiminde (1926)[82] mülkiyetin satış akdi ile geçip geçmediği konusu Alman hukukuna göre değerlendirilmiştir[83]. *Walter Fletcher Smith* tahkiminde de, mahkeme, bir kamulaştırma işlemini yürürlükteki iç hukuk ve anayasa kuralları uyarınca değerlendirerek karara varmıştır[84].

Tarafların kendisine sunmuş oldukları meseleler arasında iç hukukun uygulanmasıyla çözümlenebilecek hususlar bulunduğunda, uyuşmazlıkları milletlerarası hukuk uyarınca çözümlemekle yükümlü kılınmış olan Milletlerarası Adalet Divanının, bu konuda kendini yetkili addedip etmeyeceği sorunu, *Serbian Loans*[85] ve *Brazilian Federal Loans*[86] davalarındaki yargılarıyla cevaplandırmış bulunmaktadır. Her iki dava da, uyuşmazlığa yol açmış bulunan sorun, altın kaydını havi bonolardan doğan devlet borçlarına ilişkindir ve uyuşmazlık devlet ile bono sahipleri olan özel kişiler arasında ortaya çıkmıştır ve bu, borç ilişkisinin tâbi kılındığı belirli iç hukuk düzeninin uygulanması ile çözümlenebilecek olan bir uyuşmazlık olmasına rağmen Divan bu uyuşmazlıkta, kendisini yetkisiz bulmamıştır. Fransa'nın özel kişilerin taleplerini benimsemesi, Divana göre, uyuşmazlık konusu aynı kalmasına rağmen, bunun devletlerarası bir görüş ayrılığı niteliğini kazanması için (yani taraflar bakımından yetkisinin tesisi için) yeterli bir unsurdur. Kaynaklar bakımından yetkisi konusunda ise şöyle bir hükme varmıştır: Mahkemenin ana görevi, devletler arasındaki uyuşmazlıkları milletlerarası hukuka göre çözümlemek ise de, mahkeme kararlarına yalnız milletlerarası hukuka ilişkin meselelerin konu olabileceğini ileri sürmek doğru olmaz. Divanın Statüsünün 36. maddesinin 2. fıkrası sadece bir milletlerarası hukuk noktasının değerlendirilmesini değil, bir vakıanın tespiti işlemini de mahkemenin yetkileri arasında sıralamıştır. Taraflar, açık bir anlaşma hükmüyle bunu kabul ettikleri takdirde, çözüm isteyen sorunun, saf bir vakıanın tespiti işlemi olmaması ve fakat bir iç hukuk meselesi olması nedeniyle, mahkemenin yetkisiz olduğunu iddia edebilmek için, Statüde, bunu yasaklayan açık bir hükmün bulunması gerekir[87]. Uyuşmazlığın belli bir iç hukuk uyarınca çözümlenebileceği hususunun kabulü, bu hukukun değerlendirilmesi konusundaki yetkinin çevresi sorununun da ayrıca değerlendirilmesini gerektirmiştir. Akde uygulanacak kanunu

[82] **UNRIAA**, Vol. II, pp. 779-918.
[83] **Ibid.**, p. 784.
[84] **UNRIAA**, Vol. II, p. 917.
[85] **PCIJ**, Series A, No. 20/21, Judgement No. 14.
[86] **PCIJ**, Series A, No. 20/21, Judgement No. 15.
[87] **Ibid.**, p. 19-20.

tespit ederken bağımsız şekilde hareket eden Divan, bu bağımsızlığı, kanunun yorumunda kendinde bulmamıştır[88].

Divanın, *Brazilian Federal Loans* davasındaki yargısında da bu çözüm kabul edilmiştir. Bu yargıyı, bu konuda, daha da güçlü kılan şey, uyuşmazlığın Divana sunulması konusunda yapılan anlaşmanın VI. maddesinde, mahkemenin taraf devlet mahkemelerinin içtihatları ile bağlı olmayacağı yolunda bir hükmün yer almış olmasına rağmen Divanın bu yolu seçmemiş, gerekçe olarak da milletlerarası bir mahkemenin iç hukuku bilmekle yükümlü olmadığı ve belli bir iç hukukun yalnız o devlet uygulamasında kabul edildiği şekliyle uygulandığında ancak o zaman o devlet hukuku olarak sayılabileceğini, aykırı olabilecek bağımsız bir yoruma gidildiğinde belli bir iç hukukun uygulanması esasının kabulündeki amacın gerçekleşmeyeceğini belirtmiştir. Böylece Divan, iç hukukun uygulanması bu şartlar altında söz konusu olduğunda da kendisini o devlet kazaî uygulamasında kabul edilen yorum ile bağlı saymıştır[89].

Divan önünde, konusu itibarıyla milletlerarası hukukun uygulanması ile çözümlenebilecek olan uyuşmazlıklarda da, iç hukukun belli bir noktada getirmiş olduğu düzenin değerlendirilmesi çok kere bir zorunluluk olarak belirir. Örneğin, iç hukuk, milletlerarası hukuk uyarınca değerlendirilecek olan eylem ve işlemlerin, bir unsuru olarak ortaya çıktığında Divan, bu konuda, ilgili devlet makamlarının yorumu ile kendini bağlı saymıştır. Aynı şekilde, uyuşmazlığın, milletlerarası hukuk uyarınca çözümlenmesinde belli bir hak ve menfaatin kazanılmış olup olmadığı hususu bir ön mesele olarak ortaya çıktığında, Divan, bunu düzenleyen hukuku olduğu gibi kabul etmiş bağımsız bir değerlendirmeye gitmemiştir. Yine kendi yetkisinin tesisi bakımından, mahalli yolların tüketilmesi şartının gerçekleşip gerçekleşmediği de bazen bir ön mesele olarak belirebilir. Bu durumda da Divan, bu konudaki iç hukuk usullerini, o hukukun bunlara tanımakta olduğu sonuçları öngörerek değerlendirme yoluna gitmiştir[90]. Fakat Divan, bir andlaşma ile getirilen düzen, aynı zamanda

---

[88] **Ibid.**, p. 40. Uygulanacak kanunu, borcun niteliği, doğduğu andaki şartlar ve tarafların sarih ve zımnî iradelerine bakarak araştırmış, fakat, ödemenin Fransız hukuku uyarınca yapılması gereğine karar verdikten sonra, altın kaydının bu hukuk uyarınca muteberiyeti sorununun çözümünde, kendisini, Fransız uygulamasında kabul edilmiş bulunan yorumla bağlı addetmiştir. Mahkemeye göre, Fransız hukuku, Fransa'da uygulandığı şekliyle Fransız kanunudur(**loc. cit.**).

[89] **Ibid.**, p. 124.

[90] Toluner, **ilişkiler.**, pp. 421-422-423.

bir iç hukuk düzeni olsa dahi, yetkisinin çevresini bu tasarrufun milletlerarası niteliğine dayandırarak tesis etmeye çalışmaktadır[91].

Divan, *Jurisdiction of the Courts of Danzig*[92] meselesinde, Danzig Mahkemelerinin, Polonya Demiryolu İdaresine karşı açılacak davalarda, bir milletlerarası andlaşma hükmüne dayanarak karar verip veremeyeceği, yani davacıların bir andlaşma hükmüne dayanarak hak talep edebilip edemeyeceği hususunda; Polonya'nın bu andlaşmanın milletlerarası bir tasarruf olması nedeniyle sadece âkit taraflar arasında haklar ve borçlar doğuracağı, Polonya iç hukukuna aktarılmadıkça özel kişiler yönünden bir mahkeme önünde ileri sürülebilecek haklar yaratamayacağı yönündeki düalist yaklaşımını kabul etmemiştir. Divan, devlet mahkemeleri tarafından uygulanacak olan kurallar arasında kaynaklar açısından bir ayırım yapmamış; bir kuralın özel kişiler açısından hak ve borç yaratma niteliğini bu kuralın kaynağının iç hukuk veya milletlerarası hukuk oluşuna göre değil, bu kuralın amacı ve anlamına göre değerlendirmiştir. Eğer âkid tarafların niyeti, özel kişilere haklar ve borçlar tanımaksa, bunun iç hukukta da bu etkiyi haiz olduğunu kabul ederek Divan, düalist görüşün kabul ettiği hukuk düzenleri farklılığı tezini kabul etmemiştir[93].

İç hukukun milletlerarası alanda uygulanması noktasında uygulamada öncelik meselesine gelince; milletlerarası hukukun, milletlerarası alanda iç hukuka üstünlüğü, bu düzenin, hukukî niteliğinin doğal bir sonucudur. Devletin, milletlerarası hukuk kurallarını ihlâl edecek nitelikteki eylem ve işlemleri, bir iç hukuk tasarrufu olarak belirdiğinde, milletlerarası yükümlülüklerden kurtulmak için bu iç hukuk tasarruflarına dayanamayacağı tartışılmaksızın kabul edilen bir ilkedir[94]. Fakat, devletin, bu kuralları ihlâl eden eylem ve işlemlerinden ötürü, bundan zarar gören diğer devletlere karşı sorumlu tutulacağı kabul edilmekle beraber, böyle bir ihlâlin tespiti halinde, bunun, ihlâle yol açan eylem ve işlemlerin iç hukuk alanındaki kaderi üzerindeki etkisi konusunda, aynı görüş birliğinin bulunmayıp, devletlerin kendi ülkesi üzerinde inhisarî bir icra yetkisini haiz olmaları ve bu yetkinin

---

[91] **Ibid.**, p.424.
[92] **PCIJ**, Series B, no 15.
[93] **Ibid.**, pp. 17-18, 26.
[94] Toluner, **ilişkiler**, p.440. Nitekim bu ilkenin açıkça ifadesini bulduğu yargı kararları mevcuttur. Bunlara örnek olarak şu kararlar gösterilebilir: *S.S. Wimbledon* (**PCIJ**, Series A, no. 1, s. 29), *Interpretation of the Convention Between Greece and Bulgaria Respecting Reciprocol Emigration* (**PCIJ**, Series B, no. 17, p.32), *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory* (**PCIJ**, Series A/B, no. 44, p. 24).

üstünde yetkili bir milletlerarası teşkilâtın bulunmaması vakıası karşısında bir çözüm getirilmesi güçtür[95].

Genel milletlerarası hukuk, kendisine aykırı olan iç hukuk normlarının ilgasını sağlayacak herhangi bir usul veya kural öngörmüş değildir[96]. Milletlerarası hukukun bugünkü görünümünde, milletlerarası hukuka aykırı işlemlerin iç hukuklardaki kaderi (veya bu işlemlerden doğan milletlerarası sorumluluğun iç hukuka yansıması), ilgili iç hukukun ilişkiler konusunda kabul etmiş bulunduğu sisteme göre değişecektir. Bu yolda olabilecek her gelişmenin devletlerin iradesine dayanması gerekir ve bu sistem konusunda getirilecek olan düzenin, devletin kendi toplumunda, milletlerarası hukuka verilen önemi yansıtan siyasi bir esasa dayanacağı şüphesizdir[97].

C. İç Hukuk Alanında Milletlerarası Hukuk

1.Milletlerarası Andlaşmaların İç Hukukta Uygulanması

Milletlerarası andlaşmaların iç hukukta uygulanmasına yönelik milletlerarası hukukta genel bir kuralın olmadığını ve bu konunun tamamen iç hukuk sistemlerinin kendi düzenlerine kaldığını belirtmiştik. Bu sebeple bu konuda genel bir çözüme, ancak tüm devlet uygulamaları göz önüne alınarak varılabilinir. Bu çalışmamın kapsamını aşan böyle bir incelemeyi yapmamız mümkün olmadığı için burada sadece belli başlı bazı devletlerin iç hukuklarındaki düzenlemeler örnek olarak incelenecektir.

a. İngiltere

Andlaşmaların iç hukukta uygulanması konusundaki İngiliz sistemini, *Lord Atkin*, *Attorney General for Canada v. Attorney General for Ontario* davasında şu şekilde tanımlar:

"İki veya daha çok hükümran devlet arasındaki herhangi bir anlaşmayı kapsamak üzere, (1)bir andlaşmanın meydana gelmesi ile, (2) bir andlaşma ile yüklenilen vecibelerin yerine getirilmesi arasındaki farkı göz önünde bulundurmak esastır. İngiliz İmparatorluğunda iyice yerleşmiş bulunan

[95] Toluner, **ilişkiler**, p. 442.
[96] Kelsen, **op. cit.**, p. 423.
[97] Toluner, **ilişkiler**, p. 444.

kural, andlaşmanın akdi işleminin yürütmenin bir tasarrufu olduğudur, bununla beraber, eğer andlaşmadan doğan vecibelerin ifası, mevcut olan iç hukukun değişmesi sonucunu doğuruyorsa, bunun için bir yasama tasarrufunun yapılmasını gerekli kılar. Diğer bazı devletlerden farklı olarak, İngiliz İmparatorluğunda, usulüne uygun olarak onaylanmış olan andlaşma, tek başına bir hukuk kuralı kuvvetini kazanmaz. Eğer millî yürütme organı, -o günün hükûmeti-, kanunlara bir değişiklik getiren bir andlaşma ile birtakım vecibeler yüklenmek istiyorsa, gerekli olan kanun veya kanunların yapılmasında, Parlamentonun rızasını sağlamak konusundaki riski göze almak zorundadır.... Bir kere meydana getirildiğinde, devleti, diğer âkid taraflara karşı bağlamakla beraber, Parlamento, bunların yerine getirilmesini reddedebilir ve devleti vecibelerini ifa edemez bir durumda bırakabilir."[98]

Kararda belirtilen önemli noktalardan birisi andlaşma akdetme yetkisinin, yürütmenin bir yetkisi olarak kabul edilmesi, ikincisi ise, mevcut olan iç hukukun değişmesi sonucunu doğuran andlaşma hükümlerinin uygulanması için bir yasama işleminin yapılması gereği üzerinde durulmasıdır.

Bir Andlaşma hükmünün ne zaman iç hukukun değişmesi sonucunu doğurduğu konusunda, *McNair*, uygulanmayı değerlendirerek şu sonuca varmaktadır: (1) Birleşik Krallık ülkesinde, mahkemelerce uygulanmakta olan hukuka bir değişiklik veya ilâve gerektiren andlaşmaların, (2) Birleşik Krallık'ta uygulanmaları için Taç'a, haiz olmadığı bazı yetkilerin tanınmasını gerektiren andlaşmaların, (3) Büyük Britanya'ya doğrudan veya dolaylı olarak bir malî yüküm yaratan andlaşmaların, iç hukukta uygulanmaları için bir parlamento işlemi gerekmekte ve bir kanun çıkarılması zorunlu olmaktadır[99]. Ancak bu gerek sadece andlaşmaların iç hukukta uygulanması için zorunludur yoksa adlaşmaların oluşumu için gerekli değildir[100].

İngiliz uygulamasında kanun koyma yetkisi ile andlaşma akdetme yetkisi birbirinden tamamen ayrılmış olduğu için bu hukukta andlaşmaların uygulanması sorunu özel bir biçim almıştır. *Toluner*'e göre, İngiliz uygulamasının özelliği, andlaşmanın, milletlerarası alandaki kaderi ile iç hukuk alanındaki kaderini parçalamış olmasıdır. Bunun nedeni, düalist görüşün kanıtlarından doğmaz. Andlaşmaların akdinde Parlamentoya söz hakkının tanınmamış olması vakıası dikkate alındığında, andlaşmaların iç hukukta uygulanması sorunun altında yatan gerçek nedenlerin, kural koymak konusundaki iç hukuklarda kabul edilen organlararası yetki

---

[98] **AD**, vol: 8, 1935, no: 17, p. 43.
[99] McNair, **The Law of Treaties,** Oxford University Press. 1961, pp. 83-93-94.
[100] **Ibid..**, 83.

paylaşımı esasları olduğu ortaya koyar. Çok sınırlı da olsa, Taç'ın kendi yetkilerine giren konularda akdetmiş olduğu andlaşma hükümlerinin, bir kanunla kabul edilme gereği duyulmaksızın iç hukukta doğrudan uygulanması, diğer konularda bir parlamento işlemine gerek duyulması hususu, bu uygulamanın temelinde, düalist görüşün savunmakta olduğu farklı hukuk düzenleri anlayışı olmadığını doğrular[101].

İngiliz uygulamasında, iç hukuka aktarılan andlaşma hükümlerinin bir iç hukuk tasarrufu niteliği taşıdığı konusunda herhangi bir tereddüt yoktur ve bu kuralların iç hukuk kuralları olarak uygulamakta oluşu, yorum kurallarının seçimini de etkiler ve sadece iç hukuk kurallarına uygulanmakta olunan yorum kuralları dikkate alınır, hatta kanunun çıkarılmasına sebep olan andlaşma metninden de yararlanılmaz[102]. Bu kuralların kaderinin, andlaşmanın milletlerarası alandaki kaderi ile aynı olmadığı konusunda da *McNair*, milletlerarası alanda yürürlüğe girmemesine karşın, bu konuda çıkarılmış bir kanun nedeniyle İngiliz hukukunda uygulanan 1922 tarihli Washington Andlaşmasını örnek olarak gösterir[103].

b. Amerika Birleşik Devletleri

A.B.D. Anayasası[104], andlaşmaların iç hukuktaki etkileri konusunda, bu sorunu bir hükümle düzenleme yoluna gitmiştir. Anayasa'nın VI. Maddesinin 2. fıkrasına göre:

"Bu Anayasa, ve buna uygun olarak yapılacak Amerika Birleşik Devletleri Kanunları; ve Amerika Birleşik Devletleri Otoritesi altında yapılmış veya yapılacak olan bütün Andlaşmalar, Ülkenin üstün Hukuk Kuralları olacaktır; ve her (federe) Devletteki Hakimler, bir (federe) Devletin Anayasası veya Kanunlarında bunlara aykırı herhangi bir hususa rağmen, bunlarla bağlı olacaklardır."

III. maddenin 2. bölümünün I. Fıkrası yargı yetkisinin çevresini belirlerken bu konuya ilişkin olarak da: *"Yargı yetkisi, Bu Anayasa, Amerika Birleşik Devletleri Kanunları*

---

[101] Toluner, **ilişkiler**, p. 464.
[102] Mann ve Sinclair'den aktaran Toluner, **ilişkiler**, p. 465.
[103] McNair, "When Do British Treaties Involve Legislation", **BYIL**, Vol. 9, 1928, p65-66.
[104] A.B.D. Anayasasının metni için bakınız: H. J. Grilliot, **Introduction to Law and the Legal System**, 3. bası, Houghton Mifflin Company, 1983, p. 641 ve devamı. Ayrıca bakınız. A.B.D. Temsilciler Meclisi websitesi, (Çevrimiçi) http://www.house.gov/house/Constitution/Constitution.html, 15 Mart 2002 veya A.B.D. Kongre Kütüphanesi websitesi, (Çevrimiçi) http://www.loc.gov/law/guide/usconst.html , 15 Mart 2002.

ve bunların otoritesi altında yapılan veya yapılacak olan Andlaşmalardan doğan...bütün uyuşmazlıkları kapsayaca(ğ)ını" belirtir.

Bu maddeler, milletlerarası andlaşmaların, bir uyuşmazlıkta uygulanmaları gerektiğinde, mahkemelerin bu konudaki yetkilerinin hukukî esasını oluşturmakla beraber, sorunu bütünüyle çözmüş durumda değildirler. Yukarıda değinilen VI. maddenin varlık nedeni ve amacı, Federasyon tasarruflarına, federe devlet tasarrufları karşısında üstünlük tanımaktır ve federal tasarruflar arasındaki altlık-üstlük ilişkisi bakımından bir açıklık getirmemektedirler[105]. Ayrıca anayasada sadece *"andlaşma" (treaty)* teriminden bahsedilmiştir. Bu terim, Başkanın, Senatonun hazır bulunan üyelerinin üçte iki çoğunluğunun vereceği mütalâa ve rıza uyarınca akdetmeye yetkili olduğu milletlerarası anlaşmalar için kullanılmaktadır[106]. Oysa Senatoya sunulmaksızın Kongre-Başkan işbirliği veya Başkanın kendi yetkileri uyarınca akdettiği "*excecutive agreements*" olarak bilinen milletlerarası anlaşma veya tasarruf çeşitleri de mevcuttur[107]. Böylece, bu tasarrufların iç hukuktaki etkileri ve bunların diğer federe devlet tasarrufları karşısındaki durumu anayasada çözüme kavuşturulmuş değildir. Bu sorunlara bir cevap bulabilmek için uygulamanın incelenmesi gerekmektedir.

Amerikan Anayasası'nın yukarıda zikrettiğimiz maddeleri, andlaşmaları ülkede geçerli hukuk kuralları olarak beyan ettiği için, mahkemeler, önlerine gelen meselelerde andlaşmalara başvurmak konusunda herhangi bir hukukî esas arama külfetine girmeden, özel hakları etkilediğinde andlaşma hükümlerini uygulayabilmişler ve hatta bunu bir yüküm olarak anayasa uyarınca yüklenmişlerdir. Ancak andlaşma yapma yetkisi açısından kanun koyucu organın sadece bir dalının yetkili oluşu, andlaşmalara iç hukukta kanunlar gibi geçerlilik tanıyan anayasa maddeleri karşısında, andlaşmaların yapılması konusundaki yetkilere bir sınırlama getirilmek için ileri sürülen Kongre yetkilerinin, andlaşmaların iç hukukta uygulanması açısından da bir sınırlama getirdiği kabul edilerek, andlaşmalar açısından kendiliğinden uygulanabilir olan/olmayan, *"self-executing treaties/non-self-executing treaties"*, ayırımı doğmuştur.

---

[105] Toluner, **ilişkiler**, p. 467.
[106] A.B.D. Anayasası madde II, bölüm 2, fıkra 2.
[107] George Slyz, "International Law in National Courts", **International Law Decisions in National Courts**, Edited by. Thomas M. Franck, Gregory H. Fox, Transnational Publishers, 1996, p. 77. Örneğin, A.B.D.'nde, 1 Ocak 1946 ile 31 Aralık 1993 tarihleri arasında 732 andlaşma (treaty) ve 12.968 diğer milletlerarası tasarruf karara bağlanmıştır(**Ibid**, p. 77).

Amerikan mahkemeleri, andlaşma metni ile pek de ilgili olmayan birçok nedenden dolayı andlaşma hükümlerini kendiliğinden uygulanamaz nitelikte bulmaktadır[108]. Buna ilk örnek olarak, *"non-self-executing treaties"* doktrinini açıkça ilk telaffuz eden Amerikan Yüksek Mahkemesinin 1828 yılındaki *Foster v. Neilson*[109] davası gösterilmektedir. Bu davada Yargıç Marshall söz konusu olan andlaşma hükümlerini doğrudan uygulamayı reddetmiştir:

"...Anayasamız, andlaşmanın ülkenin hukuku olacağını beyan eder. Bu sebeple, herhangi bir yasama tasarrufunun yardımı olmaksızın kendiliğinden uygulanabildiği herhalde, mahkemelerde, yasama tasarrufuna eşit bir muamele görmesi gerekir. Ancak ilgili hükmün ifadesi bir sözleşmeyi (contract) içinde bulunduruyorsa, taraflardan biri belli bir davranışın yapılması yükümünü yükleniyorsa, andlaşma yargı organlarına değil siyasi organlara hitap eder ve mahkemeler için bir kural olabilmesi için yasama organın sözleşmeyi icra etmesi gerekir."[110]

Bu karardan birkaç yıl sonra *Foster* davasındaki aynı andlaşmanın uygulanmasına ilişkin olarak, *U.S. v. Percheman* davasında, aynı andlaşma hükmünün kendiliğinden uygulanabilir nitelikte olduğuna karar verilmiştir[111]. Aynı andlaşma hükmüyle ilgili olarak iki farklı yorumun aynı yargı organı tarafından yapılmış olmasının nedeni olarak, *Foster* davasında söz konusu olan toprak parçasının aidiyeti üzerinde tartışmaların olması ve Amerikan Kongresinin burası hakkında kararlarının mevcut olması, bunun aksine *Percheman* davasındaki toprakların aidiyeti üzerinde ise tartışmanın olmaması gösterilmektedir[112].

Foster davasında Yargıç Marshall'ın oluşturduğu modeli takip eden birçok başka karar mevcuttur. Bunlardan birisi de 1952 tarihli *Fujii v. State of California*[113] davasıdır. Bu davada, Amerikan vatandaşlığı kazanma hakkını haiz olmayan kişilere ait gayrimenkullerin, aksi yolda bir andlaşma hükmünün bulunmaması halinde devlete intikal etmesini kabul eden bir Kaliforniya Eyalet Kanununun, Birleşmiş Milletler Şartının, 1, 55 ve 56. maddelerine aykırı olduğu ve andlaşma hükümlerinin federe devlet kanunlarına üstün olması sebebiyle kanunun uygulanmasını önleyeceği iddiasını kabul eden alt mahkeme kararı, Kaliforniya

---

[108] Thomas Buergenthal, "Self-Executing and Non-Self-Executing Treaties in National and International Law", **RC**, 1992, IV, s.370.
[109] Kararın yorumu için bakınız: Buergenthal, **op. cit.**, pp. 371-372, Toluner, **ilişkiler**, p. 469-470, kararın metni için bakınız: (çevrimiçi) http://supct.law.cornell.edu/supct/cases/name.htm, 15/05/2002.
[110] Zikreden: Toluner, **ilişkiler**, p. 470, Buergenthal, **op. cit.**, p. 371.
[111] Bakınız: Toluner, **ilişkiler**, p. 470; Buergenthal, **op. cit.**, p. 372.
[112] Buergenthal, **op. cit.**, p.373.
[113] **ILR**, Vol. 19, 1952, no.53.

Yüksek Mahkemesi tarafından, söz konusu andlaşma hükümlerinin kendiliğinden uygulanma niteliğini haiz olmadığı gerekçesiyle bozulmuştur ve mahkeme bu sonuca bizzat andlaşma metnini ve bu metni kaleme alanların niyetlerini değerlendirerek varmıştır. Buradan da anlaşılacağı üzere andlaşmanın kendiliğinden uygulanma niteliği haiz olup olmadığı sorunu bir yorum sorunudur ve her devlet uygulamasında söz konusu olabilir[114].

Uygulamada öncelik sorunu konusunda A.B.D.'nde, Andlaşmaların Federe Devletler Hukukuna üstünlüğü konusunda mevcut anayasa hükmü ve mahkeme içtihatları açısından bir tereddüt bulunmamaktadır[115]. Ancak, andlaşmaların Federal Anayasa ve kanunlarla birlikte ülkenin üstün hukuk kuralları olduğunu belirten Anayasa, bu kuralların birbirleri karşısındaki hiyerarşik ilişkileri noktasında bir açıklık getirmemektedir. Amerikan uygulamasında, Anayasa'nın IV. maddesinin gereği olarak, andlaşmaların Kongrenin çıkardığı bir kanuna eşit statüte olduğu kabul edilmektedir. Bunun sonucu olarak da eğer bir andlaşma ile bir kanun arasında bir çatışma olması durumunda sonraki işleme üstünlük tanınmaktadır[116]. Tabi ki burada hatırlanması gereken önemli bir nokta, Amerikan uygulamasında bu andlaşmanın iç hukukta uygulanabilmesi için kendiliğinden uygulanabilir nitelikte olması gereğidir. Diğer önemli bir nokta da, Amerikan Anayasası'nda bahsedilen andlaşmaların Senatonun katılımı ile yapılan andlaşmalar olmasıdır. Bunlar dışındaki andlaşmalar ve diğer milletlerarası tasarrufların, yani Başkanın yetkilerine dayanarak yaptığı *"executive agremeent"* ve Kongre-Başkan işbirliğiyle yapılan milletlerarası tasarrufların, iç hukukta uygulanmasına ilişkin Anayasa'da bir hüküm olmadığı için bunlarla kanunlar arasındaki ilişkide daha farklı bir değerlendirme yapılmıştır. Kongrenin yetkilerine giren bir konuda, Kongrenin bir düzen getirdiği konularda, Başkanın kendi yetkilerine dayanarak yaptığı andlaşmaların iç hukukta geçerlilik kazanamayacağı konusunda kuvvetli bir eğilim vardır[117].

Amerikan uygulamasında, Kongrenin sonraki bir kanunla andlaşmaların iç hukukta uygulanmasını engelleyebilmesi hususunun, Amerika'nın milletlerarası yükümlülüğünü yerine getirememesine neden olmaması için bir yorum kuralı geliştirilmiştir. Buna göre, bir kanun ile andlaşma çatıştığında, mahkemeler, her ikisinin de birlikte uygulanmasını

---

[114] Buergenthal, **op. cit.**, p. 382.
[115] Toluner, **ilişkiler,** p. 476.
[116] Louis Henkin, "International Law as Law in the United States", **Michigan Law Review,** Vol. 82, 1984, p. 1564; George Slyz, **op. cit.**, p. 85.
[117] Toluner, **ilişkiler,** p. 484.

sağlayacak bir yorumu kabul ederler. Eğer bu şekilde birbirleriyle bağdaştırılamıyorlarsa, sonraki tasarruf uygulanır. Açıkça belirtilmedikçe, Kongrenin bir andlaşma hükmünün yürürlüğünü durdurmak amacını taşıdığı varsayılmaz[118]. Amerikan Anayasası ve andlaşma hükümleri arasındaki ilişki çok açık değildir[119]. Ancak Anayasa'nın kişi hak ve özgürlüklerini düzenleyen hükümlerinin andlaşmalar yoluyla ihlâl edilemeyeceği hususu, 1957 tarihli *Reid v. Covert* davasıyla yerleşmiştir[120]. Bu karar uyarınca doktrinde yaygın olarak kabul edilen husus, Anayasa ile çatışan andlaşmaların, milletlerarası alanda bağlayıcı olsalar da, iç hukukta uygulanamayacakları[121], yani Anayasa'nın andlaşmalara üstün olduğudur[122].

c. Almanya

Alman uygulamasında, andlaşma akdetme yetkisinin, öteden beri, düalist görüşün etkisinde kalınarak düzenlenmiş olması ve bu yetkinin iç hukukta kural koymak yetkisini haiz olan organlara tanınması yoluna gidilmesi nedeniyle, andlaşma hükümlerinin iç hukukta uygulanabilmeleri için, bunları iç hukuk kurallarına çeviren bir iç hukuk işleminin gerekli olduğu kazaî içtihat tarafından benimsenmiştir[123]. Bu uygulamada, uygun bulma kanunu, biri andlaşma akdetme yetkisini veren bir işlem diğeri de andlaşma hükmünün niteliğini değiştirerek iç hukukta yürürlüğünü sağlayan bir transformasyon işlemi olarak, iki hukukî karakteri olan bir tasarruf olarak değerlendirilmiştir[124]. Fakat Alman uygulamasında düalist görüşün tüm sonuçlarıyla benimsenmemiş olduğunu gösteren örnekler mevcuttur. Bazı andlaşmaların, andlaşmaların akdi usulü gereği olarak resmi gazetede ilân edilmemesine rağmen iç hukukta muteber olup veya iç hukuka aktarılmış bir andlaşma hükmünde bulunan bir atıf gereği olarak muhtevası önceden bilinmeyen sonraki bir andlaşmanın (Almanya taraf olmasa bile) ilân dahi edilmeksizin özel kişilerin hakları üzerinde etkili olabileceğini kabul eden kararlar bulunmaktadır[125]. Yine Alman uygulamasında düalist görüşün tamamıyla benimsenmemiş olduğunu gösteren bir diğer örnek, Andlaşmaların iç hukukta yürürlük kazanmasının tarihi konusunda kabul edilen çözümdür. Bu konuda iç hukuk işlemi haline gelmesi için bir transformasyon işleminin gereği kabul edilmiş olmasına rağmen yürürlük

---

[118] Slyz, **op. cit.**, p. 85-86; Toluner, **ilişkiler**, p. 486.
[119] Slyz, **op. cit.**, p. 86.
[120] Toluner, **ilişkiler**, p. 493-494.
[121] Henkin, **op. cit.**, p. 1563.
[122] Stefan A. Riesenfeld and Frederick M. Abbott, "The Scope of U.S. Senate Control over the Conclusion and Operation of Treaties", **Chicago-Kent Law Review**, Vol.67, 1991, p. 578.
[123] Toluner, **ilişkiler**, pp. 497-498.
[124] Slyz, **op. cit.**, 83, Toluner, **ilişkiler**, p. 500.
[125] Bakınız: Toluner, **ilişkiler**, p. 501-502-503.

tarihi olarak bu iç hukuk işleminin tarihi değil, andlaşmanın milletlerarası alanda yürürlük kazandığı tarih esas alınmıştır[126]. Yine aynı şekilde andlaşmaların sona ermesi ve yorumu konusunda iç hukuka değil milletlerarası alandaki ilkelere başvurulması da düalizmin gereklerine uygun değildir[127].

Alman uygulamasında düalizmin benimsenmesine ve kanun koyucu organın yetkilerine giren konularda bir düzen getiren andlaşmaların akdedilmesi aşamasında da yine bu organın yetkilendirilmiş olmasına rağmen, uygulamada bir andlaşma hükmünün kendiliğinden uygulanabilir olup olmadığı yine tartışma konusu olmuş, bir kanunla uygun bulunmakla iç hukuk haline geldiği kabul edilen bir andlaşmaya dayanarak kişilerin hak iddia edebilmeleri için, ilgili hükmün başka bir tasarrufun yapılmasına gerek kalmaksızın kendiliğinden uygulanabilme niteliğini haiz olması aranmıştır[128]. Örneğin, Alman Federal Yüksek Mahkemesi 1956 yılında verdiği bir kararda İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 8. maddesinin bu niteliği haiz olduğunu kabul etmiştir[129]. Aksi yönde bir örnek olarak da, GATT[130] andlaşmasının kendiliğinden uygulanır nitelikte olmadığına hükmeden kararlar gösterilebilir[131].

Uygulamada öncelik sorunu konusunda ise Alman uygulamasında, Bonn Anayasası'nın 31. maddesi, federal hukukun federe devletler hukukuna üstün olacağını belirtmesine karşın federal devletin federe devletlere saklı tutulan konularda andlaşma yapma yetkisi sınırlanmadığı için bu konularda federal devletin yaptığı andlaşmaların uygulanması tartışma yaratabilecek niteliktedir[132]. Bu nitelikte bir andlaşmanın uygulanması için gerekli olan iç hukuk tasarrufunun federal devlet mi yoksa federe devlet tarafından mı yapılacağı, bu nitelikte bir andlaşmanın federe devlet hukukuna üstünlüğünün kabul edilip edilmeyeceği konusunda açıklık yoktur[133]. Federal Anayasa Mahkemesi, 1957 yılında verdiği bir kararında, Federal devlet için bağlayıcı olan bir andlaşmanın federe devletler için ancak Anayasa hükümleri uyarınca hüküm doğurabileceğini belirtmiştir[134]. Federal kanunlarla andlaşmalar arasındaki öncelik sorunu konusunda ise, düalist görüşü benimseyen bir uygulama olduğu için

---

[126] **Ibid.**, pp. 504-505.
[127] Bu örnekler için bakınız: **Ibid.**, pp. 505-506-507.
[128] **Ibid.**, p. 509-510.
[129] Karar için bakınız: **ILR**, vol. 23, 1956, p. 393.
[130] General Agreement on Tariffs and Trade
[131] Bunlar için bakınız: Buergenthal, **op. cit.**, pp. 385-386.
[132] Toluner, **ilişkiler**, p. 511-512.
[133] Toluner, **ilişkiler**, p. 512.
[134] **ILR**, vol. 24, 1957, p. 592.

bu görüşün doğal sonucu olarak sonraki tarihli işleme üstünlük tanınması yani *lex postreior derogat legi priori* prensibi başka bir gerekçeye lüzum kalmaksızın uygulanmıştır[135]. Ancak andlaşmadan doğan hukuk kurallarının bazı yönlerden iç hukuk kurallarına tam olarak benzetilememesi (örneğin andlaşmaların milletlerarası alandaki kaderlerini takip etmeleri ve sona erme şekillerinin milletlerarası kurallarla belirli olması) nedeniyle bu yorum kuralı başka birtakım yorum kurallarıyla yumuşatılmaya çalışılmıştır. Örneğin, andlaşmayla kanun arasında bir çatışma durumunda, kanun koyucunun andlaşmayı ihlâl etmek niyetiyle hareket edip bu kanunu çıkardığının, yanlışlığa mahal vermeyecek şekilde ispatlanmadıkça, böyle bir niyetin bulunduğunun varsayılamayacağı[136] ve sonraki işlemin andlaşmayla çatışmayacak şekilde yorumlanması gibi[137]. Kısaca ifade edilirse, Anayasa'nın 59/2 hükmü gereği olarak, andlaşmalar federal kanunlarla eşit seviyede kabul edilmektedir. Bunun sonucu olarak da (yukarıda ifade ettiğimiz federal hukukun üstünlüğü kuralı hatırlanırsa) andlaşmalar federe devlet hukukuna üstün olacaktır (tabi ki federe devletlerin yetkisine giren konularda yapılan andlaşmalarla ilgili tartışmalar saklı kalmak üzere). Bununla birlikte, federal yasa koyucunun bazı önemli alanlara ilişkin (örneğin, vergi, yabancıların durumu, sınırdışı etme gibi) andlaşmalara sonraki tasarruflar karşısında üstünlük tanıması söz konusu olabilmektedir[138].

d. Hollanda

Hollanda anayasa düzeninde 1953 Tadiline kadar, milletlerarası andlaşmaların iç hukukta uygulanması sorununu düzenleyen herhangi bir hüküm yer almamış olmasına rağmen, mahkemeler, kendilerine sunulan uyuşmazlıklarda, bir andlaşmaya başvurulması gerekli olduğunda, bu andlaşmayı uygulama konusunda tereddüt duymamışlardır[139]. Mahkemeler bu konudaki yetkilerinin kaynağını, Anayasa'nın andlaşmaların akdini düzenleyen hükümlerinde bulmuşlar, andlaşmaların akdini düzenleyen anayasa hükümlerini kanun koyma usulüne paralel bir kaide koyma usulü olarak değerlendirmişlerdir[140]. Bu sebeple andlaşmaların iç hukuk alanında bağlayıcı nitelikte hukuk kuralları olduğunu belirten 1953 Tadili anayasa uygulamasına bir yenilik getirmemiştir. Ancak bu hükümlere rağmen yine de bir düalizm-monizm tartışması tamamen ortadan kalkmış değildir[141].

---

[135] Toluner, **ilişkiler**, p. 514-515.
[136] Toluner, **ilişkiler**, p. 515.
[137] Slyz, **op. cit.**, p. 87.
[138] **Loc. cit.**
[139] Toluner, **ilişkiler**, p. 520.
[140] **Ibid.**, p. 521.
[141] **Loc. cit.**

Uygulamada öncelik sorunu konusunda Hollanda uygulamasında, 1953 Tadilinden önceki uygulama soruna tam olarak bir çözüm getirmemiş, çatışma durumunda milletlerarası hukuka üstünlük tanınmasında çekingen davranmıştır. Buna rağmen, yine de çatışma durumunda çatışmayı önleyici yorum kurallarına başvurmuştur[142]. 1953 ve 1956 Anayasa Tadilleri ile getirilen düzende, andlaşmaların kişiler açısından bağlayıcı olabilmesi için ilân edilmiş olma şartı getirilmiş (Anayasa md. 65) ve andlaşmaların iç hukuk tasarruflarına üstün olacakları kabul edilmiştir (Anayasa md. 66)[143]. Mukayeseli hukuk açısından önem arz eden husus ise, her iki mecliste de 2/3 çoğunlukla uygun bulunarak kabul edilen andlaşmaların anayasaya ayrık hükümler getirebileceğinin kabul edilmiş olunmasıdır (Anayasa md. 63). Bu hüküm, Anayasa'nın, mahkemelerin andlaşmanın anayasaya uygunluğunu denetleyemeyeceklerini belirten hükmüyle birlikte değerlendirilince, andlaşmaların bu usule uyulmadan akdedilmesi durumunu denetleme yetkisini mahkemelere tanımamıştır[144]. 17 Şubat 1983 tarihinde yürürlüğe giren son anayasa değişikliklerine bakılınca; Hükûmetin milletlerarası hukuk düzeninin gelişimini destekleyeceği (90. madde), anayasayla çatışan herhangi bir hüküm içeren andlaşmaların, Parlamentonun 2/3 olumlu oyuyla kabulünün gerekli olduğu (91/3) ve mahkemelerin, kanunların ve andlaşmaların anayasaya aykırılığını denetleyemeyeceği (120. madde), herhangi bir andlaşma hükmünün veya bir milletlerarası teşkilâtın aldığı kararın kişiler için bağlayıcı olabilmesi için yayınlanmasının şart olduğu (93. madde) ve yayınlanma usulünün Parlamento tarafından belirleneceği (95. madde), andlaşma veya milletlerarası teşkilât kararları ile çatışan iç hukuk hükümlerinin uygulanmayacağı (94. madde) şeklinde 1953 ile getirilen düzeni devam ettiren hükümler mevcuttur[145].

e. Fransa

Fransız hukukuna bakıldığında, 1946 Anayasası'na kadar Fransız hukukunda, andlaşmaların iç hukukta uygulanmalarına dair açık bir hükme rastlanmamasına ve önceki anayasa düzenlerinde sadece andlaşmaların akdi konusunda organlar arası yetki paylaşımının düzenlenmesi ile yetinilmiş bulunmasına rağmen, mahkemeler, o dönemde de diğer devlet uygulamalarında da geçerli öngörülen bazı prensipler uyarınca, bu tasarrufları (andlaşmaları)

---

[142] Toluner, **ilişkiler**, p. 536-537-538.
[143] Bakınız: Panhuys, "The Netherlands Constitution and International Law", **AJIL**, Vol. 58, 1964, p. 108.
[144] Panhuys, "The Netherlands Constitution and International Law", **AJIL**, vol. 47, 1953, p. 551.
[145] 1983 tarihli Anayasa metni için bakınız: (Çevrimiçi) http://www.uni-wuerzburg.de/law/nl__indx.html veya http://oncampus.richmond.edu/~jjones//confinder/nethrlnd.htm, 18 Mayıs 2002.

değerlendirmek yetkisini kendilerinde bulmuşlardır[146]. Bu prensiplere örnek olarak, andlaşmaların iç hukukta icraî nitelik kazanması için neşredilmesi gereği[147], kanunlarda değişiklik getiren ve parlamentoya sunulmaksızın akdedilen andlaşmalara iç hukukta geçerlilik tanınmaması[148] gösterilebilir. Doktrin tartışmaları ile etkilenmemiş olan bu ilk devir uygulamasına bakılarak, örneğin neşir işlemine bir transformasyon niteliği verip düalist görüşün benimsendiği ileri sürülse[149] de, sonraki uygulama[150] ve usulüne uygun olarak onaylanmış ve ilân edilmiş olan andlaşmaların, kanunlara aykırı olsalar bile kanun kuvvetinde olduğunu belirten 1946 tarihli anayasa ile getirilen yenilik, düalist görüşün benimsendiğini ispata yönelik çabaları dayanaksız bırakmıştır[151].

1946 Anayasası'nın benimsediği sisteme, 1958 Anayasası 55. maddeyle değişiklik getirmiştir. Bu madde hükmü uyarınca, yalnız onaylanmış olan andlaşmalar değil, onaylanmış veya uygun bulunmuş, andlaşma veya anlaşmalar kanunlara üstün olan bir hukukî değeri haiz olacak, ancak bu diğer akit devletlerce uygulanma (yani mütekabiliyet) şartı ile sınırlı olacaktır[152].

Fransız uygulamasında düalist görüşün reddine bir delil de andlaşmaların yorumuna ilişkin olarak uygulamada kabul edilmiş olan özel düzendir[153]. Bu düzen, bir andlaşma hükmünün milletlerarası hukukun öngördüğü yorum kuralları uyarınca değerlendirilmesi söz konusu olduğunda, bunun yürütmenin yetkisi içinde olduğu ve hukuku uygulamakla yükümlü olan mahkemelerin hukuku oluşturmak (yasama) anlamına gelebilecek bir fonksiyonun ifasında kendilerini yetkili bulmamaları olarak özetlenebilir[154]. Bununla beraber, andlaşma hükmünün açık olması veya özel menfaatlere ilişkin olması gibi yorum yetkisini saklı tutan ifadeler de mevcuttur[155].

---

[146] Toluner, **ilişkiler, pp. 546-547.**
[147] Bakınız: **Ibid.**, p. 547 vd.
[148] **Ibid.**, p. 550 vd.
[149] **Ibid.**, p. 548-549.
[150] Düalist görüşün aksini yansıtan bu uygulamaya örnek olarak şu kararlar için bakınız: **AD**, Vol. 3, 1925, p. 355, vol. 8, 1935, p. 421 ve 426.
[151] Toluner, **ilişkiler**, p. 557.
[152] 55 inci madde hükmü şöyledir: *"Usulüne uygun olarak onaylanan veya uygun bulunan andlaşma veya anlaşmalar, her bir anlaşma veya andlaşmanın diğer akit devletlerce uygulanması şartına bağlı olarak, ilânlarından itibaren, Parlamentonun işlemlerine üstün olacaklardır"* (Anayasanın İngilizce metni için bakınız: The French National Assembly Website, (Çevrimiçi) http://www.assemblee-nationale.fr/english/8ab.asp, 20 Mayıs 2002).
[153] Toluner, **ilişkiler**, p. 554.
[154] **Ibid.**, p. 555.
[155] **Ibid.**, p. 556.

Uygulamada öncelik konusunda Fransız uygulamasında, kanunlar ile andlaşmalar açısından açık bir anayasa hükmü mevcuttur[156]. Daha önce belirtildiği gibi bu hükme göre; usulüne uygun olarak onaylanan veya uygun bulunan andlaşma veya anlaşmalar, diğer akit devletlerce uygulanmaları şartına bağlı olarak, kanunlara üstün bir kuvveti haizdirler. Andlaşmaların anayasa karşısındaki durumuna gelince, bu konuda da Fransız Anayasası'nda açık bir hüküm mevcuttur ve anayasaya aykırılığı konusunda, daha andlaşmanın milletlerarası alanda akdinden önce bir sınırlama getirilmiştir:

"*Anayasa Konseyi, Cumhurbaşkanı, Başbakan, Meclislerden biri veya diğerinin Başkanı, veya altmış milletvekili ya da senatör tarafından kendisine başvurulduğunda, bir milletlerarası taahhüdün (international commitment) anayasaya aykırı bir hüküm ihtiva ettiğine karar verirse, bu taahhüdün onaylanması veya uygun bulunması yetkisi, ancak, Anayasanın tadilinden sonra verilebilir*"[157]

2.Milletlerarası Örf ve Adet Kurallarının İç Hukukta Uygulanması

İngiliz Hukukunda, milletlerarası örf ve adet hukukunun uygulanması, milletlerarası hukuku ülke hukukunun bir parçası sayan anlayışın, parlamento iradesinin üstünlüğü ve Anglo-Amerikan hukuk sisteminde kabul edilmiş olan *stare decisis* prensipleri ile sınırlı olarak kabulüyle söz konusu olmuştur[158]. Bir kanuna rağmen, milletlerarası örf ve adet kurallarına başvurulamayacağı, böyle bir durumda parlamentonun iradesine üstünlük tanınacağı esası benimsenerek, andlaşmaların uygulanması ile milletlerarası örf ve adet kurallarının uygulanması konusunda aynı esaslara dayanılarak aynı sonuca varılmıştır[159].

Andlaşmaların ülkenin üstün hukuk kuralları olduğunu açıkça düzenleyen Amerikan Anayasası'nda, milletlerarası örf ve adet kurallarından söz açılmamış, sadece I. Maddenin 8. bölümünün 10. fikrasında, Kongreye, milletlerarası örf ve adet hukukunun belirli bir kısmına ilişkin olarak, "açık denizlerde işlenen deniz haydutluğu ve diğer suçların ve milletlerarası hukuka aykırı fiillerin tanımı ve cezalandırılması" yetkisi tanınmıştır. Bu hüküm Anayasa'nın milletlerarası hukuku sadece andlaşmalar hukuku ile sınırlı saymadığını sonuçlasa da,

---

[156] 1958 Anayasasının 55. maddesi, **supra**, dipnot 152.
[157] 1958 Anayasasının 54. maddesi, **supra**, dipnot 152.
[158] Toluner, **ilişkiler**, p. 614.
[159] **Ibid.**, p. 616-617.

Amerikan Anayasası, milletlerarası örf ve adet kuralları ile iç hukuk arasındaki ilişki için pek bir şey söylememektedir[160]. Anayasa'nın milletlerarası örf ve adet kurallarına ilişkin, bu sınırlı ifadesine rağmen, gerektiğinde mahkemeler, diğer konulara değinen milletlerarası örf ve adet kurallarını da uygulamaktan çekinmemişlerdir[161].

Bu kuralları uygularken hangi hukukî esasa dayandıkları sorusuna gelince; ilk dönem uygulamalarına bakıldığında, *Ware v. Hylton* davasında, Yüksek Mahkeme, olayda milletlerarası hukuk kurallarının geçerliliğini, A.B.D.'nin bağımsızlığını ilân ettiğinde milletlerarası hukuku kabul etmek zorunda kalması esasına dayandırmıştır[162]. Bazı kararlarda ise, milletlerarası hukukun *common law*'un bir parçası olarak uygulanmakta olduğu gerekçesine dayanılmıştır[163]. Sonraları sıklıkla atıfta bulunulan *The Paquete Habana* davasında milletlerarası hukuk "ülke hukukunun bir parçası" olarak ifade edilmiş, konuyu düzenleyen bir andlaşma veya iç hukuk işlemi yoksa, medeni milletlerin örf ve adetlerine başvurularak çözüm bulunacağı belirtilmiştir[164]. Burada milletlerarası hukukun "ülke hukukunun bir parçası" sayılması, ülkede geçerli olan hukuk kuralları olmaları anlamında kullanılmıştır. Sonuç olarak, milletlerarası örf ve adet kuralları, milletlerarası hukuk kuralları olma niteliklerini kaybetmeden[165], Amerikan uygulamasında, başlangıçtan itibaren, hiçbir iç hukuka aktarma (transformasyon) işlemine gerek duyulmaksızın uygulana gelmiştir[166].

Uygulamada öncelik konusunda, Amerikan uygulamasında, anayasa ve kuralların milletlerarası hukuka aykırı bir şekilde yorumlanmaması, böyle bir yorumun mümkün olmadığı durumlarda ise, kanuna üstünlük tanınması prensibi kabul edilmiştir[167]. Bu üstünlük sadece yasama organını işlemlerine değil, yürütme organının işlemlerine de tanınmıştır[168]. Bu konuda yakın tarihli bir örnek olarak, *Fernández-Roque v. Smith* (1985) davasında, Başkanın

---

[160] Slyz, **op. cit.**, p. 88-89.
[161] Toluner, **ilişkiler,** p. 621; Slyz, **op. cit.**, p.89.
[162] Slyz, **op. cit.**, p. 89; Toluner, **ilişkiler,** p. 623.
[163] Bu kararlar ve yorumları için bakınız: Toluner, **ilişkiler,** p.625 vd.Yazara göre, A.B.D. uygulamasında, İngiliz *common law*'una atıf yapılmasının nedeni, bağımsızlıktan önce ülkede bu kuralların uygulanması ve daha sonra da bu hukukun iktibas edilmesi gösterilebilir(**Ibid.** 628). Ayrıca bakınız: Louis Henkin, "International Law as Law in the United States", **MLR,** Vol. 82, p.1556.
[164] Bakınız: Slyz, **op. cit.**, p.89.
[165] Toluner, **ilişkiler,** p.624 ve 637.
[166] Bakınız: Restatement (Third) of Foreign Relations Law, Part I, Chapter 2, Introductory Note, in: Louis Henkin, Richard C. Pugh, Oscar Schacter, Hans Smit, **International Law: Cases and Metarials,** 2. Edition, 1987, p.147.
[167] Toluner, **ilişkiler,** p. 638.
[168] Slyz, **op. cit.**, p. 96.

ülkenin milletlerarası örf ve adet hukukundan doğan yükümlülüklerini ihmal etme yetkisi olduğuna karar verilmiştir[169].

Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası, milletlerarası örf ve adet kurallarının iç hukukta uygulanması konusunu açıkça düzenlemiştir. Anayasa'nın bu konuyla ilgili 25. maddesi şu şekildedir:

"Milletlerarası hukukun genel kuralları federal hukukun ayrılmaz bir parçasını teşkil edecektir. Bu kurallar kanunlar karşısında önceliğe sahip olacak ve federal ülkede yaşayanlar için doğrudan hak ve borçlar doğuracaktır."

Yargılama sırasında, bir milletlerarası hukuk kuralının Federal hukukun parçası olup olmadığı ve böyle bir kuralın kişiler açısından hak ve borç doğurup doğurmadığı konusunda bir tereddüdün varlığı halinde, mahkemeler, Federal Anayasa Mahkemesinden bu konuda bir karar alacaklardır (Anayasa md. 100/2).

Bu maddelerden anlaşıldığı üzere, Alman hukuku açısından, milletlerarası örf ve adet kurallarının iç hukuk tasarrufları karşısındaki durumu, 25. madde ile getirilen düzen ile çözümlenmiştir. Bu hükümle, bu kuralların, federal kanunlara üstünlüğü açıkça kabul edilmiş olmaktadır. Ancak bu kuralların anayasa karşısındaki statüsü konusunda maddede bir açıklık olmadığı için bu husus tartışmalıdır. Genellikle kabul edilen görüş, bu kuralların kanunlar ile anayasa arasında yer aldığıdır[170].

Hollanda hukukunda, milletlerarası örf ve adet hukukunun uygulanmasını öngören genel bir kural olmamasına rağmen bu uygulamada da mahkemeler doğrudan doğruya milletlerarası örf ve adet kurallarına başvurmaktan kaçınmamışlardır[171].

3.Milletlerarası Mahkeme Kararlarının İç Hukukta Uygulanması

Milletlerarası hukukta, milletlerarası mahkemelere zorunlu yargı yetkisinin tanınmamış olması, bu hukuk düzeninin zaafı olarak ileri sürülebilir. Milletlerarası

[169] Aktaran: Slyz, **loc. cit.**
[170] Toluner, **ilişkiler,** p.658; Slyz, **op. cit.**, 97, dipnot 178.
[171] Toluner, **ilişkiler,** p. 662-663.

mahkemelerin yargı yetkilerinin devletlerce tanınmış olduğu durumlarda bile, bu yetkinin mahkeme kararlarının icrası için de geçerli olup olmadığı sorunu bir yana, bu kararların uygulanmasını sağlayacak mekanizmaların yetersizliği (hatta bulunmayışı) yargılama sonucu elde edilmek istenen sonucu çoğu defa etkileyebilmektedir. Devletlerin karşılıklı rızaları ile milletlerarası mahkemelere her türlü (hukukî) uyumazlığı havale edebilme imkânları, yargılama sonrasında taraflardan birinin mahkeme kararını yerine getirmede isteksiz davranması durumunda pratik önemini kaybetmektedir[172]. Milletlerarası yargı kararlarını uygulanması hususundaki bu eksiklik, uygulamanın millî organlar, özellikle millî mahkemeler vasıtasıyla gerçekleştirilme teşebbüslerine yol açmıştır[173].

Milletlerarası mahkemeler yargı yetkilerini devletler arasındaki andlaşmalardan alırlar. Milletlerarası hukuktan doğan hak ve borçlar hâlâ milletlerarası hukukun kişisi olarak devlete atfedilir[174]. Milletlerarası mahkemeler, devletler tarafından kendilerine tanınmış olan yargı yetkisini kullanarak kazaî tasarrufta bulunan organlardır. Milletlerarası mahkemelerin kazaî tasarruflarının konusunu (kural olarak) devletlerarası uyuşmazlıklar teşkil eder. Milletlerarası hukuka göre talep hakkı da geleneksel olarak, devletlere aittir[175]. Devlet dışındaki kişilerin milletlerarası mahkemeler önünde taraf olmaları yeni sayılabilecek bir gelişmedir. Bunlara ilk örnek I. Dünya Savaşı sonunda kurulan Karma Hakem Mahkemeleri gösterilebilirse de, bunlar, belirli bir olay ve geçici bir süre için kuruldukları için, tam anlamıyla milletlerarası yargılama niteliğini taşımazlar[176]. Asıl önemli gelişme olarak, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile getirilen ve bireylere devletlere karşı milletlerarası alanda doğrudan talep hakkı veren sistem gösterilebilir ve 11. Protokol'ün yürürlüğe girmesiyle bireysel başvuru hakkının devletlerce kabulünün zorunlu hale gelmesiyle bu gelişim daha da önemli bir noktaya ulaşmıştır. Devlet dışındaki varlıkların da taraf olarak milletlerarası yargı organları önüne çıkabilmeleri, milletlerarası mahkeme kararlarının iç hukuklarda uygulanması konusunu daha da önemli bir hale getirmiştir. Çünkü, bu tür uyuşmazlıklar, klâsik devletlerarası uyuşmazlıklara göre iç hukuklarla daha yakın bir ilişki içerirler[177].

---

[172] Rauf Versan, "Milletlerarası Mahkeme Kararlarının Millî Mahkemeler Tarafından Uygulanması", **Mahmut R. Belik'e Armağan**, İstanbul, 1993, p. 461-462.
[173] **Ibid.**, p. 462.
[174] Herman Mosler, "Supra-National Judicial Decisions and National Courts", **Hasting International and Comparative Law Review**, Vol. 4, No. 3, 1981, p. 426.
[175] Versan, **op. cit.**, p. 463; Mosler, **op. cit.**, p. 429.
[176] Mosler, **op. cit.**, p. 429.
[177] **Ibid.**, p. 430.

Milletlerarası mahkeme kararları, milletlerarası hukukun kişileri olarak devletleri, kural olarak, bağlayıcı niteliktedirler. Bununla beraber, bu kararlar, millî mahkemelere veya devletin diğer organlarına, kararların iç hukuk düzenlerinde yerine getirilmesine dair bir borç yaratmamaktadırlar[178]. Bu sebeple bağlayıcılık devletler bakımından ancak milletlerarası düzeyde hüküm ifade eder. Devletler iç yetki alanlarını milletlerarası mahkeme kararlarına açmak yükümünde değildirler[179]. Fakat şüphe yok ki, devletin organları, yetkilerinin sınırları çerçevesinde devletin kendisini bağlayan milletlerarası mahkeme kararına uymasını da sağlamaya çalışmalıdır. Yani, -mahkemeler dahil- millî organlarla, devletin milletlerarası hukuktan doğan -milletlerarası mahkeme kararlarının gereklerini de içeren- görevleri arasındaki uyumsuzlukları engellemek iç hukuklara kalmıştır[180]. Eğer Milletlerarası mahkeme kararlarının uygulanması millî organlar tarafından herhangi bir eylem veya işlemin yapılmasını gerektiriyorsa, bu durumda devlet, milletlerarası hukuka göre bunların yapılmasını temin etmekle yükümlüdür[181]. Yani bu kararların doğrundan bir etkileri olmayıp, icraları devletin yetkisinde, daha doğru ifadeyle yükümlülüğündedir. Ancak devletin bu yükümlülüğünü ne şekilde yerine getireceği onun iradesine bırakılmış olup, bu yükümlülüğün ihlâli halinde devletin milletlerarası alanda hukukî sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bununla beraber, bu ilkenin istisnaları da bulunabilir. Bunların başlıcası, iç hukukun milletlerarası yargı kararlarına doğrudan uygulanabilirlik vasfını tanımasıdır. Bir diğer istisna, bu vasfın andlaşma ile tanınmış olmasıdır. Bir milletlerarası yargı organının kurucu andlaşmasında bu organ kararlarının iç hukukta doğrudan etki meydana getirmesine ilişkin hükümlerin bulunması halinde bu hükümlerde öngörülen icra prosedürü andlaşmaya taraf devletler bakımından bağlayıcı olacaktır[182](Tabi ki o devletin iç hukukunda andalaşmaların doğrudan uygulanabilir olması öngörülüyorsa, iç hukukun bir gereği olarak).

Milletlerarası mahkeme kararlarının iç hukuk organlarınca uygulanması, özellikle, kararların konusunu teşkil eden uyuşmazlıkların özel kişilerin haklarını ilgilendirdiği durumlarda söz konusu olmaktadır. Çünkü milletlerarası yargı kararları, milletlerarası hukukun kuralları gibi, artık sadece devletlerarası ilişkilerde uygulanabilen hükümler içermemekte, devletler dışındaki kişileri de etkileyebilmektedir. Nitekim, son yıllarda

---

[178] **Ibid..**, p. 426. Millî bir kuralı, idarî eylemi veya mahkeme kararlarını değerlendirmek yetkisinde olsalar bile yine de milletlerarası mahkemeler, millî mahkemeler üzerinde bir temyiz veya nihaî çözüm mahkemesi değildirler (**ibid.**, p. 451).
[179] Versan, **op. cit.**, p. 463.
[180] Mosler, **op. cit.**, p. 426.
[181] Versan, **op. cit.**, p. 463.
[182] **Loc. cit.**

milletlerarası hukukun gösterdiği en büyük gelişme, özel hukuk kişilerinin de artan bir önemle bu hukuk dalının kapsamına girmiş bulunmalarıdır[183].

Özel hukuk kişilerinin hak ve menfaatlerinin söz konusu olduğu uyuşmazlıkların yargılanabildiği milletlerarası mahkemeler, yapıları ve ihtisasları farklı olsa da, andlaşma ile kuruldukları ve yargılama görevlerini milletlerarası hukuka göre yerine getirdikleri cihetle milletlerarası mahkeme niteliğini taşımaktadır[184].

Millî mahkemeler, milletlerarası yargı organlarının kararlarıyla çok çeşitli şekillerde karşılaşabilirler: Millî mahkemeler önünde, (1) milletlerarası mahkeme kararının uygulanması bizzat davanın kendisi olabilir, (2) benzer bir davada, milletlerarası mahkeme kararının uygulanması söz konusu olabilir; millî mahkemeler, (3) bir milletlerarası yargıda telaffuz edilen bir hukuk kuralını veya hukukî mütalâayı uygulamak durumunda kalabilir, (4) bu tür bir kuralı veya mütalâayı kendi gerekçesine *"authoritative argument"* olarak kullanabilir, (5) kendi gerekçesinde diğer delil veya başka ilgili kaynaklarla eşit hukukî ağırlıkta zikredebilir[185].

Milletlerarası mahkeme kararları, millî mahkemelerin verdiği kararlar gibi, hüküm fıkralarının gayelerine (to the purposes of their operative clause) göre analiz edilip sınıflandırılabilir: Yeni bir hukukî durum yaratan, belirli bir edimin ifasını gerektiren, beyan edici nitelikte olan veya talebin reddini öngören kararlar[186]. Şu ihtimaller söz konusu olabilir: Millî mahkeme kendisine havale edilen uyuşmazlığı çözmek için milletlerarası hukukun bir kuralını dikkate almak durumunda kaldığında, milletlerarası mahkemeler tarafından verilmiş olan kararlar, söz konusu milletlerarası hukuk kuralına açıklık getirebildikleri ölçüde millî mahkeme tarafından dikkate alınırlar. Bu, millî mahkemenin o yönde bir yükümlülüğü olmamasına rağmen, *stare decisis* ilkesine sadakatinin sonucudur[187]. Bu durumun, yani millî mahkemelerin milletlerarası yargı kararlarını milletlerarası hukuk ve hatta iç hukuk kurallarına açıklık getirdikleri için dikkate almalarının, bu kararların "uygulanması" anlamına gelmediği şüphesizdir. Mahkeme içtihatlarının bütün hukuk sistemlerinde yol gösterici niteliğe ve bunun sonucu olarak bağlayıcılığa sahip olduklarını kabul etmek gerekir. Fakat bu

[183] **Ibid.**, p. 464.
[184] **Ibid.**, p. 464-465.
[185] Mosler, **op. cit.**, p. 432-433.
[186] **Ibid.**, p. 439.
[187] Versan, **op. cit.**, p. 467.

bağlayıcılık esas itibarıyla manevi anlamda olup, mahkemeler için hukukî bir yükümlülük teşkil etmemektedirler[188].

Milletlerarası mahkemelere havale edilmiş olan uyuşmazlıkların hepsi, uygulanmayı gerektiren karara ihtiyaç gösterecek nitelikte değildir. Bu gibi uyuşmazlıklarda mahkemenin görevi, hukukî durumun açıklığa kavuşturulması (tespiti) ile sona ermiş olur. Milletlerarası hukuktan kaynaklanan bir taahhüdün yerine getirilip getirilmediğine veya andlaşmanın yorumuna ilişkin uyuşmazlıklar, bu durumun örneğidir[189]. Millî mahkemeler, milletlerarası bir yükümün yerine getirilmesine yönelik taleplerle karşılaştıklarında kendi hukuklarının öngördüğü şekilde yetkilerini kullanırlar[190].

Aslında milletlerarası mahkeme kararlarının icrasını etkileyen en büyük unsur, bu mahkemelerin yer itibariyle yetkilerinin bulunmayışıdır[191]. Milletlerarası mahkemeler bu özellikleri ile millî mahkeme kararlarından ayrılırlar. Mahkeme kararları, kararı veren mahkemenin ait olduğu devletin ülkesinde uygulanırlar. Bu yetkinin mülkîliği ilkesinin bir sonucudur. Ülke unsurunun mevcudiyeti, mahkeme kararlarının uygulanabilmesinin önemli bir şartını ve aynı zamanda sınırını teşkil eder[192]. Millî mahkemelerin de ait oldukları devletin ülkesi dışında kararlarını icra ettirebilme yetkileri yoktur. Fakat bu, milletlerarası adlî yardımlaşmayı düzenleyen kurallar sayesinde mümkün olabilmektedir. Bu noktada millî mahkemeler yabancı devlet mahkeme kararlarının icrasına ilişkin kurallar ve usûlleri milletlerarası mahkeme kararları için uygulayabileceği ileri sürülmüştür[193]. Bunun ilk bakışta doğal bir yol olduğu izlenimi uyansa da bunun birtakım zorlukları beraberinde getireceği açıktır. Devletler hususî hukuku kurallarının, kıyas yolu ile dahi, milletlerarası mahkeme

---

[188] **Ibid.**, p. 467-468; Mosler, **op. cit.**, p. 431.
[189] Mosler, **op. cit.**, p. 470.
[190] Versan, **op. cit.**, p. 471.
[191] **Ibid.**, p. 466.
[192] **Ibid.**
[193] Bakınız: Jenks, **The Prospects of International Adjudication**, 1964, p. 681. Atâ Sakmar, **Yabancı İlamların Türkiyedeki Sonuçları**, İstanbul, 1982, p. 18-19-20. Ergin Nomer, **Devletler Hususî Hukuku**, 8. bası, İstanbul, 1996, p. 385: *"Milletlerarası mahkeme kararları, Türkiye'nin bunlara ilişkin milletlerarası sözleşmelere katılmış olup olmamasına bağlı olarak muamele görürler. Bu sözleşmelerde özel düzenlemeler var ise, bu nevi kararların akibeti de bu düzenlemere tâbi olur. Sözleşmesine iltihak edilmemiş bir milletlerarası mahkemenin kararı, 34'üncü madde ve devamına tâbi olur"* (Burada bahsedilen, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunu'nun 34. maddesidir).

kararları bakımından uygulanmalarının mümkün olmadığını iddia etmek gerekir[194]. Çünkü bir devlet, yabancı mahkeme kararlarını tanımak mecburiyetinde değildir[195].

Milletlerarası mahkeme kararının iç hukuk düzeyinde de taraflar için kesin hüküm (*res judicata*) niteliğini taşıyor olmasının kabulü, şüphesiz bu kararın iç hukukta doğrudan uygulanmasının ön şartını teşkil etmektedir[196]. *Res judicata* etkisi davanın tarafları ve hüküm fıkrasında ifade edilen karar ile sınırlıdır[197]. Bu bir genel hukuk prensibidir ve aynı zamanda Milletlerarası Adalet Divanının Statüsünde ifade edilmiştir: *"Divan'ın kararı ancak uyuşmazlığın tarafları bakımından ve karar verilen iş için bağlayıcıdır."* (md. 59). Fakat kesin hükmün bu niteliği, milletlerarası yargı kararlarının belli durumlarda *erga tertios* veya *erga omnes* etkisinin olmadığı anlamına gelmez. *"territorial or personal title of jurisdiction"* ile ilgili kararların bu nitelikte bir etkisinin olduğu birçok kararda kabul edilmiştir[198]. Gerçekten de, milletlerarası mahkeme kararlarında ifade edilen gerekçelere, daha sonra mahkemeler önünde tarafların kendi davalarına dayanak yapmaları oldukça doğal görünmektedir[199].

Kural olarak, milletlerarası yargı kararlarının kesin hüküm etkisi millî mahkemeler önündeki yargılamalara uzatılamaz. Bu, sadece devletin doğrudan bu kararlarla bağlı olduğu, organlarının doğrudan bağlı olmadığı genel kuralından çıkar. Bu sonucun aksi, ancak bir andlaşma hükmünün millî hukuk düzenlerinde böyle bir doğrudan etkiyi tanıması ile[200] veya o devletin iç hukukunun milletlerarası hukuka veya milletlerarası mahkeme kararlarına açıkça böyle bir doğrudan etkiyi tanıması halinde mümkündür.

Devletlerarası uyuşmazlıklarda tarafların aynı olması gereği yerine gelmediği için millî mahkemeler önünde kesin hükmün doğrudan bir etkisinin tanınması imkânsızdır[201]. Bu

---

[194] Versan, **op. cit.**, p. 468.
[195] Nomer, **op. cit.**, p.382. Nitekim bazı devletler yabancı mahkeme kararlarının tenfizini hiçbir şekilde kabul etmemektedirler: meselâ, İsveç, Finlandiya, İzlanda, İsviçre'de Glarus Kantonu (**ibid.** p. 382, dipnot 198).
[196] Versan, **op. cit.**, p. 468.
[197] Mosler, **op. cit.**, p. 454.
[198] **Ibid.**, p. 455; Milletlerarası yargı kararı objektif bir durum yaratan nitelikte olduğunda, örneğin sınır veya toprak uyuşmazlıklarında, sadece tarafları değil milletlerarası toplumu bir bütün olarak etkiler ve bağlar (Mohammed Bedjaoui, "The Reception by National Courts of Decisions of International Tribunals", **International Law Decisions in National Courts**, Edited by Thomas M. Franck, Gregory H. Fox, Transnational Publishers, 1996, p. 26).
[199] Bedjaoui, **loc. cit.**
[200] Mosler, **op. cit.**, p. 456. Kesin hüküm sorunu ile millî otoriteyi oluşturan organlar tarafından bir milletlerarası kararın uygulanması yükümünü karıştırmamak gerekir(**ibid.** p. 456, dipnot 118).
[201] **Ibid.**, p. 456.

konuya örnek olarak Belçika İlk Derece Mahkemesinin *Scobelge v. Grek State*[202] davasındaki yorumu gösterilmektedir[203]. Bu davada gelişen olaylar şöyledir: 1925 yılında bir Belçika şirketi olan Société Commercial de Belgique (Socobelge), Yunan Hükûmeti ile tren raylarının inşâsı ve gerekli ekipmanların sağlanması konusunda bir sözleşme yapıyorlar. 1932 mali krizi nedeniyle Yunan Hükûmetinin yükümlüklerini yerine getirmemesi üzerine yapılan sözleşme gereği bir tahkim komisyonu kuruluyor ve bu komisyon Yunan Hükûmetini belli bir miktar tazminat ödemeye mahkum ediyor. Bu tazminat ödenmeyince, bu sefer Belçika Hükûmeti, vatandaşı lehine meseleyi Daimî Adalet Divanı önüne taşıyor ve Divan da Yunanistan'ı borçlu buluyor. Yunan Hükûmetinin yine ödeme yapmaması üzerine (II. Dünya Savaşından sonra yapılan Marshall Yardımlarından Yunanistan'a tahsis edilenlerden bir kısmı Belçika bankalarında demiryolu malzemeleri ile ilgili alım ile ilgili olarak bulunuyor) davacı firma (Socobelge) 1950 yılının sonuna doğru Belçika mahkemelerinde Yunan Hükûmeti aleyhine dava açıyor ve bu hesaplardaki paralar üzerine haciz koyduruyor[204]. Davada Yunan Hükûmeti yargı ve icra bağışıklığına dayanarak hesap üzerindeki haczin kaldırılmasını istiyor ve Tahkim Kararı için Belçika'da bir *exequatur* alınmamış olduğunu ileri sürüyor. Davacı şirket ise, paraların ticari işleri nedeniyle bulunduğu için Yunanistan'ın bağışıklıktan yararlanamayacağını ve milletlerarası mahkeme tarafından verilen kararların, yabancı mahkeme kararı olmadığını, Belçika için *exequatur* gerektirmeksizin doğrudan bağlayıcı olduğunu ileri sürüyor[205]. Mahkeme, haciz emrinin geçerli olduğunu, ticari faaliyetleri nedeniyle Yunanistan'ın yargı ve icra bağışıklığından yararlanamayacağını, bununla birlikte davacıya, Belçika'da bir tenfiz kararı alana kadar ödemenin yapılamayacağına karar veriyor. Diğer yandan da, davacının dayandığı Daimî Adalet Divanı Kararının Belçika'da icra edilemez olduğuna karar veriyor[206]. Belçika Mahkemesi, Daimî Adalet Divanının verdiği kararın taraflarının Belçika ve Yunan Hükûmetleri olduğunu ve şirketin milletlerarası yargılamanın tarafı olmadıkları için tarafı olmadıkları bir karara dayanamayacaklarını, bu yüzden de bu karara ilişkin bir tenfiz kararını alma imkânlarının olmadığını gerekçe gösteriyor[207].

---

[202] **ILR**, vol. 18, 1951, p. 3 vd.; **AJIL**, vol. 47, 1953, pp. 508-509.
[203] Mosler, **op. cit.**, p. 456.
[204] **AJIL**, vol. 47, 1953, p. 508.
[205] **ILR**, vol. 18, 1951, p. 3-4.
[206] **Ibid.**, p. 4.
[207] **Ibid.**, p. 5. Bu davada mahkemenin neden milletlerarası mahkeme kararını davacının dayandığı bir delil olarak tanımadığı eleştirisi haklı olarak ileri sürülmektedir (Mosler, **op. cit.**, p. 456).

Yakın zamanlarda Amerikan mahkemeleri önünde Milletlerarası Adalet Divanı kararlarının uygulanmasına ilişkin örnek kararlar söz konusu olmuştur: 3 Nisan 1998 tarihinde Paraguay, A.B.D.'leri aleyhine, vatandaşı olan ve Amerikan mahkemeleri önünde ölüm cezasına çarptırılan A.F. Breard adlı kişinin 1963 tarihli *Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi*'nin 36/1(b) hükmünün ihlâli nedeniyle Milletlerarası Adalet Divanı önünde dava açmıştır[208] ve vatandaşı olan kişinin idam kararının durdurulmasına ilişkin tedbir kararı talebinde bulunmuştur[209]. Divan, 9 Nisan 1998 tarihinde Amerika'nın Paraguay vatandaşının idamını durdurması talebini içeren bir tedbir kararı vermiştir. Ancak, Amerikan mahkemeleri bu karara doğrudan etki tanımamış ve idam kararı uygulanmıştır. Daha sonra aynı konuda bir Alman vatandaşının söz konusu Sözleşmeden doğan haklarının ihlâli gerekçesiyle Almanya Mart 1999'ta A.B.D. aleyhine Adalet Divanına başvurmuş ve tedbir kararı almasına rağmen yine bu kararın uygulanmasına ilişkin Almanya'nın talebi reddedilerek[210], idam kararı infaz edilmiştir[211].

Eğer milletlerarası yargıda taraflardan biri birey veya şirket ise o zaman tarafların ve dava konusunun aynı olmaması söz konusu olmayacağı için bu durumda milletlerarası mahkeme kararının millî mahkemeler önünde kesin hüküm etkisine engel teşkil etmeyecektir[212]. Bununla birlikte andlaşma ile özel olarak düzenlenmedikçe milletlerarası hukukta milletlerarası mahkeme kararlarına millî yargılamada doğrudan etki tanıyan genel bir kural yoktur[213]. Bu yine de millî mahkemelerin milletlerarası yargı kararlarını uygulayamayacakları anlamına gelmez. Teoride milletlerarası mahkeme kararlarının ne hüküm kısmı ne de gerekçesi ile doğrudan bağlı olmasalar da millî mahkemeler, ya ikna edici otorite olarak veya devletlerinin milletlerarası yükümlülüklerinin ifadesi olarak bu kararları mümkün olduğunca dikkate almaktadırlar[214].

---

[208] Application of the Republic of Paraguay, **Case concerning the Vienna Convention on Consular Relations**, (Çevrimiçi), http://www.icj-cij.org/idocket/ipaus/ipausorder/ipausaplication980403.html, 15.07.2002.

[209] Request for the indication of provisional measures of protection submitted by the government of the Republic of Paraguay, (Çevrimiçi), http//www.icj-ij.org/idocket/ipaus/ipauseorder/ipausprovisionalmeasures980403.html, 15.07.2002.

[210] Federal Republic of Germany v. U.S., 119 S. Ct. 10016.

[211] Bu konuda değerlendirme ve tartışmalar için bakınız: Sanja Djajic, "The Effect of International Court of Justice Decisions on Municipal Courts in the United States: Breard v. Greene", **Hasting International and Comparative Law Review**, Fall 1999, Vol. 23, pp. 27-108; Constanze Schulte, "Juriprudence of the International Court of Justice: Order Issued in the Case Concerning the Vienna Convention on Consular Relations (Parguay v. U.S.A.)", **EJIL**, Vol. 9 (1998), No.4, p. 761 vd.; A. Mark Weisburd, Harold H. Koh, " 'Vertical' Conflict Between International and National Tribunals" **ASIL Proceeding of the Annual Meeting**, 2002, p.42 vd.

[212] Mosler, **op. cit.**, p.456..

[213] **Loc. cit.**

[214] **Loc. cit.**

Millî mahkemelerin milletlerarası mahkeme kararlarını uygulamak, bu kararlarda yer alan kural veya hukukî argümanlara başvurmak konusundaki yetkisi andlaşmaların ve milletlerarası örf ve adet kurallarının millî hukuk düzenlerindeki statülerine bağlıdır. Millî hukuk düzeni bu konudaki durumu, andlaşmaların doğrudan uygulanabilir hükümler içerdiği derecede veya milletlerarası hukuk genel kurallarının millî hukukun bir parçası olması veya bir parçası imiş gibi uygulanması olabilir. Bir devletin anayasasında veya yazılı olmayan kurallarında bu yol seçilse, bile millî mahkemelerin milletlerarası mahkeme kararlarını uygulamaya yetkili veya gerekçelerinde onlarla bağlı olmalarının gerekli olduğu sonucu hemen çıkmaz. Bunun böyle olup olmadığının anlaşılabilmesi için her bir devlet hukuk sistemleri üzerinde daha yakın ve detaylı bir inceleme yapmak gerekir[215].

Milletlerarası yargı kararlarıyla ilgili olarak, millî mahkemelerin fonksiyonları konusunda anayasalar ve kanunlar genel olarak sessizdirler. Bununla beraber istisnalar da mevcuttur. Örneğin, Hollanda Anayasası (md.66), *self-executing* hüküm taşıyan milletlerarası anlaşmalara üstünlük tanıyan kural; benzer bir şekilde milletlerarası kuruluşların milletlerarası hukuka dayanan kararları için de uygulanma imkânını öngörür. Bundan çıkan sonuç olarak, milletlerarası mahkemelerin, *sef-executing* nitelikteki kararları, bu nitelikte andlaşma hükümleri olarak kanunlara ve anayasaya aynı üstünlüğü taşırlar[216].

Prensip olarak, anayasa veya kanunlar tarafından milletlerarası hukuku uygulamakla yükümlü tutulan millî yargıçlar, aksine bir açık millî hükümle engellenmedikçe milletlerarası mahkeme kararlarını dikkate alırlar[217].

Andlaşma hükümlerini doğrudan iç hukuk hükümleri olarak kabul etmeyen devletler açısından millî mahkemelerin durumu diğerlerinden farklıdır. Bir iç hukuk kuralı olmadıkça andlaşmalara iç hukukta etki tanımayan bu ülkeler içinde önemli bir örnek İngiltere'dir. Bununla beraber bu ülkede de, mahkemelerce, İngiliz hukuku mümkün olduğunca ülkenin milletlerarası yükümlülüklerine uygun yorumlanmaya çalışılır, eğer açık bir iç hukuk kuralı buna engel teşkil etmezse[218]. Genel uygulamaya göre, millî mahkemeler mili hukukları

---

[215] Mosler, op. cit., p. 458.
[216] Ibid., p. 460.
[217] Ibid., p. 461. John W. Bridge, "İngiliz Uygulamasında Devletler Umumi Hukuku ile İç Hukuk Arasındaki İlişki", Çeviren: F. Hakan Baykal, **Argumentum**, Mart 1991, Cilt: 1, Sayı: 8, p. 119-120.
[218] Mosler, op. cit., pp. 463-464; Bridge, op. cit., pp. 120-121.

hükûmetlerinin milletlerarası ilişkilerde sorumluluklarını doğurmayacak şekilde yorumlamaya çalışırlar[219].

Milletlerarası yargı kararlarının bağlayıcı etkisi uyuşmazlığın tarafları ile sınırlı olduğu için, özel durumların dışında üçüncü taraflar ve onların mahkemeleri evleviyetle bu kararla kural olarak ilgili değildirler. İstisna oluşturan özel durumlar şu şekilde sınıflandırılabilir: (1) Yargılama sırasında üçüncü devletin davaya müdahil olarak katılması durumunda, (2) çok taraflı bir andlaşmanın yorumu ile ilgili bir mahkeme kararının uygulanması durumunda, (3) benzer bir hukukî sorunla karşılaşan millî mahkemenin, milletlerarası mahkeme kararının gerekçesinde yer alan prensip, kural veya hukukî argümanlara atıf yapması durumunda[220].

Milletlerarası mahkeme kararlarının *stare decisis* prensibi uyarınca sonraki mahkeme kararlarını bağlar nitelikte olup olmadığı sorunun da değerlendirilmesi gerekir. Common law doktrini olarak *stare decisis*, önceki mahkeme kararlarında ifade edilen hukuk kurallarını olayların büyük ölçüde aynı olduğu sonraki davalarda uygulama yükümüdür[221]. "Divan'ın kararı ancak uyuşmazlığın tarafları bakımından ve karar verilen iş için bağlayıcıdır" şeklindeki Milletlerarası Adalet Divanı Statüsü'nün 59. maddesi, *stare decisis* prensibini Milletlerarası Adalet Divanı kararları açısından olanaksız bırakmış görünmektedir. Buna rağmen, Divan, destek ve aydınlatma amacıyla mütemadiyen önceki kararlarına atıfta bulunmaktadır[222]. Millî mahkemeler açısından bu meseleye bakıldığında, bu prensiple bağlı olmayan ülkeler açısından bir güçlük doğmamaktadır. Bu prensibi benimsemiş olan Anglo-Amerikan yargısında ise, milletlerarası mahkeme kararları açısından da bu prensibin geçerli olup olmadığı sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu soruya İngiliz mahkemelerinin verdiği yanıt; bu prensibin milletlerarası kuralların tanımının verildiği bir önceki karara göre kuralın veya yorumunun değişmesi durumunda kararın yeniden gözden geçirileceği yani bu prensibin milletlerarası hukuk açısından geçerli olmadığıdır[223].

---

[219] Mosler, **op. cit.**, p. 464.
[220] **Ibid.**, p. 470.
[221] Sarita Ordonez, David Reilly, "Effect of the Jurisprudence of the International Court of Justice on National Courts", ", **International Law Decisions in National Courts**, Edited by. Thomas M. Franck, Gregory H. Fox, Transnational Publishers, 1996, p. 342.
[222] Ordonez/Reilly, **op. cit.**, p. 343; **Mosler, op. cit.**, pp. 455-456.
[223] Mosler, **op. cit.**, p. 472.

Milletlerarası mahkemeler ile millî mahkemeler arasındaki ilişki, bir hukukî sistem içindeki ilk derece mahkemeleri ile temyiz mahkemeleri veya milletlerüstü mahkemelerle (örn. Avrupa Birliği Adalet Divanı) millî mahkemeler arasındaki ilişkiden farklıdır, kendi başına farklı bir kategori oluşturur[224].

Bir önceki mahkeme kararına etki tanımadan önce hakim birçok durumu göz önüne alır: Her iki davanın da tarafları aynı mı? Bu önceki karar mahkeme ile aynı sistem içinde bulunan bir mahkemenin kararı mı, yoksa yabancı bir mahkeme kararı mı? Her iki davada da benzer olaylar ve hukukî meseleler var mı? Son olarak da bu önceki karar kendisi bağlayıcı olma iddiasında mı?[225]

Millî mahkemeler önünde bir devlet, diğer devlete karşı bir iddia getirmiş olsa, devletin yargı bağışıklığı ve *act of state* savunması ile karşılaşır[226]. Fakat, Devletin yargı bağışıklığını savunan teorilerin değişmeye başlaması gibi nedenlerle, devletin milletlerarası mahkeme kararlarından doğan yükümlüklerinin yerine getirilmesini sağlamak için millî mahkemelere başvurulması, günümüz uygulamasında sık rastlanılabilen bir olay haline gelmiştir[227].

Yargıçlar daha çok milletlerarası yargı kararlarını (özellikle Milletlerarası Adalet Divanı kararlarını) milletlerarası hukukla ilgili bir sorunda hukukun veya vakıanın delili olarak uygulama eğilimindedirler. Milletlerarası mahkeme yargıçlarının milletlerarası hukuk konusunda uzman olmaları ve millî yargıçların genel olarak bu konuda uzman olmamaları, Milletlerarası Adalet Divanı kararlarının milletlerarası hukuk ile ilgili sorunlarda yetkin bir karakteri olduğunun kabulünü sonuçlamaktadır. İkinci olarak da millî içtihadın milletlerarası hukukun birçok sorununa ilişkin boşluklar içermesi ve bu yüzden yargıçların önünde örnek olarak yetersiz olmaları bunun nedeni olarak gösterilebilir[228].

Millî mahkemeler, milletlerarası mahkeme kararlarını kendi hükûmetleri veya vatandaşları yararına yorumlamak eğilimindedirler[229]. *Political question* veya devletin yargı

---

[224] Ordonez/Reilly, **op. cit.**, pp. 344-345.
[225] **Ibid.**, p. 345.
[226] **Ibid.**, p. 349.
[227] Versan, **op. cit.**, p. 471.
[228] Ordonez/Reilly, **op. cit.**, p. 369.
[229] Bedjaoui, **op. cit.**, p. 32; Ordonez/Reilly, **op. cit.**, pp. 359 ve 369.

bağışıklığı gibi doktrinlerde bu konuda mahkemelere milletlerarası mahkeme kararlarını uygulamamak imkânını kolayca sunmaktadır[230].

[230] Ordonez/Reilly, **op. cit.**, p. 369.

II. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatlarının Taraf Devletlerde Uygulanması

A. Kurumlar ve İşleyiş

1. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin Ortaya Çıkışı

İkinci Dünya savaşının Avrupa'da yaptığı siyasal, toplumsal ve ekonomik çöküntü, yeni bir Avrupa'nın kurulması düşüncesinin benimsenmesine yol açmıştır. Bunun içinde yeni diktatörlerin ortaya çıkmasını ve Avrupa'nın yok edici bir savaşın içine tekrar düşmesini önleyecek bir birlik kurulması fikri doğmuştur[1].

İkinci Dünya Savaşından sonra Avrupa'da oluşan demokratik temeller üzerinde bu birlik fikri sonucunda, 1948-1950 yılları arasında Avrupa'nın birliği üzerine birçok çaba harcanmıştır. 1948 yılında La Haye'de Avrupa Kongresi toplantıya çağrılmış, çağrıyı yapanlar "Avrupa Hareketleri Milletlerarası Koordinasyon Komitesi" adı altında ortaya çıkmıştır. Avrupa Kongresi, İnsan Hakları Anayasası (Charte) hazırlanmasına ve bu anayasa hükümlerine uyulmasını sağlamak için gerekli yaptırımları uygulamak için bir Yüce Divan (Cour de Justice) kurulmasına karar vermiştir. Bu Kongrede oluşturulan "Avrupa Hareketi Milletlerarası Konseyi" 1949 Şubatında düzenlediği konferans sonunda oluşturduğu hukuk komisyonuna "İnsan Haklarını Koruma Sözleşmesi Tasarısı"nı hazırlamak görevini vermiştir. Bu sözleşme kurulacak olan Avrupa Konseyine katılacak devletlerin onayına sunulacaktır[2].

5 Mayıs 1949 tarihinde Londra'da Avrupa Konseyi kurulmuş[3] ve Konsey Statüsü'nün[4] birçok maddesinde (Dibace ile 1, 3, 4, 5, 8. maddeler) üye devletlerce insan haklarına riayet prensibinin resmen tanındığı ifade edilmiştir[5].

---

[1] Bakınız: **European Movement and the Council of Europe**, Hutchinson Co. Publisher LTD., Londo ı (w. date). Daha geniş bilgi için ayrıca bakınız: Jale Civelek, **Uluslararası İnsan Hakları Hukuku**, (w. place, w. date), p. 273 vd.

[2] Kemal Fikret Arık, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Üzerine Bir İnceleme**, AÜSBF yayın no. 187-169, Ankara, 1965, p. 9-10.

[3] Avrupa Konseyi'nin oluşturulması fikri, İkinci Dünya Savaşı'ndan maddi ve manevi büyük kayıplarla çıkan Avrupa'da bir daha aynı trajedilerin yaşanmamasını sağlamak amacıyla ortaya atılmıştır. Avrupa'da gerginliğin ve çatışmanın yerini güven ve işbirliğinin alması hedeflenmiştir. Bu ortamda, 5 Mayıs 1949'da 10 Avrupa ülkesi, Belçika, Danimarka, Fransa, Hollanda, İngiltere, İrlanda, İsveç, İtalya, Lüksemburg ve Norveç Avrupa Konseyi'ni kuran anlaşmayı imzalamışlardır. 9 Ağustos 1949 tarihinde Yunanistan'ın, 7 Mart 1950 tarihinde İzlanda'nın Avrupa Konseyi'ne üye olmalarını müteakiben, Türkiye 13 Nisan 1950 tarihinde Avrupa Konseyi'ne katılmıştır. Sonraki yıllarda sırasıyla Federal Almanya (1950), Avusturya (1956), Kıbrıs (1961), İsviçre (1963), Malta (1965), Portekiz (1976), İspanya (1977), Lihtenştayn (1978), San Marino (1988), Finlandiya (1989),

Statünün giriş bölümünde, Avrupa'nın aynı anlayıştaki tüm üyeleri arasında daha yakın bir birliğe gerek olduğuna inanarak; Avrupa devletlerini daha yakın bir birliğe kavuşturacak bir örgüt kurmanın gereğini göz önüne alarak, ortak mirasları olan ülkü ve ilkeleri korumak ve gerçekleştirmek ve ekonomik ve sosyal ilerlemelerini kolaylaştırmak üzere üyeleri arasında daha güçlü bir birliğe ulaşmak amacıyla (Statünün 1. maddesi) Avrupa Konseyinin kurulduğu belirtilmiştir[6]. Statünün 1. maddesi şu şekilde devam eder: *"Bu amaç; ortak ilgi konusu olan sorunların görüşülmesi, ekonomik, sosyal kültürel, bilimsel, hukuksal ve yönetsel konularla insan hakları ve temel özgürlüklerin korunması ve daha ileri düzeyde gerçekleşmesi konusunda sözleşmeler ve ortak eylemler yoluyla Konsey organları eliyle izlenir."*

Avrupa Konseyi Statüsü'nün 3. Maddesi şöyle bir hüküm taşır: "*Avrupa Konseyinin her üyesi, hukukun üstünlüğü ilkesiyle yargı yetkisi içindeki herkesin insan hakları ve temel özgürlüklerinden yararlanması ilkesini kabul eder ve 1. Bölümde belirlenen Konsey amacının gerçekleşmesinde içten ve etkin bir biçimde işbirliği yapmayı kabul eder."*

Statü'nün 8. maddesi ise, temsil hakkından bir süre için yoksun bırakılmayı ve Konsey'den çıkarılmayı düzenler. Statü'nün 8. Maddesi şöyledir: *" Avrupa Konseyinin 3. Madde hükümlerini ağır biçimde çiğneyen her üyesi temsil hakkından bir süre için yoksun bırakılabilir ve, Bakanlar Komitesi tarafından 7. Maddedeki koşullar içinde, Konseyden çekilmeye çağrılabilir. Bu çağrı dinlenmediği zaman Komite, bizzat saptayacağı günden başlayarak, söz konusu üyenin artık Konseye üye olmadığına karar verebilir."*

Bu maddelerde görüleceği üzere, Avrupa Konseyi üyelerinin tümü, hukukun üstünlüğü ve temel hak ve özgürlüklerin yargısal denetim çerçevesi içinde korunmasını kabul

---

Macaristan (1990), Polonya (1991), Bulgaristan (1992), Estonya, Litvanya, Slovenya, Çek Cumhuriyeti, Slovakya ve Romanya (1993), Andorra (1994), Letonya, Arnavutluk, Moldova, Ukrayna ve Makedonya (1995), Rusya ve Hırvatistan (1996), Gürcistan(1999), Ermenistan ve Azerbeycan (2001) ve son olarak da 24/04/2002 tarihinde Bosna Hersek'in katılımıyla kuruluş bugünkü 44 üyeli şeklini almıştır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi nezdinde gözlemci statüsü taşıyan ülkeler ABD, Japonya, Kanada, Vatikan ve Meksika'dır. İsrail, Kanada ve Meksika, Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi nezdinde gözlemci statüsünü haizdir. 22/01/2001 tarihinde Yugoslavya Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi nezdinde özel davetli statüsüne alınmış bulunmaktadır. Avrupa Konseyi'nin statüsü gereği, hukukun üstünlüğü, temel insan hakları ve özgürlüklerine saygı ilkelerine bağlı tüm Avrupa ülkeleri Konsey'e üye olabilirler. Kuruluşun temel organları, karar organı olan Bakanlar Komitesi, danışma organı olan Parlamenter Meclisi ve yerel yönetimlerin geliştirilmesini amaçlayan Yerel ve Bölgesel Yönetimler Kongresi'dir. Daha geniş bilgi için bakınız: Avrupa Konseyi Web Sitesi, (Çevrimiçi) http://www.coe.int, 15/06/2002.

[4] Avrupa Konseyi Statüsü'nün metni için bakınız: **Statute of the Council of Europe (with Amendments)**, Strasbourg, 1972 **veya UNTS**, Vol. 87, p.103.

[5] Arık, **op. cit.**, p. 10.

[6] A. H. Robertson, **European Institutions: Co-Operation-Integration-Unification**, 2 Edition, London, 1966, p. 33.

etmek durumundadır. Buradan da anlaşıldığı gibi, insan haklarının korunması ve hukukun üstünlüğüne bağlılık, Avrupa Konseyi'nin amaçlarından biri olarak kalmamış aynı zamanda Konsey üyeliğinin gerçek bir koşulu olarak değerlendirilmiştir[7].

Avrupa Konseyi kurulduktan hemen sonra, insan hakları konusunda belirlenen ilkeler doğrultusunda, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi[8] (İHAS) 4 Kasım 1950 tarihinde Roma'da imzaya açılmış ve onay belgelerinin yeterli sayıya ulaşması üzerine (İHAS md.66/2 yeni md. 59/2) 3 Eylül 1953'de yürürlüğe girmiştir. Sözleşme çeşitli zamanlarda imzalanan ek protokollerle geliştirilmiştir. 15/06/2002 tarihi itibarıyla, Sözleşme'yi 44 Avrupa Konseyi üyesinin tamamı da onaylamış bulunmaktadır[9].

2. Sözleşme'nin Niteliği ve Kapsamı

Sözleşme ve ek protokolleri, "medeni ve siyasi haklar" ya da "kişisel ve siyasal haklar" da denilen Anayasamızca "kişi hakları" ve "siyasal haklar" adı altında düzenlenen klâsik birinci kuşak hak ve özgürlüklerin bir bölümünü içermektedir[10]. Güvence altına alınan hakların büyük bir kısmı Sözleşme'de, bir kısmı da sonradan çıkarılan ek protokollerde yer almış ve Sözleşme'nin kapsamı zamanla genişlemiştir. Bu açıdan Sözleşme tüm hak ve özgürlükleri kapsayıp güvence altına almamaktadır. Sözleşme ve protokollerinde yer alan başlıca hak ve özgürlükler ve bunların korunmasına ilişkin yasaklar şu şekildedir:

-Yaşama hakkı (md.2)

-İşkence, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza ve işlemlere tâbi tutulmama (md. 3)

-Kölelik, kulluk, zorla çalıştırma ve angaryaya maruz kalmama (md. 4)

-Kişi özgürlüğü ve güvenliği (md. 5)

-Adil yargılanma (md. 6)

-Suç ve cezaların kanunîliği (md. 7)

-Özel hayata ve aile hayatına, konut ve haberleşme özgürlüğüne saygı hakkı (md.8)

-Düşünce, din ve vicdan özgürlüğü (md.9)

---

[7] **Ibid.**, pp. 35-37.

[8] Sözleşme'nin metni için bakınız: **UNTS**, vol. 213, no. 2889, p. 222; **European Treaty Series**, no. 5, (Çevrimiçi) http://conventions.coe.int/treaty/en/Treaties/Html/005.htm, 15/06/2002; **Council of Europe, Collected Texts**, Strasbourg, 1994, pp. 13-36.

[9] Bakınız: (Çevrimiçi) http://conventions.coe.int/, 15/06/2002.

[10] A. Feyyaz Gölcüklü, A. Şeref Gözübüyük, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 11. Ek Protokole göre hazırlanıp genişletilmiş 3. bası, Ankara, 2002, p. 11. Avrupa Konseyi "sosyal hakları" ayrı bir mekanizma içinde ele almıştır (Avrupa Sosyal Şartı, Torino: 18 Ekim 1961, yürürlük tarihi: 26 Şubat 1965) (**ibid.**).

-İfade (düşünceyi açıklama) özgürlüğü (md. 10)

-Toplantı ve örgütlenme özgürlüğü (md. 11)

-Evlenme ve aile kurma hakkı (md. 12)

-Hak arama özgürlüğü (etkili başvuru hakkı) (md. 13)

-Sözleşme ile güvence altına alınan hak ve özgürlüklerden yararlananlar arasında ayrımcılık yasağı (md. 14)

-Mülkiyet hakkı (Protokol 1, md. 1)

-Eğitim hakkı (Protokol 1, md. 2)

-Serbest seçim hakkı (Protokol 1, md. 3)

-Borç nedeniyle hapis yasağı (Protokol 4, md.1)

-Serbestçe dolaşma ve konutunu seçme hakkı (Protokol 4, md. 2)

-Kendi vatandaşlarının sınırdışı edilmesi ve ülkeye girmelerinin engellenmesi yasağı (Protokol 4, md. 3)

-Yabancıların topluca sınırdışı edilmeleri yasağı (Protokol 4, md. 4)

-Ölüm cezası verme yasağı (Protokol 6)

-Bir ülkede yasal olarak bulunan yabancının keyfi surette sınırdışı edilmesi yasağı (Protokol 7, md. 1)

-Bir suçtan hüküm giyen kimsenin üst mahkemeye başvurma hakkı (Protokol 7, md. 2)

-Haksız hüküm giyen kişiye tazminat ödenmesi (Protokol 7, md. 3)

-Aynı suçtan dolayı tekrar yargılanmama (Protokol 7, md. 4)

-Eşler arasında eşitlik (Protokol 7, md. 5)

-Her türlü ayrımcılığı yasaklayan 12. Protokol 4.11.2000 tarihinde imzaya açılmış olup henüz 27 devlet tarafından imzalanmış ve ancak iki devlet tarafından onaylandığı ve onay sayısı 10'u bulmadığı için henüz yürürlüğe girmemiştir[11].

Sözleşme bireysel başvuru hakkını tanımak suretiyle, bireylere milletlerarası hukukta hak arama imkânı vererek önceki hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası belgelerden farklılık arz ettiği için daha önemli hale gelmiştir[12]. Bu sebeple bireysel başvuru hakkı Sözleşme'nin belkemiğidir. 11. Protokol'den[13] önce bireysel başvuru hakkının

[11] Bakınız: (Çevrimiçi) http://conventions.coe.int/, 15/06/2002.

[12] Ancak milletlerarası alanda bireylere hak arama imkânı tanınmasının İHAS'den önce de örnekleri mevcut olmakla beraber bunlar daimî ve bu kadar kapsamlı değillerdir (Bakınız: Ömer Madra, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı**, AÜSBF yayını no. 458, Ankara, 1981, pp. 127-128).

[13] **ILM**, vol. 33, 1994, p. 943; ETS no.155, : (Çevrimiçi) http://conventions.coe.int/, 15/06/2002.

tanınması devletlerin isteğine bağlıydı. Yani İHAS'ni imzalayıp onaylamış olmak doğrudan bireylere bu devlet aleyhine başvuru imkânı tanımıyordu. Ancak 11. Protokol ile birlikte artık bireysel başvuru hakkını tanımak, bu protokolu imzalayan devletler için zorunlu hale gelmiştir ve bu Protokol Avrupa Konseyi üyesi olan 44 devletin tamamınca imzalanmış, Bosna-Hersek dışında da tamamınca onaylanmıştır. Böylece bireysel başvuru imkânını tanıma artık zorunlu hale gelmiş bulunmaktadır.

Sözleşme'nin sağladığı güvence ikincildir. Yani Sözleşme'nin benimsediği düzende asıl hedeflenen koruma hak ve özgürlüklerin devletlerin iç hukuklarında korunmasıdır. Bu sebeple bazı istisnalar dışında kural olarak bireylerin Sözleşme'nin sağladığı milletlerarası güvence mekanizmasını harekete geçirebilmeleri için önce iç hukuk yollarını tüketmiş olmaları gerekmektedir. Sözleşme'nin öngördüğü koruma tamamlayıcı bir korumadır[14].

İHAS, hukuk tekniği yönünden bir milletlerarası andlaşmadır. Ancak bu belge, klâsik milletlerarası sözleşmelerden farklı olarak, karşılıklılığa dayanmayan normatif mahiyette bir sözleşmedir[15]. İHAS ile taraflar. Sözleşme'de düzenlenmiş olan hak ve hürriyetleri sağlamak ve korumak açısından objektif bir yükümlülük altına girmişlerdir. İHAM'si *Ireland v. UK* davasında bunu şu şekilde ifade etmiştir: "*Klasik tipteki milletlerarası sözleşmelerden farklı olarak sözleşme (İHAS), âkit devletler arasındaki karşılıklı yükümlülük çerçevesinin dışına taşmaktadır.*"[16] Aynı şekilde Komisyon: "*Yüksek âkit tarafların, sözleşme ile üzerlerine aldıkları yükümlülüğün objektif karakterde...*" olduğunu saptamıştır[17]. Devletlerin Sözleşme'den doğan yükümlülükleri karşılıklılık ilkesine dayanmaz. Sözleşme, kişilere sağlanan temel hak ve özgürlüklerin korunması konusunda, âkid tarafları, karşılıklılık koşulu ve vatandaşlık bağı aranmaksızın yükümlü sayar[18].

Sözleşme ile sağlanan haklardan vatandaşlığa bakılmaksızın herkes yararlanır (md. 1). Âkit devlet, kendi yetki alanında bulunan herkese Sözleşme'de öngörülen hak ve özgürlükleri tanımak zorundadır.

---

[14] Gölcüklü/Gözübüyük, **op. cit.**, p. 15.
[15] Andrew Drzemczewski, **European Human Rights Convention in Domestic Law: A Comparative Study**, Oxford, 1983, p. 33.
[16] Aktaran, Drzemczewski, **op. cit.**, p. 54.
[17] **Ibid.**, p. 25.
[18] Gölcüklü/Gözübüyük, **op. cit.**, p. 15.

Sözleşme temel hak ve özgürlükleri belirtmek yanında bunlara getirilebilecek sınırlamaları da düzenlemiştir. Buna göre (örn. 8-11. maddeler arası ve keza 15. md.), temel hak ve özgürlükler, niteliklerine göre, ulusal güvenliğin, ülkenin ekonomik çıkarlarının, kamu sağlığının, genel ahlâkın, başkalarının hak ve özgürlüklerinin ya da kamu düzeninin korunması, suçluluğun önlenmesi gibi nedenler ve amaçlarla, yasal dayanağın bulunması (araç) ve "demokratik bir toplumda zorunlu önlemler" niteliğinde olması (ölçü) koşulları ile sınırlanabilecektir[19]. Sözleşme ayrıca, savaş ya da ulusun varlığını tehdit eden diğer olağanüstü durumlarda, devletlerin Sözleşme'den doğan yükümlülüklerinden bir kısmını askıya alabilme imkânını tanımıştır (md. 15). Buna karşın Sözleşme aynı madde yoluyla, hiçbir devlete, olağanüstü durumlarda bile, kişinin yaşama hakkına saygı gösterme yükümünden, işkence ve kölelik yasağından veya suç ve cezaların kanunîliğinden kurtulma olanağı vermemiştir. Yine Sözleşme'nin 17. maddesi, Sözleşme hükümlerinin, Sözleşme'de sayılan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya Sözleşme'de öngörülenden daha fazla kısıtlanması amacına yönelik kullanılamayacağını belirterek, hakların kötüye kullanılmasını yasaklamıştır.

3. Sözleşme'de Kabul Edilen Koruma Mekanizması (Sözleşme Organları)

a. Komisyon (1953-1999)

Hemen hemen elli yıl süre ile yürürlükte kalan mekanizma içinde Komisyon, kurulan güvence sisteminin en önemli unsuruydu. Denetim süreci Komisyon'a başvuru ile başlıyor, Komisyon ön koşullar açısından başvurunun kabul veya reddi konusunda karar alıyor, denetim mekanizmasının ikinci ve üçüncü organı Divan ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, ancak başvurunun Komisyon tarafından kabul edilmesi ve esas hakkındaki raporunu hazırlayıp Bakanlar Komitesine sunmasından sonra devreye girip göreve başlayabiliyordu (eski md. 26 ilâ 37, 44, 47, 48).

Komisyonun başvuruyu kabul edilemez bulması durumunda, kesin olan bu kararla prosedür sona eriyordu. Komisyon'un, kabul edilebilirlik kararı vermesi halinde ise, bir

[19] **Ibid.**, p. 17.

yandan olayların saptanması amacıyla soruşturma yürütülüyor, öte yandan da uyuşmazlığın dostça çözümü için harekete geçiliyordu (eski md. 32).

Komisyon, işin esası hakkında hazırladığı raporla, şikâyete konu olan sözleşme hükmünün şikâyet edilen devlet tarafından çiğnenip çiğnenmediği hususundaki danışma niteliğindeki görüşünü bildirmekle yetiniyordu[20].

Bağlayıcı nitelik taşımayan söz konusu Komisyon raporu Bakanlar Komitesine gönderiliyor (eski md. 31) ve bağlayıcı kesin karar. duruma göre. ya Bakanlar Komitesi (eski md. 32), ya da yargılama mercii Divan tarafından (eski md. 46 ilâ 54) alınıyordu.

Komisyonda her âkit devlet adına bir üye bulunmakta ve üyeler devletlerin Danışma Meclisindeki (1974 yılında Parlamenterler Meclisi olarak ismi değişmiştir) temsilci parlamenterlerinin gösterdiği üç aday arasından birinin, 6 yıl için Bakanlar Komitesi tarafından seçilmesiyle belirleniyordu[21]. Komisyona ilk üye seçimi 18.5.1964 tarihinde yapılmış ve 12.7.1954 tarihinde de Komisyon ilk toplantısını yaparak çalışmaya başlamıştır[22].

11. Protokol'ün 4. maddesi hükmü gereği 1 Kasım 1998'de bu protokol yürürlüğe girmiş ve yeni sistem bu tarihten itibaren işlemeye başlamıştır. Bu yeni sisteme göre artık Komisyon ve Divan birleştirilerek tam zamanlı görev yapacak tek bir Mahkeme oluşturulmuştur. Bütün başvuruların doğrudan bu mahkemeye yapılması öngörülmüş ve bireysel başvuru hakkının tanınması da zorunlu hale gelmiştir[23]. 11. Protokol'ün 5. maddesi gereği Komisyonun görevi, 1 Kasım 1999 tarihi itibarıyla sona ermiş bulunmaktadır.

---

[20] **Ibid.**, p. 24.

[21] P. van Dijk, G.J.K. van Hoof; **Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Third Edition, Kluwer Pub., 1998, pp. 26-27.

[22] Gölcüklü/Gözübüyük, **op. cit.**, p.25.

[23] Robert Blackburn, "The Institutions and Process of the Conventions", **Fundamental Rights in Europe: The European Convention on Human Rights and its Member States, 1950-2000**, Eds. Robert Blackburn and Jörg Polakiewicz, Oxford University Pres, 2001, p. 14: ayrıca bakınız: Andrew Drzemczewski, "The European Human Rights Convention: A New Court of Human Rights in Strasbourg as of November 1, 1998", **Washington & Lee Law Review**, vol. 55, Summer 1998. pp. 697-716; Rudolf Bernhardt, "Reform of the Control Machinery Under the European Convention on Human Rights: Protocol No. 11", **AJIL**, Vol 89, 1995, pp. 145-154.

b. Mahkeme

Daha önce belirtildiği gibi 11. Protokol, Komisyon ve Divanı birleştirmiş ve denetim mekanizmasını tek organlı hale getirmiştir. Bu yargı organı, 11. Protokolün Türkçe çevirisinde "Mahkeme" olarak geçmektedir. Mahkeme, taraf ülke sayısınca yargıçtan oluşur (md. 20) ve daimî olarak görev yapar (md. 19). Yargıçlar altı yıl için (md. 23/1) taraf devletlerin gösterdiği üç aday arasından Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi tarafından oy çokluğu ile seçilirler (md. 22). Yargıçlar adlarına seçildikleri devletleri temsilen değil, kendi adlarına görev yaparlar ve yargılama görevi ile bağdaşmayan, bağımsızlıkları konusunda şüphe uyandıran başka bir görev alamazlar (md. 21/2, 21/3), gereğinde diğer yargıçların 2/3 çoğunluk kararı ile görevden uzaklaştırılabilirler (md. 24). Yargıçların baktıkları davaların taraflarına ve Avrupa Konseyi üyesi diğer Devletlere karşı bağımsızlıklarını koruyabilmeleri için, kendilerine bazı ayrıcalıklar ve dokunulmazlıklar tanınmıştır[24].

Mahkemenin yapısına gelince, Mahkeme, Genel Kurul (Plenary Court), Komiteler (Commetees), Daireler (Chambers)-ki İçtüzükte[25] (md. 25-26) Bölümler (Sections) olarak da geçer- ve Büyük Daire (Grand Chamber) şeklinde yapılanmıştır.

Mahkeme Genel Kurulu tüm yargıçların katılımı ile oluşmaktadır. Sadece idarî görevle donatılmıştır. Yetkileri; Mahkeme Başkan ve başkan yardımcılarını seçmek, belirli süreler için daireler kurmak, daire başkanlarını ve yazı işleri müdürü ile yardımcısını seçmek, mahkeme içtüzüğünü oluşturmaktır (md. 26 ve İçtüzük md. 20).

Komiteler üç asıl ve bir yedek yargıçtan oluşmaktadır. Görevi bireysel şikâyet başvurularının kabul edilebilirlik konusundaki ön ve ilk incelemesini yapmaktır (md. 27 ve İçtüzük md. 27)[26]. Komitenin oybirliği ile verdiği bireysel başvuru hakkındaki kabul edilemezlik kararları kesindir (md. 28).

---

[24] Bakınız: Avrupa Konseyi İmtiyaz ve Muafiyetlerine Müteallik Umumi Andlaşmaya ek 4. Protokol, European Treaty Series No. 036, (Çevrimiçi) http://conventions.coe.int/, 20/06/2002.

[25] Mahkeme İçtüzüğü için bakınız: İHAM Web Sitesi, (Çevrimiçi) http://www.echr.coe.int/Eng/EDocs/RulesOfCourt.html, 25/06/2002

[26] Mark W. Janis, Richard S. Kay, Anthony W. Bradley, **European Human Rights Law: Text and Materials**, Second Edition, Oxford University Press, 2000, p. 32.

Daireler (Bölümler), yedi asıl ve üç yedek hakimden oluşur ve Komite tarafından hakkında oybirliği ile kabul edilemezlik kararı verilmemiş olan bireysel başvurular ile 33. madde uyarınca yapılan devlet başvurularının kabul edilebilir olup olmadığı ve esası hakkında karar verirler (md. 29).

Büyük Daireler 17 asıl 3 yedek yargıçtan oluşur. Mahkeme Başkanı, Başkan yardımcıları, Daire Başkanları Büyük Dairede re'sen (ex officio) yer alırlar. Başvuruya konu olan ilgili taraf devleti adına seçilmiş yargıç da, kendi devleti ile ilgili olan davalarda Büyük Daire ve Dairelerin doğal üyesidir[27]. Bir davanın Büyük Daire önüne gelmesi meselesine gelince, bir Daire önünde görülen dava, Sözleşme ve Protokollerinin yorumu konusunda ciddi sorunlar doğuruyorsa ya da Mahkemece önceden verilmiş bir karar ile çelişkili olacak (içtihat değişikliği) nitelikte bir karar verilmesi gerekiyorsa, Daire, hüküm vermediği süre içinde tarafların itiraz etmemesi kaydıyla davayı Büyük Daireye gönderebilir (md. 30 ve İçtüzük md. 72). Dairenin karar vermesi halinde, taraflar da üç ay içinde davayı Büyük Daire önüne götürebilirler(md. 43/1). Ayrıca Büyük Daire, 47. madde uyarınca Bakanlar Komitesince yapılacak olan Sözleşme ve Protokollerin yorumu hakkındaki hukukî istişare talebini de incelemekle görevlidir(md.47). 43. madde uyarınca, davanın taraflarınca yapılan ikinci derece yargılaması müracaatı, önce beş yargıçtan oluşan bir "Alt Kurul" tarafından, başvurunun kabul edilebilir olup olmadığı noktasında incelenmektedir (İçtüzük md. 73).

(1) Mahkemeye Başvuru (Bireysel/Devlet Başvurusu ve Koşulları)

Sözleşme ile getirilen milletlerarası koruma mekanizması İHAM'ne yapılacak olan bir başvuru ile işlemeye başlar. Bu başvurular, Bir taraf devletin, başka bir taraf devleti sözleşme hükümlerini çiğnediği iddiası ile Mahkemeye şikâyet (devlet başvurusu) (md. 33) veya bireyin aynı iddia ile Sözleşme'den doğan haklarının bir devlet tarafından çiğnendiği iddiasıyla o devlet aleyhine yaptığı şikâyet (bireysel başvuru)(md. 34) şeklinde olabilir. 11. Protokolün yürürlüğe girmesinden önce devlet başvurusu zorunlu yetki (eski md. 24), bireysel başvuru ise seçimlik yetki idi (eski md. 25). Artık her ikisi de zorunlu yetki halini almıştır.

"Ortaklaşa güvence" de denilen devlet başvurusu, İHAS'nin özelliklerinden biridir. Sözleşme, güvence altına aldığı hak ve özgürlüklerin korunmasından her âkit devleti ayrı ayrı

[27] Gölcüklü/Gözübüyük, **op. cit.**, p. 28.

sorumlu tutmuştur. Böylece Sözleşme, güvence altına aldığı insan haklarının korunması açısından, sözleşen devletler için objektif bir sorumluluk getirmiş ve insan hakları alanında bir kamu düzeni oluşturmuştur. Milletlerarası hukukta *"actio popularis"* olmamasına, devletler ancak kendi haklarını korumak için harekete geçebilmelerine karşın, İAHS ile getirilen düzen bu kuraldan ayrılarak, devletlere sözleşmeyi ihlâl niteliği taşıyan her durumda başvuru imkânı tanıyarak bir kamu düzeni oluşturmuştur[28].

Devlet başvuruları genel ve soyut uygulamalar ve belli millî mevzuatın Sözleşmeye aykırılığı iddiasının soyut surette incelenmesinin talep edilmesi şeklinde olabileceği gibi, kişileri koruma amacıyla da olabilir[29].

Bireysel başvuru yolu ile bireye devleti milletlerarası alanda şikâyet edebilme, devlet aleyhine bir milletlerarası yargı organı önünde davalı olabilme imkânı getirerek Sözleşme, milletlerarası hukukta önemli bir yenilik getirmiştir[30].

(2) Mahkemenin Yetkisi

i)Kişi Yönünden Yetkisi (*ratione personae*)

Sözleşme'nin 34. maddesi uyarınca, Sözleşme ile tanınmış olan hak ve özgürlüklerden birinin, yetki alanı içinde bulunduğu devlet tarafından çiğnendiği iddiasında bulunan gerçek kişiler (bireyler), hükûmet dışı her kuruluş (sivil toplum örgütleri) veya kişi grupları Mahkeme'ye başvurabilirler. Kişilerin davalı devletin uyruğunda olup olmaması, o devlet ülkesinde oturup oturmaması, başvurma açısından önemli değildir, kısaca herkes başvurabilir. Sözleşme'nin 1. maddesinde belirtildiği üzere, taraf devletler, yetki alanları içinde bulunan herkese, Sözleşme'de öngörülen hak ve özgürlükleri tanımışlardır.

Sözleşme'nin 34. maddesi gereği, şikâyetçi bireyin, iddia ettiği ihlâlin fiilen ve gerçekten mağduru durumunda olması, yani sözleşme hükmünün kendisi hakkında somut bir şekilde çiğnenmiş olması, bir ihlâle somut şekilde hedef olmuş olması gerekir. Bu madde, Sözleşme'nin yorumu için kişilere bir "actio popularis" olanağı getirmiş değildir. Madde

---

[28] **Ibid.**, p. 31.
[29] **Ibid.**, p. 32.
[30] Bu konunun değerlendirilmesi ve mukayeseli bir incelemesi için bakınız: Madra, **op. cit.**, p. 127 vd.

bireye "in abstracto" (soyut olarak) bir kanunun sırf Sözleşmeye aykırı düştüğünden dolayı şikâyette bulunma hakkı tanımaz. Devlet başvurusu ile bireysel başvuru arasındaki temel fark budur. Bireysel başvuruda somut bir mağdur aranmasına karşılık, devlet başvurusunda buna ihtiyaç yoktur. Devlet başvurusunda mevzuat veya uygulamanın soyut biçimde Sözleşmeye aykırı olması yeterlidir, bireysel başvuru için yeterli değildir[31].

Başvurular Sözleşmeye taraf olan devletlere karşı yapılabilir. Sözleşmeye taraf olmayan bir devlete karşı yapılan başvurular, kişi yönünden yetkisizlik nedeni ile reddedilir. Yine özel kişilere karşı başvuruda bulunulamaz. Başvurular Sözleşme'yi ihlâl ettiği iddia edilen devlete karşı yapılabilir. Birey aleyhine yapılan başvurular yetkisizlik nedeni ile reddedilir. Bununla beraber bireyden bireye karşı yapılan ihlâlin kaynağında devletin bir tasarrufu varsa, yani ihlâl birey aracılığıyla devlete yüklenebiliyorsa, devlet aleyhine şikâyette bulunulabilir (Drittwirkung)[32]. 13.08.1981 tarihli *Young, James and Webster v. United Kingdom* davasındaki kararında Mahkeme, şikâyet konusu olan eylem bir şirket eylemi olmasına rağmen, bu işleme İngiliz yasalarının imkân vermiş olması nedeniyle İngiltere aleyhine yapılan başvuruyu kabul etmiştir. Bu davadaki olay şöyledir, İngiliz Demiryolları ile Demiryolları Sendikası arasındaki kapalı işyeri sözleşmesi gereğince başvurucuların sendikaya üye olmaları gerekmekteyken, başvurucular sendikaya üye olmak istememişler ve bu sebeple işlerine son verilmiştir ve bu kişiler örgütlenme özgürlüklerinin ihlâl edildiği iddiasıyla İngiltere aleyhine başvuruda bulunmuşlardır. Mahkeme, Sözleşme'nin 1. maddesindeki: "Âkit taraflar... herkese...(Sözleşme ve Protokollerinde)...açıklanan hak ve özgürlükleri **tanırlar**" hükmünün taraf devletlere sadece negatif yükümlülük (bu hak ve özgürlükleri çiğnememe) değil aynı zamanda pozitif yükümlülük yüklediğini ve bu hakların aynı zamanda kullanılmasını da sağlama yükümünü yüklediğine karar vermiştir ve İngiltere yasalarının bu imkânı işverene tanıyor olmasını Sözleşme'yi ihlâl eder nitelikte saymış, davacıların söz konusu şirket bir kamu kurumu olması nedeniyle işveren olarak İngiltere

---

[31] Gölcüklü/Gözübüyük, **op. cit.**, pp.40-41. Bu konuda Mahkeme 27/06/2000 tarihli *İlhan v. Turkey* davasında, davalı kişinin kardeşi adına da talep de bulunmasına ilişkin olarak yapılan bu talebi kabul etmemiştir onun için de ayrıca dava açabilmesi için temsil belgesi alınması gereğine değinmiş ve *actio popularis* imkânının bireysel başvurular için bulunmadığını tekrar beyan etmiştir: *"Sözleşme'nin 34. (eski 25.) maddesinde yer alan bireysel başvuru mekanizması actio popularis yoluyla başvuru imkânını dışarıda bırakmıştır. Bu nedenle başvuru, Sözleşme'nin bir veya birkaç maddesinin ihlâlinden mağdur olduğu iddiasındaki kişiler tarafından veya onların adına yapılmak gerekir. Bu kişiler şikâyet konusu önlemlerden 'doğrudan doğruya (directly affected)' etkilenmiş olduklarını kanıtlamak zorundadırlar."* (İLHAN v. TURKEY (Application no. 22277/93), paragraf 52 ve 53, (Çevrimiçi)http://hudoc.echr.coe.int/Hudoc2doc2/HEJUD/200006/ilhan%20-%2022277jv.gc%2027062000e.doc, 30/06/2002.

[32] Gölcüklü/Gözübüyük, **op. cit.**, pp. 44-45.

hükûmetinin sorumlu olduğu iddiasının da artık değerlendirilmesine gerek olmadığına hükmetmiştir[33].

ii)Konu (Madde) Yönünden Yetkisi (*ratione materiae*)

Mahkemenin konu bakımından yetkisi Sözleşme ve Ek Protokollerinde yer alan hak ve özgürlüklerle sınırlıdır. Bunların dışında kalan hak ve özgürlüklerin çiğnenmesinden dolayı Mahkemeye başvurma olanağı yoktur. Sözleşme'nin kapsamına girmeyen başvurular, başka bir deyişle, Sözleşme hükümleri dışında kalan hakları konu alan başvurular Mahkemece konu yönünden yetkisizlik nedeni ile reddedilir (md. 35/3). Mahkemenin bu konudaki yetkisini saptarken, Taraf devletlerin Sözleşmeye katılırken koydukları çekincelerin de göz önünde bulundurulması gerekir (md. 57). Mahkemenin konu yönünden yetkisi belirlenirken, Sözleşme'nin çiğnenmesine neden olan olaylar önem taşır. Başvuranın olayları Sözleşme açısından değerlendirirken, ya da çiğnendiğini ileri sürdüğü Sözleşme maddelerinde yanlışlık yapmış olması önemli değildir. Mahkeme başvuranın ileri sürdüğü olayları değerlendirerek kendi görev alanına giren bir konu olup olmadığını saptar. Sözleşme'nin çiğnenmesinden yakınan kimsenin hangi hakların çiğnendiğini açıkça belirtmesini zorunlu kılan bir kural yoktur[34].

iii)Yer Yönünden Yetkisi (*ratione loci*)

Mahkemenin yer yönünden yetkisini âkit devletlerin yetki alanları oluşturur. 1. maddede belirtildiği üzere, âkit devletler "kendi yetki alanları içinde" bulunan herkese, bu Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlükleri tanımışlardır. Kural olarak, taraf devletlerin kendi ülkelerinde meydana gelen ve kendi organlarının yaptığı Sözleşmeye aykırı eylem ve işlemlerden sorumludurlar. Bununla beraber, gerek Komisyon gerekse Mahkeme, âkit devletlerin yer bakımından yetkilerinin ülke alanı ile sınırlı olmadığını, bu yetkinin ülke

---

[33] Young, James and Webster v. United Kingdom, paragraf 49, İHAM Web Sitesi (Çevrimiçi) http://hudoc.echr.coe.int/Hudoc2doc/HEJUD/sift/193.txt, 30/06/2002.

[34] Gölcüklü/Gözübüyük, op. cit., p. 50. Nitekim Mahkeme, 06/11/1980 tarihli *Guzzardi v. İtaly,* davasındaki kararında, davalı Guazzardi'nin başvurusunda Sözleşme'nin 3, 8, 9 ve 1. Protokolun 2. maddesine dayanmış olmasına rağmen, Komisyonun 5. maddenin ihlâl edildiği görüşüne katılmıştır ve 25. maddenin(yeni 34) bireysel başvuruda Sözleşmedeki hangi hakların ihlâl edildiğinin belirtilmesini gerektirdiği halde hangi maddelerin ihlâl edildiğinin belirtilmesini gerektirmediğinden, başvurucu kişi özgürlüğünün ihlâl edildiğine dair şikâyetini özü itibariyle iler sürmüş olduğundan, ihlâl iddialarının Komisyon ve Mahkeme tarafından re'sen nitelendirilemeyeceği itirazını reddetmiştir (Guazzardi v. Italy, paragraf 58 vd.., Application Number: 07367/76, (Çevrimiçi) http://hudoc.echr.coe.int/Hudoc2doc/HEJUD/sift/83.txt, 01/07/2002.

dışında devlet otoritesinin egemen olduğu yerleri de içerdiğini belirtmişlerdir. Ülke dışında kuvvet bulundurma veya işgal durumlarında, hatta bir kamu görevlisinin (diplomatik temsilciler gibi) ülke dışında devlet yetkileri kullanarak yaptığı işlemlerden ilgili devletin sorumluluğu kabul edilmiştir. Bu yetki uçak ve gemi gibi kamu araçlarını da kapsamaktadır[35].

iv)Zaman Yönünden Yetkisi (*ratione temporis*)

Milletlerarası hukukun genel prensibi olarak bir andlaşma yürürlüğe girmeden ve bir devlet için bağlanmadan önce meydana gelen olay veya işlere veya sona eren durumlara ilişkin olarak o devletle ilgili olarak uygulanabilir değildir[36]. Bu kural Mahkemenin zaman yönünden yetkisini belirlemede etken olan bir kuraldır. Sözleşme yürürlüğünden önceki olaylara kural olarak uygulanmaz[37]. Bununla birlikte Komisyon *Pfunders* davasında, davalı devletin iddia edilen ihlâlin oluştuğu zamanda Sözleşme'nin tarafı olmasının yeterli olacağını, başvuran devletin (olayda Avusturya) o tarihte Sözleşme'yi onaylamış olmasının gerekli olmadığına Sözleşme'den doğan yükümlülüğün (karşılıklılık ilkesine dayanmayan) niteliğinden yola çıkarak karar vermiştir[38].

Sözleşme'nin geriye yürümezliği kural olmakla beraber, Sözleşme hükmünün devamlı ihlâli niteliğindeki durumlarda, örneğin Sözleşme'nin yürürlüğe girmesinden önceki bir zamanda işlenen bir eylemin Sözleşme'yi ihlâl niteliği taşıyan sonuçlarının devam etmesi halinde bu kural uygulanmaz. Bu durumu ilk kez Komisyon *De Becker* davasında ifade etmiştir. Söz konusu olan olayda, De Becker, işgal kuvvetleri ile işbirliği yaptığı gerekçesi ile 1947 yılında, Savaş Konseyince mahkum edilmiş ve ömür boyu gazetecilik ve yazarlık yapma hakkından yoksun bırakılmıştı. Komisyon devam eden bu yasak durumunun Sözleşme'nin devamlı ihlâli niteliğinde görmüş ve başvurunun zaman yönünden yetkisi içinde olduğuna karar vermiştir[39].

---

[35] Gölcüklü/Gözübüyük, **op. cit.**, p. 53; bu konuya örnek kararlar için bakınız: **loc. cit.**

[36] "Andlaşmaların geriye yüremezliği" başlığını taşıyan 1969 Tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuk Sözleşmesinin 28. maddesi şöyledir: "Farklı bir niyet, andlaşmadan meydana çıkmadıkça veya başka bir şekilde saptanmadıkça, andlaşma hükümleri, andlaşmanın bir taraf bakımından yürürlüğe girmesinden önce vuku bulan bir iş veya vakıaya veya ortadan kalkan herhangi bir duruma ilişkin olarak o tarafı bağlamaz.", andlaşmanın metni için bakınız: **ILM**, , vol. 8, 1969, p. 679; **UNTS**, vol. 1155, p. 331; **AJIL**, vol. 63, 1969, p. 875; Türkçe çevirisi için: Aslan Gündüz, **Milletlerarası Hukuk: Temel Belgeler-Örnek Kararlar**, Geliştirilmiş 3. Baskı, İstanbul, 1998, p.181.

[37] Gölcüklü/Gözübüyük, **op. cit.**, p. 54.

[38] Aktaran: Dijk/Hoof, **op. cit.**, p. 11.

[39] Aktaran: Gölcüklü/Gözübüyük, **op. cit.**, p. 55; Dijk/Hoof, **op. cit.**, p. 11, daha sonraki bu konuya örnek kararlar için bakınız: Dijk/Hoof, **loc. cit.**

11. Protokolden önce bireysel başvurular devletlerin ayrıca kabul etmelerine bağlı olduğu için, devletler bu kabul beyanlarını belli bir süreliğine ve beyandan sonraki durumlara ilişkin sınırlamalarla yapabiliyorlardı[40]. Bu durum da Mahkemenin zaman yönünden yetkisini etkiler nitelikteydi. Ancak 11. Protokol ile birlikte bu yetkinin tanınması zorunlu hale geldiği için, artık bu sorun belli ölçüde aşılmış durumdadır.

Yine Mahkemenin zaman yönünden yetkisine ilişkin diğer bir durum da, Sözleşme'nin 58. maddesine göre, Âkit bir devlet, Sözleşme'yi kendisi için yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş yıl geçtikten sonra, 6 ay önceden haber vermek koşulu ile bozabilir. Ancak Sözleşme'nin bozulması, bozulmanın yürürlüğe girdiği tarihten önceki ihlâllerden doğan sorumluluğu ortadan kaldırmaz[41].

(3)Başvurunun İncelenmesi

İHAM'nin yargılama usulü kendisi tarafından yapılmış olan (Sözleşme md. 26/d) 4 Kasım 1998 tarihli Mahkeme İçtüzüğü'nde ayrıntılı bir şekilde belirlenmiştir. Gerek devlet, gerekse bireysel başvuru yazılı olarak yapılır ve başvuran veya temsilcisi tarafından imzalanır (İçtüzük md. 45). Başvuralar posta yoluyla da yapılabilir. Başvurunun Mahkemenin resmi dilleri olan İngilizce veya Fransızca (İçtüzük md. 34/1) olması zorunluluğu yoktur. Sözleşmeye taraf olan devletlerin dillerinden herhangi biriyle yapılabilir(İçtüzük md.34/2). Başvurular doğrudan Mahkeme Başkanlığına yapılır. Mahkemeye başvuranlar için kolaylık olmak üzere her ne kadar matbu bir başvuru formu hazırlanmış ise de, başvurular herhangi bir şekil şartına tâbi tutulmuş değildir, başvuruda yer alması gereken bilgi ve belgeleri (İçtüzük md. 46-47) içeren bir yazı yeterlidir.

Mahkeme Yazı İşlerince her gelen başvuru için geçici bir dosya açılır ve bir önînceleme yapılır. Gerekli görülen durumlarda ek bilgi ve belge istenir. Başvurunun kabul edilebilirlik niteliği konusunda açık bir engel varsa bu ilgiliye bildirilir. Geçici dosya üzerinde Yazı İşleri Müdürlüğünde görevli hukukçular tarafından yapılan ilk inceleme sonucunda başvuruların büyük bölümü elenmekte, bunların ancak %30'unun kaydı yapılmaktadır[42]. Esas

[40] Dijk/Hoof, **op. cit.**, p. 13.
[41] Gölcüklü/Gözübüyük, **op. cit.**, p. 56.
[42] **Ibid.**, p. 58.

kaydı yapılanlar için bir veya daha fazla yargıç raportör olarak görevlendirilir. Bu rapor kabul edilebilirlik incelemesi Komite (Sözleşme md. 28) veya Daire (Sözleşme md. 29) tarafından yapılacak ve başvurunun kabul edilebilir bulunması halinde, dava dosyası tüm belgeleriyle birlikte dava dairesine sunulacaktır(İçt. md. 51).

Daire veya gerektiğinde Daire Başkanı, bir tarafın ya da ilgili herhangi bir kişinin talebi üzerine veya re'sen, tarafların menfaati yahut davanın gereği gibi görülmesi için alınması gerektiğini düşündüğü geçici önlemleri (interim measures) alabilir(İçt. md. 39/1). Bu tedbirlere ilişkin bildirimler, kararların yerine getirilmesinde görevli denetim makamı olan Bakanlar Komitesine bildirilecektir (İçt. md. 39/2).

Mahkemeye yapılan başvuruların kabuledilebilirlik koşulları Sözleşme'nin 35. maddesinde yer almaktadır. Maddenin 1. fıkrasında;

-İç hukuktaki bütün başvuru yollarının tüketilmesi ve

-İç hukuktaki konu hakkındaki son karardan itibaren 6 ay içinde başvurunun yapılması koşulları hem devlet hem de bireysel başvuru için öngörülmüştür.

Maddenin 2 ve 3. fıkralarında ise bireysel başvurular için gerekli olan diğer şartlar sıralanmıştır:

-Başvuranın kimliğinin belli olması,

-Başvurunun daha önce Mahkemece (veya Komisyonca) incelenmiş başka bir başvurunun konusuyla esas itibariyle aynı olmaması,

-Aynı konuda başka bir milletlerarası yere başvurulmamış olması,

-Başvurunun Sözleşme ve Protokolleri hükümleri dışında kalmaması,

-Başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olmaması,

-Başvuru hakkının kötüye kullanılmaması gerekmektedir.

Mahkeme 35. maddeye göre bir başvurunun kabul edilemez olduğuna davanın her aşamasında karar verebilir (35/son).

Sözleşme açısından, bir milletlerarası hukuk kuralı olan iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının doğurduğu en önemli sonuç, bireyin hak ve özgürlüklerini korumada, Sözleşme organlarının görevlerinin ikincil (subsidiary) nitelikte olduğu, asıl koruma görevinin devletlerin iç hukuklarına düştüğü ve Sözleşme'nin asıl amacının bu birinci nitelikte

korumayı sağlamak olduğudur[43]. Şunu da belirtmek gerekir ki Komisyon ve Mahkemenin çeşitli kararlarından anlaşıldığına göre belli durumlarda iç hukuk yollarının tüketilmesi zorunluluğu aranmamaktadır. Bu istisnaların en başında da iç hukuk yollarının etkisiz olması gelmektedir[44].

Mahkeme, başvurunun kabul edilmesine karar verdiği takdirde davanın esastan incelenmesine geçer. Yargılamanın bu aşamasında Mahkemece yapılan işlemler şöyle gruplandırılabilir: Başvurudaki şikâyet ile ilgili olayları saptamak; taraflar arasındaki uyuşmazlığı dostane çözüm[45] yoluyla halletmeye çalışmak; dostane çözüme ulaşılamaması durumunda esas hakkında son karara varmak, yani Sözleşme'nin ihlâl edilip edilmediğini yargılama sonunda saptamak (md. 38). Davanın dostane çözümle sonuçlandırılamaması üzerine Mahkeme soruşturmaya devamla dava dosyasını tamamlar ve kararını verir. Mahkememin davayı sonuçlandıran kararları üç grupta toplanabilir:

1-Kabul edilemezlik kararı (Sözleşme md. 28-29)
2-Davanın düşürülmesi kararı (md. 37-38-39)
3-Davanın esasına dair son karar (Sözleşme'nin çiğnenip çiğnenmediğine dair karar)

Esas hakkındaki son kararın konusu normal olarak, davalı devletçe Sözleşme'nin ihlâl edilip edilmediğidir. Mahkeme Sözleşme hükümlerinin ihlâl edildiği kanısına varırsa, esasa dair son kararında, çoğu zaman ve gerekli ise Sözleşme'nin 41. maddesi uygulaması da yer alacaktır. 41. madde hükmü uyarınca, ihlâli, davalı devletin iç hukuku tam olarak telâfi edemiyorsa Mahkeme, gerektiği takdirde, zarara uğrayan tarafa hakkaniyete uygun (adil) bir karşılık verilmesine hükmeder. Bu adil karşılık, ihlâlden doğan maddi ve/veya manevi tazminat ile yargılama giderlerini içerir[46].

---

[43] "*...Sözleşme ile ihdas edilen koruma mekanizması, insan haklarının korunması konusundaki millî sistemlere nazaran ikincil niteliktedir...Sözleşme, içerdiği hak ve özgürlüklerin kullanımını sağlama sorumluluğunu ilk olarak âkit devletlere bırakmıştır. Sözleşme kurumları da bu göreve kendi yönlerinden, ...fakat iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra katılmaktadırlar*" (Handyside v. United Kingdom, 07/12/1976, paragraf 48, (Çevrimiçi) http://hudoc.echr.coe.int/Hudoc2doc/HEJUD/sift/84.txt, 02/06/2002).

[44] Bu konunun ayrıntılı değerlendirilmesi için bakınız: Gölcüklü/Gözübüyük, **op. cit.**, pp.70-87 arası.

[45] Dostane çözüme varılması, Sözleşme'nin çiğnendiği anlamına gelmemektedir. Dostane çözüm kararlarında kimi kez devletin vereceği tazminatın bir "lütuf" olduğu, kimi kez de tazminatın bir sorumluluk karşılığı olmadığı gibi deyimler yer alır. Dostane çözümde, devletin Sözleşmeyi ihlâl ettiğini kabul etmesi gerekmez. (**ibid.**, p. 111).

[46] **Ibid.**, p. 117.

Mahkemenin ilk ve temel görevi, önüne gelen davada Sözleşme hükümlerinin davalı devletçe ihlâl edilip edilmediğini karara bağlamaktır. Bu açıdan Mahkemenin ihlâli saptayan kararı "beyan edici" nitelikte bir karardır, "inşâi" (yeni durum yaratan) nitelikte bir karar değildir[47]. Mahkeme, Sözleşmeye aykırılığı ileri sürülen işlem ya da eylemin Sözleşme hükümleriyle bağdaşıp bağdaşmadığını bildirmekle yetinir. Mahkeme, ihlâli saptayan kararını alırken, bunun uzantı ve sonuçlarını tespit yetkisine sahip değildir; bir yasayı yahut yasal kuralı kaldırma, bir idarî işlemi iptal etme ya da bir yargı kararını bozma veya ihlâlin tamiri için belli işlemlerin yapılması talimatı verme yetkisi yoktur[48].

c. Bakanlar Komitesi

Bakanlar Komitesi, Mahkeme gibi Sözleşme ile oluşturulan bir organ olmayıp Avrupa Konseyinin siyasal organlarından biridir. Bakanlar Komitesinin yapısı, örgütlenmesi ve yetkileri Avrupa Konseyi Statüsü ile düzenlenmiştir (Avrupa Konseyi Statüsü md.13-21). Bakanlar Komitesi, Avrupa Konseyi üyesi devletlerin Dışişleri Bakanlarından oluşur. Bakanlar düzeyinde önemli ve daha çok siyasal konular için yılda iki kez toplanır. Toplanma halinde bulunmadığı zamanlarda, görevlerini üye devletlerin Avrupa Konseyinde bulunan daimî temsilcilerinden oluşan "Delegeler Komitesi" yerine getirir. Delegeler Komitesi daimî çalışan bir kuruldur, İHAS ile Bakanlar Komitesine verilen görevler, fiilen bu Komitece yerine getirilmektedir[49].

11. Protokolün yürürlüğe girmesi ile birlikte, Sözleşme'nin eski 32. maddesinin tanıdığı karar alma yetkisi kaldırılmış olduğu için, Bakanlar Komitesinin İHAS koruma mekanizması içindeki fonksiyonu, Mahkeme kararlarının yerine getirilmesini izlemek ve bu amaçla ilgili işlemlerde bulunmaktan ibaret kalmıştır (md.46, İçtüzük md. 77/3).

---

[47] **Ibid.**, p. 120.

[48] **Loc. cit.** "...Mahkemenin kararları esasen beyan edici (declaratory) niteliktedir ve 53. maddeden doğan yükümlülüklerinin iç hukukunda yerine getirme yol ve yöntemlerini Devletin seçimine bırakmıştır." (Marckx v. Belgium, 13/06/1979, paragraf no. 58, (Çevrimiçi),:http://hudoc.echr.coe.int/Hudoc2doc/HEJUD/sift/119.txt, 05/06/2002.); benzer nitelikte bakınız: Akdivar and Others v. Turkey (Article 50), 01/04/1998, **Reports**, vol. II, 1998, pp. 723-24, paragraf 47; Incal ve. Turkey, 09/06/1998, paragraf 77-78, http://hudoc.echr.coe.int/Hudoc2doc2/HEJUD/199901/incal.batj.doc, 05/06/2002.

[49] Gölcüklü/Gözübüyük, **op. cit.**, p. 30.

d. Genel Sekreter

Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'nin insan haklarının korunması alanındaki görevlerinin bir bölümü Konsey Statüsünün 10. maddesinden kaynaklanır. Bu madde uyarınca, Genel Sekreter, İnsan Hakları Müdürlüğünü yönetir, Bakanlar Komitesi ve Parlamenterler Meclisi toplantılarında hazır bulunabilir.

Genel Sekreter'in İHAS'nden doğan görevi ise Sözleşme'nin 52. maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca, Genel Sekreter'in istemi üzerine her devlet, Sözleşme hükümlerinin etkili bir biçimde uygulanmasını iç hukukunda nasıl güvence altına aldığı konusunda açıklamada bulunmakla yükümlüdür. Genel Sekreter'in istemi üzerine âkit devletlerce verilen bu cevaplar bir belgede toplanarak, diğer âkit devletlere, Parlamenterler Meclisine, İHAM'ne duyurulur[50].

B. Taraf Ülkelerin Sözleşme'den Doğan Yükümlülükleri

İHAM kararlarının taraf ülkelerin iç hukuk sistemlerindeki yerini ve etkisini tayin etmek oldukça karmaşık ve çok yönlü bir konudur. Bu etkinin tayin edilebilmesi, taraf devletlerin Sözleşme'den doğan yükümlülüklerine bağlı olduğu kadar, taraf devletlerin bu yükümlüğü yerine getirmek için iç hukuklarında ne tür çözümler (örneğin, Sözleşme'nin iç hukuka nasıl dahil edildiği, kurallar kademesinde hangi yere sahip olduğu, iç hukukun gözden geçirilip düzeltilmesi için ne tür hükümlerin mevcut olduğu gibi) öngördüklerine de aynı ölçüde bağlıdır[51]. Bu sebeple Mahkeme kararlarının hukukî etkisinin değerlendirilmesi, iki yönlü bir incelemeyi gerektirmektedir: Birinci olarak, milletlerarası hukuk bakımından tarafların Sözleşme'den doğan yükümlülüklerinin kapsamı ve ikinci olarak da taraf devletlerin iç hukuklarında bu yükümlülüğün nasıl yerine getirilmekte olduğu incelenmelidir.

Yukarıda değindiğimiz üzere her ne kadar Sözleşme'nin kendine özgü (sui generis) nitelikleri varsa da ve oluşturduğu koruma sistemi anayasal denetim benzeri etkilere sahip olsa da, Sözleşme'nin statü olarak bir milletlerarası andlaşma olduğu gerçeği değişmez. Bu sebeple, bir andlaşma olarak mevcudiyeti, içeriği, yorumu ve taraflar arasında bağlayıcı etkisi

---

[50] **Ibid.**, p. 134.

[51] G. Ress, "The Effects of Judgements and Decisions in Domestic Law", **The European System for the Protection of Human Rights**, Eds. R. St. J. Macdonald et al., Kluwer Academic Publisher, 1993, p. 801.

milletlerarası hukuka göre belirlenmek durumundadır[52]. Ancak, bir andlaşmanın millî hukuk sisteminde herhangi bir etkiye sahip olup olmadığı sorunu, temel olarak devletin anayasal hukuk sistemi tarafından düzenlenen ve yönetilen bir sorundur. Bununla beraber, eğer bir andlaşma millî hukuk sisteminde bir etkiye sahip olmayı öngörüyorsa bu yüküm millî hukuk sistemlerinde mevcut olan engellere üstün gelecektir. Bunun sebebi ise tamamen milletlerarası hukuktan kaynaklanır, çünkü devlet andlaşmadan doğan yükümlülüklerini ihlâl gerekçesi olarak iç hukuk hükümlerine başvuramaz (Bakınız: Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi md. 27)[53]. Devletin milletlerarası hukuk içinde sorumluluğu andlaşmaya göre belirlenirken, iç hukuk açısından bakıldığında, eğer andlaşmaya doğrudan bir etki tanınmışsa, bu hukuk tarafından yine bu etkinin ne ölçüde olacağını belirlemek ve yükümlülükleri saptamak için andlaşma hükümlerine bakmak gerekecek ve devletin yükümlülüğünün kapsamı ancak bu şekilde belirlenebilecektir. İHAS açısından bu konuyla ilgili olarak şu iki soru gündeme gelmektedir:

-Sözleşme, taraf devletler için bir yüküm olarak, korumasını öngördüğü temel hak ve özgürlüklere iç hukukta doğrudan bir etki tanımayı ve Sözleşme'de öngörülen haklarının ihlâl edildiğini iddia eden bireyler için iç hukukta Sözleşme'ye doğrudan bir başvuru imkânını sağlamayı öngörüyor mu?

-Sözleşme, Sözleşme'yi ihlâl ettiğini öngören Mahkeme kararlarına iç hukukta doğrudan etki tanımayı taraf devletler için bir yüküm olarak öngörüyor mu?

Sözleşme'nin 42, 44 ve 46. maddeleri dikkate alındığında, Mahkeme kararlarının hukukî olarak kesin ve bağlayıcılığı olduğu açıktır. Bununla beraber, Mahkemenin görevi, 41. maddede (eski 50. madde) belirtildiği üzere, âkit devletin veya onun otoritesi altındaki organ veya kişilerin işlem veya eylemleri tarafından "Sözleşme'nin veya Protokollerin ihlâl" edilip edilmediğine karar vermek ve "ilgili âkit devletin iç hukuku ancak bu ihlâli kısmen giderme imkânı veriyorsa" zarara uğrayan taraf lehine hakkaniyete uygun bir tazminata hükmetmektir. Bu sebeple İHAM kararlarının temyiz niteliğinde bir etkiye sahip olması ya da taraf devlet organlarının herhangi bir kanun, mahkeme kararı veya başka bir işlemini iptal etme imkânı

[52] Janis/Kay/Bradley, **op. cit.**, p. 468.
[53] **Ibid.**, pp. 468-469.

yoktur[54]. Yine, Mahkemenin, taraf devletten, belli bir ceza veya disiplin yaptırımını iptal etme, belli önlemleri alma gibi talepleri olamaz[55]. Kısaca, Mahkeme, Sözleşme'nin ihlâl edilip edilmediğini tespit eder ve eğer gerekliyse tazminata hükmeder.

Sözleşme'nin 46. (eski 53.) maddesi, taraf devletlerin Mahkeme kararlarına uymayı taahhüt ettiklerini ifade eder. Bu yüküm, Sözleşme'nin 1. ve 52. (eski 57.) maddesinden de çıkarılabilir. 1. maddede âkit devletlerin Sözleşme'nin birinci bölümünde tanınan hak ve özgürlükleri kendi yetkisi (jurisdiction) içinde olan herkes için güvence altına alacağı ve 52. maddede de Sözleşme hükümlerinin iç hukukta güvence altına alınması konusunda aldığı önlemleri Genel Sekretere bildirmesi öngörülmüştür. Bununla beraber, Mahkeme, bir ihlâl durumunda ilgili devletin iç hukukunu nasıl Sözleşmeye uygun hale getireceği konusunda, prensip olarak, hüküm vermek ve talimat vermekten kaçınmaktadır. Bu sebeple taraf devletlere bir takdir yetkisi tanıdığı için ihlâlin giderilmesi yöntemi konusunda, burada devletler için öngörülen yüküm bir sonuç yükümü olmaktadır. Ancak belli bir tazminatın ödenmesine hükmedilmişse bu tazminatın ödenmesi konusunda artık devletlerin takdiri söz konusu değildir[56].

46. madde altında Mahkeme kararının taraf devletler için getirdiği yüküm bir sonuç yükümüdür ve bu sonuç da mümkün olduğu nispette eski hale iade (*restitutio in integrum*) yükümüdür[57]. Bu sebeple, bir ihlâlin düzeltilmesi belli bir işlemi gerekli kılabilir. Eğer mevcut bir yasa hükmü ihlâle neden olmuşsa, sadece iç hukukta bu hükmün değiştirilmesi ile ancak tam olarak yükümünü yerine getirmiş olabilir. Fakat mahkeme kararlarında belirtildiği üzere bunun yöntemi devletlerin takdirine bırakılmış ve mahkeme kararının kendisine doğrudan böyle bir sonuç yaratma imkânı tanınmamıştır.

Doktrinde üzerinde durulan nokta, 13. maddede öngörülen, Sözleşme'den doğan hakları ihlâl edilen kişilere *"millî makamlar önünde etkili bir başvuru"* imkânının tanınması yükümüdür. Buradan hareketle bazı yazarlar, Sözleşme millî hukuka dahil edilsin veya

---

[54] Ress, op. cit., p. 802; J. Velu, "Report on Responsibilities for States Parties to the European Convention", **Proceedingis of the Sixth International Colloquy About the European Convention on Human Rights (13-16 November 1985)**, Kluwer Academic Publishers, 1988, p. 566.
[55] **Velu, loc. cit.**
[56] **Ress, op. cit., p. 803.**
[57] **Loc. cit.**

edilmesin doğrudan iç hukukta uygulanabilir görüşündedir[58]. Fakat böyle bir yüküm, yazarların çoğu, Komisyon ve Mahkeme tarafından açıkça reddedilmiştir[59]. Taraf ülkeler için Sözleşme hükümlerini doğrudan iç hukuka katmak hukukî bir yüküm değildir. Bu durum Mahkemenin *Swedish Engine Drivers* davasında açıkça ifade edilmiştir: "*...ne 13. madde ne de genel olarak Sözleşme, taraf devletler için, Sözleşme'nin herhangi bir hükmünün iç hukuklarında etkili bir şekilde uygulanmasını sağlamak için herhangi bir usul ihdas etmiş değildir.*"[60]

Sonuç olarak, Mahkemeye göre, Sözleşme'nin 13. maddesi Sözleşme hükümlerine iç hukukta doğrudan etki tanıma yükümünü öngörmek yerine, ne yöntemle olursa olsun (Sözleşme'yi doğrudan iç hukuka aktarmak olabilir veya anayasa veya başka yasalarda Sözleşme'deki hakların korunma altına alınması şeklinde olabilir) esas (öz) olarak Sözleşme'deki hakların korunmasını sağlamak için iç hukukta etkili bir başvuru yolunun sağlanması yükümü öngörülmüştür. Bu sebeple, genel olarak kabul edildiği şekilde, taraf devletler kural olarak Sözleşme'de öngörülen hak ve özgürlüklerin korunması yöntemini seçmekte özgür olmakla beraber, iç hukuklarının Sözleşmeye uygun olması sonucunu yüküm olarak kabul etmiş ama bu sonucu sağlama yöntemini seçmekte serbest bırakılmışlardır[61].

C. Mahkeme Kararlarının Hukukî Niteliği ve Uygulanması

Sözleşme'nin 41, 44, 45 ve 46. madde hükümleri, milletlerarası mahkeme kararlarının etkileri konusunda geleneksel düalist anlayışı temel almış gözükmektedir. Bu görüşe göre, bu gibi kararların iç hukukta doğrudan etkisi olmayacağı, bunun ancak iç hukukun kendisinin öngörmesi veya izin vermesi durumunda söz konusu olacağıdır[62]. Sözleşme, mahkeme kararına iç hukukta hemen hukukî etki tanıyan İnsan Hakları Amerika Sözleşmesi'nin 68/2. maddesi benzeri bir hüküm taşımamaktadır. Bu maddeye göre: " *Bir*

---

[58] Bu konudaki değişik görüşler için bakınız: Drzemczewski, **op. cit.**, p. 40 vd; Thomas Buergenthal, "The Effect of the European Convention on Human Rights on the Internal Law of Member States". **ICLQ, Suplementary** Publication No. 11, 1965, p. 81 vd; Janis/Kay/Bradley, **op. cit.**, p.468 vd.

[59] Ress, **op. cit.**, p. 804, dipnot 10a; Jörg Polakiewicz, "The Status of the Convention in National Law", **Fundamental Rights in Europe: The European Convention on Human Rights and its Member States, 1950-2000**, Eds. Robert Blackburn and Jörg Polakiewicz, Oxford University Pres, 2001, pp. 32-33. (sonraki atıflarda "Polkiewicz, **status**" olarak kısaltılmıştır).

[60] İHAM kararı, 06/02/1976, serie A, Vol. 20, 18, paragraf 50.

[61] Polakiewicz, **status**, p. 33.

[62] Polakiewicz, "The Execution of Judgements of the European Court of Human Rights". **Fundamental Rights in Europe: The European Convention on Human Rights and its Member States, 1950-2000**, Eds. Robert Blackburn and Jörg Polakiewicz, Oxford University Pres, 2001, pp.55-56. (sonraki atıflarda "Polkiewicz, **execution**" olarak kısaltılmıştır).

kararın zararın tazminine ilişkin kısmı ilgili devlet ülkesinde, devlet aleyhine olan kararların icrasına ilişkin iç hukuk usullerince icra edilebilir."[63]

Mahkemenin birçok kararında (örneğin, *Marcks v. Belçika*, *Belilos v. İsviçre*, *Incal v. Türkiye*, *Akdıvar v. Türkiye* gibi) ifade edildiği üzere, Mahkemece Sözleşme'nin ihlâl edildiği kararının alınması, herhangi bir işlem yapılmadan, kendiliğinden iç hukuku etkilemez. Mahkeme kararı, Sözleşmeye aykırılığı saptanan işlemi ne iptal eder, ne değiştirir, ne de bozar. Mahkeme böyle bir yetkiye sahip değildir, yalnız dava konusu işlemin, ya da eylemin Sözleşmeye aykırı olduğunu, Sözleşme'nin ihlâl edildiğini beyanla yetinir. Buna mukabil, âkit devletler davada taraf oldukları kararlara uymakla ve bunların gereğini yerine getirmekle yükümlüdürler. Bu durum uygulamada birçok sorunu da beraberinde getirmektedir. Mahkeme kararları iç hukukta doğrudan infaz kabiliyeti olan kararlar olmadığı için kararın yerine getirilmesi yönünde gereken önlemleri almak davalı devlete düşmektedir. Mahkemenin birçok kararında (örneğin, *Pakelli, Hauschildt, Brozicek*) belirtildiği gibi, kararı yerine getirecek devlet, kararı yerine getirme yol ve yöntemini seçmekte serbesttir[64].

Bir ihlâl kararının yerine getirilmesi maddi imkânsızlıklar hariç, saptanan ihlâlin ve bu ihlâlden doğan sonuçların ortadan kaldırılması, sonuçlarının silinmesi demektir. Ancak milletlerarası hukukta cebrî icranın söz konusu olmaması nedeniyle Sözleşme ile kurulan sistemde Mahkeme kararları, Taraf devletlerin millî hukuk düzenlerinde doğrudan uygulanıp sonuç doğurma niteliğine sahip değildirler. Alınmış olunan ihlâl kararlarının gereğinin yerine getirilmesi ve ihlâlin ortadan kaldırılması için gerekli tedbirlerin alınması Taraf devletlerin yetkisinde bulunan bir görevdir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi ihlâl kararlarını *yerine getirmekle* değil, fakat bunların yerine getirilmesini *gözetmekle* görevlendirilmiştir (md. 46/2)[65].

Sözleşme'yi ihlâl ettiğine karar verilen devlet, ihlâli tamir için ne yapması gerektiğini ilgili kararın gerekçesini okuyarak kendisi bulacaktır. Sözleşme organları, devletlere ne yapacakları konusunda talimat verme yetkisine sahip değildirler, devletlere yüklenen yüküm bir sonuç yükümüdür[66]. Bu Mahkemenin *Papamichalopoulos v. Greece*

---

[63] İnsan Hakları Amerika Sözleşmesi metni için bakınız: Malcolm D. Evans (ed.), **Blackstone's Intenational Law Documents**, 2. Edition, 1994, p. 177 vd.
[64] Gölcüklü/Gözübüyük, **op. cit.**, p. 124; **Polkiewicz, execution**, p. 56.
[65] Gölcüklü/Gözübüyük, **op. cit.**, p. 124.
[66] **Ibid.**, p. 125.

davasında şu şekilde ifade edilmiştir: "*...Mahkemenin Sözleşme'nin ihlâl edildiği sonucuna vardığı bir karar, sorumlu devlete ihlâli sona erdirme ve mümkün olduğu ölçüde durumu ihlâlden önceki haline döndürecek bir şekilde tüm sonuçlarını tamir etme hukukî yükümünü yükler.*"[67]

Mahkeme'nin Sözleşme'nin çiğnendiğini saptayan kararlarının, ilgili devletçe yerine getirilmesi çeşitli devlet organlarının (yasama. yargı, yürütme) devreye girmesini zorunlu kılabilir. Bu alanda karşılaşılan en büyük güçlük. yasama ya da yargı organının bir işleminden kaynaklanan ihlâllerin giderilmesi durumunda ortaya çıkar. Kimi durumlarda yasalarda hatta Anayasa'da değişiklik yapılması, yahut kesin hüküm halini almış bir yargı kararının kaldırılması gerekebilir. Mahkeme, saptanan ihlâlden hangi organın (yasama, yargı ve yürütme) sorumlu olduğunu belirtmekten kaçınmaktadır. Mahkeme için asıl olan husus, bütün organlarıyla devletin milletlerarası sorumluluğudur[68].

Yargı kararlarının Sözleşmeye aykırılığını saptayan Mahkeme kararlarının uygulanması noktasında; kesin hüküm niteliği almış yargı kararlarının Sözleşmeye aykırılığının Mahkeme kararı ile saptanması durumunda bu kararın yerine getirilmesi değişik uygulamalara neden olmaktadır. Bunlar arasında af çıkarmak, şartlı salıvermek, tazminat ödeme, ya da yeniden yargılama gibi çeşitli yollar vardır. Âkit devletler, Mahkeme kararının yerine getirilmesinde karşılaştıkları güçlükleri aşmak için yasal düzenlemelere gitmektedirler[69].

İhlâlin bir mevzuat hükmünden kaynaklanması durumunda Mahkeme kararlarının uygulanması noktasında; Sözleşme'nin 33. maddesi uyarınca, âkit devletler tarafından diğer bir âkit devletin belli bir yasasının soyut olarak sözleşmeye aykırılığı iddiasına dayanan bir başvurunun Mahkemeye getirilmesi ve Mahkemece kabul edilmesi ve Sözleşmeye aykırılığı tespit etmesi üzerine, böyle bir kararın davalı devletçe uygulanması ancak Sözleşmeye aykırı bulunan yasada değişiklik yapılması ile olur.

Sözleşme'nin 34. maddesi uyarınca. bireysel başvuru yolu ile, devlet başvurusundan farklı olarak, yasaların soyut olarak Sözleşmeye aykırılığı kural olarak ileri sürülemez.

---

[67] Papamichalopoulos and Others v. Greece, judgement (art. 50) of 31.10.1995, Series A no. 330-B, paragraf 34.
[68] Polakiewicz, **execution**, p. 57.
[69] Gölcüklü/Gözübüyük, **op. cit.**, p. 126.

Bireysel başvuru yoluyla ancak, somut olarak yasanın başvurana uygulanmasının Sözleşmeye aykırılık oluşturup oluşturmadığı incelenir ve karara bağlanır. Ancak böyle bir ihlâl kararının gereğinin yerine getirilebilmesi için de, önce kararın içeriğine, dayandığı gerekçeye ve hüküm fıkrasına bakmak ve ihlâlin kaynağını saptamak gerekir. Eğer ihlâlin nedeni doğrudan doğruya yasa hükmünün kendisi ise, Mahkeme kararının yerine getirilmesi ancak bu kanun hükmünün değiştirilmesi ile mümkün olacaktır[70].

Bazen de ihlâlin mevzuatta yer alan bir hükümden değil, fakat mevzuattaki boşluktan kaynaklanması söz konusu olabilmektedir. Yani devletin pozitif yükümünü yerine getirmemiş, Sözleşme'deki hak ve özgürlüklerin bireyin yararlanması için gerekli düzenlemeleri yapmadığı için, bu mevzuat boşluğu da bir hakkın ihlâline yol açmıştır. Bu durumda mahkeme kararının yerine getirilmiş olması için değilse bile, gelecekte tekrar Mahkeme önüne davalı sıfatıyla çıkamamak için ilgili devletin söz konusu mevzuat boşluğunu doldurması gerekir[71].

Mahkeme kararlarının uygulanmasının denetimi konusunda; Sözleşme Mahkeme kararlarının yerine getirilmesi sürecinin denetimini Avrupa Konseyi'nin karar ve yürütme organı olan ve siyasal niteliğe sahip Bakanlar Komitesine vermiştir (md. 46). Mahkeme kararı, Mahkeme Başkanı tarafından, uygulanması denetlenmek üzere Bakanlar Komitesine gönderilir (md. 46/2). Bakanlar Komitesi, davalı devletin Mahkeme kararını yerine getirmek üzere ne gibi önlemler aldığını bildirmesini ister. Bakanlar Komitesi, Mahkeme kararının yerine getirilmesi amacı ile devlete bir bildirimde bulunurken, herhangi bir öneride bulunmaz. Mahkeme kararının yerine getirilmesi yol ve yönteminin takdirini ve seçimini davalı devlete bırakır. Davalı devlet, Mahkeme kararının yerine getirildiğinin Bakanlar Komitesince saptanabilmesi için aldığı önlemleri Bakanlar Komitesine ayrıntılı olarak bildirmekle yükümlüdür. Bakanlar Komitesi, davalı devletten tatmin edici bir sonuç alana kadar konuyu gündeminde tutar. Bu denetim yetkisi, Mahkeme kararının yerine getirildiğini saptayan bir kararla son bulur[72].

---

[70] **Ibid.**, pp. 126-127.
[71] **Ibid.**, pp. 127-128.
[72] **Ibid.**, pp. 128-129.

D. Taraf Ülkelerin İç Hukuklarında Sözleşme'nin Yeri

1. Anayasa ve Anayasaüstü Değer Taşıyan Ülkeler

Birinci bölümde değindiğimiz üzere, 1983 tarihli Hollanda Anayasası'na göre, milletlerarası andlaşma hükümleri ve milletlerarası teşkilâtların kararları, iç hukuk kurallarına üstündür (md. 94) ve yayınlanmalarından itibaren de herkes için bağlayıcıdır (md. 93). Hollanda Mahkemeleri, iç hukukta, önceki veya sonraki yasa veya anayasa kuralıyla çatışma durumunda, *self-executing* niteliğinde olan Sözleşme hükümlerine üstünlük tanımıştır[73].

Avusturya, 3 Eylül 1958 tarihinde İHAS'ni onaylamış, 4 Mart 1964 tarihinde de Federal Anayasa'da bir değişiklik yaparak Sözleşmeye anayasa ile aynı seviyede, geçmişe etkili olarak yer vermiştir[74]. Bu değişiklikten sonra, Sözleşme kendinden önceki veya sonraki yasal düzenlemelerden önce gelmektedir.

2. Kanunlarüstü Değer Taşıyan Ülkeler

Taraf ülkelerin çoğunda Sözleşme ve diğer milletlerarası andlaşmalar normal yasal düzenlemelerden bir üst kademede, ancak anayasanın altında yer almaktadır. Buna tipik örnek Fransa Anayasası'nın 55. maddesi gösterilebilir: *"Usulüne uygun olarak onaylanan veya uygun bulunan andlaşma veya anlaşmalar, her bir anlaşma veya andlaşmanın diğer akit devletlerce uygulanması şartına bağlı olarak, ilânlarından itibaren, Parlamentonun işlemlerine üstün olacaklardır"*

İspanya ve Portekiz 1974 ve 1978 yıllarında kabul ettikleri anayasalarında iç hukuktaki temel haklara ilişkin hükümlerin milletlerarası alanda garanti altına alınan hakları ışığında yorumlanmasını şart koşmuşlardır (Portekiz Any. md. 16, İspanya Any. md. 10/2)[75]. Portekiz Anayasa Mahkemesi 1991 yılında milletlerarası andlaşmaların andlaşmanın

[73] Polakiewicz, **status**, p. 37.
[74] **Ibid.**, p. 38.
[75] **Ibid.**, p. 39.

onayından önceki veya sonraki millî yasama işlemlerinden etkilenmeyeceğine karar vermiştir[76].

Belçika ve Lüksemburg'da, milletlerarası hukukun üstünlüğü Temyiz Mahkemesi (Court of Cassation) tarafından teyit edilmiştir. Millî mahkemeler genellikle İHAS hükümlerine üstünlük tanımakta ve bununla çatışan yasal düzenlemeleri uygulamaktan kaçınmaktadırlar[77].

İsviçre'de, Sözleşme'nin kurallar kademesindeki yeri Federal Mahkeme tarafından tayin edilmiş, hak ve özgürlüklerin anayasal karakterine vurgu yapan Federal Mahkeme, 1985 yılında verdiği bir kararında Sözleşme hükümlerinin önceki ve belli şartlarda sonraki yasa kurallarıyla ihlâl edilemeyeceğine karar vermiştir. 1996 yılında ise, Sözleşme'nin sadece iç yasal düzenlemeler değil, aynı zamanda iki taraflı andlaşmalara da üstün olduğunu kabul etmiştir[78].

Malta, *common law* geleneğini takip ettiği için milletlerarası andlaşmaların bir Parlamento işlemiyle iç hukuka aktarılması gerekmektedir. Bu sebeple 1967 yılında Sözleşme'yi onaylamış olmasına karşın, Sözleşme hükümlerinin iç hukukta uygulanabilir olması 19 Ağustos 1987 tarihli "*European Convention Act*" yoluyla mümkün olmuştur. Bu yasa Sözleşme hükümlerine önceki ve sonraki normal yasa hükümleri karşısında üstünlük tanımaktadır[79].

1994 yılında Norveç yeni bir anayasa hükmü ile, devlet organlarının insan haklarına saygı göstermek ve bu hakları garanti altına almak zorunda olduklarını öngörmüştür (md. 110c). Sözleşme ve protokollerini iç hukuka aktaran yasa hükmü ise, 21 Mayıs 1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu yasaya göre, iç hukukla milletlerarası standartlar arasında bir çatışma olduğunda andlaşmalara öncelik tanınacaktır[80].

---

[76] Aktaran Polakiewicz, **ibid.**, p. 39, dipnot 35.
[77] **Ibid.**, p. 39.
[78] **Ibid**, pp. 39-40.
[79] **Ibid.**, p. 40.
[80] Erik Møse, "Norway", **Fundamental Rights in Europe: The European Convention on Human Rights and its Member States, 1950-2000**, Eds. Robert Blackburn and Jörg Polakiewicz, Oxford University Pres, 2001, pp. 636-637.

Orta ve Doğu Avrupa ülkelerindeki anayasal reformlar, Sözleşme'deki hak ve özgürlüklerin iç yasal düzenlemelere karşı üstün olacağı konusundaki yaygın kanaatin delilini teşkil eder niteliktedir. İstisnasız bütün Orta ve Doğu Avrupa ülkeleri 1989'dan itibaren Sözleşme'yi onaylamış ve iç hukuklarına dahil etmişlerdir. Bu ülkelerin hukuk sistemlerinin genel karakteri, bir milletlerarası mahkeme önünde milletlerarası andlaşmalara doğrudan etki tanınmasını olanaksızlaştıran düalist yaklaşımın izlerini taşımasına rağmen, Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinin yeni demokrasilerinde anayasal araçlarla, milletlerarası insan hakları andlaşmalarına doğrudan bir etki ve kendisiyle çatışan iç hukuk yasal düzenlemeleri karşısında üstünlük tanımışlardır[81].

Bulgaristan Anayasası'nın 5(4). maddesine göre, kabul edilen anayasal prosedüre uygun olarak onaylanan, yayınlanarak (promulgated) Bulgaristan Cumhuriyetinde yürürlüğe giren herhangi bir milletlerarası belge iç hukukun bir parçası olarak dikkate alınacak ve aksi şart koşulmadığı müddetçe herhangi bir iç hukuk kuralına üstün olacaktır[82]. Çek Cumhuriyeti Anayasası'nın 10. maddesine göre, onaylanan ve yayınlanan temel insan hak ve özgürlüklerine ilişkin Çek Cumhuriyetini bağlayan milletlerarası andlaşmalar iç hukuk düzenlemeleri gibi doğrudan ve hukuk kuralları önünde öncelikli olarak uygulanacaktır[83]. Romanya Anayasası'nın 20. maddesine göre, vatandaşların hak ve özgürlüklerine ilişkin Anayasal hükümler Evrensel İnsan Hakları Beyannamesine ve Romanya'nın taraf olduğu diğer şart ve andlaşmalara uygun olarak yorumlanıp uygulanacaktır. Romanya'nın taraf olduğu temel hak ve özgürlüklere ilişkin andlaşmalarla iç hukuk arasında bir uyumsuzluk mevcut olduğunda milletlerarası düzenlemeler üstün olacaktır[84]. Slovakya Anayasası'nın 11. maddesine göre, Slovakya Cumhuriyeti tarafından onaylanan ve yasal gereklere uygun olarak yayınlanan temel insan hak ve özgürlüklerine ilişkin milletlerarası belgeler, milletlerarası andlaşma ve anlaşmalar anayasal hak ve özgürlüklerden daha geniş garantiler öngördüğünde,

---

[81] Polakiewicz, **status**, pp. 40-41.

[82] Alexander Arabadjiev, "Bulgaria", **Fundamental Rights in Europe: The European Convention on Human Rights and its Member States, 1950-2000**, Eds. Robert Blackburn and Jörg Polakiewicz, Oxford University Pres, 2001, p. 193.

[83] Dalibor Jílek, Mahulena Hofmann, "Czech Republic", **Fundamental Rights in Europe: The European Convention on Human Rights and its Member States, 1950-2000**, Eds. Robert Blackburn and Jörg Polakiewicz, Oxford University Pres, 2001, p. 249.

[84] Renate Weber, "Romania", **Fundamental Rights in Europe: The European Convention on Human Rights and its Member States, 1950-2000**, Eds. Robert Blackburn and Jörg Polakiewicz, Oxford University Pres, 2001, p. 714.

millî hukuk kurallarına üstün olacaktır[85]. Moldova Anayasası'nın 4(2). maddesine göre, Moldova Cumhuriyetinin imzaladığı sözleşme ve andlaşmalar ile kendi millî hukuku arasında bir anlaşmazlık ortaya çıktığında öncelik milletlerarası düzenlemelere verilecektir[86]. Makedonya Anayasası'nın 118. maddesine göre, Anayasa uyarınca onaylanan milletlerarası anlaşmalar millî hukuk düzeninin bir parçasıdırlar ve hukuk tarafından değiştirilemezler[87]. Rusya Federasyonu Anayasası'nın 15(4). maddesine göre, milletlerarası hukukun yaygın olarak kabul edilmiş kural ve prensipleri ve Rusya Federasyonu'nun milletlerarası andlaşmaları iç hukukunun bir parçası olacaktır. Aynı konuda iç hukuk kuralı ve milletlerarası andlaşma kural koymuşsa, milletlerarası andlaşma kuralı uygulanacaktır[88]. Gürcistan Anayasası'nın 6(2). maddesine göre, Gürcistan'ın yasal düzenlemeleri milletlerarası hukukun evrensel olarak kabul edilmiş kural ve prensiplerine uygun olacak ve Gürcistan'ın taraf olduğu milletlerarası andlaşma ve anlaşmalar, eğer Gürcistan Anayasası'na aykırı değillerse, iç hukukun normatif kurallarına karşı üstün bir hukukî güce sahip olacaklardır[89]. Macaristan Anayasası'nın 7(1). maddesine göre, Macaristan Cumhuriyetinin hukuk sistemi milletlerarası hukukun genellikle kabul edilen kurallarına uyacak ve milletlerarası hukukun varsaydığı yükümlülüklerle iç hukuk kuralları arasında ahengi sağlayacaktır[90]. Estonya Anayasası'nın 123. maddesine göre, Estonya Cumhuriyeti Anayasaya aykırı olan bir milletlerarası andlaşmalara taraf olmayacak ve eğer Estonya'nın yasaları Riigikogu (Parlamento) tarafından onaylanan milletlerarası andlaşmalarla çatışırsa milletlerarası andlaşma hükmü uygulanacaktır[91]. 11 Haziran 1997 tarihli kararında Yüksek Mahkeme, yasa ile İHAS arasındaki çatışmada Parlamento tarafından onaylanan Sözleşme'yi uygulamıştır[92].

İngiltere, daha özel bir durum yaratır. Uzun anayasal uygulamasına göre andlaşmalar yasama organının herhangi bir işlemine gerek olmaksızın onaylanabilir, ancak iç hukukta

---

[85] Milan Blaško, "Slovakia", **Fundamental Rights in Europe: The European Convention on Human Rights and its Member States, 1950-2000**, Eds. Robert Blackburn and Jörg Polakiewicz, Oxford University Pres, 2001, p. 760.
[86] Polakiewicz, **status**, p. 41, dipnot 46.
[87] **Ibid.**, p. 41, dipnot 47.
[88] Maxim Fershtman, "Russia", **Fundamental Rights in Europe: The European Convention on Human Rights and its Member States, 1950-2000**, Eds. Robert Blackburn and Jörg Polakiewicz, Oxford University Pres, 2001, p. 735.
[89] Polakiewicz, **status**, p. 41, dipnot 49.
[90] Hanna Bokor-Szegö, Mónika Weller, "Hungary", **Fundamental Rights in Europe: The European Convention on Human Rights and its Member States, 1950-2000**, Eds. Robert Blackburn and Jörg Polakiewicz, Oxford University Pres, 2001, p. 383.
[91] Rait Maruste, "Estonya", **Fundamental Rights in Europe: The European Convention on Human Rights and its Member States, 1950-2000**, Eds. Robert Blackburn and Jörg Polakiewicz, Oxford University Pres, 2001, p. 281.
[92] Polakiewicz, **status**, p. 42, dipnot 51.

statü elde edebilmesi parlamentonun bir işlemi yoluyla olabilir[93]. Sözleşme'yi ilk onaylayan devlet olmasına rağmen İngiltere, 2 Ekim 2000 tarihinde yürürlüğe giren "*Human Rights Act 1998*" (HRA)'e kadar Sözleşme'yi iç hukukuna dahil etmemiştir[94]. *Human Rights Act*[95], bütün mahkemelerin Sözleşme'deki hakları ve bunların yorumuna ilişkin olarak da İHAM kararlarını, açıklamalarını, istişarî nitelikteki kararlarını, Bakanlar Komitesinin Sözleşme'nin 46. maddesi uyarınca aldığı kararları dikkate almalarını öngörür (HRA bölüm 2). Fakat mahkemenin bu kararları dikkate alması zorunludur, ancak onların çözümüyle bağlı değildir. Yani başka deyişle Strasbourg içtihadı yüksek bir otoriteye sahip olmakla beraber mahkemeleri iç hukuk davalarında yargısal olarak bağlayıcı nitelikte değildir[96]. HRA, yasal düzenlemelerin Sözleşmeyle uyumlu bir şekilde yorumlanmasını ve uygulanmasını zorunlu kılmakla beraber, ancak bu mümkün olmadığı zaman uyumsuzluk gösteren yasal düzenlemelerin geçerliliğini ve uygulanmasını etkilememektedir(HRA bölüm 3). Parlamentonun bağımsızlığına saygının gereği olarak, Sözleşmeyle uyumsuz olan yasal düzenlemenin usulen geçerliliğini korumasını öngörüyor. Bu tür durumlarda mahkeme, uyumsuzluk deklarasyonu (declaration of incompatible) yapmakla yetiniyor. Bu beyanın hukukî niteliği bulunmayıp, kuralın geçerliliğini ve uygulanmasını etkilemeyip, yargılama sürecindeki tarafları bağlamamaktadır. Bu sebeple birçok açıdan İHAM'in İngiltere aleyhine verdiği kararların İngiltere'de doğrudan bağlayıcı ve uygulanabilir olmamasına benzemektedir[97].

3. Kanunlarla Eşdeğerde Olan Ülkeler

Danimarka, Finlandiya, Almanya, İtalya, Litvanya, İsveç gibi bazı ülkelerde ise Sözleşme normal yasal düzenlemelerle aynı değere sahiptir. Bunun anlamı, *lex posterior* kuralının uygulanacağı yani Sözleşme'nin önceki yasal düzenlemelere üstün olacağı fakat sonrakilerin ise Sözleşmeye üstün geleceğidir. Ancak, bu teorik durum başka prensipler de dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Bunlardan en önemlisi, genel olarak kabul gören, yasa

---

[93] **Ibid.**, p. 42.
[94] Robert Blackburn, "The United Kingdom", **Fundamental Rights in Europe: The European Convention on Human Rights and its Member States, 1950-2000**, Eds. Robert Blackburn and Jörg Polakiewicz, Oxford University Pres, 2001, p. 960.
[95] Human Rights Act'in metni için bakınız: Lammy Betten (ed.), **The Human Rights Act 1998: What it Means**, Kluwer Pub., 1999, Annex I, p. 205 vd.
[96] Blackburn, **op. cit.**, p. 965.
[97] **Ibid.**, p. 693.

koyucu açıkça aksini öngörmediği müddetçe yasaların devletin milletlerarası yükümlülüklerine uygun bir şekilde yorumlanması varsayımıdır[98].

Sözleşme'nin Federal yasalarla aynı statüde olduğu Almanya'da, Federal Anayasa Mahkemesi, Sözleşme'nin sonraki yasal düzenlemeler karşısında da önceliğe sahip olacağını, çünkü açıkça ifade edilmedikçe yasakoyucunun Almanya'nın milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerine aykırı davranmak istemeyeceğini kabul etmek gerektiğine karar vermiştir[99].

İtalya'da, Sözleşme iç hukuka aktarılmış olup normal yasalarla aynı statüyü sahiptir. İtalyan mahkemeleri *lex posterior* kuralını uygulamakta ve Sözleşme hükümlerinin *self-executing* karakterde olduğunu kabul etmemektedirler.[100] Fakat, Anayasa Mahkemesinin son kararlarında Sözleşme hükümlerinin Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan "ihlâl edilemez insan hakları" ifadesi ışığında yorumlanmasını öngörmüştür. Bundan şu sonuç çıkabilir, bu yorum gereği altında sonraki yasal düzenlemeler kolayca Sözleşme'yi bertaraf edemeyecektir[101].

Danimarka, İsveç ve İzlanda 1950'li yıllarda Sözleşme'yi onaylamış olmalarına rağmen, daha yakın zamanlarda iç hukuklarına dahil etmişlerdir. Danimarka'da milletlerarası andlaşmalar iç hukukta doğrudan uygulanamazlar, fakat yine de milletlerarası andlaşmadan doğan yükümlülüklerin güvence altına alınmasına çeşitli şekillerde çalışılmaktadır. Örneğin, bir andlaşmanın Danimarka Hükûmeti tarafından onaylanmasından önce, eğer iç hukukla milletlerarası hukuk arasında uyum için gerekli ise yeni bir yasal düzenleme yoluna gidilmektedir ve genel olarak kabul edildiği üzere Danimarka hukuku milletlerarası andlaşmalardan doğan yükümlülüklere uygun bir şekilde yorumlanmaya çalışılmaktadır[102]. Danimarka hukukuna Sözleşme'yi dahil eden (incorporate) 29/04/1992 tarihli 285 No.lu Act 1 Temmuz 1992 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme için diğer milletlerarası andlaşmalardan ayrı bir durum söz konusu değildir. Normal yasalarla aynı düzeydedir[103].

---

[98] Rudolf Bernhardt, "The Convention and Domestic Law", **Tle European System for the Protection of Human Rights**, R. St. J. Macdonald et al. (eds.), Kluwer Academic Publisher, 1993, p. 28.
[99] Aktaran: Bernhardt, **loc. cit.**
[100] Polakiewicz, **status**, p. 43.
[101] **Ibid.**, p. 44.
[102] Peter Germer, "Denmark", ", **Fundamental Rights in Europe: The European Convention on Human Rights and its Member States, 1950-2000**, Eds. Robert Blackburn and Jörg Polakiewicz, Oxford University Pres, 2001, p. 259-260; Birgitte Kofod Olsen, "Incorporation and Implementation of Human Rights in Denmark", **International Human Rights Norms in the Nordic and Baltic Countries**, Ed. Martin Scheinin, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, pp.227 vd.
[103] Germer, **op. cit.**, p. 261.

İsveç'te, Sözleşme 1 Haziran 1995'de yürürlüğe giren bir yasayla iç hukuka dahil edilmiş ve Sözleşme'nin resmi dilleri olan İngilizce ve Fransızca metinlerinin İsveç hukuku olarak uygulanacağını belirtmiştir ve Sözleşme'yi, bir bütün olarak atıf yoluyla, iç hukuka aktarmıştır[104]. Sözleşmeye anayasal statü verilmesi tartışılmış olmakla beraber bu kabul edilmemiş, normal yasalarla aynı statüde olduğu kabul edilmiştir[105]. Bununla birlikte Anayasa'da şöyle bir değişiklik yapılmıştır: *"İsveç'in İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Avrupa Sözleşmesinden doğan yükümlülüklerine aykırı hiçbir kanun ve başka bir düzenleme yasalaştırılamaz."*(Chapter 2, Section 23)[106]. Fakat bu değişikliğin Sözleşmeye anayasal düzeyde veya anayasa ile kanunlar arasında yeni bir kategori olarak yer verdiği anlamı taşımadığı, sadece Sözleşmeyle çatışan hükümlerin anayasa ile de çatıştığı anlamına gelip, bu tür anayasa ile kanun çatışmasındaki anayasa hükmünün uygulanacağı ve buna göre de çatışma ancak belli, aşikâr (*manifest*) ise, ancak o zaman mahkemeler veya idarî makamların yasal düzenlemeyi uygulamayacakları, aksi halde yani çatışma olsa da aşikâr (*manifest*) değilse, yasal düzenleme veya idarî işlemin uygulanacağı kabul edilmektedir[107].

4. İç Hukukta Doğrudan Hukukî Geçerliliği Olmayan Ülkeler

Düalist yaklaşımı benimseyen ülkelerde Sözleşme kural olarak bir Parlamento işlemiyle iç hukuka dahil edilmediği müddetçe, iç hukukta doğrudan herhangi bir hukukî geçerliliğe sahip değildir. Ancak yukarıda aktardığımız üzere bu sistemi benimseyen çoğu ülke Sözleşme'yi bir yasayla iç hukuklarına dahil etmiş bulunmaktadırlar. Henüz böyle bir yasayla iç hukukuna dahil etmemiş olan ülke olarak İrlanda'yı gösterebiliriz[108]. İrlanda Anayasası'na göre, Parlamento tarafından iç hukuka dahil edilmesi öngörülmeyen hiçbir milletlerarası andlaşma iç hukukun parçası olamaz (madde 29/6)[109]. İrlanda'da Sözleşme iç

---

[104] Bu yasa metni için bakınız: Göran Melander, "Incorporation and Implementation of Human Rights in Sweden", **International Human Rights Norms in the Nordic and Baltic Countries**, Ed. Martin Scheinin, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 305.

[105] Iain Cameron, "Sweden", **Fundamental Rights in Europe: The European Convention on Human Rights and its Member States, 1950-2000**, Eds. Robert Blackburn and Jörg Polakiewicz, Oxford University Pres, 2001, pp. 838-839.

[106] Bu maddenin resmi olmayan İngilizce tercümesi için bakınız: Cameron, **op. cit.**, p. 839.

[107] Cameron, **op. cit.**, p. 839; Polakiewicz, **status**, p. 44.

[108] Donncha O'Connell, "Ireland", **Fundamental Rights in Europe: The European Convention on Human Rights and its Member States, 1950-2000**, Eds. Robert Blackburn and Jörg Polakiewicz, Oxford University Pres, 2001, p. 425.

[109] Drzemczewski, **op. cit.**, p.171; D. O'Connell, **loc cit.**

hukuka henüz dahil edilmemiş olmakla beraber. Sözleşmeyle birçok açıdan uyuşan bir haklar beyannamesi (*bill of rights*) mevcuttur[110].

[110] Polakiewicz, **status**, p. 45.

III. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatlarının Türk Hukukundaki Yeri

A. Genel Olarak Milletlerarası Hukuk ile İç Hukuk Arasındaki İlişkiler Açısından Türk Hukuku

1. Milletlerarası Andlaşmaların Türk Hukukunda Yeri

a. Nitelik Sorunu

1982 Anayasası'nın 90. maddesi, andlaşmaların Türk hukukunda akdi usulü ve yetkisi ve iç hukuktaki etki ve uygulanması meselesini düzenlemektedir. Bu madde şu şekildedir:

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

Ekonomik, ticarî 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 uygulama andlaşmaları bir kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticarî, teknik veya idarî andlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisince uygun bulunması zorunluluğu yoktur: ancak, bu fıkraya göre yapılan ekonomik, ticarî veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren andlaşmalar, yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz.

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

Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz."

Anayasa'nın *"Milletlerarası Andlaşmaları Uygun Bulma"* başlıklı 90. maddesi, 1961 Anayasası'nın 65. maddesinden birkaç kelime değişikliği[1] dışında esas olarak bir fark taşımamaktadır ve farklı bir düzen getirmediği için 1961 Anayasa düzeni içinde yapılan yorumlar ve bu dönemde çıkarılan 244 sayılı kanun hâlâ geçerliliğini korumaktadır. Bu husus, madde gerekçesinde de açıkça ifade edilmektedir[2].

Yine Anayasa'nın 104. maddesinin 5. bendi de bu konuda dikkate alınması ve anlamının karıştırılmaması gereken bir hükümdür. Bu madde Cumhurbaşkanının "görev ve yetkilerini" sayarken, "yürütme alanına ilişkin olanlar" arasında şu hükmü koymuş bulunmaktadır: "Milletlerarası antlaşmaları onaylamak ve yayınlamak".

Milletlerarası andlaşmaların imzalanması ve onaylanması ile ilgili olan diğer ana düzenlemeler ise; 244 sayılı ve 31/5/1963 tarihli "Milletlerarası Antlaşmaların Yapılması, Yürürlüğü ve Yayınlanması ile Bazı Antlaşmaların Yapılması için Bakanlar Kuruluna Yetki Verilmesi Hakkında Kanun" ile 1173 sayılı ve 5/5/1969 tarihli "Milletlerarası Münasebetlerin Yürütülmesi ve Koordinasyonu Hakkında Kanun"dur[3].

244 sayılı Kanunun 3. maddesi, her bir andlaşma için bir Bakanlar Kurulu Kararnamesi çıkarılması usulünü getirmiştir. Anayasa uyarınca yayınlanması zorunlu olan andlaşma metinleri, bu kararnameye ekli olarak yayınlanır. Andlaşma, bu kararnamede belirtilen yürürlük tarihinde iç hukuk bakımından kanun kuvvetini kazanır. Andlaşmanın uygulama alanının değiştiğini tespit etme, hükümlerinin uygulanmasını durdurma ve bunları sona erdirme, yine bir Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile olacaktır. 244 sayılı Kanunun getirdiği düzen altında, andlaşma, iç hukuk alanında, TBMM tarafından yapılan, andlaşmanın onaylanmasını uygun bulan kanunun yürürlüğe girdiği tarihte değil, daha sonra yapılacak

---

[1] Bu değişiklikler, birinci fıkradaki "milletlerarası kurullarla" ifadesi, "milletlerarası kuruluşlarla", ikinci fıkradaki "iktisadî" kelimesi, "ekonomik"; "münasebetleri" kelimesi, "ilişkileri", üçüncü fıkradaki "iktisadî" kelimesi, "ekonomik" şeklide değiştirilmiş ve son fıkradaki "149 ve 151 nci maddeler gereğince Anayasa Mahkemesine başvurulamaz" ifadesi, atıf yoluna gidilmeksizin, "Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz" biçiminde kaleme alınmıştır. Görüldüğü üzere esasa ilişkin bir değişiklik öngörülmüş değildir.

[2] 1982 Anayasasının 90. maddesinin gerekçesi şu şekildedir. "Andlaşmaların uygun bulunması ile ilgili bu madde uygulamada iyi işlediği ve ihtiyaca cevap verdiği için aynen kabul edilmesi uygun görülmüştür" (Bakınız, Burhan Kuzu, **Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat**, 5. baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995, p. 120).

[3] Sırasıyla, **R.G.** 11/6/1963-14425, **R.G.** 17/51969-13201.

olan, Bakanlar Kurulu Kararnamesinde belirtilmiş olan tarihte yürürlük kazanacaktır[4]. 244 sayılı Kanunun 3. maddesinin gerekçesinde, bu çıkarılması gerekli olan Bakanlar Kurulu Kararnamesine, andlaşma hükümlerini iç hukuk kurallarına çevirme –transformasyon- fonksiyonunun tanınmış olduğu görülür[5]. Gerekçedeki bu anlayışı eleştiren *Toluner*'e göre, Anayasa'nın 65. maddesinin 5. fıkrası (1982 Anayasası'nın 90. maddesi 5. fıkrası) hükmü bu fonksiyonu ifa edebilecek iken, bu katı düalizm anlayışının benimsenmesinin nedenini açıklamak güçtür ve yakın zamanlarda diğer devletlerin uygulamalarında benimsenmiş olan çözüme ters düşmesi bir yana, muhtevası önceden bilinmeyen milletlerarası teşkilât kararlarının iç hukukta uygulanması gibi yeni gelişmeler konusunda da güçlük yaratacağı açıktır. Fakat, bu ne 1961 Anayasası'nın hazırlanması, ne de Anayasa'nın kendisinde ifade edilmiş olan bir anlayış olmayıp, 244 sayılı Kanun Tasarısını hazırlayanlar tarafından benimsenmiş ve bu konuda kabul edilebilecek tek çözümmüş gibi tartışılmaksızın kabul edilmiştir[6]. 1961 Anayasası' altında çıkarılan 244 sayılı Kanun, andlaşmalar konusunda, kanunlar için öngörülmeyen, Bakanlar Kurulu Kararnamesi yapılması usulünü getirmekle, diğer devletler uygulamasında terk edilen, *promulgation* usulünü ihdas etmiş ve ayrıca, buna, andlaşma hükümlerini iç hukuka çevirmek fonksiyonunu tanımıştır. Oysa Anayasa hükmü altında andlaşmaların uygulanmasının hukukî esası mevcuttu, bu usule lüzum yoktu[7].

Türkiye'de bu konudaki kazaî uygulama çok ayrıntılı bir şekilde sorunu tartışmış olmamakla birlikte, hem düalizmi, hem de monizmi destekleyecek deliller bulunabilecek bir uygulama niteliğini taşımaktadır[8].

Bir andlaşma hükmünün uygulanması söz konusu olduğunda, bu tasarruftan hemen her zaman, "tasdik" kanununun tarihi ve sayısı zikredilmek suretiyle bahsedilmekte oluşu dikkat çekicidir. Mahkemelerin, andlaşmaların milletlerarası alanda yürürlük kazanıp kazanmadığı hususunu ayrı bir inceleme konusu yapmakta olduklarını gösteren herhangi bir belirti yoktur[9]. Ancak, andlaşmanın yürürlük kazanması bakımından kabul edilen ve düalist

---

[4] Toluner, **ilişkiler**, p. 573.

[5] *"Ancak, aynı tasarrufların iç hukukta netice doğurabilmesi, bunların, aynı zamanda, birer iç hukuk tasarrufu şekline bürünmelerini gerektirmektedir. Bu da Anayasanın 97 ve 98 inci maddeleri muvacehesinde, ancak bir kararname şeklinde olabilir. Bu maddede, onaylama ve katılmanın önemine binaen, bir Bakanlar Kurulu Kararnamesiyle iç hukukta tekevvün etmesi esası kabul edilmiştir. Andlaşmaların mukadderatıyla ilgili diğer bazı diplomatik tasarrufların iç hukuktaki inikasında da Bakanlar Kurulu Kararnamesi en iyi şekil olarak görülmüştür."* (S. Sayısı 114, **Millet Meclisi Tutanak Dergisi**, 1963, Dönem 1, c. 16).

[6] Toluner, **ilişkiler**, pp. 573-574.

[7] **Ibid.**, p. 578.

[8] **Ibid.**, p. 579.

[9] **Loc. cit.**

görüşü destekleyen bu tutumun, andlaşmanın yürürlüğünün sona ermesi söz konusu olduğunda benimsenmemiş olduğunu gösteren bir Danıştay bir kararında[10] andlaşmanın milletlerarası alandaki yürürlüğü ile ilgilenilmiş ve karardan anlaşıldığı kadarı ile bu husus Dışişleri Bakanlığından sorulup, bu bilgiye dayanılarak bir çözüme varılmıştır. Oysa, andlaşma hükmünün iç hukuka uygun bulma kanunu ile çevrildiği ve bu nedenle uygulandığı kabul edilirse, bu hususun araştırılması gerekmez ve uygun bulma kanunu ilga edilmedikçe, andlaşma hükümlerinin iç hukukta yürürlükte kalması gerekecektir[11].

Toluner'e göre, Türk uygulamasının, katı bir düalizm ile açıklanması güçtür. Düalist görüş, diğer uygulamalarda olduğu gibi, Türkiye uygulamasında da bütün sonuçları ile birlikte kabul edilmiş değildir. Gerçi, mahkemeler, bir kuralın Türkiye bakımından geçerli olup olmadığını doğrulamak için, hemen her zaman uygun bulma kanununa atıf yapmakta ve kararlarında iç hukuk terminolojisine başvurmaktadırlar. Ancak, bu tasarrufa bir transformasyon fonksiyonu tanındığı için atıf yapıldığını doğrulayabilecek herhangi bir husus yoktur[12].

Anayasa maddesinin "usulüne göre" yürürlüğe konulmuş olan andlaşmalar kanun hükmünden hareketle, Mahkeme, Anayasa'da öngörülen usule uyulup uyulmadığını denetleme yetkisini kendinde bulmuştur[13].

b. Uygulamada Öncelik Sorunu

(1) Doktrin

i) Kanunlarla Eşdeğer Sayan Görüşler

1982 ve önceki anayasalarımızda, milletlerarası andlaşmaların iç hukuktaki statüsünü düzenleyen açık ve ayrıntılı bir hükme rastlanmamaktadır. Bu yoldaki tekliflerde, örneğin 1961 Anayasası'nın 65. madde düzenine ilişkin milletlerarası andlaşmalara kanunlar

[10] Karar ve yorum için bakınız: Toluner, **ilişkiler**, p. 580.
[11] **Loc. cit.**
[12] **Ibid.**, p. 585.
[13] Örnek olarak, Danıştay 7. Dairesinin bir kararı gösterilebilir: E: 1967/485. K: 1967/1663, **Danıştay Kararları Dergisi**, p. 283.

karşısında üstün bir değer tanınmasın öngören önergeler, tartışılmaksızın reddedilmiştir[14]. Bu konuda, en son 737 Sıra Sayısıyla görüşülen ve çoğu maddeleri kabul edilen T.C. Anayasası'nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Teklifi'nde şu değişiklik teklifi vardı:

"MADDE 32.- Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 90 ıncı maddesinin son fıkrasına aşağıdaki cümle eklenmiştir.

'Kanunlar ile milletlerarası andlaşmaların çatışması halinde milletlerarası andlaşmalar esas alınır.'"

Ancak bu anayasa değişikliği paketinin hemen hemen tüm maddeleri kabul edilmesine ve bu maddeyle ilgili gruplar adına yapılan konuşmalarda tasarıdaki bu değişiklik hakkında olumlu görüş[15] beyan edilmesine rağmen her iki oylamada da yeterli oyu alamadığı

---

[14] Toluner, **ilişkiler**, p. 590.

[15] Gruplar adına yapılan konuşmaların ilgili kısımları şöyledir: *"...SP GRUBU ADINA FAHRETTİN KUKARACI (Erzurum) - .... anayasa değişiklik teklifleri içerisinde en önemli maddelerden biri olan bu madde, kanaatimce bir reform mahiyetindedir. Zira, eklenen bir cümleyle, tereddütlere sebep olan bir hüküm açıklığa kavuşturulmuş, kanunlar ile milletlerarası anlaşmaların çatışması halinde milletlerarası anlaşmaların esas alınacağı hükmü açık bir şekilde ifade edilmiştir; Avrupa Birliğine uyum çalışmaları hususunda, cesaretle atılmış bir adım olarak kabul edilebilir. Bununla, hukukumuzun çağdaş hukukla entegre olması sağlanacak, vatandaşlarımızın hak aramak için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kapısında sıraya girmesi önlenmiş olacaktır. ...*

DYP GRUBU ADINA ALİ NACİ TUNCER (Trabzon) - ...Saygıdeğer milletvekilleri, işte, bu hüküm bunu garanti etmekte, mutlaka anlaşmanın galip olacağı hükmünü burada vazetmektedir; zarurîdir, yapılması gereken değişikliktir ve arkadaşlarımızın da ifade ettiği gibi, hakikaten bir reformdur.

Bazı çevrelerde tenkit edildik. Yazılarını zevkle okuduğum bir gazetenin başmuharriri, bürokratlara ve milletvekillerine yakışmayacak tabirler kullanmak suretiyle, 'onların yaptığı anlaşmayla egemenlik haklarımız mı gidecek' diyor ve maalesef, bazı çevrelerde de bu tenkitlere uğradık.

Saygıdeğer milletvekilleri, uluslararası anlaşmalar bundan önce de önemliydi, hele bu dönemde, Avrupa Birliğine gireceğimiz bir dönemde çok daha büyük önem arz etmektedir. Belki, Meclisteki müzakere usullerimizde değişiklik gerekecektir. Dışişleri Komisyonlarında, malî mevzuat getiren uluslararası anlaşmalar Bütçe Komisyonlarında...

... Gerekiyorsa İçtüzükte değişiklik yapalım. Burada müzakere edildiğinde bütün metinler gelsin, gizli anlaşmalarsa, gizli celseler yapalım; çok büyük metinlerse, milletvekillerinin okuyup anlayamayacağı şekildeyse -çünkü, teknik anlaşmalar vardır- anlayacağımız şekilde bize dokümanlar verilsin, bir anlaşmayı yapıp, tasdik ettiğimizde, uygun bulduğumuzda, neyi tasdik ettiğimizi anlayalım.

Tabiî, bizim usulümüzde, üç sene, beş sene önce yapılmış anlaşmanın tasdikini, gelir de, burada hiçbir şeye bakmadığımız takdirde, işte, Mavi Akım Projesindeki sıkıntılara düşeriz. Burada onayladık, kanun haline geldi, ondan sonra gizli celseler yapmak zorunda kaldık. Bunu başta yapalım. Eğer, millî menfaatlarıma, egemenlik haklarıma tecavüz eden bir anlaşmaysa uygun bulmayalım, hatta tereddüdü olduğunu söylediklerini -basından okuyorum- Sayın Cumhurbaşkanım tetkik ederse, nasıl kanunları iade ediyorsa, benim uygun bulduğum anlaşmayı da iade etsin, bir daha inceleyelim; ama, bu dönemde bu maddenin geri çekileceğini düşünmek dahi istemiyorum. Çalışmamızın, benim gönlümde yatan en önemli maddesidir; bu maddenin mutlaka geçmesi gerekir...

için değişiklik teklifi reddedilmiştir[16]. Bu değişiklik teklifi görüşmeleri sırasında verilen değişiklik önergeleri de şu şekildedir:

"Görüşülmekte olan 737 sıra sayılı kanun teklifinin çerçeve 32 nci maddesiyle Anayasanın 90 ıncı maddesine eklenmesi öngörülen cümleye 'halinde' ibaresinden sonra gelmek üzere 'Türkiye Büyük Millet Meclisince usulüne göre yürürlüğe konulan' ibaresinin eklenmesini arz ve teklif ederiz."[17]

AKP GRUBU ADINA ERTUĞRUL YALÇINBAYIR (Bursa) -...İmzaladığımız uluslararası anlaşmaların içhukuka etkisi nedir? Anayasanın bazı maddelerinde -uluslararası anlaşmalara atıfta bulunulmak suretiyle- onlar Anayasa hükmü mesabesindedir. Örneğin, Anayasanın 15, 16, 42 ve 92 nci maddelerinde yer alan hususlar. Öğrenim özgürlüğüyle ilgili, savaş, seferberlik haliyle ilgili, olağanüstü hallerle ilgili hükümlerde bu anlaşmalara atıfta bulunulmak suretiyle, onlara üstün değer verilmiştir. Anayasanın 90 ıncı maddesinin son fıkrasında, usulüne göre yürürlüğe konulan uluslararası anlaşmaların kanun hükmünde olduğu ve bunların Anayasaya aykırılığının iddia edilemeyeceği belirtilmektedir. Bu noktada, kanunla eşdeğerde, onunla aynı gücü tanımaktadır. Doktrin bunun aksini söylese de, mahkeme kararlarında, anlaşmaların içhukuk kararlarına takdimen uygulanacağı yolunda genel prensip vardır ve bu prensibi, biz, Danıştayın birçok kararında görüyoruz. Danıştay, bu kararlarında 'içhukukta doğrudan hukuksal sonuçlar yaratan uluslararası sözleşmelerin yukarıda belirtilen niteliği ve bunlara karşı Anayasa Mahkemesine başvurulamaması ve böylece, bu sözleşmelerin sonradan yapılacak ulusal yasal düzenlemelerle etkisiz kılınması yolunun kapatılmış bulunması; bu sözleşmelerin içhukukta yasalar üstü bir konumda olduğunu göstermektedir' demektedir.

Anayasa Mahkemesi, ayrıca, birçok kararında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11 inci maddesiyle derpiş olunan örgütlenme özgürlüğünü anayasal hüküm niteliğinde görmüştür. Yine, Danıştay, birçok kararında bunu vurgulamıştır; ama, bazı kararlarında da ihmal ettiğini görüyoruz.

Değerli milletvekilleri, bu çatışmada uluslararası hukuk hükümlerinin Anayasadan sonra gelmesi, Türk hukukunun dinamizmi için, Türkiye'nin küreselleşmeyi yakalaması için önemli bir hadisedir. ... Eğer, bu anlaşmalarla ilgili bir değişiklik yapılması düşünülüyorsa, nitelikli anlaşmaların -uluslararası topluluklara girme gibi- diğer anlaşmalardan daha farklı nisapla, nitelikli çoğunlukla burada kabulünü sağlayalım veya halkoyuna gidelim, referanduma gidelim; Avrupa'da yapıldığı gibi. Bunlardan sarfınazar edilmesi, Türkiye'nin ilerlemesi yolunda bir engel olacaktır...

ANAP GRUBU ADINA EKREM PAKDEMİRLİ (Manisa) - ...Değerli arkadaşlar, bu bir ilâvedir, 90 ıncı maddeye bir ilâvedir ve bana göre, malumu ilam kabilindendir; çünkü, mevcut Anayasamıza göre uluslararası bir anlaşma içhukukumuzun üstündedir. Biraz evvel, arkadaşlarımız burada anlattılar. Anayasaya aykırılığını iddia edemiyorum. Bir de -o gün çıktı- bundan evvelki kanunlarımda bununla çatışan bir madde varsa, o maddeler uygulanmaz hale geliyor. Bundan sonra, uluslararası anlaşmaya aykırı bir içhukuk düzenlemesi yaparsam ne olur? Orada bir tereddüt hâsıl oluyor; ama, mevcut haliyle, uluslararası anlaşmayı, yine, bir uluslararası anlaşmayla iptal etmiyorsan, o devamlı yürürlükte ve anayasaya da aykırı olduğunu ifade edemiyorum, iddia da edemiyorum. O halde, bundan sonra, bir uluslararası anlaşma yaptıktan sonra, içhukukta düzenleme yaparken onu dikkate alarak yapmam lazım; benim böyle bir vecibem var, o vecibelere aykırı bir düzenleme getiremem dememiz lazım. Bu, kanun tekniğinde, kanun hazırlayıcıların ve yol gösteren müşavirlerin işi. Diyecek ki, böyle böyle uluslararası bir anlaşmam var; bakın, yaptığınız şey buna aykırıdır, bunu yapamazsınız. Bana göre, bu bir ilâvedir. Sadece, bazı hukukçuların kendi üzerlerine düşen görevi yapmamış olmanın ezikliğinden kurtulmak için bir istektir." **(TBMM TUTANAK DERGİSİ**, 135 inci Birleşim (Olağanüstü) 28.9.2001, Dönem : 21, Cilt: 70, Yasama yılı: 3).

[16]Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun Teklifinin 32 nci maddesinin gizli oylamasının sonucu: Katılan üye: 430, Kabul: 221, Ret: 149, Çekimser: 16 **(TBMM TUTANAK DERGİSİ**,135 inci Birleşim (Olağanüstü) 28 . 9 . 2001 Cuma, Dönem : 21, Cilt: 70, Yasama yılı: 3); ikinci oylamada ise şu sonuçlar alınmıştır: Katılan Üye: 455, Kabul: 244, Ret: 201, Çekimser: 4, Geçersiz: 5, Boş: 1, bu sonuca göre, bu madde, Anayasada belirtilen çoğunlukta oyu alamadığı için düşmüştür. **(TBMM TUTANAK DERGİSİ**, 3 üncü Birleşim, 3.10.2001, Dönem : 21, Cilt: 71, Yasama yılı: 4).

[17] Bu önergeyi verenler adına söz alan MUSTAFA KAMALAK (Kahramanmaraş) gerekçe olarak şunları ileri sürmüştür. "- *...Burada, bazı arkadaşlarımız, Meclisin onayından geçmemiş olan anlaşmalar da millî kanuna*

Kanunlarla çatışma durumunda andlaşmalara üstünlük tanınması yönündeki bu yakın tarihli değişiklik önerilerinin kabul edilmemiş olması, kanımızca, doktrindeki uygulamada öncelik konusundaki çatışmalarda, andlaşmaların kanunlarla eşdeğerde olduğunu savunan görüşün haklı olduğuna yeni bir delil teşkil etmektedir.

Yukarıda değişiklik önerilerinde de görüldüğü üzere bu konuda doktrinde farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olan ve bu görüşlere dayanak teşkil eden madde hükmü 1961 ve 1982 Anayasalarında esas olarak aynı olan "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz.*" hükmüdür.

Meray, bu hükmün anayasaya konuluşu gerekçesinin belli olmadığını ve hükmün müphem ve çeşitli yorumlara müsait olduğunu kabul etmekle beraber, bir kanunla andlaşmanın çatışması durumunda *lex posterior* veya *lex specialis* kurallarının uygulanmasının söz konusu olacağını belirterek. andlaşmaları kanunlarla eş değerde kabul etmektedir[18].

Çelik, 65. madde (1982 Anayasası 90. madde) düzeninin her iki biçimde de yorumlanabilecek şekilde müphem olduğunu belirtiyor[19].

Toluner'e göre;

"*Bir tasarrufun, diğeri üzerinde, bizatihî üstün bir değeri haiz olduğu, bizce, ileri sürülemez. Bu değerlendirmeyi, günümüzde, iç hukuk alanındaki etkiler açısından, milletlerarası*

üstün mü sayılacaktır diye tereddüt ettiler. Bu önergeyle, bu hususa açıklık getiriyoruz. Diyoruz ki, Meclisin kabul ettiği, cumhurbaşkanının onayladığı ve Resmî Gazetede yayımladığı kanunlar, daha doğrusu, millî kanunumuza dönüşmüş bulunan uluslararası anlaşmalar esas alınsın." (**TBMM TUTANAK DERGİSİ**, 135 inci Birleşim (Olağanüstü) 28.9.2001, Dönem : 21, Cilt: 70, Yasama yılı: 3). Diğer teklifler ise şunlardır: *"Kanunlar ile TBMM'nin onaylamayı bir kanunla uygun bulduğu milletlerarası andlaşmaların çatışması halinde milletlerarası andlaşmalara öncelik tanınır."*

"Normlar hiyerarşisinde: Anayasadan sonra milletlerarası kuruluşlarla yapılacak antlaşmaların TBMM'nin onaylamayı bir kanunla uygun bulduğu kanunlar gelir"

"Kanunlar ile TBMM'nin onaylamayı bir kanunla uygun bulduğu milletlerarası andlaşmaların çatışması halinde, milletlerarası andlaşmalara öncelik tanınır." (**TBMM TUTANAK DERGİSİ**, 3 üncü Birleşim, 3.10.2001, Dönem : 21, Cilt: 71, Yasama yılı: 4).

[18] Seha L. Meray, **Devletler Hukukuna Giriş**, Birinci Cilt, Gözden geçirilmiş 3. bası, AÜSBF yayını no. 237, 1968, pp. 131-132.

[19] Edip Çelik, **Milletlerarası Hukuk**, Birinci Kitap, İkinci Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987, p. 111.

hukuk yapmadığına göre, Anayasalar yapacaktır. Bu konuda 1961 Anayasası metninin, açık bir değerlendirme yaptığı söylenemez. Bununla beraber, Anayasa koyucunun bilincinde olan ve açığa vurulan bir tutumun reddedilmesi için de, yine Anayasada açık bir hükmün bulunması gereklidir. Bu sorunun, Anayasada, açık olarak düzenlenmemiş olması, uygulamada, pek farklı sonuçlara yol açmayacaktır. Andlaşmalara üstünlük tanıyan bir anayasa düzeni ile bu yolu seçmeyen anayasa düzenleri arasında, sadece mücerret olarak bakıldığında ortaya çıkabilen böyle bir uçurumun, uygulamada, bazen kanun yararına ve bazen andlaşma yararına olmak üzere, çeşitli yorum kuralları ve müşahhas yorumlarla kapatılmaktadır. Hâkimin, belli bir uyuşmazlıkta karar verirken, prensiplerden çok, söz konusu olan menfaatler değerlendirip tarttığı; prensibi uygulamaktan çok, kendi uygulamasının prensibini yarattığı çeşitli devletler uygulamasına ilişkin inceleme göz önünde bulundurulduğunda, bir vakıadır, sanırız...

Andlaşma ile kanun arasındaki öncelik sorunu Anayasada açıkça düzenlenmemiş olduğuna göre, bu boşluğun, mahkeme içtihatları ile doldurulması gerekir. Çatışan hükümler getiren sonraki tarihli kanun ile andlaşma hükümlerinin bağdaştırılamadığı, her ikisinin de uygulanmasını sağlayacak bir yoruma gidilemediği durumlarda, -kanun koyucunun, andlaşma düzeninden sapmak ve bu düzeni ihlâl etmek niyetini açıkça izhar etmiş olduğu durumlarda- mahkemeler, kanımızca, kanun koyucunun sonraki iradesi ile bağlı olmalıdırlar. Andlaşmanın sonraki bir iç hukuk tasarrufu ile bilinçli olarak ihlâli, milletlerarası bir yasama fonksiyonu olarak değerlendirilebilir ve bu nedenle, bu fonksiyonun ifası yetkisinin devletin siyasi organlarına ait olduğu kabul edilmelidir. Milletlerarası hukukun, millî alanda üstün olduğunu savunan görüş, devlet organları arasındaki yetki paylaşımını göz önünde bulundurmayan bir görüştür." [20]

Pazarcı'ya göre, Türk hukuk düzeninde andlaşmalarla kanunlar eşdeğerde kabul edilip, ilke olarak birinin diğerine üstünlüğü yoktur. Bunun tek istisnasını, Anayasa'mızın 15, 16, 42 ve 92. maddelerinde düzenlenen konularda varolan ya da yapılacak olan andlaşmalar oluşturmaktadır. Zira, bu konulardaki andlaşmalar, Anayasa'da öngörülen koşul ve sınırlamalar içerisinde, bir anayasal hüküm değerini kazanmaktadır[21].

Özbudun'a göre, Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrası hükmü karşısında, Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası andlaşmaların hukuk kuralları hiyerarşisi içindeki yeri doktrinde tartışmalı olmakla beraber, Türk pozitif hukukuna göre andlaşmaların kanunlardan, hele anayasadan üstün değil, kanunlarla eşdeğerde olduklarını kabul etmek gerekir. "Kanun

[20] Toluner, **ilişkiler**, pp. 597-598.
[21] Hüseyin Pazarcı, **Uluslar arası Hukuk Dersleri**, I. Kitap, Gözden geçirilmiş 9. baskı, Ankara, 2001, p. 32.

hükmünde" deyimini başka türlü yorumlamak, yazara göre mümkün değildir. Bir kanunla, Türkiye'nin taraf olduğu bir milletlerarası andlaşma hükmünün çatışması halinde, sorunun, öncelik-sonralık ve özellik-genellik kuralları çerçevesinde çözülmesi gerekmektedir[22].

Anayasa'nın *"Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü"* başlığını taşıyan 11. maddesinden hareketle *Güran*, Anayasanın 90. maddesini, milletlerarası andlaşmaların ancak kanunlara değişiklik getirebilmesine ve iç hukuk hiyerarşisinde ancak kanun hükmünde sayılarak kanunlarla eşit basamakta bulunmasına izin veren nitelikte yorumlayarak bunun Anayasanın üstünlüğü ilkesinin istisnasız bir ifadesi ve teyidi olduğunu belirtmektedir[23].

Gündüz'e göre, şayet 90. madde hükmü milletlerarası hukuk hükümlerine üstünlük tanıyan bir niteliği haiz olsaydı, 15, 16, 42 ve 92. maddelerde milletlerarası hukukun (dolayısıyla andlaşmaların) üstünlüğünü belirtmesine gerek olmazdı[24].

ii) Kanunlardan Üstün Sayan Görüşler

Andlaşmaların Anayasa'ya uygunluğu hususunun Anayasa Mahkemesi denetimi dışında bırakılmasını, *Akipek, devletler hukukunun üstünlüğü tezinin teyidi* olarak yorumlar[25]. 1961 Anayasası'nın hazırlanışı sırasında Temsilciler Meclisi Anayasa Komisyonunun hazırladığı tasarının 63. maddesinin 2. fıkrası, *"milletlerarası bir anlaşmanın Anayasaya aykırı olduğu Meclislerden birinin üye sayısının beşte biri tarafından ileri sürülürse, bu iddia Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilmedikçe TBMM, bu andlaşmanın onaylanmasını veya buna katılmayı uygun bulmaz"* hükmünü içeriyordu. Yazara göre, iç hukuka üstünlük tanımak denen bu hükmün nihaî metinde kabul edilmeyip yerine anlaşmaların anayasaya aykırılığı iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurma imkânının kaldırılması ile açıkça olmasa bile zımnen devletler hukukunun iç hukuka (iç hukukta) üstünlüğünü benimsemiş olmaktadır[26].

---

[22] Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Gözden geçirilmiş 4. baskı, Ankara, 1995, p. 355.
[23] Sait Güran, "Egemenlik Ulus'undur Üstünlük Anayasa'dadır", **Anayasa Yargısı**, vol. 17, Ankara, 2000, p. 47.
[24] Aslan Gündüz, "İktidar ve Milletlerarası Sınırları", **İstanbul Barosu Dergisi**, Sayı: 1-2-3, İstanbul, 1990, p. 61.
[25] Ömer İlhan Akipek, **Devletler Hukuku: Birinci Kitap: Başlangıç**, İkinci bası, Ankara, 1965, p. 28.
[26] Akipek, **op. cit.**, pp. 28-29-30. Toluner'e göre; "Andlaşmaların, iç hukuka, bu arada, Anayasaya üstünlüğü prensibinin bir Anayasa hükmü ile teyid edilmediği bir düzende, Mahkemeyi, Anayasaya aykırı bir andlaşmayı, 132 nci maddenin bu sarih hükmüne rağmen, uygulamaya icbar edecek ne gibi bir hukukî esasa dayanılacaktır? 65 nci madde düzeni altında, Anayasaya aykırı bir andlaşmayı sadece milletlerarası alanda yürürlüğe sokmak imkânı sağlanmıştır. Bu tür bir andlaşma hükmünün, iç hukukta uygulanması ise, Anayasayı uygulamakla görevli hâkim için imkânsızdır." (**Toluner, ilişkiler**, p. 600). 1961 Anayasasının 132. maddesi: *"Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna, hukuka ve vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler"* aynı

Soysal'a göre, Türk anayasa sistemi, milletlerarası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişki bakımından bazı ülkelerce benimsenen "Milletlerarası hukukun iç hukuka üstünlüğü" ilkesini benimsememiş olmakla birlikte, yine de yasa niteliği kazanan milletlerarası andlaşmalar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiasını ileri sürülemeyeceğini kabul etmiş ve bunlara diğer yasalardan farklı, hatta bir bakıma "üstün" değilse bile en azından "ayrıcalıklı" bir yer tanımış olmaktadır[27]. Yazar, devletin kendi anayasası ile çatışır gördüğü hükümler için Sözleşmeye çekince koymak ve iç hukukla dış yükümlülük arasındaki çelişkiyi görüp iç hukuktaki sonuçları bu yolda önlemek imkânını elinde bulundurduğunu, milletlerarası sözleşmeyi imzalayıp onaylayan devletin koyduğu çekinceler dışında sözleşme hükümlerinin iç hukuktaki etkilerini bilerek ve öngörerek bunu yapıyor olduğunu bunun da milletlerarası sözleşmelere yasalardan biraz farklı, Anayasa'ya yaklaşıcı, en azından Anayasa'ya yeni bir anlam ve yorum kazandırıcı bir ağırlık tanımak anlamına geldiğini ileri sürüyor[28]. Kanımızca, bu yorum, çekince müessesinin milletlerarası hukuktaki niteliğini tam olarak göz önüne alınmadan yapılmaktadır, çünkü çekince tam olarak devletin tek başına kendi iradesine tâbi bir müessese olmayıp, örneğin çekince koyma yasağı içeren andlaşmalar da mevcuttur. Bu durum bir yana, yazarın, devletin anayasaya aykırı gördüğü durumlar için çekince koyabileceğini bunu yapmamış olduğunda andlaşmayı kendi anayasasına uygun bulduğu anlamındaki yorumu, yine kendi verdiği bir örnekle çelişmektedir. Yazar örnek olarak Türkiye'nin İHAS'nin Ek Birinci Protokolü'ne "*Tevhid-i Tedrisat Kanunu*" hükümlerini saklı tutan çekincesini göstermektedir. Bu örneğin de gösterdiği üzere, çekince koyarken devlet andlaşmanın sadece anayasaya değil kanunlara uygunluğunu denetliyor demektir. Bu durumda şu görüş pekâlâ ileri sürülebilir, devlet andlaşmanın iç hukukunda kanunlarla eşdeğerde olan bir işlem olması nedeniyle kendisinden önceki kanunu değiştireceği için, değişmesini istemediği kanunu açıkça saklı tutmaktadır. Tüm bunlar bir yana, çekince milletlerarası hukuka ait bir müessese olup, devletin milletlerarası alandaki yükümlülükleri ile ilgilidir. Bu sebeple devletin çekince koymadan taraf olduğu bir andlaşmanın anayasa ve yasalarla çelişmediği anlamına geldiği sonucuna varılması doğru değildir kanısındayız. Kaldı ki bu anlama gelse bile, bunun andlaşmanın kendisinden önceki kanunlar için söz konusu olacağı yasa koyucunun andlaşmaya aykırı kanun çıkarması durumunda önceki iradesinin bu

---

şekilde 1982 Anayasasının 138. maddesinin birinci fıkrasını oluşturmaktadır: "*Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler*" şeklindedir.

[27] Mümtaz Soysal, "Uluslararası Andlaşmalar Konusunda Anayasa Yargısı", **Anayasa Yargısı**, cilt: 14, AYM yayınları no. 36, p. 172.

[28] Mümtaz Soysal, "Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler", **Anayasa Yargısı**, 1986, AYM yayınları no. 5, pp. 16-17.

son iradesinden üstün olduğunu gösteren bir niteliği olmadığı açıktır. Aslında devletin bu tür çekinceler koymasının nedeni yazarın da belirttiği üzere iç hukuk hükümlerinden dolayı milletlerarası alanda zor duruma düşmemektir. Bu da pekâlâ andlaşmayla iç hukukunun değişmeyeceği, bu sebeple de devletin milletlerarası alanda sorumlu duruma düşeceği anlayışında olduğu için bunu önlemek üzere çekince koymaktadır, denilebilir. Böyle olunca da andlaşmanın önceki kanunları bile değiştiremediği, yani kanunlardan da alt bir kademede olduğu gibi bir sonuca varılabilir.

Gözübüyük'e göre, Anayasa'nın andlaşmalar konusunda getirdiği düzen ve milletlerarası hukuktaki gelişmeler dikkate alınırsa, ülkemizde durum şu şekilde özetlenebilir: 1-Andlaşmalar, iç hukukun bir parçasıdır. 2- Andlaşmalar, iç hukukta kendiliğinden uygulanabilir, ayrıca bir düzenleme yapılmasına gerek yoktur. 3- Andlaşmaların, Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülemez, Anayasa'ya aykırı olsalar bile uygulanırlar. 4- Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülemeyen andlaşmanın, kendisinden sonra çıkan yasaya aykırılığı nedeni ile uygulanmaması, Anayasa'nın getirdiği sisteme ters düşer. Andlaşmadan sonra yürürlüğe giren Anayasa'nın, andlaşmayı değiştiremeyeceğini, buna karşın, andlaşmadan sonra yürürlüğe giren yasanın andlaşmayı değiştirebileceğini kabul etmek, çelişkili bir yaklaşım olur. 5- Andlaşmaların yasa değerinde olduğunu söylemek, andlaşmanın yasa ile değiştirilebileceği anlamına gelmez. Andlaşmalar, ne iç hukuka göre, ne milletlerarası hukuka göre, yasa ile değiştirilemez; sağladığı haklar ortadan kaldırılamaz. Andlaşmalar, ancak kendi koyduğu kurallara, ya da milletlerarası hukuka göre bozulabilir, ya da değiştirilebilir. Andlaşmadan sonra çıkan anayasanın, ya da yasanın, ne açıkça, ne de üstü kapalı bir biçimde andlaşmada değişiklik yapması olanağı yoktur. Kısaca, andlaşmalar millî hukuk kurallarına üstündür, yargı yerlerince özellikle ve öncelikle uygulanması gerekir[29].

1961 ve 1982 Anayasalarının anlaşmaları "*kanun hükmünde*" sayan hükümleriyle anlaşma ile kanunu eşdeğerde tuttuğu görüşüne katılmadığını belirten *Çelik*'e göre, sonraki tasarruf andlaşma olduğunda öncelik ve üstünlüğün andlaşmaya tanınması konusunda sorun yoktur fakat sonraki tasarruf kanun olduğunda, sonraki kanunun, kendisiyle çatıştığı oranda andlaşmayı değiştirdiği aynı kesinlikte ileri sürülemeyecektir[30]. Yazara göre, bazı andlaşmaların düzenledikleri konular nedeniyle bir kanunla değiştirilebilme imkânı yoktur.

---

[29] Gözübüyük, **Anayasa Hukuku**, 9. bası, Ankara, 2000, pp. 291-292.
[30] Edip Çelik, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulaması", **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Sayı: 1-3, 1988, p. 50.

Ülke sınırlarına ve ülke statüsüne ilişkin olanlar bunların başında gelir. Yazar, Lozan ve Montrö Sözleşmesinin bazı maddelerini de değiştirilemez olmak açısından örnek olarak göstermektedir[31]. Kanaatimizce burada sorun kanunların andlaşmaları değiştirip değiştiremediği noktasında değil uygulamada öncelik konusundadır. Yoksa, andlaşmaların iç hukuk işlemleri ile değiştirilemeyeceği açıktır.

Anayasa'nın 90. maddesi hükmünden hareketle *Cansel*, bu hükmün, Kelsen'in monist görüşüne yaklaşmakta olduğunu, zaten devletin diğer bir devletle *"imzaladığı anlaşmaya kendi yönünden gerekli çekinceleri de koyduktan sonra buna uymayı kabul etmiş"* ve bu suretle andlaşmaya yasalardan üstün norm niteliği de kazandırmış bulunduğunu bunun *pacta sund servanda* (sözleşmeye sadakat) prensibinin zorunluluğu olduğunu belirterek: *"Nitekim 1982 Anayasası'nın 'BAŞLANGIÇ'ında, Türkiye Cumhuriyeti 'Dünya milletler ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi' olduğu belirtilmiştir. Bu ailenin şerefli bir üyesi olmak demek, milletlerarası topluluğun kurduğu düzeni asgari ölçüde sağlayana Devletler Hukukunun iç hukuk normlarının üstünde normları içerdiğini kabul etmek demektir."* diyerek, buradan hareketle, andlaşmanın devletler hukuku normu olarak iç hukuk normuna üstünlüğü ve ahde vefa –pacta sunt servanda- ilkeleri gereği kanunla andlaşma arasındaki çatışmayı andlaşmanın kanuna göre üstün norm niteliği göz önünde bulundurularak çözümleneceğini savunmaktadır[32].

Buna karşı olarak, *Toluner, "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş andlaşmalar"*ın kanunla eşdeğerde olduğu, bir çatışma durumunda, sonraki tarihli işleme uygulamada öncelik tanınması gereğini savunan görüşün ülkemizde milletlerarası hukuk doktrininde baskın olan görüş olduğunu belirterek, bu görüşü eleştirmektedir:

"Andlaşmalar, daha doğru bir deyişle andlaşmanın uygun bulunmasına dair kanun aleyhine Anayasa Mahkemesi'ne başvuru imkânının reddedilmiş olmasını Türk doktrininde önce Akipek, 'devletler hukukunun üstünlüğü tezinin teyidi' olarak değerlendirilip aksi görüş olarak ileri sürmüştür. Yakın zamanlarda bu ikinci görüşün, eleştirilmeksizin ve yaygın olan aksi görüşlerin farkında bile olunmaksızın, gerçeğin kendisi gibi rahatlıkla beyan edildiğini görüyoruz. Bu görüşe, 1982 tarihli Anayasamızın başlangıç hükümleri arasında yer alan 'Dünya milletler ailesinin eşit haklar sahip şerefli bir üyesi olarak' ifadesi, anlaşılması güç şöyle bir gerekçeye dayanak olarak

[31] **Ibid.**, pp. 50-51.
[32] Erol Cansel, "Anayasal Normlar Hiyerarşisi", **VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı: Türk Ananayas Mahkemesi Raporu**, 7-10 Mayıs 1990, 2. Cilt, Türk Anayasa Mahkemesi yayınları no. 17, p. 23.

kullanılmıştır:...(yukarıda ifade ettiğimiz Cansel'in görüşlerine atıfta bulunarak)...Bu mantık kabul edilirse, adlaşmaları kanunlara eşdeğerde sayan her uygulamayı, bu arada, Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere, Almanya ve İtalya'yı, dünya milletler ailesinin 'şerefli olmayan üyeleri' saymak gerekmeyecek midir? Gerçek odur ki, anayasanın andlaşmaya kanun karşısında üstün değer tanıyan bir hükmü bulunmadıkça, -örneğin Fransa ve Hollanda da böyledir-, egemenliğine saygılı hiçbir devlet uygulamasında bu yola gidilmemiştir; böyle bir hükme yer veren anayasa uygulamalarında bile mahkemeler, yasama organının sonraki tarihli iradesini bir yana bırakırken hep zorlanmışlardır. 1961 tarihli Anayasanın 65. maddesi hazırlanırken farklı bir irade ortaya konmadığı halde, Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yolunun kapatılmasından hareketle bu tür bir sonuca varmak, yalnız Anayasanın açık ifadesini, 'kanun hükmündedir' deyişini ihmal etmek anlamına gelmekle kalmaz; anayasaya aykırılığın ileri sürülüp sürülmemesi sorunu ile öncelik sorunu gibi nitelikleri itibariyle tamamen farklı sorunların birbirine karıştırılması sonucunu doğurur. Anayasaya aykırılığın ileri sürülememesinden ötürü uygulamadan alıkonulamayan bir kanunun sonraki tarihli bir kanunla ilga edilmesi veya değiştirilmesi nasıl olanaksız değilse, anayasaya aykırılığı dava konusu yapılamayan bir andlaşmanın sonraki tarihli bir kanunla uygulamadan alıkonulması da aynı gerekçeyle olanaksız değildir. O halde, andlaşmanın kanuna üstünlüğü, anayasaya aykırılığının ileri sürülememesinden ötürü değil, örneğin Hollanda'da olduğu gibi, andlaşmaya üstün değer tanıyan bir anayasa hükmüyle sağlanabilir. Nitekim, anayasa koyucunun niyeti bu yolda olduğunda bunu açık bir hükümle ifade etmiştir (1982 tarihli Anayasa, md. 15, 16, 42)."[33]

(2) Uygulama

Milletlerarası andlaşmaların kurallar kademesindeki yeri noktasında Anayasa Mahkemesi kararlarında tam bir açıklık yoktur. Mahkeme, daha çok insan hakları ile ilgili belgelere atıfta bulunmakta ancak bu andlaşma ve belgeleri tek başına kararına dayanak almayıp[34] Anayasa'nın ilgili hükümlerini (ve varmış olduğu kararı) desteklemek[35] için kullanmaktadır. Bu gibi milletlerarası andlaşmaları destek ölçü norm olarak kullandığı kararlarında Anayasa Mahkemesi, genellikle uygulamada öncelik sorununa açık bir çözüm getirmemektedir. Kısaca, Anayasa Mahkemesi, gerek Anayasa'ya uygunluk denetiminde gerekse siyasi parti kapatma davalarında, usulüne uygun yürürlüğe girmiş olan uluslararası

[33] Sevin Toluner, "6 Mart 1995 Tarihli Ortaklık Konseyi Kararı: Milletlerarası Hukuk Açısından Bir Değerlendirme", **İHFM**, C. LV, 1996, pp.16-17, dipnot 13.

[34] Anayasa Mahkemesi, milletlerarası andlaşmaları anayasal denetim yaparken "bağımsız ölçü norm" olarak değil, sadece "destek ölçü norm" olarak dayanak almaktadır. Bunu açıkça ifade ettiği bir karar olarak bkz. E. 1996/15, K. 1996/34, K.T. 23.9.1996, **AMKD**, Sayı: 32, Cilt: 2, p. 807: "Anayasa'ya uygunluk denetiminde dayanılmamakla birlikte değerlendirmede gözetilen uluslararası belgelerin...".

[35] Örnek olarak bkz. E. 1993/1 (Siyasî Parti Kapatma), K. 1993/2, K.T. 23.11.1993, **AMKD**, Sayı: 30, Cilt: 2, pp. 918-919 vd.

andlaşmaları, kendi ifadesiyle, "gözetmekte"dir[36]. Anayasa Mahkemesi, uluslararası andlaşmalara göndermede bulunduğu davalarda, sözleşmelerin iç hukuktaki yerini, kurallar hiyerarşisindeki konumunu belirtmekten kaçınmıştır. Bununla beraber, kimi kararlarda Mahkeme'nin Sözleşmeyi "üstün norm" olarak kabul ettiğinin izlerini bulmak mümkün[37]. Fakat Anayasa Mahkemesi hiçbir kararında açıkça milletlerarası andlaşmaları ne anayasüstü norm olarak, ne de kanunların anayasaya uygunluğunun denetiminde anayasadan bağımsız olarak ölçü norm olarak kabul etmiştir. Kanunlarla milletlerarası andlaşmalar arasındaki üstünlük (uygulamada öncelik) konusunda ise yakın tarihli bir kararında açıkça doktrindeki üstünlük lehindeki görüşleri[38] reddetmiştir:

---

[36] Bkz. E.1996/1 (Siyasî Parti Kapatma), K.1997/1, K.T. 14.2.1997, **AMKD**, Sayı 34/2, s.758: "Anayasa Mahkemesi, siyasi parti kapatma davalarında usulüne uygun biçimde yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşma kurallarını da gözetmektedir. Bu bağlamda kimi kararlarda, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ve Avrupa Sosyal Haklar Temel Yasası'na yollamada bulunulmuştur." Ayrıca bkz. E.1997/1 (Siyasî Parti Kapatma), K. 1998/1, K.T.16.1.1998 **AMKD** , Sayı 34/ 2, ss.1049-1050: "Anayasa Mahkemesi, siyasî parti kapatma davalarında usulüne uygun biçimde yürürlüğe konulan andlaşma kurallarını da gözetmektedir. Bu nedenle, kararlarında, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ile İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine ve Avrupa Sosyal Haklar Temel Yasası'na yollamada bulunmaktadır. İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme kapsamındaki hak ve özgürlükler Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda da güvence altına alınmıştır.". Ayrıca bkz. E. 1995/1 (Siyasî Parti Kapatma), K. 1996/1, K.T. 19.3.1996, **AMKD**, Sayı: 33, Cilt: 1, p. 722; E. 1993/4, K. 1995/1, K.T. 19.7.1995, **AMKD**, Sayı: 33, Cilt: 1, p. 633. Siyasi Parti kapatma davaları dışında da Anayasa Mahkemesi,örneğin; Medeni Kanunun, kadın-erkek eşitsizliğiyle ilgili hükmünü (E.1990/30, K.1990/31, K.T. 29.11.1990. **AMKD** , Sayı 27/1, ss.57-63) ya da meşru - gayri meşru çocukların durumundaki eşitsizlikleri (. E.1987/1, K.1987/18, K.T.11.9.1987, **AMKD** Sayı 23, s.307; E.1990/15, K.1991/5, K.T. 28.2.1991, **AMKD** Sayı 27/1, ss.175-178) Anayasa'ya aykırı bulurken. Anayasa Mahkemesi uluslararası andlaşmaları "destekleyici norm" olarak kullanmıştır (30).

[37] 1991 yılında Medeni Kanunun "evli erkek ve kadınların zinasından doğan çocuğun tanınmayacağı"nı belirten 292. maddesini iptal ederken, Anayasa Mahkemesi milletlerarası sözleşmelere göndermede bulunmuştur. Bu kararında Anayasa Mahkemesi, milletlerarası sözleşmeleri "*Anayasa üstü normlar olarak niteleyebileceğimiz*"i belirtmektedir (E.1990/15, K.1991/E, K.T.28.2.1991, AMKD, 27/1, s.174).

[38] Bu görüşlerin en önemli dayanağını teşkil eden, milletlerarası andlaşmalar aleyhine Anayasa Mahkemesine başvurulamaması şeklinde kayıt içeren Anayasa hükmünün doktrinde savunulduğu gibi kanunlara üstünlük tanımak amacıyla değil genel kabul gören görüşlerde belirtildiği üzere milletlerarası andlaşmaların niteliğinden dolayı konulmuş bir hüküm olduğunu gösterecek Anayasa Mahkemesi'nin şöyle bir ifadesine de değinmekte yarar var: *"Anayasa'nın uluslararası andlaşmaları uygun bulma ile ilgili 90. maddesinde de; "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz." hükmü yer almaktadır. Bu ve Geçici 15. maddedeki düzenleme, Anayasa'da yer alan genel hukuk ilkelerinin ayrıklığını oluşturan ulusal ve uluslararası uzlaşmalarla ilgili siyasal ağırlıklı kurallardır.*

Geçici 15. maddenin tümü dikkatli olarak incelendiğinde, yapılan düzenlemede konu edilen yasalar için mutlak bir dokunulmazlığın sağlandığını söylemek güçtür. Her şeyden önce Anayasa'da yer alan hukuk devleti ilkesi buna olur vermez. Bu madde kapsamındaki, olağanüstü yönetimin olağanüstü koşullan altında çıkarılan yasalarla yasa hükmündeki kararnamelerin geçilen demokratik düzen içinde değiştirilmesine ya da yürürlükten kaldırılmasına değin Anayasa'ya uygunluk denetimi yolu ile belirtilen dönemin tartışma konusu yapılmamasında kamu yaran görülmüştür. Ancak yasakoyucu, siyasal ve sosyal gelişmelere ve gereksinimlere göre, söz konusu yasal kurallardan gerekli gördüklerini değiştireceği ya da kaldırabileceği gibi Anayasa'da öngörülen koşullara uyarak Anayasa'daki geçici maddeleri de kaldırabilir. Bunlar dışında bir yargı organının Anayasa'yı dışlayan bir yorumla Geçici 15. maddeyi etkisiz duruma getirmesi olanaksızdır" (E. 1992/7, K. 1992/2, K.T. 28.1.1992, **AMKD**, Sayı: 28, Cilt: 1, pp. 128-129).

"Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasında, usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmaların kanun hükmünde olduğu belirtilmiş ve bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayacağı kurala bağlanmıştır. Kimi ülkelerde, uluslararası andlaşmaların yasaüstü ve hattâ Anayasaüstü normlar olduğunun kabul edilmiş olmasına ve doktrinde de bu görüşün savunulmasına karşın, Anayasa'nın 90. maddesinden bu sonucu çıkarmak olanaklı değildir. Anayasa'da çıkarılacak bir yasanın yürürlükte bulunan bir andlaşmaya aykırı olamayacağı yolunda bir kurala yer verilmemiştir. Bu nedenle, anlaşma kuralına aykırı bir yasa çıkarılması olanaklıdır. Böyle bir yasanın, uluslararası sorumluluğu gerektirse dahi, iç hukuk bakımından geçerli olacağı da kuşkusuzdur.

İç hukuk yönünden; anlaşmalar ile yasalar arasında herhangi bir çatışma olması ve yorum yoluyla çözüm bulunamaması durumunda iç hukuka ait iki yasa arasındaki çatışmada uygulanacak kurallarla sorunun çözümü gerekir."[39]

Bununla birlikte bu karar birçok yönden tartışılacak nitelikte bir karardır ve Türk mahkemelerinin kararlarında milletlerarası hukuku ne kadar bilerek uyguladıklarına olumsuz örnek teşkil etmektedir. Bu kararda birçok tartışılacak konunun yanında konumuz açısından önemli bir örnek olarak, devletlerarası uyuşmazlıklara bakan hakem mahkemeleri kararlarının uygulanması ile MÖHUK'ta düzenleme konusu olan yabancı kanunun uygulanmasına ilişkin özel tahkim kararlarının birbirine karıştırıldığını gösteren ifadeler mevcuttur:

"İslam Ülkeleri Arası Yatırım ve İhracat Kredi Sigortası Kurumu Ana Sözleşmesi'nin yürürlüğe girmesinden sonra, ana sözleşmeye dayanılarak çeşitli sözleşmeler yapılacaktır. Bu sözleşmelerde yer alacak kurallar bakımından kurum ile üye devletler arasında çıkacak uyuşmazlıkların çözümünde uygulanacak kurallar ise, Anlaşmanın 59. maddesinde düzenlenmiştir.

59. maddenin "Hakem" başlığını taşıyan (1) nolu bendinde, Kurum ile üye devletler arasında çıkan anlaşmazlıkların öncelikle iyi niyet çerçevesinde çözüleceği, çözüme ulaşılamaması durumunda da uyuşmazlığın üç hakemden oluşan bir tahkim kurulu tarafından çözümleneceği belirtilmiştir.

---

[39] E.1996/55, K. 1997/33, K.T. 27.2.1997, **R.G.**, 24 Mart 2001, Sayı: 24352, p.48. Konumuz dışında kalan yönleri açısından bu karar, Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkra hükmüne rağmen, onaylamayı uygun bulma kanunun ve bu kanunda yeralan çekincelerin anayasal denetime tâbi olacağı hükmüne varması açısından çok tartışılacak bir karardır.

Bu tür bir uyuşmazlığın çözümünde iç hukuk bakımından uygulanacak kurallar ise, 2675 sayılı "Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun"da düzenlenmiştir. Anılan Kanun'un 5. maddesinde, "yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hallerde Türk hukuku uygulanır" denilmektedir.

Açıklanan nedenlerle, sözleşmeden doğacak bir uyuşmazlığın çözümünde, 2675 sayılı Kanun'a göre, Türk kamu düzenini bozacak nitelikte görülen bir hüküm uygulanamayacağı gibi, anlaşmaya konulan ve iptali istenilen çekince de bu amacın gerçekleşmesini sağlamaya yönelik olduğundan, söz konusu çekincenin Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 4., 7. ve 174. maddelerine aykırı olduğu yolundaki davacı savında uygunluk görülmemiştir."[40]

Bu konuda tartışmaya en açık kararlar Danıştay tarafından verilmiştir. Danıştay 5. Dairesinin ifade özgürlüğü ile ilgili verdiği bir kararda andlaşmaların Anayasa'ya aykırı hüküm taşısalar bile uygulanacaklarını ve yasalara üstün olacağını belirtirken dayandığı gerekçe bu görüşün Türk hukukunda genellikle kabul edildiğidir. İHAS için belki böyle bir görüşün -Sözleşme'nin yasalar üstünde olduğu noktasında sadece- genellikle kabul edildiği söylenebilir ama andlaşmaların yasalar ve hatta anayasa üstünde olduğu şeklindeki görüş Türk doktrininde ve mahkeme içtihatlarında genellikle kabul edilmiş olan görüş değildir[41]. Bu kararında Danıştay şu gerekçelere dayanmaktadır:

"Uluslararası sözleşmelerin Anayasaya aykırılığı ileri sürülemeyeceğine ve bu sözleşmelerle bir devlet diğer devletlere karşı sözleşmede yeralan hak ve hürriyetlerden kendi vatandaşlarını da yararlandırmak konusunda diğer devletlere karşı uluslararası yükümlülük altına girmiş olduğuna göre, usulüne uygun şekilde onaylanarak yürürlüğe konulmuş bu nitelikte bir Sözleşme'nin Anayasaya aykırı hüküm taşısa bile uygulanmaktan alıkonulamayacağı, kendisinden önce veya sonra çıkmış olan yasalara aykırılığı, ya da sonradan çıkan yasanın sözleşme kurallarını değiştirdiği ileri sürülerek uygulanmasının savsaklanamayacağı Türk Hukukunda genellikle kabul edilmektedir. Anayasa, andlaşmaların Anayasaya aykırılığının ileri sürülemeyeceğini açıklamak suretiyle, iç hukuk yönünden andlaşmaların üstünlüğü ilkesini benimsediğini belirtmiş olmaktadır..."[42]

---

[40] **Loc. cit.**

[41] Bakınız: Toluner, **supra** not 33; ayrıca, Durmuş Tezcan, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Verdiği Kararlar ve Bu Kararların Yaptırım Gücünün Türkiye Açısından Değerlendirilmesi", **Kopenhag Kriterleri AB'nin Ortak Paydası mı?**, (ed.) İbrahim Kaboğlu, İst. Barosu İnsan Hakları Merkezi Yay. No. 1, Kasım 2001, pp. 162-163.

[42] Danıştay, 5. Daire, E. 1986/1723, K. 1991/933, **Danıştay Dergisi**, Yıl: 22, Sayı. 84-85, p. 325.

Bu kararda eleştirilecek birçok yön bulunmakla birlikte bunlardan en önemlisi andlaşmaların anayasaya aykırılığının ileri sürülememesi demek, andlaşmaların anayasaya aykırı olmaları durumunda, anayasanın ihmal edilip andlaşmaların uygulanacağı demek olmadığıdır. En azından bu konuda aksini gösteren Anayasa Mahkemesi kararları da mevcuttur. Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülemeyen bir kuralın mı, yoksa anayasa hükmünün mü uygulanacağı tartışmalı[43] olmakla beraber, Anayasa'nın 138. maddesi hükmü gereği böyle bir durumda anayasanın uygulanacağı kanaatindeyiz.

Bu karardan bir ay sonra Danıştay kararında da Birinci Daire 14.6.1991 gününde verdiği istişarî mütalâasında aynı şekilde, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan milletlerarası andlaşma hükümlerinin iç hukukla çatışması halinde andlaşma hükümlerinin öncelikle uygulanmasının gerekliliği, yani iç hukuka üstünlüğünü açık biçimde savunmuştur::

"...İzmir Andlaşmasının gerek Anayasanın 90 ıncı maddesi gerekse 244 sayılı Yasa hükümlerine göre usulüne uygun biçimde yürürlüğe konulan milletlerarası bir andlaşma olduğu kuşkusuzdur. Bu niteliğiyle de uluslararası hukukun iç hukukla çatışma halinde dış hukukun önceliği kuralına göre sorunun çözümünde 5590 sayılı Kanun hükümlerinin değil, İzmir Andlaşmasının XXX uncu maddesi hükmü uyarınca üç Devletin aralarında 'ECO Sanayi ve Ticaret Odası' kurulmasına olanak sağlayan hükmünün öncelikle uygulanması gerekmektedir."[44]

Bu kararda belirtilen *"iç hukukla çatışma halinde dış hukukun önceliği kuralı"*nın nereden çıktığını belirlemek güçtür. Kararda buna ilişkin bir açıklama yoktur. Böyle bir kural bizim iç hukukumuzda öngörülmüş değildir. Milletlerarası hukukta da böyle bir kural yoktur. Milletlerarası hukukta milletlerarası hukukun üstünlüğüne ilişkin bir kural mevcuttur ama bu milletlerarası alanda öngörülmüş bir üstünlüktür. Yoksa milletlerarası hukuk devletler için iç hukuklarında milletlerarası hukuka üstünlük tanımaları yönünde bir yükümlülük ve kural

---

[43] Bu konunun değerlendirilmesi ve ilgili Anayasa Mahkemesi kararları için bakınız: Yılmaz Aliefendioğlu, **Anayasa Yargısı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997, pp. 277 vd.

[44] E. 1991/92, K. 1991/100, **DD**, Yıl: 22, Sayı: 84-85, pp. 19-21. Anladığımız kadarıyla, "Andlaşmaların iç hukuka takdimen uygulanacağı yolundaki genel prensib" Danıştay kararlarında istikrarlı bir şekilde bahsedilen bir şey olmakla beraber, bazen iç hukuk kurallarının kolayca ihmal edilip andlaşmanın uygulanamadığı yönünde değerlendirilebilecek Danıştay kararlarına da rastlamak mümkündür: Örneğin, Danıştay 12. Daire Kararında, andlaşmanın bir maddesinin mutlak biçimde uygulanmasının *"...berat veren memleketleri, berat sahibi memleketin pazarı durumuna getirebileceğinden....iç hukuk kuralları da gözönünde bulundurularak yorumlanması"* gerektiğine hükmedilmiş, ancak Mahkemeye gore bu durum, *"andlaşmaların iç hukuk kurallarına takdimen uygulanacağı yolundaki genel prensibin çiğnenmesi anlamına da gelme(mektedir)..."* (K.T. 15.6.1980, E. 1968/1117, K. 1970/1310).

öngörmüş değildir. Bu kararda dayanılması gereken kural sonraki iradenin öncekine olan üstünlüğüdür.

Danıştay, kararlarında, istikrarlı bir şekilde, bir milletlerarası andlaşmayı uygulamak için, onun Anayasa'nın 90. maddesine uygun olarak yürürlüğe konulmuş olması koşulunu aramaktadır. Usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmayan milletlerarası metinleri, milletlerarası andlaşma olarak kabul etmemektedir. Örneğin, Anayasa'nın 90. maddesine göre, Türk kanunlarında değişiklik yapan milletlerarası andlaşmaların, onaylamayı uygun bulma yasası çıkarılarak onaylanmaları ve yürürlüğe konulmaları zorunludur. Böyle bir andlaşmanın, teknik ya da ticari niteliğine bakılarak sadece Bakanlar Kurulu kararnamesiyle onaylanmasının uygun bulunması uygun değildir. Böyle bir durumda Danıştay, kararlarında, bu andlaşmaya hukukî değer atfetmemektedir[45].

Türk uygulamasında milletlerarası andlaşmaların yerinin ne olduğunu ve çatışma durumunda öncelikle uygulanacak kuralın hangisi olacağı şeklideki bir sorunu kararında açıklıkla ele alan ve cevaplandıran Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kararları olmuştur:

"Türk hukuk düzenine gelince, bilindiği gibi uluslararası hukuk kurallarına anayasal değer tanıyan açık bir hüküm bugüne kadar Anayasalarımızda yer almış değildir. 1961 Anayasası'nda olduğu gibi (m.65), 1982 Anayasası'nda da, usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmaların 'kanun hükmünde' oldukları, ancak bunlar hakkında anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı kabul edilmiştir. (m.90/son fıkra)

Bu hükme göre, uluslararası andlaşmaların 'kanun hükmünde' olmaları; onların kanun gücünde ve değerinde olmaları, kanun kadar bağlayıcı olmaları anlamına gelmektedir. Anayasaya aykırılıklarının ileri sürülememesi onlara kanunların üstünde bir yer ve değer kazandırmaz...

....

Bu bakımdan Türk hukuk düzeninde uluslararası hukuk kurallarının Anayasa üstü değer taşıdıkları sonucuna varılamayacağı gibi, uluslararası andlaşma ile Anayasanın çatışması durumunda mahkemelerin Anayasa hükmünü ihmal ederek andlaşma hükmünü uygulamalarına da hukuken olanak yoktur. Uluslararası andlaşmaya aykırı olsa bile

[45] Danıştay 7. Daire Kararı, E. 1967/485, K. 1967/1165, **Danıştay Kararları Dergisi**, p. 283; Dava Daireleri Kurulu Kararı, K. T. 13.5.1977, E. 1976/46, K. 1977/254, **Dava Daireleri Kurulu Kararları**, I. Kitap, p. 290.

mahkemeler Anayasa hükmünü uygulamak zorundadırlar; uygulama dışı ve etkisiz bırakamazlar"[46]

Milletlerarası Andlaşmaların iç hukukta uygulanmasına ilişkin Yargıtay kararlarına gelince, bu konuda Yargıtay'ın da açıkça sorunu değerlendirdiği ve usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan milletlerarası andlaşmaların iç hukukumuzda doğrudan uygulanacağına ancak kanunlarla eşdeğerde olarak uygulanacağına dair kararları mevcuttur. Bu kararlardan, sorunu detaylı bir şekilde irdeleyip sonuca varan Yargıtay 21. Hukuk Dairesi'nin şu kararına etraflıca değinmekte fayda var kanaatindeyiz:

"Kısaca Mahkeme, 'ILO Sözleşmesi' hükümlerine İç Hukuk'u kurallarını dikkate almadan öncelik vermiştir. Bu tür sonuç ise, Anayasal sistemimize ve ücret konusunda egemen İş Hukuku kurallarına uygun düşmemiştir.

Gerçekten; uyuşmazlık konusu olayda; öncelikle çözümlenmesi gereken temel sorun; Uluslar arası bir sözleşmenin, İç hukuk sistemimize yansıması ve sözleşme kurallarının iç hukuk kurallarına üstünlük taşıyarak uygulanma önceliği bulunup bulunmadığı konusuna yöneliktir.

Bu tür bir konu ise, doğrudan Anayasa Hukuku ve Anayasal sistem açısından değerlendirilmeli ve çözümlenmelidir...

...

Türk Anayasal sistemine gelince; 1982 ve daha önce yürürlükte bulunan 1961 Anayasası' 90. ve 65. maddelerinde; 'Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir' kuralını kabul etmekle, dualist sisteme yaklaşmıştır. Anayasa; bir kanunla kabul edilmek koşuluyla, uluslararası sözleşmeyi, iç hukuk düzeninde ancak kanun gücünde bir tasarruf olarak kabul etmiştir. Gerçi anılan Anayasa maddeleri, bu kanunlar hakkında Anayasal Yargı yolunun kapalı olduğunu kabul etmişse de bu durum, anılan tasarrufların kanun üstünde bir güce sahip olduğunu göstermez. Nitekim, Anayasamız; sözü edilen uluslararası sözleşmelerin sadece birer yasa olduğunu vurgulamış, bunların iç hukukta, diğer yasalar karşısında uygulanma önceliği ve üstünlüğü olduğu yolunda bir açıklama veya ibareye yer vermemiştir. Şu duruma göre, uluslararası bir sözleşme yöntemine uygun olarak uygulanmaya konmakla bir yasal tasarrufa dönüşür ve iç hukuktaki yasal kurallarla çatıştığında, sorun, Anayasal ilke ve hukukun bu alandaki kuralları dikkate alınarak çözümlenir. Anayasamızın, 11. maddesinde istisnasız kabul ettiği ilkeye göre; Anayasada yer alan hükümlerin tüm Devlet organları ile yargı kuruluşlarını bağlayacağını öngörmüş ve kurallar hiyerarşisinde en üst yeri Anayasal hükümlere vermiştir. Böyle olunca; kurallar arasındaki çatışmada önceliğin Anayasal hükümlere verilmesi ve uluslararası bir sözleşme kuralı ile Anayasa hükmünün

[46] AYİM. 1. D., 15.12.1998, E. 1998/1041, K. 1998/1059.

çatışması halinde, Anayasa hükmüne geçerlik tanınması zorunludur. Anayasanın 138/1. maddesinde, Mahkemelerin bu sıralamayı dikkate alması bir kere daha belirlenmiştir. Bu kurallar sonucu olarak, denilebilir ki, Anayasal hükümlerle çatışan uluslararası bir sözleşme kuralının, Anayasal değişiklik gerçekleşmeden veya Anayasal olur sağlanmadan, mahkemelerce, doğrudan uygulanması düşünülemez. Öte yandan, uluslararası sözleşmenin iç hukukta yer alan bir yasal kurala göre öncelik ve üstünlük taşıması veya doğrudan uygulanabilmesi uluslararası andlaşma hükümlerine uygun iç hukukta düzenleme yapılıp yapılmadığı ve bu alanda yasal sistemde boşluk bulunup bulunmadığına bağlıdır. Gereğinde yasa kurallarının çatışması durumunda;

'a) Sonraki norm öncekinin yerini alır (Lex posterior derogat priori),

b) Özel kanun, genel kanundan önce gelir (Lex specilalis per generalem non deregatur)

c) Açık anlamlı norm, kapalı anlamlı norm'dan önce gelir' ilkeleri de gözetilerek sonuca ulaşılır.

...

...Sözleşme T.B.M.M. tarafından onanmış ve bu sözleşmeye katılmak üzere hükümete 14.12.1960 tarihinde 161 no'lu Kanunla yetki verilmişse de, bu sözleşme hükümlerinin İç Hukukumuzda oluşturulmuş Anayasal sisteme uygun düzenlemelerin üzerine çıkması ve öncelik taşıması Anayasal ve yasal değişikliklerin yapılmasından önce mümkün değildir. Gerçekten, sözü edilen uluslararası sözleşme ile Devlet, bir yükümlülük altına girmiştir. Ne var ki, bu sözleşmenin yapılmasın ve yürürlüğünden sonra, kabul edilen Anayasal kurla ve buna bağlı yasalarla, TIS hükümlerinin uygulanacağı kimseler açıkça ortaya konmuş, Devlet bu alandaki tercihini belirlemiştir. Başka bir anlatımla; yukarıda sözü edilen ILO Sözleşmesi hükümlerine sonradan yaptığı yasal düzenlemelerde yer vermemiş...Sözleşmeden sonra yapılan Ulusal hukukun açık düzenleme ve kuralları karşısında, artık, uluslararası bir sözleşme kuralına öncelik ve geçerlilik tanınması Anayasal sistemimize ters düşer ve kabul edilemez...'[47]

Yargıtay 10. Dairesinin bir kararında[48] da, T.C. ile Libya arasında imzalanan Sosyal Güvenlik Sözleşmesi, kanun hükmünde kabul edilerek uygulanmış fakat daha sonraki tarihli yine iki ülke arasındaki Karama Ekonomik Komisyonunda kabul edilen protokolü ise, olayda, uygun bulma kanunu çıkarılarak yürürlüğe konulan Sözleşme ile 506 sayılı Kanun hükümlerini değiştirir nitelikte olacağından ve bu sebeple uygun bulma kanunu çıkarılması gerekeceğinden ve bu nitelikte bir işlemle iç hukuka aktarılmadığından uygulamaktan kaçınmıştır.

Yargıtay'ın kamu görevlilerinin sendika kurma haklarına ilişkin olarak taraf olduğumuz ilgili milletlerarası sözleşmelerin yorumu ve uygulanması konusundaki kararları birbiriyle tutarlı

[47] Yargıtay 21. Hukuk Dairesi Kararı, E. 1996/2261, K. 1996/5790, **YKD**, Nisan 1997, Cilt/Sayı: 23/4, p. 582.
[48] E. 1994/12170, K. 1994/19856, K.T. 6.12.1994, **YKD**, Mart 1995, Sayı: 3, C. 21, p. 416.

gözükmemektedir. Bu konuda Yargıtay 4. Hukuk Dairesi verdiği kararda[49] söz konusu sözleşmelerin usulüne uygun olarak iç hukukumuza aktarıldığından hareketle kanun hükmünde olduklarını kabul edip bu sözleşmelere dayanarak kamu görevlilerinin sendikal kurabileceklerine karar vermiş, bu karar yerel mahkemenin direnmesi üzerine Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca incelenmiş ve söz konusu Sözleşme hükümlerinin doğrudan uygulanabilir olmadığına karar verilerek yerel mahkemenin direnme kararı onanmıştır: *"TBMM'ce kanunla kabul edilen bu sözleşmeler, doğrudan doğruya konuyu düzenlememekte üye ülkelere gerekli düzenlemeyi yapmak görevini yüklemektedir. Bu sözleşmelerin kabulünden sonra da henüz kamu görevlileri sendikası ile ilgili düzenleme yapılmadığından dava konusu sendika tüzel kişilik kazanmamıştır..."*[50]. Aynı Sözleşmelerle ilgili Yargıtay 8. Ceza Dairesi verdiği bir kararında ise, *"Türkiye'nin de taraf olduğu bu sözleşmelerin İç Hukukumuzla bütünleşerek bağlayıcılık kazandığı, yasa koyucunun onayladığı sözleşmelerin kural olarak Devlet memurlarına sendika kurma hakkını verdiği, bu itibarla davaya konu memur sendikalarının tüzel kişilik kazanmış olduğu..."* na karar vermiştir[51].

2. Milletlerarası Örf ve Adet Hukuku Kurallarının Türk Hukukundaki Yeri

Türk hukukunda, milletlerarası örf ve adet kuralları ile iç hukuk arasındaki ilişkiler sorunu, Lozan Andlaşması ile kapitülasyonların milletlerarası alanda da ilga edilmesi ve laik hukukun kabulü ile ortaya çıkabilmiştir[52]. Lozan Andlaşması'nın getirdiği düzende, kapitülasyonların kaldırılmasından sonra, geçerli olan hukuk düzeninin milletlerarası hukukun normal düzeni olduğu hususu teyit edilmekle beraber, bu düzenin kurallarının uygulanması fiilî bir mütekabiliyet şartına bağlanmıştır[53]. Bu gelişime bakılarak, Türkiye Cumhuriyet uygulamasında, milletlerarası örf ve adet kurallarının uygulanmasının hukukî esasının Lozan Andlaşması'na dayandığı yani *ahdî* olduğu söylenebilir[54].

---

[49] Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 1993/7488, K. 1994/1016, K.T. 14.2.1994: yine aynı dairenin aynı yönde başka bir kararı için bakınız: E. 1993/8217, K. 1994/6585, K.T. 11.7.1994, **YKD**, Cilt:21, Sayı: 1, 1995, p. 24.

[50] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 1995/4-367, K. 1995/550, K.T. 24.05.1995.

[51] Yargıtay 8. Ceza Dairesi, E. 1995/17577, K. 1996/2011, K.T. 12.2.1996.

[52] Toluner, **ilişkiler**, p. 684.

[53] Toluner, **ilişkiler**, p. 685. Yazara göre, bu mütekabiliyet şartının getirilme nedeni, kapitülasyonların dolaylı yoldan tekrar ihdasının önlenmesi endişesi olsa gerektir (**loc. cit.**).

[54] Yazara göre, Cumhuriyetin ilânından sonra diğer devletlerle yapılan Dostluk ve Konsolosluk Andlaşmalarında, diplomatik ilişkilerinin "hukuku düvel esaslarına tevfikan" yürütüleceği, taraf devlet temsilcilerinin mütekabiliyet şartıyla, milletlerarası hukuk uyarınca muamele göreceği hususunun hemen hemen istisnasız olarak belirtilmesi, milletlerarası örf ve adet hukukunun uygulanması esasının ahdî olduğu tezini doğrular niteliktedir (**loc. cit.**).

Düalist görüşün etkisinden uzak olarak oluşan Türk hukuku uygulaması, mahkemenin yetkilerini belirleyen kanun hükümlerinde bir açıklığın bulunmamasına ve uygulanacak hukuk kaynakları arasında milletlerarası örf ve adetin zikredilmemiş olmasına rağmen, bu kaynağa müracaat konusunda bir sakınca duymamış ve bir işlemi "usul ve kanun" gibi, "devletler hukuku ilkeleri" uyarınca değerlendirmekte olduğunu belirtmekte bir engelle karşılaşmamıştır. Bu tutum, bir milletlerarası hukuk kuralının, niteliği itibariyle, millî alanda kendiliğinden uygulanmasında bir imkânsızlık bulunmadığını belirtmesi açısından aydınlatıcıdır[55].

Türk hukukunda milletlerarası örf ve adet kurallarının iç hukuktaki yeri konusunda genel bir düzenleme olmayıp sadece Anayasa'nın 15, 16, 92. maddelerinde milletlerarası hukuka yapılan atıf nedeniyle dolaylı olarak milletlerarası örf ve adet kurallarının Türk hukukundaki yerine dair bir atıf vardır[56]. Anayasa'nın bu maddeleri kapsamına giren konulardaki milletlerarası örf ve adet kurallarının iç hukuk kurallarına üstünlüğü söz konusu olacaktır[57].

Türkiye uygulamasında, bir milletlerarası örf ve adet kuralı ile çatışan hükümler getiren sonraki tarihli bir kanunun hukukî değeri sorunun tartışıldığı bir yargıya rastlamadığını belirten *Toluner*, Anayasa'nın, yabancıların hak ve hürriyetleri konusundaki kurallar dışında, bu kurallara üstün bir değer tanımadığına göre, bu durumda, diğer devletlerin uygulamalarında kabul edilmekte olan çözüme uygun olarak çatışmayı giderecek bir yorum benimsenmeli; yasama organının örf ve adet kuralına aykırı bir çözüm getirmek niyeti açıkça anlaşılıyorsa, devletin siyasi organlarının sonraki iradesine üstünlük tanınması gerektiğini belirtir[58].

Hukukun genel ilkelerine ilişkin değerlendirme konusunda ise, doktrinin bir bölümü bunların örf ve adet kurallarından ayrı olmadığı kanaatindeyken, bunları bağımsız bir kaynak olarak ele alanlar ise iki gruba ayırmaktadır: 1)Milletlerarası hukuklarla iç hukuklarda ortak olan hukukun genel ilkeleri. 2) Milletlerarası hukuka özgü genel hukuk ilkeleri[59]. İç hukukumuzda varolan genel hukuk ilkeleri açısından bu kurallar kendilerini içeren iç hukuk

---

[55] **Ibid.**, p. 695.
[56] Aslan Gündüz, **Temel Belgeler...**, p. 152.
[57] Pazarcı, **op. cit.**, p. 33; Gündüz, **loc. cit.**; Özbudun, **op. cit.**, p. 356.
[58] Toluner, **ilişkiler**, p. 696.
[59] Pazarcı, **op. cit.**, p. 33.

işlemi çerçevesinde değerlendirilecek, milletlerarası hukuka özgü olanlar ise milletlerarası örf ve adet kuralları için yapılan değerlendirmelere tâbi olacaktır[60].

Bu konuyla ilgili olarak doktrinde *Yüzbaşıoğlu*, 1961 ve 1982 Anayasaları döneminde verilmiş iki Anayasa Mahkemesi kararına atıfta bulunarak, bu kararların milletlerarası hukukun millî hukuka üstünlüğünü açıkça vurgulamış olduğunu ileri sürmektedir[61]. Yazarın atıfta bulunduğu kararların ilgili kısımları şöyledir:

"Devletimiz, Anayasa'nın 2'nci maddesinde ifade edildiği gibi bir hukuk Devleti'dir. Kanunlarımızın, Anayasa'nın açık hükümlerinden önce hukukun, bilinen ve bütün uygar memleketlerce kabul edilen, prensiplerine uygun olması şarttır."[62]

"Hukuk devletinin, Anayasanın açık hükümlerinden önce, hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerin benimseyip uyduğu ilkelere uygun olması gerekir...Hukuk devleti...insan haklarına saygı gösteren, bu hak ve özgürlükleri koruyup, güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup, bunu geliştirerek sürdüren...hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve hukukun üstün kuralları ile kendisini bağlı sayıp yargı denetimine açık olan, yasalar üstünde yasa koyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri ve Anayasa bulunduğu bilincinden uzaklaştığında geçersiz kalacağını bilen devlettir..."[63]

"Milletlerarası hukuku, Devletlerin taraf oldukları iki veya çok taraflı andlaşmalar, milletlerarası teamüller (örf ve adet), medeni milletlerce kabul edilen ve temel hukuk prensiplerinden bulunan, iyiniyet, ahde vefa, kazanılmış haklara saygı, Devletler Hukukunun iç hukuka üstünlüğü ilkeleri ve yardımcı kaynak sayılan ilmî ve kazaî içtihatlar oluşturmaktadır"[64]

Buradan hareketle yazar, AYM'nin "hukukun bilinen ve tüm uygar ülkelerin benimseyip kabul ettiği ilkelerini" Anayasa üstü ölçü norm değerinde kabul ettiğini ve hatta, "Devletler hukukunun iç hukuka üstünlüğü ilkesini hukukun genel ilkesi olarak kararlarında kabul etmiş..." olduğunu, bu durumda, milletlerarası hukukun asli ve en önemli kaynağı

---

[60] **Loc. cit.**
[61] Necmi Yüzbaşıoğlu, **Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku**, İÜHF yayın no. 703, İstanbul, 1993, p. 5.
[62] E. 1963/166, K. 1964/76, Karar tarihi: 22.12.1964, **AMKD**, Sayı 2, p. 291.
[63] E. 1985/31, K. 1986/11, Karar tarihi: 27.3.1986, **AMKD**, Sayı 22, pp. 119-12.
[64] E. 1984/14, K. 1985/7, Karar tarihi: 13.6.1985, **AMKD**, Sayı 21, p. 168; E. 1986/18 M, 1986/24, Karar tarihi: 9.10.1986, **AMKD**, Sayı 22, p. 255.

saydığı milletlerarası andlaşmalara, hukuk mantığı olarak daha kolaylıkla Anayasa-üstü ölçü norm değeri vermesi beklendiğini ileri sürmektedir[65].

Bu görüşe karşı olarak Özbudun, AYM'nin anılan kararlarında herhangi bir milletlerarası hukuk kuralının bağımsız ölçü norm olarak değil, ancak destek ölçü norm olarak kullanılmış olduğuna işaret etmek gerektiğini, Mahkemenin, milletlerarası hukukun millî hukuka üstünlüğü ilkesini, Türk hukuku bakımından geçerli bir ilke olarak ilân etmemiş olduğunu bu ilkeye sadece milletlerarası hukukun kaynaklarını sayarken değindiğini belirtmektedir[66].

Kanaatimizce, bu tartışmada göz önünde bulundurulması gereken temel mesele, milletlerarası hukukun üstünlüğü ilkesinin, milletlerarası hukuk açısından bir ilke olduğu, yoksa iç hukukta milletlerarası hukukun üstünlüğünü öngören temel bir ilkenin varlığının milletlerarası hukukta söz konusu olmadığıdır. Bu sebeple, milletlerarası hukukun üstünlüğü ilkesinden hareketle iç hukukumuzda milletlerarası hukuk kurallarının ve dolayısıyla andlaşmaların yasaya ve hatta anayasaya üstün olduğunu ileri sürmek, var olan bir ilkeye kendisi içinde var olmayan bir anlamı yüklemek demektir. Sanırız ki, iç hukukumuzda andlaşmaların üstünlüğü tezinin savunanların en temel yanılgısını bu milletlerarası hukuk ilkesinin, milletlerarası hukuk içindeki anlamını tam olarak anlayamamış olmaları ve bu konudaki gerek milletlerarası hukuk uygulaması gerekse millî hukuklardaki uygulamaları dikkate almadan belki de bir temenniyi gerçekmiş gibi kabul etmeleridir[67].

---

[65] Yüzbaşıoğlu, **op. cit.**, pp. 6-7, 11, 15; Ancak yazarın daha sonraki tarihli bir makalesinde İHAS'nin Türk hukukundaki yerini değerlendirirken, "Anayasa hükmü ile Sözleşme hükmü çatıştığında, Anayasa'nın uluslararası hukuka yollama yapan hükmünü üstün sayıp, Sözleşme ile çatışan hükmü ihmal etmek demek, Anayasa kuralları eşdeğerde değildir, sonucunu doğurur ki; bunun da Anayasa hukuku tekniği bakımından savunulması kolay değildir" diyerek, Anayasanın üstünlüğünü ifade etmektedir. Bu anlamda milletlerarası hukukun üstünlüğü ilkesini anayasa kurallarının altında yer alan kurallar açısından ileri sürmektedir (Necmi Yüzbaşıoğlu, "Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine". **İnsan Hakları Merkezi Dergisi**, Cilt: II, Sayı:1, Mayıs 1994, p. 35).

[66] Özbudun, **op. cit.**, p. 355.

[67] Bu konuda en etraflı ve yetkin çalışma olarak halen geçerliliğini koruyan, Prof. Toluner'in "Milletlerarası Hukuk İle İç Hukuk Arasındaki İlişkiler" adlı, milletlerarası hukuk-iç hukuk ilişkiler sorununu gerek milletlerarası hukuk gerekse millî hukuklar açısından derinlemesine incelediği eserinde ulaşılan sonuçların değerlendirilmesi, akademik bir borçtur kanaatindeyiz.

B. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin Türk Hukuk Hukukundaki Yeri

1. Doktrin

Türkiye, Sözleşme'yi 4.11.1950 tarihinde imzalamış, TBMM'nin 10 Mart 1954 gün ve 6366 sayılı kanunla[68] onaylamayı uygun bulmasından sonra 18/05/1954 tarihinde onay belgesini depo merciine ulaştırmış ve Türkiye açısından Sözleşme bu tarihten itibaren yürürlüğe girmiştir[69]. Komisyon ve Divanı birleştirerek daimî olarak çalışan tek bir mahkeme öngören ve bu mahkemenin (İHAM) yargı yetkisinin kabulünü zorunlu hale getiren 11 No'lu Protokolü imzalayıp onaylayarak Mahkemenin yargı yetkisini, artık süresiz olarak, tanımış olmaktadır[70].

Sözleşme ile güvence altına alınan haklar gerek 1961, gerekse 1982 Anayasaları tarafından esas itibarıyla güvence altına alınmıştır[71]. İHAS'nde yer alan pek çok hak, kimi kısıtlamalar olmakla beraber 1982 Anayasası'nda benzer bir şekilde düzenlenmiştir (Örneğin 1982 Anayasa madde 15 ile İHAS madde 15, Anayasa madde 17 ile Sözleşme madde 3, Anayasa madde 38 ile Sözleşme madde 7 gibi)[72]. Ancak Anayasa'nın Sözleşme'yle tamamen uyumlu olduğu da söylenemez[73].

---

[68] **R.G.** 19 Mart 1954, sayı: 8662.

[69] Türkiye Sözleşmeye ek protokollerden: 1 (imza: 20/03/192, onay: 18/05/1954), 2 (imza: 06/05/1963, onay: 25/03/1968), 3 (imza: 06/05/1963, onay: 25/03/1968), 5 (imza: 14/05/1971, onay: 20/12/1971), 8 (imza: 04/02/1986, onay: 19/09/1989) ve 11 (imza: 11/05/1994, onay. 11/07/1997) numaralı protokolleri imzalayıp, onaylamış; 4 (imza: 19/10/1992), 7 (imza: 14/03/1985), 9 (imza: 06/11/1990), 12 (imza: 18/04/2001) numaralı protokolleri imzalamış ama henüz onaylamamış; 6 (belli durumlar dışında ölüm cezasının kaldırılmasını öngören protokol), 10 ve 13 (bu protokol ölüm cezalarının her türlü şartta tamamen kaldırılmasını öngörüyor) numaralı protokolleri ise henüz imzalamamıştır (bakınız: the chart of signatures and ratifications, http://conventions.coe.int/treaty/EN/cadreprincipal.htm).

[70] Türkiye önceki sistemde, 28/01/1987 tarihli 11439 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla 2201/1990 tarihinde geçerli olmak üzere Komisyon'a bireysel başvuru hakkını, 25/09/1989 tarih ve 14563 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla da Divan'ın yargı yetkisini tanımıştı. Süreli olan bu tanıma beyanları belirli sürelerle uzatılmaktaydı.

[71] A. Şeref Gözübüyük, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı", **İnsan Hakları Yıllığı**, Cilt: 9, 1987, p. 5.

[72] Yılmaz Aliefendioğlu, "Anayasal Normlar Hiyerarşisinin Temel Hakları Koruma İşlevi", **VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı: Türk Ananaya Mahkemesi Raporu**, 7-10 Mayıs 1990, 2. Cilt, Türk Anayasa Mahkemesi yayınları no. 17, p. 33; Yüzbaşıoğlu, **Avrupa...**, p. 29. Bu konunun geniş bir değerlendirmesi için bakınız: Süheyl Batum, **Avrupa İnsan Hakları Sözlemesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri**, İstanbul, 1993, p. 3 vd.

[73] Yüzbaşıoğlu, **loc. cit.**

Bilge, 1982 Anayasası'nın 4. maddesinden hareketle, Türkiye Cumhuriyetinin temel niteliklerinden birisi olan insan haklarına saygı ilkesinin değiştirilemez olduğunu belirterek, Anayasa ile bile değiştirilemeyecek olan insan haklarına saygı ilkesinin bir kanunla hiçbir biçimde ortadan kaldırılamayacağını ve bu durumda hiçbir Türk kanununun Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı olamayacağını, olanların zımnen veya Anayasa Mahkemesi kararı ile iptal edilebileceğini söylemektedir[74]. Yazar'a göre, İHAS, gerek Anayasamızdaki ilkelerin varlığı, gerekse özel bir nitelikte milletlerarası andlaşma olması nedenleri ile, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlar ve Sözleşmeye aykırı Türk kanunları ve uygulamaları söz konusu olamaz[75]. Sözleşmeye aykırı olan kanunu hakimin Anayasa Mahkemesi kararına sunması gerekir[76].

Batum, Türkiye'de andlaşmaların imzalandıktan sonra, TBMM'nin onaylamayı bir yasa ile uygun bulması ve Cumhurbaşkanı'nca onaylanıp yayınlatılması ile millî hukuk düzenine "bir yasa değerinde olarak" dahil olduğunu ancak, diğer yasalar gibi Anayasa Mahkemesi'nde iptal edilmeleri ihtimaline yer verilmemiş olduğundan, olağan yasalardan, niteliği itibarı ile farklı olduğunu belirterek, İHAS'nin Türk hukukundaki yerine ilişkin olarak şu görüşleri ileri sürmektedir:

"Ancak, Devletin, bu denli ayrıntılı, belirgin hükümlerle bağlandığı bir sözleşmeden, daha sonra, Sözleşme Uluslararası Hukuk'un parçası olarak devam ederken, bir İç Hukuk işlemi olan yasa ile ayrılabileceğini söylemek mümkün değildir. Bu nedenle, Sözleşme'nin, hukuken yasa değerinde sayılmasına karşın, yasanın üstünde yer alması, zorunludur. Ancak, hemen belirtilmesi gerekir ki, bu zorunluluk özellikle yasama organına karşı değildir, (diğer bir söyleyişle yasama organını, egemenliğin kendine düşen bölümünü kullanarak, Anayasa hükümleri içinde kalmak koşulu ile, sözleşmede istediği değişiklikleri yapmaktan alıkoyamaz) bu zorunluluk daha çok mahkemelere, özellikle de, Parlamento tarafından yapılan yasaların Anayasa'ya uygunluğunu denetlemekle (yükümlü ve) yetkili olan Anayasa Mahkemesine düşmektedir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi, birçok kararında görüldüğü üzere, 90. maddenin (1961 Ay. Mad 65) hükmünü, bu çerçevede değerlendirmekte ve Sözleşme hükümlerine, yasalar önünde üstünlük tanımaktadır.

Bu kararlarında, Anayasa Mahkemesi Parlamentonun yaptığı olağan yasaların ve hatta Anayasa değişikliği içeren yasaların Anayasa'ya uygunluğunu denetlerken "Avrupa İnsan Hakları

---

[74] A. Suat Bilge, "İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri". **Ankara Barosu Dergisi**, Cilt: 6, 1989, p. 990.
[75] **Ibid.**, p. 987.
[76] **Ibid.**, p. 989.

Sözleşmesini" –ölçü norm- olarak kullanmıştır. Her ne kadar bu kararlarda sözleşme destek norm olarak kullanıldıysa da, eğer Sözleşme'ye tam bir yasa değeri verse idi, her ne şekilde olursa olsun, ölçü norm olarak kullanılması imkânsızdı."[77]

Yazarın muhakemesini takip etmek güç olmakla beraber, sanırız Sözleşme'nin "*hukuken yasa değerinde*" olmasından kastı, Anayasa'nın "*kanun hükmünde*" olması ibaresinin karşılığı olarak ve bu ifadenin andlaşmaların yasalarla eşdeğerde olduğunu ifade etmek için kullanılmayıp, mahkemelerin andlaşmaları uygulayıp uygulamama noktasındaki kuşkularını ortadan kaldırmak gayesiyle andlaşmaların iç hukukta hukukî değerinin ve bağlayıcılığının olduğunu ifade etmek için kullanıldığını ileri süren tezin[78] kabulü anlamında olsa gerektir. Yoksa kurallar kademesinde hukuken yasa değerinde sayıp, sonra yasanın üstünde yer alması zorunludur demek mümkün değildir. Yazarın yasa üstünde olması zorunluluğunun yasama organına karşı olmadığı şeklindeki ifadesi, konunun esasen can alıcı noktasına temas etmektedir. Çünkü, milletlerarası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkiler (özelde de andlaşmaların iç hukuktaki değeri, uygulanması ve kurallar kademesindeki yeri sorununun) temelinde yatan gerçeğin, *Toluner*'in çoğu yerde atıfta bulunduğumuz, konuyla ilgili eserinde[79] ileri sürdüğü yetki meselesi ile ilgili olmasıdır. Burada yazarın yasama organının andlaşmaya aykırı bir kanun çıkarması imkânını kabul etmek zorunda kalması da, yasama organın bu yetkisinin (kuvvetler ayrılığı ilkesi çerçevesinde yasama yetkisinin), bu organın iradesi ve Anayasa hükümleri dışında sınırlanamayacağı gerçeğidir. Yasama organının yetkisine giren bir konuda düzenleme getiren herhangi bir andlaşma, akdi sırasındaki yetki konusunda bu organın yetkisi göz önünde bulundurulduğu ölçüde iç hukukta uygulanmaktadır (yani, mahkemeler yasama organının bir şekilde iradesinin bulunduğu durumlarda andlaşmaları uygulamakta zorluk çekmemektedir). Yasama organının yetki alanına giren bir konuda bu yetki göz önüne alınmadan akdedilen bir andlaşmanın veya yasama organının andlaşmaya aykırı sonraki bir iradesinin varlığı halinde ise, andlaşmaların bu iradeye rağmen uygulanması mümkün görünmemekte ve bu durumda mahkemeler zorlanmaktadır. Yasama organının bu yetkisi sadece yasaların anayasaya aykırılığının denetiminde bir sınırlamaya tâbi olduğu için, anayasaya uygun olarak ortaya çıkmış bir yasama iradesinin kuvvetler ayrılığı prensibi çerçevesinde bu konuda yargı ve yürütme

---

[77] Batum, **op. cit.**, p. 56; *Bilge*'ye atfen, Turgut Tarhanlı, " 'Bilinçaltındaki' Devlet Haklarından İnsan Haklarına: Türkiye Hukuk Düzeninde Uluslararası Hukuk", **Edip Çelik'e Armağan: Değişen Dünyada İnsan, Hukuk ve Devlet**, İstanbul, 1995, p. 367.

[78] Çelik, **Milletlerarası...**, p. 111; Yüzbaşıoğlu, **Avrupa...**, p. 34.

[79] Toluner, **ilişkiler**, *passim.*

organını bağladığına göre, Anayasa'da açıkça öngörülmedikçe andlaşmalar karşısında bu iradenin yok sayılması mümkün görünmemektedir. Bu nokta yine yazar tarafından, Sözleşme'nin mahkemeler önünde doğrudan uygulanabileceğinin açık olduğu belirtildikten sonra, Sözleşmeyle aynı konuyu düzenleyen bir yasanın varlığı durumunda ne yapılması gerektiği şu şekilde değerlendirilmektedir:

"Sorun, İnsan Hakları Sözleşmesi'nin idarî ve adlî mahkemeler önünde kullanılması konusuna gelince, farklılaşmaktadır, çünkü her şeyden önce, Sözleşme, hukuken yasa hükmündedir. Bu nedenle, Sözleşmeden sonra, aynı konuyu düzenleyen bir yasa yoksa (ya da aynı konudaki yasalar, Sözleşmeden önce yapılmışsa), mahkemeler önünde, bir idarî işlemin ya da eylemin denetlenmesi konusunda, Sözleşme doğrudan doğruya kullanılabilir (doğrudan uygulanabilir bir hüküm olmak koşulu ile).

Ancak, 1961 ve 1982 Anayasaları, Sözleşmeden sonra yapılmış ve aynı hak ve özgürlüklere yer vermişler ve uygulama yasaları da yapılmıştır. İşte, bu doğrultuda, Sözleşmeden sonra yapılan, aynı alanı düzenleyen ve Sözleşmeye tamamen aykırı hükümler içeren bir yasanın bulunması durumunda, mahkemelerin (sorunu, Anayasa'nın 152. maddesi doğrultusunda Anayasa Mahkemesine göndermekten başka) yetkisi yoktur."[80]

Yazarın Sözleşmeye aykırı sonraki kanun konusunda mahkemelerin ancak bekletici mesele yaparak itiraz yoluyla (Anayasa madde 152) konuyu Anayasa Mahkemesine götürmekten başka yetkilerinin olmadığını belirtirken, sanırız Sözleşme ile düzenlenen hakların çoğu noktada Anayasa'da da yer almasından dolayı, Sözleşmeye aykırı olan kanunun Anayasa'ya da aykırı olacağını varsayarak bunu ileri sürmektedir. Yoksa, kanunun Anayasa'ya aykırı olmadığını ama Sözleşme'yi ihlâl ettiğini düşünen mahkemelerin Anayasa'nın 152. maddesindeki itiraz yoluna başvurmalarını ileri sürmek kanımızca doğru olmaz. Bizce de İHAS bakımından çoğu durumda Sözleşmeye aykırı olan kanun Anayasa'ya da aykırı olacaktır. Ancak bu Sözleşme'nin, genel anlamda da andlaşmaların, kanunlara üstün olduğunu göstermez. Burada Anayasa'nın üstünlüğü söz konusudur. Az bir ihtimal de olsa, Anayasa'ya uygun ama Sözleşmeye aykırı bir sonraki kanunun mevcudiyeti durumunda, yargı organlarının yasama organının sonraki iradesini yok saymaları mümkün değildir. Sadece, çoğu uygulamada benimsenmiş olan yorum kuralları ile kanunu andlaşmaya uygun yorumlamaları söz konusu olacaktır ama açıkça bu mümkün değilse kanunu uygulamak durumunda kalırlar.

---

[80] Batum, op. cit., p. 57.

Gölcüklü ve *Gözübüyük*'e göre, Sözleşme kanunların ve hatta Anayasa'nın da üstündedir. Yazarlara göre, Sözleşme'nin Anayasa'ya aykırılığı iddia edilmez ve bunun doğal sonucu ise, Sözleşme Anayasa'ya aykırı olsa bile uygulanır. Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülemeyen Sözleşme'nin yasaya aykırılığı nedeniyle uygulanamaması Anayasa'nın getirdiği sisteme ters düşer. Sözleşme'den sonra yürürlüğe giren Anayasa, Sözleşme'yi değiştiremeyeceğini, buna karşın Sözleşme'den sonra yürürlüğe giren bir yasanın Sözleşme'yi değiştirebileceğini kabul etmek çelişkili bir yaklaşım olur. Andlaşmanın yasa değerinde olduğunu söylemek, andlaşmanın kanun olduğu anlamına gelmez. Andlaşma, yasaya göre olan özelliklerini korur. Milletlerarası hukuk bakımından da Sözleşme Türkiye'yi bağlayan bir andlaşmadır. Sözleşme bu yönden de bir yasa ile değiştirilemez. Andlaşmalar, kendi koyduğu kurallara göre bozulabilir ya da değiştirilebilir. Sözleşme bozulmadıkça, bir yasa ile tek yanlı olarak değiştirilemez. Kaldı ki, bir devlet milletlerarası andlaşmayı tek yanlı olarak da değiştiremez. Sözleşme'den sonra çıkan Anayasa, ya da yasa ile, ne açıkça, ne de üstü kapalı bir biçimde Sözleşme'de değişiklik yapma olanağı yoktur. Bu gibi durumlarda Sözleşme yürürlüktedir; hukuksal sonuçlarını hem millî hukukta, hem de milletlerarası hukukta doğurmaya devam eder[81].

Akıllıoğlu da, Anayasa'nın eksenini oluşturduğunu söylediği "insan haklarına saygı" ilkesinin sadece İHAS'nin değil, bütün milletlerarası insan hakları normlarının anayasal değerde olduğunun kabulünü zorunlu kıldığını ileri sürmektedir[82].

Yüzbaşıoğlu'na göre, Anayasa'nın 2. maddesinin "insan haklarına" yollama yapması, 2. ve 15. maddelerin birlikte yorumundan çıkan sonuç, insan haklarına ilişkin milletlerarası andlaşmaların milletlerüstü hukuk kuralı olarak, Türk hukuk düzeninde en üstte yer aldığıdır; yani Türk hukuk düzeninde, kurallar kademesinde, İHAS ve insan hakları belgeleri Anayasa üstü değer taşır. Bu konuda teorik planda hiç kuşku olmadığını söyleyen yazar, uygulamada da, *lex posterior* kuralını uygulamanın anlamı olmadığını, çünkü, insan hakları hukukuna ilişkin andlaşmaların, ister önce, ister sonra yapılsın, kurallar kademesinde anayasa ve kanunların üstünde olduğunu belirtmektedir[83]. Ancak yazar bu görüşünü kurallar

---

[81] Gölcüklü/Gözübüyük, **op. cit.**, p. 21.
[82] Tekin Akıllıoğlu, "Uluslararası İnsan Hakları Kurallarının İç Hukukta Yeri ve Değeri", **İnsan Hakları Merkezi Dergisi**, Cilt I, Sayı: 2-3, Mayıs-Eylül 1991, p. 41.
[83] Yüzbaşıoğlu, **Avrupa...**, p. 34.

çatışması ile ilgili ihtimalleri değerlendirirken değiştirmiş görünmektedir[84]. Birinci ihtimal olarak, Sözleşme ile düzenlenen konuda kanun ve Anayasa'da açık bir düzenleme olmaması durumunu öngören yazar, bu durumda çatışmanın olmadığını, Sözleşme'nin Anayasa'nın 90. maddesi gereği kanunlar gibi doğrudan uygulanacağını ifade etmektedir. İkinci ihtimal olarak ise, Sözleşme ile kanun arasında çatışma olması durumunu öngören yazar, bu durumda ise Anayasa hükümlerine bakarak çözüm aranması gerektiğini, Anayasa ile Sözleşme uyumlu ise, bu durumda kanunun Anayasa'ya aykırılığı sorunun var olduğunu ve Anayasa'nın bu konuda öngördüğü prosedüre göre sorunun çözülmesi gerektiğini; Anayasa'da açık bir hükmün olmaması durumunda da yine Anayasa'nın 2. maddesinin "insan haklarına saygılı devlet" ve hukuk devleti ilkelerinden hareketle kanunun dolaylı olarak Anayasa'ya aykırılığının söz konusu olacağını ve yine Anayasal prosedürün işleyeceğini, mahkemelerin konuyu Anayasa Mahkemesine getirmeleri gerekeceğini belirtmektedir[85]. Anayasa'nın kanunla uyumlu fakat Sözleşmeyle çatışması durumunda ise, Sözleşme'nin "milletlerarası hukukun üstünlüğü ilkesi" gereği Anayasa'nın Sözleşmeye uygun yorumlanması, fakat yorum yöntemi ile çatışma giderilemeyecek boyutta ve açıklıkta ise, Anayasa'yı ihmal edip Sözleşme'yi uygulamanın Anayasa hukuku tekniği bakımından savunulmasının kolay olmadığını kabul etmekte ve böylece önceki sayfalarda savunduğu Sözleşme'nin ve insan hakları normlarının anayasa üstülüğü tezinden vazgeçmiş olduğu ya da bu tezinin pozitif hukuk için öngörülmüş olmayıp, olması gereken hukuk için (*de lege feranda*) öngörülmüş olduğu sonucu çıkmaktadır. Çünkü yazar açıkça Sözleşme ile Anayasa'nın çatışması durumunda Anayasa'nın ihmal edilip Sözleşme'nin uygulanmasının birçok Anayasa problemini beraberinde getireceğini, çünkü, her şeyden önce Anayasa'nın şeklî ve maddi anlamda üstünlüğünün söz konusu olduğunu, katı anayasa sistemlerinde, anayasayı ihmal edip, Meclisin basit çoğunluğunun iradesi ile yürürlüğe giren sözleşmeyi uygulamanın Anayasa'nın şeklî üstünlüğü ile bağdaşmayacağını, bu durumda Anayasa'nın milletlerarası hukuka yollama yapan hükmünü üstün sayıp Sözleşme'yi uygulamanın da Anayasal kuralların eşdeğerde olmadığı anlamına geleceğini, ki bunun Anayasa hukuku tekniği bakımından savunulmasının

---

[84] Bakınız: **ibid.**, p. 35.

[85] **Loc. cit.**; Yazarın gerekçelerine katılan *Selçuk* da Sözleşme'nin Anayasa üstünde olduğunu savunmaktadır. Hatta o kadar ki sonradan yapılan bir anayasa değişikliği ile dahi Sözleşmeye aykırı hüküm getirilemeyeceğini, çünkü Sözleşme'nin Anayasaya aykırılığı ileri sürülemediği için Anayasaya aykırı olsa bile uygulanacağını savunmakla beraber, Anayasanın değiştirilmesi önerilemeyecek hükümleri açısından bu üstünlüğün geçerli olmayacağını ileri sürerek Anayasa kurallarının eşdeğerde olmadığını söylemiş olmaktadır. Sözleşme'nin TBMM'de oybirliği ile kabul edildiği için Anayasanın biçimsel üstünlüğü sorunun da en azından Sözleşme açısından aşılmış olduğunu belirtmektedir (Sami Selçuk, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Uygulaması", **Yargıtay Dergisi**, Cilt: 25, Sayı: 3, Temmuz-1999, pp. 410, 412).

kolay olmayacağını belirterek son tahlilde Anayasa'nın üstünlüğünü kabul etmiş görünmektedir[86].

Sözleşmeye üstünlük tanıyan görüşleri eleştiren *Gözler*'e göre, bu yazarların görüşlerinin bir kısmı İHAS'nin ne kadar önemli olduğunu vurgulamaktadır. Bu yazarlara göre, muhtemelen İHAS'nin hükümlerinden bazıları, 1982 Anayasası hükümlerinden bazılarından daha değerlidir. Gözler, yazarların bu bakış açılarının hukukî değil, tamamen *moral* olduğunu, bu kanaatlerinden hiçbir hukukî sonucun çıkmayacağını, tartışılan noktanın İHAS'nin "moral" değeri değil, "hukukî" değeri olduğunu belirtmektedir. Yazar'a göre, bu görüşlerin bir kısmı da esas itibarıyla milletlerarası hukukun iç hukuk karşısında üstünlüğü yolundaki prensipten hareket etmektedirler. Ancak, milletlerarası hukukun üstünlüğü prensibinin müeyyidesi, milletlerarası hukuka aykırı olan iç hukuk normunun iptali değil, bu normların milletlerarası düzeyde ileri sürülememesi olduğunu. bu yazarların bu hususu görmezlikten geldikleri gibi, bir normun *iç geçerliği* ile *milletlerarası geçerliliği* kavramlarının birbirinden farklı olduğundan habersiz göründüklerini, iç geçersizliğin müeyyidesinin o normun iç yargı organları tarafından iptali olduğunu, milletlerarası geçersizliğin müeyyidesinin ise, iç yada milletlerarası yargı organları tarafından iptal değil, o normun milletlerarası düzeyde ileri sürülememesinden ibaret olduğunu belirtmektedir[87].

2. Uygulama

Türk Anayasa Mahkemesi, bugüne kadar vermiş olduğu kararlarında, İHAS'ni tek başına bağımsız ölçü norm olarak kullanmamış, Anayasa'nın 2. maddesindeki "İnsan haklarına saygılı (1961 Anayasası'na göre dayalı) devlet" ilkesinden hareketle, Anayasa hükümlerine destek ölçü norm olarak kullanmıştır[88]. Anayasa Mahkemesi'nin İHAS'ni bugüne kadar Anayasa'ya uygunluk denetiminde tek bağımsız ölçü norm olarak kullanmamasının nedeni olarak *Yüzbaşıoğlu*, Mahkemenin Anayasa'da yer alan "insan

---

[86] Selçuk, **loc. cit.**

[87] Kemal Gözler, "İnsan Hakları Normlarının Anayasaüstülüğü Sorunu", **Türkiye'de İnsan Hakları**, TODAİE yayın no. 301, Ankara, 2000, p.38.

[88] Yüzbaşıoğlu, **Avrupa....** p. 31; Batum, **op. cit.**, p. 162. Örneğin AYM 1980 yılında verdiği bir kararında şu ifadeyi kullanmıştır: "*...insanın içinde bulunduğu ulusun bireyi olması kadar, aynı zamanda insanlığın üyesi bulunması, çağımızda, insan hak ve özgürlüklerini yalnızca ulusal bir hukuk sorunu olmaktan çıkarmış ve ona evrensel bir anlam ve içerik kazandırmıştır. Bu bakımdan Anayasa'nın Başlangıcı ve 2'nci maddesi hükümleri gereği olarak İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ile İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ni de itiraz konusu kuralın değerlendirmesinde gözden uzak tutmaya olanak yoktur*" (E. 1979/38, K. 1980/11, Karar Tarihi: 29/01/1980, **AMKD**, Sayı: 19, p. 108).

haklarına saygılı devlet" ya da "hukuk devleti" ilkelerinden hareketle insan haklarına ilişkin bildiri ve sözleşmelere atıf yapmasını, yani Anayasa'nın açık düzenlemesi ile çatışmayan, ancak insan haklarına ilişkin bildiri ve sözleşmelere aykırı her kuralın dolaylı olarak da Anayasa'ya aykırı düşmesinden kaynaklandığını belirtmektedir[89]. Birçok kararında Anayasa Mahkemesi, şu tespite yer vermektedir:*"İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme kapsamındaki hak ve özgürlükler, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda da güvence altına alınmıştır."*[90] . Böyle olunca da denetlenen bir kuralın Anayasa'ya uygun olması, dolaylı olarak Sözleşme'ye de uygun olması anlamına gelmektedir. Başka bir ifadeyle, Anayasa Mahkemesi, haklarla ilgili incelediği olayda Anayasa'yı uygulamakla, bir anlamda Sözleşme'yi de uygulamış olmaktadır. Sözleşme'ye aykırı olan bir kanun, zaten Anayasa'ya da aykırı olacaktır, ya da tersi[91]. Nitekim Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 15. maddesiyle Sözleşme'nin 15. maddesini karşılaştırdığı bir kararında şu sonuca ulaşmıştır: *"Anayasa'nın 15. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15. maddesinin hemen hemen bir yinelenmesidir. Bu nedenle, olağanüstü yönetime ilişkin bir düzenleme ile hak ve özgürlüklere getirilen bir sınırlandırma Anayasa'nın 15. maddesine uygun görüldüğünde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne de uygun olacağı kuşkusuzdur."*[92].Anayasa Mahkemesi, aynı yaklaşımı siyasi parti davalarında da sergilemiştir. Örneğin Sosyalist Parti davasında Anayasa Mahkemesi, Sözleşme'deki hak ve özgürlüklerin Anayasa'da da güvence altına alındığını belirttikten hemen sonra şu tespite yer vermiştir: *"Sosyalist Parti'nin Anayasaya aykırı görülen dava konusu etkinliklerinin bu sözleşmede (İHAS) belirlenen kurallara da aykırı olacağı kuşkusuzdur."*[93]. Bu kararlardan da anlaşılacağı üzere Anayasa Mahkemesi, İHAS'nin kanunlara üstünlüğünü açıkça tanımayıp, anayasal denetimde yardımcı norm olarak kullanmış ve Anayasa'yı Sözleşmeye göre değil, bilâkis Sözleşmeyi Anayasa'ya göre yorumlamıştır demek yanlış olmaz[94].

---

[89] Yüzbaşıoğlu, **loc. cit.**

90 E.1997/1 (Siyasi Parti Kapatma), K. 1998/1, K.T.16.1.1998, **AMKD**, Sayı 34, Cilt:2, s.1050.

[91] Zühtü Arslan, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler", **Anayasa Yargısı**, Cilt: 17, AYM Yayınları No. 42, Ankara, 2000, p. 282.

[92] E.1990/25, K.1991/1, K.T. 10.1.1991, **AMKD**, Sayı 27/1, s.97; E.1991/6, K.1991/20, K.T.3.7.1991, **AMKD**, Sayı 27/1, s.395.

[93] E.1991/2 (Siyasi Parti- Kapatma), K.1992/1, K.T.10.7.1992, **AMKD**, Sayı 28/2, s.809. Anayasa Mahkemesi bu tutumunu diğer parti kapatma kararlarında da devam ettirmiştir. Bkz. E.1992/1 (Siyasi Parti -Kapatma), 1993/1, K.T.14.7.1993, **AMKD**, Sayı 29/2, s.1172; E.1993/1 (Siyasi Parti - Kapatma), K.1993/2, K.T.23.11.1993, **AMKD**, Sayı 30/2, s.919; E.1993/2 (Siyasi Parti-Kapatma), K.1993/3, K.T. 30.11.1993, **AMKD**, Sayı 30/2, s. 1031.

[94] Benzer değerlendirme için bkz. Arslan, **op. cit.**, p. 281 vd.

İHAS'nin Türk hukuk düzenindeki yeri üzerine en açık kararları Askeri Yüksek İdare Mahkemesi vermiş bulunmaktadır. Anayasa'nın Yüksek Askeri Şura kararlarını yargı denetimi dışında bırakan 125/2. maddesinin, Sözleşme'nin hak arama hürriyeti içeren 6/1. maddesine aykırı olduğu ve bu sebeple Anayasa kuralının ihmal edilip, Sözleşme hükmünün uygulanması yönündeki talebi reddettiği kararında, öğretideki görüşleri değerlendiren ve baskın olan görüşün İHAS'nin yasa değerinde olduğu yönündeki görüş olduğunu belirten mahkeme, andlaşmaların Anayasa'ya aykırılıklarının ileri sürülememesinin onlara kanunlar üstünde bir yer ve değer kazandırmayacağını belirterek, milletlerarası andlaşma ile Anayasa'nın çatışması durumunda mahkemelerin Anayasa hükmünü ihmal ederek andlaşma hükümlerini uygulamalarına hukuken olanak olmadığı, milletlerarası andlaşmalara aykırı olsa bile mahkemelerin Anayasa hükmünü uygulamak zorunda olduklarını. bu sebeple Anayasa'nın 125/2. maddesi hükmü ihmal edilerek, İHAS'nin 6 ve 13. maddeleri gereğince davacı hakkındaki Yüksek Askeri Şura kararının yargı denetimine tâbi kılınmasının mümkün olmadığına karar vermiştir[95].

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kararlarının aksine bir yorumu benimsediği daha önceki açıklamalarımızdan anlaşılacağı üzere Danıştay, milletlerarası andlaşmalara kanunlardan üstün bir değer tanımakta ve bu açıdan da İHAS'ne birçok kararında yer vermektedir. Örneğin, Danıştay 10. Dairesi bir kararında, Anayasa'da düzenlenmeyen kamu görevlilerinin sendikalaşma hakkının, İHAS 11. maddesinde güvence altına alındığını belirterek, idarenin, memurların sendika kurmaları ve sendikal faaliyetlerde bulunmalarının mümkün olmadığı yolundaki genelgesinin iptaline karar vermiştir[96]. Danıştayın bir yasa maddesinin –hatta anayasa maddelerinin- yorumunda Sözleşmeyi dikkate alarak, Sözleşmeye uygun yorum yoluna gittiğini gösteren kararlar da mevcuttur[97].

Yargıtay'ın İHAS'yle ilgili içtihadına örnek olarak İHAS'ni doğrudan uyguladığı ve TCK 39 ve CMUK 406 vd. maddeleriyle Sözleşme'nin ilgili maddesi arasında genel hüküm-özel hüküm ilişkisi olduğu gerekçesiyle Sözleşme hükmünü uygulayan Ceza Genel Kurulu kararını gösterebiliriz. Bu karara konu olan olayda, yerel mahkeme kararı hakkında Yargıtay

---

[95] AYİM, 1. D., 15.12.1998, E. 1198/1041, K. 1998/1059; aynı yönde AYİM, 1. D., 22.1.1998, E. 1997/147, K. 1998/200, **AYİMKD**, Sayı: 12, pp. 1143-1444.

[96] *"Kamu görevlilerinin sendikalaşma hakkı, 6366 sayılı Yasa ile onaylanan 'İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerini Koruma Sözleşmesi'nin 11. maddesinde güvence altına alınmıştır. Yasayla usulüne göre onaylanması nedeniyle iç hukuka intikal etmiş bulunan, Anayasanın 90. maddesine göre Anayasaya aykırılığı ileri sürülemeyecek uluslararası anlaşma niteliğindeki anılan sözleşmenin..."*(E. 1991/1262, K. 1992/3911)

[97] Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu Kararı, E. 1988/6, K. 1989/4, **R.G.**, 9 Şubat 1990, Sayı: 20428.

6. Ceza Dairesi; "*Anayasanın 90. maddesinde dayanağını bulan ve 4 Kasım 1950 tarihinde Roma'da imzalanıp, 3 Eylül 1953 tarihinden bu yana yürürlükte olup Türkiye tarafından da onaylanmış bulunan 'İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşme'nin 6/3-e maddesinde yazılı sanık olarak yargılanan kişinin 'duruşmada kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercüman yardımından meccanen faydalanmak hakkına sahiptir' hükmüne aykırı olarak, tercüman bilirkişi ücretinin sanıklara yükletilmesi yasaya aykırı olduğundan, tercüman ücreti çıkartılmak suretiyle hükmün düzeltilerek onanmasına*" karar vermiştir.

Bu karara karşı Yargıtay C. Başsavcılığı, "*Her ülke kendi ulusal mevzuatını uygulayacaktır. Yasalar, uluslararası sözleşmelere uygun hale getirilecektir. 1982 Anayasası'na göre antlaşmalar yasa gücündedir ve Anayasaya aykırılığı ileri sürülemez. Anayasada, anlaşmalara aykırı yasa çıkarılamayacağına dair hüküm olmadığından, ulusal yasalar her zaman uygulanacaktır. Sözleşmelerin doğrudan uygulanması yerine, iç hukukun sözleşme amaç ve ideallerine uyumlu hale getirilmesi ve uygulanması, hem uygulanabilirlik ve hem de diğer ülkelerin tatbikatının ortaya çıkardığı bir olgudur*" gerekçesiyle itiraz etmiş, bunun üzerine Ceza Genel Kurulu, Anayasa uyarınca usulüne uygun olarak onaylana Sözleşmenin yasa niteliğinde olduğunu belirterek, yargılama giderlerinin kime yükletileceğine ilişkin olan TCK 39 ve CMUK 406 ve devamı maddeleri yanında İHAS'nin 6/3-e maddesinin istisna hüküm olduğunu belirterek, Yargıtay C. Başsavcılığı'nın itirazını reddetmiştir[98].

C. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının Türk Hukukundaki Yeri

1. Genel Olarak

İkinci bölümde açıklamaya çalıştığımız üzere İHAM kararlarının niteliği üzerinde yine kısaca durmak gerekirse, Mahkemenin birçok kararında ifade edildiği üzere, Mahkemece Sözleşme'nin ihlâl edildiği kararının alınması. herhangi bir işlem yapılmadan, kendiliğinden iç hukuku etkilemez. Mahkeme kararı, Sözleşmeye aykırılığı saptanan işlemi ne iptal eder, ne değiştirir, ne de bozar. Mahkeme böyle bir yetkiye sahip değildir, yalnız dava konusu işlemin, ya da eylemin Sözleşmeye aykırı olduğunu, Sözleşme'nin ihlâl edildiğini beyanla yetinir.

[98] Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 1996/6-2, K. 1996/33, K.T. 12.3.1996, **YKD**, Cilt: 22, Sayı: 4, 1996, p. 621.

Buna mukabil, âkit devletler davada taraf oldukları kararlara uymakla ve bunların gereğini yerine getirmekle yükümlüdürler. Mahkemenin birçok kararında belirtildiği gibi, kararı yerine getirecek devlet, kararı yerine getirme yol ve yöntemini seçmekte serbesttir.

Mahkemenin görevi, 41. maddede (eski 50. madde) belirtildiği üzere, âkit devletin veya onun otoritesi altındaki organ veya kişilerin işlem veya eylemleri tarafından "Sözleşme'nin veya Protokollerin ihlâl" edilip edilmediğine karar vermek ve "ilgili âkit devletin iç hukuku ancak bu ihlâli kısmen giderme imkânı veriyorsa" zarara uğrayan tarafa hakkaniyete uygun bir tazminata hükmetmektir. Bu sebeple İHAM kararlarının temyiz niteliğinde bir etkiye sahip olması ya da taraf devlet organlarının herhangi bir kanun, mahkeme kararı veya başka bir işlemini iptal etme imkânı yoktur[99]. Yine mahkemenin, taraf devletten, belli bir ceza veya disiplin yaptırımını iptal etme, belli önlemleri alma gibi talepleri olamaz[100]. Kısaca, Mahkeme, Sözleşme'nin ihlâl edilip edilmediğini tespit eder ve eğer gerekliyse tazminata hükmeder. Kısaca Mahkemenin iki türlü kararı söz konusu olmaktadır; beyan edici nitelikte (ihlâlin varlığını tespit eden) kararlar ve eğer gerekli görülürse bu ihlâlden zarar gören taraf lehine hakkaniyete uygun bir tazminata (just satisfaction) hükmeden kararlar.

Türk hukuk uygulaması incelendiğinde İHAM kararlarına mahkeme kararlarında çok fazla atıf yapılmamakta, genelde Sözleşmeye atıf yapılmaktadır. Sözleşme Türk hukukunun bir parçası olarak uygulandığına göre İHAM kararları da Sözleşme hükümlerine açıklık getirdiği ölçüde, Türk Mahkemeleri tarafından Sözleşme hükümlerinin yorumu konusunda dikkate alınacaktır. Fakat bu mahkeme kararlarının doğrudan uygulanması anlamına gelmez. Zaten İHAM kararlarının yukarıda değindiğimiz üzere ihlâli tespit eden nitelikteki kararlarının hüküm fıkralarının bu anlamda icraî bir niteliği yoktur. Bu ihlâl, eğer bir yasa kuralının Sözleşmeye aykırılığından dolayı ise, İHAM kararının gereğini yerine getirmek Yürütme organı ve TBMM'ye düşmektedir. Türk mahkemelerinin bu konuda yapabilecekleri bir şey bulunmamaktadır. İHAM'nin tazminata ilişkin kararları ise, biraz daha farklı değerlendirilebilir. Çünkü bu nitelikteki kararların hüküm fıkralarında bir edimin yerine getirilmesi öngörülmekte, belli bir miktarın sorumlu devletçe ödenmesi öngörülmektedir. Bu

[99] Ress, **op. cit.**, p. 802; Velu, **op. cit.**, p. 566.
[100] Velu, **loc. cit.**

durumda şimdiye kadar Türkiye'nin *Loizidou*[101] davası dışında genellikle bütün tazminatları ödeme eğilimindedir[102]. Burada sorun, devlet bu tazminatları ödemediğinde bu kararların icrasının ne şekilde yapılacağıdır. İkinci sorun da, devletin mahkemenin tespit ettiği ihlâlden dolayı tazmin sorumluluğuna ilişkin olarak iç hukukta bir dava söz konusu olduğunda, İHAM'nin verdiği bu kararın kesin hüküm niteliği taşıyıp kişinin tekrar tazminat davası açmasını engeller nitelikte olup olmayacağıdır (Eğer iç hukuk yollarının tüketilmesi şartının yerine getirilmesi sırasında kesin hüküm olacak bir iç mahkeme kararı daha önceden alınmamışsa). Bu konu, İHAM kararlarının iç hukukta kesin hüküm niteliği taşıyan kararlar olarak kabul edilip edilmeyeceği ile ilgilidir.

Bu konuda -tazminata ilişkin olmasa da- İHAM kararının iç hukukumuzda gereğinin yerine getirilmesine ilişkin açılan bir davayı Anayasa Mahkemesi reddetmiştir. İHAM'nin Türkiye Birleşik Komünist Partisinin Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılma kararının Sözleşme'nin 11. maddesini ihlâl ettiği yönünde vermiş olduğu karar üzerine, kapatılan TBKP'nin Genel Başkanı ve Genel Sekreteri; "*İHAM önündeki davada tartışılan somut olay Anayasa Mahkemesi kararı olduğuna göre, bu çelişkiyi giderme yetkisinin de, öncelikle Anayasa Mahkemesi'nin görev alanına girdiği inancıyla, ... İHAM'nin kesin kararının CMUK 327.maddesinin 5.bendine göre, en azından 'yeni vakıalar veya yeni deliller' kapsamında değerlendirilmesini ve oluşan hukuksal çelişkinin ulusal hukuk içinde çözüme yol açmasını*" talep etmişlerdir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, "*İHAM'nin... 'Sözleşme'nin 11.maddesinin ihlâl edilmiş olduğuna' dair kararının, CMU'un 327.maddesinde sayılan yargılamanın yenilenmesi sebeplerinden olmadığı ve Anayasa'nın 90.maddesine göre bağlayıcı nitelikte bulunmadığından,... yargılamanın yenilenmesi talebinin reddi...*" doğrultusunda görüş açıklamış ve Anayasa Mahkemesi de, "*İHAM kararı dışında yeni bir olay veya kanıt ileri sürülmemesi*" ve "*AİHM kararı, CMUK'un 327.maddesi kapsamına giren yeni bir vakıa veya delil niteliğinde olmadığından*" yargılamanın yenilenmesi istemini

---

[101] Türkiye'nin bu davada verilen kararı yerine getirmemesiyle ilgili olarak Bakanlar Komitesi, yetkisi uyarınca (İHAS md. 46/2), Türkiye'ye kararların gereğini yerine getirme yükümünü hatırlatan **(IntResDH (99)680)** ve son olarak da, Türkiye'nin kararın gereğini yerine getirmemesini "*yargı kararlarına uyulmadığına ilk örnek*" bir durum ve Türkiye'nin "*milletlerarası vecibelerinin açık ihlâli*" olarak nitelendiren **(IntResDH(2000)105)** kararlar almıştır. (Bu kararlar metnine Avrupa Konseyi'nin internet sayfasından uluşabilirsiniz: (çevrimiçi), http://www.coe.int/t/E/Committee_of_Ministers/Home/Documents/). Ayrıca Loizidou kararının Kıbrıs sorunu ile bağlantılı olarak değerlendirilmesi için bakınız: Sevin Toluner, "NOT". **Milletlerarası Hukuk Açısından Türkiye'nin Bazı Dış Politika Sorunları**, pp. 179-186.

[102] Bu konuda Avrupa Birliği'nin Türkiye'ye ilişkin 2002 yılı İlerleme Raporunda, tazminata ilişkin 90 tane kararın yerine getirilmediği ve ifade özgürlüğüne ilişkin 18 kararla ilgili olarak da davacıların mahkûmiyetlerinin sonuçlarını ortadan kaldırmadığı belirtilmektedir (9.10.2002, **SEC(2002) 1412**,, p. 26). Bakanlar Komitesinin 10 Temmuz 2002 tarihli kararında ise, 1996-2002 yılları arasında Türkiye'nin 40 tane kararın gereğini yerine getirmediği ifade edilmektedir **(IntRes(2002)98)**.

reddetmiştir[103]. Bu karardan çıkan sonuç, İHAM kararının, Türkiye'de doğrudan uygulanma olanağı bulamadığıdır.

2. *Res Judicata* Etkisi

Kesin hüküm (*res judicata*) etkisi davanın tarafları ve hüküm fıkrasında ifade edilen karar ile sınırlıdır. Devletlerarası uyuşmazlıklarda tarafların aynı olması gereği yerine gelmediği için millî mahkemeler önünde kesin hükmün doğrudan bir etkisinin tanınması imkânsızdır. Buna mukabil, bireyin milletlerarası mahkeme önünde doğrudan taraf olduğu durumlarda, örneğin İHAM'nin bireysel şikâyet sonucu verdiği kararlarda, iç hukukta tarafların ayniyeti söz konusu olabilir. Fakat bu durumlarda da, dava konusu talebin ayniyeti kanımızca sorun olabilir.

Milletlerarası mahkeme kararının iç hukuk düzeyinde de taraflar için *res judicata* niteliğini taşıyor olmasının kabulü, şüphesiz bu kararın iç hukukta doğrudan uygulanmasının ön şartını teşkil etmektedir[104]. Bu, kesin hüküm niteliğinin olumlu yönünü oluşturmaktadır. Bir de olumsuz yönünü dikkate alırsak, bu da kesin hüküm haline gelmiş uyuşmazlığın bir daha mahkeme önüne getirilememesidir. Bu anlamda da milletlerarası mahkeme kararı ile tarafları ve dava konusu aynı olan bir kararın varlığı durumunda artık bu konunun iç hukukta da bir daha dava konusu yapılamayacağı anlamına gelir.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere milletlerarası mahkemelere havale edilmiş olan uyuşmazlıkların hepsi, uygulanmayı gerektiren karara ihtiyaç gösterecek nitelikte değildir. Bu gibi uyuşmazlıklarda, mahkemenin görevi, çoğunlukla, hukukî durumun açıklığa kavuşturulması (tespiti) ile sona ermiş olur. Milletlerarası hukuktan kaynaklanan bir taahhüdün yerine getirilip getirilmediğine veya andlaşmanın yorumuna ilişkin uyuşmazlıklar ve İHAM'nin bir ihlâli tespit niteliğindeki kararları bu durumun örneğidir.

İHAM'nin tazminata ilişkin kararlarının iç hukuk bakımından kesin hüküm niteliği taşıyıp taşımadığı sorunu tartışmalı olabilir. Çünkü kural olarak, İHAM kararlarının taraf

[103] E:1998/4 (Değişik İşler), K:1999/2 sayılı ve 18.02.1999 günlü AYM kararı. (Aktaranlar; Tezcan, **op. cit.**, p. 166; Arslan, **op. cit.**, p. 290.
[104] Versan, **op. cit.**, p. 468.

devletlerce yerine getirilmesi usulü devletlere bırakılmıştır. Gerçi bu tazminata ilişkin olunca tek yol tazminatın ödenmesidir. Ancak bu tazminata ilişkin olan İHAM kararına devletin iç hukuku bakımından kesin hüküm niteliği taşıyan bir mahkeme kararı niteliği tanıma yükümü getirmediği ileri sürülebilir. Milletlerarası alanda devleti temsil eden organ yürütme organı olduğuna göre, kural olarak milletlerarası yükümlülüklerin yerine getirilmesinden sorumlu organ da yürütme organıdır. Yürütme organı tazminata ilişkin İHAM kararının gereğini yerine getirmediğinde, kişi bu karara dayanarak Türkiye'de veya diğer bir taraf ülkede bu tazminat kararının icrasını sağlamak için herhangi bir imkâna sahip midir?[105]

Türk hukuku bakımından örneğin, İdari Yargılama Usulü Kanununun 28/2. maddesine göre "tam yargı davaları hakkındaki kararlardan belli bir miktarı içerenler genel hükümler dairesinde infaz ve icra olunur" kuralı yer almaktadır. Buna göre tam yargı davası ile elde edilen kararın yönetim tarafından kendiliğinden yerine getirilmemesi durumunda, ilgilinin icra dairesine başvurması gerekir. İcra dairesi, haciz yolu dışında kalan, diğer olanakları yönetime karşı uygular. Bilindiği gibi devlet malları haczolunamaz. Bu yol istisnaî olarak bazı kamu kuruluşlarının haczedilebilen mallarına uygulanabilir[106]. İdarî Yargılama Usulü Kanununun 28. maddesinde yer alan kurallar, mahkeme kararlarının yönetimce gecikmeden yerine getirilmesini sağlamaktadır ve maddede yer alan kurala göre, "Tazminat ve vergi davalarında kararın idareye tebliğinden itibaren infazın gecikmesi sebebiyle idarece kanunî gecikme faizi ödenir."[107] Bu hükümlerin İHAM'nin tazminata ilişkin kararları için de uygulanıp uygulanamayacağı sorusu değerlendirilmelidir. Bir görüş olarak Anayasamızın 90. maddesindeki "usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir" şeklindeki düzenlemeden hareketle İHAS'ne dayalı olarak yargılama yapan mahkemenin kararlarının da aynı sözleşme gibi iç hukukumuzda doğrudan hüküm doğuracağı ileri sürülebilir. Fakat kanımızca, bu görüşün savunulabilmesi için öncelikle İHAS'nin İHAM kararlarına bu niteliği tanımış olduğunun ispatı gereklidir. Çalışmamızın ikinci bölümünde incelemeye gayret ettiğimiz kadarıyla, İHAS'nin İHAM kararlarına bu niteliği tanıdığını savunmak kolay gözükmemektedir. Tazminata hükmeden kararları dışındakiler için hiçbir şekilde mümkün gözükmemektedir. Sözleşme'nin kendisi böyle bir yükümü öngörmediğine göre[108], Anayasamızın 90. maddesinden hareketle Sözleşmeye dayanarak İHAM kararlarına doğrudan bir etki tanımak mümkün olamaz. İç hukukumuzda milletlerarası mahkeme

[105] Bu noktada devletin yargı ve icra bağışıklığı konusunu da dikkate almak gerekecektir.
[106] A. Şeref Gözübüyük, **Yönetsel Yargı**, Gözden geçirilmiş 10. bası, Ankara, 1996, p. 291.
[107] **Loc. cit.**
[108] Bu konuda bakınız II. Bölüm alt başlık B.

kararlarının millî hukukumuzda icrasına ilişkin bir düzenleme olmadığına göre, meseleyi hukukun ve özellikle milletlerarası hukukun genel kuralları çerçevesinde çözmek zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. En baştan beri cevaplamaya çalıştığımız soru da milletlerarası hukuk, milletlerarası mahkeme kararlarının millî hukuklardaki uygulanmasına ilişkin ne gibi hükümler öngörmüştür sorusunun cevabı ise maalesef açık değildir -daha doğrusu, doğrudan hüküm doğuracağı yönünde açık değildir-. Daha önce değindiğimiz, milletlerarası yargı kararlarının iç hukuklarda doğrudan uygulanmasını kabul etmeyen çeşitli millî yargı kararları da mevcuttur. En başta belirttiğimiz, bugün dahi milletlerarası hukuk, kural olarak hâlâ, *devletlerarası ilişkileri düzenleyen* bir hukuk dalı olma özelliğini kaybetmediği ve milletlerarası yargı organları yetkilerini devletlerin rızalarından almaya devam ettiği için, açık bir kural veya düzenleme olmadan devletin milletlerarası alanda yargılanma için verdiği rızanın bu kararın iç hukukta doğrudan uygulanması anlamına geldiğini yorum yoluyla savunmak pek mümkün görünmemektedir[109].

3. *Stare Decisis* Etkisi

Milletlerarası mahkeme kararlarının *stare decisis* prensibi uyarınca sonraki mahkeme kararlarını bağlar nitelikte olup olmadığı sorunun da değerlendirilmesi gerekir. *Common law* doktrini olarak *stare decisis*, önceki mahkeme kararlarında ifade edilen hukuk kurallarını olayların büyük ölçüde aynı olduğu sonraki davalarda uygulama yükümüdür. Millî mahkemeler açısından bu meseleye bakıldığında, bu prensiple bağlı olmayan ülkeler açısından bir güçlük doğmamaktadır. Bu prensibi benimsemiş olan Anglo-Amerikan yargısında ise, milletlerarası mahkeme kararları açısından da bu prensibin geçerli olup olmadığı sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu soruya İngiliz mahkemelerinin verdiği yanıt; bu prensibin milletlerarası kuralların tanımının verildiği bir önceki karara göre kuralın veya yorumunun değişmesi durumunda kararın yeniden gözden geçirileceği yani, bu prensibin milletlerarası hukuk açısından geçerli olmadığıdır.

Millî mahkeme kendisine havale edilen uyuşmazlığı çözmek için milletlerarası hukukun bir kuralını dikkate almak durumunda kaldığında, milletlerarası mahkemeler tarafından verilmiş olan kararlar söz konusu milletlerarası hukuk kuralına açıklık

[109] Burada, milletlerarası mahkeme kararının –devlet bu davanın tarafı olsun olmasın- milletlerarası hukukun bir kaynağı olarak, bir milletlerarası kuralın yorumunda millî mahkemeler için yol gösterici niteliği ve etkisini, bu karara iç hukukta kesin hüküm niteliği tanımaktan farklı olduğunu tekrar hatırlatmakta fayda var sanıyorum.

getirebildikleri ölçüde millî mahkeme tarafından dikkate alırlar. Bu durumun, yani millî mahkemelerin milletlerarası yargı kararlarını milletlerarası hukuk ve hatta iç hukuk kurallarına açıklık getirdikleri için dikkate almalarının, bu kararların "uygulanması" anlamına gelmediği şüphesizdir. Mahkeme içtihatlarının bütün hukuk sistemlerinde yol gösterici niteliğe ve bunun sonucu olarak bu anlamda bağlayıcılığa sahip olduklarını kabul etmek gerekir. Fakat bu bağlayıcılık esas itibarıyla manevi anlamda olup, mahkemeler için hukukî bir yükümlülük teşkil etmemektedirler. Yargıçlar, milletlerarası yargı kararlarını (özellikle Milletlerarası Adalet Divanı kararlarını), daha çok, milletlerarası hukukla ilgili bir sorunda hukukun veya vakıanın delili olarak uygulama eğilimindedirler.

İHAM kararları açısından da, bu kararların Türk mahkemeleri için, diğer davalar açısından bağlayıcı oldukları söylenemez. Bunun birinci sebebi, Türk hukukunda *stare decisis* ilkesinin kabul edilmemiş olması, ikincisi de bizzat Sözleşme ve İHAM içtihatlarında böyle bir bağlayıcılığının öngörülmemiş olup, hatta Sözleşme "yaşayan bir enstrüman" olarak tanımlanıp sosyal değişime göre dinamik olarak yorumlanması öngörülmüştür[110]. Bu durumda mahkeme kararlarının, Sözleşme'nin yorumuna ilişkin olarak, en yetkili organ olan mahkemenin yorumu olmaları nedeniyle millî mahkemeler tarafından Sözleşme'nin yorumunda dikkate alınacakları kesin olmakla beraber, bu kararların mutlak bağlayıcılığı söz konusu olmayacaktır. Gerek İHAM ve gerekse de yerel mahkemeler, gelişen yeni durumlara göre Sözleşme'yi yorumlayabileceklerdir.

4. Yargılanmanın Yenilenmesi Yolu

03.08.2002 tarih ve 4771 nolu "Çeşitli kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun" ile getirilen değişikliklerden birisi de, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarının tazminatla giderilemeyecek sonuçlar doğurması durumunda; Hukuk ve Ceza davaları açısından yargılanmanın yenilenmesi sebebi sayılmasına ilişkin, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa 327/a maddesinin, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa 445/a maddesinin eklenmesidir[111]. Bu kanunun 6. maddesine göre Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa eklenmesi öngörülen 445/a maddesi hükmü şöyledir:

[110] Drzemczewski, **Study**, p. 54.
[111] **R.G.** 9 Ağustos 2002, Sayı: 24841.

"Madde 445/a. – Kesin olarak verilmiş veya kesinleşmiş olan bir kararın, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'nin veya eki protokollerin ihlâli suretiyle verildiği saptandığında, ihlâlin niteliği ve ağırlığı bakımından Sözleşme'nin 41 inci maddesine göre hükmedilmiş olan tazminatla giderilemeyecek sonuçlar doğurduğu anlaşılırsa; Adalet Bakanı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuruda bulunan veya yasal temsilcisi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde Yargıtay Birinci Başkanlığından muhakemenin iadesi isteminde bulunabilirler.

Bu istem, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca incelenir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince saptanan ihlâlin sonuçları tazminatla giderilmiş veya istem süresi içinde yapılmamış ise reddine; aksi hâlde, dosyanın davaya bakması için kararı veren mahkemeye gönderilmesine duruşma yapmaksızın kesin olarak karar verir."

Bu kanunun 7. maddesine göre Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa eklenmesi gereken 327/a maddesi şu şekilde düzenlenmiştir:

"Madde 327/a. – Kesinleşmiş bir ceza hükmünün Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'nin veya eki protokollerin ihlâli suretiyle verildiği saptandığında ihlâlin niteliği ve ağırlığı bakımından Sözleşme'nin 41 inci maddesine göre hükmedilmiş olan tazminatla giderilemeyecek sonuçlar doğurduğu anlaşılırsa; Adalet Bakanı, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuruda bulunan veya yasal temsilcisi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde Yargıtay Birinci Başkanlığından muhakemenin iadesi isteminde bulunabilirler.

Bu istem, Yargıtay Ceza Genel Kurulunca incelenir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince saptanan ihlâlin sonuçları tazminatla giderilmiş veya istem süresi içinde yapılmamış ise reddine; aksi hâlde, dosyanın davaya bakması için kararı veren mahkemeye gönderilmesine duruşma yapmaksızın kesin olarak karar verir."

Bu hükümlerden anlaşıldığı üzere, Hukuk ve Ceza davalarında, Türk hukukunca kesinleşmiş bir mahkeme kararının, İHAM kararınca Sözleşme ve ek protokollerini ihlâl eder nitelikte bulunması durumunda, bu ihlâl tazminatla giderilmeyecek nitelikte ise, örneğin mahkûmiyet kararının infazı sürüyorsa veya bu mahkûmiyet kararına infaz edilmekle beraber bu karara dayanan birtakım feri cezalar söz konusu ise, bu durumda yargılanmanın iadesi söz konusu olacaktır. Başvurunun bu niteliği taşıyıp taşımadığı Yargıtay Hukuk ve Ceza Genel Kurullarınca incelenecek, eğer süresi içinde başvurulmuş ve ihlâlin sonuçları tazminatla

giderilmeyecek nitelikteyse, dosya hükmü vermiş mahkemeye yeniden yargılama yapmak üzere gönderilecektir. Bu durumda hükmü veren mahkeme bu oluşan yeni duruma göre yeniden yargılama yapacak ve yeniden karar verecektir. İhlâlin nedeni, örneğin yargılama usulüne ilişkin ise, -adil yargılanma hakkının (Sözleşme md. 6) ihlâli gibi-, o zaman mahkeme yeniden yargılama sırasında. bu usulî eksikliği giderecek ve kanımızca, eğer yine de mahkûmiyet kararı vermesi gerekiyorsa, bu kararı verecektir. İhlâl, eğer bir Anayasa hükmünden veya Sözleşme'den sonraki bir kanundan kaynaklanıyorsa, işte asıl sorun burada çıkmaktadır. Çünkü, mahkemelerin Anayasa veya yasa kuralını yanlış uygulamadıkları veya yanlış yorumlamadıkları durumlarda, tekrar yargılama yapsalar bile hükümlerinin değişmesi söz konusu olamayacaktır. Yukarıda da incelediğimiz üzere Sözleşme, ne Anayasal değerde, ne de anayasa üstü bir değerdedir. Hatta, Anayasa'da düzenlenen konularla ilgili olmayan hükümleri kanunlarla eşdeğer niteliktedir. Böyle olunca, mahkemenin önceki kararında uygulamış olduğu yasa kuralı değişmedikçe, başka türlü bir karar vermesi söz konusu olamayacaktır. Ancak önceki yargılama sırasında da yapması gereken yorum kuralları ile Sözleşme ve çatışan kuralları, Türkiye'nin milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerine uygun bir şekilde davranma niyeti varsayımından hareketle Sözleşmeyle uyumlu bir şekilde yorumlamaya çalışacak, açıkça yasa koyucunun Sözleşme'yi ihlâl niyeti olduğu ortaya çıkmadıkça, Sözleşme hükmünü uygulayacaktır. Ancak çatışma, yorum kuralları ile giderilemeyecek nitelikte ise, sonraki iradeye veya kural Anayasa kuralı ise üstün olan kurala öncelik tanıyacaktır. Bu sebeple, yargılamanın iadesi yolu daha çok usulî eksikliklerle ilgili uygulanabilir nitelikte gözükmektedir. Şöyle bir durum da ortaya çıkabilir, eğer Sözleşmeyle çatışan ve mahkemenin önceki kararına dayanak olan bir yasa kuralı, aynı zamanda Anayasa'da da yer alan birtakım haklarla ilgili ise ve dolaylı yoldan Anayasa'ya da aykırılık söz konusu ise, bu durumda yerel mahkeme itiraz yolunu işletip Anayasa Mahkemesine konuyu götürmek durumunda kalacaktır.

SONUÇ

Milletlerarası hukukla iç arasındaki ilişkiler sorununa ilişkin önemli noktalar şunlardır: Milletlerarası hukukun milletlerarası alandaki üstünlüğü tartışılamaz. Hiçbir devlet kendi anayasası veya kanunlarına dayanarak, kural olarak, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülüklerinden kurtulamaz. Ancak, milletlerarası hukuk, hiçbir devlete milletlerarası hukuk kurallarını iç hukukuna aktarma ve uygulama yükümlülüğü getirmemiş ve buna ilişkin belli usul ve yöntemlerin kabulünü devletler için öngörmemiştir. Bu sebeple milletlerarası hukuk kurallarının iç hukuktaki statüsü ve uygulanması konusu, iç hukukta benimsenmiş anayasal prensiplerle ilgilidir. Bu prensiplerden birisi ve belki en önemlisi de kuvvetler ayrılığı ilkesidir. İç hukukta kural koyucu organla. milletlerarası alanda devlet adına kurallarla bağlanan organlar arasındaki yetki paylaşımı, milletlerarası kuralların iç hukukta uygulanması noktasında önemlidir.

İHAS de bir milletlerarası andlaşma olup, öngördüğü sistem milletlerarası hukuka göre kurulmuş bir sistem olduğu için, bu sistemde mahkeme kararları ve Sözleşme'nin, iç hukuktaki yerine ve uygulanmasına ilişkin taraf devletlere belirli bir yöntem empoze edilmiş değildir. Sistemin bizzat kendisi ikincil nitelikte olmayı öngörür ve esas olan iç hukuklardaki korumadır. Ancak, devletler bu yükümlülüklerini yerine getirmediklerinde milletlerarası alanda sorumlu olacaklardır.

Bu sebeple İHAM kararlarının iç hukukta uygulanması ve yerinin ne olduğu meselesi, esas olarak Türk hukukunun milletlerarası hukuk ile iç hukuk arasındaki ilişkiler konusunda getirdiği sisteme bağlı olarak çözümlenecek bir konudur. Bu konuda da genel ve yaygın görüş ve uygulama, milletlerarası andlaşmaların iç hukukta kanunlarla aynı değere haiz oldukları ve usulüne uygun olarak akdedilmek şartıyla, başka bir işleme gerek kalmaksızın Türk hukukunda doğrudan uygulanacaklarıdır. Bu açıdan kural olarak İHAS de bir milletlerarası andlaşma olarak kanunlarla eşdeğerdedir. Ancak, Sözleşme'de yer alan birçok temel hak ve özgürlüğün Anayasamızda da yer aldığı göz önünde alındığında çoğu zaman Sözleşme ile çatışan kanun Anayasa ile de çatışır durumda olacaktır. Zaten mukayeseli olarak devletlerin uygulamaları incelendiğinde, bu çatışma konusundaki sorunlar belirli temel olarak yorum kurallarıyla halledilmektedir. Bu temel yorum kurallarından en önemlisi ise, devletlerin açıkça aksi öngörülmediği müddetçe. milletlerarası yükümlülüklerine uyma

niyetini taşıdıkları varsayımından hareketle, devletin bu iradesi açıkça ortaya çıkmadıkça, iç hukuk kurallarının devletin milletlerarası yükümlülüklerini ihlâl etmeyecek şekilde yorumlanması ilkesidir.

İHAM kararları da Sözleşme'den doğan yükümlülüklerimize dayanmakta ve bu çerçevede uygulanması gereken kararlar niteliğini taşımaktadır. Ancak, Sözleşme uyarınca İHAM kararlarının ihlâli tespit niteliğindeki kararlarının iç hukukta doğrudan uygulanması söz konusu değildir. Çünkü, bu kararların hüküm fıkraları zaten böyle bir şeyi öngörmemektedir. Böyle bir kararın gereğini yerine getirmek ve uygun düzenlemeleri yapmak Yürütme ve Yasama organına düşmektedir. İhlâl sonucunda tazminata ilişkin İHAM kararları ise sadece belli bir miktar tazminat ödenmesini öngörür niteliktedir ve bu tazminatlar da idarece ödenmektedir. Türk hukukunda yeni yapılan düzenlemelerle belirli sınırla İHAM kararlarının yargılamanın iadesi nedeni sayılması da, bu kararların tamamının doğrudan iç hukukta hüküm doğurmadığına bir delil olarak yorumlanabilir. Bu sebeple temel mesele, iç hukukumuzda insan hak ve özgürlüklerinin esas olarak korunmasına ilişkin gerekli kural ve düzenlemelerin yapılması olmalıdır. Ayrıca İHAS'nin ve genel olarak milletlerarası andlaşmaların iç hukukumuzdaki yerine ilişkin yeni ve milletlerarası uygulamaları dikkate alan bir değişikliğin yapılması, uygulamamızda görülen karmaşıklığı önleyecek ve milletlerarası alanda da yükümlülüklerimizi daha rahat yerine getirmemizi sağlayacaktır.

Böyle bir yasal düzenleme yapılmadan, insan haklarının korunmasının etik değerinden hareketle, İHAS'nin kanulardan üstün ve hatta anayasadan üstün olduğunu savunmak belki insan hakları ile ilgili anlaşmalar için faydalı bir yorum olmakla beraber, milletlerarası hukukun ve milletlerarası ilişkilerin nitelik ve özelliklerini dikkate almayan bir yorum olacak ve milletlerarası alanda bizi daha zor duruma düşürecek sonuçları doğuracaktır.

BİBLİYOGRAFYA

Akıllıoğlu, Tekin :"Uluslararası İnsan Hakları Kurallarının İç Hukukta Yeri ve Değeri", **İnsan Hakları Merkezi Dergisi.** Cilt I, Sayı: 2-3, Mayıs-Eylül 1991, p. 41.

Akipek, Ömer İlhan :**Devletler Hukuku: Birinci Kitap: Başlangıç**, İkinci bası, Ankara, 1965.

Aliefendioğlu, Yılmaz :**Anayasa Yargısı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997.

Aliefendioğlu, Yılmaz :"Anayasal Normlar Hiyerarşisinin Temel Hakları Koruma İşlevi", **VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı: Türk Anayasa Mahkemesi Raporu**, 7-10 Mayıs 1990, 2. Cilt, Türk Anayasa Mahkemesi yayınları no. 17, p. 33

Anzilotti, D. :**Devletler Hukuku,** çeviren: Sahir Erman, İstanbul Üniversitesi Yayını No: 303, İstanbul, 1946.

Aral, Vecdi :"Kelsen'in Hukuk Anlayışı", **İÜHFM**, Cilt:34, Yıl:1969, pp. 513-552.

Arık, Kemal Fikret :**Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Üzerine Bir İnceleme**, AÜSBF yayın no. 187-169, Ankara, 1965.

Arslan, Zühtü :"Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler", Anayasa Yargısı, Cilt: 17, AYM Yayınları No. 42, Ankara, 2000, pp. 274-294.

Batum, Süheyl :**Avrupa İnsan Hakları Sözlemesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri**, İstanbul, 1993.

Bedjaoui, Mohammed :"The Reception by National Courts of Decisions of International Tribunals", **International Law Decisions in National Courts**, Edited by Thomas M. Franck, Gregory H. Fox, Transnational Publishers, 1996, pp. 21-36.

Betten, Lammy (ed.) **The Human Rights Act 1998: What it Means**, Kluwer Pub., 1999.

Bernhardt, Rudolf :"The Convention and Domestic Law", **Tle European System for the Protection of Human Rights**, R. St. J. Macdonald et al. (eds.), Kluwer Academic Publisher, 1993, pp. 24-40.

Bilge, A. Suat :"İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri", **Ankara Barosu Dergisi**, Cilt: 6. 1989, pp. 980-997.B17

Blackburn, Robert :"The Institutions and Process of the Conventions", **Fundamental Rights in Europe: The European Convention on Human Rights and its Member States, 1950-2000**, Eds. Robert Blackburn and Jörg Polakiewicz, Oxford University Pres, 2001, pp. 1-29.

Blackburn, Robert :"The United Kingdom", **Fundamental Rights in Europe: The European Convention on Human Rights and its Member States, 1950-2000**, Eds. Robert Blackburn and Jörg Polakiewicz, Oxford University Pres, 2001, pp. 935-1008.

Bridge, John W. :"İngiliz Uygulamasında Devletler Umumi Hukuku ile İç Hukuk Arasındaki İlişki", Çeviren: F. Hakan Baykal, **Argumentum**, Mart 1991, Cilt: 1, Sayı: 8, pp. 117-121.

Brownlie, Ian :**Principles of International Law**, Fifth Edition, Clanderon Press, 1998.

Buergenthal, Thomas :"Self-Executing and Non-Self-Executing Treaties in National and International Law", **RC**, 1992, IV, pp. 303-400.

Buergenthal, Thomas :"The Effect of the European Convention on Human Rights on the Internal Law of Member States", **ICLQ**, Suplementary Publication No. 11, 1965, pp. 79-106.

Cameron, Iain :"Sweden", **Fundamental Rights in Europe: The European Convention on Human Rights and its Member States, 1950-2000**, Eds. Robert Blackburn and Jörg Polakiewicz, Oxford University Pres, 2001, pp. 833-854.

Cansel, Erol : "Anayasal Normlar Hiyerarşisi", **VIII. Avrupa Anayasa Mahkemeleri Konferansı: Türk Ananayas Mahkemesi Raporu**, 7-10 Mayıs 1990, 2. Cilt, Türk Anayasa Mahkemesi yayınları no. 17, pp. 15-26.

Civelek, Jale :**Uluslararası İnsan Hakları Hukuku**, (w. place, w. date).

Çelik, Edip :**Milletlerarası Hukuk**, Birinci Kitap, İkinci Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1987.

Çelik, Edip :"Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulaması", **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Sayı: 1-3, 1988, pp. 47-56.

Dijk, P. van, G.J.K. van Hoof, :**Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Third Edition, Kluwer Pub., 1998.

Djajic, Sanja :"The Effect of International Court of Justice Decisions on Municipal Courts in the United States: Breard v. Greene", **Hasting International and Comparative Law Review**, Fall 1999, Vol. 23, pp. 27-108.

Drzemczewski, Andrew :**European Human Rights Convention in Domestic Law: A Comparative Study**, Oxford, 1983.

Germer, Peter :"Denmark", ", **Fundamental Rights in Europe: The European Convention on Human Rights and its Member States, 1950-2000**, Eds. Robert Blackburn and Jörg Polakiewicz, Oxford University Pres, 2001, p. 259-276.

Gölcüklü, A. Feyyaz, A. Şeref Gözübüyük, :**Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, 11. Ek Protokole göre hazırlanıp genişletilmiş 3. bası, Ankara, 2002.

Gözler, Kemal :"İnsan Hakları Normlarının Anayasaüstülüğü Sorunu", **Türkiye'de İnsan Hakları**, TODAİE yayın no. 301, Ankara, 2000, pp. 25-46.

Gözübüyük, A. Şeref :"Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı", **İnsan Hakları Yıllığı**, Cilt: 9, 1987, pp. 3-40.

Grilliot, H. J. :**Introduction to Law and the Legal System**, 3. bası, Houghton Mifflin Company, 1983.B35

Gündüz, Aslan **Milletlerarası Hukuk: Temel Belgeler-Örnek Kararlar**, Geliştirilmiş 3. Baskı, İstanbul, 1998.

Güran, Sait :"Egemenlik Ulus'undur Üstünlük Anayasa'dadır", **Anayasa Yargısı**, vol. 17, Ankara, 2000, pp. 43-61.

Henkin, L., Richard C. Pugh, Oscar Schacter, Hans Smit :**International Law: Cases and Metarials**, 2. Edition, 1987.

Henkin. Louis :"International Law as Law in the United States", **Michigan Law Review**, Vol. 82, 1984, pp. 1555-1569.

Janis, Mark W., Richard S. Kay, Anthony W. Bradley, :**European Human Rights Law: Text and Materials**, Second Edition, Oxford University Press, 2000.

Jennings, R., A. Watts (eds.) :**Oppenheim's International Law**, 9. Edition, Vol. I, Part 1, Longman, 1992.

Kelsen, Hans :**Principles of International Law,** New York, 1956.

Madra, Ömer :**Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı**, AÜSBF yayını no. 458, Ankara, 1981.

McNair :**The Law of Treaties,** Oxford University Press, 1961.B45

McNair :"When Do British Treaties Involve Legislation", **BYIL**, Vol. 9, 1928, p65-66

Meray, Seha L. :**Devletler Hukukuna Giriş**, Birinci Cilt, Gözden geçirilmiş 3. bası, AÜSBF yayını no. 237, 1968.

Mosler, Herman :"Supra-National Judicial Decisions and National Courts", **Hasting International and Comparative Law Review**, Vol. 4, No. 3, 1981, pp. 425-472.

Olsen, Birgitte Kofod :"Incorporation and Implementation of Human Rights in Denmark", **International Human Rights Norms in the Nordic and Baltic Countries**, (ed.) Martin Scheinin, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, pp. 227-249.

Ordonez, Sarita, David Reilly :"Effect of the Jurisprudence of the International Court of Justice on National Courts",.", **International Law Decisions in National Courts**, Edited by. Thomas M. Franck, Gregory H. Fox, Transnational Publishers, 1996, pp. 335-372.

Özbudun, Ergun :**Türk Anayasa Hukuku**, Gözden geçirilmiş 4. baskı, Ankara, 1995.

Panhuys, J.H.F. Van :"The Netherlands Constitution and International Law", **AJIL**, Vol. 47, 1953, pp. 537- 558.

Panhuys, J.H.F. Van :"The Netherlands Constitution and International Law", **AJIL**, Vol. 58, 1964 pp. 88-113.

Pazarcı, Hüseyin :**Uluslararası Hukuk Dersleri**, I. Kitap, Gözden geçirilmiş 9. baskı, Ankara, 2001.

Polakiewicz, Jörg :"The Status of the Convention in National Law", **Fundamental Rights in Europe: The European Convention on Human Rights and its Member States, 1950-2000**, Eds. Robert Blackburn and Jörg Polakiewicz, Oxford University Pres, 2001, pp. 31-54.

Polakiewicz, Jörg :"The Execution of Judgements of the European Court of Human Rights", **Fundamental Rights in Europe: The European Convention on Human Rights and its Member States, 1950-2000**, Eds. Robert Blackburn and Jörg Polakiewicz, Oxford University Pres, 2001, pp.55-76.

Ress, G. :"The Effects of Judgements and Decisions in Domestic Law", **The European System for the Protection of Human Rights**, Eds. R. St. J. Macdonald et al., Kluwer Academic Publisher, 1993, pp. 801-854.

Robertson, A. H. :**European Institutions : Co-Operation-Integration-Unification**, 2 Edition, London, 1966.

Schulte, Constanze :"Juriprudence of the International Court of Justice: Order Issued in the Case Concerning the Vienna Convention on Consular Relations (Parguay v. U.S.A.)", **EJIL**, Vol. 9 (1998), No.4, p. 761 vd.

Selçuk, Sami :"Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Uygulaması", **Yargıtay Dergisi**, Cilt: 25, Sayı: 3, Temmuz-1999, pp. 399-428.

Slyz, George :"International Law in National Courts", **International Law Decisions in National Courts**, Edited by. Thomas M. Franck, Gregory H. Fox, Transnational Publishers, 1996, pp. 71-106.

Soysal, Mümtaz :"Uluslararası Andlaşmalar Konusunda Anayasa Yargısı", **Anayasa Yargısı**, cilt: 14, AYM yayınları no. 36, p. 171-187.

Soysal, Mümtaz :"Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler", **Anayasa Yargısı**, 1986, AYM yayınları no. 5, pp. 7-18.

Tarhanlı, Turgut :" 'Bilinçaltındaki' Devlet Haklarından İnsan Haklarına: Türkiye Hukuk Düzeninde Uluslararası Hukuk", **Edip Çelik'e Armağan: Değişen Dünyada İnsan, Hukuk ve Devlet**, İstanbul, 1995, pp. 365-380.

Tezcan, Durmuş :"Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Verdiği Kararlar ve Bu Kararların Yaptırım Gücünün Türkiye Açısından Değerlendirilmesi", **Kopenhag Kriterleri AB'nin Ortak Paydası mı?**, (ed.) İbrahim Kaboğlu, İst. Barosu İnsan Hakları Merkezi Yay. No. 1, Kasım 2001, pp. 146-172.

Toluner, Sevin :**Milletlerarası Hukuk İle İç Hukuk Arasındaki İlişkiler**, İstanbul Üniversitesi Yayınları No:1882, İstanbul, 1973.

Toluner, Sevin :"6 Mart 1995 Tarihli Ortaklık Konseyi Kararı: Milletlerarası Hukuk Açısından Bir Değerlendirme", **İHFM**, C. LV, 1996, pp.3-26.

Velu,J. :"Report on Responsibilities for States Parties to the European Convention", **Proceedings of the Sixth International Colloquy About the European Convention on Human Rights (13-16 November 1985)**, Kluwer Academic Publishers, 1988, pp. 530-704.

Versan, Rauf :"Milletlerarası Mahkeme Kararlarının Millî Mahkemeler Tarafından Uygulanması", **Mahmut R. Belik'e Armağan**, İstanbul, 1993, pp. 461-474.

Weisburd, A. Mark/ Harold H. Koh :" 'Vertical' Conflict Between International and National Tribunals" **ASIL, Proceeding of the Annual Meeting**, 2002, p.42 vd.

Yüzbaşıoğlu, Necmi :**Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku**, İÜHF yayın no. 703, İstanbul, 1993.

Yüzbaşıoğlu, Necmi :"Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine", **İnsan Hakları Merkezi Dergisi**, Cilt: II, Sayı:1, Mayıs 1994, pp. 26-38.