

ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİNİN UZANAMADIĞI YER: UYARMA VE KINAMA CEZALARININ YARGISAL DENETİMİ VE BİR DANIŞTAY KARARI

Yeliz ŞANLI *

Giriş

Çalışmanın konusu, Anayasa'nın 129. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen disiplin kararlarına ilişkin kuralın, 5170 sayılı kanunla yapılan ek ile son halini alan, Anayasa'nın 90. maddesi açısından ve aynı konulu bir Danıştay kararı çerçevesinde değerlendirilmesidir.

Danıştay Onikinci Dairesi önüne gelen temyiz isteminin konusu, öğretmen olan davacıya 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu uygulanarak verilen bir kınama cezasına ilişkin işlemin, ilk derece mahkemesince iptalidir.¹ Danıştay, "açık olan Anayasa ve yasa hükümleri karşısında kınama cezasının yargısal denetimini yapmaya hukuken olanak bulunmadığından..." ibaret çok kısa gerekçesiyle, davalı idarenin temyiz istemini kabul edip, ilk derece mahkemesinin esasa girerek verdiği iptal kararını bozmuştur. Kararın dayanağını, Anayasa'nın, "Görev ve sorumlulukları, disiplin kovuşturulmasında güvence" [kamu hizmeti görevlilerinin] başlıklı 129. maddesinin "uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç, disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılmaz" şeklindeki üçüncü fıkrası ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 135 ve 136. maddeleri oluşturmaktadır. Danıştay Onikinci Dairesi'nin "Anayasa hükmüne paralel olarak" düzenlenmiş olduğunu düşündüğü 135. madde, uyarma ve kınama cezalarına karşı yapılacak itirazın usulünü, 136. madde ise itirazın süresi ve sonuçlarını içermektedir. Danıştay bu kararıyla, esasen disiplin soruşturmaları açısından bir güvence maddesi olan 129.

* Asistan, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü.

¹ Danıştay Onikinci Daire, E: 2004/4584, K: 2005/3520, k. t. 18.10.2005 (Yayımlanmamış).

maddeyi, uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışında bırakılmasını emreden bir Anayasa kuralı olarak okumakta ve 657 sayılı yasanın ilgili hükümlerini de, kuralın zorunlu nitelikteki gerekleri olarak yorumlamaktadır.

Çalışmada öncelikle, Anayasa'nın 129/3. maddesi, hak arama özgürlüğü ve idari yargı denetimi açısından inceleme konusu yapılmış ve 3. fıkrada yer alan kısıtlamanın, her iki bakımdan da kabul edilemez olduğu savunulmuştur. İkinci olarak, Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasının, yeni hali tartışmaya açılmış ve eklenen cümle ile öngörülen "çatışma" olasılığının, Anayasa-uluslararası antlaşma değil; yasa-uluslararası antlaşma ilişkisini konu edindiği vurgulanmıştır. Buna rağmen, çalışmada, 657 sayılı yasada yer alan ve uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunu kapatan kural karşısında, Anayasa'nın 90. maddesinin uygulanması gerektiği iddia edilmiştir. Zira 129/3. maddede, yargı yolunun kapatılması hususunda emredici bir norm değildir. Çalışma son olarak, Onikinci Daire'nin temyiz kararının konusunu oluşturan ilk derece mahkemesinin kararına ilişkin değerlendirmeler içermektedir. Çünkü yasa karşısında "farklı hükümler" içeren bir uluslararası antlaşma kuralının uygulanması, öncelikle "aynı konu"nun, uluslararası antlaşma tarafından içerilmesine bağlıdır. Bu nedenle, ilk derece mahkemesi tarafından 657 sayılı yasanın içerdiği kural ile çatıştığı düşünülen ve uyuşmazlığın çözümünde esas alınan Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 14. maddesi ile ilgili kararlar incelenerek, maddenin içeriğini oluşturan "adil yargılanma hakkı", uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yoluna başvurulmaması kuralı açısından tartışma konusu yapılmıştır.

Anayasa'nın 129/3. Maddesi, Hak Arama Özgürlüğü ve İdari Yargı Denetimi

1982 Anayasası'nın 129. maddesinin 3. fıkrasına göre, "Uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç, disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz." Söz konusu hükümde bir yandan, uyarma ve kınama cezalarına ilişkin idari işlemler dışındaki disiplin kararlarının yargı denetimi dışında bırakılamayacağı; öte yandan uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışında "bırakılacağı" değil, "bırakılabilece-

ği" ifade edilmektedir.² Diğer bir ifadeyle yasa koyucu, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve devlet memurluğundan çıkarma cezalarına karşı idari yargı yolunu kapatmama yükümlüğü altındadır; fakat uyarma ve kınama cezalarını yargı denetimi dışında bırakma yetkisine sahip kılınmıştır.³ Kuşkusuz yasa koyucu, Anayasa hükmüyle kendisine sunulan hak arama özgürlüğünü sınırlandırma yetkisini kullanmayabilir ve temel hak ve özgürlükler lehine yeni bir düzenleme yapabilir.

Ne var ki 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 12.5.1982 tarih 2670 sayılı kanunla değişik 135. maddesiyle, uyarma ve kınama cezalarına karşı itirazın, varsa bir üst disiplin amirine yoksa disiplin kurullarına yapılabileceği; aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve Devlet memurluğundan çıkarma cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurulabileceği ve nihayet 136/3 maddesiyle de, itiraz edilmeyen kararlar ile itiraz üzerine verilen kararların kesin ve haklarında idari yargı yoluna başvurulamaz olduğu hükmüne yer verilmiştir. Anayasa'nın 129. maddesinde yer alan düzenleme aynı kalmak üzere, 657 sayılı yasada bu iki işlem açısından bir düzenleme yapılmamış olsa idi, Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması"na ilişkin 13., "hak arama hürriyeti"ni güvence altına alan 36 ve "idarenin her türlü işlem ve eylemine karşı yargı yolu açıktır" şeklindeki 125. maddesi karşısında, uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunun kapalı olduğu ileri sürülemezdi. Bu halde, Danıştay kararında ileri sürülen görüşün tersine, 657 sayılı yasada yer alan ilgili düzenlemeler, Anayasa'nın 129. madde hükmünün "paraleli" niteliğinde değildir. Zira "paralel" nitelikte görülebilmesi, Anayasa hükmünün, "yargı denetimi dışında bırakıla-

² 129. maddenin üçüncü fıkrasının gerekçesi, "...disiplin kararlarının yargı denetimi dışında tutulamayacağı da, tereddütleri giderecek biçimde ifade edilmiş; ancak uyarma ve kınama cezaları özellikleri dolayısıyla bu kuralın dışına çıkarılmıştır" şeklindedir (Ömer İzgi, Zafer Gören, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu*, C. 2, Ankara, 2002). Gerekçede ifade edilen amaç gerçekleşmediği gibi, uyarma ve kınama cezalarının hangi "özellikler"inin bu sonucu doğurduğu da belli değildir.

³ Öğretide, Anayasa'nın 129/3 hükmünü, uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışında bırakılmasını emreden bir kural olarak yorumlayan görüş yoktur. Bkz., Kemal Gözler, *İdare Hukuku*, C. 2, 2. B., Bursa, Ekin Kitabevi, 2003, s. 711; Metin Günday, *İdare Hukuku*, 8. B., Ankara, İmaj Yayıncılık, 2003, s. 45; Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, *İdare Hukuku*, Genel Esaslar, C. 1, 3. B., Ankara, Turhan Kitabevi, 2004, s. 936.

bilir” şeklinde bir olasılığı değil, “*yargı denetimi dışındadır*” şeklinde bir zorunluluğu içermesi koşuluyla mümkün olabilirdi.

Uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yoluna başvurulamamasının değerlendirilebileceği ilk ölçüt, “*hak arama hürriyeti*” dir. “*Herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*” Esasen 36. madde herhangi bir sınırlama sebebi içermemesine karşılık,⁴ başka bir Anayasa normu ile sınırlandırılmasına izin verildiği için, uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışında bırakılmasının, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimi açısından değerlendirilmesi gerekir. Anayasa’nın 13. maddesine göre, temel hak ve özgürlükler, özlerine dokunulmaksızın, Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen nedenlere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilir. Ayrıca bu sınırlamalar, Anayasa’nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyet’in gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. “*Sınırlamanın sınırları*” arasında yer alan “*kanunla sınırlama*” ilkesi, uyarma ve kınama cezaları bağlamında çeşitli kereler yargı organları önüne gelmiştir: Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu,⁵ uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yoluna başvurulamayaacağı kuralının, İş ve İşçi Bulma Kurumu Personel Yönetmeliği’nde yer almasına ilişkin kararında;

“Anayasa’nın 129. maddesinin 3. fıkrasında yer alan ‘uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili olanlar hariç, disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz’ hükmü uyarınca, uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışında bırakılabileceği belirtilmiştir. Ancak, bu yönde bir kısıtlamanın, normlar hiyerarşisine göre yasa ile getirilebileceği de açık bulunmaktadır. Bu itibarla, yönetmelik hükmü ile yargı denetimine sınır konulması düşünülemez...” diyerek, sınırlamanın ancak kanunla yapılabileceğini ifade etmektedir. Benzer biçimde Danıştay Sekizinci Dairesi, aşağıdaki kararı vermiştir:⁶

“... Anayasa’nın 129. maddesindeki, uyarma ve kınama cezalarıyla ilgili

⁴ Madde, yasal sınırlama nedeni içermemekle birlikte, “meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle” denilerek oluşturulmuş bir “norm alanı”na da işaret etmektedir (Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özünü*, AÜ SBF Yayınları, No: 506, Ankara, 1982, s. 106).

⁵ E: 1991/496, K: 1992/176, k.t.23.10.1992, www.danistay.gov.tr (17.7.2006).

⁶ Danıştay 8. Dairesi, E: 1997/1535, K: 1997/4048, k. t. 18.12.1992, www.danistay.gov.tr (17.7.2006).

olanlar hariç, disiplin kararlarının yargı denetimi dışında bırakılmayacağı yolundaki hüküm, uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışında bırakılabileceği anlamını taşımakla, yukarıda açıklanan hak arama hürriyetine ilişkin 36. maddeye özel bir sınırlama getirmiştir. Ancak bu sınırlamanın, yalnızca yasama organı tarafından getirilebileceği açıktır. Davacının görev yapmakta olduğu Sosyal Sigortalar Kurumu, kendi özel kuruluş kanunu olan bir kurum olması nedeniyle, davacının 657 sayılı Devlet Memurları Yasası'na tabi olmayıp 4792 sayılı kanuna tabi olduğu açıktır. 4792 sayılı kanunda ise uyarma ve kınama cezalarına karşı idari yargı yoluna başvurma hakkını engelleyen herhangi bir kurala yer verilmemiştir. Bu durumda, davacı hakkında 657 sayılı yasa hükümleri uygulanamayacağına ve uygulanması gereken 4792 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Yasası'nda da kınama cezasına karşı idari yargı yolunun kapalı olduğuna ilişkin bir hüküm bulunmadığına göre, idare mahkemesince dava konusu disiplin cezasının incelenmesi ve esası hakkında karar verilmesi gerekmektedir.”⁷

Uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yoluna başvurulamamasının değerlendirilebileceği ikinci ölçüt, Anayasa'nın “idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır” şeklindeki 125. maddesidir. 129. maddenin 3. fıkrasının, 125. maddenin Anayasal istisnaları arasında olduğu açıksa da, bu yönde bir istisna olmasaydı dahi, her iki işlem türünün “hukuki sonuç doğuran” ve “ilgilinin menfaatini etkileyen” yani hakkında idari dava açılabilir nitelikte olup olmadığı sorusu yöneltilebilir.⁸ Disiplin cezaları, kamu hizmetinin bir düzen içinde görülmesi gerekliliğinden kaynaklanır. Kamu görevlileri, kamu hizmetinin işgücü unsurunu oluşturduklarından, hizmetin yürütülmesini teminen alacak tedbirlerin, kamu görevlilerini konu alacağı açıktır. Sonuç olarak, birer idari tedbir ve karar niteliğindeki disiplin cezalarının, aynı zamanda yaptırım olma nitelikleri, ceza hukukunun kimi ilkelerinin disiplin hukukunu da belirlemiş olmasının nedenidir. Anayasa'nın 129. maddesinde ifade edildiği üzere, savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemeyeceği, kural olarak disiplin cezalarının yargı denetimi dışında bırakılmayacağı, yasallık ve oransallık ilkeleri bu durumun örnekleri olarak sayılabilir.⁹ Zira idare tarafından yapılan tek yanlı idari işlemler karşısında, kişilerin temel hak ve özgürlükleri ile

⁷ Aynı yöndeki kararlar için bkz., Danıştay 8. Dairesi, E: 1997/1959, K: 1998/4563, k. t. 24.12.1998; Danıştay 8. Dairesi, E: 1995/5283, K: 1997/3758, k. t. 3.12.1997, www.danistay.gov.tr (17.7.2006).

⁸ Gözler, *İdare Hukuku*, s. 710.

⁹ Gözübüyük, Tan, *İdare Hukuku*, s. 714-723.

ilgili alanlarında kendilerini koruyan hukuki güvencelerin sağlanmış olması gerekir. Anayasa Mahkemesi'nin 1961 Anayasası döneminde vermiş olduğu bir karara göre:

“Disiplin cezalarına ait kararlar idari eylem ve işlemlerden ayrı tasarruflardır. Bu nedenle disiplin kararları hakkında yargı yoluna başvurulması konusu Anayasa'nın 114. maddesi (idari işlemlere karşı yargı yolu) ile ilgili değildir. Disiplin cezalarına karşı yargı yoluna başvurulması hakkında Anayasa'da memur teminatı başlığında ayrıca kural vardır (m. 188).”¹⁰

1961 Anayasası'nın 118. maddesi ise, *“disiplin kararları yargı mercileri dışında bırakılmaz”* hükmünü taşımaktadır. Disiplin cezalarına karşı yargı yoluna başvurulması hakkında Anayasa'da başka bir maddenin bulunması, disiplin cezalarının idari işlem niteliğinde olmadığı anlamına gelmez.¹¹ Nitekim, 1961 Anayasası'nın 54., 1982 Anayasası'nın 66. maddesinde yer alan *“vatandaşlıktan çıkarma ile ilgili karar ve işlemlere karşı yargı yolu kapatılmaz”* hükmünün ayrı bir maddede düzenlenmiş olması, vatandaşlıktan çıkarma kararlarının hukuki niteliğini değiştirmez.¹² Gerek 129/3., gerekse 66. maddede yer alan ifadeler, yargı denetimi güvencesinin yeniden vurgulanması mahiyetinde görülebilir.¹³ Keza, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini doğrudan etkileyen nitelikleri nedeniyle –disiplin kararlarında olduğu üzere– güvenceleri somutlaştıran ceza hukuku yargılaması ilkelerinin geçerli kılınması da, işlemlerin hukuki niteliği üzerinde etkili değildir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125. maddesine göre *“uyarma, memura, görevinde ve davranışlarında daha dikkatli olması gerektiğinin yazı ile bildirilmesi”*; kınama ise *“memura, görevinde ve davranışlarında kusurlu olduğunun yazı ile bildirilmesi”* dir. Her iki işlem türünün de, *“manevi dünya hariç”*, *“hukuk dünyasında sonuç doğuran, menfaat etkileyen”* kararlar olmadığı görüşüne¹⁴ karşılık öncelikle *“hukuk dünyasında sonuç doğurmak”* ile *“menfaat ihlali”* nin aynı anlama gelmediği belirtilmelidir. İlki, işlemin kimliği yani iptal davasının objektif koşulu, ikincisi ise ilgilinin işlem karşısındaki hukuki konumu yani iptal dava-

¹⁰ Anayasa Mahkemesi, E: 1963/114, K: 1963/190, k.t: 12.7.1963, AMKD, sayı 2 (1971), s. 31-34.

¹¹ Tekin Akıllıoğlu, *Yönetim Önünde Savunma Hakları*, Ankara, TODAİE, 1983, s. 157.

¹² A. g. e., s. 157.

¹³ A. g. e., s. 157.

¹⁴ Gözler, *İdare Hukuku*, s. 710.

sının sübjektif koşulu ile ilgilidir.¹⁵ Öte yandan, idari yargıda “*menfaat*” kavramının son tanımlanacağı ölçüt, ekonomik zarara uğramış olma durumu olsa gerektir. İptal davası ile amaçlanan, idari işlemlerin hukuka uygunluğunun yargı yolu ile denetlenmesidir. Tam da bu nedenle, hak ihlalinin farklı olarak “*ciddi ve makul alaka*” olarak tanımlanan menfaat ihlalinin dar yorumlanmaması gerektiği ifade edilmekte ve “ihlal edilen menfaatin herhalde maddi ve ekonomik nitelikte olması gerekmediği gibi, mahkemelerce hak ihlali gibi düşünülmesi, en başta iptal davalarının objektif niteliği ile bağdaşmaz” nitelikte bulunmaktadır.¹⁶ 657 sayılı yasanın 125. maddesinde – “*özürsüz veya izinsiz olarak göreve geç gelmek, erken ayrılmak, görev mahallini terk etmek*”, “*devlete ait resmi araç, gereç ve benzeri eşyayı özel işlerinde kullanmak*”, “*iş arkadaşlarına ve iş sahiplerine söz veya hareketle sataşmak*” gibi- hangi fiil ve hallerde uyarma ve kınama cezalarının verileceği sayılmıştır.¹⁷ Bu hallerin herhangi birine dayanan bir uyarma ya da kınama cezası, görüş bildiren, danışma veya hazırlık çalışması niteliğinde yahut idarenin iç işleyişi ile ilgili kararlardan olmadığı gibi, kamu görevlisinin kimi fiil ya da durumlarının bir disiplin yaptırımı ile karşılanması, insan kişiliği ve insan onuru kavramlarının dışında düşünülemez. Aylıktan kesme cezasında, nasıl ki yaptırım görünüşte maddi bir menfaatten yoksun bırakma biçiminde ortaya çıkıyorsa, uyarma ve kınama cezalarında yaptırım manevi kişilik üzerinde gerçekleşmektedir. Her ikisinin ortak yönü ise, cezanın özü olarak üzücü ve acı verici nitelikleridir.¹⁸

Anayasa'nın 90. Maddesine Yapılan Ekleme

Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına 7.5.2004 tarih ve 5170 sayılı kanunla eklenen cümleye göre:

¹⁵ Celal Erkut, “İdari Davaya Konu Olabilecek Kesin ve Yürütülebilir İşlem Kavramı”, 1. Ulusal İdare Hukuku Kongresi, Birinci Kitap, İdari Yargı, Ankara, 1990, s. 111.

¹⁶ Danıştay, İDDGK, E: 1989/430, K: 1990/18, k. t: 2.2.1990, *Danıştay Dergisi*, sayı. 80, s. 111 vd.

¹⁷ Sayılan bir dizi nedene ek olarak, 125. madde, “yukarıda sayılan ve disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve hallerde nitelik ve ağırlıkları itibarıyla benzer eylemlerde bulunanlara da aynı neviden disiplin cezaları verilir” hükmünü içermektedir. Oysa “yasallık ilkesi”nin, istisna tanımaksızın idari yaptırımlar için de geçerli olması gerekir. Kamu görevlilerinden, ne olduğunu bilmedikleri “benzer eylemlerde” bulunmama davranışına ilişkin ve yaptırım tehdidi içeren bir beklenti, hukuk devleti kavramının dışındadır.

¹⁸ İl Han Özyay, *İdari Yaptırımlar*, İstanbul, İÜHF Yayınları, No: 691,1985, s. 23.

“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.”

Maddenin son fıkrasının ekleme yapılmadan önceki hali, usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu ve bunlar aleyhine Anayasa’ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamayacağı hükümlerinden ibaretti. 1961 Anayasası’nda da benzer şekilde düzenlenen ve 1982 Anayasası’nın ilk halinde yer alan bu hüküm, uluslararası antlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yerine ilişkin, farklı hukuksal değerlendirmelerin konusunu oluşturmuştu.¹⁹ Öğretide, antlaşmaların kanunlarla eşit derecede bağlayıcılığa sahip olduğu görüşü kadar,²⁰ “Anayasa’ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz” kuralı ve özellikle insan haklarına ilişkin sözleşmelerin niteliği dayanak kılınarak antlaşmaların kanunun üstünde,²¹ anayasal değerde²² ve Anayasa’nın üstünde²³

¹⁹ Belirtmek gerekir ki, söz konusu hükmü, antlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yerini belirleyen değil, salt ve bundan bağımsız olarak herhangi bir iç hukuk işlemine gerek olmaksızın kanunlar gibi doğrudan uygulanabilir niteliğini gösteren bir hüküm olarak okuyan görüşler mevcuttur (Mesut Gülmez, *İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa, m. 90/son)*, Ankara, TBB-İHAUM Yayınları, 2005, 55-56; İbrahim Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri*, 2. B, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2005, 404; Necmi Yüzbaşıoğlu, *İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa, m. 90/son)*, Ankara, TBB-İHAUM Yayınları, 2005, 84). Buna göre, antlaşmaları “kanun hükmünde” olarak niteleyen kuralın amacı, “sözleşmenin iç hukukla bütünleştirilmesi (ni)... onaylanan sözleşmenin, iç hukukta yasalar gibi bağlayıcılık kazandığını, iç hukuka girdiğini, onun ayrılmaz parçası olduğunu” göstermektir (Mesut Gülmez, *İnsan Haklarında, Uluslararası İhtilafın Ulusalüstünlüğe Geçiş Süreci ve Türkiye’de Durum*, *Sivil Toplum*, 04/13-14, Ocak-Haziran 2006, s. 91-92).

²⁰ Seha L. Meray, *Devletler Hukukuna Giriş*, C. 1, Ankara, 1968, s. 132; Tahsin Bekir Balta, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye”, *Türkiye’de İnsan Hakları*, Ankara, 1970, s. 278; Hüseyin Pazarıcı, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, Ankara, AÜSBF Yayınları, No: 542, 1985, s. 31; Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2005, s. 381

²¹ Mümtaz Soysal, “Anayasa’ya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler”, *Anayasa Yargısı*, S. 3, 1987, s. 15-17

²² Edip Çelik, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulanması”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, S.1-3, 1988, s. 52; Tekin Akıllıoğlu, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İç Hukukumuz”, *AÜSBFD*, No: 3-4, s. 173.

²³ A. Şeref Gözübüyük, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı”, *İnsan Hakları Yıllığı*, 35. Yıl, C. 9, Ankara, 1987, s. 3; Mesut Gülmez, “Sözleşmeli Personel, Anayasa ve Uluslararası Kurallar”, *AİD*, C. 21, Sayı 4, Aralık 1988, s. 40-43.

bağlayıcılığa sahip olduğu görüşleri de yer almaktaydı. Gelineen noktada, tartışma, en azından temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yeri açısından netleşmiş görünmekle birlikte, bu, iki nedenle sadece görünüştedir: Birincisi, önceki tartışmanın argümanlarıyla bağlantılı olarak değişiklik, farklı içeriklerde değerlendirilmektedir ya da değerlendirilebilir. İkincisi, 90. maddenin değişik metni, bizzat kendisi bir dizi soru ve sorunu içinde barındırmaktadır.²⁴

2004 Mayıs değişikliği öncesi, uluslararası antlaşmaların (ve insan haklarına ilişkin olanların) kanuna eşdeğer bağlayıcılığa sahip olduğunu savunan görüş açısından değişiklik, kendisine özel bir konum atfedilen temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşma ile kanun hükmünün çatışması durumunda, “*önceki kanun-sonraki kanun*”, “*özel kanun-genel kanun*” araştırması söz konusu olmaksızın, ilkinin uygulanacağı anlamına gelmektedir. Yani, uluslararası antlaşmalar kanunla eşdeğer bağlayıcılığa sahip olmaya devam etmekte, temel hak ve özgürlüklere ilişkin olanlar ise yasa üstü bir konuma yerleştirilmektedir.²⁵ Bu değerlendirmenin mantıki sonucu, aynı ilişkinin, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar ile Anayasa arasında kurulmasının mümkün olmadığıdır. Zira maddenin yeni halinde, temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaların “*kanunlarla*” çatışması olasılığı düzenlenmekte, antlaşmaların “*anayasa üstü*” olduğuna dair bir belirleme yapılmamaktadır. Kaldı ki antlaşmaların Anayasal ya da Anayasa üstü bir değere sahip olması durumunda, normlar hiyerarşisi gereği kanunla “*çatışma*” halinden değil bir “*aykırılık*” tan bahsedilebilirdi.²⁶ Nitekim Kaboğlu’na göre:

²⁴ Konumuzla ilgili olarak düzenlemenin içeriği açısından sorunlar, hangi antlaşmaların temel hak ve özgürlüklere ilişkin sayılacağı (Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, 9. B., Ankara, Beta, 2004, 12); bu soruya verilecek yanıtla ilgili olarak, madde metninde geçen “temel hak ve hürriyetler”in, taraf olunan tüm uluslararası sözleşmelerin içerdiği insan hak ve özgürlüklerini mi kapsayacağı, yoksa sadece Anayasa’da güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerle mi sınırlı olacağı ve “aynı konuda farklı hükümler”in var olduğunun nerede ve nasıl saptanacağıdır (Mesut Gülmez, “Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri”, *TBB Dergisi*, Sayı: 54, 2004, s. 153.

²⁵ Hüseyin Pazarıcı, *İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Anayasa m. 90/son)*, Ankara, TBB-İHAUM Yayınları, 2005, s. 159.

²⁶ Madde metninde “çatışma” değil, “aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklar” ifadesi geçse de, söz konusu olanın temel hak ve öz-

“...*(Bu düzenlemeyle gerçekleşen), 90. madde uyarınca kanunla onaylanarak yürürlüğe giren uluslararası antlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yerinin çerçevesinin belli ölçülerde çizilmiş olmasıdır. Bu nedenle, maddeye eklenen son cümle, öğretide öne sürülen görüşler arasındaki zıtlığı törpüleyici yöndedir. Bu yön, uluslararası antlaşmaların yasa düzeyinde olduğu görüşünü destekler niteliktedir. İnsan haklarına ilişkin uluslararası belgeler, diğerlerinden ayrılarak yasa-üstü bir konuma yerleştirildiklerine göre, diğerleri için böyle bir statü söz konusu olmayacaktır.*”²⁷

İnsan haklarına ilişkin uluslararası andlaşmaların - özellikle “ulusalüstü” niteliğiyle “uluslararası” insan hakları hukukundan ayırt edilen; yani “doğrudan etki” doğurur ve “iç yargı yerlerince korunması gereken bireysel haklar” yaratır özellikleriyle, AB hukuk düzeni²⁸- Anayasa üstü nitelikte olduğu görüşü açısından her ne kadar,

“... *Anayasa koyucununun, kurallar sıralamasında uluslararası antlaşmaları Anayasa ile yasalar arasına yerleştirdiği düşünülebiyecek*” ise de, “... *bu dar ve sözel yorum, öncelikle Anayasa’nın 2. ve 2001’de değiştirilen 14. maddesiyle bağdaşmaz. Gerçekten de, demokratik ve Laik Cumhuriyet’in ‘insan haklarına saygılı ve dayalı’ olması, Anayasa’dan daha elverişli ve ileri haklar ve güvenceler öngören uluslararası antlaşmaların üstün tutulmasını gerektirir. Bu yükümlülük, Anayasa’nın öngördüğü kurallara uygun olarak onaylayıp taraf olduğumuz uluslararası sözleşmelerin, Cumhuriyet’in saygılı ve dayalı olduğu, varlık nedenini oluşturduğu ve üzerine yaslandığı insan haklarını tanımış olmasının doğal bir sonucudur. Aykırı kuralları Anayasa’da sürdürerek insan hakları sözleşmeleriyle bağdaşmayan kuralların korunması ve insan haklarıyla ilgili uluslararası antlaşmaların yalnızca çelişik kurallar içeren yasalar karşısında öncelikle uygulanması, ek cümleyle yapılan düzenlemenin amacına aykırı düşer ve bu düzenlemenin uygulama alanını daraltır.*”²⁹

Nitekim Gülmez, uluslararası antlaşma ile çatışan kanundaki kuralın Anayasa’da da yer alması ve uyumsuzluğun değişik 90. maddede

gürlükler lehine sonuçlandırılması gereken bir çatışma/çelişme olduğu açıktır. Bu nedenle, kanun hükmünün daha “ileri” bir hüküm öngörmesi durumunda, uluslararası sözleşmenin uygulanması düşünülemez (Gülmez, 156; İbrahim Kaboğlu, “Hukuka Yeni Düzenleme”, *Radikal internet baskısı*, 26/7/2004, s. 2). Fakat burada da, “ileri” değerlendirmesinin kıstası nedir sorusu ortaya çıkmaktadır. Daha çok güvence ölçütü mü, yoksa daha az sınırlama ilkesi mi? (a. g. y., s. 2). Yazara göre, “sınırlandırmada daha az sınırlama getirilen hüküm esas alınmalıdır”.

²⁷ Kaboğlu, a. g. m., s. 3.

²⁸ Gülmez, “İnsan Haklarında, Uluslararasılıktan ...”, s. 85.

²⁹ Gülmez, “Anayasa Değişikliği Sonrasında...”, s. 155.

hükme bağlandığı üzere uluslararası antlaşma hükmü esas alınarak çözülmesi durumunda, “*bu durum sonuç olarak antlaşmanın Anayasa’ya üstün tutulmuş olması anlamına gelmez mi?*” sorusunu sormaktadır.³⁰ Fakat bu olasılık, Anayasa’ya aykırı antlaşma hükmünün kanun karşısında mutlak olarak uygulanması öncülüne dayandığından, “*her iki Anayasa normu (90. madde ve ilgili Anayasa hükmü) arasında bir öncelik-sonralık sıralaması yapılabilirliğini sağlayan nedir*” sorusunu akla getirmektedir.

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası bir antlaşma ile kanun hükmünün çatışması durumunda Anayasal açıdan çeşitli olasılıklar söz konusu olabileceksin de,³¹ asıl sorunu oluşturan, antlaşma ile kanunun çatıştığı alanda, Anayasa’nın kanunla açıkça uyumlu bir düzenlemeye sahip olması yani antlaşma-Anayasa çatışmasıdır.³² Bu halde dahi uyuşmazlık, Anayasa’ya uygun olmayan antlaşma hükmü esas alınarak giderilebilir mi? Bu soruya iki türlü yanıt geliştirmek olanaklıdır: İlk, 90. madde ile antlaşma ve kanunların aynı konuda farklı hüküm içermesi durumunda antlaşmaların esas alınacağı hükme bağlandığına göre, mahkemelerin, 90. maddeyi uygulaması Anayasal bir zorunluluktur görüşü savunulabilir. Bu durumda kuşkusuz yargı organı, Anayasa’ya aykırılık sorunu olduğu düşüncesinde ise, ne antlaşmayı Anayasa Mahkemesi önüne götürebilir, ne de Anayasa’ya uygun olduğunu düşündüğü ancak “*ihmal*” etmek durumunda bulun-

³⁰ Gülmez, *a. g. e.*, s. 151.

³¹ İlk olasılık, Anayasa ile andlaşmanın uyumlu olması fakat andlaşma ile kanunun çatışmasıdır ki, bu durumda yeni 90. madde gereği andlaşma hükmü uygulanacaktır. Bu halde Anayasa’ya aykırı kanunun nasıl bir prosedürle hukuki incelemenin konusu yapılacağı tartışmalıdır. Anayasa’nın 152. maddesine göre, “*itiraz yolu*”na başvurmak isteyen bir mahkemenin, 90. madde gereği “*ihmal*” ettiği (ya da edeceği) kanun hükmü nedeniyle itiraz yolunu kullanması mümkün müdür? Başka bir ifadeyle, andlaşma hükmü karşısında uygulanmayacak olan kanun hükmü, 152. maddede ifade edildiği üzere “*o davada uygulanacak kural niteliği*”ne sahip midir? İkinci olasılık, Anayasa’nın açık bir düzenlemeye sahip olmadığı bir konuda andlaşma ile kanunun çatışmasıdır ki, bu halde de yeni 90. madde gereği andlaşma hükümleri esas alınarak uyuşmazlık giderilmelidir. (Necmi Yüzbaşıoğlu, “*Mayıs 2004’te Anayasa’nın 90. Maddesine Eklenen Hükmüne Türk Anayasallık Blokuna Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme*”, *Bülent Tanör Armağanı*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2004, 798).

³² Kastedilen, örneğin uluslararası andlaşmanın Anayasa’dan daha ileri bir düzenlemeye sahip olması değildir. Bu durum da yoruma muhtaç olmakla birlikte, Anayasa’da yer alan “*insan haklarına saygılı devlet*” (m. 2) tanımı, Anayasayı andlaşmaya uygun yorumlama olanağı sunmaktadır. Kastedilen, Anayasa’nın içerdiği bir normun, açık olarak andlaşma ile çatışması olasılığıdır.

duğu kanun hükmünü. Aynı nitelikteki bir kanunun iptal davası yolu ile Anayasa Mahkemesi önüne götürülebileceğini düşündüğümüzde ise, öncelikle temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların anayasallık blokuna dahil olduklarının kabulü gerekir.³³ Kanunca geçerli olan ikinci olasılıkta ise, uluslararası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu kuralı halen Anayasa'da yer aldığına; madde 90/son ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar yasa üstü/Anayasa altı bir düzeyde tanımlanabileceğine ve 90. maddede antlaşmaların Anayasa'ya üstünlüğü ilkesi kabul edilmediğine göre, Anayasa'ya aykırı antlaşma hükmü uygulanamaz görüşü ileri sürülebilir. Zira 90. madde gereği, kanun hükmü karşısında uluslararası antlaşma hükmünün uygulanmasının nedeni, uluslararası antlaşmaların Anayasa üstü bağlayıcılık değerine sahip olması değil, 90. maddede eklenen cümlede somutlanan bir Anayasa normudur ve çatışan her iki Anayasa normu arasında hiyerarşik bir ilişki yoktur.³⁴ Ancak bu olasılığın da, Anayasa'ya aykırılık sorununu çözmeye yetkili tek mahkemenin Anayasa Mahkemesi olması karşısında farklı sorunları beraberinde getireceği açık görünüyor.³⁵

³³ Özbudun'a göre, "Anayasa Mahkemesi'ne, bir kanunu bir milletlerarası andlaşma-ya aykırılık gerekçesiyle iptal etme yetkisi tanınmadığına göre, milletlerarası andlaşmalar, bu değişiklikten sonra da Anayasallık blokunun bir parçası haline gelmiş değildir. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin de diğer bütün mahkemeler gibi, önüne gelen bir olayda, milletlerarası andlaşmalara aykırılığını saptadığı bir kanunu ihmal etme yetkisi vardır" (*Türk Anayasa Hukuku*, s. 381).

³⁴ "Anayasa'da, genel nitelikteki belirli konuları düzenleyen kurallar yanında belirli konuları düzenleyen özel kurallar da vardır. Bilindiği üzere, bir konu, kendine özgü kurallarla düzenlenmemişse sorunların çözümünde genel kurallara gidilir, şayet o konuda özel düzenlemeler varsa ve bu düzenlemeler açık seçikse artık genel kurallara başvurulması düşünülemez. Anayasa kural ve ilkeleri, etki ve değer bakımından eşit olup hangi sebeple olursa olsun birinin ötekine üstün tutulmasına olanak bulunmadığından, bunların bir arada ve hukukun genel kuralları göz önünde tutularak uygulanmaları zorunludur. (...) Anayasa'da yer alan bu ve bunun gibi belli bir konuya ilişkin kuralların Anayasa'da varolan genel ilkelerden ayrı nitelikte olduklarına bakılarak Anayasa'ya aykırılıklarından söz edilemeyeceği şüphesizdir ve Anayasa'da belli bir konuyu düzenleyen özel ilke varken o konuyu da kapsamı içine alabilecek nitelikte bir genel ilke bulunsa bile onun değil konuya özgü Anayasa ilkesinin uygulanması gerekmektedir". Anayasa Mahkemesi, E: 1990/32, K: 1990/25, k.t. 16.10.1990, *AYMKD*, C. 26, S. 429.

³⁵ Yüzbaşıoğlu'na göre, "Sözleşme'nin ihmal edilip Anayasa'nın uygulanması alternatifinde, ulusal yargı yerleri tüketildiğinden, sorunun son çözümü, varsa ulusüstü ya da uluslararası yargı yerlerine bırakılmış olacaktır. Bu durumda, ancak, bu yargı yerleri, Sözleşme'nin uygulanmasını ve bu şekilde kurallar kademelenmesinde ulusüstü/uluslararası hukukun ulusal hukuka üstünlüğünü sağlayabileceklerdir" (Bülent Tanör/Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 *Anayasası'na göre Türk Anayasa*

Danıştay Birinci Dairesi yeni bir kararında,³⁶ Tüm Belediye ve Yerel Yönetim Hizmetleri Emekçileri Sendikası ile sözleşme yapılarak memur statüsünde çalışan personele 657 sayılı yasada yer almayan bir takım ödemeler yapılmasının kararlaştırılmasını konu alan İşçileri Bakanlığı kararının soruşturma izni verilmesine ilişkin kısmının kaldırılmasına, "ILO'nun 87, 98 ve 151 sayılı sözleşmeleri ve Avrupa Sosyal Şartı hükümlerinin Anayasa'nın 53 ve 90. maddeleri uyarınca değerlendirilmesi sonucu" gerekçesiyle karar vermiştir. Kuşkusuz bu yönde verilen bir karar, öncelikle ILO sözleşmelerinin temel hak ve özgürlüklerle ilişkin sözleşmelerden ve Anayasa'nın "sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler bölümü"nde yer alan ve 53. maddesinde düzenlenen "toplular iş sözleşmesi hakkı"nın, 90. madde kapsamındaki temel hak ve özgürlüklerden sayılmasını gerektirir. İkinci olarak, Anayasa'nın 53. maddesinin konuyla ilgili 3. fıkrasının, kamu görevlileri sendikalarının "toplular sözleşme" esaslarına tabi olmayacağına ilişkin hükmü karşısında, ILO sözleşmeleri ve Avrupa Sosyal Şartı hükümlerinin kararda esas alındığı anlaşılmaktadır.³⁷ Buna karşılık, çalışmanın da konusunu oluşturan Danıştay Onikinci Dairesi kararının gerekçesi, uyarma ve kınama cezalarına karşı anayasal ve yasal olarak yargı denetiminin mümkün olmadığıdır.

Aşağıda gerekçelerine yer verilecek olan [ve diğer hususlar saklı kalmak üzere] idare mahkemesinin kınama cezasını iptal kararı karşısında, Danıştay Onikinci Dairesi'nin dayandığı gerekçe yanlıştır. Yanlışlığı, Ankara Beşinci İdare Mahkemesi tarafından savunulduğu gibi, özellikle 90. maddede yapılan değişiklik sonrası, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların Anayasa normu karşısında üstünlüğü değildir. Zira yeni 90. madde ile olayda uygulanan normun dayanağını oluşturan 129. madde hükmü, her ikisi de birer

Hukuku, 4. B, İstanbul, YKY, 2002, s. 492).

³⁶ Danıştay 1. Daire, E. 2005/1067, K. 2005/1363, k.t. 17.11.2005, *Danıştay Dergisi*, Yıl: 36, Sayı: 111, 2006, s. 34 vd.

³⁷ Gülmez'e göre, "öngördüğü yasaklama amacını gerçekleştiremeyen" Anayasa'nın 53/1 ve 2 ile 54. maddeleri, "toplular sözleşme ve grev haklarının kamu görevlilerine ve sendikalarına yasaklandığı anlamına gelmez. Çünkü bu kurallar, 'çalışanlar'ın değil 'işçiler'in toplular sözleşme ve grev haklarını anayasal güvenceye almıştır. Kamu görevlileri sendikalarının bu kurallara bağlı olmadığı belirtilmesinden, anılan hakların onlara yasaklandığı sonucuna ulaşılamaz. Ancak ek fıkranın, özellikle toplular sözleşmeyi nesnel ve bağlayıcı kurallar içeren bir toplular iş sözleşmesi ile sonuçlanan süreç olarak düzenlemediği de açıktır". Mesut Gülmez, *Kamu Görevlileri Sendika ve Toplular Görüşme Hukuku*, Ankara, TODAİE, 2002, s. 185.

anayasal norm olarak, eşit bağlayıcılık gücüne sahiptirler. Burada belirleyici olan, yukarıda da vurgulandığı üzere 129/3 hükmünün biri emreden, diğeri yetki veren iki noktayı içermesidir: Normun emredici yönü, disiplin kararlarının yargı denetimi dışında bırakılamayacağı, yetki veren yönü ise uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışında bırakılabileceğidir, ama bırakılmaya da bilir(di). 657 sayılı yasa ise tercihini, söz konusu kararları yargı denetimi dışında bırakmak yönünde kullanmıştır. Keza, tercih tam tersi yönde olsa idi, Anayasal bir sorun oluşmaz; özellikle 13. madde ölçütleri arasında yer alan “*demokratik toplum düzeninin gerekleri*” ve “*ölçülülük*” ilkesi göz önüne alındığında, tam da olması gereken bir yasal durum söz konusu olurdu. Yani, somut olayda çatışma, Anayasa normu ile uluslararası antlaşma hükmü arasında değildir; tam da değişik 90. maddede öngörüldüğü üzere antlaşma hükmü ile yasa arasındadır. Bu noktada çatıştığı düşünülen antlaşma hükmünün, yasal düzenlemenin konusunu kapsayıp kapsamadığı sorusunun değerlendirilmesi gerekir.

İlk Derece Mahkemesinin Kararı ve Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme Açısından Adil Yargılanma Hakkı

Ankara Beşinci İdare Mahkemesi'nin hakkında “*bozma*” hükmü verilen karara göre, davanın konusunu oluşturan kınama cezasına ilişkin idari işlemin yargısal denetim dışında olmasının değerlendirileceği hukuksal zemin, “*adil yargılanma hakkı*”, “*hak arama özgürlüğü*” ve Anayasa'nın 90. maddesinde yapılan değişikliklerdir.³⁸ Mahkeme, farklı uluslararası bildirge ve sözleşmelere ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin üç ayrı kararına atıfla,³⁹ disiplin cezalarının yargı de-

³⁸ Ankara 5. İdare Mahkemesi, E. 2003/1796, K. 2004/1212, k. t. 29.6.2004 (Yayımlanmamış).

³⁹ İdare Mahkemesi'nin atıf yaptığı AİHM kararları, Hakansson ve Stuesson-İsveç, Pudas-İsveç ve Zander-İsveç kararlarıdır. Ancak her üç kararın da ortak özelliği, idare tarafından tesis edilen ve ihlalin konusunu oluşturan hakkın, AİHM tarafından “*medeni hak ve yükümlülük niteliğinde*” görülerek 6. madde kapsamında değerlendirilmesidir. Sırasıyla “*mamelek ile ilgili olan idari kararlar*”, “*bir meslek, sanat veya iktisadi bir faaliyetin yürütülmesi ile ilgili idari kararlar*” ve “*idarenin kusurundan doğan zararın tazminine ilişkin uyuşmazlıklar*” grubunda olan bu kararlar, idare tarafından tesis edilmekle birlikte fakat ekonomik sonuçları olduğu oranda söz konusu hakların 6. madde kapsamında değerlendirildiği anlamına gelmektedir ki, AİHM'nin bu yönde yerleşik bir içtihadı zaten vardır (Feyyaz Gölcüklü, A. Şeref Gözübüyük, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 1.B, Turhan Kitabevi, Ankara, 1994, s. 271). Bu halde uyarma ve kınama cezalarının yargı dene-

netimi dışında bırakılmasının “hak arama özgürlüğü” açısından sorun oluşturduğunu ifade etmektedir. Uluslararası antlaşmalar hakkında Anayasa Mahkemesi’ne başvurulamayacağı kuralını, antlaşmaların Anayasa üstü değere sahip olması şeklinde yorumlayan öğretiy görüşüne atıfla mahkeme, 90. maddede gerçekleştirilen değişikliğin, bir yandan yargı yerlerinin yanı sıra yasama ve yürütme organını da bağladığını, öte yandan salt iç hukukta yer alan temel hak ve özgürlükleri değil uluslararası antlaşmalarda yer alan temel hak ve özgürlükleri de kapsamı içine aldığı vurgulamaktadır. Yani, “uluslararası insan hakları hukukunun anlaşma, sözleşme, şart, pakt gibi belgelerce tanıdığı ve güvenceye aldığı tüm insan hakları bu güvence altındadır.” Mahkeme bu değerlendirmelerinden hareketle, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin 14. madde hükmü ile 657 sayılı kanunun düzenlemesini, “adil yargılanma hakkı” bakımından karşılaştırma yoluna gitmiş;

“uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yolunu kapayan iç hukuk kuralları yerine, adil yargılanma hakkı, hak arama özgürlüğü ve mahkemeye başvurma hakkı ilkeleri doğrultusunda dava açılması gerektiğini kurala bağlayan Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi’nin 14. maddesinin uyuşmazlıkta esas alınması suretiyle davacıya ... verilen kınama cezasına karşı dava açılabileceği kanaatiyle” diyerek, esas hakkında incelemeye geçmiştir.

Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin⁴⁰ (MSHS) 14. maddesinin ilk fıkrasına göre:

“Herkes mahkemeler ve yargı organları önünde eşittir. Herkes bir suçla itham edildiğinde ya da bir hukuk davasında hak ve yükümlülükleri hakkında karar verilirken, yasalar uyarınca kurulmuş yetkili, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde adil ve kamuya açık bir duruşma hakkına sahiptir. Demokratik bir toplumda ahlak, kamu düzeni ya da ulusal güvenlik gerekçeleriyle ya da tarafların özel hayatları bunu gerektirdiğinde, ya da özel durumlarda, mahkeme açıklığın adalete zarar verdiği düşüncesine vardığı takdirde mahkemenin gerekli gördüğü ölçüde, basın ve dinleyiciler duruşmaların tümü ya

timi dışında tutulmasının, 6. madde kapsamında olup olmadığı sorusunun can alıcı noktası tam da bu yöndeki içtihat olduğundan, atıf yapılan kararların kullanıldıkları amaca uygun oldukları şüphelidir.

⁴⁰ 4.6.2003 tarih ve 4868 sayılı kanunla onaylanması uygun bulunan Sözleşme’nin beyanlar ve çekince ile onaylanmasına ilişkin 2003/5851 sayılı Bakanlar Kurulu kararı, 21 Temmuz 2003/25175 tarih ve sayılı *Resmi Gazete*’de yayımlanmış ve 23 Aralık 2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

da bir kısmının dışında tutulabilirler. Ancak, küçüklerin çıkarları aksini gerektirmedikçe, ya da duruşmalar çocukların vesayetine ilişkin evlilikle ilgili uyuşmazlıklar hakkında olmadıkça, ceza ya da hukuk davalarında verilecek herhangi bir kararın aleni olması zorunludur.”

Maddenin kalan altı fıkrasında, cezai suçlamalarda uyulması gereken ilkeler yer almaktadır.

Uyarma ve kınama cezalarının yargısal denetime tabi olmaması açısından yanıtlanması gereken ilk soru, adil yargılanma hakkının, mahkemeye başvurma hakkını içerip içermediğidir. Sözleşmenin uygulanmasını denetlemekle görevli İnsan Hakları Komitesi, 14. maddeye ilişkin Genel Yorum'da ifade edildiği üzere, mahkemeler önünde sahip olunan adil yargılanma hakkının, “mahkemeye başvurma hakkı” nı (equal access to court) içerdiği görüşündedir.⁴¹ Komiteye göre, mahkeme önünde eşitlik kavramı, mahkemeye başvuru hakkını öncelikle içine alır.⁴² Anni Äärelä ve Jouni Näkkäljärvi-Finlandiya başvurusunda temyiz mahkemesinin, davacıların, devlet ormancılık dairesinin yüklü miktardaki dava masraflarını ödemesine karar vermesi, başvurucuların mahkemeye erişiminin engellendiği gerekçesiyle adil yargılanma hakkının ihlali sayılmıştır.⁴³

Uyarma ve kınama cezalarının yargısal denetime tabi olmaması açısından yanıtlanması gereken ikinci soru, kamu görevlileriyle ilgili olarak statü hukukunun konusunu oluşturduğu ve idari tasarruf biçiminde ortaya çıkan işlemler bakımından, 14. maddenin ikinci cümlesinin uygulanabilir olup olmadığıdır. Bu, Ankara 5. idare mahkemesince uyuşmazlığın çözümünde, hükme esas olarak, neden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin “adil yargılanma hakkı” başlıklı 6. maddesinin değil de, 14. maddenin kullanılmış olabileceği sorusuna da yanıt olabilir.

Gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gerekse Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin her iki hükmü, Türkçe metinlerinde lafzi açıdan birbirine paralel görünmektedir: İlkinin 6. maddesinde, “herkes, medeni hak ve yükümlülüklerinin ya da kendisine isnat edilen herhangi bir

⁴¹ General Comment 13, parag. 3.

⁴² Angel N. Olo Bahamonde- Ekvator Gine (Başvuru No: 468/1991), para. 9.4, www.sim.law.uu.nl/SİM/CaseLaw (13.04.2006).

⁴³ Anni Äärelä ve Jouni Näkkäljärvi-Finlandiya (Başvuru No: 779/1997), para. 7.2, İnsan Hakları Komitesi'nin Emsal Kararları, Der. Raija Hanski, Martin Scheinin, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2005, s. 202.

suçun belirlenmesinde...” ifadesi yer alırken; ikincisinde, “herkes bir suçla itham edildiğinde ya da bir hukuk davasında hak ve yükümlülükleri hakkında karar verilirken...” ifadesi kullanılmaktadır.⁴⁴ Salt madde hükümlerinden yola çıkılarak varılacak sonuç, “adil yargılanma hakkı”nın, cezai ve medeni uyumsuzlukları kapsadığıdır.⁴⁵ 14. maddeye ilişkin Genel Yorum’un üçüncü paragrafında, taraf devletlerin 14. maddedeki usulleri sadece cezai suçlamalarla ilgili olarak değil, bir hukuk davasındaki hak ve yükümlülüklerin belirlenmesi sürecinde de uygulamaları gerektiği belirtilmekte, bu konularla ilgili hukuki düzenleme ve usullerin ise, devletten devlete büyük oranda değiştiği kabul edilmektedir. Komiteye göre bu durum, kendi iç hukuklarında “cezai suçlama” ve “bir hukuk davasındaki hak ve yükümlülükler” kavramlarını nasıl yorumladıkları konusunda taraf devletlerin, daha ayrıntılı bir bilgilendirme süreci içine girmelerini gerektirmektedir.⁴⁶ Genel Yorum’un konuya ilişkin üçüncü paragrafının, 14. maddenin kapsamına ilişkin herhangi bir ölçüt ya da belirleme sunmaması nedeniyle yapılan eleştirisi, bölgesel düzeydeki AIHS’in 6. maddesinin bile yorumuyla ilgili bir dizi sorun varken, kapsam olarak çok daha geniş olan sözleşmenin, 14. maddesinin yorumununun olağan olduğu yanıtıyla karşılanmaktadır.⁴⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin aksine, kapsam sorunu, Komite tarafından bir davada bütünlüklü olarak değerlendirilmemekle birlikte, önemli olan sözleşme kurallarını denetleyen organların normları nasıl yorumladıkları olduğundan, sorunun farklı başvurularda ne biçimde tartışıldığına bakmak gerekir.

Komite tarafından “bir hukuk davasındaki hak ve yükümlülükler” (suit at law) kavramı, maddi yaklaşımla ele alınarak, “14. maddenin birinci paragrafı, taraflardan birinin statüsünden çok, konu olan hakkın niteliğine

⁴⁴ Terimler, sözleşmelerin İngilizce versiyonunda, “civil rights and obligations” (AIHS m. 6) ve “suit at law” (MSHS, m. 14) olmak üzere farklı, Fransızca versiyonunda ise “droits et obligations de caractère civil” olmak üzere aynı sözcükle ifade edilmektedir.

⁴⁵ Nowak’a göre, yönetsel uyumsuzlukların sözel ve dar bir yorumla kapsam dışında bırakılması, her iki sözleşme için de merkezi öneme sahip “hukukun üstünlüğü” ilkesi ve hakkın içerdiği öz açısından kabul edilemez (Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights – CCPR Commentary*, Kehl, Strasbourg, Arlington, N. P. Engel, 1993, s. 242).

⁴⁶ *General Comment 13*, para. 2.

⁴⁷ Dominic McGoldrick, *The Human Rights Committee-its Role in the Development of the international Covenant on Civil and Political Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1994, s. 398.

dayanır” şeklinde formüle edilmektedir. *Y. L-Kanada* başvurusunda, eski bir ordu üyesinin maluliyet aylığı bağlanması talebi, “*bir hukuk davasındaki hak ve yükümlülüklerden*” sayılarak, hakkında kabul edilebilirlik kararı verilmiş, ancak Kanada hukuk sisteminin Federal Temyiz Mahkemesi’ne başvuru olanağını içerdiği gerekçesiyle başvuru reddedilmiştir.⁴⁸

Özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin adil yargılanma hakkına ilişkin 6. madde ile ilgili içtihadı göz önüne alındığında, maluliyet aylığına dair bir talebin, mamelek ile ilgili olması nedeniyle⁴⁹ “*bir hukuk davasındaki hak ve yükümlülüklerden*” sayılması anlaşılabilir. Komite, vergilendirme ve sığınma talebi gibi kamusal yönü ağır basan iki başvuru hakkında ise, konu bakımından yetkisizlik (*ratione materiae*) değil,⁵⁰ farklı gerekçelerle kabul edilemezlik kararları vermekle birlikte, bu gibi başvuruların 14. madde kapsamında olup olmadığı sorusunu yanıtızsız bırakmıştır: *I. P-Finlandiya* başvurusunda Komite, vergi konulmasıyla ilgili konuların “*bir hukuk davasındaki hak ve yükümlülükler*”den olup olmadığı hususunda karar verilmediğini; çünkü herhangi bir davada başvuru yapanın, vergi idaresi tarafından alınan kararlar ilgili iddialarını, ileri sürme hakkının yadsınmadığını ifade etmektedir. Başvuru yapanın, karara karşı daha yüksek bir yargı organına başvurma hakkının engellendiği iddiasına gelince; tartışılan sorun, “*14. maddenin konu bakımından yetkisine girse bile*”, “*yüksek bir yargı organına başvurma hakkının, cezai suçlamalarda söz konusu olabileceği*” gerekçesiyle, kabul edilemezlik kararı verilmiştir.⁵¹ *Kwame Williams Adu-Kanada* başvurusunda da Komite, mülteci statüsü verilmemesine ilişkin durum açısından 14. maddenin uygulanabilir olup olmadığı sorusunu yine yanıtlamamıştır. Başvuruyu, başvuru yapanın tarafsız yargı organı tarafından yargılanmadığı iddiasını kanıtlayamadığı gerekçesiyle kabul edilemez bulan Komite, sığınma başvurusunu, “*bu koşullarda Komite, başvuru yapanın sığınma iddiasına ilişkin kararın 14. maddenin 1. paragrafı anlamında ‘bir hukuk davasındaki hak ve yükümlülükleri’ kap-*

⁴⁸ Nowak, *U. N Covenant...*, s. 242-243.

⁴⁹ Gölcüklü, Gözübüyük, *Avrupa İnsan Hakları...*, s. 270.

⁵⁰ *Ratione materiae* (konu) bakımından aranan kabul edilebilirlik koşulu, Sözleşme tarafından kapsandığı kabul edilen bir hakka dayanan iddialar ile Sözleşme tarafından kapsanmakla birlikte ilgili hükmün dışında bırakılmayan konuları ifade etmektedir. *Emsal Kararlar*, s. 25.

⁵¹ *I. P-Finlandiya*, (Başvuru No: 450/1991), para. 6.2, www.sim.law.uu.nl/SİM/Case-Law (29.06.2006).

samında verilen bir karar olup olmadığına ilişkin sonuca varma gerekliliği içinde olmadığı” ifadesiyle karşılamıştır.⁵²

Kamu görevlilerinin taraf olduğu ve statü hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların konusunu oluşturduğu başvurular iki gruba ayrılabilir: Bunlardan ilki, idari işlem niteliğindeki göreve son verme kararları ile daha yüksek ya da farklı bir göreve atanma istemlerinin reddine dair kararlara ilişkin yargısal süreçlerin, 14. madde açısından ihlal oluşturduğu iddialarına dayanmaktadır. İkinci grubu ise disiplin kararları oluşturmaktadır.

Robert Casanovas-Fransa⁵³ davasında, itfaiye teşkilatında görevli olan başvurucunun görevine, yetersiz olduğu gerekçesine dayanan idari bir kararla son verilmiştir. Başvurucu, Nancy İdare Mahkemesi tarafından iptal kararı verilmesiyle görevine geri dönmüş, ancak idare tarafından alınan ikinci bir göreve son verme kararıyla karşılaşmıştır. Başvurucu, yeniden gittiği mahkemeden, davanın görülme tarihinin mümkün olan en kısa süre için kararlaştırılmasını istemekte, ancak mahkeme, özel koşulların söz konusu olmadığını ve iş yoğunluğunu gerekçe göstererek, talebi reddetmektedir. Bu arada, başvurucunun, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’na yaptığı başvuru, adil yargılanmaya ilişkin 6. maddenin, kamu görevlilerinin işten çıkarılmasına ilişkin idari kararları kapsamadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Komite ise, “14. maddenin birinci paragrafı, taraflardan birinin statüsünden çok, konu olan hakkın niteliğine dayanır” şeklindeki formülünü tekrarla, işten çıkarılma ile ilgili bir usulün 14. madde kapsamı içinde olduğunu ifade ederek, başvuruyu kabul edilebilir bulmuştur.

Munoz Hermoza-Peru başvurusunda da, görevine son verilmiş bir kamu görevlisi (polis) olan başvurucunun durumu Komitece 14. madde açısından değerlendirilmiştir:⁵⁴ Hiyerarşik üstüne hakaret ettiği gerekçesine dayanan idari bir karar sonucu görevinden (Guardia Civil) 1978 tarihinde geçici olarak uzaklaştırılan başvurucu, söz konusu suçlama nedeni ile çıkarıldığı mahkemece delil yetersizliğinden serbest bırakılmıştır. Bir Guardia Civil mensubunun, mahkumiyet hükmü ve Askeri Adalet Yüksek Konseyi tarafından verilen bir karar olmaksızın

⁵² Kwame Williams Adu-Kanada (Başvuru No: 654/1995), para. 6.3, *Emsal Kararlar*, s. 201.

⁵³ Robert Casanovas-Fransa (Başvuru No: 441/1990), para. 5.2, www.sim.law.uu.nl/SİM/Caselaw (29.6.2006).

⁵⁴ Munoz Hermoza-Peru (Başvuru No: 203/1986), *Emsal Kararlar*, s. 213-220.

işten çıkarılmayacağını gösteren yasa ve düzenlemeler ileri sürülmesine rağmen, 1984 tarihinde alınan yeni bir idari kararla başvurucunun görevine kesin olarak son verilmiştir. Başvurucu, tüm bu dönem içerisinde ilkin, görevine iade edilmesi talebiyle İçişleri Bakanlığı'na başvurmuş (5 Ekim 1978), fakat başvurusu 6 yıl sonra (29 Şubat 1984) reddedilmiştir. Bu idari karara karşı yaptığı başvuru da, *"aynı zamanda bir de yargısal hukuk yolunu işletiyor"* olduğu gerekçesiyle reddedilmiş (31 Aralık 1985); böylelikle idari inceleme, ilk başvurunun üstünden 7 yıl geçtikten sonra esasa girilmeksizin sona ermiştir. *"Şayet bazı ön yolların tüketilmesi zararı tamir edilemez kılmaya muktedir ise bu yolların tüketilmesi koşulu aranmaz"* hükmünü taşıyan amparo yasasına dayanan başvurucunun talebi, Cuzco İlk Derece Mahkemesi tarafından kabul edilmiş ve başvurucunun görevine iade edilmesi kararı verilmiştir (18 Mart 1985). Fakat aynı karar, Cuzco Üst Mahkemesi tarafından temyiz aşamasında, amparo başvurusu süresinin Mart 1983'te sona erdiği gerekçesiyle alınan tersi bir kararla karşılanmıştır. Ardından, davayı inceleyen Peru Yüksek Mahkemesi de, önceki idari inceleme tamamlanmadan amparo başvurusu yapılamayacağı gerekçesiyle davayı reddetmiştir (29 Ekim 1985). Başvurucu, başvurusunun 7 yıl bekletilmesinin kendi hatası olmadığını, inceleme sonuçlandırılmadığı sürece amparo başvurusu süresinin henüz işlemeye bile başlamadığını ifade etmektedir. Son olarak, Peru Anayasa Güvenceleri Mahkemesi, başvurucu Komiteye başvurduktan sonra, Peru Yüksek Mahkemesi'nin kararını bozmuştur (20 Mayıs 1986). Komite, Sözleşme'nin *"adil yargılanma hakkı"*na ilişkin 14. maddesinde geçen *"adil duruşma"* kavramının, *"adaletin sebepsiz yere gecikmeksizin yerine getirilmesini"* gerektirdiğini ifade etmektedir. İdari incelemenin, 7 yıl boyunca sonuçlandırılmamış ve başvurucunun yargısal süreci başlatmış olması nedeniyle reddedilmiş olması karşısında, 7 yıllık gecikme makul sayılamaz. Her ne kadar Peru Anayasa Güvenceleri Mahkemesi tarafından başvurucu lehine karar verilmiş olsa da, karardan sonraki iki buçuk yıl boyunca görev iadenin hala yapılmamış olması, makul sayılamayacak gecikmeyi pekiştirmiştir. Komiteye göre, *"bitmez tükenmez gibi görünen bu olaylar zinciri ve kararların bir türlü uygulanmaması, adil duruşma ilkesiyle bağdaşmamaktadır."*⁵⁵

İşten çıkarılma işlemlerinin 14. madde kapsamında değerlendirildiği bu kararların aksine, bir kısım başvuruda Komite, kabul edile-

⁵⁵ A. g. e., s. 219.

mezlik kararı vermiştir: *Janusz Kolanowski-Polonya* başvurusunda, polis teşkilatı içinde daha yüksek bir göreve atanma isteğinin, olumsuz bir idari kararın konusunu oluşturduğu başvuruda Komite, Casanova-Fransa davasından farklı olarak başvurucunun, ne işten çıkarıldığını ne de herhangi bir özel boş kadro için başvurduğunu ifade ederek, başvuruyu 14. madde açısından kabul edilemez bulmuştur.⁵⁶ Benzer olarak, Komite, *Savvas Karatsis-Kıbrıs*⁵⁷ başvurusunda, kamu hizmetinden çıkarılmanın değil, adli sistem içinde başka bir göreve atanmanın geri alınmasını konu alan başvuruyu, 14. madde kapsamı içinde görmemiştir. *Dimitar Atanasov Dimitrov-Bulgaristan* başvurusunda da,⁵⁸ talep ettiği “profesör” unvanının Yüksek Onay Komisyonu tarafından reddedilmesi nedeniyle yapılan başvuru, Kolanowski davasındaki gerekçeyle reddedilmiştir. Komiteye göre, Onay Komisyonu’nun başvurucunun adaylığını onaylama konusunda herhangi bir yükümlülük altında olduğunu ya da başvurucunun profesör unvanı alma konusunda herhangi bir hakka sahip olduğunu gösteren bilgi olmadığından, başvuru konu bakımından yetkisizlik nedeniyle kabul edilemez niteliktedir.

Kamu görevlilerine karşı alınan disiplin kararları ile ilgili başvurulara gelince, *Paul Perterer-Avusturya*⁵⁹ başvurusu, konuyla ilgili ulaşılabildiğimiz tek örnektir: Komite, taraf devletin, disiplin önlemlerinin konu bakımından 14. maddenin kapsamı dışında kaldığı şeklindeki itirazına karşı, 14. maddenin tarafların statüsünden çok, konu olan hakkın niteliğine dayandığı görüşünü tekrar etmektedir. Komiteye göre, kamu görevlilerine karşı alınan disiplin önlemleri, ne kendi başına ve zorunlu olarak bir hukuk davasındaki kişinin hakları ve yükümlülüklerini oluşturur ne de iç hukuktaki nitelemelerine bakılmaksızın cezai yapıda olan müeyyideler haricinde, disiplin işlemlerinin 14. maddenin 2. cümlesi anlamında bir cezai suçlama sayılması anlamına gelir. Yani, 14. maddenin kapsamına giren disiplin önlemleri, iç hukukta ister cezai, isterse idari olarak adlandırılınsın, nitelik olarak ceza yaptırımını ni-

⁵⁶ Janusz Kolanowski-Polonya (Başvuru No: 837/1998), para. 6.4, www.sim.law.uu.nl/SİM/Caselaw (29.6.2006).

⁵⁷ Savvas Karatsis-Kıbrıs (Başvuru No: 1182/2003), para. 6.3, www.sim.law.uu.nl/SİM/Caselaw (29.6.2006)

⁵⁸ Dimitar Atanasov Dimitrov-Bulgaristan (Başvuru No: 1030/2001), para. 8.3., www.sim.law.uu.nl/SİM/Caselaw (29.6.2006).

⁵⁹ Paul Perterer-Avusturya (Başvuru No: 1015/2001), para. 9.2, www.sim.law.uu.nl/SİM/Caselaw (29.6.2006).

teliğinde olanlardır. Somut olayda, her ne kadar işten çıkarma şeklindeki disiplin kararı bir mahkeme tarafından değil, disiplin komisyonu tarafından verilmişse de, disiplin önlemlerinin uygulanmasına karar vermekle görevli yargısal bir birimin, mahkeme önünde eşitlik ilkesini uygulamak zorunda olduğu ifade edilerek, başvuru hakkında kabul edilebilirlik kararı verilmiştir.

Kararların bütün olarak, 14. maddenin kapsamına ilişkin ölçütler geliştirilmesinde yeterli olmadığı açıktır. Verili bir davada, karar verme görevi sonuç olarak yetkili organlara ait olduğundan, Komite'nin soruna ilişkin kimi ölçütler geliştirdiği bir kararı henüz yoktur. Bununla birlikte, iki noktanın altı çizilebilir: İlki, herhangi bir ihlal iddiası, ister kamu ister özel hukuka dayansın; Komite iç hukuktaki sınıflandırmalara bağlı olmaması anlamında, 14. maddenin “bağımsız” niteliğini öne çıkarmaktadır. Ancak “hakkın niteliği” üzerine inşa edilen formül, belirlilikten ve nesnel bir içerikten yoksundur. Sorunla ilgili her olayda yinelenen bu ifade, belirli ölçütleri içermediğinden, genel bir sonuç çıkarmaya ve önceden kestirimde bulunmaya elverişsiz görünmektedir. İkinci olarak, Komite'nin 14. maddede geçen, “bir hukuk davasındaki hak ve yükümlülükler” ifadesini, “geniş” yorumlama eğilimi içinde olduğu söylenebilir.⁶⁰ Robert-Cazanovas ve Menuz Hermoza başvurularında, birer kamu görevlisi olan başvuruçuların statülerine son verilmesi işlemleri ile Paul Perterer başvurusunda, Disiplin Komisyonu tarafından verilen işten çıkarma şeklindeki disiplin kararı, 14. maddenin kapsamı içinde değerlendirilmiştir. Özellikle, Robert Cazanovas başvurusundaki kabul edilebilirlik kararının, aynı konuya ilişkin Avrupa İnsan Hakları Komisyonunca verilen ve kamu görevlilerinin işten çıkarılmasına

⁶⁰ Nowak, *U. N. Covenant...*, s. 242. Kuşkusuz “genişlik” nitelemesi, “neye göre geniş” sorusunu içerdiği ölçüde, ancak yapılacak bir karşılaştırma sonucu kullanılabilir. Konumuz açısından karşılaştırılan ise Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları olabilir. Bu yönde bir karşılaştırma çalışma sınırlarını aşmakla birlikte yine de, ikinci organın kamu görevlileriyle ilgili olarak 6. madde kapsamı açısından, hakkın mamelek ile ilgisi noktasına odaklandığı hatırlatılabilir (Gölcüklü, Gözübüyük, *Avrupa İnsan Hakları...*, s. 273). Örneğin, memurun maluliyet ödeneğinin kesilmesi, sözleşmeli memurun işine son verilmesi, emeklilik statüsünden kaynaklanan uyumsuzluklar, kamusal makamlar tarafından yapılmış olmakla birlikte, ilgilinin ekonomik durumunu doğrudan etkiler nitelikte değerlendirildiğinden, 6. maddenin kapsamı içinde görülmekte, buna karşılık kamu görevlisi statüsüne girme ve bu statüye son verme işlemleri kapsam dışında bırakılmaktadır.

ilişkin idari kararların, adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddede kapsamında görülemeyeceği şeklindeki kararına rağmen verildiği belirtilmelidir. Bir kamu görevinde yükselme ya da terfi işlemlerine ilişkin olumsuz kararlar ise kapsam dışıdır.

Bu kısmi sonuçlardan yola çıkarak, uyarma ve kınama cezalarına karşı yargı yoluna başvurulamamasının 14. madde kapsamında değerlendirilebilirliğine ilişkin olumlu ya da olumsuz yönde ve net bir kestirimde bulunmak mümkün değildir. Kanımca, sorunun 14. madde kapsamında değerlendirilmeyeceği şeklinde bir sonuca sahip olmak, Ankara 5. İdare Mahkemesi'nin işaret ettiği yön için yeterlidir. Konuyla ilgili, ölçütleri belirlenebilir bir Komite yorumunun var olmadığı bu koşullarda, özellikle AİHM içtihadı temel alınarak olumsuz bir sonuç çıkarılması doğru olmayacaktır.

Sonuç

Ankara Beşinci İdare Mahkemesi'nin Anayasa'nın 90. maddesi üzerine neredeyse altı sayfalık değerlendirmesi üzerine inşa edilen kararı, Danıştay Onikinci Dairesi'nce konuya ilişkin herhangi bir değerlendirme içermeyen ve bir cümleden ibaret "gerekçeli" karar ile karşılanmıştır. Bu nedenle çalışmada, kararın dayanabileceği olası gerekçeler tartışılmaya çalışılmıştır.

Uyarma ve kınama cezalarının yargı denetimi dışında tutulması, Anayasa'nın 129. madde hükmünün zorunlu sonucu olmadığından, olayda gerçekleşen temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası bir antlaşma ve yasa çatışması, Anayasa m. 90/son'un uygulanmasını gerektirir. Fakat söz konusu olan Anayasa'nın kesin olarak yargı denetimi dışında tuttuğu [*"Yüksek Askeri Şura Kararlarına karşı yargı denetimi kapalıdır"*] bir hükmüne ilişkin olsa idi, kanımızca, m. 90/son hükmü kullanılarak çatışma giderilemezdi. Bunun olması, ancak Anayasa yargısı da dahil, yargıcın uluslararası antlaşma karşısında Anayasa'yı ihmal etme yetkisine sahip olması durumunda söz konusu olabilir. Dolayısıyla Anayasa kısıntılarının aşılmasının yolu, ilgili hükümlerde yapılacak değişikliktir. Esasında "*Anayasa hükümleri yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları*" (m. 11) olduğundan, Anayasa m. 90/son'un yasama organını öncelikle kapsadığının kabulü gerekir.