

# ARGUMENTUM

## AYLIK HUKUK DERGİSİ

TEMMUZ-ARALIK 1997

YIL: 7-8 SAYI : 53

ISSN 1017 - 625X

### İÇİNDEKİLER

*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Adil Yargılanma Hakkı ve Türk Hukukuna Etkisi*

**Ar. Gör. Mustafa ŞENTOP**

*Avukatlık Sözleşmesi*

**Ar. Gör. Gülcan SUNAR**

*Tüketici Hukuku Bakımından Ticari Reklamlar ve Tabii Olduğu Hükümler*

**Özgül ÖZKAN**

### AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİNDE ADİL YARGILANMA HAKKI VE TÜRK HUKUKUNA ETKİSİ

**Mustafa ŞENTOP\***

#### I. Adil Yargılanma Hakkı Kavramı, Kapsamı ve Uygulama Alanı

##### A. Kavram

"Adil yargılanma hakkı" tabiri bu biçimde ifade edilmiş olmak kaydıyla yeni bir kavramdır. Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesi (A.İ.H.S.) nin 6. maddesinde ele alınan haklar kategorisini belirtmek için kullanılmaktadır. Bu tabirin kullanımı da istikrar bulmuş değildir. Önceleri "sağlıklı adalet yönetimi isteme hakkı" olarak adlandırma yapılmış, daha sonra Avrupa İnsan Hakları Divanı (Divan) kararlarında "adil yargılama hakkı" biçimini almıştır. Türkçe isimlendirmede de müellifler arasında ayrılıklar bulunmaktadır. Bazıları<sup>1</sup> "adil yargılama hakkı" ifadesini tercih ederlerken, bazen<sup>2</sup> "doğru yargılama" tabiri kullanılmak-

tadır. Başka bazı müellifler<sup>3</sup> ise "adil yargılanma hakkı" biçiminde adlandırmayı seçmektedir. Biz de daha kapsamlı ve amaca daha uygun çağrışımları olan "adil" kelimesi ile; kişiler yargılamayı yapan değil kendileri üzerinde yargılama cereyan eden konumda buldukları için "yargılanma" kelimesinin birleşiminden oluşan "adil yargılanma hakkı" ifadesini tercih edeceğiz.

Adil yargılanma hakkı kavramı Sözleşme'nin 6. maddesinde tanımlanmamıştır. Divan kararlarında da çevresi kesin hatlarıyla belli bir tanımın olmadığı, hatta olamayacağı, somut olaylara göre bir değerlendirmenin yapılacağı ifade edilmektedir<sup>4</sup>.

A.İ.H.S.'nin 6. Maddesindeki hakların sayımının "tahdidi" olmadığı maddenin üçüncü fıkrasından anlaşılmaktadır. Fıkra da yer alan, "(h)er sanık *ezcümle...*" ifadesi bunu göstermektedir. Ancak yine de asgari unsurları belirleyen ve içeren bir tanımın yapılması mümkün olsa gerektir. Adil yargılanmayı kişinin bir uyumsuzluk halinde kolay ve çabuk bir biçimde yargı organına ulaşabildiği, uyumsuzluğun tarafları arasında bir ayırım olmaksızın iddiaların veya savunmanın eşit ve karşılıklı olarak, gerçeğin ortaya çıkmasına imkan verecek bir biçimde, kanuni ve bağımsız bir mahkemede yapıldığı yargılama olarak tanımlayabiliriz<sup>5</sup>. Böyle bir tanımlama sadece genel çerçeveyi belirlemek amacıyla kullanışlı olabilir.

##### B. Kapsam

A.İ.H.S. nin 6. maddesi iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde genel olarak yargılamanın ilkelerinden, ikinci bölümde özellikle ceza yargılamasında geçerli olan asgari ilkelerden söz edilmektedir.

Yargılamanın genel ilkeleri dört ilke halinde

\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

1. Bkz. Feyyaz Gölcüklü/A. Şeref Gözübüyük, **Avrupa İnsan Hakları sözleşmesi ve Uygulaması**, Ankara, 1994, s.203 vd.; Tekin Akılhoğlu, **İnsan Hakları-I**, Ankara 1995, s.206 vd.  
2. Bkz. Feyyaz Gölcüklü, "**Avrupa İnsan Hakları Divanı İçtihadına Göre Doğru Yargılama ve Kanıtların Değerlendirilmesi**", İnsan Hakları Merkezi Dergisi, Ekim 1994, C.II, sy.2, s.2 vd.

3. Bkz. Süheyl Donay, **İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları**, İstanbul 1982, s.15 vd.; A. Şeref Gözübüyük, **Anayasa Hukuku**, Ankara 1991, sh.270 vd.; Osman Doğru, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları ve Avrupa Sözleşmesi**, İstanbul 1994, s.286.  
4. Gölcüklü/Gözübüyük, s.204-205; Donay, s.39-41; Gölcüklü, s.2.  
5. Benzer bir tanımlama için bkz. Donay, s.41.

sayılmaktadır. Bunlara Divan'ın içtihatlarıyla ortaya konan beşinci ilke olarak "dava açma hakkı" ilave edilmektedir. Divan bu son ilkenin maddenin ilk cümlesinde zımnen bulunduğu fikrindedir<sup>6</sup>. Hakikaten diğer bütün ilkeler ancak yargı yerine ulaşma imkanı varsa bir anlam kazanacaktır. Şu halde bu ilkeyi varlığı "bedihi" kabul edildiği için zikredilmemiş bir ilke olarak düşünmek gerekmektedir.

Birinci ilke, mahkemelerin taşıması gereken özellikler, **kanuni, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme** şeklinde belirtilmiştir.

İkinci ilke yargılamanın "makul süre"de yapılması gereğine işaret etmektedir. Makul sürenin her olayın özelliklerine göre değişeceği açıktır. Divan içtihatlarında makul süreyi belirlemek için üç ölçü kullanılmaktadır. Birincisi dava konusunun görülmesinde ve çözülmesindeki zorlukla, ikincisi, makul sürenin aşıldığından şikayetçi olan kişinin üzerine düşeni yapıp yapmadığıyla, üçüncü ölçü ise mahkemenin ve devletin tutumuyla ilgilidir<sup>7</sup>. Yargılamanın sürünce mede kalmasında devletin tutumu etkili ise ilkenin ihlali gerçekleşecektir; bu durumda devletin kusurlu olması da gerekli görülmemektedir. Yargılamayı makul sürede gerçekleştirecek tedbirlerin alınması zaten devletin görevidir<sup>8</sup>.

Üçüncü ilke yargılamanın açıklığı ilkesidir. Duruşmaların açık olarak yapılması ve hükmün açık duruşmada verilmesi gerekmektedir. Maddede devamla açıklığın hangi hallerde sınırlanabileceği belirtilmektedir. Bu ilke açısından önemli olan husus, duruşmanın açıklığı yoluyla hedeflenen maksadın gerçekleşmesidir. Sınırlamalar bu çerçevede, maksada ulaşmayı engellemeyecek mahiyette olmalıdır<sup>9</sup>.

Dördüncü ilke yargılamanın "hakkaniyete uygun" bir surette yapılmasıdır. Bu ifade geniş kapsamlıdır ve yoruma müsait bir nitelik taşımaktadır.

Divan'ın içtihatlarıyla içeriği belirlenmektedir. Divan'a göre bu ilkede en önemli unsur taraflar arasında "silahların eşitliği", yani davanın tarafları arasında haklar ve yükümlülükler bakımından dengenin mevcut olmasıdır<sup>10</sup>. İkinci bir unsur olarak mahkeme kararlarının gerekçeli olarak verilmesi zikredilmektedir<sup>11</sup>.

Beşinci ilke dava açma hakkıdır. Divan'a göre bu husus açık olarak maddede belirtilmemekle birlikte zımnen kabul edilmiştir. Çünkü adil yargılanma öncelikle dava açma hakkına sahip olmayı gerektirir<sup>12</sup>. Mahkemede hak aramanın geçici olarak da olsa ortadan kaldırılması, hak aramanın pahalı olması sebebiyle zorlaştırılması Divan içtihatlarında açıklanan 6. maddeye aykırılık sebepleridir<sup>13</sup>.

A.İ.H.S.nin 6. Maddenin ikinci kısmı ise özellikle ceza yargılamasındaki temel ilkelerden bahsetmektedir. Bunlardan ilki suçsuzluk karinesidir: Kişi suçlu olduğu sabit oluncaya kadar suçsuzdur.

İkinci grup ilkeler sanık haklarıdır. Bunlar **a)** kendisine yöneltilen suçlamanın mahiyetinden en kısa zamanda ve anladığı dilde haberdar olmak; **b)** savunmasını yapabilmek için gerekli zamana ve kolaylıklara sahip olmak; **c)** kendisini savunmak veya bir avukatın yardımından (mali gücü müsait değilse ücretsiz olarak) yararlanmak; **d)** savunma şahitlerinin iddia şahitleriyle eşit şartlarda dinlenmesini istemek; **e)** gerekirse bir tercümanın yardımından yararlanmak.

Sanık hakları olarak sayılan bu beş hususun bir sınırlama taşımadığı, aksine uygulamada birinci fıkrada düzenlenen adil yargılanma ilkesi gözönünde tutularak amaca göre yorum yapılması gerektiği ifade edilmektedir<sup>14</sup>. Fıkranın başlangıcında kullanılan "...ezcümle..." kelimesi bu değerlendirmeyi haklı kılmaktadır.

Divan içtihatlarıyla, bu fıkrada sanık hakları olarak sayılan teminatların mümkün olduğu kadar özel hukuk yargılamaları için de uygulanabileceği or-

6. Gölcüklü/Gözübüyük, s.215.

7. Akilhoğlu, s.315. Tutuklamada makul süre kavramı için bkz. Feyyaz Gölcüklü, "Yargılama Makamları Önünde Makul Süre", **İnsan Hakları Merkezi Dergisi** Nisan 1995, C.III, sy.2, s.10-13.

8. Gölcüklü, "Makul Süre", s.13.

9. Gölcüklü, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Adil Yargılama", A.Ü.H.F. Dergisi, C.49, No:1-2, s.216; Akilhoğlu, s.315.

10. Gölcüklü/Gözübüyük, s.228-229.

11. Gölcüklü/Gözübüyük, s.230; Akilhoğlu, s.316.

12. Gölcüklü/Gözübüyük, s.215-217. Divan bu ilkeyi daha 1975 yılında (Golder/İngiltere davasında) belirtmiştir.

13. Bkz. Gölcüklü/Gözübüyük, s.215-216.

14. Gölcüklü/Gözübüyük, s.206.

taya konmaktadır<sup>15</sup>.

Adil yargılanma ilkesiyle çok yakın bir ilgisi bulunan, yakalama, tutuklama ilkeleri, suç ve cezada kanunilik ilkesi ve hakların korunmasıyla ilgili düzenlemelere de temas etmek konumuz açısından zaru-ridir. Bu hususlar A.İ.H.S. nin 5, 7 ve 13. maddelerinde ele alınmıştır. Kısaca, 5. madde yakalama ve tutuklama ile ilgili ilkelerden bahsetmekte, bu konudaki kararın hakim tarafından verilmesini gerekli görmekte; 7. madde suçta ve cezada kanunilik ilkesine yer vermekte; 13. madde de ise temel hakları ihlal edilen kimselerin haklarını yetkili makamlar önünde araması imkanı tanınmaktadır.

### C. Maddenin Uygulama Alanı

A.İ.H.S. nin 6. Maddesinin uygulama alanı sınırlandırılmıştır. Bu alan "medeni hak ve vecibelerle ilgili nizalar ve suç ithamı" na münhasırdır. Ancak şunu belirtmek gerekir ki, Divan bu iki alanı sözleşmeye taraf devletlerin iç hukuklarındaki kapsamlarıyla sınırlı tutmamakta "otonom-özerk" yorum esassından hareketle her olayı özelliğine göre değerlendirerek belirlemektedir. Mesela sonucu itibarıyla şahsi hakları ve menfaatleri etkileyen tasarru- fun hangi kanuna göre ve hangi mercice yapıldığına bakmaksızın Divan tarafından "medeni hak ve vecibe-lerle ilgili" görüldüğü anlaşılmaktadır<sup>16</sup>. Yine "ceza ithamı" konusunda, milli hukukta "ceza" olarak nite- lendirilen hususlar kabul edildiği gibi ayrıca, böyle ni- telenmeyen, mesela disiplinle ilgili işlemler de "ceza ithamı" alanına dahil edilmektedir<sup>17</sup>.

Şu halde, 6. maddenin uygulama alanı Divan tarafından maddi kriter esas alınarak, milli hukukta- ki nitelikleme ile bağlı kalınmayarak her özel olayda ay- rıca belirlenmektedir.

### II. A.İ.H.S. nin 6. Maddesinin Türk Hukuk Sistemine Etkileri

Adil yargılanmaya dair ilkelerin anayasaları- mızda bir bütün olarak düzenlendiği söylenemez. Ancak adil yargılanma ilkesini yakından ilgili olduğu A.İ.H.S. nin 5, 7 ve 13. maddeleriyle birlikte değerlen- dirip bu düzenlemelere tekabül eden anayasa hüküm-

lerini araştıracağız.

### A. A.İ.H.S. nin Anayasal Düzenlemelere Etkileri

#### 1. 1961 Anayasası'nda Adil Yargılanma Hakkı İle İlgili Düzenlemeler

1961 Anayasası'nda A.İ.H.S. deki düzenlemele- rin izleri görülmektedir. Konumuzla ilgili olanları kı- saca sıralayalım.

A.İ.H.S. nin 5. maddesinde düzenlenen tutuk- lama sebepleri, suçlamanın ve sebeplerinin bildirilme- si, hakim kararının gerekliliği, hakim kararı olmayan hallerde en kısa zamanda hakim huzuruna çıkarılma ve usule aykırı uygulamalar için tazminat ödenmesi hususları, 1961 Anayasası'nın 14 ve 30. maddelerinde yer almaktadır.

Sözleşme'nin 6. maddesiyle ilgili doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, bu maddenin birinci kısmını teşkil eden genel olarak yargılanma- nın ilkelerinden mahkemeye ve özelliklerine ait olan- lar anayasanın 32, 132 ve 133. maddelerinde yer al- maktadır. Yargılamanın süresiyle ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Yargılamanın açıklığı ve hakkani- yete uygunluğu ölçütleri ile ilgili olarak da 135. mad- deyı görmekteyiz. Suçsuzluk karinesi anayasada yer almamaktadır. Sözleşme'de düzenlenen sanık hakları ise anayasanın 30 ve 31. maddelerinde genel olarak yer almaktadır.

Suçta ve cezada kanuniliği düzenleyen Sözleşme'nin 7. maddesi anayasada 33. maddenin ilk üç fıkrasıyla karşılanmaktadır.

Sözleşme'nin temel hakların ihlali üzerine yet- kili makamlara müracaat hakkını düzenleyen 13. maddesine ise anayasanın hak arama ile ilgili genel düzenlemesi olan 31. maddesi karşılık gelmektedir.

#### 2. 1982 Anayasası'nda Adil Yargılanma Hakkı İle İlgili Düzenlemeler

A.İ.H.S. nin 5. maddesinin birinci fıkrası tu- tuklamanın yapılabileceği halleri göstermektedir. Kişi dokunulmazlığı ve güvenliği birbirinden ayrıl- maz hususlar olduğu için öncelikle kişi dokunulmazlı- ğından bahsedilmekte sonra tutuklama halleri sayıl- maktadır. Bu fıkra anayasanın 19. maddesinin birinci ve üçüncü fıkralarına tekabül eder.

15. Gölcüklü/Gözübüyük, s.206; Gölcüklü, (Kanıtlar), s.3.

16. Gölcüklü, s.203.

17. Gölcüklü, s.206-207.

5. maddenin ikinci fıkrası tutuklama halinde tutuklama sebeplerinin ve suçlamanın en kısa zamanda ve anladığı dilde kişiye bildirilmesi gereğini belirtir. Anayasada bu hüküm 19. maddenin dördüncü fıkrasında yer almaktadır. Bildirim derhal ve yazılı olarak, en geç hakim huzuruna çıkınca yapılacaktır.

Maddenin üçüncü fıkrası yakalama ve tutuklama halinde kişinin hemen bir hakim veya kanunen adli yetkili bir memur huzuruna çıkarılması gereğini ve makul bir süre içinde yargılanma veya soruşturma sırasında serbest bırakılma hakkını ifade eder. Anayasanın 19. maddesinin beşinci fıkrasına göre hakim önüne çıkarılma süresi münferit suçlar için 48 saat, toplu olarak işlenen suçlar için 15 gün olarak öngörülmüştür; yedinci fıkrada ise ilk cümle olarak Sözleşme'nin 6. maddesinin üçüncü fıkrasının aynen alındığını görmekteyiz.

Maddenin dördüncü fıkrası ile yakalama ve tutuklamanın kanuna uygunluğunun denetlenmesi için bir mahkemeye müracaat hakkının varlığı kabul edilir. Anayasanın 19. maddesinin sekizinci fıkrası yine Sözleşme'deki hükmün benzer ifadelerle tekrarıdır.

Maddedeki düzenlemeye aykırı olarak yapılan yakalama ve tutuklamaların mağdurlarına tazminat hakkı taniyan son fıkra düzenlemesi, anayasanın 19. maddesinin son fıkrasında bulunmaktadır.

Adil yargılanma ilkesi olarak bilinen A.İ.H.S. nin 6. maddesi en önemli kural olarak kabul edilir<sup>18</sup>. Bu madde iki bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde genel olarak yargılamanın ilkelerinden, ikinci bölümde de özellikle ceza yargılamasında geçerli olan asgari ilkelerden söz edilmektedir. Genel ilkeler dört ilke olarak sıralanmakta, ancak bunlara Divan'ın içtihatlarıyla beşinci bir ilke olarak "dava açma hakkı" ilave edilmektedir<sup>19</sup>.

Birinci ilke mahkemelerin özellikleriyle ilgilidir. Buna göre mahkeme **bağımsız, tarafsız ve kanuni mahkeme** olmalıdır. Anayasanın kanuni hakim ilkesini getiren 37. maddesi kanuni mahkeme talimatına tekabül etmektedir. 138. madde mahkemelerin bağımsızlığı başlığını taşımaktadır. 139. madde de hakimlik teminatını düzenleyerek mahkemelere

tarafsızlık imkanı vermektedir.

İkinci ilke ile "makul süre" kavramı getirilmektedir. Anayasada süre ile ilgili 141. maddenin son fıkrasında bir hüküm bulunmaktadır. Buna göre " (d)avaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması yargının görevidir".

Üçüncü ilke yargılamanın açıklığı ilkesidir ki anayasanın 141. maddesinin ilk cümlesinde yer almaktadır.

Dördüncü ilke yargılamanın "hakkaniyete uygun" bir surette yapılmasıdır. Bu çok geniş kapsamlı bir ifadedir, Divan'ın yorumlarıyla içeriği belirlenmektedir. Mesela mahkeme kararlarının gerekçeli olmasından söz eden anayasanın 141. maddesinin üçüncü fıkrasındaki düzenleme hakkaniyete uygun surette yargılama ölçülerinden biridir<sup>20</sup>.

Beşinci ilke olan dava açma hakkı anayasanın 36. maddesinde yer alır.

6. maddenin ikinci kısmı özellikle ceza yargılamasıyla ilgili ilkelerden oluşmaktadır. Bunlardan ilki suçsuzluk karinesidir. Anayasanın 38. maddesinin dördüncü fıkrasında ifade edilmektedir.

6. maddenin üçüncü fıkrası sanık haklarını saymaktadır. Bunlar; a) suçlamanın nitelik ve sebeplerinin anladığı dilde sanığa bildirilmesi, anayasanın 19. maddesinin dördüncü fıkrasında; b) sanığın savunma yapabilmesi için imkan ve süre tanınması, anayasanın genel bir ifade ile savunma hakkından bahseden 36. maddesinin ilk fıkrasında; c) iddia ve savunmanın eşit şartlarda gerçekleştirilmesi hakkı, anayasanın savunma için meşru bütün vasıta ve yolların kullanılabilceğini ifade eden 36. maddesinde bulunmakta; d) sanığa ücretsiz tercüman ve gerekirse avukat sağlanması konusunda ise anayasada herhangi bir hükme rastlanmamaktadır.

A.İ.H.S. nin 7. maddesinin ilk fıkrası olan suç ve cezada kanunilik ilkesi Anayasanın 38. maddesinin ilk ve üçüncü fıkrasında düzenlenmiştir. İkinci fıkra ise anayasada yer almamaktadır. Burada uluslararası hukuk kurallarına göre suç sayılan fiiller ilk fıkra hükmü dışındadır. Bu düzenlemenin II. Dünya Savaşı sırasındaki savaş suçları için yapıldığı ifade

18. Akıllıoğlu, (İnsan Hakları), s.314.

19. Gölcüklü/Gözübüyük, s.215.

20. Gölcüklü/Gözübüyük, s.230; Akıllıoğlu, s.316.

edilmektedir<sup>21</sup>.

Sözleşmenin 13. maddesinde temel hakları ihlal edilen kimselerin ulusal makamlar önünde etkili müracaat hakkının varlığı belirtilir. Buradaki makamlarla kastedilen yargı yerlerini de içine alan geniş bir muhtevadır. Anayasanın 40. maddesi bu konuyla ilgili hüküm koymaktadır.

Sözleşme'ye ek olarak hazırlanan 7 numaralı protokolde adil yargılanma ilkesiyle ilgili bazı yeni düzenlemeler getirilmektedir. Protokolün 2. maddesi ceza yargılamasında kanun yolları öngörmekte, 3. madde adli hatalara karşı tazminat ödenmesini düzenlemekte, 4. maddede de aynı suçtan iki defa yargılanmama güvencesi getirilmektedir. Bu protokolü Türkiye imzalamış ama onaylamamıştır<sup>22</sup>.

### *3. Adil Yargılanma Hakkıyla İlgili Uygulama Örnekleri - Anayasa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*

Anayasa Mahkemesi çeşitli kararlarında kişi güvenliği ve yargılamanın genel ilkelerine temas etmiştir. Bunlardan bazıları inceleyeceğiz.

Anayasa Mahkemesi Türkiye İşçi Partisi tarafından, Askeri Muhakeme Usulü Kanunu'nun bazı maddelerinin iptali için açılan davada kişi güvenliği ile ilgili hususlarda değerlendirmelerde bulunmuştur. İptal müracaatının gerekçesiyle, A.İ.H.S. nin 5. maddesindeki ve avukat tayini hakkındaki (6. maddenin üçüncü fıkrasının c bendi) düzenlemelere aykırılık da ileri sürülmüştür<sup>23</sup>. Mahkeme, sözkonusu kanunun 105. maddesinin ilk bendinin d fıkrasındaki "...yeniden suç yapacağına delalet eder sebepler varsa..." ibaresini çok müphem bulmuş ve şöyle demiştir: "Kaldı ki kimin sonradan suç işleyeceğini kestirmenin mümkün olamayacağı gözönünde tutulursa makul bir sebebe dayanmayan ve belli bir sınırı olmayan bu hükmün keyfi takdirlere yol açacağı ve bunun da kişi dokunulmazlığını tehlikeye düşüreceği ve kişi hürriyetinin özüne dokunacağı şüphesizdir". Mahkeme bu düzenlemeyi anayasanın 30. maddesine aykırı bulmuş ve iptal etmiştir. Yine aynı kanunun 130. madde-

sinin 2 numaralı bendindeki mecburi tutuklamayı getiren hükmü anayasanın 30. maddesine aykırı bulmuştur. Aynı kanundaki avukat tayinini amirin muvafakatına bağlayan hüküm de "savunma hakkının serbestçe kullanılmasını engellediğinden" anayasanın 31. maddesine aykırı bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi başka bir davada Memurün Muhakematı Hakkındaki Kanun-u Muvakkat'ın vali ve bakanlara tutuklama yetkisi veren bir hükmünü "anayasanın bu hakkı yalnız hakime tanıyan 14. ve 30. maddeleri"ne açıkça aykırı bulmuştur<sup>24</sup>.

Mahkeme, bir başka davada, savcı veya sorgu hakiminin yokluğunda bunlara ait görevlere mahkeme başkatibinin vekalet etmesini uygun bulan bir kanunu incelemiştir. Olayda önce sorgu hakiminin görevleri incelenmiş, gerektiğinde "...temel haklardan olan kişi dokunulmazlığını ve hürriyetini kayıtlayan..." tasarruflarda bulunacağından bahisle, bu gibi yetkilerin anayasanın 14. maddesine göre sadece hakimler tarafından kullanılabilmesi, "mahkeme başkatibinin ise anayasanın 132. maddesinde sözü edilen hakim niteliğini taşımadığından bu yetkileri kullanmasını sağlayan" hükmün anayasanın 14. maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir. Kararda şöyle denmektedir: "...belli nedenlerin gerçekleşmesi halinde tutuklamaya ancak hakim karar verebilir". Halbuki iptali istenen kanuna göre "...sorgu hakimi görevi yaptırılan mahkeme başkatibi hakim niteliği taşımadığı halde tutuklamaya veya salıvermeye de karar verebilecektir... Hakim olmayan mahkeme başkatibinin... yetkiyi kullanması anayasanın 30. maddesinin sözüne ruhuna aykırıdır"<sup>25</sup>.

12 Mart döneminde yapılan anayasa değişiklikleriyle ilgili olarak önüne gelen davada mahkeme, askeri mahkemelerin üyelerinin çoğunluğunun hakimlik niteliğine sahip olmasına dair şartın savaş halinde aranmayacağı biçimindeki düzenlemeyi, "cumhuriyetin insan hak ve hürriyetlerine dayalı olduğunu belirleyen Başlangıç bölümüyle 2. maddesinde gösterilen insan haklarına ve başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayalı bir hukuk devleti olma niteliğine aykırı-

21. Akıllıoğlu, (İnsan Hakları), s.319.

22. Gölcüklü/Gözübüyük, s.248-250.

23. A.M.K.D., sy.1, s.325-326; E.1963/197, K.1963/166, K.T.26.6.1963.

24. A.M.K.D., sy.2, s.34-35; E.1963/59, K.1963/224, K.T.20.9.1963.

25. A.M.K.D., sy.3, s.177-181; E.1963/100, K.1965/48, K.T.28.9.1965.

rı" bulunduğundan, "anayasanın 9. maddesindeki değişmezlik ilkesine ve dolayısıyla teklif yasağına da ters" düştüğünü ifade ederek iptal etmiştir. Kararın gerekçesinde, "(y)argı yetkisi Türk milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır... Üyelerinin çoğunluğu hakim sınıfından olmayan görevlilerden oluşan bir mahkeme anayasanın 7. maddesi uyarınca yargı yetkisini Türk ulusu adına kullanan bağımsız bir mahkeme olarak kabul edilemez... hakimlik güvencesine sahip olmayan görevlilerden kurulu yargı yerlerinin doğru ve hiç bir etki altında kalmaksızın karar verebilecekleri kuşkuludur... bu durumda istenmediği halde bile insan hak ve hürriyetlerinin ve bunların en önemlilerinden olan kişi hak ve hürriyetleriyle yaşama hakkının dahi tehlikeye düşebileceği söylenebilir"<sup>26</sup>. Bu kararda Devlet Güvenlik Mahkemeleri ile ilgili düzenlemeler ise anayasaya aykırı bulunmamıştır.

Aynı dönemde 20.9.1971 tarihli değişiklikle anayasanın 144. maddesine bir hüküm eklemiştir. Bu düzenlemede Yüksek Hakimler Kurulu kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamayacağı ifade edilmektedir. Adı geçen kurulun bir kararı aleyhine Danıştay'a müracaat edildiğinde dava görülememiş ve mesele Anayasa Mahkemesi'ne götürülmüştür. Mahkeme yaptığı incelemede, bir anayasa hükmü söz konusu olduğu için öncelikle dava konusunun çerçevesini belirlemiştir. Yukarıdaki kararda da bahsedildiği gibi, biçim bakımından incelemeyi anayasanın 9, 85, 91, 92 ve 155. maddelerinde belirlenen çevresinde değerlendirmiştir. Bu durumda 9. maddede yer alan "değiştirilmezlik" ve "teklif edilemezlik" ilkelerinin de bir biçim kuralı olduğu fikri benimsenmektedir. Maddede geçen Cumhuriyet kelimesi ile aynı zamanda cumhuriyetin niteliklerinin de kastedildiği kabul edilmektedir. Bu nitelikler arasında "insan hakları"na dayalı olma esası da bulunmaktadır. Böylece yapılan düzenlemeler bir anayasa değişikliği de olsa, Mahkeme insan hakları açısından bunları incelemekle kendini yetkili saymaktadır. Zira, insan haklarına dayalı Cumhuriyet'in değişmesinin teklif edilmesi mümkün olmadığına göre, bu konudaki anayasa değişikliği teklifleri "şekil" bakımından incelenebilir. Mahkeme 144. maddeye eklenen hükmü insan hakları açısından incelerken A.İ.H.S. nin 6. maddesine atıfta bulunmaktadır. Kararda şöyle denmektedir: "6366 sayılı Kanunla Türkiyenin de katıldığı İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi'nin

6. maddesinde her şahıs gerek medeni hak ve vecibeleriyle ilgili nizalar, gerek cezai sahada kendisine karşı serdedilen bir isnadın esası hakkında karar verecek olan kanuni, müstakil ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde hakkaniyete uygun ve aleni surette dinlenmesini istemek hakkını haizdir, diye yazılıdır. Anayasanın 2. maddesi Türkiye Cumhuriyeti'nin insan haklarına dayandığını açıklamış ve bu doğrultuda 31. ve 114. maddelerindeki kuralları koymuştur. Bu nedenle Yüksek Hakimler Kurulu'nun kararlarına karşı yargı denetimini engelleyen dava konusu kural İnsan Hakları İlkesine aykırıdır"<sup>27</sup>.

Anayasa Mahkemesi'nin suçsuzluk karinesi ile ilgili olarak önemli kararları bulunmaktadır. Bilindiği gibi suçsuzluk karinesi 1961 Anayasası'nda yer almamaktadır. Buna rağmen Mahkeme bu karineyi kimi zaman anayasanın Başlangıç bölümünde ve 2. maddesinde yer alan "insan hak ve özgürlüklerine bağlılık" ilkelerine<sup>28</sup>, kimi zaman da A.İ.H.S. deki 6. maddenin ikinci bendinde açıkça ifade edilen düzenlemeye dayandırarak geçerli kılmıştır. Bu son hususun ifade edildiği bir kararında Mahkeme şöyle demektedir: "...ülkemizde... yürürlüğe konan İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'nin 6. maddesinin 2. bendinde masumluk karinesi... yinelenmiş bulunmaktadır... sözleşmenin buyurucu ve bağlayıcı içeriği sanıklar için bir hak olduğu kadar insan hak ve özgürlükleri yönünden de bir güvence olarak hukuk düzenimizde kurumlaşan masumluk karinesini güçlendiren üstün ve evrensel hukuk kuralı niteliği taşımaktadır"<sup>29</sup>.

Daha yeni tarihli bir kararında mahkeme, A.İ.H.S. ni bir kriter olarak kullanmak gereğine işaret ederek, incelemeye konu olan kanun hükmünde, sözleşmenin 6. maddesinin üçüncü fıkrası (b) bendine aykırılık tespit etmektedir. Burada ayrıca Divanın bir kararına da atıf yapmaktadır<sup>30</sup>.

Görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi özgürlüklerin korunmasında, yargılamanın evrensel genel ilkelerine riayetinin sağlanmasında çoğu zaman açıkça

26. A.M.K.D., sy.13, s.445-448; E.1973-19, K.1975/87, K.T.15.4.1975.

27. A.M.K.D., sy.15, s.117; E.1976/43, K.1977/4, K.T.27.1.1977.

28. Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 5.4.1977 tarihli kararı, E:1977/1, K.1977/20. Resmi Gazete, 5.12.1977, No:16130.

29. A.Y.M.K.D., sy.18, s.98. E.1979/38, K.1980/11, K.T.29.1.1980.

30. Bkz. Resmi Gazete, 6.10.1992, No: 21367.

belirtmese de A.İ.H.S. ile çizilen çerçeveye uymaya çalışmaktadır.

## B. A.İ.H.S.'nin 6. Maddesinin Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanma Kabiliyeti

### 1. Genel Olarak Sözleşmenin Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanması

A.İ.H.S. ile insanların uluslararası hukuktan doğan haklarının olduğu kabul edilmiştir. A.İ.H.S. bir uluslararası andlaşmadır. Bu sebeple taraf olan devletler için bağlayıcıdır.

1961<sup>31</sup> ve 1982<sup>32</sup> Anayasalarında andlaşmaların kanun hükmünde olduğu açıkça belirtilmiştir. Bu bakımdan uluslararası andlaşmalar aynen kanun gibidir ve doğrudan uygulanır. Andlaşmalar hakkında anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne müracaat edilemez.

Anayasadaki bu düzenleme sözleşmenin iç hukuktaki yerini bütünüyle açıklığa kavuşturmuş değildir. Kurallar hiyerarşisi içinde sözleşmenin nerede yer aldığı kesin olarak anlaşılammaktadır. Pratikte, kurallar çatışmasında hangisinin tercih edilip uygulanacağı ciddi bir problem teşkil etmektedir. Sözleşme hükümleriyle kanunların veya anayasa hükümlerinin çatışması mümkündür. Böyle bir durumda hangi hüküm esas alınacaktır?

Doktrinde A.İ.H.S. nin kurallar hiyerarşisi içindeki yeri tartışmalıdır. Muhtemel bütün görüşler hukukçular tarafından savunulmuştur. Sözleşmenin kanunlara eşdeğer olduğu fikrini benimseyen hukukçular olduğu<sup>33</sup> gibi, sözleşmeyi değer bakımından kanunlarla anayasa arasında bir yerde gören hukukçular da vardır<sup>34</sup>. Bir kısım hukukçular ise sözleşmeyi anayasaya eşdeğer kabul etmektedir<sup>35</sup>. Sözleşmeye anayasa üstü değer biçen hukukçular da mevcuttur<sup>36</sup>.

Sözleşmeyi kanun değerinde gören hukukçulara göre andlaşmaların kanun karşısında ayrıcalığını düşündürecek düzenleme yoktur<sup>37</sup>; anayasa koyucunun andlaşmaların kanunlardan üstün olmasını kasdetmesi halinde bunun açıkça belirtilmesi gerekirdi<sup>38</sup>. Bu görüşe göre Sözleşme hükümleri sonraki tarihli bir kanunla çatıştığı takdirde kanun hükmü uygulanacaktır.

Bu şekildeki çözümü doğru bulmayan bazı hukukçular, sözleşmenin sonraki tarihli bir kanunla çatıştığı takdirde kanun hükmünü uygulamanın "sözleşme" mantığına ters düşeceğini, sözleşmeyi imzalayan devletin taahhütlerinden bir kanunla kurtulabileceğini gerekçe göstererek, sözleşme hükümlerine kanunların üstünde yer verilmesi gerektiği fikrini benimsemektedir<sup>39</sup>.

A.İ.H.S. nin anayasa hükümlerine yaklaşan bir değerde olduğunu ifade eden Soysal, andlaşmaların anayasaya aykırılığını iddia etme yolunun kapatılmış olmasının, onların kanunlardan daha üst değerde görüldüğünün delili olduğunu ifade eder<sup>40</sup>. Ayrıca, devletler kendi anayasal düzenlerine aykırı gördükleri hususlarda "çekince"ler koyarak iç hukuklarında doğacak sakıncaları önleme imkanına sahiptir. Nitekim Türkiye A.İ.H.S. ne Ek Birinci Protokol'ün 2. maddesine çekince koymuş ve böylece Tevhid-i Tedrisat Kanunu'nun yürürlükte kalmasını sağlamıştır. Böyle bir imkanın bilinirken kullanılmamış olması sözleşmenin iç hukuktaki etkilerinin öngörülmüş olduğunu ifade etmektedir<sup>41</sup>. A.İ.H.S. nin anayasal değerde olduğunu belirten Çelik de anayasada "kanun hükmünde" ifadesine sadece, sözleşme hükümlerinin uygulanması noktasında doğacak tereddütü önlemek amacıyla yer verildiğini belirtir<sup>42</sup>. A.İ.H.S. nin birinci maddesinde taraflar iç hukuklarında sözleşmeye aykırı düzenlemeler yapmayacaklarını kabul etmişlerdir. Bu maddeye göre, sözleşmede yer alan hak ve özgürlükleri devletler "tanımayı taahhüt ederler" değil, "tanırlar". Tanımayı taahhüt etmiş olsalardı mevzuatlarının sözleşmeye uydurulması için gerekenin yapılması beklenecekti. Ancak "tanırlar" ifadesi, bu tür işlemlerin yapılmasına gerek kalmadan, sözleşme-

31. Bkz. md. 65/5. .

32. Bkz. md.90/5.

33. Bkz. Seha L. Meray, **Devletler Hukukuna Giriş**, Ankara 1968, s.132; Hüseyin Pazarıcı, **Uluslararası Hukuk Dersleri**, I. Kitap, Ankara 1985, s.31.

34. Süheyl Batum, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Anayasal Sistemine Etkileri**, İstanbul 1992, s.261.

35. Mümtaz Soysal, "**Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler**", Anayasa Yargısı, sy.3, Ankara 1986, s.17; Edip Çelik, "Avrupa İnsan Hakları sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulanması", **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Yıl.9, sy.1-3 (1988), s.50; Akilhoğlu, s.220.

36. A. Şeref Gözübüyük, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı**, Ankara 1987, s.3.

37. Meray, s.32.

38. Pazarıcı, s.31.

39. Batum, s.261.

40. Soysal, s.17.

41. Soysal, s.16.

42. Çelik, s.50.

yapılması beklenecekti. Ancak "tanırlar" ifadesi, bu tür işlemlerin yapılmasına gerek kalmadan, sözleşmenin kabul edilmesiyle birlikte, sözleşmedeki hak ve özgürlüklerin bütünüyle iç hukuk mevzuatına dahil olduğunu göstermektedir<sup>43</sup>.

Gözübüyük ise sözleşmenin anayasaya aykırı bir hüküm taşısa bile uygulanması gerekeceğini, anayasaya aykırılığın iddia edilememesi kuralının böyle bir sonucu doğurduğunu ileri sürmektedir. Bu kural, iç hukuk yönünden andlaşmaların üstünlüğü ilkesinin benimsendiğini göstermektedir<sup>44</sup>.

Doktrindeki görüşlerden sonra yüksek mahkemelerin kararlarında sözleşmeye verilen değeri inceleyelim.

Anayasa Mahkemesi pek çok kararında sözleşmeye atıf yapmış ölçü norm olarak sözleşme hükümlerini kullanmıştır<sup>45</sup>. Genel olarak sözleşme hükümlerinin mahkemece "destek normu" olarak kullanıldığı anlaşılmaktadır. Ancak bazı kararlarda, sadece sözleşme hükmünün açık olduğu hususlarda doğrudan bu hükmün esas alındığı ifade edilebilir<sup>46</sup>. Yine yukarıda sözügeçen Yüksek Hakimler Kurulu kararlarına karşı yargı yolunu kapatan anayasa hükmünü iptal ederken, Mahkeme sözleşmenin 6. maddesinden yararlanmıştı. Burada iptal edilen anayasa hükmü olduğu için sözleşmeye tanınan mevki dikkat çekmektedir<sup>47</sup>.

Danıştay da bazı kararlarında sözleşme hükümlerine müracaat etmektedir. 12. Dairenin 1970 yılında vermiş olduğu bir kararda<sup>48</sup> "andlaşmaların iç hukuk kurallarına takdimen uygulanacağı yolunda ki genel prensibin" varlığından söz edilmektedir.

Mahkemenin yakın tarihli iki kararı sözleşmenin yeri ve değeri konusunda daha açıklayıcıdır.

1989 yılındaki İçtihadı Birleştirme Kurulu kararında<sup>49</sup> 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nun 2. maddesinin değişik son fıkrasında bulunan bir düzenleme, A.İ.H.S. nin 3. maddesiyle bağdaşmaz bulunmuş ve kanun hükmü zaman bakımından etkisi daltılarak yorumlanmıştır.

Sözleşmenin iç hukuktaki yerine açık ve ayrıntılı olarak temas eden karar 5. Daire'nin 1991 tarihli bir kararıdır<sup>50</sup>. Kararda dava konusu işlem, önce kanunlar açısından değerlendirilmiş, daha sonra A.İ.H.S. ve anayasa hükümleri bakımından ele alınmıştır. Danıştay kararında yapılan incelemede sözleşmenin anayasadan önce alınmış olması ve anayasa açısından yapılan incelemeye "anayasa açısından da..." diye başlanması şekil bakımından sözleşmeye verilen önemi göstermektedir. Genel olarak yüksek mahkemeler incelemelerini önce anayasa açısından yapmakta, daha sonra anayasanın insan hakları konusundaki düzenlemelerinin bir gereği olarak sözleşmeye atıf yapmaktadır. Bu kararda sözleşmeye "biza-tihi" önem verdiği dikkati çekmektedir.

Kararda sözleşmenin yeri açık olarak bir değerlendirmeye de tabi tutulmuştur. Buna göre. "...usulüne uygun şekilde onaylanarak yürürlüğe konulmuş bu nitelikteki bir sözleşmenin Anayasaya aykırı hüküm taşısa bile uygulanmaktan alkonulamayacağı, kendisinden önce veya sonra çıkmış olan yasalara aykırılığı, ya da sonradan çıkan yasanın sözleşme kurallarını değiştirdiği ileri sürülerek uygulanmasının savaşlanamayacağı Türk Hukukunda genellikle kabul edilmektedir. Anayasa andlaşmaların anayasaya aykırılığının ileri sürülemeyeceğini açıklamak suretiyle, iç hukuk yönünden andlaşmaların üstünlüğü ilkesini benimsediğini belirtmiş olmaktadır. Nitekim uygulamada devletin bir andlaşma yaparken, eğer andlaşma ile anayasa çatışırsa, bunu önlemek için çekince koyduğu, iç hukuk ile dış hukuk arasındaki çelişkiyi bu şekilde önlediği bilinmektedir..." Danıştay'a göre bu düzenlemeler. "...sözleşmelerin iç hukukta yasalar üstü bir konumda olduğunu ve yürütme ve yargı organları için bağlayıcı nitelik taşıdığını apaçık ortaya koymaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi pek çok kararında... sözleşmenin Anayasal değer taşıdığını kabul etmiştir".

Sonuç olarak yüksek mahkemelerin sözleşme hükümlerine genel olarak kanunların üstünde bir de-

43. Çelik, s.52.

44. Gözübüyük, (Bireysel Başvuru), s.7.

45. Bu kararlardan bir kısmını yukarıda zikretmiştir. Diğerleri için bkz. E.1963/43, K.1963/67, K.T.26.6.1963, A.Y.M.K.D., S.1, s.347; E.1963/173, K.1965/40, K.T.26.9.1965, A.Y.M.K.D., S.4, s.268; E.1977/19, K.1977/82, K.T.24.5.1977, A.Y.M.K.D., S.15, s.388; E.1979/38, K.1980/11, K.T.29.1.1980, A.Y.M.K.D., S.18, s.97; E.1992/8, K.1992/39, K.T.6.6.1992, Resmi Gazete, 6.10.1992, S.21367.

46. Bkz. yukarıda dpn.29.

47. Bkz. yukarıda dpn.27.

48. E.1968/1117, K.1970/1310, K.T.15.6.1970, Danıştay Dergisi, sy.2, s.304.

49. E.1988/6, K.1989/4, Resmi Gazete, 9.2.1990, No:20428.

50. E.1986/1723, K.1991/933, K.T.22.5.1991, Danıştay Dergisi, sy.84-85, (1992), s.321 vd.



ğ er tanıdıkları ve ölçü norm olarak kullandıkları anlaşılmaktadır. Ancak yapılan değerlendirmelerde anayasa hükümleriyle sözleşme hükümleri arasında bir paralellik kurularak sonuca ulaşılmaktadır. Sözleşme ile anayasa hükümleri arasında bir çatışmayı ortaya koyan davalar bu mahkemelerde ele alınmamıştır. Sözleşmenin yüksek mahkemeler nazarındaki gerçek yerini açık ve somut olarak gösterecek olan böyle bir çatışma durumunda verilecek karardır.

A.İ.H.S. nin iç hukukta kanunlar gibi doğrudan uygulanabilir olduğu konusunda bir tartışma yoktur. Ama onu değer bakımından kanunlara eş tutmayı benimseyen görüşlere katılabilmek mümkün görünmemektedir. Devletler arasında yapılmış bir andlaşmanın iç hukuk düzenlemesi olan kanunla yürürlükten kaldırılabilmesini izah etmek çok zordur. Bu bakımdan sözleşmeye kanunların üstünde ve anayasal bir değer vermek, hem insan haklarıyla ilgili andlaşmaların mahiyetlerine, hem de yüksek mahkemelerin istikrar bulan kararlarına daha uygun olacaktır. Buna ek olarak, sözleşme hükümlerini uzun yıllar önce bütünüyle benimsemiş olan Türkiye'nin anayasasında yer alan sözleşmeye aykırı düzenlemeleri ortadan kaldırması gerektiği belirtilmelidir. Yasama organının bu yolda harekete geçmesi gecikirse yüksek mahkemelerin bu çelişkileri (tabii ki sözleşme lehinde) giderici bir istikamet seçmeleri isabetli olacaktır.

## 2. A.İ.H.S. nin 6. Maddesinin Doğrudan Uygulanması

Özelde sözleşmenin 6. Maddesinin uygulanmasını ele aldığımızda Türk Hukuku bakımından, maddenin temel ilkesi olan "dava (yargı yerine ulaşma) hakkı" üzerinde durmak gerekmektedir. Bilindiği gibi anayasanın 125. maddesi ilk fıkrayla "idarenin eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır" hükmünü getirmektedir. Ancak hemen arkasından, ikinci fıkrada "Cumhurbaşkanının tek başına yaptığı işlemler" ile "Yüksek Askeri Şura'nın kararları" yargı denetimi dışında bırakılmıştır. Yargının denetimi dışında bırakılan işlemler bunlardan ibaret de değildir. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararları (anayasanın 159/4. maddesi), memurlara uyarma ve kınama cezasıyla sonuçlanan disiplin işlemleri (anayasanın 129/3. maddesi) için de yargı yolu kapatılmıştır.

Sözünü ettiğimiz bu işlemlerin kimisi temel haklarla ilgili olabileceği gibi, kimisi de cezai ve kişisel sonuçlar doğurabilecek mahiyettedir. Bu işlemlere karşı yargı yolunun kapatılmış olmasının ileri sürülebilecek gerekçeleri elbette vardır. Ama bu gerekçeler

hakikaten haklı ve objektif gerekçeler ise, yargı yerlerinin de bu gerekçelere itibar edeceğini ve korkulan sonuçları doğurabilecek kararlar vermeyeceğini niçin kabul etmeyelim? Son tahlilde yargı yolunun kapatılmasına dair düzenlemelerin "yargıya güven" konusundaki endişelerden kaynaklandığını söylemek doğru olacaktır.

Sözleşmenin 6. maddesinin temel bir ilke olarak yargı yerine ulaşabilmeyi (yani dava açma hakkını) benimsediğini belirtmiştik. Bu durumda, Türkiye'de yargıya ulaşabilme yolunu kapatan anayasal hükümlere rağmen, sözleşmenin bu maddesine dayanarak yukarıda sözünü ettiğimiz idari işlemlerin denetlenmesi mümkün müdür?<sup>51</sup>

Özellikle Divan'ın da "cezai" nitelikte kabul ettiği disiplin işlemleri ve bir nevi disiplin işlemi olan Yüksek Askeri Şura kararları<sup>52</sup> ile yine Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun disiplin işlemi mahiyetindeki kararlarına karşı yargı yolunun açık olması sözleşmesinin 6. maddesi gereğidir. Bu kural Türkiye'de anayasaya aykırılığı da iddia edilemeyecek mahiyette bir iç hukuk kuralıdır. Anayasal kural ile sözleşmenin bu kuralı arasında açık bir çelişme vardır. Türkiye mevzuatını sözleşmeye uygun hale getirme ve ona aykırı hukuki düzenleme yapmama taahhüdünde bulunduğu ve sözleşmenin bu maddesiyle ilgili herhangi bir çekince koymamış olduğunu göre bu temel kurala anayasal kural karşılarında da öncelik tanınması gerekmektedir.

Sözleşmeye öncelik tanımak, ona aykırı iç hukuk düzenlemelerini "ihmal" etmek suretiyle olabileceği gibi, anayasa hükümlerinin sözleşmenin getirdiği çerçeveyi taşımayan bir yorumla anlaşılması ve uygulanması suretiyle de gerçekleştirilebilir.

51. 6. maddenin doğrudan uygulanırılığı da tartışılabilir. Ancak bu konuda maddeyi bir bütün olarak almak ve bütünü hakkında karar vermek doğru olmasa gerekir. Maddede tespit edilen bazı ilkeler, mesela "mahkemelerin bağımsızlığı" ilkesi bazı kanuni düzenlemeler aracılığıyla uygulanabileceği halde, yargı yerine ulaşma hakkı için doğrudan uygulanabilirlik niteliğinin var olduğu şüphesizdir.
52. Yüksek Askeri Şura'nın bir kısım kararlarının disiplin işlemi mahiyetinde olduğu açıktır. "Disiplinsizlik ve Ahlakı Durum Sebebiyle Ayırma" 926 Sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu'nun 50 ve 94. maddelerinde ve bazı özel kanunlarda (mesela Askeri Hakimler ve Savcılar Kanunu'nda) bu maddelere yapılan atıflarla düzenlenmiştir. Bu maddeler disiplin işlemlerini düzenlemektedir. Sözügeçen iki maddeye 1983 yılında eklenen birer fıkra ile bu sebepten atılacak olanlardan Genelkurmay Başkanına gerekli görüldüklerini Yüksek Askeri Şura gündemine alarak şura kararı-