

**ANAYASA MAHKEMESİ'NİN ANAYASA MADDE 90/5
HAKKINDAKİ ZİMNİ İLGA TESPİTİ VE İNSAN HAKLARINA
DAYALI (YENİ BİR) YARGISAL DENETİM***

*(THE CONSTITUTIONAL COURT'S INTERPRETATION OF ARTICLE 90/5 OF THE
CONSTITUTION AS AN IMPLICIT DEROGATORY RULE AND (A NEW) JUDICIAL
REVIEW BASED ON HUMAN RIGHTS)*

Ali Acar**

ÖZ

Bu makale, Anayasa'nın 90. madde, 5. fıkra hükmünün, Anayasa Mahkemesi tarafından bazı bireysel başvuru kararlarında yorumladığı biçimiyle bir zımnî ilga hükmü olup olmadığı tartışmasını ele almaktadır. Ayrıca makale, zımnî ilga tartışmasına bağlı ve ondan bağımsız olarak, Anayasa'nın 90. maddesine 2004 yılında yapılan değişiklikle birlikte ve sözü edilen Anayasa Mahkemesi kararlarından sonra, Türkiye'deki anayasallık denetim modeline benzer yeni bir yargısal denetim modeli getirilip getirilmediğine ilişkin bir tartışmayı yapmayı amaçlamaktadır. Makalenin vardığı temel sonuç, 90. maddenin 5. fıkra hükmünün zımnî ilga hükmü olarak değerlendirilemeyeceği ve Türkiye'de anayasallık denetiminin artık saf olarak Avrupa ya da Kelsenci modele ait olarak kabul edilemeyeceği yönündedir, tabii teorik olarak mümkün olan yeni model uygulamaya aktarıldığı ölçüde.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 14.04.2017 tarihinde Yayınevimize ulaşmış olup, 14.05.2017 tarihinde birinci hakem; 10.06.2017 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir (ORCID ID: orcid.org/0000-0002-7389-1516).

** Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı. Bu makalenin taslak halini okuyup, eleştiri ve görüşlerini benimle paylaşarak makaleyi geliştirmeme yardımcı olan Prof. Dr. Mustafa Tören Yücel'e, Prof. Dr. Mehmet Turhan,'a, Prof. Dr. Kemal Gözler,'e ve Prof. Dr. Kemal Başlar'a teşekkürlerimi sunarım.

Anahtar Kelimeler: Anayasallık denetimi, Avrupa modeli anayasa yargısı, Amerika modeli anayasa yargısı, zayıf anayasallık denetimi, Hans Kelsen, Anayasa madde 90/5, uluslararası insan hakları sözleşmeleri, hak temelli yargısal denetim

ABSTRACT

This article questions and analyses whether Paragraph 5 of Article 90 of the Constitution is an implicit derogatory rule, which has been thus construed by the Constitutional Court in a number of cases brought before the Court through the constitutional complaint mechanism. At the same time, the article discusses if a new judicial review based on human rights has been recognized by the adoption of Paragraph 5 of Article 90 in 2004. The latter discussion is done by taking into account the Constitutional Court's consideration as an implicit derogatory rule of Paragraph 5 of Article 90 and independent from it. One of the main conclusions reached in the article is that Paragraph 5 of Article 90 cannot be construed as an implicit derogatory rule. It is further argued that the Turkish model of judicial review cannot be regarded any longer as purely the European or Kelsenian model of judicial review. A theoretically possible new model of judicial review based on human rights might be considered on the horizon so long as it is put into practice by the judiciary.

Keywords: *European model of judicial review, American model of judicial review, weak-form judicial review, Hans Kelsen, Article 90/5 of the Turkish Constitution, international conventions on human rights, rights-based judicial review*

1. Giriş ¹

“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler

¹ Not düşmek adına belirtmeliyiz ki, makalede ortaya konulan (naif) düşünceler, bugün için değil, ancak yargı tarafından kullanılan hukuk retoriği rasyonel bir zeminde işleyebildiği zaman ve o ölçüde anlam ifade edecek, en azından bir tartışma konusu olabilecektir. Bu bağlamda yapılmaya çalışılan, umarız suya yazı yazmaya çalışmak değil de, en azından yazılanları bir şişenin içine koyup denize atmak gibidir; bir gün birilerinin bulacağını umarak.

*içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”*² 2004 yılında yapılan Anayasa değişikliğiyle getirilen bu düzenlemeyi bazı anayasa hukukçuları, bir bakıma Türkiye hukuk sisteminde yapılan “sessiz bir devrim”³ olarak nitelendirmişlerdir. Avrupa Birliği’ne üyelik sürecinde, Kopenhag Siyasi Kriterlerine uyumun bir gereği olarak, dolayısıyla Avrupa Birliği üyeliği itkisiyle yapılan⁴ bu değişiklik ne yazık ki, aradan geçen on yıldan fazla bir sürede uygulamaya (pek de) aktarıl(a)mamış olup, sessiz devrim nitelemesi de ancak (Anayasa) kitap üzerinde kalmış gözükmektedir.⁵ Ancak az

² Makale içinde, Anayasa’nın benimsediği ‘andlaşma’ terimi yerine ‘sözleşme’ ve ‘temel hak ve ödevlere ilişkin milletlerarası andlaşma’ yerine de ‘uluslararası insan hakları sözleşmesi’ veya ‘insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşme ya da tek başına ‘sözleşme’ terimi kullanılacaktır. Bu durumda kastedilen Anayasa hükümdeki ifadeyle aynıdır. Tabi literatürde bu kullanım konusunda zaman zaman tartışma olsa da, benimsenen kullanım yönünde genel bir uzlaşma olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

³ Levent Gönenç - Selin Esen, “The Problem of the Application of Less Protective International Agreements in Domestic Legal Systems: Article 90 of the Turkish Constitution” *European Journal of Law Reform*, 2007, Cilt. VIII, Sayı. 4, s. 485.

⁴ Meltem Müftüler Bac, “Turkey's Political Reforms and the Impact of the European Union”, *South European Society & Politics*, 2005, Cilt. 10, Sayı. 1, s. 26; Ergun Özbudun, “Democratization Reform in Turkey, 1993-2004”, *Turkish Studies*, 2007, Cilt. 8, Sayı. 2, s. 189.

⁵ Benzer bir değerlendirme için bkz. Olgun Akbulut, "Güncel Tartışmalar Işığında İnsan Hakları Sözleşmelerinin Türkiye Anayasal Sisteminde Normlar Hiyerarşisindeki Yeri", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt. 9, Sayı. 115 (makeleye Jurix veritabanı üzerinden ulaşılmıştır www.jurix.com.tr. Veritabanındaki halinde makalenin sayfa numarası yer almadığından, burada belirtilememiştir). Türkiye’de, genel olarak insan hakları ve demokrasiye ilişkin Avrupa standartlarının ve Anayasa’da yer alan insan hakları güvencelerinin, 2015’ten geriye doğru son on yıllık süreçte uygulamaya yeterince aktarılmadığına ve bunun sosyo-politik nedenlerine dair bir değerlendirme için bkz. İbrahim Ö. Kaboğlu, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Türkiye (Karşılaştırmalı Gözlemler)", *Anayasa Hukuku Dergisi*, 2015, Cilt. 4, Sayı. 7, ss. 11-28. Özellikle 90. maddenin 5 fıkra hükmünün uygulanması bakımından yaşanan sıkıntıların kökeninde, ulusal üstü mekanizmalara egemenlik devri veya onlarla egemenlik paylaşımı konusunda yaşanan belirsizliğe ve buna dair tereddüt ve isteksizliğe işaret eden bir değerlendirme için bkz. Nemci Yüzbaşıoğlu, İbrahim Ö. Kaboğlu (der.), *İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa, md. 90/son)*, Ankara: Türkiye Barolar Birliği, İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi, 2004 içinde, ss. 83-91 (Bu kaynağa bundan sonra yapılacak atıflar kısaca ‘Kaboğlu 2004 içinde’ biçiminde belirtilecektir).

sonra değinileceği üzere, bazı yargı kararlarından hareketle, bu hükmün uygulanmasına rastlandığı da belirtilmelidir.⁶ Her ne kadar, bu uygulamanın tesadüfî olduğu gözlenirse de, özellikle Anayasa Mahkemesi'nin az sonra ele alınacak kararları bağlamında, düzenlemeye dair önemli bazı sonuçlar çıkarmanın mümkün olduğunu görülmektedir. Bu makale de temel olarak bu sonuçlardan bazıları üzerine odaklanmaktadır.

90. maddenin 5. fıkrasındaki düzenlemenin çeşitli boyutları, getirdiği yenilikler ve/ya doğurduğu (yeni) sorunlar literatürde kapsamlı bir şekilde incelenmiştir.⁷ Özellikle değişikliğin yürürlüğe girdiği 22 Mayıs

⁶ Temyiz mahkemelerinin bazı kararlarında Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrasının atfıyla, uluslararası insan hakları sözleşme hükümlerine, bazen yüzeysel olarak atıf yapıldığı bazen de bu sözleşme hükümlerinin esaslı olarak uygulandığı görülmektedir; ancak yine de bu tür karar ve uygulamaların sistematik/istikrarlı olmayıp tesadüfî veya seçici önceliklere bağlı olduğu söylenebilir. Oysaki Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası düzenlemesinin, 2004 değişikliğinden sonra, Türkiye'deki tanıma kuralını (the rule of recognition) değiştirmesi gerekir ve beklenirdi, ancak ortaya çıkan pratik, bu sonuca varmanın çok gerisindedir. Yargıtay kararlarına yansıdığı biçimiyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) uygulanmasına dair bir çalışma için bkz. Aydan Ömür Surlu, "İnsan Haklarının ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yargıtay İçtihatlarına Yansımaları", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2010, Sayı. 87, ss. 150-194; Yargıtay ceza daireleri özelinde AİHS'in uygulanmasına yönelik bir değerlendirme ve bazı mahkeme kararları için bkz. Hamdi Yaver Aktan, Kaboğlu 2004 içinde, ss. 141-149. Danıştay kararlarında AİHS uygulaması için bkz. Nazile İrem Yeşilyurt, "Danıştay Kararlarında Uluslararası Antlaşmaların Normatif Değeri", İnsan Hakları Yıllığı, 2014, Cilt. 32, ss. 1-29. Ayrıca Danıştay kararlarında atıf yapılan uluslararası sözleşmelere dair kararlar dizini ve bazı kararlar için bkz. Danıştay Dergisi, Sayı. 138, 2015, ss.165-210. Pilot bir proje olarak Adalet Bakanlığı'nın yaptığı ve ilk derece mahkemelerinin ve savcılıkların, uluslararası sözleşmelerin uygulanmasını ve AİHS'e yapılan atıfları ölçmeyi amaçlayan ve bu konuda bazı istatistikî veriler içeren bir çalışma için bkz. Ayşe Saadet Arıkan, Kaboğlu 2004 içinde, ss. 100-133.

⁷ 2004 değişikliğinin beraberinde getirdiği tartışmalı hususlara ve bazı sorulara ilişkin olarak bkz. Mesut Gülmez, "Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2004, Sayı. 54, ss. 150-152; İbrahim Şahbaz, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2004, Sayı. 54, ss. 207-215. 2004 değişikliğinin getirdiği çözüm ve doğurduğu yeni sorunlara ve çözemediği eski sorunlara ilişkin genel bir değerlendirme için bkz. Abdurrahman Eren, "1982 Anayasası'nın 90. Maddesindeki 2004 Değişikliğinin Anlaşmaların Türk İç Hukukundaki Yerine Etkisi", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004, Cilt. 8, Sayı. 3-4, ss. 73-77. 1982 Anayasası'nın 90. maddesinin, 1961 Anaya-

2004 tarihinden sonra aynı yılın Kasım ayında Ankara’da yapılan ve Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi’nce organize edilen konuya ilişkin yapılan toplantıda, söz konusu değişikliğin getirdiği yenilikler, ortaya çıkarması muhtemel sorunlar kapsamlı bir şekilde tartışılmıştır.⁸ Bu bakımından, değişikliğin hemen sonrasında İbrahim Kaboğlu’nun düştüğü şu notu aktarmak gerekir: “bu yeni hüküm, aslında uluslararası alana doğru, önemli bir açılımdır. Fakat bu hüküm de birincisinden az olmayan sorunları beraberinde getireceğe benziyor.”⁹ Konuya ilişkin tartışmalardan öne çıkan bazı konuları belirtmek gerekirse örneğin, getirilen bu düzenlemede geçen ‘temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar’ ifadesindeki, ‘andlaşmalar’ın neler olacağı konusun müphemliği,¹⁰ hükmün dilindeki terim kullanma özensizliğinin belirsizlikleri beraberinde getirdiği bu belirsizli-

sası’nın tasarı anından itibaren tarihsel gelişimini, maddenin uygulamaya yansıyan boyutlarını ve doğurduğu bazı tartışmalı hususları ve 2004 değişikliğinden sonraki anlamını irdeleyen etraflı bir inceleme için bkz. Rona Aybay, "Uluslararası Anlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2007, Sayı. 70, ss. 187-213. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi özelinde olmak üzere, 2004 değişikliği öncesi düzenleme bakımından doktrindeki farklı görüşlerin aktarıldığı ve bazı mahkeme kararlarında AİHS’in ne şekilde değerlendirildiğine ilişkin bir inceleme için bkz. Ahmet Burak Bilgin, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukuktaki Yeri", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2017, Cilt. 22, Sayı. 1, ss. 91-100. Farklı bir görüş olarak uluslararası insan hakları sözleşmeleriyle Anayasa arasında ortaya çıkacak çatışma durumunda 2004 değişikliğinin suskun olduğunu ve bunun uygulamada yorum, özellikle de teleolojik yorum yoluyla doldurulabileceğini belirten bir görüş için bkz. Akbulut, 2014.

⁸ Toplantıya dair kitap için bkz. Kaboğlu, 2004.

⁹ Kaboğlu 2004 içinde, s. 1.

¹⁰ Yalnız literatürde değil, bu düzenlemenin yasalaştırma faaliyetleri sırasında da bazı eleştiriler yöneltilmiştir. Örneğin anayasa değişikliği teklifi üzerinde görüş bildiren Esas Komisyon üyelerinden bazıları, bu düzenlemede yer alan ‘milletlerarası andlaşmalar’ ifadesinin çok geniş olduğunu, bu nedenle en azından andlaşmaların geldiği kaynağın belirtilmesinin sonradan çıkabilecek yorum ve uygulama farkları açısından faydalı olacağını belirtmişlerdir. Esas Komisyon Raporu için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss430m.htm> Erişim Tarihi 13/10/2016). Konuya ilişkin olarak, hüküm kapsamında değerlendirilip örnek olarak sayılan kapsamlı bir uluslararası insan hakları sözleşmeleri listesi için bkz. Gülmez, 2004, s. 154. Türkiye’nin taraf olup olmadığına bakılmaksızın, uluslararası insan hakları sözleşmelerine dair daha kapsamlı bir liste için bkz. Arıkan, Kaboğlu 2004 içinde, ss. 116-122.

ğin¹¹ nasıl giderilebileceğine dair çözüm önerileri,¹² uluslararası sözleşmelerin insan haklarına ilişkin daha az koruma öngörmesi durumunda sorunun nasıl çözümleneceği¹³ konuları kapsamlı şekilde ele alınmıştır.

Bunun yanında literatürde, değişikliğin uygulamada doğurabileceği hususlar üzerinde de durulmuştur.¹⁴ Örneğin, Meclis'in uygun bulma kanunu çıkarmasına gerek duymayan bazı uluslararası (örneğin süresi bir yılı aşmayan ve uygulama anlaşmalarının) sözleşmeler karşısında, bu değişikliğin yasama yetkisinin devri veya kısıtlanması anlamına gelebi-

¹¹ Kemal Başlar, "Uluslararası Anlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine", *Milletlerarası Hukuk ve Özel Hukuk Bülteni*: Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan, 2004, Cilt. 24, Sayı. 1-2, ss. 34-39; Gülmez, Kaboğlu, 2004 içinde, ss. 62-65; Aybay, 2007, ss. 202-204.

¹² Ali Karagülmez, "5170 Sayılı Yasa'yla Anayasa'nın 90. Maddesinde Yapılan Değişikliğe Bir Bakış", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2004, Sayı. 54, ss. 168-169; Başlar 2004, s. 37. Rona Aybay bu konuda "doğrudan uygulanır" uluslararası insan hakları sözleşmelerinin ilgili hüküm kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ve böylelikle belirsizliğin giderilebileceğini ya da en azından azaltılabileceğini savunmaktadır, Aybay, 2007, ss. 207-208. Aybay'ın yaptığı şekilde bir ayrımı reddeden Mesut Gülmez, özellikle Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından geliştirilen çalışma yaşamı ve sosyal haklara ilişkin uluslararası insan haklarını vurgulayarak, Türkiye'nin onaylayıp taraf olduğu tüm uluslararası sözleşmelerdeki hak ve özgürlükleri (kişisel, siyasal, ekonomik, sosyal ve kültürel), ve aynı zamanda bütün hak kuşaklarını (üçüncü, dördüncü dâhil) hüküm kapsamında değerlendirmektedir, bkz. Mesut Gülmez, Kaboğlu, 2004 içinde, s. 65. Aynı yönde görüş için bkz. Özdemir Özok, Kaboğlu, 2004 içinde, s. 11.

¹³ Başlar, 2004, ss. 38-39; Gülmez, 2004, s. 156. Bu konuda daha kapsamlı bir inceleme ve değerlendirme için bkz. Gönenç - Esen, 2007. Bu konuda literatürde ortak bir görüşün bulunduğu söylenebilir. Buna göre, kanunların, uluslararası insan hakları sözleşmelerinden daha geniş kapsamlı koruma getirmesi durumunda, sözleşme değil kanun uygulanacaktır. Öte yandan, bazı farklı fikirler de yok değildir. Örneğin, Yılmaz Aliefendioğlu, bu konuda boşluk/eskiklik olduğundan bahisle düzenlemeyi eleştirmekte; bu durumu gidermek için de hükme ek bir cümle eklenmesini tavsiye etmektedir, bkz. Kaboğlu 2004 içinde, s. 140.

¹⁴ Şahnaz Gerek - Ali Rıza Aydın, "Anayasa'nın 90. Madde Değişikliği Karşısında Yasaların Geleceği ve Anayasal Denetim", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2004, Sayı. 55, ss. 226-238. Hatta o kadar ki, 2004 yılında getirilen düzenlemenin, uluslararası hukukla iç hukuk arasındaki ilişkiye dair doktrindeki mevcut tartışmaları sona erdirmek ve meseleye çözüm bulmak bir tarafa, meseleyi daha da karmaşıklaştırarak içinden çıkılmaz bir hale soktuğu da dile getirilmiştir, bkz. Ozan Ergül, ""Usulüne Göre Yürürlüğe Girmiş Anlaşmalar Kanun Hükmündedir"", Yıldırım Uler'e Armağan içinde, (der.) Muhammed Erdal, Lefkoşa: Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, 2014, s. 67.

leceği ifade edilmiştir.¹⁵ Söz konusu değişikliğin ortaya çıkardığı tartışmalar arasında yer alan konulardan bir diğeri de, düzenlemenin kime yöneldiği meselesidir. Daha açık bir ifadeyle, insan haklarına ilişkin düzenleme getiren bir uluslararası sözleşmeyle, aynı konuda farklı hüküm içeren kanun tespitini kim yapacaktır ve bu tespitin gereğini kim uygulayacaktır? Bu son belirtilen hususa ilişkin olarak, literatürde ortak bir görüşün paylaşıldığını söylemek yanlış olmayacaktır. Örneğin, Anayasa Mahkemesi raporörleri, Şahnaz Gerek ve Ali Rıza Aydın, birlikte kaleme aldıkları makalede bu soruya Anayasa madde 11'den hareketle cevap vererek, diğler bütün anayasa kuralları gibi bu kuralın da bütün devlet kurum ve organlarına yöneltildiğini belirtilmişlerdir.¹⁶ Buna göre söz konusu hüküm, yasama yürütüme ve yargı organları ile idari kurum ve kuruluşları bağlamakta; yargısal uyuşmazlıklar kadar idareye yöneltilecek başvuruları da kapsamaktadır.¹⁷

Öte yandan, üzerinde doktrinde bitip tükenmek bilmez tartışmanın yapıldığı konu olan, uluslararası hukukla iç hukuk arasındaki ilişki sorunu, hem 90. maddenin söz konusu 2004 değişikliğinden önceki hali bakımından hem de bu yeni düzenlemeyle birlikte çok kapsamlı bir şekilde tartışılmış ve hala da tartışılmaya devam etmektedir. Amacımız burada bu geniş literatürü tekrarlamak olmamakla birlikte, ilerde makalede ortaya atılacak bazı savlar bakımından önem arz ettiğinden, bu tartışmada öne çıkan temel düşünceleri kısaca da olsa aktarmak gerekli görülmektedir.

Buna göre 2004 değişikliğinden önce literatürde, uluslararası hukukla iç hukuk arasındaki ilişki sorununa ilişkin olarak, uluslararası sözleşmelerle iç hukuk kurallarını aynı statüde (kanun) sayan görüş, kanundan üstün ancak Anayasa'dan altta sayan görüş ve nihayet uluslararası sözleşmeler arasında insan haklarını düzenleyen sözleşmelerle diğler

¹⁵ Bu yönde bir görüş için bkz. Özdemir Özok, Kaboğlu 2004 içinde, s. 10. Aynı yönde bir diğler görüş için bkz. Levent Gönenç, "1982 Anayasası'nda Sessiz Devrim: 90. Madde Değişikliği ve Getirdiği Sorunlar", in Yaşayan Anayasa (Ankara). http://www.yasayananayasa.ankara.edu.tr/belgeler/analizler/90_madde.pdf (Erişim tarihi, 10.09.2016).

¹⁶ Gerek - Aydın, 2004, s. 236.

¹⁷ Bu konuda detaylı ve geniş kapsamlı bir görüş, Mesut Gülmez tarafından ileri sürülmüştür, bkz. Gülmez, 2004, ss. 156-157; Gülmez, Kaboğlu 2004 içinde, ss. 73-75. Levent Gönenç ve Selin Esen de bu konuda aynı görüşü dile getirmişlerdir, bkz. Gönenç - Esen, 2007, s. 492.

konulardaki sözleşmeleri birbirinden ayırarak ilk grubun kanunların üstünde, anayasal statüde ve hatta anayasadan da ondan üstte; ikinci grubun ise kanunlarla eşdeğerde olduğunu savunan görüş olarak üç farklı görüşün savunulduğu görülmektedir.¹⁸ Bu üç kategorideki görüş, Anayasa'nın özellikle 90. maddesini (ve 2, 15, 16, 42, ve 92. gibi bazı diğer maddelerdeki uluslararası sözleşmelere yapılan atıfları) farklı biçimlerde yorumlayarak, aktarılan üç başlık altında değerlendirmelerde bulunmaktadır. Amacımız bu tartışmanın detaylarını aktarmak olmadığından ve konu literatürde ziyadesiyle tekrarlandığından bu farklı görüşlerin gerekçelerine burada değinmiyoruz.¹⁹ Zira, konuya ilişkin olarak 2004 deği-

¹⁸ 2004 değişikliği öncesi dönemde, 90. maddenin uluslararası andlaşmaların iç hukuk kuralları karşısındaki konumuna ilişkin literatürde yapılan tartışmalara ve bu konudaki üç farklı görüşe ilişkin olarak bkz. Kemal Gözler, "İnsan Hakları Normlarının Anayaüstülüğü Sorunu", Türkiye'de İnsan Hakları (Ankara: TODAİE, 2000), ss. 36-38. Ayrıca bkz. Başlar, 2004, ss. 19-20. Bu literatürün ayrıntılı bir listesi için bkz. Gülmez, 2004, s. 147, dipnot 1; Gülmez, Kaboğlu, 2004 içinde, s. 57, dipnot 13. Doktrinde bu üç farklı görüşü savunanların görüşlerinin dayanakları ve bunun bir özeti için bkz. Necmi Yüzbaşıoğlu, "Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine", İnsan Hakları Merkezi Dergisi, (AÜSBF Yayını), 1994, Cilt. II, Sayı. 1, ss. 33-34; H. Tahsin Fendoğlu, "Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında "Bağımsız Ölçü Norm" veya "Destek Ölçü Norm" Sorunu", Anayasa Yargısı Dergisi, 2000, Cilt. 17, ss. 372-377; Şahbaz, 2004, ss. 188-194; Eren, 2004, ss. 57-65; Bilgin, 2017, ss. 92-96. Bir insan hakları sözleşmesi olarak AİHS'in ayrıca ele alıp değerlendirilmesi gerektiğini savunan ve bu bakımdan AİHS'i anayasallık bloku içinde, dolayısıyla anayasal değerde gören görüş için Tekin Akıllıoğlu, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz", AÜSBFD, 1989, Cilt. 44, Sayı. 3-4, s. 159, 164. Yüzbaşıoğlu da AİHS'i ve diğer insan hakları sözleşmelerini anayasanın da üstünde görmektedir, bkz. Yüzbaşıoğlu, 1994, s. 34. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) eski yargıçlarından Rıza Türmen'e göre de, 2004 değişikliğiyle birlikte, AİHS ile iç hukuk kurallarının çatışması halinde, AİHS'e üstünlük tanınacak, burada lex posteriori ya da lex specialis uygulanmayacaktır, bkz. Rıza Türmen, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İç Hukukumuzda Etkileri", Anayasa Yargısı Dergisi, 2000, Cilt. 17, s. 37. Öte yandan, insan hakları sözleşmeleri de dâhil uluslararası sözleşmelerin kanunlara eşit düzeyde olduğunu savunan bir görüş ve bu görüşün gerekçeleri için bkz. Hasan Tunç, "Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye İle İlgili Örnek Karar İncelemesi", Anayasa Yargısı Dergisi, 2000, Cilt. 17, ss. 180- vd; aynı yönde görüş için bkz. Hüseyin Pazarıcı, Kaboğlu 2004 içinde, ss. 156-161.

¹⁹ Öte yandan, literatürde konuya ilişkin çalışmaların pek çoğunda çalışmaya, uluslararası hukukun iç hukuk karşısındaki konumuna ilişkin iki farklı görüş olan monist

şikliğiyle birlikte literatürde, insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin kanunlardan üstte konumlandığına yönelik ağırlıklı bir görüşün olduğu görülmektedir, dolayısıyla 2004 değişikliği öncesi tartışmaların bir kısmı artık geride kalmıştır denilebilir.

2004 değişikliğiyle birlikte ortaya çıkan durumu, yani uluslararası insan sözleşmelerinin kanunlardan üstte yer almasını, literatürde bazıları olumlu bulurken bazıları da değişikliğin ortaya çıkarması muhtemel teorik ve pratik sorunlar nedeniyle eleştirmektedir. Örneğin, Kemal Gözler değişikliği, uluslararası sözleşmelere kanunlardan üstün bir hiyerarşi tanınarak, onların 'işlevsel olarak anayasal statüye' sokulacağı gerekçeyle eleştirmiştir. Gözler'e göre bu hüküm, "anayasanın üstünlüğü ve katılığı ilkelerine"²⁰ aykırı olacak ve dolayısıyla hukuk sistemimizdeki normlar hiyerarşisi sistemini bütünüyle alt üst edecektir. Öte yandan Mesut Gülmez göre, düzenlemenin normlar hiyerarşisine meydana getirdiği bu durumu bir sorun değil, olması gereken bir düzenleme olarak değerlendirmektedir. Ona göre, düzenleme bu yönüyle, doktrindeki ve uygulamadaki tartışmalı hususların tamamını olmasa bile büyük kısmına çözüm getirmiştir.²¹ Ahmet Burak Bilgin ise, doktrinde daha önce tar-

(tekçi) ve düalist (ikici) görüşlerin açıklanmasıyla başladığı dikkat çekmektedir. Bu konu, fazlasıyla tekrarlandığından ve bu makalede asıl ilgi odağımız da olmadığından, konuyu burada tekrar ele almanın bir gereği görülmemiştir. Konuya ilişkin literatürden bazı örnekler için bkz. Şahbaz, 2004, ss. 178-181; Eren, 2004, ss. 49-51; Bilgin, 2017, ss. 85-86. Konuya ilişkin olarak, monizm-düalizm dışında aktarılan üçüncü bir görüş (eşgüdüm görüşü) için bkz. Işıl Özkan, "Uluslararası Hukuk-Ulusal Hukuk İlişkileri", Journal of Yaşar University, 2013, Cilt. 8 Sayı. Özel, ss. 2135-2139.

²⁰ Kemal Gözler, "Milletlerarası Andlaşmalara Kanun Üstü Bir Değer Tanınabilir mi? (Anayasa Değişikliği Teklifi Hakkında Bir Eleştiri)", <http://www.anayasa.gen.tr/madde90.htm> (Erişim Tarihi 02.09.2015). Bu anlamda Gözler, 2004 değişikliği öncesi dönemdeki düzenleme bakımından ifade ettiği, AİHS'in kanun hükmünde olduğu ve bu nedenle bir hiyerarşi oluşturmadığı yönündeki görüşünü değiştirmiştir denilebilir, bkz. Gözler, 2000, s. 39 vd. Gözler, istenilen sonucun, yani uluslararası sözleşmelere anayasal bir statü kazandırılmasının yolu olarak, böylesi sözleşmelerin Meclis tarafından, üçte iki çoğunlukla kabul edilmesini tavsiye etmektedir, Gözler, 2000, s. 3. Benzer yönde bkz. Yüzbaşıoğlu, 1994, s. 35. Bu konuda karşılaştırmalı hukuktan veriler aktaran bir çalışma için bkz. Başlar, 2004, s. 33.

²¹ Gülmez, 2004, 156. Nitekim Gülmez, düzenlemenin 2004 öncesi hali bakımından da, doktrindeki, uluslararası sözleşmelerin, 90. maddede yer alan gerek kanun hükmündedir ifadesine gerekse Anayasa Mahkemesi önüne götürme yasağına bağlı olarak kanun seviyesinde/kanun gibi değerlendirilmeleri ve buradan hareketle uygulamada, sözleşmelerle kanunlar arasında çıkan çatışmada, önceki kanun-sonraki kanun, genel

tışmalı olan bu hususun 2004 değişikliği sonrası, insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmeler bakımından ortadan kalkmış olduğunu ve artık bu sözleşmelerin kanunlardan hiyerarşik olarak üstte konumlandığını netleştirdiğini ifade etmektedir.²²

Bu değerlendirmeye rağmen görülmektedir ki bu konuya ilişkin farklı görüşler hala devam etmektedir. Nitekim doktrinde ileri sürülen farklı bir görüş olarak örneğin Rona Aybay'a göre, 2004 değişikliğinden önce de sonra da uluslararası sözleşmeler, insan haklarına ilişkin olup olmamasına bağlı olmaksızın *kanun* hükmündedir.²³ Aybay'a göre, söz konusu 2004 düzenlemesi sadece bir *yasa çatışması kuralı* niteliğindedir. Hatta bu kural, her durumda uluslararası insan hakları sözleşme kuralının öncelikli olarak uygulanacağı sonucunu da doğurmamaktadır. Ozan Ergül de, Aybay'ın dile getirdiği görüşü paylaşarak, 90. maddenin 5. fıkrasına eklenen cümlelerin bir çatışma kuralı olduğunu belirtmiştir. Ergül bu görüşten hareketle, bizim bu makalede ele alacağımız Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrasına ilişkin olarak vardığı *zımnî ilga* sonucunu eleştirmektedir.²⁴

2004 değişikliğinden sonra tartışmalar tamamen bitmediyse de genel olarak, insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin kanunlardan üstte konumlandırıldığının doktrindeki ağırlıklı görüş olarak belirdiği söylenebilir. Bununla birlikte, 2004 değişikliği, insan haklarına ilişkin sözleşmeler de dâhil olmak üzere uluslararası sözleşmelerle Anayasa arasındaki hiyerarşi meselesini çözmemiş; bu nedenle konuya ilişkin 2004 öncesi tartışmalar da sona ermemiştir.²⁵

kanun-özel kanun yorum yöntemlerinin konuya uygulanması gerektiği yönündeki görüşleri hatalı bularak eleştirmiştir. bkz. Gülmez, Kaboğlu, 2004 içinde, ss. 47-52.

²² Bilgin, 2017, ss. 115-116.

²³ Aybay, 2007, s. 205, 212. Bununla birlikte Aybay da AİHS'i, zorunlu yargı denetimi nedeniyle bu genel tespitten ayrı değerlendirme ihtiyacı hissetmiştir.

²⁴ Ergül, 2014, ss. 74-vd.

²⁵ Nemci Yüzbaşıoğlu'na göre, aslında kanun-sözleşme ilişkisi meselesi, uygulamada yüksek yargı yerlerinin içtihatlarıyla büyük oranda giderilmişti; 2004 değişikliği buna pozitif hukuki bir dayanak sağlamıştır. Asıl mesele olan, Anayasa-sözleşme ilişkisi konusunda ise, söz konusu değişiklik hiçbir çözüm üretmemektedir, bkz. Yüzbaşıoğlu, Kaboğlu 2004 içinde, s. 85. Buna karşıt, 2004 değişikliği öncesi, özellikle Meclis denetiminden geçmeyip, uygun bulma kanunuyla kabul edilmeyen sözleşmeler bakımından ortaya çıkacak demokratik meşruluk sorunu gerekçesiyle, uluslararası

Biz bu çalışmada, 2004 değişikliğinin esasında bir çatışma kuralı olmakla birlikte aynı zamanda yeni bir norm hiyerarşisi oluşturduğunu savunuyoruz. Dolayısıyla hem Aybay ve Ergül'ün görüşüne katılıyoruz hem de bir yönüyle onlardan ayrılıyoruz. Ayrıldığımız husus, çatışma kuralına bağlanan sonuçlara yöneliktir. Öte yandan, az sonra göreceğimiz Anayasa Mahkemesi kararlarına yansıyan *zımni ilga* hükmü tespiti- nin de yanlış olduğunu değerlendiriyoruz.

Biz bu makalede, temel olarak konuyla ilgili iki husus üzerinde duracağız. İlk önce, Anayasa Mahkemesi'nin yakın zamanlı kararlarından hareketle, Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası hükmünün bir *zımni ilga* hükmü olup olmadığı konusunu inceleyeceğiz. Zımni ilga konusuna dair yapılan değerlendirmenin bir sonucu olarak, takip eden bölümde bu yeni düzenlemeyle birlikte, özellikle somut norm denetimi yoluyla yapılan anayasallık denetiminde (judicial review) ²⁶ bir değişikliğin veya yeniliğin meydana gelip gelmediğini tartışacağız. Bu tartışma bağlamında ikinci konuya ilişkin olarak, söz konusu düzenleme sonrası Türkiye'de her kademedeki yargıca önemli bir yetki verildiğini ve aynı zamanda ve belki de daha önemlisi, mühim bir (hukuki) ödev yüklendiğini bir kez daha hatırlatarak konuya dair düşüncelerimizi aktaracağız. Özetle belirtmek gerekirse, üzerinde odaklanacağımız husus, Anayasa ve insan hakları sözleşmeleri arasındaki hiyerarşi meselesinden ziyade, kanunlarla sözleşmeler arasındaki ilişki meselesi olacaktır.

2. Konu-Sorun

Ele alacağımız meseleler şu şekilde soru(n)sallaştırılabilir: 1982 Anayasası'nda da yer alan temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenleme-

sözleşmeleri kanunların üzerinde gören anlayışı eleştiren bir görüş için bkz. Hüseyin Pazarcı, Kaboğlu 2004 içinde, ss. 157-158.

²⁶ İngilizce 'judicial review', ayrı bir idari yargının bulunduğu ülkeler bakımından mahkemelerin, idarenin eylem ve işlemlerinin denetlemesini de kapsar biçimde kullanılmaktadır. Bu bakımdan anayasa yargısı ya da anayasallık denetimi yargısal denetimin türlerinden biridir. Makalede 'anayasallık denetimi', bu geniş anlamda kullanılmıştır. Ayrıca, iki terim arasında özü itibarıyla derin bir fark olmaması sebebiyle, makalede çoğunlukla 'anayasallık denetimi' ve yasaların 'insan haklarına dayalı yargısal denetimi' terimleri birbirinin yerine geçecek şekilde kullanılmıştır. Bu kavramsal kullanımlar için bkz. Michael Stolleis, "Judicial Review, Administrative Review, and Constitutional Review in the Weimar Republic" Ratio Juris, 2003, Cilt. 16, Sayı. 2, ss. 266-80.

ler karşısında, acaba Türkiye'de Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrasına eklenen hükümlerle, insan haklarına dayalı yeni bir yargısal denetim benimsenmiş midir? Buna göre, bir ilk derece mahkemesi veya temyiz mahkemesi, önüne gelen davada, uyuşmazlığa uygulanabilecek bir kanun hükmünü, insan haklarına ilişkin bir sözleşme hükmüne aykırı görürse, sözleşme hükümlerinin uygulanması kaçınılmaz olacak mıdır? Bu soruya olumlu cevap verildiği varsayıldığında, ortaya çıkan bu durum insan haklarına dayalı bir yargısal denetim (judicial review) olarak düşünülebilir mi? Tabii bu durumda şu soru gündeme gelecektir: Yargıç, yasa hükmüyle sözleşme hükmü arasında bir uyuşmazlık olduğuna hükmederek sözleşme hükmünü uygulamak durumunda kaldığında, bu durumda o yasa hükmünün hukuki durumu ne olacaktır? Avrupa modeline dayalı anayasa denetiminin geçerli olduğu Türkiye'de, uygulanmaktan imtina edilen yasa hükmünün yürürlükten kalktığı söylenebilecek midir yoksa bu hükmün Anayasa Mahkemesi önüne götürülmesi gerekecek midir?

Belirtilen zımni ilga konusuna ilişkin olarak literatürde 90. maddenin 5. fıkrası bağlamında, şuana kadar belli düzeyde bir tartışma yapıldığı görülmektedir. Örneğin Ali Karagülmez, değişikliğin yapılmasından kısa bir süre sonra yayınlanan makalesinde, söz konusu hükmün somut norm denetimini nasıl etkileyebileceğini kısaca tartışmış ve somut norm denetimiyle yapılacak anayasallık denetimi bakımından söz konusu hükmün çeşitli alternatif cevaplar üretebileceğini, ancak çözümün uygulamaya bağlı olacağını dile getirmiştir.²⁷ Öte yandan, Gerek ve Aydın, uluslararası insan hakları sözleşmesiyle çelişen kanun hükümlerini yürürlükte tutmanın hukuki bir yararı olmayacağını belirterek böylesi yasa hükümlerini yürürlükten kaldırma yetkisinin Meclis'te ve bunların anayasaya aykırı olduğu tespitini yaparak iptal etme yetkisinin de Anayasa Mahkemesi'nde olduğunu, diğer mahkemelerin itiraz (somut norm denetimi) usulüne başvurmaları gerektiğini ileri sürmüşlerdir.²⁸ Öte yandan Kemal Başlar 2004 yılındaki makalesinde, uluslararası sözleşme kuralıyla yasanın çatışması halinde, yasa hükmünün zımnen ilga edilmiş olduğu belirtilmiştir.²⁹ Başlar'ın görüşü, az sonra görüleceği üzere Anayasa

²⁷ Karagülmez, 2004, ss. 175-176.

²⁸ Gerek - Aydın, 2004, ss. 237-238. Benzer bir değerlendirme için bkz. Şahbaz, 2004, s. 183; Yılmaz Çimen. 2004 Kaboğlu içinde, ss. 98-99

²⁹ Başlar, 2004, s. 42.

Mahkemesi'nin kararında benimsenen sonuçtur. Nitekim Olgun Akbulut da, kadının, evlilik öncesi soyadını kullanması meselesine ilişkin olarak, bazı ilk derece mahkemelerinin, Medeni Kanun'un 187. maddesini somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi önüne götürmelerini eleştirmiştir, dolayısıyla artık bu kuruma başvurmanın gerekli olmayabileceğini, üstü kapalı da olsa dile getirmiştir.³⁰ Aktarılan bu farklı görüşler yanında, Anayasa Mahkemesi'nin aşağıda ele alınacak olan bazı güncel kararları da, meselenin tartışmaya devam edileceğini göstermektedir. Bu sebeple, sözü edilen bireysel başvuru kararları ışığında, 90. maddenin 5. fıkrasına eklenen hükmün anlamı konusunda (zımnî ilga), yukarıda kısaca özetlenen argümanların yeniden gözden geçirilmesi ve makalede ele alınacak olan zımnî ilga konusu bağlamında tartışmanın derinleştirilmesi zarurî görünmektedir.

Aşağıda öncelikle, Anayasa Mahkemesi'nin son dönemdeki bazı bireysel başvuru kararlarında, Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası hükmünü bir zımnî ilga hükmü olarak yorumlaması hususuna ele alacağız. Bu kısımda Mahkeme'nin konuya ilişkin ilk kararına yansıyan ve daha sonra bir dizi kararda aynen tekrar edilen zımnî ilga tespitini kısaca özetlendikten sonra, zımnî ilga kavramını farklı bir perspektiften detaylı bir şekilde inceleyeceğiz. Bunu takip eden bölümde ise, Türkiye'de kanunlara yönelik yeni bir yargısal denetim modelinin benimsenip benimsenmediğini irdelleyeceğiz. Bunu yaparken karşılaştırmalı hukuktan hareketle, bazı anayasallık denetim modellerini kısaca özetleyip, buradan hareketle genel bir değerlendirme sunacağız.

3. Anayasa Mahkemesi'nin Bazı Bireysel Başvuru Karar(lar)ı Işığında Anayasa'nın 90. Maddesinin 5. Fıkra Hükmünün Niteliği

Anayasa Mahkemesi'nin, 2013/2187 nolu bireysel başvuru kararında (*Sevim Akat Ekşi*) verdiği bireysel başvuru kararı, 90. maddeye 2004 yılında eklenen hükmü zımnî ilga olarak değerlendiren tespiti, bu makalenin kaleme alınmasında temel motive edici etken olmuştur. Kadının evlenmeden önceki soyadını, eşinin soyadını almadan kullanabilme konusuna ilişkin *Sevim Akat Ekşi* kararında Anayasa Mahkemesi, AİHS (madde 8 ve 14) ve AİHM'in konu hakkındaki içtihatlarına yaptığı atıfla ihlal olduğuna karar vermiştir. Daha net ifadesiyle Mahkeme, kadına,

³⁰ Akbulut, 2014.

evlenmeden önceki soyadını kullanmasının Medeni Kanun'un 187. maddesiyle yasaklanmasını, Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenen, '*kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığına ve AİHS'in 8. maddesinde yer alan 'özel hayatın ve aile hayatının korunmasına aykırı bulmuştur.*

Bu makalede odak konumuz, Anayasa Mahkemesi'nin bu bireysel başvuru davasında verdiği yerinde ve doğru olan ihlal kararının incelenmesi değildir. Asıl ilgilendiğimiz husus, söz konusu ihlal kararının gerekçesinde belirtilen ve çok önemli sonuçlar doğuran, 90. maddesinin 5. fıkrasına yönelik Mahkeme'nin tespitidir. Buna göre, anılan kararın 44. paragrafında Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası hükmünün bir *zımnî ilga* kuralı olarak yorumlamıştır. Mahkeme kararında şöyle demektedir:

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

Anayasa Mahkemesi bu tespitini, aynı konudaki diğer iki bireysel başvuru kararında (*Gülsim Genç*, Başvuru Numarası: 2013/4439, Karar Tarihi: 6/3/2014, § 39 ve *Neşe Aslanbay Akbıyık* Başvuru Numarası: 2014/5836, Karar Tarihi: 16/4/2015, § 44 ve §45) tekrarlamıştır. Ayrıca, belirtilen bu son iki karar arasındaki bir zaman diliminde ve farklı konudaki (belediye işçisine sosyal denge tazminatı ödenmemesi) bir diğer bireysel başvuru kararında da *Adalet Mehtap Buluryer* (Başvuru Numarası: 2013/5447, Karar Tarihi: 16/10/2014, § 47) yine zımnî ilga yönündeki önceki karar tekrarlanmıştır. Bu durumda, konuya ilişkin Anayasa Mahkemesi görüşünün pekiştiği ve yerleştiği söylenebilir. Mahkeme, *Sevim Akat Ekşi* kararının 45. paragrafında (ve diğer kararlarda), Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası hükmünün, yani zımnî ilganın gereğinin, bütün mahkemelerce uygulanması gerektiğine de hükmetmiştir.³¹ Ana-

³¹ Ancak, aynı Anayasa Mahkemesi, 2011 yılında verdiği ve yukarıda bahsedilen bireysel başvuru kararındaki konuyla tamamıyla aynı olan bir somut norm denetimi dava-

yasa Mahkemesi'nin anılan *Sevim Akat Ekşi* ve aynı yöndeki diğer kararlarından çıkan açık sonuç, Medeni Kanun'un 187. madde düzenlemesinin zımnen ilga edildiği, yani yürürlükten kalktığıdır ve bundan sonra kadınlar bakımından, evlenmeden önceki soyadlarını tek başına kullanmayı yasaklayan bir yasa kuralı yoktur. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkraya hükmünü bir zımni ilga hükmü olarak belirttikten sonra, mahkemelerin bunun gereğini yapmalarını, yani bir yasa hükmünün, bir uluslararası insan hakları sözleşme hükmüne aykırı olması durumunda ikincisini uygulamamalarını, ihlal kararına bir dayanak olarak göstermiştir.³²

Bunun sonucu olarak karardan çıkan bir diğer sonuç ise, Türkiye'de anayasallık denetiminin veya kanunların yargısal denetiminin, 90. maddenin 5. fıkrası hükmü ve bu konuda yukarıda belirtilen Anayasa Mahkemesi kararları sonrası, saf Avrupa modeli olmaktan çıktığı yönündedir. Bu değerlendirmenin ayrıntılarına aşağıda ayrıntılı olarak ele alacağız. Bu noktada, ilk derece ve temyiz mahkemelerinin gerçekleştireceği yargısal denetiminin, dolaylı yoldan, yani 90. maddenin atfıyla, insan hakları üzerinden bir denetim olduğunu belirtilmekle ve anayasal denetimden kısmen farklı olduğuna işaret etmekle yetinelim.

Anayasa Mahkemesi kararına bağlı olarak yapılan yukarıdaki tespitlerin beraberinde getirdiği kaçınılmaz sorulardan biri, Meclis'in, uluslararası insan hakları sözleşme hükümlerine (belki ve büyük olasılıkla Anayasa'ya)³³ aykırı yasalar çıkarması veya yürürlükteki mevcut yasa-

sında, kadının soyadına ilişkin Medeni Kanununun 187. madde hükmünü anayasaya aykırı bulmamıştır. Bu iki karar birlikte ele alındığında, ortaya çıkan sonucun yorumlanmaya muhtaç olduğu görülmektedir. Anayasa Mahkemesi Kararı, 10.03.2011 tarih ve 2009/85 E., 2011/49 K. sayılı kararı (21.10.2011 tarihli ve 28091 sayılı Resmi Gazete). Bu durumu eleştiren bir değerlendirme için bkz. Ergül, 2014. Öte yandan, Olgun Akbulut, 2004 değişikliği sonrası bir dönemde, kadının soyadı kullanımına ilişkin konuya doğrudan uygulanabilir bir kural olmak bakımından Birleşmiş Milletler, Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin 16. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendinin uygulanmamasını eleştirmiştir, bkz. Akbulut, 2014.

³² Konuya ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi'nin, somut uyuşmazlığın olgusal gerçeklerini de dikkate alarak, insan haklarına dair düzenleme içeren bir uluslararası sözleşmenin, mahkemelerce uygulanmamasının yerinde olup olmadığını da değerlendirdiği söylenebilir, bkz. Arnoldus Theodorus Bernardus Maria Nales Başvurusu (Başvuru Numarası: 2013/1211), Karar Tarihi: 10/3/2015, R.G. Tarih- Sayı: 6/6/2015-29378.

³³ Tekin Akıllıoğlu'na göre, "sözleşmeye aykırılık öncelikle Anayasaya da aykırılık oluşturacaktır", bkz. Akıllıoğlu, 1989, s. 161. Aynı yönde görüş için bkz. Yüzbaşıoğlu

larda mahkemelerce insan hakları sözleşme kurallarına aykırılık tespiti yapılması durumunda, bu yasaların hukuki durumunun ne olacağıdır. Aslında Anayasa Mahkemesi yukarıda değinilen kararları, bu soruyu cevaplamaktadır; öyleyse yapılması gereken, bu cevabın *doğru* hukuki cevap olup olmadığını tartışmak olmalıdır. Bu bakımdan, böylesi yasaların Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesine gerek olacak mıdır sorusuna da bir cevap aranması gerekmektedir.³⁴

Konuya hemen bir örnek olarak 6552 sayılı Torba Yasa'nın 97. madde hükmünü belirtebiliriz. Bu yasa hükmü, bazı üst düzey memur kadroları için “*açıktan, naklen veya vekâleten yapılan atama ve bu görevlerden alınma, bu görevlerle ilgili yer değiştirme, görev ve unvan değişikliği işlemleri hakkında verilen mahkeme kararlarının gereği, ilgilinin kazanılmış hak aylık derecesine uygun başka bir kadroya atanması suretiyle iki yıl içinde yerine getirilir*” düzenlemesini getirmişti. Bu hükmün, AİHS'in 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı bakımından ne hüküm ifade ettiği açıktır. Buna göre, AİHS'in adil yargılanmayı düzenleyen 6. maddesi son derece geniş kapsamlıdır ve AİHM, adil yargılanma hakkı kapsamı içine, mahkeme kararlarının gecikmeksizin uygulanmasını da katmaktadır. Bu durum en açık ifadesini *Case of Hornsby v. Greece* davasında bulmuştur.³⁵ Buna göre AİHM, söz konusu kararda (§ 40, 41), adil yargılanma hakkının kapsamında, bu hakkın ay-

lu, 1994, s. 31. Özellikle Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemelerinin, AİHS ile büyük oranda örtüştüğü, (en azından onunla çelişmediği) göze alındığında, bu tespit daha da geçerlidir.

³⁴ Örneğin Yaman Akdeniz ve Kerem Altıparmak'ın, yukarıda değinilen Anayasa Mahkemesi kararından hareketle haklı olarak ileri sürdüğü, TCK madde 299'nün yürürlükten kalmış olduğuna ilişkin savın, başta savcılar ve yargıçlar tarafından, hukuken yanıtlanması gerekiyor, Yaman Akdeniz - Kerem Altıparmak, “TCK 299 Olmayan Hükmün Gazabı mı?”, Güncel Hukuk, Ekim 2015, ss. 42-44. Bu konuda Anayasa Mahkemesi'nin yakın zamanda, somut norm denetimi yoluyla önüne getirilen bir davada, söz konusu kanun hükmünü oybirliğiyle Anayasa'ya aykırı bulmadığını not edelim (E. 2016/25, K. 2016/186, Karar Tarihi, 14/12./2016, Resmi Gazete 3/01/2017).

³⁵ Application no. 18357/91, Karar tarihi, 19 Mart 1997. AİHM, bu kararda geliştirdiği içtihadını diğer bazı kararlarında tekrarlamıştır. Bu konuda en yakın tarihli *Case of Zdravković v. Serbia*, (Application no. 28181/11, Karar tarihi: 20/12/2016) kararında (§ 54), AİHM, mahkeme kararlarının uygulanmasının engellenemeyeceğini, geçersiz kılınamayacağını ve makul olmayan sürede/orantısız derecede geciktirilemeyeceğini yinelemiştir.

rılmaz bir parçası olarak mahkeme kararlarının gecikmeksizin uygulanmasının da bulunduğu hükmetmiştir. Dolayısıyla, mahkeme kararlarının uygulanmasının geciktirilmesi hem de bunun açık bir kanun maddeyle iki yıl için yapılması, AİHS'in 6. maddesini kapsamında hukuki kabul görmeyecekti(r). Dolayısıyla bu noktada, bir temel hakka ilişkin olarak bir kanun hükmünde, bir uluslararası insan hakları sözleşme hükmüyle çelişkili düzenleme yer aldığı açıkça görülmektedir. Tabii bu noktada, AİHM kararlarının iç hukukta mahkemeler nezdinde bağlayıcı olup olmadığının sorulması ve tartışılması gerekebilir. İncelediğimiz konuyla ilgili olmakla birlikte bu tartışma ayrı bir makale konusu niteliğindedir, bu sebeple konunun detaylarına burada girmiyoruz. Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda atıf yapılan kararlarından (ve ayrıca bireysel başvuru mekanizmasından da) hareketle, AİHM kararlarının Türkiye iç hukuk sistemi bakımından bağlayıcı olarak kabul edildiği söylenebilir. Bu konuda, yani AİHS'in Türkiye'de mahkemeler tarafından uygulanması bahsinde asıl konunun, AİHM'in içtihatlarına uyup uymama konusu olduğunun altı çizilmekte ve AİHM kararlarının bağlayıcı olarak uygulanması gerektiği doktrinde de savunulmaktadır.³⁶

Bu noktada, acaba Anayasa Mahkemesi bu yasa hükmünü 2014/149 E. ve 2014/151 K. sayılı kararıyla iptal etmeseydi, ilk derece veya temyiz mahkemeleri, 6552 sayılı Torba Yasa'nın 97. maddesini, AİHS madde 6'dan hareketle ve Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası ile yukarıda belirtilen ilgili Anayasa Mahkemesi kararlarındaki zımni ilga hükmü gereği, zımnen ilga edilmiş olarak değerlendirebilecekler miydi? Daha net bir biçimde belirtmek gerekirse, Anayasa Mahkemesi'nin 2013/2187 nolu bireysel başvuru davasındaki kararında yer alan 44. ve 45. paragraflarında yaptığı tespit sonrası, bir idare mahkemesinin veya yetkisine göre bölge idare mahkemesi veya Danıştay'ın, söz konusu 6552 sayılı Torba

³⁶ Şahbaz, 2004, ss. 182-183; Akbulut, 2014. Öte yandan, Mesut Gülmez sadece AİHM'in değil, sözleşmeleri denetleyen denetim organların kararlarının da göz önüne alınması gerektiğini savunmaktadır bkz. Gülmez, Kaboğlu 2004 içinde, ss. 158-160. Konuya ilişkin bir başka değerlendirme için bkz. Aybay, 2007, ss. 209-210. Konuya hakkında karşılaştırmalı hukuktan bilgiler de içiren daha detaylı bir analiz ve değerlendirme için bkz. Şeref Ünal, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İç Hukukuna Etkileri", Anayasa Yargısı Dergisi, 2000, Cilt. 17, ss. 63-85; Osman Doğru, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının İç Hukuklara Etkisi", Anayasa Yargısı Dergisi, 2000, Cilt. 17, ss. 194-225.

Kanun'un 97. maddesi hükmünü AİHS madde 6'ya aykırı olduğu gerekçesiyle ilga olduğu tespiti yapıp uygulamaması söz konusu olacak mıydı? ³⁷

Makalenin bundan sonraki kısmı Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda aktarılan kararlarındaki tespiti, yani Anayasa'nın 90. maddesini 5. fıkra hükmünün *zımni ilga* hükmü olduğu sonucunu tartışmakta ve irdelemektedir.

4. İlga ³⁸

Literatürde ilga (*derogation-abrogation*), bir hukuk kuralının başka bir hukuk kuralıyla yürürlükten kaldırılması ya da hukuki geçerliliğinin sona erdirilmesi olarak tanımlanmaktadır. James W. Harris'e atfedilen ve kapalı devre işleyen, kuralların hiyerarşik yapılandırmaya tâbi olduğu bir sistemin zorunlu unsuru olan ilga müessesesi, adeta mantıksal bir form olarak sunulmaktadır. Buna göre, (zımni) ilga, "hukuk biliminin, kuralları sistemleştirme mantığının bir gereği ve bu gereğin bir sonucu olarak ortaya çıkan, kurallar arasında 'çelişki olmaması gereklili-

³⁷ Bu konuda hiç örnek olmadığını söylemek haksızlık olacaktır. Örneğin, Anayasa Mahkemesi'nin Sevim Akat Ekşi kararından çok önce, Ankara 11. Aile Mahkemesi aynı konuda, yani kadının soyadını ilgilendiren bir davada, doğrudan AİHS'e atıf yaparak, Medeni Kanun'un 187. maddesini AİHS'e aykırı bulmuş ve davacı Hatice Yılmaz Yüksek yıldız'ın, evlenmeden önceki soyadını kullanma talebini kabul etmiştir. Bu konudaki haber için bkz. <http://www.hurriyet.com.tr/mahkemedan-bekarlik-soyadina-onay-18273443> (Erişim tarihi 23/11/2016). İlk derece Mahkemesi'nin bu kararı, mahkemenin direnmesi üzerine, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na gelmiş ve karar Kurulca onanmıştır. Haber için bkz. <http://www.milliyet.com.tr/yargidan-devrim-gibi-soyadi-karari-gundem-2126068/> (Erişim tarihi 23/11/2016).

³⁸ Belirtmek gereksiz olsa da, bu noktadan itibaren yapılacak tartışmanın, yukarıda aktarılan sonucun objektif hukuki anlamını, yani Anayasa Mahkemesi'nin zımni ilga hükmü tespitini, Anayasa Mahkemesi başka bir kararla değiştirene kadar etkilemeyeceğini ifade edelim. Yani mevcut durumda Türkiye'deki hukuk düzeninde, Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası bir zımni ilga hükmüdür ve bütün mahkemeler bu hükmü uygulamakla yetkili ve görevlidir. Dolayısıyla mahkemelerin, önlerine gelen uyuşmazlıkta uygulanacak olan yasa hükmünü, uluslararası insan hakları sözleşmelerine uygunlukları bakımından denetlemeleri, özellikle re'sen soruşturmaya dayalı ceza ve idare hukuku yargılamaları bakımından bunun öncelikli olarak zorunlu ve geçerli olduğunun altını çizmek gerekir. Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararı olmadan da uygulamanın, re'sen bu durumu göz önünde bulundurması gerektiği yönündeki bir görüş için bkz. Çimen, Kaboğlu 2004 içinde, s. 95.

ği”nin³⁹ bir sonucudur. Kelsen’e göre ise ilga, “emretmek, izin vermek, yetkilendirmek yanında, normun özel bir işlevidir [...] İlga, belli bir insan davranışına değil, bir diğer normun hukuki geçerliliğine yönelmiş bir normdur.... [ve bu bakımdan] ilga normu kendiliğinden değil, sadece geçerliliğini kaldırdığı norm bakımından anlam ifade edebilen ve var olabilen bir normdur; bu anlamda [ilga normu] bağlı bir normdur.”⁴⁰ Bu tanım, açık ilgayı karşılamaktadır. Buna göre, hukuk kuralları arasında çelişki ortaya çıkması durumunda yasakoyucu bir düzenlemeyle (aynı hiyerarşideki) iki kuraldan birini ilga eden bir yasa çıkarabilir (açık ilga). Ancak böylesi bir düzenleme söz konusu olmadığı durumda sorun nasıl çözülecektir? Bu da bizi, makalemizin asıl konusu olan zımni ilgaya götürmektedir.

Literatürde zımni ilganın, hukuk kuralları arasında ortaya çıkan *çelişki/çatışma* durumunda, bu çelişkinin/çatışmanın nasıl giderileceği sorunu kapsamında ele alındığı görülmektedir. Hukuk kuralları arasındaki çelişkinin giderilmesi yollarından biri olan zımni ilganın detaylarına geçmeden önce, hukuk kuralları arasındaki çelişkinin ne anlam ifade ettiğine daha yakından bakmak ve çelişkinin türlerine değinmek faydalı olacaktır.

a. Hukuk Kuralları Arasında Çelişki ve Türleri

İki hukuk kuralı arasındaki çelişki, “her iki kuralı birlikte uygulamanın mümkün olmaması veya birini uygulamanın, kaçınılmaz olarak veya olasılıkla diğerini ihlal [edeceği]”⁴¹ durumda ortaya çıkar. Bu tanımdan hareketle hemen bir noktaya dikkat çekmek gerekmektedir. İki hukuk kuralının birbiriyle çelişmesi ile bir fiilin, bu iki kuraldan birine uygun olup diğerine aykırı olduğu veya onu ihlal ettiği önermesi (çıkarımı) veya bir kimsenin birbiriyle çelişkili iki hukuk kuralı karşısında

³⁹ J.W. Harris, *Law and Legal Science: An Inquiry Into The Concepts Legal Rule and Legal System*, Oxford: Clarendon Press, 1979, ss. 81-84. Bu görüşün eleştirisi için bkz. Stanley L. Paulson, “Subsumption, Derogation, and Noncontradiction in “Legal Science”, *The University of Chicago Law Review*, 1981, Cilt. 48, ss. 802-18.

⁴⁰ Hans Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy* (ed. selected and introduced Ota Weinberger), çeviren Peter Heath, D. Reidel Publishing Company, Dordrecht; Boston, 1973, ss. 262-263; Kemal Gözler, *Hukuka Giriş*, 10. Baskı, Ekin, Bursa 2013, s. 261.

⁴¹ Kelsen, 1991, s. 123.

davranışına rehber olarak esas alacak nihai bir sonuca varamaması birbirinden farklı hususlardır. Bu fark, pratikte pek anlam ifade etmese de *hukuki geçerlilik ve çelişki* kavramlarının analizi açısından ortaya çıkan önemli bir teorik farktır ve bu nedenle bu ikisi birbiriyle karıştırılmamalıdır. Zira ilk durumda, iki hukuk kuralının formüle edilmişinden (dilin-den) hareketle bir çelişki olup olmadığı tartışması yapılırken ve bu mantıksal bir çelişki olarak nitelendirilirken, diğer durumda, söz konusu fiilin iki hukuk kuralından hangisine uygun olup hangisini ihlal ettiği söz konusudur.⁴² İkinci durum, mantıksal bir çelişki vardır/olabilir tespiti yapmaya izin verirken, ilk durumda mantıksal çelişki vardır çıkarımında bulunmak, literatürde yanlış olduğu değerlendirilen ve bu nedenle eleştirilen bir husustur.⁴³

Kelsen'e göre hukuk kuralları arasındaki çelişki *kısmi* veya *tam* çelişki ve bunların bileşkesi olan *doğrudan* ya da *dolaylı* çelişki ve *iki taraflı* ve *tek taraflı* çelişki şeklinde kendini gösterebilir. Örneğin, "iki eşlilik cezalandırılır" diye bir norm ile "iki eşlilik cezalandırılmaz" diye başka bir normu varsaydığımızda bu iki norm arasındaki çelişki *tam* çelişkidir. Öte yandan, "adam öldürme, ölüm cezasıyla cezalandırılır" ile "adam öldürme hapis cezasıyla cezalandırılır" ⁴⁴ normları arasındaki çelişki ise *kısmi* çelişkidir. Bu durumda kısmi çelişki, normun kapsamında veya içeriğinde meydana getirilen (kısmi) değişiklikten kaynaklanan bir çelişkiyi ifade eder. Bunun yanında, eğer iki kuralın her birini aynı fiile uygulamak karşılıklı olarak kuralların ikisini de ihlal ediyorsa bu durumda *iki taraflı* (karşılıklı) çelişki; eğer kurallardan sadece birini uygulamak diğerini ihlal ediyorsa *tek taraflı* (yönlü) çelişki söz konusudur. Tek taraflı çelişki örnekleri genellikle, genel bir kurala istisna geti-

⁴² Stephen Munzer, "Validity and Legal Conflicts", The Yale Law Journal, 1973, Cilt. 82, Sayı. 6, s. 1144.

⁴³ Bu sebeple de çelişki terimi yerine çatışma terimi daha doğru kullanım olarak görülebilir. Nitekim, hukuk kuralları arasında çelişki değil, sadece karşıtlık veya çatışma olabileceğinden söz edilmektedir. Bu konuda Kelsen, normlar arasındaki karşıtlığı, (mantıksal) bir çelişkiye değil, olsa olsa aynı nokta üzerinde zıt yönlerde doğru hareket eden iki güç arasındaki çatışmaya benzetmenin daha doğru olacağını belirtmektedir, Hans Kelsen, General Theory of Norms, çeviren Michael Hartney, Oxford University Press, Oxford; New York, 1991, ss. 124-25. Buna rağmen makale içinde zaman zaman çatışma yerine çelişki ifadesi de kullanılacaktır; ancak böylesi bir kullanımda çelişki ifadesi bu dipnotla ve ona eşlik eden metinle birlikte düşünülmelidir.

⁴⁴ Aktarılan bu örnekler için bkz. Kelsen, 1973, s. 270.

ren bir (alt) kural durumunda söz konusu olur. Bu durumda genel kuralın, istisna kuralın kapsadığı fiile uygulanması tek taraflı bir çelişki örneği oluşturur; ancak bu, hukuken izin verilen bir uygulama olduğundan, aslında bir genel kural ve onun istisnası arasında, bizim burada ele almaya çalıştığımız anlamda bir çelişki vardır denilemez. Kısmi çelişki durumunda, bir normun yetki veren ve/ya görev yükleyen norm olup olmamasına da bakılır. Buna göre, aynı konuyu düzenleyen iki normdan birisi yetki veren bir norm diğeri de görev yükleyen bir normsa, aynı durum için yetki veren norma uyup görev yükleyen norma uymamak doğrudan bir çelişki yaratacak olup, tersi durumda ise sadece kısmi bir çelişkiden söz edilebilir.⁴⁵ Bunun dışında çelişki, aynı düzeydeki normlarda olabileceği gibi normlar hiyerarşisinde farklı kademedeki normlar bakımından da söz konusu olabilir.⁴⁶ Buna göre, yasama organı, anayasa hükmüyle çelişkili bir kanun hükmünü ihdas edebilir ya da tali kurucu iktidar, bir anayasa değişikliğiyle, bir başka anayasa kuralıyla çatışan bir başka anayasa kuralı kabul edebilir.

Stephen Munzer'e göre ise, kurallar arasındaki çelişki üç durumda/örnekte kendini gösterir. Buna göre "(i) Ödev yükleyen iki kural, aynı kişiye, aynı anda bir davranışı yapmasını ve yapmamasını emredebilir. Örneğin bir kural doktorlara, karayolunda yaralı bulunanlara yardım edilmesini zorunlu kılarken, diğeri bir kural da yardım edilmesini yasaklayabilir. (ii) Bir kural, bazı kimselere belli bir zamanda belli bir davranışı yapmalarını veya yapmamalarını emredebilir, fakat aynı zamanda bir diğeri kural da aynı kişilere, böyle bir davranışı yapmalarına izin verebilir. Örneğin bir kural doktorlara, yaralı olarak bulunanlara yardım edilmesini yasaklarken, bir diğeri kural da yardım edilmesine izin verebilir. (iii) Bir kural, belli bir zamanda belli kişilere bir davranışı yapmak için izin verebilir, fakat bir başka kural da o şekilde davranmaması yönünde de izin verebilir. Örneğin bir kural doktorlara, yaralılara yardım etmesi için izin verirken, bir diğeri kural da yardım etmemesi için de izin veriyor olabilir."⁴⁷ Belirtilen bu örneklerde çelişki en net, birinci durumda (örnekte) görülür. Yani bir davranışın hem yapılması emredilirken hem de o davranışın yapılmasının yasaklanması *açık* bir çelişki teşkil etmektedir.

⁴⁵ Paulson, 1981, s. 810.

⁴⁶ Kelsen, 1973, s. 272.

⁴⁷ Munzer, 1973, s. 1142.

b. Çelişkinin Giderilmesi Aracı Olarak Yorum İlkeleri

Literatürde, özellikle de Türkçe 'Hukuka Giriş' kitaplarında neredeyse verili bir gerçek olarak belirtildiği üzere, iki kural arasında çelişki olduğu durumda, Roma Hukukundan itibaren kullanılageldiği belirtilen *yorum ilkelerine* başvurulacaktır. Bu husus "doğruluğu kabul edilmiş bir önerme"⁴⁸ olarak kabul görmektedir. Detaylara geçmeden belirtelim ki hukuk kuralları arasında ortaya çıkan çelişkileri gidermenin farklı araçları vardır ve bir yorum ilkesi olarak zımnî ilga bunlardan sadece biridir. Nitekim farklı hiyerarşideki normlar arasında çelişki ortaya çıkması durumunda, çelişkiyi giderme aracı olarak benimsenen (zımnî) ilga değil, *iptal edilebilirlik*dir. Cümledeki vurguyu belirtmek için yinelemek gerekirse, hukuk kuralları arasında çelişki ya da çatışma *prima facie* farklı hiyerarşideki kurallar arasında da çıkabilmektedir. *Kanunlar anayasaya aykırı olamaz* (Anayasa madde 11) diyen bir sistemde, anayasa aykırı hiçbir yasa bulunmadığı iddia edilebilir mi? Aynı tespit, kanunlara aykırı olamayacak olan tüzük (Anayasa madde 115) ve yönetmelikler (Anayasa madde 124) için de geçerlidir.

Dolayısıyla hukuk sistemlerinde, hiyerarşik olarak üstte yer alan normlarla çatışma halinde olan alt normlar bulunması olasılıkları dışı değildir. Ancak hukuk sistemleri böylesi durumlara yönelik çeşitli yaptırımlar öngörmüştür. İşte *iptal edilebilirlik*, hukuk kuralları arasındaki çelişkiyi gidermenin araçlarından biridir ve üstteki norma uygun olmak zorunda olan alt norm düzenlemelerine ilişkin olarak, genel benimsenen yaptırımdır. Bu yaptırım, çelişkinin mutlak olarak giderileceği anlamına gelmemektedir, zira anayasallık denetimini (ve idari yargıdaki idari işlemlere yönelik yargısal denetimi) de kapsayan iptal edilebilirlik, bağlı bir araçtır. Bir başka ifadeyle, iptal edilebilirlik yoluyla çelişkinin giderilmesi tesadüfidir.⁴⁹ Bu tesadüflük, iptal edilebilirlik yetkisiyle donatıl-

⁴⁸ Söz konusu ilkelerin Roma Hukuku içindeki tarihi gelişimine ve daha sonra bu ilkelerin çeşitli kullanımına dair bkz. Jean-Louis Halpérin, "Lex posterior derogat priori, lex specialis derogat generali Jalons pour une histoire des conflits de normes centrées ces deux solutions concurrentes", *Revue d'histoire du droit*, 2012, Cilt. 80, ss. 353-397.

⁴⁹ İptal edilebilirlik veya anayasallık denetiminin mutlak olmadığı ve anayasaya aykırı yasaların (anayasallık denetimiyle denetlenene ve iptal edilene kadar) geçerliliklerini koruyabilecekleri yönünde Kelsen tarafından ileri sürülen düşünce üzerine bir makale için bkz. Mehmet Turhan, "Hans Kelsen'e Göre "Anayasa Aykırı" Yasa", Haşim

mış yetkili organın (anayasa mahkemesi veya idare mahkemesi) önüne bu istemle bir talep getirilmiş olmasından kaynaklanmaktadır.⁵⁰ Böyle bir talep olmadığında veya talebe rağmen bu yönde bir mahkeme kararı olmadığında, (doktrin tarafından) Anayasa'ya aykırı olarak değerlendirilen yasa hükmü ile kanuna ve/ya Anayasa'ya aykırı olarak değerlendirilen tüzük ve yönetmelik hükmü, hukuken geçerli olmaya ve uygulanmaya devam edecektir.

Kaynağını Roma Hukukundan ve hukukçularından aldığı belirtilen yorum ilkelerine⁵¹ dönecek olursak, bunlardan akla ilk gelenler ve konumuzu ilgilendirenler şu şekilde belirtilebilir: *lex posterior derogat (legi) priori* (sonraki yasa önceki yasayı ilga eder), *lex specialis derogat (legi) generali* (özel kanun genel kanunu ilga eder) ve son olarak *lex superior derogat legi inferiori* (üst yasa alt yasayı ilga eder).⁵² Adlarında da görüleceği üzere, ilga terimi bu ilkelere yer almaktadır.

Bazen bu yorum ilkelerine değinilirken, yani bu ilkeler hukuk kuralları arasındaki çatışmayı giderme aracı olarak kullanılırken, bu ilkeler adeta birer mantık kurallarıymış gibi değerlendirilmektedir.⁵³ Halbuki

Kılıç'a Armağan, içinde, ed. Ali Rıza Çoban, vd., Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara, 2015, ss. 351-386.

⁵⁰ Kaldı ki yapılacak bir araştırma gösterecektir ki, sadece Türkiye'deki değil birçok hukuk sistemi, anayasaya aykırı yasalarla doludur ve bunlar, ilga edilmiş olarak değerlendirilmemekte, aksine uygulanmaya devam etmektedir.

⁵¹ Hukuk kuralları arasında çatışma ve bu çatışmanın giderilmesi aracı olarak yorum ilkeleri konusuyla ilgili Türkçe literatürdeki ayrıntılı bir analiz için bkz. Kemal Gözler, *Hukuka Giriş*, 13. Baskı, Ekin, Bursa, 2016, ss. 340-353; ayrıca Kemal Gözler, "Yorum İlkeleri", *Kamu Hukukçuları Platformu- Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması* içinde, (ed.) Ozan Ergül, Türkiye Barolar Birliği Yay., Ankara, 2013, ss. 97-112.

⁵² Belirtilen bu son ilke, yani *lex superior derogat legi inferiori*, sadece iptal edilebilirlik noktasında anlam ifade etmekte ve nitekim de bu şekilde uygulama bulmaktadır. Yoksa bir kanuna aykırı yönetmelik hükmü iptal edilene kadar hukuken yürürlükte kalmaktadır. Aynı şekilde anayasaya aykırı bir kanun da iptal edilene kadar yürürlükte kalmakta ve uygulanmaktadır. Nitekim bu sebeptir ki anayasa aykırı kanun ihdası bazen bilinçli olarak yapılabilmektedir, keza böylesi yasalar Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilene kadar uygulama bulabilmektedir. HSYK Kanunu'nda yakın zamanda yapılan ve daha sonra bir kısmı Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen düzenlemeler buna en açık örnektir.

⁵³ Hukuk kuralları arasındaki çelişkinin mantıksal çelişki olarak değerlendirilebileceğine dair bir değerlendirme için bkz. Munzer, 1973, ss. 1140-1174.

deontolojik mantık anlamında kullanılmadığı sürece hukuk kuralları arasındaki çelişkiyi ve bunun giderilmesini (ve onun araçlarını) mantık/sal sıfatına bağlamak, (formel) 'mantık'ın çağrışımı ve kuralları gereği hatalı bir kullanım olacaktır. Kelsen'in de belirttiği gibi bu ilkeler mantık kuralları değil,⁵⁴ olsa olsa *hukuk ilkeleridir*. 'Olsa olsa' ifadesinden kasıt, bu ilkelerin bir hukuk sisteminde hukukun kaynakları arasında yer alıp almadığı tartışmasına atıf amacıyla kullanılmaktadır. Dolayısıyla bu noktada sorun, bir hukuk sisteminde hukuk ilkelerinin, hukukun ne ölçüde (geçerlilik) kaynağı olduğuyla ilgilidir.

Bu makalede konumuz olmamakla birlikte hatırlatmak amacıyla belirtmek gerekirse, hukukun temelinde 'ilkelerin' yer aldığı anlayışı hukuk felsefesi literatüründe ayrıntılı bir şekilde ele alınmış ve tartışılmıştır. İlkeleri, hukuki geçerliliğin temeli olarak gören en bilindik müellif Ronald Dworkin'dir.⁵⁵ Onun ileri sürdüğü üzere ilkeler, uygulanırlığı

⁵⁴ Ancak Kelsen'in de bu konuda, tutarlı bir görüş benimsemediğini hatırlatmak gerekir. Zira Kelsen önceki eserlerinde iki kural arasındaki çelişkiyi mantıksal bir çelişki olarak değerlendirmiştir, bkz. Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, çeviren Anders Wedberg, Russell&Russell Cambridge; Massachusetts, 1949, s. 375. Kelsen'in hukukun birliği teorisi ve çelişmezlik ilkesi doğrultusunda daha önceleri savunduğu bu değerlendirmesine dair bir görüş için bkz. Harris, 1979, ss. 70-84. Kelsen'in hukukun birliği ve çelişmezlik ilkesi üzerine ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. H. L. A. Hart, "Kelsen's Doctrine of the Unity of Law", *Essays in Jurisprudence and Philosophy* içinde, Clarendon Press, Oxford, 1983, ss. 309-342. Ancak Kelsen daha sonra bu görüşü, yani hukuk kuralları arasındaki çelişkinin mantıksal çelişki olduğunu terk etmiştir. Stanley Paulson, Kelsen'in bu konuda, altmış yıl içinde (dört farklı dönemde) üç farklı görüş benimsediğini belirterek, Kelsen'in bu üç farklı görüşünü dönemler halinde etraflıca irdelemiştir, bkz. Stanley L. Paulson, "On the Status of Lex Posterior Derogating Rule", *The Liverpool Law Review* Cilt. V, Sayı. 1 (1983), ss. 5-18. Ancak, Kelsen son eseri olan *General Theory of Norms*'da [Norm Genel Teorisi] bu yaklaşımdan vazgeçmiştir.

⁵⁵ Sıklıkla doğal hukuk öğretisi içinde yer aldığı belirtilen Dworkin'in, ilkelerin hukukun temelinde yer aldığına yönelik tezini en yalın haliyle yansıtan makalesi Ronald Dworkin, "The Model of Rules", *The University of Chicago Law Review*, 1967, Cilt. 35, Sayı. 1, ss. 14-46. Öte yandan hukuki pozitivist olmakla birlikte, yine hukukun, ilkeleri yadsımadığını, aksine, Dworkin'in hukuki pozitivistlere ilkeler üzerinden yönelttiği eleştirinin rahatlıkla hukuki pozitivistizm içinde kalarak cevaplanabileceğini savunan çok sayıdaki müellif içinden özellikle H. L. A. Hart, *The Concept of Law- With a Postscript* (eds.) Penelope A. Bulloch and Joseph Raz, 2. Baskı Clarendon Press, Oxford, 1994; Jules Coleman, "Negative and Positive Positivism", *The Journal of Legal Studies*, 1982, Cilt. 11, ss. 139-64; Jules L. Coleman, *The Practice of*

konusunda, kapsam ve zaman bakımından esneklik gösterir; önemi ve gücü tartışılmaya tabidir.⁵⁶ Dolayısıyla bu ilkeler mantık kuralları değildir, öyle olsaydı kaçınılmaz ve mutlak bir şekilde uygulanması gerekirdi. Bu nedenle, hukuk kuralları arasındaki çelişki de mantıksal bir çelişki değildir, denilebilir.

Peki, acaba söz konusu bu yorum ilkeleri, Türkiye'deki hukuk sisteminde, ne ölçüde hukukun geçerlilik kaynakları arasındadır ya da hukukun geçerlilik kaynakları arasında mıdır? Her ne kadar bu soruya ayrıntılı olarak yanıt aranması gerekliyse de, makalenin devamında, bu soruya olumlu cevap verildiği varsayımından hareket edilmektedir.⁵⁷

Principle: In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory, Oxford University Press, Oxford; New York, 2001. Bu iki teori arasındaki ana tartışma konusu, ilkelerin kaynağına (etik/adalet ve pratik/sosyoloji-tarih) ilişkin olarak ortaya çıkmaktadır. Aslında Kelsen de bu tartışmaya değinmekte olup yukarıda belirtilen Roma Hukuku yorum ilkelerinin geçerliliğini, hukuk sistemi içindeki yasakoyucu ve mahkemeler arasında geçerli olan zımnî kabule dayandırmaktadır, bkz. Kelsen, 1991, ss. 126-127. Söz konusu bu ilkelerin Roma Uygarlığı'ndan beri Batı'daki hukuk sisteminin gelişme süreci kapsamında uzun bir tarihe sahip olduğuna ve dolayısıyla bu ilkelerin kaynağını tarihe dayandıran bir görüş için bkz. Halpérin, 2012, ss. 355- vd.

⁵⁶ Dworkin, 1967, s. 26.

⁵⁷ Öte yandan verilen cevabın tamamen bir varsayım olduğu da söylenemez. Nitekim, bu konuda Kemal Gözler, (her ne kadar farklı yorum ilkeleri üzerinden de olsa) bazı örnek yargı kararlarına işaret etmektedir, bkz. Gözler, 2013, s. 105. Konuya ilişkin literatürde ve bazı yargı kararlarında, söz konusu yorum ilkelerinin uygulanacağını adeta bir veri olarak kabul edildiği de gözlenmektedir. Bu literatürde ve yargı kararlarında geçen genel ifade şu şekildedir: Anayasa madde 90/5 gereğince, (2004 değişikliği öncesi hali bakımından,) kanun hükmünde olan uluslararası sözleşmelerle kanun arasında çıkacak ihtilafta, önceki kanun-sonraki kanun ve genel kanun-özel kanun tespiti yapılarak buna göre uygulama yapılır. Bu genel ifadeye rağmen, bu ilkelere yargı kararlarında gerçekten uygulamaya aktarılıp aktarılmadığı ve bunun yaygın olup olmadığı hususu tespit edilmeye muhtaç gözükmektedir. Söz konusu ilkelerin uygulanması bakımından son derece ilginç bir yargı kararı ve bunun analizi için bkz. Kerem Altıparmak-Onur Karahanoğulları, "Bölge İdare Mahkemesi Kararıyla Anayasa'nın 'Zımnî İptali'", İnsan Hakları Yıllığı, 1997-98, Cilt. 19-20, ss. 215-233. Bir önceki cümleyle kastettiğimiz, tıpkı atfı yapılan bu makalede incelenen yargı kararında ortaya çıkan hukuki durumdur.

c. Anayasa'nın 90. Maddesinin, 5. Fıkra Zımnî İlga Hükümü müdür?

Bu noktada, hukuk kuralları arasındaki çelişkinin giderilmesinin bir aracı olarak Anayasa Mahkemesi tarafından zımnî ilga hükümü olarak değerlendirilen Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkra hükmünün, gerçekten böyle anlaşılmasının mümkün olup olmadığı meselesine değinelim. Sorunun kısa ve yalın cevabı, Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası hükmünün hem bir zımnî ilga hükümü hem de olmadığı yönünde olacaktır.

Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası hükmü, Anayasa Mahkemesi'nin anladığı anlamda bir zımnî ilga hükümü değildir. Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrasının son cümle hükmüyle, kanunlarla aynı hiyerarşide olmayan, onlardan üstte bir hiyerarşi kategorisi oluşturulmuştur. Hükümün formüle edilişi, Anayasa Mahkemesi'nin anladığı anlamda zımnî ilga hükümü sonucunu çıkarmaya elverişli değildir. Buna göre, *usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır* hükmünün, normlar hiyerarşisi bakımından özel bir hiyerarşi durumu yarattığı görülmektedir.⁵⁸ Devamında da bu hiyerarşi durumuna özel bir sonuç/hüküm bağlanmıştır ki bu sonuç, iç hukuk kuralının bir tarafa bırakılarak ya da ihmal edilerek, uluslararası insan hakları sözleşme hükmünün uygulanması yönündedir.

Yukarıda da belirtildiği gibi aynı hiyerarşide olmayan normlar arasındaki çelişkinin giderilmesi aracı olarak, özellikle Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde *iptal edilebilirlik* yaptırımını benimsenmiştir. Aynı hiyerarşide yer alan normlar bakımından ortaya çıkan çelişkinin giderilmesi bakımından, zımnî ilga sonucu doğuran *lex posterior derogat legi priori*, *lex specialis derogat legi generali* gibi ilkelerinin uygulanması söz konusuysen, aynı hiyerarşide yer almayan normlar bakımından *lex superior derogat legi inferiori* ilkesinin uygulanacağı söylenebilir.⁵⁹ Ancak, Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası hükmüyle, çelişkiyi gidermede yeni

⁵⁸ Gözler, 2004, s. 2. Burada esas alınır ifadesinin, bir öncelik olarak mı yoksa üstünlük olarak mı anlaşılması gerektiği yönündeki tartışmayı bir tarafa bırakıyoruz. Bu yönde görüşler için bkz. Gülmez, 2004, s. 156, Çimen, Kaboğlu 2004 içinde, ss. 94-95. Farklı bir görüş için bkz. Aybay, 2007, s. 210; Ergül, 2014, s.74.

⁵⁹ Gözler, 2013, ss. 100-104.

bir *hukuki araç/yaptırım* geliştirilerek, normlar hiyerarşisinde üstte konumlandırılan yeni bir kategori oluşturulmuştur. Buna göre, uluslararası insan hakları sözleşmeleri, aynı konuda düzenleme içeren kanunların üstünde konumlandırılmıştır. Buna göre, bu iki kategoride yer alan kurallar arasında bir çelişki ortaya çıkması durumunda sözleşmeye aykırı kanun hükümlerinin *ihmal edilmesi/uygulanmaması* sonucu benimsenmiştir. Bu, farklı hiyerarşideki kurallar arasında ortaya çıkan çelişkiyi gidermede *iptal edilebilirlikten* farklı olarak benimsenen yeni bir çözümdür. Daha sonra görüleceği üzere, böylesi bir çözüm, *common-law* sistemine tabi bazı ülkelerin, yasaların ve idari eylem ve işlemlerin yargısal denetim modeli kapsamında da mevcuttur. Bu yönüyle, oluşturulan bu hiyerarşinin, anayasallık denetimine benzer bir denetim modeli getirdiği, bunun da insan haklarına dayalı yargısal denetim modeli olduğunu düşünüyoruz.

Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası hükmünün, Anayasa Mahkemesi'nin anladığı bağlamda zımni ilga hükmü olarak anlaşılmasına engel (hukuki olmaktan çok, tali ve farklı saiklerden hareket eden) bir diğer argüman, zımni ilga hükmü tespitine bağlanan sonuçla ilgilidir. Kıta Avrupası hukuk sistemine bağlı Türkiye'deki hukuk sisteminde, Anayasa Mahkemesi'nin zımni ilga hükmü tespitini, hukuk sisteminin bütünlüğü içinde uygulamaya geçirebilmek zor olduğu gibi, böylesi bir uygulama, sistemin bütünlüğünün bozulmasına da neden olabilecektir. Zira zımni ilga hükmü dolayısıyla bir mahkemenin bir kanun hükmünü, bir uluslararası insan hakları sözleşme hükmüne aykırı bulması ve onun zımnen ilga olduğu sonucuna varması durumunda, bu sonucun, hukuk sistemi içindeki diğer mahkemeler nezdinde ne anlam ifade edeceği ve bunun ne gibi sonuçlar doğuracağı belirsizdir.⁶⁰

Özetlemek gerekirse, ele alınan Anayasa hükmü (madde 90 fıkra 5), hukuk kuralları arasındaki çatışmayı gidermeye yönelik bir hüküm

⁶⁰ Hukuki olmayan bu argümana, hukuk içinden eşlik edebilecek destekleyici bir argüman olarak, zımni ilga tespiti sonucunun, hukuk devleti ilkelerinden hukuki belirlilik/hukuki güvenlik ilkelerine aykırı sonuçları ortaya çıkmasına neden olabileceği belirtilebilir. Her ne kadar, usul hukukundaki çeşitli kanun yolları vasıtasıyla (temyiz, karar düzeltme gibi), sistematik bütünlüğün korunması bir nebze mümkünse de bu, sorunu ancak tesadüfî olarak çözmekte, kavramsal ve teorik bir çözüm sunmamaktadır. Buna yönelik hususların o dönem Anayasa Komisyonu'nda tartışıldığı ve sorunun çözümünün yüksek yargı organlarının uygulamasına bırakıldığı, dönemin Anayasa Komisyonu başkanınca da ifade edilmiştir, bkz. Kaboğlu, 2004 içinde, s. 30.

olup, bu çatışmanın ne şekilde giderileceğini göstermektedir. Bu bakımdan biz, daha önce yukarıda 90. maddenin, 5. fıkrasına yönelik olarak doktrinden aktarılan görüşlerden Aybay ve Ergül belirttiği görüşe, yani hükmün bir çatışma kuralı olduğuna katılıyoruz, ancak bu kuralın aynı zamanda, en azından pratik düzlemde bir üstünlük veya hiyerarşi oluşturduğunu da düşünüyoruz.

Yukarıda ileri sürülen düşünce, Anayasa Mahkemesi'nin bu maddede ele alınan bireysel başvuru kararlarındaki tespiti bakımından geçerlidir. Yani bizim ileri sürdüğümüz görüş, bir uluslararası insan hakları sözleşme hükmüyle bir iç hukuk kuralı arasındaki çelişki/çatışma durumunda, söz konusu Anayasa hükmünün zımnî ilga aracı sağladığı yönündeki değerlendirmenin yanlış olduğuna yöneliktir. Ancak, biz Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası hükmünün başka bir Anayasa kuralı karşısında zımnî ilga hükmü olarak anlaşılabilmesi düşünüyoruz. Şimdi buna yakından bakalım.

d. Anayasa'nın 90. Maddesinin, 5. Fıkrasını Zımnî İlga Hükmü Olma Hali

Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkra hükmü, Anayasa'nın somut norm denetimine ilişkin 152. madde hükmüyle birlikte ele alındığında, yukarıda ele alınan Roma Hukuku yorum ilkeleri üzerinden hareketle *kısmi* bir (zımnî) ilga hükmü olarak değerlendirilebilir. 152. maddeye göre, bir mahkeme ya da yargıç önüne gelen bir davada, bir yasa hükmünü Anayasa'ya aykırı bulursa (ya da anayasaya aykırılık iddiasını ciddi bulursa), öncelikle bu meselenin halli için konuyu Anayasa Mahkemesi'ne iletmesi ve beş ay içinde cevap gelmesini beklemesi gerekir. Bu anlamda, Anayasa madde 152 (emredici ve) ödev yükleyen bir kuraldır. Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkra hükmünü, 152. madde ile birlikte değerlendirdiğimizde, bir yargıcın ya da mahkemenin, bir yasa kuralının, uluslararası insan hakları sözleşmesinin bir hükmüyle (örneğin AİHS ile) çelişkili olduğu tespitini yapması durumunda, bu yargıç veya mahkeme (bu çelişki tespitinin hukuki açıklamasını ve gerekçesini sunmak dışında) başkaca bir işleme gerek kalmaksızın, uluslararası insan hakları sözleşme kuralını uygulamak zorunda olacaktır. Anayasa kuralının diline bakıldığında 90. maddenin 5. fıkra hükmünün de (*esas alınır*) (emredici) ödev yükleyen bir kural olduğu görülmektedir.

Bu noktada iki Anayasa normu, yani 152. madde ve 90. maddenin 5. fıkrası, arasında çatışma veya çelişki olduğu açıktır. Buna göre yargıç, önündeki davanın çözümünde ya doğrudan uluslararası insan hakları sözleşme hükmünü uygulayacak ya da söz konusu (uluslararası insan hakları sözleşmesindeki hak veya özgürlükle aynı konuda düzenleme getiren) yasa hükmünü Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasıyla meseleyi Anayasa Mahkemesi önüne götürecektir. Her iki Anayasa normunun ödev yükleyen norm olduğundan hareketle, bu her iki kurala aynı anda uymanın mümkün olmadığı açıktır. Bu durumda bir yargıcın, Anayasa'ya ve uluslararası insan hakları sözleşmesine aynı anda aykırı olduğunu (yani Anayasa ile uluslararası insan hakları sözleşme kuralının örtüştüğünü) tespit ettiği bir yasa hükmünü, doğrudan uluslararası insan hakları sözleşme hükmüne başvurmadan Anayasa Mahkemesi önüne taşıması, Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrasına aykırı olacaktır. Terside Anayasa'nın 152. maddesine aykırı olacaktır.

Bu durumda, Anayasa'nın 90. maddenin 5. fıkrasına eklenen hükümle getirdiği çözüm, uluslararası insan hakları sözleşme kuralının doğrudan uygulanması yönünde olup, bu konuda somut norm mekanizmasının işletilmesi gerekli olmayacaktır. Kaldı ki Kemal Başlar'a göre, somut norm denetimine gitmenin koşulu içinde yer alan, uyumsuzluğa 'uygulanacak kural' tespiti koşulu gereği, yasa hükmünün sözleşmeyle çatışması tespiti yapılması durumunda 'uygulanacak kural' olarak yasa kuralı değil sözleşme kuralı kabul edilecek olduğundan, somut norm denetimine gidilmesi bu sebeple de mümkün olmayacaktır.⁶¹ Daha önce yukarıda verilen örneği hatırlatacak olursak bir idare mahkemesi, önüne gelen bir davada 6552 sayılı Torba Yasa'nın 97. maddesini (yürürlükte olduğu varsayımıyla), AİHS madde 6'ya (ve olasılıkla Anayasa madde 36'ya) aykırı bularak, doğrudan AİHS madde 6'nın uygulanması yoluna gitmek durumunda olacaktır. Bu durumda, yasayı Anayasa Mahkemesi'nin önüne taşıyarak beş ay beklemesine gerek olmayacaktır.

Tabi bu noktada iki kural arasındaki çelişkinin niteliğine de değinmek gereklidir, zira bu, sunulan çözümü de etkilemektedir. Her iki Anayasa kuralı kapsam itibarıyla birbiriyle tam olarak örtüşmediği için, bu iki kural arasında *tam* bir çelişkiden değil, ancak *kısmi* ve *iki taraflı* bir çelişkiden bahsedilebilir. Bu kapsamda, Anayasa'nın 90. maddesinin 5 fıkrasında yapılan değişiklik, ancak kısmi ölçüde 152. maddenin kapsamını etkilemiş, onu değiştirmiştir. Bu durumda da mesele yukarıda

⁶¹ Başlar, 2004, s. 43.

değinen Roma Hukuku yorum yöntemlerinden *lex posterior derogat priori* prensibine göre halledilebilecektir. Buna göre de, Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası hükmü, Anayasa'nın 152. maddesini kısmi olarak etkilemektedir. Bu değişikliğe göre, Anayasa'da düzenleme bulan ve ayrıca Türkiye'nin taraf olduğu insan hakları sözleşmeleriyle de düzenlenen haklar ve özgürlükler karşısında ve bu iki düzenlemenin örtüştüğü durumlarda, yasaların aynı konuda ve fakat bu sözleşmelerle çelişkili düzenlemeler içerdiği tespiti yapılması halinde, Anayasa Mahkemesi'ne (somut norm denetimi için) gidilmesine gerek olmaksızın, doğrudan sözleşmenin uygulanması yoluna gidilebilecektir.⁶² Bunun dışında kalan hususlarda ise, 152. madde uygulanmaya devam edecektir.

Başta AİHS ve BM İkiz Sözleşmeleri olmak üzere, Türkiye'nin tarafı olduğu insan hakları sözleşmelerinin kapsamı dikkate alındığında, yasaların (ve idare eylem ve işlemlerinin) bu insan hakları sözleşme hükümleriyle uyumlu olup olmadığı denetiminin kapsamının ne kadar geniş olduğu görülecektir.

Yukarıda sunulan tespitler ve yapılan değerlendirmeler ışığında, Türkiye, yasaların ve idari işlemlerin yargısal denetiminin (bazı hususlarda anayasallık denetimiyle örtüşecek biçimde) yeni bir denetim modeli getirdiği görülmektedir. Konunun net biçimde anlaşılması için, karşılaştırmalı hukuktan bazı bilgiler aktarmak faydalı olacaktır. Bu bakımdan ortaya çıktığı düşünülen bu yeni yargısal denetim modeli, anayasallık denetiminin bazı unsurlarını da içinde barındırması sebebiyle en iyi onunla kıyaslanarak anlatılabilir.

5. İnsan Haklarına Dayalı Yargısal Denetim ve Bazı Anayasa Denetim Modelleri ⁶³

En genel manada insan haklarına dayalı yargısal denetim, mahkemelerin kanunların veya yasama organının diğer bazı işlemlerinin ve yürütmenin eylem ve (düzenleyici) işlemlerinin insan haklarına uygun olup olmadığının denetlemesi olarak tanımlanabilir. Bu tanım, anayasal-

⁶² Tabii bu çıkarımın her zaman insan hakları lehine sonuç doğuracağı varsayımında bulunmak, Türkiye yargı sosyolojisi (ve özellikle de AİHM içtihatlarının özünü dikkate almayan yargı pratiği) dikkate alındığında pek de gerçekçi olmayacaktır.

⁶³ Makalenin bu bölümünün bazı kısımlarında, yazarın yayınlanmamış doktora tezinin ilgili bölümünden yararlanılmıştır. Ali Acar, *Between Legality and Legitimacy: The Case of Judicial Review of Constitutional Amendments from a Comparative Law Perspective*, European University Institute, Florence/Italy, 2015, ss. 17-23.

lık denetimini tamamen kapsamasa da, özellikle anayasalarda yer alan diğer hükümler yanında anayasaların içeriğinde yer alan veya eki olan insan hakları düzenlemelerine bağlı olarak yapılan yargısal denetim kısmen de olsa aktarılan tanım kapsamında düşünülebilir.

Anayasallık denetiminin dayanağı, bir kurum olarak ortaya çıkan ilk ülke olan Amerika'da oldukça tartışmalıdır ve bu tartışma literatürde geniş bir biçimde işlenmiştir (ve bu tartışma devam etmektedir). Bunun temel sebeplerinden biri, Amerikan Anayasası'nın mahkemelere anayasallık denetimi yapma konusunda açık bir yetki veren hüküm içermemesinden kaynaklanmaktadır.⁶⁴ Ancak asıl üzerinde durulan ve tartışma doğuran husus ise, bu kurumun demokratik meşruluğu sorunudur. Bu tartışmalar bir tarafa bırakılacak olduğunda, Amerika Yüksek Mahkemesi'nin *Marbury v. Madison*⁶⁵ davası, bir kurum olarak anayasallık denetiminin ortaya çıkmasını sağlayan dava olarak kabul edilmektedir.⁶⁶

Anayasallık denetimi Avrupa kıtasında, Amerika'da kabul edilmesinden bir yüzyıldan daha fazla bir zaman sonra tanınmıştır. Bu bağlamda 1920 Avusturya ve 1919 Weimar Anayasaları, anayasallık denetimini kabul eden Avrupa'daki ilk anayasalar olarak kabul edilmektedir.⁶⁷ Amerika örneğinin aksine Avusturya ve Almanya örneklerinde,

⁶⁴ Peter E. Quint, "The Most Extraordinarily Powerful Court of Law the World Has Ever Known"?- Judicial Review in the United States and Germany", *Maryland Law Review*, 2006, Cilt. 65, s. 154.

⁶⁵ 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803) *Marbury v. Madison* davasını doğuran olayların özeti için bkz. William W. Van Alstyne, "A Critical Guide to *Marbury v. Madison*", *Duke Law Journal*, 1969, Sayı 1, ss. 3-6.

⁶⁶ Ancak bu görüş literatürde tartışmalıdır. Nitekim bazı yazarların da belirttiği üzere, anayasallık denetiminin kökenini *Marbury v. Madison* davasıyla açıklamak yetersizdir. Buna göre, bu kurumun asıl kökeni, bir kolonyal pratik olan, "kooperasyon düzenlemelerinin İngiltere hukukuna aykırı olmasından hareketle geçersiz ilan edilmesine" dayanmaktadır bkz. Mary Sarah Bilder, "Idea or Practice? A Brief Historiography of Judicial Review", *Boston College Law School Legal Studies Research Paper Series Research Paper 156*, 2008, <http://ssrn.com/abstract=1134831>, s. 2. Bilder bu pratiğin, 1776 sonrası devrim hukukçuların zihinlerinde var olan bir pratik olduğunu dile getirmektedir. Anayasallık denetiminin kökenleri hakkında daha detaylı bilgi için Bilder'in makalesine başvurulabilir. Benzer yönde bir diğer makale için bkz. Renée Lettow Lerber, "Judicial Review before *Marbury*", *The George Washington Law Review*, 2003, Cilt. 72, ss. 45-50.

⁶⁷ Gottfried Dietze, "Judicial Review in Europe", *Michigan Law Review*, 1957, Cilt. 55, Sayı. 4, s. 540. Anayasallık denetiminin Avrupa'daki düşünsel temellerine ve hu-

anayasallık denetiminin pozitif hukuki dayanağı bakımından bir sorun yoktur; söz konusu anayasalar açık bir şekilde bu yetkiyi düzenlemişlerdir. Avusturya modeli, Kelsen'in doktrininden büyük ölçüde etkilenerrek (ve aslında onun tarafından kaleme alınarak) oluşturulmuştur.⁶⁸ Bu model daha sonra diğer Avrupa ülkeleri tarafından, özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrası geniş kabul görmüştür.

Bu açıklamalara uygun olarak ve ayrıca yukarıda verilen tanımın da işaret ettiği üzere, başlıca iki anayasallık denetimi modelinden bahsedilebilir: Avrupa ve Amerika modeli. Anayasanın üstünlüğü ilkesi doğrultusunda, Amerikan anayasallık denetim modelinin anayasaya aykırı bulunan yasa kuralına bağlanan yaptırım, bu kanunun *uygulaması/ihmal edilmesi* şeklinde kendini göstermektedir.⁶⁹ Bir başka ifadeyle, Amerikan modelinde bir mahkeme, bir yasa hükmünün anayasaya aykırı olduğuna karar verirse, o yasa hükmü, mahkemenin önündeki uyuşmazlıkta uygulanmayacaktır. Anayasaya aykırı bulunan bir yasa hükmünün tamamen yürürlükten kalkıp kalkmayacağı yönünde ise özellikle doktrinde bir tartışma söz konusudur. Buna göre bazıları, aykırılık kararının, özellikle Yüksek Mahkeme böyle bir karar vermişse, *stare decisis* ilkesi gereği, yasanın yürürlükten kalkmasıyla eş anlamda olduğunu

kuk tarihi içindeki gelişimine dair iki önemli çalışma için bkz. Mauro Cappelletti - John Clarke Adams, "Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptations", *Harvard Law Review*, 1966, Cilt. 79, Sayı. 6, ss. 1207-1224 (anayasallık denetimi düşüncesinin Aristoteles'e kadar dayandırılabilceğini ima etmektedir ve Antik dönem Atina'sında bu düşüncenin yansıma bulduğundan bahsetmektedir, ancak özünde bu kurumun, hukuk üstünlüğü ya da hukuk devleti düşüncesine gelişmesini sağlayan Rönesans ve Aydınlanma dönemi düşüncesinin bir tezahürü olduğunu belirtmektedir); Dietze, 1952, ss. 539-66 (İkinci Dünya Savaşı sonrası Avrupa ülkelerinin anayasalarında, anayasallık denetiminin düzenlenişini karşılaştırmalı olarak ele almaktadır).

⁶⁸ Sandrine Baume "Introduction" Hans Kelsen, *Qui doit être le gardien de la constitution?*, çeviren Sandrine Baume, Michel Houdiar, Paris, 2006, s. 9. Ancak Kelsen, Amerikan modelinin birçok olumsuz yönü dolayısıyla Avusturya modelini etkilediğini söyler. Hans Kelsen, "Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution", *The Journal of Politics*, 1942, Cilt. 4, Sayı. 2, ss. 194-195, bu makalenin çevirisi için bkz. Mehmet Turhan, "Yasaların Yargısal Denetimi: Karşılaştırılmalı Olarak Avusturya ve Amerikan Anayasalarının İncelenmesi", *Çankaya University Journal of Law*, 2012, Cilt 9, Sayı. 2, ss. 135-148).

⁶⁹ Kelsen, 1942, s. 185.

savunmaktadır.⁷⁰ Diğer bazıları ise, böyle bir kararın sadece yasanın uygulanmayacağı anlamına geldiği görüşündedir. Bu son görüşü savunular, bir mahkemenin (ya da Yüksek Mahkeme'nin), daha sonra farklı bir kararla bu ilk kararın sonucu ortadan kaldırdırabileceğini ileri sürmektedirler. Buna göre, sonraki tarihli bir karar, daha önce anayasaya aykırı olduğuna hükmedilen bir yasa hükmünün tekrar (canlanıp) uygulama bulabilmesini sağlayacaktır.⁷¹ Bu durumda, bir mahkemenin anayasaya aykırı bulunan bir yasa hükmünü tümüyle yürürlükten kaldırmadığı/iptal etmediği, ancak sadece söz konusu davaya uygulanmayacağı yönünde bir düşünce savunulmuş olmaktadır. Merkezi olarak kabul edilen Avrupa modeli ya da Kelsenci modelde ise, Anayasa mahkemesi, bir kanunun anayasaya aykırı olduğuna karar verirse, o kanun iptal edilecek; bir başka ifadeyle yasa metninden bütünüyle çıkarılmış olacaktır.

Anayasallık ya da yargısal denetim modellerine ilişkin olarak, Amerikan ve Avrupa modellerini de kapsar biçimde farklı kıstaslara dayalı olarak yapılan ve nispeten yeni sayılabilecek Mark Tushnet'in sınıflandırmasına göre, denetim modelleri zayıf ve güçlü olarak iki başlık altında incelenmektedir. Tushnet, anayasanın yorumunun bir mahkeme tarafından yapıldığı ve bu yorumun (kararın) diğer devlet organları üzerinde bağlayıcı etkiye sahip olduğu modeli *güçlü* (anayasallık) denetim modeli olarak adlandırmaktadır. Bu modelin örneği olarak Amerika modelini göstermektedir. Avrupa modeli de güçlü modele dâhildir. Buna mukabil Tushnet, bir mahkemenin (veya mahkemelerin) anayasayı yorumlamakla birlikte bu yorumun (kararın), diğer devlet organları (özellikle yasama) üzerinde nihai bağlayıcılık oluşturmadığı modeli de *zayıf* yargısal denetim modeli olarak adlandırmaktadır.⁷²

⁷⁰ Oliver P. Field, "Effect of an Unconstitutional Statute", Indiana Law Journal, 1926, Cilt. 1, Sayı. 1, ss. 1-2.

⁷¹ William Michael Treanor - Gene B. Sperling, "Prospective Overruling and the Revival of 'Unconstitutional' Statutes", Columbia Law Review, 1993, Cilt. 93, ss. 1903-vd. Bu tartışmalara atıf yapan bir not için bkz. Jeremy Waldron, "The Core of the Case against Judicial Review", The Yale Law Journal, 2005-2006, Cilt. 115, dipnot 24, s. 1355.

⁷² Anayasallık denetiminin farklı niteliklere göre sınıflandırması ve adlandırması için bkz. Mark Tushnet, "Alternative Forms of Judicial Review", Michigan Law Review, 2003, Cilt. 101, Sayı. 8 (Symposium: Judging Judicial Review: Marbury in the Modern Era), ss. 2781-2802. Tushnet güçlü-zayıf anayasallık denetimi ayrımını bir dizi makalede geliştirip daha sonra bunu kitap olarak yayınlamıştır. Güçlü-zayıf ana-

Amerikan ve Avrupa modellerinde anayasallık denetiminin dayanağı bakımından ortak olan ve öne çıkan husus, anayasanın üstünlüğü ilkesidir. Bununla birlikte, Avrupa modeli anayasallık denetiminde ve özellikle zayıf yargısal denetimi modellerinde, bu yargısal denetiminin kabul edilmesindeki temel düşünce ve dayanak noktası insan haklarının korunması düşüncesidir.

Konumuzla daha doğrudan ilgili olması nedeniyle, zayıf denetim modelinin detaylarına biraz daha yakından bakalım.⁷³ Genel olarak zayıf yargısal denetim modelinde bir ya da birden çok mahkeme (ya da bütün mahkemeler), yasaları (ve yürütmenin eylem ve işlemlerini) anayasanın eki niteliğindeki bir insan hakları şartına veya bildirgesine veya ayrı bir kanun olarak insan hakları kanununa göre denetlemekle yükümlü tutulmuştur. Ancak bu modelde, haklar konusundaki son sözü söyleme yetkisi parlamentolara verilmiştir.⁷⁴ Buna göre, zayıf denetim modelinin yürürlükte olduğu ülkelerin parlamentoları, normal bir yasa yapma usulünü takip ederek kabul edeceği bir yasayla, mahkemelerin kararını etkisiz

yasallık denetimi ayrımının kavramsallaştırma detaylarına ve bu ayrımın uygulamadaki bazı izdüşümlerine dair bkz. Mark Tushnet, "Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review", *Texas Law Review*, 2004, Cilt. 82, Sayı. 7, ss. 1895-1919; Mark Tushnet, "Weak-Form Judicial Review: Its Implications for Legislatures", *New Zealand Journal of Public and International Law*, 2004, Cilt. 2, Sayı. 1, ss. 7-24; Mark Tushnet, "Weak-Form Judicial Review and "Core" Civil Liberties", *Harvard Civil-Rights-Civil Liberties Law Review*, 2006, Cilt. 41, Sayı. 1, ss. 1-22; Mark Tushnet, "The Relation between Political Constitutionalism and Weakform Judicial Review", *German Law Journal*, 2013, Cilt. 14, Sayı. 12, ss. 2249-2264. Bir insan hakları şartına/bildirgesine bağlı olarak (İngiltere, Kanada, Yeni Zelanda, Avustralya Başkent Bölgesi ve Avustralya federe devleti olan Viktoriya'da öngörülen bu) zayıf anayasallık denetimi, farklı bir açıdan yeni Commonwealth anayasacılığı olarak da adlandırılmaktadır, bkz. Stephen Gardbaum, "The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice", *Journal of Scholarly Perspective UCLA School of Law*, 2013, Cilt. 9, Sayı. 1, ss. 53-73; Stephen Gardbaum, "What's So Weak About "Weak-Form Review"? A Reply to Aileen Kavanagh", *International Journal of Constitutional Law*, 2015, Cilt. 13, Sayı. 4, ss. 1040-1048.

⁷³ Aslında çeşitli ülkelerde uygulama bulan zayıf anayasal denetim modelleri de kendi içinde, mahkemelere tanınan yetkinin gücüne ya da güçsüzlüğüne göre en güçsüz, az güçsüz/güçlü ve güçsüz biçiminde ayrıca derecelendirilmektedir, bkz. Mark Tushnet, "The Rise of Weak-Form Judicial Review", *Comparative Constitutional Law*, içinde, (ed.) Tom Ginsburg - Rosalind Dixon, Edward Elgar, Cheltenham, 2011, ss. 323-26.

⁷⁴ Tushnet, 2006, ss. 1246-1247.

kılabilir.⁷⁵ Bu makalede ele alınan konuyla en yakından ilgili modelin bu zayıf model olduğu belirtilebilir. Ancak daha sonra da görüleceği üzere, bizim, Türkiye’de yeni bir yargısal denetim modeli olarak ortaya koymaya çalıştığımız model, yukarıda aktarılan diğer anayasallık denetim modellerinden de bazı özellikler/unsurlar taşımaktadır. Bunu sonuç bölümünde değerlendireceğiz.

Mark Tushnet, zayıf denetim modeline örnek olarak Kanada, İngiltere ve Yeni Zelanda’da uygulanmakta olan denetim modellerini göstermektedir. Konunun ne kadar geniş olduğu dikkate alınacak olduğunda, biz burada sadece bir özet sunmakla yetineceğiz. Bu özeti de İngiltere ve Kanada örnekleri üzerinden sunacağız. Bu özet bize, Anayasa’nın 90. maddesinin 5. fıkrasında öngörülen insan haklarına dayalı yargısal denetimin, bu modellerle kıyaslanması bakımından bir çerçeve sunacaktır.

a. İngiltere Modeli

1998 yılında kabul edilen ve temel amacı, AİHS’i İngiltere iç hukukunun bir parçası kılmak olan İnsan Hakları Kanunu’na (1998 Human Rights Act) göre, 2009 yılında faaliyete geçen Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi de dâhil olmak üzere bütün mahkemeler (madde 4), kanunların (ve diğer düzenleyici işlemlerin ve ayrıca idare ve yürütmenin eylemlerinin (madde 3), İnsan Hakları Kanunu’nda (onun eki olarak düzenleme bulan AİHS’te) düzenlenen haklara uygun olup olmadığını denetlemekle görevlidirler.⁷⁶ Ancak bu denetleme sonucu mahkemeler, sadece *aykırılık* tespiti yapmakla yetkilendirilmişlerdir, yoksa kanunu iptal etme yetkisiyle donatılmamışlardır.

Buna göre, kanun hükümleri, mahkemelerin önündeki davada uygulama bulduğunda, mahkemeler öncelikle bu düzenlemeyi 1998 İnsan Hakları Kanunu’na (dolayısıyla onun eki niteliğindeki AİHS’e) uyumlu olacak bir biçimde yorumlayacaklardır.⁷⁷ Böyle bir yorumun mümkün olmaması durumunda, yani ilgili mevzuatta İnsan Hakları Kanuna aykırı-

⁷⁵ Aileen Kavanagh, “What’s So Weak About “Weak-Form Review”? The Case of the UK Human Rights Act 1998”, *International Journal of Constitutional Law*, 2015, Cilt. 13, Sayı. 4, ss. 1010-13.

⁷⁶ Yürütme ve idare de eylem ve işlemlerini, İnsan Hakları Kanunu’na (ve dolayısıyla AİHS’e) uygun olarak yapmak ve ayrıca karar ve eylemlerini İnsan Hakları Kanunu’na uygun bir şekilde gerçekleştirmek zorundadır.

⁷⁷ Kavanagh, 2015, s. 1014.

rılık tespit edilmesi durumunda, mahkeme, bu durumu sadece ilan etmekle yetineceklerdir (*aykırılık tespiti*). Ancak, mahkemenin bu kararının, ilgili kanunun geçerliliği ya da uygulanmaması konusunda bir etkisi yoktur (madde 4, fıkra 6).⁷⁸

İngiltere'deki bu denetleme, AIHM'in yaptığı insan hakları denetiminin veya anayasa mahkemelerinin bireysel başvuru mekanizmasıyla yoluyla yaptıkları denetimle somut norm denetiminin (ve ayrı bir idare yargı düzenin bulunduğu ülkelerdeki idare mahkemelerince yapılan, idarenin eylem ve işlemlerinin yargısal denetiminin)⁷⁹ birçok unsurunu birlikte içeren bir denetim mekanizmasıdır.

1998 İnsan Hakları Kanunu İngiltere'de, tıpkı Türkiye'deki 2004 Anayasa değişikliği gibi, son derece önemli bir kanun olarak değerlendirilmiştir. Öyle ki bu Kanun, İngiltere'nin Avrupa Birliği üyeliğinden sonra, *parlamentonun egemenliği yetkisi* ilkesini mutlak olarak sona erdirmese bile, en azından mahkemelere önemli bir yetki devri yapmakla, bu ilkeye önemli bir darbe vurmuştur denilmektedir.⁸⁰ Ancak mahkemelere verilen bu yetkiye rağmen yine de, haklar konusunda kararlara

⁷⁸ Kavanagh, 2015, s. 1009 (genel olarak makalede İngiltere'deki zayıf denetim modeli üzerinde durulmakta, bu yapılırken ayrıca, Mark Tushnet'in güçlü-zayıf anayasallık denetimi ayrımı da eleştirilmektedir).

⁷⁹ Alison L. Young, "Will You, Won't You, Will You Join the Deference Dance?", Oxford Journal of Legal Studies, 2014, Cilt. 34, Sayı. 2, ss. 375-94. Öte yandan, İngiltere anayasa teamüllerinin en önemli ilkesi olan parlamentonun egemenliği ilkesi karşısında, mahkemelere tanınan bu yetkinin anayasallık denetimi olarak nitelendirilmesi çok da yanlış olmayacaktır. Bunun, yumuşak bir anayasallık denetimi ya da yarı-anayasallık denetimi bir kurum olarak anlaşılabilmesi yönünde bir değerlendirme için bkz. Lech Garlicki-Zofia A. Garlicka, "Review of Constitutionality of Constitutional Amendments (An Imperfect Response to Imperfections?)", Anayasa Hukuku Dergisi, 2012, Cilt. 1, Sayı. 1, s. 187, dipnot 3.

⁸⁰ Hatta, 1998 İnsan Hakları Kanunu'nun İngiltere hukukundaki, H.L.A. Hart'ın teorisleştirdiği, tanıma kuralını değiştirdiği de iddia edilmiştir, bkz. Alison L. Young, *Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act*, Hart Publishing, Oxford; Portland, 2009, ss. 65-95; Alison L. Young, "Sovereignty: Demise, Afterlife, or Partial Resurrection", *International Journal of Constitutional Law*, 2011, Cilt. 9, Sayı. 1, s.169. Nitekim bu nedenle, Muhafazakar Parti'nin seçim bildirilerinde söz konusu Kanun'un kaldırılması yönünde beyanlar yer almıştır, bkz. *Protecting Human Rights in UK, The Conservatives' Proposals for Changing Britain's Human Rights Laws* <https://www.theguardian.com/politics/interactive/2014/oct/03/conservatives-human-rights-act-full-document> .

etki etme, ya da deyim yerindeyse, son sözü söyleme yetkisi Parlamento'da kalmaya devam etmiştir.⁸¹

b. Kanada Modeli

1982 Kanada Anayasası'nın⁸² eki niteliğinde olan Haklar ve Özgürlükler Şartı'na (Canadian Charter of Rights and Freedoms) kadar Kanada'da anayasallık denetimi pek de önemsenen bir konu olmamıştır.⁸³ Bu nedenle Kanada Yüksek Mahkemesi, yine Şart'ın kabulüne kadar "huzursuz bir ülkede [fazla] sessiz bir mahkeme"⁸⁴ olarak nitelendirilmiştir. 1982'den önce Kanada'da anayasallık denetimi daha çok, federal devlet organları arasındaki uyuşmazlıkların çözümü bakımından uy-

⁸¹ Kavanagh, 2015, s. 1009. Bununla birlikte, Parlamento'nun, hakları kısıtlayan bir düzenleme yapması durumunda, daha önceki uygulamayla kıyaslanmayacak düzeyde, demokratik toplumdaki ölçülük ilkesine riayet etme yönünde güçlü bir gerekçelendirme yükümlülüğü getirilmiştir. Bu da, (rasyonel-hukuki) gerekçelendirme kültürünün yerleşmesine katkıda bulunmuştur. İnsan Hakları Kanunu'nun, tanınan yargısal denetimden çok, Parlamento üzerine getirdiği bu sınırlama yoluyla yaptığı katkının, yani gerekçelendirme yükümlülüğünün daha önemli olduğu yönündeki bir değerlendirme için bkz. Thomas Raine, "Judicial Review under the Human Rights Act: A Culture of Justification", North East Law Review, 2013, Cilt. 1, özellikle ss. 91-vd.

⁸² Kanada'da anayasa niteliğinde iki temel yazılı metin bulunmaktadır. İlki 1867 tarihli ve bir İngiliz Parlamentosu yasası olan, 1867 İngiliz Kuzey Amerika Kanunu (British North America Act of 1867 ya da daha sonradan adlandırıldığı üzere 1867 Anayasası- Constitution Act, 1867) ve 1982 tarihli Kanada Haklar ve Özgürlükler Şartı (Canadian Charter of Rights and Freedoms ya da Constitution Act, 1982). Bunun yanında bazı anayasa hukuk teamülleri ve gelenekleri de Anayasa'nın bir parçası olarak değerlendirilmektedir. Bunlardan ilk metin, İngiliz Parlamentosu tarafından birçok kez değiştirilmiştir; esasen de söz konusu 1867 Kanada Anayasası, bu metnin Kanada'daki egemen bir güç (parlamento, halk vb.) tarafından değiştirilmesini sağlayacak bir mekanizma da öngörmemiştir. Bu anayasa değişikliklerin listesi için ve genel olarak Kanada'daki anayasa değişiklikleri tarihine ilişkin detaylı bilgi için bkz. James Ross Hurley, Amending Canada's Constitution: History, Process, Problems and Prospects, Canada Communication Group, Canada, 1996.

⁸³ Jennifer Smith, "The Origins of Judicial Review in Canada", Canadian Journal of Political Science/Revue canadienne de science politique, 1983, Cilt. 16, Sayı. 1, s. 115 (makalede genel olarak, Kanada'daki anayasallık denetiminin dayanağı ve kaynağı konusunda, kurucuların anayasa yapımı sırasındaki tartışmalarıyla bunun gerisinde yatan İngiliz kolonyal yönetimi altındaki hukuki düzenlemeler ele alınıp değerlendirilmektedir).

⁸⁴ Patrick Monahan, Politics and the Constitution- The Charter, Federalism and the Supreme Court of Canada, Carswell, Toronto; Calgary; Vancouver 1987, s. 3.

gulama bulmuş, haklar ve özgürlüklerin korunmasını kapsamda düşünülmemiştir.⁸⁵

Haklar ve Özgürlükler Şartı altında getirilen Kanada'daki anayasallık denetimi modeli, yasaların ve idarenin eylem ve işlemlerinin, Şart'ta düzenleme bulan hak ve özgürlükler bakımından denetlenmesini öngörmektedir. Bu model, yukarıda belirtildiği üzere *zayıf* denetim modeli örneklerinden biri olarak gösterilmektedir. Ancak İngiltere modelinden farklı olarak Kanada modelinde mahkemeler, daha fazla yetkiyle donatılmıştır, zira Kanada modelinde mahkemelere kanunları iptal yetkisi verilmiştir. Yani, mahkemelerin bir kanun hükmünü anayasaya aykırı görmesine bağlanan sonuç sadece bir *aykırılık tespiti* değil, aynı zamanda o kanun hükmünün iptal edilmesidir.

Peki, bu durumda Kanada modelini zayıf model içinde niteleyen nedir? Bu da Şart'da yer alan madde 33 düzenlemesinden kaynaklanmaktadır. Buna göre Kanada'da Parlamento'ya, mahkemeler tarafından anayasaya aykırılığına karar verilmiş ve iptal edilmiş bir yasa hükmünü, *böyle bir karara rağmen (notwithstanding clause- Haklar ve Özgürlükler Şartı, bölüm/madde 33)* yürürlükte tutmaya devam edebilme yetkisi verilmiştir.⁸⁶ Ancak uygulamada, Şart'taki madde 33 genel olarak uygu-

⁸⁵ T.A. Cromwell, "Aspects of Constitutional Judicial Review in Canada", South Carolina Law Review, 1995, Clit. 46, s. 1028.

⁸⁶ Mark Tushnet, "Judicial Activism or Restraint in a Section 33 World", University of Toronto Law Journal, 2003, Cilt. 53, s. 89. Madde 33 nedeniyle ki Kanada anayasa hukukçuları, Kanada'daki anayasallık denetimi konusunu teorik olarak gerektirmenin (demokratik meşruiyet bakımından ve koruması gereken değer, bireycilik-toplulukçuluk) gereksiz olduğunu ileri sürmüşler; ancak bu görüş, anayasallık denetiminin uygulamadaki önemini göz ardı ettiği için eleştirilmektedir. Monahan, 1987, s. 100. Bu anlamda, Kanada'daki anayasallık denetiminin dayanak noktası ve koruması gereken değer(ler) olarak, demokrasi ve toplulukçuluk (democratic-communitarianism) olduğu ya da olması gerektiği yönündeki görüş için, bkz. Monahan, 1987, ss. 103-137. Bu normatif teori karşısında, mevcut uygulamayı betimleyen bir başka değerlendirmeye göre, Kanada mahkemeleri anayasallık denetimi yaparken, kanunun arkasında yatan siyasi ahlaktan çok onun hukuki geçerliğine (morality vs. legality) baktıklarına yönelik bir değerlendirme için bkz. Cromwell, 1995, s. 1027. Esasen Şart'ın madde 33 hükmü, Anayasa yapımı sürecinde, parlamentonun egemenliği ilkesinin sona ermesi konusunda çekincesi olanlarla hak ve özgürlüklerin korunması isteyenler arasındaki farklı düşünenlerin uzlaştırılmasının bir formülü olarak benimsenmiştir, bkz. Barbara Billingsley, "Section 33: The Chapter's Sleeping Giant", Windsor Yearbook of Access to Justice, 2002, Cilt. 21, ss. 331-332.

lanmamakta, yani Parlamento, bir mahkeme tarafından anayasaya aykırı bulup iptal edilen karar karşısında *notwithstanding* yetkisini kullanmamakta, bunun yerine daha çok basit bir yasa değişikliğiyle mahkeme kararını aşma yoluna gitmektedir.⁸⁷ Bu da Kanada modelinin *zayıf* modele dâhil olmasının uygulamaya yansıyan yönüdür.

6. Sonuç ve Değerlendirme

90. maddeye yapılan eklemelerden önce, Türkiye’de bir yargıcın, önüne gelen bir davada uygulanacak olan bir yasa hükmünü Anayasaya aykırı bulması durumunda, bu yasa hükmünü anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’nin önüne götürmesi zorunluydu ve Anayasa Mahkemesi’ne yapılan başvurudan sonra beş ay içinde başvuru karara bağlanmazsa, yürürlükteki mevzuat hükümlerine göre karar verilmesi gerekmekteydi. Anayasa’nın 90. maddesinin 5. fıkrasına yapılan eklemelerle birlikte ise, yargıca, önüne gelen davada uygulanacak bir yasa hükmünün aynı konudaki bir uluslararası insan hakları sözleşmesi hükmüyle çeliştiğini tespit etmesi durumunda, yasayı bir kenara bırakıp sözleşme hükmünü uygulama yetki ve görevi verilmiştir.

Bu makalede öne sürülen düşünce, ortaya çıkan bu durumun, yasaların (ve idarenin özellikle düzenleyici işlemlerinin), uluslararası insan hakları sözleşmelerine uygunluğunun denetlenmesi yoluyla, kısmen anayasallık denetimine benzer yeni bir yargısal denetim olduğu yönündedir. Anayasa’nın, uluslararası insan hakları sözleşmelerinde yer alan hak ve özgürlüklerden hemen hemen hepsini bir yönüyle düzenlediği ve ayrıca Türkiye’nin, AİHS ve Birleşmiş Milletler’in insan haklarına ilişkin temel birçok sözleşmesine taraf olduğu dikkate alınacak olduğunda, bu alanın ne kadar geniş olduğunu belirtmek gerekir.

İşte, hem Anayasa’da hem de uluslararası sözleşmelerde yer alan ve örtüşen insan hakları bakımından yargıcın yapacağı denetim, yani yasanın bu sözleşmelere uyumluluğunun denetlenmesi, yukarıda aktarılan zayıf anayasallık denetimi modelleri kapsamında bir örnek olarak nitelenebilir. Anayasa’nın 90. maddesinin 5. fıkrasında öngörülen denetimin niteliği, insan haklarına dayalı yargısal denetiminin açık örnekleri

⁸⁷ James B. Kelly - Matthew A. Hennigar, “The Canadian Charter of Rights and the Minister of Justice: Weak-Form Review within a Constitutional Charter of Rights”, *International Journal of Constitutional Law*, 2012, Cilt. 10, Sayı. 1, ss. 36-44.

olan bilhassa İngiltere'nin 1998 İnsan Hakları Kanunu ve ayrıca 1982 Kanada Haklar ve Özgürlükler Şartı altından yapılan denetimle çeşitli açılardan kıyaslanabilir.

Bu kıyaslamada benzeşen ve farklılaşan unsurlar hemen fark edilecektir. Öncelikle, bu üç denetim modelinin hepsi insan haklarına dayalı yargısal denetimi öngörmektedirler. Farklılık daha çok, bu denetime bağlanan sonuçlar ve yaptırımlar itibariyle ortaya çıkmaktadır. İngiltere örneğinde mahkemeler, uyuşmazlıkta uygulanacak kanun hükmünü ve/ya diğer ikincil mevzuat hükümlerini, yasalarla aynı statüde olan İnsan Hakları Kanunu'na uygunluk açısından denetim yapıp, bu denetim sonucu (eğer varsa) sadece *aykırılık tespiti* yapmakla yetmektedirler. Kanada modelinde ise aykırılık kararına bağlanan sonuç, kanunun iptalidir. Öte yanda Kanada modelinde, denetimin dayanağı anayasal statüde bir düzenleme olan, Haklar ve Özgürlükler Şartı'dır. Bununla birlikte, mahkemenin bu iptal kararına rağmen Kanada modelinde parlamentoya, böylesi bir kanunu yürürlükte tutma yetkisi verilmiştir.

Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrasında öngörülen denetim, bir Anayasa hükmünün düzenlemesine bağlı olarak insan hakları sözleşmelerine, kanunlardan üstte bir statü verilmesine dayanmaktadır. Bu yönüyle 90. maddenin 5. fıkrasına bağlı olarak yapılan denetim, Kanada Haklar ve Özgürlükler Şartı'na dayanan yargısal denetime benzetilebilir. Öte yandan, Türkiye'de bu denetime bağlanan sonucu ise Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda aktarılan bireysel başvuru kararlarındaki zımni ilga tespitiyle birlikte ve (bir gün Mahkeme bu içtihadını değiştirirse) ondan bağımsız olacak biçimde ayrı ayrı değerlendirmek gerekmektedir.

Buna göre, Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrasını zımni ilga hükmü olarak kabul ettiği dikkate alındığında, öngörülen denetim sisteminin *güçlü* anayasallık denetim modeline yaklaştığı görülmektedir. Zira bu durumda mahkemenin, uluslararası insan hakları sözleşmelerine aykırı olduğunu değerlendirdiği bir yasa hükmü, zımni ilganın bir sonucu olarak yürürlükten kaldırılmış olarak değerlendirilecektir.⁸⁸ Bu denetimi Anayasa Mahkemesi'nin zımni ilga hükmün-

⁸⁸ Bu arada, Anayasa Mahkemesi de, önüne bireysel başvuru yoluyla gelen ve Yüce Divan sıfatıyla baktığı davalarla siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin davalarda, makalede yapılan değerlendirmeler kapsamında kullanılan 'mahkeme' terimine girmektedir. Daha açık bir ifadeyle, Anayasa Mahkemesi'nin, bireysel başvuru mekanizması yoluyla önüne getirilen ve Yüce Divan sıfatıyla baktığı davalarda da (tıpkı

den bağımsız olarak ele aldığımızda ise öngörülen denetimin, Amerikan modelinde tartışmalı olduğu yukarıda aktarılan ve anayasallık modeline bağlanan sonuçla benzeştiği söylenebilir. Bunun sebebi de, insan hakları sözleşmelerine (ve olasılıkla Anayasa'ya da) aykırı olan kanun hükmünün, sadece ihmal edilmesi, bununla birlikte iptal edilmeyerek yürürlükten kaldırılmamış olmasından kaynaklanmaktadır. Ancak, her iki durum itibariyle de Meclis'e, olağan kanun yapma yoluyla son sözü söyleme yetkisi verilmediğinden, Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrasının öngördüğü denetim modeli, *zayıf* denetim modelinden ayrıldığı söylenebilir. Bu noktada son sözü söyleme yetkisi Meclis'te değil, Anayasa'nın 90. maddesini değiştirebilecek olan tali kurucu iktidardadır.

90. maddenin 5. fıkrası gereğince, Türkiye'de yargıçlar/mahkemeler, AİHS'i ve diğer insan hakları sözleşmelerini uygulamak zorundadır; yargıçlar/mahkemeler bunu uygulamaktan imtina edememelidir. Ancak buna rağmen, ne yazık ki, Türkiye yargı pratiğinde anılan düzenlemenin uygulamaya tam olarak aktarılmadığı, normatif bir sıçrama yaşanmadığı görülmektedir. Oysaki Anayasa'nın 90. maddesinin, 5. fıkrasında "uyuyan bir cevher"⁸⁹ bulunmaktadır. Bu cevher uygulamaya aktarılırsa, hukuk sistemindeki ve hukuk devleti pratiğindeki pek çok soruna çare olma potansiyeli taşımaktadır. Bu noktada, bu cevheri kullanıma sokmanın, bir başka ifadeyle onun hukukun normatif boyutuna ve hukuk retoriğine taşınmasının kendiliğinden olamayacağını söylemek, geride kalan on üç yıllık pratik sonrası hiç de zor değildir. Bu sebeple, uygulamanın en önemli aktörlerinden olan avukatlara, hukuk retoriğini değiştirmek ve normatif bir sıçrama sağlamak adına, son derece önemli bir görev yüklendiğini not etmek gerekiyor. Tabi bunun yanında bir de, (akademisyen) hukukçulara da önemli bir sorumluluk düştüğünün altını çizmek lazım. Bu sorumluluk, maddi ve usul hukukunun farklı alanlarındaki doktrine dair kaynakların, insan hakları perspektifinden tekrar gözden geçirilmesini gerekli kılıyor. Zira gelinen noktada İbrahim Kaboğlu'nun çok doğru bir şekilde işaret ettiği üzere "medeni

yukarıdaki bölümde aktarılan bireysel başvuru kararlarında olduğu gibi) uluslararası insan hakları sözleşmeleriyle çelişkili yasalara ilişkin olarak zımni ilga hükmü tespiti yaparak, yasaların yürürlükten kalkmış olduğuna hükmedebileceği söylenebilir. Bu durumda da Yüce Divan sıfatıyla bakacağı davalarda ve siyasi parti kapatma davalarında, somut norm denetiminin işletilmesi gerekli olmayabilecektir.

⁸⁹ Billingsley, 2002, ss. 331-46.

[hukuk] ve ceza hukuku gibi değişik hukuk dalları...[insan hakları perspektifine dayalı olarak] anayasalaş"mıştır.⁹⁰ Bu sebeple esasen, hukuk eğitiminin, insan hakları perspektifine dayanmasının, anılan anayasa hükmü (ve ayrıca Anayasa Mahkemesi nezdinde bireysel başvuru mekanizması) karşısında bir zorunluluk olduğu söylenebilir.

Öte yandan, söz konusu bu normatif çıkarımın ve önerinin, daha önce işaret edildiği gibi,⁹¹ mevcut yargı sosyolojisi karşısında her zaman insan haklarının korunması yönünde bir uygulamayla sonuçlanmayabileceği görülmeli ve bu yöndeki sorunlu alana da işaret edilmelidir. Bu bakımdan, hem zımni ilga hükmü sonucuyla birlikte düşünüldüğünde hem de ondan bağımsız olarak, Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası hükmünde, suistimalci kullanıma açık bir taraf bulunduğu belirtilmelidir. Ancak bu durum, sadece 90. maddenin 5. fıkrası özelinde değil, bütün hukuk kuralları için geçerli olan genel bir durumdur.

Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası hükmünün suistimalci kullanımına en açık örnek, Yüksek Seçim Kurulu'nun (YSK) 16 Nisan 2017 halkoylamasına ilişkin kararında görülmüştür.⁹² YSK 16/04/2017 tarih ve 560 sayılı Kararında, Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası hükmünün atfıyla, bir yasa kuralını ihmal ederek AIHS Ek Protokol 1'in 3. maddesini uygulama yoluna gitmiştir. YSK'nın söz konusu Kararından aktaracak olursak: "Bazı sandıklarda oy zarflarının veya oy pusulalarının ilçe seçim kurulu ve sandık kurulu mührü ile mühürlenmediği yönünde bilgiler alındığı, ancak söz konusu olayda seçmenin hiçbir kusurunun bulunmadığı, seçmenin iradesinin tam bir şekilde yansımaları için sandık kurulları tarafından yapılan bir eksikliğin giderilmesi ve söz konusu oy

⁹⁰ Kaboğlu, 2015, ss. 17-18.

⁹¹ Bkz. dipnot 1 ve dipnot 62.

⁹² Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası hükmünün kötü niyetli veya suistimalci kullanımına gösterilen bazı örnekler için bkz. Kemal Başlar, "Karar Eleştirisi", *Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi*, 2008, Sayı 15, ss. 170-178 (Danıştay (10. Daire), Yürütmenin Durdurulması (E.2006/4503, 24.8.2006 hakkında karar üzerine bir değerlendirme ve eleştirisi); Kemal Başlar, "Istanbul Governor's Office v Kenanoğlu and Kenanoğlu, Appeal judgment, E 2007/679, K 2008/1461; ILDC 963 (TR 2008)", *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts*, <http://opil.ouplaw.com/home/oril>. Bu kararlara dikkatimi çekip makalelerini ve ayrıca YSK Kararı'nın makalede ele alınması gerektiğini belirterek konuyla ilgili görüş ve eleştirilerini paylaşan Prof. Dr. Kemal Başlar'a teşekkür ederim.

pusulalarının ve oy zarflarının sandıklar açılmadan ve sayıma geçilmeden önce herhangi bir karışıklığa sebebiyet verilmemesi açısından geçerli sayılıp sayılamayacağı yönünde” bir başvuru yapılmıştır. Buna ilişkin olarak YSK, “298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun’un 101. maddesinin birinci fıkrasının 3. numaralı bendindeki; ...Arkasında sandık kurulu mührü bulunmayan, ... oy pusulaları geçerli değildir” hükmünü, Anayasa’nın 90. maddesinin 5. fıkrası atfıyla AIHS’in Ek Protokol 1’in 3. maddesine dayanarak bir tarafa bırakmış (ihmal etmiş) ve bu kanun hükmünü uygulamaktan imtina ederek, sandık kurulu mührü bulunmayan oy pusulalarının geçerli olarak kabul edilmesine karar vermiştir.⁹³

Oysaki AIHS Ek 1 Protokol 3. hükmünün sadece *yasama organı seçimlerine* uygulanacağı AIHM içtihatlarında yerleşmiştir. Nitekim YSK da söz konusu 560 sayılı Kararında bu hususa emsal/destek olabilecek herhangi bir AIHM kararı göstermemiştir. YSK konuyu şu şekilde yorumlamıştır: “Ek 1 Protokol 3. madde, sadece milletvekili seçimine ilişkin seçme hakkını düzenlemekle birlikte özü itibariyle serbest seçim hakkını önemsemekte ve koruma altına almaktadır.” Burada ‘önemseme’nin ne anlama geldiği açık olmamakla birlikte, bunu Ek Protokol 1’in 3. maddesinin doğrudan uygulanması olarak anlamak gerekir. Nitekim devamında YSK, “Anayasa ve Uluslararası Sözleşmeler ile koruma altına alınan temel bir hakkın kullanılması sırasında uyulması gereken kurallara aykırı davranılması halinde, somut olayla ilgili olarak yapılacak olan değerlendirmede; hakkın özünün korunması ve normun yorumunun, gerçekleşmesi beklenen amaçla uyumlu olması gerekir” demek suretiyle, Ek Protokol 1’in 3. maddesine, söz konusu durum bakımından uygulanabilirlik kazandırdığını göstermiştir.

Bir an için, AIHS Ek Protokol 1’in 3. maddesinin halkoylamasında uygulanacağı kabul edilse bile, öncelikli olarak bunun 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun’un 101.

⁹³ YSK konuyla ilgili olarak, 16 Nisan 2017 tarihinde, henüz oy verme işlemi devam ederken 2017/560 sayılı Kararıyla yukarıda aktarılan ilk kararı vermiştir. Daha sonra Cumhuriyet Halk Partisi’nin (diğer sebepler yanında) ilgili Karara itirazı sonrası 19/04/2017 tarih ve 2017/573, Halkların Demokratik Partisi’nin itirazı üzerine 19/04/2017 tarih ve 2017/574 ve Vatan Partisi’nin itirazı üzerine 19/04/2017 tarih ve 2017/575 sayılı Kararlarıyla itirazları reddeden karar vermiştir.

maddesiyle ne şekilde çatıştığının gösterilmesi gerekir(di).⁹⁴ AİHS Ek Protokol 1'in 3. maddesinin somut duruma, yani mühürsüz oy pusulalarına ilişkin olarak doğrudan uygulanabilir bir tarafı yoktur. 298 sayılı Kanun'un 101. maddesinin 3. fıkrası, seçimlerin ve halkoylamaların güvenilir bir şekilde yapılmasını temin maksadıyla ve üstelik daha önceki uygulamalar/sorunlar dikkate alınarak, 08/04/2010 tarihli 5980 sayılı Kanunla ayrıntılı olarak düzenlenmiş bir husustur. Bu yönüyle 101. maddenin 3. fıkra hükmünün, YSK'nın yorumladığının aksine seçimlere aktif katılma hakkının özüne dokunan bir tarafı yoktur, bilakis bu katılımın her türlü şüpheden uzak olması için, adeta bu katılımın güvencelelerinden biri olarak getirilmiş bir düzenlemedir.

YSK söz konusu hukuk kurallarının yorumunda yanlış yaptığı gibi oy verme işlemi esnasında ortaya çıkan olayların yorumlanmasında da yanlış düşmüş ya da faraziyelerden hareket etmiştir; zira önüne somut iddialarla getirilen bir şikâyet ve itiraz yokken karar vermiştir. Öyle ki kararda, "oy kullanma işleminin; oy güvenliğini sağlamaya yönelik ve sahte oy kullanılmasını engellemek amacıyla getirilen kontrol mekanizmalarına uygun olarak, Yüksek Seçim Kurulunca üretildiğinden kuşku bulunmayan oy pusulası ve zarf kullanılarak *gerçekleşmesi halinde...*"⁹⁵ demek suretiyle Karara konu olay ve olgular hakkında açık bir bilgisinin olmadığını ya da en azından elinde bu konuda somut bir iddia ve delil olmadığını, dolayısıyla faraziyelerden hareket ettiğini kabul etmiştir. YSK'ya göre, seçmene atfedilemeyecek bir kusurdan ve sadece bir şekil kuralının eksikliğinden dolayı hakkın özünün ortadan kaldırılmasına yol açacak bir yorum kabul edilemez. Ancak, bu değerlendirmenin de YSK'nın yine kendi Genelgesiyle çeliştiği görülmektedir. Nitekim 135 sayılı YSK Genelgesi'nin 30. maddesinin 2. fıkrasının seçmene, oy pusulasının mühürlü olup olmadığını kontrol etme yükümlülüğü getirdiği ve bu sebeple mühürsüz oy pusulası kullanan seçmenin kusursuz olamayacağı ileri sürülebilir.⁹⁶

⁹⁴ Gözler'e göre konu, mühürsüz oy pusulalarına hangi kuralın uygulanacağından ibarettir ve bu konudaki açık kanun hükmünün ihmal edilmesi, AİHS'e atıf yaparak bile mümkün değildir. İki kural arasında çatışma yoktur. Gözler, "Mühürsüz Oy Pusulası Tartışması".

⁹⁵ Vurgu eklenmiştir.

⁹⁶ Buna göre: "Başkan, kanuna uygun biçimde hazırlanmış ve mühürlenmiş oy zarfı ile birleşik oy pusulasını, hiçbir tarafında herhangi bir işaret bulunmadığını ve arkasının

Bundan başka ayrıca, Kemal Gözler'in ve de altını çizdiği üzere, YSK'nın takip etmesi gereken usul, itiraz üzerine ve sandık bazında, somut olay ve olgulara dayalı olmalıydı ve YSK ancak, (önce ilçe seçim kurulu, oradan il seçim kurulu ve oradan da YSK'ya şeklinde) yapılacak itiraz üzerine karar verebilmeliydi.⁹⁷ Bu usul takip edilmeyerek ve üstelik 90. maddenin 5. fıkrası hükmünün anlamı ve içeriği tamamen anlamsız kılacak şekilde suistimalci bir yorum yaparak, doğrudan AİHS Ek Protokol 1'in 3. maddesinin uygulanması yoluna gitmenin hukuken geçerli kabul edilmesi mümkün değildir. Belirtilen sebeplerle YSK'nın konu hakkında yaptığı yorumun en hafif tabiriyle suistimalci olduğu söylenebilir.⁹⁸

Öte yandan, her ne kadar YSK'nın yukarıda eleştirilen 560 sayılı Kararında hukuken isabet yoksa da, bu Kararın niteliği, bizim yukarıda işaret ettiğimiz, bir yasa hükmünü uluslararası insan hakları sözleşme kuralına uygunluğu bakımından denetlenmesi niteliğindedir. Bunu ya-

sandık kurulu mührü ile mühürlü olduğunu, kurul üyelerine, müşahitlere ve seçmene gösterdikten sonra "TERCİH" veya "EVET" mührünü seçmene vererek kapalı oy verme yerini gösterir." Görüldüğü üzere seçmenin, oy pusulasının mühürlü olup olmadığını kontrol etmesi gerekmektedir.

⁹⁷ Gözler, "Mühürsüz Oy Pusulası Tartışması". Bu durum ayrıca, YSK'nın, Cumhuriyet Halk Partisi'nin, Halkların Demokratik Partisi'nin, ve Vatan Partisi'nin (diğer sebepler yanında) ilgili 560 sayılı Karara itirazı sonrası 19/04/2017 tarihinde verdiği, sırasıyla 2017/573, 2017/574 ve 2017/575 sayılı Kararlarına muhalif kalan YSK Üyesi Cengiz Topaktaş'ın Karşı Oy yazısında da belirtilmiştir. Bu sebeple ayrıca YSK'nın, 560 sayılı Karara itiraz üzerine verilen ve 574, 574 ve 575 sayılı Kararlarında, daha önceki kararlarını emsal olarak göstermesinde de hukuken isabet yoktur, zira bu kararlardaki durumlar, somut iddia ve delillerden kaynaklanmış ve YSK bu durumlarda (ilçe ve il seçim kurullarının kararlarına karşı yapılan) itiraz üzerine karar vermiştir.

⁹⁸ Nitekim karar sonrası bazı hukukçuların yaptığı değerlendirme bu hususu açıkça tespit etmekte ve kararı yanlış bularak eleştirmektedir; bkz. Kemal Gözler, "Mühürsüz Oy Pusulası Tartışması", 19 Nisan 2017, <http://www.anayasa.gen.tr/muhursuz.html> (Erişim tarihi: 23/04/2017); Kerem Altıparmak, "YSK'nın Mühürsüz Oylar Kararının Dayanılmaz Saçmalığı Üstüne!" (19 Nisan 2017), <http://mulkiyehaber.net/ysknin-muhursuz-oylar-kararinin-dayanilmaz-sacmaligi-ustune/> (Erişim Tarihi: 20/04/2017); Tolga Şirin, "YSK Kararı ve Hukukun Zehirli Engerekleri", (21 Nisan 2017), <https://bianet.org/bianet/siyaset/185774-ysk-karari-ve-hukukun-zehirli-engerekleri> (Erişim tarihi: 21/04/2017. Yazıda Tolga Şirin, YSK'nın yorumunu, "metnin içini kemiren cinsten" bir yorum olarak ve AİHS'e yapılan atfı da "...yetersiz, ilgisiz ve mantıken tutarsız" olarak nitelendirmiştir).

parken bir mahkemenin ve de YSK'nın hukuk içinde kalıp kalmadığını ve verdiği kararda hukuken isabet olup olmadığını ayrı bir tartışma konusudur.

Genel bir tespit olarak belirtmek gerekirse, 90. maddenin 5. fıkrasının uygulanabilmesi için temel belirleyici husus, hem somut durumun/uyuşmazlığın olay ve olgularının değerlendirilmesi hem de ortaya konacak hukuki argümanların ikna ediciliğidir. Bu minvalde 90. maddenin 5. fıkrasının uygulanabilmesi için yapılması gereken ilk husus, iki hüküm arasında olduğu iddia edilen çelişkiyi ikna edici hukuki argümanlarla göstermek olmalıdır. Nitekim Kemal Gözler de YSK kararına ilişkin değerlendirmesinde bu hususun altını çizilmiştir. Çelişki tespiti yaparken öncelikle değerlendirilmesi ve somut olarak tespit edilmesi gereken husus da, hem sözleşme hükmünün hem de kanun hükmünün, somut duruma/uyuşmazlığa uygulanabilir olduğudur. Yukarıda örnek olarak gösterdiğimiz 6552 sayılı Torba Yasa'nın 97. madde hükmünün, AİHS madde 6 ve ilgili içtihatları kapsamında gösterdiği çelişki, kastettiğimizi tam olarak yansıtmaktadır. Böylesi bir tespit hukuki bir tespittir ve 90. maddenin 5. fıkrası hükmünün uygulanması bakımından kararın zorunlu unsurudur. Bu bakımdan denilebilir ki bir ilk derece mahkemesinin bu yöndeki bir kararında çelişki tespiti yapmadan 90. maddenin 5. fıkrası hükmünün atfıyla bir uluslararası insan hakları sözleşme hükmü uygulama yoluna gitmesi, kanun yollarına başvurulması gerekçesi ve bunun sonucuna göre de bozma veya iptal sebebidir. Bireysel başvuru mekanizması dikkate alındığında, bu yönde bir çelişki tespitinin mahkeme kararlarında olmaması, adil yargılanma hakkının altında yer alan gerekçeli karar hakkının ihlali olarak değerlendirilebilir.

Hukuk retoriği rasyonel bir biçimde ve özerk bir şekilde işle(ye)medikçe, yukarıda yazılan satırların pek bir anlam ifade etmeyeceği açıktır. Buradan hareketle yargıçların, önlerindeki davanın çözümünde uygulanacak hukuk kuralını, insan haklarının korunması amacı doğrultusunda, uluslararası insan hakları sözleşme hükümlerine uygunlukları bakımından denetlemeleri, *hukuk devletine ilkesine ve insan haklarına saygılı devlet* anlayışına bir nebze olsun hizmet edebilecektir. Ancak bunun da, hukuk retoriğinin gerekleri doğrultusunda ve suistimalci uygulamalardan uzak bir şekilde yapılması gerektiğinin altını çizelim.

KAYNAKÇA

Acar, Ali, *Between Legality and Legitimacy: The Case of Judicial Review of Constitutional Amendments from a Comparative Law Perspective*, European University Institute, Florence/Italy, 2015.

Akbulut, Olgun, “Güncel Tartışmalar Işığında İnsan Hakları Sözleşmelerinin Türkiye Anayasal Sisteminde Normlar Hiyerarşisindeki Yeri”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt.9, Sayı. 115, ss. 7-45.

Akdeniz, Yaman - Altıparmak, Kerem, “TCK 299 Olmayan Hükümün Gazabı mı?”, *Güncel Hukuk*, Ekim 2015, ss. 42-44.

Akıllıoğlu, Tekin, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz”, *AÜSBFD*, 1989, Cilt.44, Sayı. 3-4, ss. 153-74.

Alstynne, William W. Van, “A Critical Guide to *Marbury v. Madison*”, *Duke Law Journal*, 1969, Sayı. 1, ss. 1-47.

Altıparmak, Kerem-Karahanoğluları, Onur, “Bölge İdar Mahkemesi Kararıyla Anayasa'nın 'Zımnen İptali'”, *İnsan Hakları Yıllığı*, 1997-98, Cilt.19-20, ss. 215-33.

Altıparmak, Kerem, “YSK'nin Mühürsüz Oylar Kararının Dayanılmaz Saçmalığı Üstüne!” (19 Nisan 2017), <http://mulkiyehaber.net/ysknin-muhursuz-oylar-kararinin-dayanilmaz-sacmaligi-ustune/>

Aybay, Rona, “Uluslararası Anlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2007, Sayı. 70, ss. 187-213.

Bac, Meltem Müftüler, “Turkey's Political Reforms and the Impact of the European Union”, *South European Society & Politics*, 2005, Cilt. 10, Sayı. 1, ss. 16-30.

Başlar, Kemal, “Uluslararası Anlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine”, *Milletlerarası Hukuk ve Özel Hukuk Bülteni: Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan*, 2004, Cilt.24, Sayı. 1-2, ss. 1-62.

Başlar, Kemal, “Karar Eleştirisi”, *Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi*, 2008, Sayı 15, ss. 170-178.

Başlar, Kemal, “*Istanbul Governor's Office v Kenanoğlu and Kenanoğlu*, Appeal judgment, E 2007/679, K 2008/1461; ILDC 963 (TR 2008)”, *Oxford Reports on International Law in Domestic Courts*, 2008, <http://opil.oup.com/home/oril>.

Bilder, Mary Sarah, "Idea or Practice? A Brief Historiography of Judicial Review", Boston College Law School Legal Studies Research Paper Series (2008), <http://ssrn.com/abstract=1134831>

Bilgin, Ahmet Burak, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İç Hukuktaki Yeri", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2017, Cilt.22, Sayı. 1, ss. 81-129.

Billingsley, Barbara, "Section 33: The Chapter's Sleeping Giant", Windsor Yearbook of Access to Justice, 2002, Cilt. 21, ss. 331-46.

Cappelletti, Mauro - Adams John Clarke, "Judicial Review of Legislation: European Antecedents and Adaptations", Harvard Law Review, 1966, Cilt. 79, Sayı. 6, ss. 1207-24.

Coleman, Jules L., "Negative and Positive Positivism", The Journal of Legal Studies, 1982, Cilt. 11, ss. 139-64.

Coleman, Jules L., The Practice of Principle: In Defense of A Pragmatist Approach to Legal Theory, Oxford University Press, Oxford; New York, 2001.

Cromwell, T.A., "Aspects of Constitutional Judicial Review in Canada", South Carolina Law Review, 1995, Cilt. 46, ss. 1027-42.

Dietze, Gottfried, "Judicial Review in Europe", Michigan Law Review, 1957, Cilt. 55, Sayı. 4, ss. 539-66.

Doğru, Osman, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının İç Hukuklara Etkisi", Anayasa Yargısı Dergisi, 2000, Cilt. 17, ss. 194-225.

Dworkin, Ronald, "The Model of Rules", The University of Chicago Law Review, 1967, Cilt. 35, Sayı. 1, ss. 14-46.

Eren, Abdurrahman "1982 Anayasası'nın 90. Maddesindeki 2004 Değişikliğinin Anlaşmaların Türk İç Hukukundaki Yerine Etkisi", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004, Cilt.8, Sayı. 3-4, ss. 47-77.

Ergül, Ozan, "'Usulüne Göre Yürürlüğe Girmiş Anlaşmalar Kanun Hükmündedir'", Yıldırım Uler'e Armağan içinde, (der.) Muhammed Erdal. Lefkoşa: Yakın Doğu Üniversitesi Yayınları, 2014, ss.65-86.

Fendoğlu, H. Tahsin, "Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında "Bağımsız Ölçü Norm" veya "Destek Ölçü Norm" Sorunu", Anayasa Yargısı Dergisi, 2000, Cilt.17, ss. 363-84.

Field, Oliver P., "Effect of an Unconstitutional Statute", Indiana Law Journal, 1926, Cilt. 1, Sayı. 1, ss. 1-17.

Gardbaum, Stephen, “The New Commonwealth Model of Constitutionalism: Theory and Practice”, *Journal of Scholarly Perspective UCLA School of Law*, 2013, Cilt. 9, Sayı. 1, ss. 53-73.

Gardbaum, Stephen, “What’s So Weak About “Weak-Form Review”? A Reply to Aileen Kavanagh”, *International Journal of Constitutional Law*, 2015, Cilt. 13, Sayı. 4, ss. 1040-48.

Garlicki, Lech – Garlicka, Zofia A., “Review of Constitutionality of Constitutional Amendments (An Imperfect Response to Imperfections?)”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, 2012, Cilt. 1, Sayı. 1, ss. 185-224.

Gerek, Şahnaz – Aydın, Ali Rıza, “Anayasa'nın 90. Madde Değişikliği Karşısında Yasaların Geleceği ve Anayasal Denetim”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2004, Sayı. 55, ss. 226-38.

Gönenç, Levent – Esen, Selin, “The Problem of the Application of Less Protective International Agreements in Domestic Legal Systems: Article 90 of the Turkish Constitution” *European Journal of Law Reform*, 2007, Cilt. VIII, Sayı. 4, ss. 485-500.

Gönenç, Levent, “1982 Anayasası'nda Sessiz Devrim: 90. Madde Değişikliği ve Getirdiği Sorunlar”, *Yaşayan Anayasa*. http://www.yasayananayasa.ankara.edu.tr/belgeler/analizler/90_madde.pdf

Gözler, Kemal, “İnsan Hakları Normlarının Anayaüstülüğü Sorunu”, *Türkiye'de İnsan Hakları*. Ankara: TODAİE, 2000, ss. 25-46.

Gözler, Kemal, “Milletlerarası Andlaşmalara Kanun Üstü Bir Değer Tanınabilir mi? (Anayasa Değişikliği Teklifi Hakkında Bir Eleştiri)”, <http://www.anayasa.gen.tr/madde90.htm>

Gözler, Kemal, “Yorum İlkeleri”, *Kamu Hukukçuları Platformu-Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*, içinde ed. Ozan Ergül, *Türkiye Barolar Birliği*, Ankara, 2013, ss.15-119.

Gözler, Kemal, *Hukuka Giriş*. 13. Baskı, Ekin, Bursa, 2016.

Gözler, Kemal, “Mühürsüz Oy Pusulası Tartışması”, 19 Nisan 2017, <http://www.anayasa.gen.tr/muhursuz.html>.

Gülmez, Mesut, “Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2004, Sayı. 54, ss. 147-61.

Halpérin, Jean-Louis, “Lex Posterior Derogat Priori, Lex Specialis Derogat Generali Jalons pour une histoire des conflits de normes centrée ces deux solutions concurrentes”, *Revue d'Histoire du Droit*, 2012, Cilt. 80, ss. 353-97.

Harris, J. W., *Law and Legal Science*, Clarendon Press, Oxford, 1979.

Hart, H. L. A., "Kelsen's Doctrine of the Unity of Law", *Essays in Jurisprudence and Philosophy içinde*, Clarendon Press, Oxford, 1983, s. 309-42.

Hart, H. L. A., *The Concept of Law With A Postscript* (eds.) Penelope A. Bulloch and Joseph Raz. 2. Baskı, Clarendon Press, Oxford, 1994.

Hurley, James Ross, *Amending Canada's Constitution: History, Process, Problems and Prospects*, Canada Communication Group, Canada, 1996.

Kaboğlu, İbrahim Ö. (der.), *İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa, md. 90/son)*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği, İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi, 2004.

Kaboğlu, İbrahim Ö., "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Türkiye (Karşılaştırmalı Gözlemler)", *Anayasa Hukuku Dergisi*, 2015, Cilt.4, Sayı. 7, ss. 11-28.

Karagülmez, Ali, "5170 Sayılı Yasa'yla Anayasa'nın 90. Maddesinde Yapılan Değişikliğe Bir Bakış", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2004, Sayı. 54, ss. 163-77.

Kavanagh, Aileen, "What's So Weak About "Weak-Form Review"? The Case of the UK Human Rights Act 1998", *International Journal of Constitutional Law*, 2015, Cilt. 13, Sayı. 4, ss. 1008-39.

Kelly, James B.- Hennigar Matthew A., "The Canadian Charter of Rights and the Minister of Justice: Weak-Form Review within a Constitutional Charter of Rights", *International Journal of Constitutional Law*, 2012, Cilt. 10, Sayı. 1, ss. 35-68.

Kelsen, Hans, "Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution", *The Journal of Politics*, 1942, Cilt. 4, Sayı. 2, ss. 183-200.

Kelsen, Hans, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, çeviren Peter Heath. ed. (selected and introduced by) Ota Weinberger, D. Reidel Publishing Company, Dordrecht; Boston, 1973.

Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*. çeviren Anders Wedberg, Russell&Russell, Cambridge; Massachusetts, 1949.

Kelsen, Hans, *General Theory of Norms*, çeviren Michael Hartney, Oxford University Press, Oxford; New York, 1991.

Kelsen, Hans, *Qui doit être le gardien de la constitution?*, çeviren Sandrine Baume, Michel Houdiar, Paris, 2006.

Lerber, Renée Lettow, “Judicial Review before Marbury”, *The George Washington Law Review*, 2003, Cilt. 72, ss. 45-50.

Monahan, Patrick, *Politics and The Constitution- The Charter, Federalism and the Supreme Court of Canada*, Carswell, Toronto; Calgary; Vancouver, 1987.

Munzer, Stephen, “Validity and Legal Conflicts”, *The Yale Law Journal*, 1973, Cilt. 82, Sayı. 6, ss. 1140-74.

Özbudun, Ergun, “Democratization Reform in Turkey, 1993-2004”, *Turkish Studies*, 2007, Cilt. 8, Sayı. 2, ss. 179-96.

Özkan, Işıl “Uluslararası Hukuk-Ulusal Hukuk İlişkileri”, *Journal of Yaşar University*, 2013, Cilt.8 Sayı. Özel, ss. 2075-126.

Paulson, Stanley L., “On the Status of Lex Posterior Derogating Rule”, *The Liverpool Law Review*, 1983, Cilt. V, Sayı. 1, ss. 5-18.

Paulson, Stanley L., “Subsumption, Derogation, and Noncontradiction in ‘Legal Science’” *The University of Chicago Law Review*, 1981, Cilt. 48, ss. 802-18.

Quint, Peter E., “The Most Extraordinarily Powerful Court of Law the World Has Ever Known”? *Judicial Review in the United States and Germany*, *Maryland Law Review*, 2006, Cilt. 65, ss. 152-70.

Raine, Thomas, “Judicial Review Under the Human Rights Act: A Culture of Justification”, *North East Law Review*, 2013, Cilt. 1, ss. 81-108.

Smith, Jennifer, “The Origins of Judicial Review in Canada”, *Canadian Journal of Political Science/Revue canadienne de science politique*, 1983, Cilt. 16, Sayı. 1, ss. 115-34.

Stolleis, Michael, “Judicial Review, Administrative Review, and Constitutional Review in the Weimar Republic” *Ratio Juris*, 2003, Cilt. 16, Sayı. 2, ss. 266-80.

Surlu, Aydan Ömür, “İnsan Haklarının ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Yargıtay İçtihatlarına Yansıması”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2010, Sayı. 87, ss. 150-94.

Şahbaz, İbrahim, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2004, Sayı. 54, ss. 178-216.

Şirin, Tolga, “YSK Kararı ve Hukukun Zehirli Engerekleri”, (21 Nisan 2017), <https://bianet.org/bianet/siyaset/185774-ysk-karari-ve-hukukun-zehirli-engerekleri>.

Treanor, William Michael- Sperling Gene B., “Prospective Overruling and the Revival of ‘Unconstitutional’ Statutes”, *Columbia Law Review*, 1993, Cilt. 93, ss. 1902-1955.

Tunç, Hasan, “Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye İle İlgili Örnek Karar İncelemesi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2000, Cilt.17, ss. 174-92.

Turhan, Mehmet, “Hans Kelsen'e Göre "Anayasa Aykırı" Yasa”, Haşim Kılıç'a Armağan içinde, (der.) Ali Rıza Çoban, Gülener, Serdar, Sağlam, Musa and Ekinci, Hüseyin. Ankara: Anayasa Mahkemesi, 2015, ss.351-86.

Turhan, Mehmet, “Hans Kelsen'e Göre ‘Anayasa Aykırı’ Yasa”, Haşim Kılıç'a Armağan, içinde editörler Ali Rıza Çoban, Serdar Gülener, Musa Sağlam and Hüseyin Ekinci, *Anayasa Mahkemesi Yayınları*, Ankara, 2015, ss. 351-87.

Tushnet, Mark, “Alternative Forms of Judicial Review”, *Michigan Law Review*, 2003, Cilt. 101, Sayı. 8 Symposium: Judging Judicial Review: Marbury in the Modern Era, ss. 2781-802.

Tushnet, Mark, “Comparative Constitutional Law”, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, ed. Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann içinde, Oxford University Press, Oxford; New York, 2006.

Tushnet, Mark, “Judicial Activism or Restraint in a Section 33 World”, *University of Toronto Law Journal*, 2003, Cilt. 53, ss. 89-100.

Tushnet, Mark, “Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review”, *Texas Law Review*, 2004, Cilt. 82, Sayı. 7, ss. 1895-919.

Tushnet, Mark, “The Relation between Political Constitutionalism and Weakform Judicial Review”, *German Law Journal*, 2013, Cilt. 14, Sayı. 12, ss. 2249-64.

Tushnet, Mark, “The Rise of Weak-Form Judicial Review”, *Comparative Constitutional Law*, içinde, editörler Tom Ginsburg - Rosalind Dixon, Edward Elgar, Cheltenham, 2011, ss. 321-33.

Tushnet, Mark, "Weak-Form Judicial Review and 'Core' Civil Liberties", *Harvard Civil-Rights-Civil Liberties Law Review*, 2006, Cilt. 41, Sayı. 1, ss. 1-22.

Tushnet, Mark, "Weak-Form Judicial Review: Its Implications for Legislatures", *New Zealand Journal of Public and International Law*, 2004, Cilt. 2, Sayı. 1, ss. 7-24.

Türmen, Rıza, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İç Hukukumuza Etkileri", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2000, Cilt.17, ss. 32-42.

Ünal, Şeref, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Türk İç Hukukuna Etkileri", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 2000, Cilt.17, ss. 63-85.

Waldron, Jeremy, "The Core of the Case against Judicial Review", *The Yale Law Journal*, 2005-2006, Cilt. 115, ss. 1346-407.

Yeşilyurt, Nazile İrem, "Danıştay Kararlarında Uluslararası Antlaşmaların Normatif Değeri", *İnsan Hakları Yıllığı*, 2014, Cilt.32, ss. 1-29.

Young, Alison L., "Sovereignty: Demise, Afterlife, or Partial Resurrection", *International Journal of Constitutional Law*, 2011, Cilt. 9, Sayı. 1, ss. 163-71.

Young, Alison L., "Will You, Won't You, Will You Join the Deference Dance"?, *Oxford Journal of Legal Studies*, 2014, Cilt. 34, Sayı. 2, ss. 375-94.

Young, Alison L., *Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act*, Hart Publishing, Oxford; Portland, 2009.

Yüzbaşıoğlu, Necmi, "Avrupa İnsan Hakları Hukukunun Niteliği ve Türk Hukuk Düzenindeki Yeri Üzerine", *İnsan Hakları Merkezi Dergisi*, (AÜSBF Yayını), 1994, Cilt.II, Sayı. 1, ss. 26-38.