

ANAYASA m. 90/5 ve AİHS m. 6/1 KARŞISINDA UYARMA-KINAMA CEZALARI ve YARGISAL DENETİMİ

Sercan Coşkun KULAK*

Giriş

07. 05. 2004 tarihinde 5170 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile Anayasa'nın 90/5 maddesinin son cümlesine yeni bir cümle olarak *"Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır"* cümlesi eklendi.

Eklenen bu cümle ile yıllardır tartışa gelen kanunların ve uluslararası anlaşmaların hiyerarşik sıralamada alacakları yerlerin neresi olduğu uyuşmazlığı artık temel hak ve özgürlükler yönünden uluslararası anlaşmaların üstünlüğünün Anayasa tarafından da teyit edilmesiyle bir nebze olsun çözülmüş oldu. Ancak bu Anayasa değişikliği başka tartışmaları beraberinde getirdi.

Hiç şüphe yok ki uluslararası hukukun iç hukuka doğrudan uygulanması taraftarlarının gün geçtikçe arttığı zamanımızda bu değişiklik onlar için; savundukları fikirlere güç kazandırdıkları, istediklerini daha sağlam temeller üzerinde savunma fırsatı buldukları bir mevzuat değişikliği olmuştur.

Bizde bu çalışmamızda uluslararası hukukun iç hukuka doğrudan uygulanması taraftarlarına katılarak mevzuat değişikliği sonrası ortaya çıkan sorunlardan biri olan uyarma ve kınama cezalarının yeni Anayasa hükmü karşısındaki yargısal denetimini incelemeye çalışacağız.

* Ankara Bölge İdare Mahkemesi 11. İdare Mahkemesi İdari Yargı hakim adayı.

1982 Anayasası'nda Yargı Yolu Kapatılan Kurumlar ve Uyarma-Kınama Cezalarının Bunlardan Farkı

1982 Anayasası'nın 36. maddesinde "*Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*" hükmü yer almış ve Anayasa'nın 125. maddesinde "*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır*" hükmü ile idari yargılama yönünden Any. 36. maddesinde belirtilen adil yargılanma hakkını sağlayabilmek için tüm eylemlere ve işlemlere karşı yargı yolunu açmıştır.

Ancak 1982 Anayasası bu hükümleri ile ortaya koyduğu yargısal denetimcil yapısından ayrıklar yasası¹ olma özelliği taşıması sayesinde sık sık tavizler vermiştir.

1982 Anayasası'nın ilk tavizi Cumhurbaşkanı'nın tek başına yaptığı işlemlerin yargı yoluna kapalı tutulmasıdır. Cumhurbaşkanı'nun yansız olduğu demokrasi kültürü açısından şüphe dışıdır. Ancak yansızlık yanlışlık yapmamayı gerektirmez ve mümkünde kılmaz. Bu yüzden "*hem tek imzalı işlem yapma yetkisini Cumhurbaşkanı'na vermek hem de bu işleme karşı yargı yolunu kapatmak demokratik parlamenter sistemde benimsenebilir bir durum değildir*".²

1982 Anayasası'nın ikinci tavizi ise Yüksek Askeri Şura kararlarıdır. Bu kurumun kararları hukuki nitelikleri itibariyle tipik birer idari işlemlerdir. Anayasa'nın 125. maddesinde de "*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır*" hükmünün getirilmesi karşısında Yüksek Askeri Şura kararlarını yargı denetimi dışında -üstelik her halde ve koşulda olmak üzere-bırakmak anlaşılır gibi değildir.

1982 Anayasası'nın üçüncü tavizi ise Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun kararlarına karşı yargı yoluna gidilememesidir. HSYK üyelerinden çoğunluğu yargıçlardan oluşmakla birlikte verdiği kararlar ve gördüğü fonksiyonlar itibariyle idari bir kurumdur ve yaptığı işlemlerde idari işlemlerdir. Bir kurumun üyelerinin çoğunluğunun hakimlerden oluşması onu hatasız ve ayrıcalıklı kılmaz.

1982 Anayasası 129/3 maddesinde de başka bir taviz olarak "*Uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç diğer disiplin cezaları yargı denetimi*

¹ Selçuk Sami, *Özlenen Hukuk/Yaşanan Hukuk*, Yeni Türkiye Yayınları, s. 90, 2002, Ankara.

² Selçuk Sami, *a. g. e.*, s. 91.

dışında bırakılamaz” hükmünü getirmiştir. Fakat bu hüküm yukarıda bahsedilenlerden farklı bir yargı yolu kısıntısı getirmektedir. Çünkü Anayasa’nın bu hükümde vurgulamak istediği tüm disiplin cezalarının yargı denetimi içinde olması gerektiğidir. Fakat yasakoyucuya bu mutluluk karşısında bir nispilek tanımış ve uyarma ve kınama cezalarını takdir ederse yargı denetimi dışında bırakabileceği olanağı sağlanmıştır. Dolayısıyla uyarma ve kınama cezaları yasa koyucunun takdiri karşısında yargı denetimi dışında bırakılabilecektir. Nitekim yasa koyucu birçok kanunda da Anayasa’nın kendisine tanıdığı bu yetkiyi kullanarak uyarma ve kınama cezalarını Yargı denetimi dışında bırakmıştır. Örneğin: “Devlet Memurları Yasası m. 135: Disiplin amirleri tarafından verilen uyarma ve kınama cezalarına karşı itiraz, varsa bir üst disiplin amirine yoksa disiplin kuruluna yapılabilir.”

Anayasa hukuku teorisi olarak yasa koyucuya verilen bu takdir hakkı ‘hak arama özgürlüğü’ açısından bir taviz olarak algılanmasa da uygulamada yasa koyucu bu takdir yetkisini çok fazla yasada kullandığı için artık uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yoluna başvurulmaması kural halini almış Anayasa’da belirtilen başka bir yargılama kısıntısı haline gelmiştir.

Anayasa’nın 13. Maddesinin

Anayasa’nın 129/3 Maddesine Getirdiği Sınırlamalar

Anayasa m. 13 *“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa’nın ilgili maddelerinde sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir...”* hükmüne yer verilmiştir. Anayasa da 3. 10. 2001 tarihinde 4709 sayılı Yasa’yla yapılan değişiklikten sonra Anayasa’nın 13. maddesi bu haline bürünmüştür. 2001 değişikliği ile daha önceleri aynı madde de belirtilen *“Temel Hak ve Özgürlükler Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü, milli egemenliği, cumhuriyetin, milli güvenliğinin ... korunması amacıyla ... kanunla sınırlanabilir.”* hükmü ile temel hak ve özgürlüklere getirilen genel sınırlamalar kaldırılmış bu sayede temel hak ve özgürlükler sınırlandırılması ancak Anayasa’nın her bir maddesinde belirtilen özel sınırlandırılmalarla mümkün olur hale gelmiştir.

Temel hak ve özgürlüklerin korunması konusunda 2001 değişikliği ile kaldırılan genel sınırlandırmaların temel hak ve özgürlüklerin ko-

runması bahsinde özgürlüklere güç kazandırdığı kuşkusuzdur. Ancak temel hak ve özgürlüklerin korunmasında daha büyük bir güce sahip olan temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlandırılabilmesine dair Anayasa hükmüdür. Çünkü bu hüküm hem 2001 değişikliğinden önce 1982 Anayasası'nda yer almış hem de 1961 Anayasası'nda m. 11/1 *"Temel Hak ve Hürriyetler ... ancak kanunla sınırlanabilir"* hükmüyle kendine yer bulmuştur. Hatta 1921 Anayasası'nda da *"Hukuku tabii olan hürriyetin herkes için hududu başkalarının hududu hürriyetidir. Bu hudut Ancak kanun marifetiyle tespit ve tayin edilir"* hükmüyle temelinin ne kadar sağlam olduğunun göstermiştir.

Burdan hareketle Any. 129/3 maddesinde bahsi geçen uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışında bırakılması konusunda yasa koyucuya Any. 13 maddesi bu yönüyle bir sınırlama getirmektedir. Yani sabit bir mantıkla Yasa koyucu temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlandırılabilir; uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışında bırakılması hiç kuşkusuz kişi temel ve hak özgürlüklerinden olan hak arama özgürlüğünün sınırlandırılması demektir. Bu yüzden yasa koyucu bu sınırlandırmayı Any. 13 maddesi gereği olarak ancak ve ancak yasayla yapabilecektir. Dolayısıyla uyarma ve kınama cezalarını yargı denetimi dışında bırakılması tüzük ya da bir yönetmelikle mümkün olamayacaktır.

Nitekim Danıştay da buradan hareketle kanunla yapılmayıp yönetmelikle yapılan uyarma kınama cezalarına karşı yargı yolu kapatılması işlemlerinin iptali yoluna gitmektedir. Örneğin: Danıştay'ın E. N:1986/1113 K. N:1988/806 sayılı kararında bu açıkça görülmektedir.

İstemin Özeti: TRT İzmir Bölge Müdürlüğü Alım-İkmal Şube Müdürü olan davacının, yapılması planlanan işlere ait bilgileri zamanında vermediğinden bahisle kendisine kınama cezası verilmesine ilişkin TRT kurumu İzmir Bölge Müdürlüğü'nün ... tarih ... sayılı işleminin iptali istemiyle açtığı dava, İzmir İdare Mahkemesi'nce, 657 sayılı Yasa'da kınama cezasına karşı yargı yoluna başvurulamayacağı hükmüne yer verildiği, 657 sayılı Yasa'da yer alan anılan hüküm nedeniyle bu davanın esasının incelenmesine olanak bulunmadığı gerekçesiyle reddedilen davanın temyizden incelenerek bozulması istemiyle bu dava açılmıştır.

Hüküm veren Danıştay Onuncu Dairesince işin gereği düşünüldü:

“... Anayasa'nın 129. maddesinin üçüncü fıkrasında, memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili disiplin kararlarının yargı denetimi dışında bırakılabileceği belirtilmiştir. Ancak Anayasa'nın bu hükmüne göre, uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili disiplin kararlarının yasayla yargı denetimi dışında bırakılması mümkündür. TRT Kurumu Personeli hakkında uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili disiplin kararlarının yargı denetimi dışında tutulduğu yolunda bir yasa hükmü bulunmamaktadır. Her ne kadar TRT Yönetim Kurulu'nca kabul edilen TRT Kurumu Personel Yönetmeliğinde, uyarma, kınama cezalarına karşı yargı denetimine başvurulamayacağı hükmüne yer verilmişse de; yönetmelikle yargı kısıntısı getirilmesi düşünülemez.”

İdari Yargılama Açısından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/1. Maddesi (Adil Yargılanma Hakkı)

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin altınca maddesinin birinci fıkrasında “Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleri ile ilgili anlaşmazlıkların çözümlenmesi, gerek kendisine yöneltilen herhangi bir suçlamanın karara bağlanması konusunda, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içerisinde adil ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir.” hükmüne yer verilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin bu hükmünde adil yargılama kavramını oluşturan nitelikler açıkça sayılmıştır.

Buna göre adil yargılama mahkeme önüne gelen uyuşmazlığın kanunla kurulan bunun yanında bağımsız ve tarafsız olan bir mahkeme önünde makul süresi içerisinde ve açık yapılan bir duruşmada görüşülmesidir. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre adil yargılama kavramı 6. maddenin ilk bendinde sayılanlar dışında zımnî unsurlarda içermektedir. Mahkeme içtihadında rastlanan ‘ taraflar arasında silahların eşitliği’, ‘mahkeme önünde hak arama özgürlüğü’, ‘masumluk karinesi’ bunlarda bazılarıdır”.³

Yukarıdaki hükmün lafzında da görüldüğü üzere Sözleşme adil yargılanma hakkını iki husus için sınırlandırmıştır.

a. Medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili anlaşmazlıkların çözümlenmesi

b. Kendisine yöneltilen herhangi bir suçlamanın karara bağlanması konusu

³ Özlem Erdem Karahanoğulları: AİHS'in 6. Maddesi İdari Davalar Memur Uyuşmazlıkları, www.danistay.gov.tr, Sempozyumlarımız.

Buradan da anlaşılacağı üzere “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesi hazırlanırken, çalışma grubu, idari yargının ve dolayısıyla idare hukukunun Sözleşme denetimi dışında tutulmasını kabul etmiştir. Zira idare hukuku milli ya da yerel nitelikte ve her ülkenin kendine özgü bir konu saymakta titizlendiği bir alandı. Günümüzde bu anlayışta değişmeler görülmüş bunun beraberinde de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi pek çok konuyu Sözleşme ile ilgili sayıp denetlemeye başlamıştır.”⁴ “Bir kısım idari uyuşmazlıkların nitelik ve anlamı dikkate alınıp, örneksene yoluyla medeni hak ve yükümlülük uyuşmazlıkları kapsamına Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi tarafından içtihatlarla dahil edilerek, AİHS 6. maddesinde düzenlenen adil ya da dürüst yargılama kurallarına aykırılık yönünden denetime tabi tutulması sağlanmıştır.”⁵ Bu bağlamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin önüne gelen bir idari işleme ilişkin uyuşmazlığı incelemesi için bu işlemin yukarıda bahsedildiği üzere Medeni hak ve yükümlülük niteliğinde görmesi gerekmektedir. Yani mahkeme önüne gelen her idari uyuşmazlığın denetimini yapmamaktadır. Ancak kendi kriterleri çerçevesinde medeni hak ve yükümlülük niteliğinde gördüğü uyuşmazlıkları Sözleşme açısından değerlendirmekte ve karara bağlamaktadır. Örneğin:

Konig Davası (28. 06. 1978 tarih ve 6232/73 sayılı karar)

“Doktor olan davacının mesleğini yapmasına ve klinik işletmesine ilişkin izin, Alman İdare makamlarınca iptal edilmiştir. Bu işleme karşı açılan davanın ulusal makamlarda makul süre içerisinde sonuçlandırılmadığını ileri süren davacı, AİHM’e başvurmuştur.

Mahkeme söz konusu idari işlemin bir mesleğin icrasına yönelik olduğu, dolayısıyla yönetsel niteliğinden çok ‘medeni hak’ yönünün ağır bastığı gerekçesiyle davayı altıncı madde çerçevesinde incelenebilir bulmuştur.⁶

“Mahkeme Pelegrin-Fransa kararında kamu mercileri ile personeli arasındaki uyuşmazlıklara ilişkin olarak, medeni hak ve yükümlülüklerin belirlenmesinde, yeni bir kriter getirerek, bu belirlemedeki karmaşaya son vermeyi amaçlamış ve içtihatlarına bir açıklık getirmiştir”.⁷

⁴ Tekin Akıllıoğlu, *İnsan Hakları ve Yönetim Hukuku*, www.danistay.gov.tr, Sempozyumlarımız, (2000 İdari Yargı Sempozyumu).

⁵ Durmuş Tezcan, *Türk İdari Yargı Sisteminin AİHS Açısından Değerlendirilmesi*.

⁶ Çiftçi Erhan, *AİHM Kararları Işığında Adil Yargılama İlkesi ve İdari Yargı*, www.Danistay.gov.tr, Yayınlarımız, Danistay Dergileri, Sayı 116.

Mahkeme'ye göre kamu hizmeti müessesini yerine getirmede kullanılacak bazı araçlar zorunlu olarak bazı kamu güçlerini kullanmayı gerekli kılar. Bu nedenle, bu tür mevkilere sahip olanlar devletin egemen gücünün bir parçasını kullanmaktadırlar. Buradan hareketle mahkeme "Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının amacı dışına çıkan tek uyuşmazlığın, devletin veya diğer kamu otoritelerinin genel menfaatini korumaktan sorumlu kamu otoritesinin temsilcisi olarak hareket ederek, kamu hizmetini özel faaliyetlerini yürüten kamu personeli tarafından ileri sürülenlere olduğunu karara bağlamaktadır."⁸

"Bu uyuşmazlıklar, devletin veya diğer kamu otoritelerinin genel menfaatini korumaktan sorumlu, kamu otoritesinin temsilcisi olarak hareket eden, polis veya silahlı kuvvetler mensupları gibi, kamu hizmetinin özel faaliyetlerini yürüten kamu personeli tarafından ileri sürülenlerdir. Diğer bir ifade ile devletin egemenlik yetkilerini doğrudan veya dolaylı kullanan ya da kamu otoritelerinin genel menfaatinin korumaktan sorumlu kamu personeli, bu tür uyuşmazlıklarda 6. maddesinin koruma alanından çıkmaktadır."⁹

Örneğin: "AİHM polislik ve askerlik mesleğinde uygulanan disiplin cezaları, barolar, meslek odası veya birlikleri gibi kurumlar tarafından üyelerinin meslek kuralarına aykırı davranışları, mesleğin saygınlığına zarar veren fiilleri nedeniyle uygulanan disiplin cezalarını Medeni hak ihlali veya suç isnadı kapsamına görmediğinden, bu tür şikayetleri altıncı madde içinde değerlendirmemektedir".¹⁰

Gerçektende mahkeme Pellegrin davasında ortaya koyduğu kriterlerinin genel uygulamasında da bir kararlılık sergilemekte ve bu konularda önüne gelen uyuşmazlıklarda Pellegrin kriterlerine göre inceleme yapmakta ve kararını vermektedir. Bu tutumu Türkiye hakkında verdiği kararlarında da açık olarak görebilmekteyiz. Örneğin: Disiplinsizlik nedeniyle Yüksek Askeri Şura Kararı'yla ordudan atılan askeri görevlilerin başvurusu devletin veya diğer kamu otoritelerinin genel menfaatini korumaktan sorumlu kamu otoritesinin emanetçisi olarak hareket eden, kamu hizmetinin özel faaliyetlerini yürüten memurların uyuşmazlıklarının Sözleşme'nin m. 6/1 dışında olduğunu, bu

⁷ İnceoğlu Sibel, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı: Kamu ve Özel Hukuk Alanlarında Ortak Yargısal Hak ve İlkeler, s. 45; Beta Yay, Mayıs 2002, İstanbul.

⁸ İnceoğlu Sibel, a. g. e., s. 46

⁹ İnceoğlu Sibel, a. g. m, s. 47

¹⁰ Çiftçi Erhan, a. g. m.

faaliyetlerin açık örneğinin polis ve silahlı kuvvetler tarafından yapılan faaliyetler olduğunu belirterek, söz konusu şikayetleri Sözleşme'nin m. 6/1 kapsamında görmemiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlalini incelerken Sözleşme maddesini yukarıda da bahsi geçtiği üzere kendi içtihatları ile ortaya koyduğu adil yargılama kriterleri çerçevesinde değerlendirmektedir. Etkin bir şekilde mahkemeye başvurabilme hakkı, bağımsız ve tarafsız bir mahkemenin olması, yargılama sürecinin adil olması, kararların gerekçeli olması, duruşmaların aleni olması ve makul süre içerisinde davanın sonuçlandırılması bu kriterlerden en önde gelenleri olarak sayılabilir. Bu kriterlerden çalışma konusuyla ilgili olduğundan dolayı etkin bir şekilde mahkemeye başvurabilme hakkını daha detaylı inceleme gereği ortaya çıkmaktadır.

Etkin Bir Şekilde Mahkemeye Başvurabilme Hakkı

*“Önüne getirilen bazı iddialar hakkında milli mahkeme olaylar veya hukuki konularda tam bir yargısal denetime sahip değilse, davanın esasına ilişkin bir karar veremiyorsa mahkemeye başvuru hakkı ihlal edilmiş olabilmektedir. ... gerek bazı işlemler yargı denetimi dışında tutularak, gerek ise bazı kişiler dokunulmazlık veya muafiyet tanınarak da mahkemelerin uyuşmazlık hakkında karar verme yetkisi eline alınabilmektedir. Bu durumda da, kişinin iddiasını mahkeme önüne götürmesini engelleyerek, mahkemeye başvurma hakkını elinden alabilmektedir”.*¹¹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi idarenin tesis ettiği işlem ve eylemlere karşı ulusal yargı yerlerinde kişilere itirazlarını ileri sürme olanağı verilmemesini sözleşmenin 6. maddesine aykırı olarak yorumlamaktadır. “AİHM m. 6/1 'in sözleşmenin başlangıç bölümü ışığında yorumlanması gerektiğini hatırlatmakta ve hukuk devletinin sözleşmeye taraf devletlerin ortak mirası olduğunu belirtmektedir. Hukuk devletinin temel özelliklerinden biri ise, mahkemelerin bir konuyu kesin hükme bağladıkları durumlarda, bu kararların sorgulanmamasını gerekli kılan hukuki kesinliktir.”¹² Mahkemelerin kararları hakkında bu sorgulanamazlığın sağlanması için gerekli bir hususta uyuşmazlığın mahkeme kararıyla sonuçlandırılabilme olanağının taraflara sağlanabilmesidir. Diğer bir deyişle Hukuk Devletinin gereği olan mahkeme kararlarının sorgulamama ilkesi be-

¹¹ İnceoğlu, Sibel, a. g. m., s. 132.

raberinde uyuşmazlıkların mahkeme önüne getirilmesi olanağını yani yargı yolunun kapatılmamasını zorunlu kılar.

“Sözleşmeye taraf olan ülkeler sözleşme ile güvence altına alınan haklar bakımından kişilere ulusal yargı sisteminde, en etkin bir şekilde mahkemeye başvurabilme olanağını sağlamakla yükümlüdür. Etkin bir şekilde mahkemeye başvurabilme hakkı, gerektiğinde kişilerin hukuki yardımdan yararlanabilmeleri, yargısal prosedürün basitleştirilmesi, yargılamanın en az maliyetle yapılması gibi hususları da kapsamaktadır. Mahkeme etkili bir şekilde mahkemeye başvuru imkanının olmaması veya sınırlandırılması halinde hukukun üstünlüğü ilkesinin geçerliliğinden bahsedilemeyeceği; dolayısıyla bu hakkın 6. maddenin ayrılmaz ve asli bir unsuru olduğunu ifade etmektedir. Etkin bir şekilde mahkemeye başvurabile hakkının kötü niyetle kullanılmaması için üye ülkeler tarafından alınacak önlemlere hiçbir zaman hakkın kullanılmasını engelleyecek şekilde özünü etkilememeli sınırlamalar amaca uygun makul ve amaçla orantılı olmalıdır. Mahkeme’ye göre etkin bir şekilde mahkemeye başvurma hakkını ortadan kaldıran diğer bazı durumlar ise şunlardır: İdari bir işlem veya karara karşı yargıya başvurma olanağının bulunmaması, idari eylemler karşı etkili bir yargı yolunun mevcut olmaması, idari para cezaları ile ilgili itiraz veya temyiz yolunun mevcut olmaması, adli yargı talebinin reddine ilişkin karar karşı yargıya başvurabilme olanağının bulunmaması.”¹³

1982 Anayasa’sı ve Türkiye’deki Durum

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Hukuk Devleti’nin gerçekleştirilebilmesi açısından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6/1 maddesinin yorumlamasını geniş yapmakta ve mümkün olduğu kadar yargılamanın tarafsız, bağımsız ve her uyuşmazlık için gidilecek son yol olduğu fikrini içtihatlarına yerleştirmektedir. Ancak çalışmamızda da açıklandığı üzere Mahkemede bazı konularda ayrıma gitmekte ve tarafların ve fiillerin değişmesi karşısında farklı sonuçlara varabilmektedir. Mahkemenin Pelegrin davasında gerçekleştirdiği içtihadında da bu durumu görebilmekteyiz. Buna göre Sözleşme’nin 6. maddesinin 1. fıkrasının amacı dışına çıkan tek uyuşmazlık, devletin veya diğer kamu otoritelerinin genel menfaatini korumaktan sorumlu kamu otoritesinin temsilcisi olarak hareket ederek, kamu hizmetini özel faaliyetlerini yürüten kamu personeli tarafından ileri sürülen uyuşmazlıklardır.

¹² İnceoğlu, Sibel, a. g. m., s. 139.

¹³ Çiftçi, Erhan, a. g. m.

Diğer taraftan Mahkeme'nin Sözleşme'nin 6. maddesi hakkında kesin içtihatlarından biride yargı yoluna kısıntı getirilememesidir. Yani taraf hakkında yapılan bir işlem ve eylemden dolayı gidilecek bir yolun bulunmaması halinin sözleşmeyi ihlal manasına geldiği içtihadıdır. Örneğin mahkeme *"Pudas-İsveç davasında(da) başvuruçunun taşımacılık ruhsatının Bölge İdare Kurulu tarafından iptal edilmesi sonrasında, son itiraz mercii ve bu uyumsuzluğu karar bağlayan makam olan İletişim ve Ulaştırma Bakanlığı'nın kararına karşı bir mahkemeye veya mahkeme olarak kabul edilebilecek herhangi bir kurula başvurma imkanının olmaması(nı) ihlal olarak gör(ül)müştür."*¹⁴

Mahkemenin bu içtihatlarından birlikte değerlendirildiği takdirde varılacak sonuç: Bir uyumsuzluğa yargı kısıntısı getirilmesi Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edilmesidir. Ancak mahkeme bu duruma bir istisna getirmiş ve devletin veya diğer kamu otoritelerinin genel menfaatini korumaktan sorumlu kamu otoritesinin temsilcisi olarak hareket ederek, kamu hizmetini özel faaliyetlerini yürüten kamu personeli tarafından ileri sürülen uyumsuzluklarda devlet tarafından yargı kısıntısı getirilmesini devletin bir bakıma egemenlik alanıyla ilgili bir hususta kendi istediği şekilde bir değerlendirme yapması ve bu durumun mahkemeler tarafından da denetlenmesine yasayla olmak şartıyla izin vermemesi olarak değerlendirmiştir. Görüldüğü üzere mahkemeye göre kural olan devlet tarafından yargı kısıntısı getirilememesidir. Ancak bunun istisnası yukarıda bahsi geçen durumdur.

Türkiye'de de bazı işlemler 1982 Anayasası'nın ayrıklar yasası¹⁵ olmasının gereği olarak yargı denetimi dışında bırakılmıştır. Bu tavizler HSYK, YAŞ kararları, Cumhurbaşkanı'nın tek başına yaptığı işlemler ve Uyarma-Kınama cezalarıdır. AİHM'in Pellegrin kararındaki kriterleri gereği olarak yargıç ve savcılar ile silahlı kuvvetler mensuplarının devletin egemen gücünün kullanılmasına doğrudan katıldıkları için bunların memurluğa kabul, kariyerleri, çalışma koşulları veya görevden alınmaları, disiplin cezaları, emekliliğe sevkleri gibi konulardaki kararlar sözleşmenin 6. maddesinin koruması altında değildir.¹⁶ Dolayısıyla 1982 Anayasası'nın bu tutumu karşısında AİHM'e gidilse de mahkeme getirilen bu yargı kısıntılarını 6. madde içerisinde değerlendirmeyecek-

¹⁴ İnceoğlu, Sibel, a. g. m., s. 140.

¹⁵ Selçuk, Sami, a. g. e., s. 90.

¹⁶ İnceoğlu, Sibel, a. g. m., s. 141

tir. Ancak mahkemenin bu tutumu bu düzenlemelerin “*Hukuk Devleti*” ilkesiyle bağdaşır olduğu anlamına gelmemektedir. Mahkeme’nin böyle bir içtihat ortaya koyması bir bakıma kendisini bu konuda yetkisiz görmesinden ileri gelmektedir.

Uyarma-Kınama cezaları hususunda ise çalışmamız başında belirttiğimiz üzere Anayasa 90/5 maddesinde yapılan değişiklikle artık “*Temel Hak ve Özgürlükler*”e ilişkin olarak AİHS ile bir kanunun çatışması uyuşmazlığında esas alınacak hüküm AİHS hükümleridir. Uyarma-Kınama cezalarının yargı yoluna kapatılmasının hak arama özgürlüğüne ilişkin bir kısıtlama getirdiği dolayısıyla kişi temel hak ve özgürlükleri ile ilgili bir durum olduğu çok açıktır.

AİHM’nin Pellegrin davasında belirlediği kriterler içerisinde olan hususlar için Sözleşme’nin 6 maddesini ihlal etmediği içtihadında uyarma ve kınama cezaları için uygulama olanağı yoktur. Gerçekten mahkeme içtihadında da belirttiği üzere sözleşme 6. madde dışında kalan hususlar ancak devletin veya diğer kamu otoritelerinin genel menfaatini korumaktan sorumlu kamu otoritesinin emanetçisi olarak hareket eden, kamu hizmetinin özel faaliyetlerini yürüten memurlarla ilgili hususlarla sınırlıdır.

Bu bağlamda mahkemenin bu içtihadını tüm yargı kısıntıları için söylenmesi mümkün değildir. Yani mahkeme 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu yardımcı hizmetler grubuna tabi olarak Ankara Darülaceze de fırıncı olarak çalışmakta olan bir memura verilen uyarma yada kınama cezasını; devletin egemenlik alanıyla ilgili bir husus olduğu için yasa meclisi tarafından böyle bir yargı kısıntısı getirilmesi Sözleşme’nin 6 maddesini ihlal etmez demesi pek de mümkün görünmemektedir.

AİHM’nin adil yargılanma hakkı konusunda içtihatları ile ortaya koyduğu istisnalar arasında uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışında bırakılması hususunda sayılması çok güç görülmektedir. Bu bağlamda hak arama özgürlüğünün ihlali gerekçesiyle mahkeme önüne gelen uyarma ve kınama cezalarına yargı yolu kapatılması hususunda mahkemenin Sözleşmeyi ihlal doğrultusunda karar vereceği son Anayasa değişikliği ile kuvvetle muhtemel hale gelmiştir. Zaten Anayasa’nın 90 maddesine eklenen son fıkra ile de Uyarma-Kınama cezalarına yargı yolunun açılması konusunda tartışılır bir durumu kalmış gibi değildir. Fakat uygulama ve Danıştay bu konuyu nasıl değerlendirecektir bunu da zaman gösterecektir.