**Additional Statement expanding on the complaints**

**Ad-Soyad**

# İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi Hakkında

1. Başvurucu olaylar bölümünde belirtildiği gibi süresi içinde idari yargıda davasını açmış; ancak bu davadan bir sonuç alamamıştır.
2. AİHM, Başvurucunun vakasına benzer bir şekilde bir KHK ile kamu hizmetinden çıkarılan Akif Zihni’nin yaptığı başvuruda iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle başvuruyu kabul edilemez bulmuştur (Zihni/Türkiye, no: 59061/16, 29.11.2016). Zihni kararında, AİHM idari yargı ve anayasal bireysel başvuru yollarının tüketilmesi gerektiğini saptamıştır. Köksal/Türkiye kararında ise başvurucunun Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu’na başvurmadığı için iç hukuk yollarını tüketmediğine karar vermiştir. (Köksal/Türkiye, no. 70478/16, 12.6.2017).
3. İşbu başvuru her iki karardaki olaylardan farklıdır. Bu nedenle, iç hukuk yollarının tüketilmesine gerek olmadığına karar verilmesi gerekmektedir.

## İdari Yargı Açısından

1. Danıştay, KHK ihraçları hakkında bir karar vermiş ve tüm başvuruları genel yetkili oldukları gerekçesiyle idare mahkemelerine göndermiştir (Danıştay 5. Dairesi; E. 2016/8136, K. 2016/4076). Bu kararın, ihraç edilen kamu görevlilerinin belirsizlik durumunu uzattığı açıktır. Ekte sunulan (EK-CD) yüzlerce farklı kararda görülebileceği gibi Türkiye’nin hemen her yerinde idare mahkemeleri, KHK ile kamu hizmetinden çıkarılanlar açısından esasa girmeden davaya bakmalarının mümkün olmadığına karar vermiştir.
2. Bu kararlara göre, her ne kadar bir yürütme organı tarafından yapılmış olsa da fonksiyonel anlamda **yasa niteliğinde olan KHK’lerin denetiminin idari yargı tarafından yapılması mümkün değildir**. Kararlar Türkiye’nin her tarafından gelmekte ve fakat tamamen aynı içerikte çıkmaktadır.
3. Onbinlerce kişi tarafından açılan davaların bir tanesinde bile iptal kararı çıkması bir yana, esastan inceleme kararı bile çıkmamış olması, bu hukuk yolunun etkili olmadığını açıkça ortaya koymaktadır. AİHM içtihadında açıkça belirtildiği üzere **iç hukuk yollarının tüketilmesi şartı aşırı bir formalizm içinde uygulanamayacağı gibi mutlak bir kural olarak da anlaşılamaz** (Kozacıoğlu/Türkiye, no. 2334/03, 19.2.2009, para. 40).
4. Aşağıda açıklanan Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonunun kurulmasını öngören 685 Sayılı KHK’nin Geçici 1. maddesinin 3. fıkrasına 690 Sayılı KHK ile şu hüküm eklenmiştir: “Bu dosyalar hakkında yargı mercilerince karar verilmesine yer olmadığına ve tarafların yaptıkları masrafların üzerlerinde bırakılmasına dosya üzerinden kesin olarak karar verilir, vekâlet ücretine hükmedilmez. Bu dosyalar, yeni bir başvuru şartı aranmaksızın incelenmek üzere Komisyona gönderilir”. Bu kural sonrasında idari yargıdaki davaların tamamı reddedilecektir.

**Anayasa Yargısı Açısından**

1. Anayasa’nın 148. maddesi “olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan **kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılamaz**” demektedir. Anayasa Mahkemesi, ana muhalefet partisinin iki OHAL KHK’si için yaptığı başvuruyu yetki bakımından reddetmiş; “*Anayasa’nın 121. maddesi uyarınca çıkarılan dava konusu KHK hükümlerinin, Anayasa’nın 148. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan “... olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılamaz.” hükmü karşısında, esasa geçilerek yargısal denetim yapılması mümkün değildir*” demiştir. (AYM, E. 2016/166, K. 2016/159; E. 2016/167, K. 2016/160, k.t. 12.10.2016). **Olağanüstü hal devam ettiği sürece**, ki buna yargısal bir denetim olmaksızın hükümet karar vermektedir, **Türkiye’de herkes hukuksal korumanın dışında kalmaktadır**.
2. Venedik Komisyonu, 6216 Sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 45. maddesinin 3. fıkrasındaki “*Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz*” hükmünü ve hükümetin bu konudaki açıklamasını hatırlatarak, başvuru yolunun kapalı olduğu kanaatini belli etmiştir.[[1]](#footnote-1)
3. Nitekim AYM de, **doğrudan yasama işlemi niteliğindeki işlemler aleyhine yapılan başvuruları kabul edilemez bulmaktadır** (Bkz. Umut Oran, B. No. 2014/18926, 22.1.2015; Arif Güneş, B. No. 2012/837, 5.3.2013). Yukarıda idari yargı bölümünde incelendiği üzere Türkiye’nin her yerinde idare mahkemeleri OHAL KHK’lerinin yasa niteliğinde olduğunu, bu nedenle idari işlem sayılamayacağını ve dava konusu edilemeyeceğini kabul etmektedirler.
4. Dahası Anayasa Mahkemesi, Anayasa’nın yargı yolunu kapattığı durumlarda 6216 Sayılı Yasanın 3. fıkrası uyarınca inceleme yapamayacağını belirtmektedir. Buna göre, örneğin Yüksek Seçim Kurulu kararlarına karşı yapılan başvurularda AYM kendisini konu bakımından yetkisiz görmüştür (*Atila Sertel* [GK], B. No: 2015/6723, 14/7/2015, para. 39; *Oğuz Oyan* [GK], B. No: 2015/8818, 14/7/2015, para. 27).
5. **Başvuru konusu olayda ise Anayasa yargısının yetkisizliği çok daha açıktır**. Anayasa açıkça OHAL KHK’leri aleyhine AYM’ye dava açılamayacağını belirtmektedir. AYM de yukarıda alıntılanan kararlarında, hiçbir şekilde OHAL KHK’lerini inceleyemeyeceğini açıkça belirtmektedir. **Başvurucunun ismi, Anayasa’ya aykırılığı ileri sürülemeyen KHK’de sayılmaktadır**. Bu KHK iptal edilmediği sürece Başvurucunun bireysel durumunun da düzeltilmesi imkanı bulunmamaktadır. Bu iptali de bireysel başvuru yoluyla sağlamak mümkün değildir, çünkü AYM kendi içtihadında açıkça bu tür başvuruları konu bakımından incelemesinin mümkün olmadığına karar vermiştir.686 Sayılı KHK maddi olarak bir idari düzenleyici işlem olmakla birlikte fonksiyonel olarak bir yasama işlemidir.
6. Zihni başvurusunda, AİHM ayrıca AYM’ye güven konusunda sadece başvurucunun kaygılarının AYM’ye başvuru yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacağını belirtmiştir. **Başvurucunun bu kaygıların kaynağını açıkça ortaya koyamadığı görülmektedir**. Mevcut başvuruda bu kaygının, sübjektif değil objektif dayanaklarının olduğu gösterilecektir.
7. AYM **bizzat kendi üyelerinin kamu görevinden çıkarılmasına ilişkin verdiği kararda**, etkili bir hukuki denetim yapmayacağını çok açık bir şekilde göstermiştir. 667 Sayılı KHK’nin 3. maddesi uyarınca “*Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilen Anayasa Mahkemesi üyeleri hakkında Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunun salt çoğunluğunc*a” karar verilebilecektir. AYM iki üyesinin bu hüküm uyarınca ihracına karar verirken, KHK’ye göre adil yargılama ilkelerine uygun davranmanın gerekmediğini saptamıştır(AYM, Genel Kurul, 2016/6 (Değişik İş), K. 2016/12, k.t. 4.8.2016).

**Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu Açısından**

1. Köksal/Türkiye kararında AİHM hiçbir ayrıntısını tartışmadan Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonunu (OHAL Komisyonu) etkili hukuk yolu olarak kabul etmiştir.
2. 685 Sayılı KHK ile aşağıda ayrıntıları verilen Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu (OHAL Komisyonu) kurulmuştur. Bu KHK’ye göre, “terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, **mensubiyeti, aidiyeti, iltisakı veya bunlarla irtibatı** olduğu gerekçesiyle başka bir idari işlem tesis edilmeksizin doğrudan kanun hükmünde kararname hükümleri ile tesis edilen işlemlere” karşı başvuru imkanı tanınmıştır.
3. Her ne kadar Komisyonun üyelerinin KHK’nin çıkmasından itibaren bir ay içinde atanacağı Geçici 1. maddede ifade edilmişse de atama ancak 4 ay sonra yapılabilmiştir. Halen Komisyon başvuruları almaya ve incelemeye başlamamıştır.
4. Ekte sunulan akademik görüşte ayrıntılı olarak gösterildiği üzere (Ek-9) 685 Sayılı KHK ile getirilen Komisyon hem AİHM içtihadına hem de Venedik Komisyonu ölçütlerine aykırı bir şekilde oluşturulmuştur.
5. Bununla birlikte, Komisyonun Köksal kararında olduğu gibi kamu hizmetinden ihraç vakaları bakımında etkili bir hukuk yolu olduğu varsayılsa bile işbu başvurudaki ihlaller bakımından etkili bir giderim sağlamayacağı açıktır. Bu yönüyle, başvurucunun da arasında bulunduğu “Barış için Akademisyenler”in durumu Komisyona başvurucak ve Köksal kararında esas alınan onbinlerce kamu çalışanından ayrılmaktadır.
6. Bu başvurunun ana konusunu akademisyen olan başvurucunun devletin insan hakları ihlallerine ilişkin eleştirileri nedeniyle cezalandırılması oluşturmaktadır. Başvurucu, bu konuya ilişkin görüş beyan ettiği için sürekli bir soruşturma tehdidi altındadır. OHAL Komisyonunun ne geçmişe yönelik olarak bu ihlali ortadan kaldırma ne de geleceğe yönelik olarak bu tehditleri bertaraf etme imkanı yoktur.
7. AİHM daha önce de pilot kararlarla sistemik sorunları iç hukuka yönlendirmiştir. Özellikle makul sürede yargılanma hakkının ihlali,[[2]](#footnote-2) geçmişte gerçekleşmiş mülkiyet hakkı ihlallerinin tazminat yoluyla çözümü,[[3]](#footnote-3) uzun süre uygulanmayan mahkeme kararlarının yol açtığı ihlaller,[[4]](#footnote-4) hapishane koşullarından kaynaklanan kötü muamele[[5]](#footnote-5) gibi konularda AİHM’in pilot karar yoluyla hükümetlerin sunduğu yarı yargısal mekanizmaları etkili hukuk yolu olarak kabul ettiği görülmektedir. Fakat, **OHAL Komisyonu AİHM’in daha önce pilot karar yöntemiyle kabul ettiği ihlal sonrası kurulan iç hukuk yollarının hiçbirine de benzememektedir**. Tüm bu vakalarda, kişilerin durumu hemen hemen aynıdır, o nedenle kurulan iç hukuk yolunun ayrı bir soruşturma, inceleme yapması beklenmemekte, ihlal varsa matematiksel bir hesapla karar verilmektedir.
8. OHAL Komisyonunun karar vereceği konuların bir kısmı bu örneklere benzese de başvurucu ve diğer barış için akademisyenlerin durumu bu örneklerle farklılık göstermektedir.
9. Bazı haklar nitelikleri itibarıyla sonradan kurulan ve mekanik karar veren idari başvuru yolları tarafından incelenemez. Örneğin etkili soruşturma yapmayı gerektiren yaşam hakkı ihlalleri için sonradan kurulan tazminat komisyonları AİHM tarafından uygun ve yeterli görülmemiştir (Gasyak ve Diğerleri/Türkiye, no. 13.10.2009, para. 70-71 ve Turan Karabulut/Türkiye, 27.5.2010, para. 38-39)
10. İfade özgürlüğü de niteliği itibarıyla bu tip haklardandır. İfade özgürlüğü davalarında ulusal hukuk yolunun etkili sayılabilmesi için devletin kusurunun esas bakımından tespit edilip, gerekli giderimin sağlanması gerekir. AİHM, Fevzi Saygılı/Türkiye davasında, hükümetin başvurucunun 5233 Sayılı Yasa ile kurulan Tazminat Komisyonuna başvurmadığı için iç hukuk yolunu tüketmediği iddiasına ilişkin olarak, ifade özgürlüğü ihlalinin ileri sürüldüğü başvuruda ulusal makamların açıkça veya esasta Sözleşmenin ihlal edildiğini kabul edip uygun bir giderim sağlamadıkları durumda mağduriyet halinin ortadan kalkmayacağını saptamıştır. (Fevzi Saygılı/Türkiye, no. 74243/01, 08.01.2008, para. 23). Sarıgül/Türkiye başvurusunda da başvurucunun, 6384 Sayılı Yasayla kurulmuş Tazminat Komisyonuna başvurmamış olması iç hukuk yollarını tüketme kuralına aykırı görülmemiştir. Başvurucunun ifade özgürlüğüne ilişkin ihlal iddiasını inceleme yetkisi olmayan Komisyonun bu mağduriyeti giderme ihtimali de bulunmamaktadır. (Sarıgül/Türkiye, no. 28691/05, 23.5.2017, para. 34-38)
11. Başvurucu, ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasındadır. 100.000 üzerinde OHAL işlemine 2 yıllık sürede 7 kişilik bir Komisyonun bakması beklenmektedir. Bu aslında işlemin, KHK uyarınca Başbakanlık tarafından atanacak Sekretarya tarafından bakılacağını göstermektedir. Esasa ilişkin değerlendirmelerimizde ifade edildiği gibi KHK uyarınca ihraçlar, AİHS içtihadı uyarınca “cezai isnat” niteliği taşımaktadır. Başvurucu dahil ihraç edilen hiçbir kamu görevlisine resmi olarak bir suçlama yöneltilmemiş, savunma hakkı verilmemiştir. Komisyonun çalışma yöntemi, ihraca yol açan bu usul eksikliklerini gidermekten tamamen uzaktır. KHK’nin 9. maddesine göre “Komisyon incelemelerini dosya üzerinden yapar”. Hakkında ne suçlama bile olduğunu bilmeyen başvurucunun, dosya üzerinden yapılacak bir incelemeden ne fayda elde edeceği belirsizdir. Kişi hakkındaki suçlamanın dayanağını ve delilleri görmediği için Komisyonun neye göre göre sonuca ulaştığını da bilemeyecektir. Bu durum karşısında yapacağı başvuru savunma hakkının kullanılması anlamına gelmeyecek sadece, idarenin elinde olan dosyanın tekrar incelenmesini istemekten ibaret kalacaktır.
12. Silahların eşitliği ilkesi, taraflara karşı taraf karşısında ciddi bir dezavantaja uğramaksızın davasını ileri sürme konusunda makul bir imkanın verilmesini gerektirir. AİHM, usul kurallarının birincil amacının sanığı otoritenin kötüye kullanılmasına karşı korumak olduğunu belirtmektedir.[[6]](#footnote-6) Bunun yanında, yargılama hem hukuk hem de ceza davalarında çekişmeli olarak yürütülmeli ve taraflara karşı tarafın sunduğu delil ve argümanlara cevap verme imkanı sunulmalıdır.[[7]](#footnote-7) OHAL Komisyonu önünde bu imkanların hiçbiri mevcut olmayacaktır.
13. 685 Sayılı KHK’nin 9. maddesine göre OHAL Komisyonu, inceleme sonucunda başvurunun reddine veya kabulüne karar verebilecektir. Hakkında kabul kararı verilenlerin atama teklifleri; statüleri, unvanları ve yürüttükleri görevler itibarıyla başka kurumlarda görevlendirilmeleri mümkün olmayanlar hariç olmak üzere daha önce istihdam edildikleri kurumlar dışındaki kamu kurum ve kuruluşlarında eski statülerine ve unvanlarına uygun kadro ve pozisyonlara Devlet Personel Başkanlığı tarafından ikamet ettikleri il dikkate alınarak onbeş gün içinde yapılacaktır.
14. Görüldüğü gibi Komisyonun elindeki yetkiler, somut bir ifade özgürlüğü davasına çözüm üretmekten uzaktır. Diğer başvuruculardan farklı olarak barış için akademisyenler neden ihraç edildiklerini bilmediklerini söylememekte, tam tersine ifade özgürlüğünü kullandıkları için çeşitli şekillerde cezalandırıldıklarını ve bu nedenle ihraç edildiklerini ileri sürmektedirler. Komisyon ise bu itirazı inceleyecek kapasite ve yetkiye sahip değildir.
15. Barış için Akademisyenler açısından Komisyonun kararlarına karşı yargı yolunun açık olması nedeniyle sakıncaların giderileceği iddiası da dayanaksızdır. 11. maddeye göre “Komisyon kararlarına karşı Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenecek Ankara idare mahkemelerinde iptal davası açılabilir”. Görüldüğü gibi bu kural uyarınca kişi ve kurum hakkındaki ilk işlemi tesis eden Bakanlar Kurulu ve onun işlemi olan KHK değil, Komisyonun verdiği ret kararı dava edilebilmektedir. Halbuki başvurucunun iddiası Komisyonun yetkisine girmeyen ifade özgürlüğünün ihlalinin tespitine ilişkindir. Komisyon bu konuyu inceleyemeyeceği için yargı yerinin de Komisyonun incelemediği bir konuda karar vermesi mümkün değildir.
16. Bu koşullar bir bütün halinde değerlendirildiğinde; başvurucunun da içerisinde bulunduğu Barış için Akademisyenlerin durumunun AİHM tarafından daha önce incelenen Zihni ve Köksal kararlarından farklı nitelik taşıdığı açıktır.
17. 685 Sayılı KHK ile kurulan OHAL Komisyonu ifade özgürlüğü şikayetlerini incelemek için yetkili olmadığı gibi bu riskleri ortadan kaldıracak, başvurucunun potansiyel mağduriyetini giderecek bir yapıya da sahip değildir. Bu nedenle tüketilmesi gereken iç hukuk yolu olarak değerlendirilmesi de mümkün değildir.

# Esasa İlişkin Değerlendirmeler

## Sözleşmenin 10. Maddesinin İhlali

### Müdahalenin Varlığı ve Devamı

1. Kural olarak bir kişinin Sözleşme kapsamında mağdur sayılabilmesi için başvuru konusu önlemden doğrudan etkilenmesi gerekir. (İrlanda/BK, 18.1.1978, para. 239-240, Series A, no. 25; *ve Klass ve Diğerleri/Almanya*, 6.9. 1978, para. 33, Series A no. 28). Bununla birlikte, bu kuralın ifade özgürlüğü açısından önemli istisnaları mevcuttur.
2. Bir kişi, kural somut olarak kendine uygulanmasa bile, kural nedeniyle veya soruşturmaya uğrama ihtimali yüzünden (*Dudgeon/BK*, 22.10. 1981, para 41, Series A no. 45; Norris/İrlanda para. 31) veya yasadan doğrudan etkilenecek grupta olduğu için (Johnston ve Diğerleri /İrlanda, 18.12. 1986, para. 42, Series A no. 112; Open Door ve Dublin Well Woman/İrlanda, 29.10. 1992, Series A no. 246-A) davranışını değiştirmek zorunda kalıyorsa mağdur sayılabilir. (Altuğ Taner Akçam/Türkiye, no. 27520/07, para. 68, 25.10. 2011).
3. Bir kural ve uygulama nedeniyle kişi şu tip bir çelişkiye düşüyorsa, bu anlamda mağduriyet doğduğu da söylenebilir: Bir avukat, avukat-müvekkil arasındaki bilgileri açıklamayı zorunlu kılan bir Barolar Birliği Yönetmeliğine uyduğunda etik kuralları ihlal edecek, uymadığında ise hakkında disiplin işlemleri yapılacak hatta Barodan atılacaktır. Bu durumda, ilgili kural somut olarak o kişiye uygulanmasa bile mağduriyet doğmuştur. (Michaud/Fransa, no. 12323/11, 06.12.2011, para. 52)
4. AİHM, beraat veya takipsizlik kararı verilmesi halinde dahi yaptırım korkusunun kişinin aynı konuda gelecekte benzer ifadeler kullanması konusunda ifade özgürlüğünü kullanması bakımından yaratacağı caydırıcı etkiyi dikkate almaktadır. (*mutatis mutandis*, Lombardo ve Diğerleri/Malta, no. 7333/06, § 61, 24.04.2007; Association Ekin/Fransa (dec.), no. 39288/98, 18.01.2000; ve Aktan/Türkiye, no. 20863/02, §§ 27-28, 23.09.2008; Taner Akçam, para. 68).
5. AİHM, ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı etkiye sahip bazı koşulların, kesinleşmiş bir karar ile mahkûm olmamış- ilgililerin, söz konusu özgürlüğe yapılan bir müdahale nedeniyle mağdur sıfatını haiz olduğuna daha önce karar vermiştir: Örneğin, yayınevlerine gönderilen, anonim bir bilgi kaynağının kimliğinin açıklanması emri verilmesi, emir yerine getirilmemiş olmasına rağmen müdahele oluşturur *(*Financial Times Ltd ve diğerleri/Birleşik Krallık, No. 821/03, § 56, 15.12.2009); gazetecilerin, ağır şekilde cezalandırılan suçlar nedeniyle haklarında açılan ceza yargılaması kapsamında yaklaşık bir yıl boyunca tutuklu kalması da mağduriyet şartının oluşması için yeterlidir (Nedim Şener/Türkiye, No. 38270/11, para. 94-96; 8.7. 2014 ve Şık/Türkiye, No. 53413/11, para 83‑85, 8.07.2014).
6. Wille/Lihtenştayn davasında, Yüksek İdare Mahkemesi Başkanı olan başvuranın, anayasal bir sorunla ilgili olarak, Prensin görüşüne aykırı olabilecek bir görüş beyan etmesi nedeniyle Prens tarafından başvurucuya yazılan mektupta aynı göreve tekrar atanmayacağının kendisine bildirilmesi, başvurucunun mağdur sayılması için yeterli olmuştur. Her ne kadar başvurucu, daha sonra fiilen de Prens tarafından göreve atanmamışsa da 10. madde anlamında mağduriyetin doğması için mektubun gönderilmesi yeterli olmuştur. (*Wille/Lihtenştayn* [BD], No. 28396/95, § 50, AİHM 1999‑VII).
7. Taner Akçam/Türkiye davasında, başvurucu hakkında milliyetçi bir kişi tarafından şikayet olduğu için TCK md. 301 uyarınca soruşturma açılmıştır. Başvurucu savcıya ifade vermiş ve fakat Savcı başvurucunun açıklamasının Sözleşme’nin 10. maddesi kapsamında olduğunu belirterek dava açmamıştır. Bununla birlikte, AİHM Hrant Dink/Türkiye davasını da dikkate alarak  (Dink/Türkiye, no. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09, para. 107, ECHR 2010), hakkında bu şekilde soruşturma açılan kişilerin Türklüğe hakaret eden, “hain” “ajan” damgasını yediğini ve hatta Dink davasında Başvurucunun ultra milliyetçiler tarafından bu nedenle öldürüldüğünü belirtmiştir. Bu nedenle, Mahkeme bu bağlamda, başvuran hakkında 301. madde uyarınca kovuşturma başlatılmaması ve kendisinin suçlu bulunmamasına rağmen, Ermenilere ilişkin görüşleri nedeniyle aşırı uç görüşlü kişiler tarafından hakkında yapılan suç duyurularının taciz kampanyalarına dönüştüğünü ve bu hüküm uyarınca başvuranın suçlamalara yanıt vermek zorunda bırakıldığını belirtir. İhtilaflı hükmün başvuran aleyhine uygulanmamasına rağmen, gelecekte başvuran aleyhine açılma olasılığı olan soruşturmanın başvuranı strese sokacağı, kaygılandıracağı ve kovuşturma açılması korkusu yaratacağı gerçeği kabul edilebilir.” (para. 75)
8. Dilipak/Türkiye kararında da başvurucu hakkındaki dava zamanaşımı nedeniyle düşmüştür. Dava bitmeden AİHM’e başvuran başvurucu hakkında AİHM “Bir yandan, başvuranın aleyhindeki suç isnadının kayda değer hatta aşırı bir süre boyunca derdest kaldığı (yukarıda 29. paragraf); öte yandan, ilgili halen gazeteci ve siyasi köşe yazarı olarak ülkenin genel politikası ile silahlı kuvvetlerin ilişkilerine değinen konularla ilgili makaleler imzalasa da, ceza yargılaması boyunca olduğu gibi gelecek zamanda da hukuki planda tedirgin edici olaylar yaşayamayacağından emin olamamaktadır” ifadelerini kullanarak, hüküm giymemesine rağmen mağduriyet koşulunun gerçekleştiğine karar vermiştir. (Dilipak/Türkiye, no. 29680/05, 15.9.2015, para. 49)
9. Çocuklarının ana dilde eğitim hakkı için verdikleri dilekçe nedeniyle terör örgütüne yardım ve yataklıktan yargılanan ebeveynlerin başvurucu olduğu Döner ve Diğerleri davasında AİHM, başvurucuların beraat etmesinin mağduriyet sıfatını kaldırmaya yeterli olmayacağını, ulusal makamların Sözleşme ihlalini açıkça ve kararın içeriğinde kabul edip giderimi sağlamadıkları takdirde mağdur sıfatının devam edeceğine karar vermiştir. (Döner ve Diğerleri/Türkiye, no. 29994/02, 7.3.2017, para. 89)

### İçtihadın Olaya Uygulanması

1. Yukarıda açıklandığı gibi bu başvurunun ana dayanağını başvurucunun bir Olağanüstü Hal KHK’si ile ihraç edilmesi oluşturmaktadır. Türkiye’de OHAL ilanından sonra bu şekilde 130 bin kişi ihraç edilmiştir. Bununla birlikte, başvurunun konusu sadece bu ihraç işlemi olmayıp, belirli bir siyasi konuda başvurucu ve çok sayıda başka akademisyen ve entelektüelin konuşmasının engellenmesidir.
2. Başvurucunun imzaladığı “Bu Suça Ortak Olmayacağız” metni, Türkiye’de 2015 yılının Temmuz ayından itibaren başlatılan güvenlik operasyonlarının insan haklarını ağır bir şekilde ihlal ettiği iddiasına dayanmaktadır. Bu iddia hem güvenilir uluslararası insan hakları örgütleri tarafından, hem de Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi organları tarafından da çeşitli vesilelerle dile getirilmiştir. Sokağa çıkma yasakları sırasında yaşanan ağır ihlaller hakkında AİHM tarafından kabul edilebilirlik kararı verilmiş, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri de bu davaya müdahil olmuştur.
3. Türkiye’de bir kişinin insan hakları ihlallerine dikkat çekmesi hükümet ve ona bağımlı yargı mercileri tarafından terörist olma şeklinde anlaşılmaktadır. Amaç bu konuların konuşulmasını, toptan engellemektir. Bu amaçla 13 milletvekili ve 159 gazeteci yanında çok sayıda kişi tutuklanmış, binlerce kişi hakkında da ceza soruşturması açılmıştır.
4. Olaylar kısmında açıklandığı gibi başvurucu görüşünü ifade ettiği için hakkında idari ve adli soruşturma açılmış, ayrıca bir OHAL KHK’si ile işini kaybetmiştir. Metnin arkasında durduğunu söyleyen akademisyenler tutuklanmış[[8]](#footnote-8), baskı altında imzasını çekenler ise işe iade edilmiştir (Ek-15). Benzer açıklamaları yapan insan hakları savunucuları, gazeteciler ve aydınlar hakkında yapılanlarla birlikte düşünüldüğünde, başvurucunun Devletin insan hakları ihlalleri hakkında konuştuğu her durumda yaptırıma maruz kaldığı, vicdanen söylediklerini reddettiğinde ise yaptırımların kaldırıldığı görülmektedir.
5. Görüldüğü gibi başvurucunun mağduriyeti yukarıda özetlenen içtihatta görülenlerden çok daha sistematik ve yoğun bir baskının sonucudur. Bizzat siyasi iktidarın başında bulunan ve hiçbir şekilde emir ve talimatlarının dışına çıkılamayan Cumhurbaşkanı tarafından başlatılan bu baskının ortadan kaldırılması da mümkün değildir. Başvurucu Devletin insan hakları ihlalini dile getirdiği anda yaptırıma uğramakta bu konuda tek kelime edemez hale gelmektedir.
6. Başvurucu imzaladığı bir metin nedeniyle önce hakkında idari ve adli soruşturmaya tabi tutulmuş sonrasında da bir OHAL KHKsi ile kamu görevinden çıkarılmıştır. Hakkındaki idari ve adli soruşturma halen devam etmektedir. Kamu görevinden çıkarılma kararına karşı ise hali hazırda etkili bir hukuk yolu yoktur. Her ne kadar iç hukuk yolları başlığı altında tartışılan 685 Sayılı KHK ile bir Komisyon kurulması öngörülmüşse de, henüz başvuru almaya başlamayan bu Komisyonun da müdahaleyi kaldıracak nitelikte olmadığı açıktır.
7. OHAL Komisyonunun ihraçlarla ilgili tüketilmesi gerekli bir hukuk yolu olduğu varsayılsa bile, bu başvurunun konusunu oluşturan başvurucunun ifade özgürlüğünü koruma yönünde hiçbir etkisinin olmayacağı açıktır. Yukarıda da belirtildiği üzere komisyon bu başvurunun konusunu oluşturan başvurucunun Devletin insan hakları ihlallerini eleştirdiği için sistematik bir baskı altına alınmasına ilişkin hiçbir çözüm getirmemektedir.
8. AİHM, Fevzi Saygılı/Türkiye davasında, hükümetin başvurucunun 5233 Sayılı Yasa ile kurulan Tazminat Komisyonuna başvurmadığı için iç hukuk yolunu tüketmediği iddiasına ilişkin olarak, ifade özgürlüğü ihlalinin ileri sürüldüğü başvuruda ulusal makamların açıkça veya esasta Sözleşmenin ihlal edildiğini kabul edip uygun bir giderim sağlamadıkları durumda mağduriyet halinin ortadan kalkmayacağını saptamıştır. (Fevzi Saygılı/Türkiye, no. 74243/01, 08.01.2008, para. 23). Sarıgül/Türkiye başvurusunda da başvurucunun, 6384 Sayılı Yasayla kurulmuş Tazminat Komisyonuna başvurmamış olması iç hukuk yollarını tüketme kuralına aykırı görülmemiştir. Başvurucunun ifade özgürlüğüne ilişkin ihlal iddiasını inceleme yetkisi olmayan Komisyonun bu mağduriyeti giderme ihtimali de bulunmamaktadır. (Sarıgül/Türkiye, no. 28691/05, 23.5.2017, para. 34-38)
9. OHAL Komisyonu önünde bu başvuruya konu olan başvurucunun ifade özgürlüğü ihlaline ilişkin talepleri hiçbir şekilde incelenmemektedir. Başvurucuya ne gerekçe ile ihraç edildiği açıklanmış değildir, bu nedenle başvurucu sadece bir belgeye imza atmanın ihraç için yeterli olmadığını ileri sürecek Komisyon da dosya üstünden bunu değerlendirecektir. Bu nedenle, Komisyonun iddia olunan ifade özgürlüğü ihlaline son vermesi mümkün değildir.

## Kanunla Sınırlandırma İlkesi

1. Başvurucu hakkında yürütülen işlemlerin yasal dayanağı bulunmamaktadır. Ayrıntıları ekte sunulan Kerem Altıparmak ve Yaman Akdeniz tarafından kaleme alınan “Barış için Akademisyenler” kitabının Birinci Bölümünde açıklandığı üzere, metnin yayımlandığı tarihte bir üniversite öğretim üyesi hakkında idari soruşturma açmayı mümkün kılacak bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, aynı eylemi 2000’i aşkın akademisyen gerçekleştirmiş olmasına rağmen bazıları hakkında hiçbir soruşturma açılmamış, açılanlardan bazılarına hiçbir ceza verilmemiş, bazıları hakkında uyarma/kınama cezası verilmiş, bazıları ise ihraç talebiyle YÖK’e sevk edilmiştir. Bu husus dahi, eylemin gerçekleştiği tarihte yaptırım için öngörülebilir bir yasal dayanak olmadığını ortaya koymaktadır.
2. Başvurucunun ihracına ilişkin 686 Sayılı KHK de ifade özgürlüğünün yasal dayanak olmadan sınırlandırılması niteliğini taşımaktadır. İhracın dayanağı olan hüküm “*Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı* *yahut bunlarla irtibatı*” olmaktır. Suçlanan eylem Ocak 2016’da yayımlanan bir bildirinin imzalanmasıdır. Bir an için bu bildirinin imzalanması eyleminin iltisak veya irtibat niteliği taşıdığı kabul edilecek olsa bile ilk defa 667 Sayılı KHK ile 23 Temmuz 2016’da düzenlenen bu yaptırımın Ocak 2016’da öngörülebilir olmadığı açıktır. Bu nedenle, imza metninin yayımlandığı 11 Ocak 2016 tarihinde öngörülebilir olmayan “*üyelik, mensubiyet, iltisakı yahut bunlarla irtibatı*” hükmünün başvurucuya geriye yönelik olarak uygulanamayacağı açıktır.
3. Kaldı ki iltisak ve irtibat kavramlarının ne anlama geldiği belirsizdir. İfade özgürlüğüne yönelik müdahale ve sınırlamaların dayanağını oluşturan yasa “erişilebilir” ve “öngörülebilir” olmalıdır (Sunday Times/Birleşik Krallık; Larissis ve Diğerleri/Yunanistan, 140/1996/759/958-960, 24.02.1998; Rotaru/Romanya, 28341/95, 04.05.2000). Başka bir ifadeyle yasa, ilgili kişinin davranışlarını belirlemesi amacıyla, kolayca ulaşabileceği, gerektiğinde profesyonel yardım almak suretiyle de olsa anlayabileceği, açık, net ve yeterince  belirgin olma niteliklerini taşımalıdır (Altuğ Taner Akçam/Türkiye, B.No: 27520/07, 25.10.2011, § 87; Yıldırım/Türkiye, B.No: 3111/10, 18.12.2012, para. 57). Bu nitelikleri taşımayan bir norm ise yasa olarak kabul edilemeyecektir. (Sıryk/Ukrayna no. 6428/07, 30.06.2011, para.34). Kuralda açıkça öngörülmeyen bir husus içtihatla oluşturulmuşsa 10. maddenin 2. fıkrası anlamında bir yasadan bahsetmek mümkün olacaktır. (Huvig/Fransa, no. 11105/84, 24.4.1990, para. 28). Soyut kuralların yeni koşullara göre yorumlanması beklenebilir (S.W./Birleşik Krallık, no. 20166/92, 22.11.1995, para. 36).
4. Ne var ki, başvurucunun ihraç edilmesine gerekçe olan hükmün içtihat yoluyla açıklığa kavuşturulması veya idari pratiklerle belirgin hale getirilmesi söz konusu değildir. Hangi eylemlerin iltisak, hangi eylemlerin irtibat olduğunu gösterir hiçbir kural, uygulama, idari pratik mevcut değildir. Bunun içindir ki aynı metni imzalamış olan akademisyenlerin bir kısmı ihraç edilmiş, bir kısmı açığa alınmış, bir kısmı görevine devam etmiştir. Bu açıdan da kuralın açık ve öngörülebilir nitelik taşımadığı açıktır.
5. Nihayet başvurucu hakkında yürütülen soruşturmanın akıbeti de belirsizdir. İstanbul’da konuyla ilgili bir soruşturma açılıp bazı akademisyenler TMK 7/2den tutuklanmış, yargılanmaya başlamış; ancak daha sonra suçun TCK’nin 301. maddesine uygun olduğu iddia edilmiştir. Olayın üstünden 1,5 yıl geçmesine ve çok ağır yaptırımlar söz konusu olmasına rağmen savcılar eylemin hangi suçu oluşturduğuna karar verememiştir. Bu nedenle, ceza hukuku bakımından da öngörülemezlik söz konusudur.

## Demokratik Toplum Düzeninde Gereklilik Ölçütü Bakımından

1. Tüm bu yaptırıma konu olan ekte sunulan Barış için Akademisyenler metni “Sur’da, Silvan’da, Nusaybin’de, Cizre’de, Silopi’de ve daha pek çok yerde haftalarca süren sokağa çıkma yasakları altında fiilen açlığa ve susuzluğa mahkûm etmekte, yerleşim yerlerine ancak bir savaşta kullanılacak ağır silahlarla saldırarak, yaşam hakkı, özgürlük ve güvenlik hakkı, işkence ve kötü muamele yasağı başta olmak üzere **anayasa ve taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ile koruma altına alınmış olan hemen tüm hak ve özgürlükleri ihlal etmektedir**” dedikten sonra operasyonları “**kasıtlı ve planlı kıyım” olarak nitelendirerek** Türkiye’nin kendi hukukunun ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası antlaşmaların, uluslararası teamül hukukunun ve uluslararası hukukun **emredici kurallarının da ağır bir ihlali niteliğinde olduğunu vurgulamıştır.**
2. AİHM’in şiddet ve ifade arasındaki dengeyi kurduğu 1999 Türkiye kararları[[9]](#footnote-9) ve onu izleyen içtihat, sözü söyleyen kişi ve kullanılan aracı da dikkate alan “şiddete tahrik ettiği söylenemeyeceği gibi şiddete tahrik eder şekilde de yorumlanamaz” formülüyle üçlü kümülatif bir testi zorunlu kılmıştır:

i. Sözün kim tarafından, hangi konuda ve hangi araçla söylendiği dikkate alınmış mı?

ii. Şiddete tahrik var mı?

iii. Sözün şiddete yol açma ihtimali var mı?

### Sözün Kim Tarafından, Hangi Konuda ve Ne Şekilde Söylendiği

1. Kamusal faydayı ilgilendiren konular hakkındaki tartışma ve siyasi ifade söz konusu olduğunda **10. maddenin 2. fıkrası uyarınca kısıtlama için çok kısıtlı bir alan vardır**. Hükümetin toplum üzerindeki baskın pozisyonu, muarızlarının meşru olmayan eleştiri ve saldırılarına karşı, özellikle başka yollarla cevap vermek mümkünse, ceza hukuku araçlarına daha az başvurmasını gerektirir. *Castells* kararının ortaya koyduğu üzere ulusal mahkemeler devlet otoritelerine yönelik eleştirileri cezalandırmaktan kaçınmalıdır (*Castells/İspanya*, no. 11798/85, 23.4.1992, para. 42).
2. Sözü söyleyen kişinin sıfatı ve hangi nitelikte olduğu da önemlidir. **Bilimsel çalışmalar ve akademik özgürlük de önemli unsurlardır. Bir uzmanlık bilgisine dayanarak yapılan bir çalışmanın aktarılması söz konusu olduğunda bu hususun dikkate alınması gerekir.** Bir sosyoloğun PKK’nın toplum içerisindeki etkisini ve bir Kürt devletinin temellerinin atılışına ilişkin tarafsız değerlendirmeleri daha kısıtlı sınırlandırılabilir.[[10]](#footnote-10) Keza, ifadenin Türkiye’nin tarihi perspektiften sosyo-ekonomik gelişimine ilişkin bir akademik çalışmada yer alması dikkate alınmalıdır.[[11]](#footnote-11)
3. BAK Metni, Türkiye’de çatışmaların en yoğunlaştığı bir dönemde, sivil yerleşim yerlerinde ağır silahların kullanıldığı ve bizzat resmi makamların açıklamalarına göre yüzlerce kişinin öldüğü bir dönemde yayımlanmıştır. Metin, Devleti ve hükümetin ülkedeki en ağır siyasi soruna ilişkin aldığı önlemleri eleştirdiği için en geniş siyasi ifade özgürlüğü ölçütlerine göre değerlendirilmelidir. Metne konu olan olaylar, hükümetin güdümündeki medya tarafından tek taraflı olarak aktarılmakta, alternatif görüş ve haberler ise hukuki ve fiili baskılar altında engellenmektedir. Bu açıdan, önde gelen akademisyenlerin toplu bir açıklama yapması, toplumun geniş kesimlerinin çatışma bölgelerinde neler olduğunu öğrenmesi ve sorgulaması açısından hayati öneme sahiptir.

### Şiddete Tahrik Unsuru

1. **Bir ifadenin salt ağır olması, hükümeti eleştirmesi ve hatta tek taraflı olması şiddete tahrik ettiği anlamına gelmez**. Bu nedenle, Kürdistan’ın Türk Devletine ekli bir koloni olması, Türk Devletinin Kürdistan’ın “siyasi, askeri, kültürel ve ideolojik” açıdan ezen zalim olması, “Faşist hareketin” gelişmesinde Kürtlere karşı “ırkçı inkar politikasına sahip olmasının” bir araç olması[[12]](#footnote-12); Kürt hareketinin hedeflerini romantize etmek hatta “hesaplaşma zamanı” ve “asıl terörist Türkiye Cumhuriyetidir” demek;[[13]](#footnote-13) Devletin “gerillalara yönelik kirli savaşını” ve hatta “Kürt halkına karşı açık savaşını” içeren “askeri çözüm” yöntemini kınamak;[[14]](#footnote-14) “Kürdistan’ın yandığını” söylemek ve olanları “soykırım olarak nitelemek;[[15]](#footnote-15) Devletin “katliam” gerçekleştirdiğini söylemek veya çatışmayı “savaş” olarak tanımlamak[[16]](#footnote-16) AİHM tarafından ifade özgürlüğü sınırları içinde değerlendirilmiştir.
2. AİHM içtihadındaki bir çok örnekte görüldüğü üzere, Devletin çok daha ağır ifade ve sıfatlarla suçlanması hali bile şiddete tahrik olarak görülmemiştir. Dahası, BAK metni şiddete şiddetle cevap vermeyi değil tam tersine, hukukla cevap vermeyi teklif etmektedir. Metne göre, uluslararası hukuka aykırı olarak işlenen suçların bağımsız bir şekilde araştırılıp sonlandırılması gerekmektedir. Bu davetin, şiddete tahrik konusunda delil gösterilmesine imkan olmadığı açıktır.
3. Konuşmanın tonunun da yine tek başına belirleyici olamayacağı hatta Devlete yönelik hakaretlerin suç olarak tanımlanamayacağı açıktır. Aynı şekilde özellikle “barış, çözüm” gibi kavramların özgürlük lehine dikkate alınması gerektiği açıktır. Metin “*Müzakere koşullarının hazırlanmasını ve kalıcı bir barış için çözüm yollarının kurulmasını, hükümetin Kürt siyasi iradesinin taleplerini içeren bir yol haritasını oluşturmasını talep*” ederken hükümeti rahatsız etmiş olsa bile kullandığı dil itibarıyla daha güçlü bir ifade özgürlüğü korumasından yararlanmalıdır.
4. Sözleşmenin bir bütün olarak okunmasının doğal sonucu olarak, yaşam hakkı ve işkence yasağı gibi temel ilke ve kuralların korunmasını sağlayacak nitelikteki ifadelerin ağır olmasına daha fazla hoşgörü gösterilmesi gerekecektir. Devlet ajanlarının bu hakları ihlal eden eylemlerinin ortaya çıkarılması, baskı ortamında hakikatin ortaya çıkarılmasının ne kadar zor olduğu düşünüldüğünde daha da özel bir önem kazanmaktadır. Bu ihlallerin ortaya çıkarılması ve yayılmasının cezai yaptırıma tabii tutulması, etkili soruşturma imkanını ortadan kaldıracağı için Sözleşme’nin ruhuna aykırı olacaktır. Siyasi ifade veya açıklamaların **Sözleşme’nin 2. maddesi ile korunan yaşam hakkıyla ilgili olması durumunda resmi otoriteler tarafından işlenen eylemlere dair eleştiriye ulusal mahkemeler hoşgörü göstermelidirler**.[[17]](#footnote-17)
5. Tahrik unsurunun değerlendirilmesinde dikkate alınması gereken bir diğer unsur, ifadenin hakikatle ilişkisidir. Olaylar kısmında açıklandığı üzere Türkiye’deki çatışmalarda çeşitli suçların işlendiğinde veya hukuka aykırılıkların bulunduğuna dair Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komiseri, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, Venedik Komisyonu, Uluslararası Af Örgütü ve İnsan Hakları İzleme Örgütü gibi saygın uluslararası STK’ların güvenilir açıklamaları mevcuttur. Dahası, AİHM tedbir talepli yapılan bazı başvurularda tedbir kararı verirken diğer başvurularda da konunun önemine binaen öncelik kararı vermiştir. Bu koşullar altında; bir grup akademisyenin “suç” ve “katliam” kelimelerini kullanmalarının ceza yaptırımına tabii tutulması sadece ifade özgürlüğünü ihlal etmez, aynı zamanda Devletin yaşam hakkını korumaya yönelik pozitif ödevlerini de yerine getirmediği şeklinde yorumlanabilir.

### Sözün Şiddete Yol Açma İhtimali

1. AİHM’in Gözel ve Özer yarı-pilot kararında özetlediği temel formül, tahrik yanında şiddete yol açma ihtimalinin de gözetilmesi gerektiğini açıkça ortaya koymaktadır: “Şiddete tahrik içermediği sürece, yani şiddet eylemlerine ya da kanlı bir intikama başvurmayı savunmuyor, destekçilerinin hedeflerini gerçekleştirmesi amacıyla terör eylemlerini haklı göstermiyor ve ***belli kişilere karşı derin ve mantıksız bir nefret duygusunun oluşmasına neden olarak şiddeti yüreklendirdiği şeklinde yorumlanamıyorsa***, herhangi bir ifadenin salt terör örgütünün açıklaması olduğu için veya terör örgütü ile ilgili olduğu için yasaklanamayacağı yönündedir.”[[18]](#footnote-18)
2. AİHM’in çeşitli kararlarında sözle şiddet arasındaki ilişkinin bağlam bakımından değerlendirildiği görülmektedir. Gül/Türkiye kararında AİHM, “İktidar namlunun ucundadır”, “Bizde hesapları namlular sorar” gibi sloganların şiddet içerikli olduğunu gözlemlemektedir. Bununla birlikte, bu sloganların bilinen ve kalıplaşmış solcu sloganlar olduğu ve izinli gösterilerde slogan atıldığı -*böylelikle sloganların “ulusal güvenlik” ve “kamu düzeni” üzerindeki potansiyel etkisi kısıtlanmıştır*- göz önünde bulundurulduğunda, sloganların şiddete veya ayaklanmaya çağrıda bulunduğu düşünülemez” sonucuna ulaşmıştır.”[[19]](#footnote-19) Yağmurdereli vakasında[[20]](#footnote-20) da, başvurucunun çatışma alanından kilometrelerce uzakta İstanbul’daki bir konuşmada sert sözleri söylemiş olması ifade özgürlüğünün ihlal edildiğinin saptanmasında önemli bir rol oynamıştır.
3. AİHM testinde en önemli unsuru sözün şiddete yol açma potansiyeli oluşturmaktadır. Bu unsur ışığında değerlendirildiğinde BAK Metninin “şiddet eylemlerine ya da kanlı bir intikama başvurmayı savunduğunu, terör eylemlerini haklı gösterdiğini ve belli kişilere karşı derin ve mantıksız bir nefret duygusunun oluşmasına neden olarak şiddeti yüreklendirdiği şeklinde” yorumlanmasına imkan yoktur. Metin, Devletin faaliyetini suç olarak nitelemekte ama bunun engellenmesi için hiçbir şekilde şiddete başvurulmasını savunmamaktadır. Nitekim, imzacılara yönelik suçlamaların hiçbirinde “neden insanları şiddete çağırdınız” sorusu sorulmamıştır. Sorular “katliam derken kimi kast ettiniz?” “sizce PKK bir terör örgütü müdür?” gibi metnin iradesiyle hiç ilgisi olmayan hususlara hasredilmiştir.
4. Bu nedenlerle Sözleşme’nin 10. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

## Sözleşme’nin 6. Maddesinin İhlali

1. Başvurucu söz konusu, 686 Sayılı KHK’nin 1. maddesi uyarınca kamu görevinden çıkarılmıştır. **Bu kararın alınmasına hangi eyleminin sebep olduğu belirsizdir. KHK’nin 2. maddesi** “*Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olan*”ların kamu hizmetinden çıkarıldığını belirtmekle birlikte “üyelik, mensubiyet, iltisak ve irtibat” kavramlarının ne anlama geldiği belirsiz olduğu gibi **başvurucunun hangi eylemi nedeniyle bu kategoriye girdiği de belirsizdir**.
2. Bu uygulamanın 6. madde anlamında bir ceza isnadı (criminal limb) olduğu ortadadır. Önce bunun gerekçeleri açıklanacaktır. Daha sonra ise bu iddianın kabul edilmemesi halinde başvurunun neden 6. maddenin hukuk bölümü (civil limb) açısından ihlal oluşturduğuna değinilecektir.

### Ceza İsnadı

1. Sözleşme’nin 6. maddesinde düzenlenen “cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar” kavramı Sözleşme’nin özerk kavramlarından biridir.
2. İhlalin kaynağı olan KHK’nin 2. maddesinin 2. fıkrası kamu görevinden çıkarılan kişiler hakkındaki yaptırımların “**mahkûmiyet kararı aranmaksızın**” uygulanacağını belirtmektedir. Bununla birlikte, **mahkumiyet kararının olmaması, AİHS anlamında bir cezai isnadın olmadığı anlamına gelmeyecektir**.
3. AİHS anlamında bir yaptırımın “cezai” sayılması için 3 unsura bakılması gerekmektedir: (i) Muhakeme usulünün iç hukukta nasıl sınıflandırıldığı, (ii) suçun niteliği ve (iii) başvurucunun çarptırılması olası cezanın niteliği ve ağırlığı.[[21]](#footnote-21) Bununla birlikte, AİHM iç hukuktaki sınıflandırma ile bağlı olmadığı gibi suçun ve cezanın niteliği ölçütleri kümülatif değil alternatif ölçütlerdir.[[22]](#footnote-22) Bununla birlikte, herhangi bir unsurla kesin bir sonuca ulaşılamadığı durumlarda unsurların kümülatif olarak değerlendirilmesi yoluna da gidilebilir.[[23]](#footnote-23)
4. AİHM, işbu başvuruya benzer Doğu Avrupa ülkelerindeki arındırma (lustration) uygulamalarını incelediği bazı davalarda başvuruyu 6. maddenin “medeni hak ve ödev” kavramı çerçevesinde incelerken,[[24]](#footnote-24) bazı başvuruları aynı maddenin “cezai isnad” kavramı kapsamında değerlendirmiştir.
5. Başvuru konusu olay ise AİHM’in cezai isnad kapsamında gördüğü Polonya arındırma vakalarına daha yakındır. Mahkemenin bu sonuca ulaşmasında uygulanan muhakeme usulünün, ceza muhakemesine çok yakın olması yanında, işlenen suçun niteliği ve verilen cezanın ağırlığı dikkate alınmıştır. Bu davalarda, başvurucular, hapis cezası yatmadığı gibi para cezasına da çarptırılmamıştır. Ne var ki, Komünist geçmişi ile ilgili yalan söylediği saptanan kişiler 10 yıla kadar kamu hizmetinde çalışma ve siyasete katılma hakkından mahrum bırakılmıştır. AİHM’e göre bu unsur, diğer unsurlarla birlikte değerlendirildiğinde başvurucuya yönelik cezai bir isnat olduğu anlamına gelmektedir.[[25]](#footnote-25)
6. Türkiye’de ise OHAL kararnamelerine bakıldığında hem benzerlikler hem de farklılıklar görülmektedir. Polonya örneğinden farklı olarak **Türkiye’de kararlar hiçbir muhakeme işlemi yapılmadan uygulanmıştır**. Bu nedenle, bir ceza muhakemesinden bahsedilmesi mümkün değildir. Ancak bu hükümetin lehine değil tam tersine aleyhine uygulanması gereken bir husustur. Ceza muhakemesi işletilmesi gereken bir süreçte, hiçbir muhakeme yoluna başvurulmamış olması, hükümetin yükümlülüklerinden kurtulması sonucunu doğuramaz. **Suçun ve cezanın niteliği açısındansa, yaptırımın cezai niteliği Polonya’daki uygulamadan çok daha ağır ve açıktır**.
7. Yaptırıma neden olan eylem (ya da suç) “*Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı ol*”maktır. Terör örgütü üyeliği Ceza Kanunu’nda ağır bir suç olarak düzenlenmiştir. Bu suç bir disiplin suçu niteliğinde olmayıp, sadece belirli görevleri yerine getirenler tarafından işlenen değil toplumun her kesimi tarafından işlenebilen bir suçtur.
8. **Üyelik, mensubiyet, iltisak veya irtibat eylemlerinden birini gerçekleştiren kişiye uygulanacak yaptırım da Polonya’dakinden çok daha ağırdır**. Bu eylemi gerçekleştiren kişiler süresiz olarak kamu görevinden çıkarılmakta ve açıkça terörist olarak damgalanmaktadır. Dahası, KHK bu kişiler hakkında “*bir daha kamu hizmetinde istihdam edilemezler, doğrudan veya dolaylı olarak görevlendirilemezler*” demiş, bunun yanında kamu hizmetinden çıkarılma yaptırımına birçok başka hukuki sonuç bağlanmıştır.
9. 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu, bir disiplin cezası olarak memurluktan çıkarma cezası yanında, memurluğun sona ereceği durumları da düzenlemektedir. Yasanın 98. maddesine göre “*Memurluğa alınma şartlarından her hangi birini taşımadığının sonradan anlaşılması veya memurlukları sırasında bu şartlardan her hangi birini kaybetmesi*” halinde kişinin memuriyeti sona erer. Bu koşullar arasında 48. maddenin 5. fıkrası uyarınca bir yıldan fazla hapis cezası almamak da vardır. Bir başka deyişle, Başvurucuyu kamu görevinden çıkartan KHK disiplin soruşturmasının olmadığı bir durumda ancak bir ceza mahkemesi tarafından verilebilecek mahkumiyet halinde uygulanabilecek olan memurluktan çıkarma cezasını uygulamaktadır. **Bu da yaptırımın AİHS anlamında bir cezai nitelik taşıdığını göstermektedir**.

### Ceza İsnadı Bakımından Adil Yargılanma İlkesinin Uygulanması

1. Ceza davalarında savunma haklarının güvence altına alınması demokratik bir toplumun temel ilkelerinden biridir ve 6. maddenin bu güvenceyi sadece teorik ve kağıt üstünde değil ve fakat pratik ve etkin şekilde kullanacak şekilde yorumlanması gerekir (*Artico/İtalya*, no. 6694/74, 13.5.1980, para. 33).
2. Özellikle Sözleşme’nin 6. maddesinin 1. fıkrası, tarafların sunduğu argüman ve delillerin tam bir şekilde değerlendirme ödevini mahkemeye yükler (*Van de Hurk/Hollanda*,19.4.1994, Series A no. 288, para. 59). Mahkemeler, önündeki ciddi şikayetleri dikkate almaz veya çürütülmesi mümkün olmayan delilleri dikkate almazsa, keyfi nitelik taşıyan bu yargılama adil yargılanma ilkesini ihlal edecektir (*Khamidov/Rusya*, no. 72118/01, 15.11.2007, para. 170-175).
3. AİHM’in çok kez vurguladığı üzere, **kamu yararı ne kadar güçlü olursa olsun, adil yargılanma hakkından feragat edilemez**. Bu nedenle 6. maddede düzenlenen adil yargılama güvenceleri, en basit suçta da örgütlü suçlar gibi en zor ve karmaşık suçlarda da uygulanır (*Teixeira de Castro/Portekiz*, no. 25829/94, 9.6.1998, para. 36). AİHM, bu nedenle bazı davalarda, 6. maddenin spesifik bir ihlalini saptamadan usulün bütün halinde adillik ilkesine (principle of fairness) aykırı olduğunu tespit etmiştir (*Van Kück/Almanya*, no. 35968/97, 12.6.2003, para. 55 vd.)
4. Başvuru konusu KHK, başvurucunun hiç yargılanmadan cezalandırılmasına yol açtığı için bütün olarak 6. maddeyi ihlal etmektedir. Bununla birlikte, somut olarak hangi güvencelerin ihlal edildiğini kısaca vurgulamakta da fayda vardır.
5. 6. maddenin özünü oluşturan adil yargılanma ilkesi öncelikle tarafsız ve bağımsız bir yargı merciinin yapacağı değerlendirmeyi gerektirir. Başvurucunun olayın ve hukukun incelenmesi için mahkemeye başvurma hakkı, milli güvenlik kaygıları olsa bile yürütmenin tek taraflı değerlendirmeleriyle (*ipse dixit*) sınırlandırılamaz. (*Tinnely ve Diğerleri/BK*, 20390/92, 10.7.1998, para. 77).
6. Adil bir yargılanmanın ön koşulu ceza usul kurallarının yasayla düzenlenmiş olmasıdır. Bu ilke, yargılamanın nasıl yapılması gerektiğine dair belirli koşullar getirmek suretiyle adil bir yargılanmayı güvence altına alır ve *silahların eşitliği ilkesine* saygıyı zorunlu kılar. Silahların eşitliği ilkesi, taraflara karşı taraf karşısında ciddi bir dezavantaja uğramaksızın davasını ileri sürme konusunda makul bir imkanın verilmesini gerektirir. AİHM, usul kurallarının birincil amacının sanığı otoritenin kötüye kullanılmasına karşı korumak olduğunu belirtmektedir (*Coeme/Belçika*, no. 32492/96, 22.6.2000, para. 102). Bunun yanında, yargılama hem hukuk hem de ceza davalarında *çekişmeli* olarak yürütülmeli ve taraflara karşı tarafın sunduğu delil ve argümanlara cevap verme imkanı sunulmalıdır (*Ruiz Mateos/İspanya*, no. 12952/87, 23.6.1993, para. 63).
7. **AİHS 6. madde aynı zamanda dinlenilme hakkını da içerir**. İlgili kişi kendi görüşünü doğrudan ya da yasal temsilcisi aracılığıyla yapmalıdır. İddia makamı da suçlanan kişiyle ilgili elindeki tüm verileri açıklamalıdır ki, buna karşı savunma yapılabilsin (*Dowsett/BK*, no. 39482/98, para. 41 vd.). Nihayet, dinlenilme hakkının doğal bir uzantısı da gerekçeli karar hakkıdır. Gerekçeli karar, neden kişi aleyhine karar verildiğinin anlaşılmasını sağlamasının yanında ceza hukukunun temel ilkelerinden olan masumiyet karinesinin güvence altına alınmasını sağlayacaktır. (*Adjaric/Hırvatistan*, no. 20883/09, 13.12.2011, para. 51).
8. Başvurucunun kamu hizmetinden çıkarılmasına ilişkin kararda, yukarıda sayılan ve 6. maddenin ve **daha önemlisi demokratik bir hukuk devletinin temelini oluşturan adil yargılanma ilkelerinin hiçbirine riayet edilmemiştir**. Başvurucu ifade özgürlüğünü kullandığı için hakkında idari ve adli soruşturma açılmış; kendisine açık hiçbir suçlama yöneltilmemiş, savunma hakkı verilmemiş, iddia makamının argüman ve delillerini tartışma imkanı sunulmamıştır. **Başvurucu hakkında işlem yapıldıktan sonra bile neyle suçlandığını bilememektedir**. Bazı ihlallerin, daha sonra giderilmesi için hukuki yollar öngörülmesi halinde ihlalin ortadan kaldırılması mümkünse de (*Edwards/Birleşik Krallık*, 16.12.1992, Series A no. 247-B) başvuru konusu KHK bunu da imkansız kılmaktadır.
9. Bu durumun, bir bütün halinde 6. maddenin adil yargılanmayı düzenleyen bütününü ihlal ettiği şüphesizdir. 685 Sayılı KHK ile kurulması öngörülen Komisyon ve buna karşı başvurulması kabul edilen yargı yolu da bu ihlalleri giderecek nitelikte değildir. Komisyona başvuru yapacak kişi hala ne ile suçlandığını bilmemekte, Komisyon önünde davasını tartışma imkanına sahip olmamakta hatta kendisine ilişkin dosyayı görme fırsatı bile bulunmamaktadır.

### 6. Maddenin Hukuk Yönü Açısından

1. Başvuru konusu olayın 6. maddenin ceza bölümünde incelenmemesi halinde, başvurucunun medeni hakkıyla ilgili olduğu için aynı maddenin “medeni hak ile ilgili uyuşmazlıklar” kapsamında görülüp değerlendirilmesi gerektiğine şüphe bulunmamaktadır.
2. AİHM içtihadının ilk döneminden itibaren profesyonel mesleğin devamını engelleyen kararlara yapılan itirazlar medeni hak ile ilgili uyuşmazlık kapsamında değerlendirilmektedir (*Le Compte, Van Leuven ve De Meyere/Belçika*, no. 6878/75, 23.6.1981, para. 44-51). Ayrıca, bu davalarda 6. maddenin ceza bölümünün uygulanması gerekip gerekmediği konusunun cevaplanmasına da gerek olmadığını, çünkü ceza muhakemesi için yukarıda sayılan ilkelerin medeni hakla ilgili uyuşmazlıklarda da uygulanacağını belirtmiştir (*Diennet/Fransa*, no. 18160/91, 26.9.1995, para. 28).
3. Bununla birlikte, başvurucu aynı zamanda kamu görevlisi olduğu için kamu hizmetinden çıkarılma cezasının 6. madde kapsamında olup olmadığı tartışma konusudur. AİHM’e göre, *Eskelinen kriterleri* bağlamında bir kamu görevlisinin 6. madde kapsamındaki korumadan hariç tutulabilmesi için iki kriterin karşılanması gerekir. Buna göre iç hukukta yargı yolunun açıkça kapalı olması ve bunun haklı gerekçelere dayanması gerekir. Haklı gerekçelerin varlığı da kendi içinde iki koşulun gerçekleşmesine bağlıdır (*Vilho Eskelinen ve Diğerleri/Finlandiya* ([BD], no. 63235/00, para. 62 ECHR 2007‑II). Birincisi, kamu görevlisinin kamu gücü ayrıcalığı kullanıyor olması, ya da Pellegrin davasında Mahkemenin ifade ettiği gibi Devletle arasında “özel bir güven ve sadakat” ilişkisinin bulunması gerekir (*Pellegrin/Fransa* [BD], no. 28541/95, para. 66, ECHR 1999-VIII). Bunun yanında, ikinci olarak davalı devletin uyuşmazlığın bu bağa ilişkin olduğunu da göstermesi gerekir. Bu nedenle, 6. maddenin uygulanması yönünde bir karine vardır. Eskelineni takip eden içtihatta da, bu karine kamu hizmetinden çıkarma da dahil olmak üzere çok sayıda kamu görevlisi davasında aynen uygulanmıştır (*Baka/Macaristan* [BD], no. 20261/12, 23.6.2016, para. 105).
4. Baka/Macaristan davasında, AİHM Eskelinen ölçütünü güçlendirmiştir. Buna göre, **kamu görevlisine iç hukukta yargı yolunu kapayan kuralın, müdahaleyi yapan işlemle birlikte olmaması, daha öncesinde mevcut olması gerekmektedir**. Aksi takdirde, taraf devletler, kamu hizmetinden çıkarmak istedikleri kişinin yargı yoluna başvurmaması için *ad hoc* düzenlemeler yaparak, bu yetkiyi kötüye kullanabilirler (*Baka/Macaristan*, para. 116). Bu durumda, sonradan çıkarılan kurallarla yargı yolunun kapanması Eskelinen testinin birinci unsuru olan yargı yolunun “açıkça” kapalı olması unsurunu karşılamamaktadır.
5. **Somut olayda başvurucu açısından Eskelinen testindeki her iki unsur da karşılanmamıştır**. Üniversitede öğretim üyesi olan başvurucunun idari ve adli kararlarla kamu hizmetinden nasıl çıkarılacağı ekte sunulan 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu ile 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu’nda düzenlenmiştir. Bu yaptırım karşısında da idari yargı yolu açıktır. Anayasa’nın 129. maddesine göre “*Memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemez*” ve “*Disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz*”. Anılan düzenlemelerde bir kamu görevlisinin herhangi açık bir soruşturma yürütülmeden ve savunması alınmadan ebedi olarak görevinden çıkarılma gibi bir yaptırım öngörülmemiştir. Bu yaptırım, başvurucunun kamu hizmetine girişinden yıllar sonra 686 Sayılı OHAL KHK’si ile getirilmiş, uygulanmış ve yargı yolu da kapatılmıştır. **Bu yönüyle düzenlemenin Eskelinen testinde öngörülen “açıkça yargı yolunu kapama” unsurunu taşımadığı açıktır.**
6. Üniversitede öğretim üyesi olan başvurucunun, Devletle arasında Pellegrin’de belirtilen “özel bir güven ve sadakat” ilişkisi olmaması nedeniyle Eskelinen testinin 2. unsurunu da taşımadığı ortadadır. Üniversitede öğretim üyesi olan bir kişinin, hiçbir somut delile dayanmaksızın bir darbe girişimiyle ilişkilendirilip kamu görevinden çıkartılmasının bu açıdan da meşru görülebilir bir yanı bulunmamaktadır. ekle

## 8. Madde Açısından

1. Kamu hizmetine giriş hakkıyla bağlantılı başvurular Sözleşme kapsamında olmadığı gerekçesiyle AİHM tarafından reddedilmiştir. AİHM'e göre, demokratik bir devletin kamu görevlilerinin toplumun kurulu olduğu anayasal ilkelere bağlılık göstermesinde meşru bir yararı vardır.
2. Bununla birlikte, Mahkemeye göre özel hayat kavramı, kişinin moral ve fizik bütünlüğünü korumakta ve kişinin kişiliğini geliştirme ve yerine getirme konusunda bir alanı güvence altına almaktadır. Buna göre, özel hayat kavramının dış dünya kavramından soyutlanmış bir iç dünya şeklinde tanımlanması çok kısıtlayıcı bir yaklaşım olacaktır. Birçok insanın dış dünya ile ilişkilerinin geliştirilmesinde çok önemli bir yere sahip olan meslek ve iş hayatının “özel hayat” kavramının dışında tutulmasını açıklayacak makul bir gerekçe yoktur.
3. Komünist rejim sonrası kamudan arındırma işlemlerinin hukuk devleti ilkelerine uygun bir şekilde yürütülmesini sağlamak amacıyla Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi tarafında hazırlanan ve hem AİHM hem de Venedik Komisyonu[[26]](#footnote-26) tarafından esas alınan AKPM Rehber İlkeleri[[27]](#footnote-27), bu nedenle arındırmanın insan hakları ve demokrasiye tehdit teşkil eden pozisyonlarla sınırlı olması gerektiğini belirtmektedir.
4. AKPM Rehber İlkeleri, arındırma sürecinde şu ilkelere uyulması gerektiğini vurgulamaktadır:

Para. 4: Demokratik bir hukuk devleti, adaletin sağlanması ve suçluların cezalandırılması için yeterli araca sahiptir, **adalet yerine intikam duygusuna hizmet etmemelidir**. Hukuk sistemi, adil yargılanma ve dinlenme hakkı gibi insan hakları ve temel özgürlüklere saygı göstermeli ve bu hakların kendileri iktidardayken bu kurallara riayet etmeyenlere bile uygulamalıdır.

Para 12: Bu önlemler ancak belli ölçütlere uydukları takdirde demokratik bir devletle uyumlu olabilir. Birinci olarak, **kolektif değil bireysel olan suç her bireysel vakada ayrıca kanıtlanmalıdır**. İkinci olarak, **savunma hakkı, masumiyet karinesi ve** **mahkemeye ulaşma hakkı garanti altına alınmalıdır**. **İntikam asla bu tedbirlerin** **amacı olmamalıdır**.

Bunun yanında şu ilkelere de riayet edilmelidir:

“a. Arındırma özel kurulan bağımsız komisyonlar eliyle yürütülmelidir;

b. Arındırma önlemleri, sadece pozisyonunu insan hakları ihlali gerçekleştirmek veya demokratikleşme sürecini engellemek yoluyla kullanan kişinin demokratik düzene oluşturduğu ciddi tehdidi azaltmak için bu kişilere yönelik olarak kullanılabilir;

c. Arındırma; **cezalandırma, ödetme veya intikam amaçlı kullanılamaz**. Cezalandırma ceza usul kurallarına riayet edilerek ceza kanunlarına göre yapılabilir;

d. Arındırma sadece insan hakları ve demokrasi açısından ciddi tehlike oluşturduğuna dair iyi gerekçeler bulunan, yani iç güvenliğe ilişkin hükümet politika ve uygulamalarını yapan ve uygulayan kişilerle insan hakları ihlallerinin emrinin verildiği ve/veya işlendiği kolluk, güvenlik, istihbarat ve yargı kimi kurumlarda, uygulanmalıdır.;

g. Arındırma nedeniyle hizmetten çıkarma, kişinin kişisel tutumu ve alışkanlıklarındaki değişikliklerin dikkate alınması gerektiği için, 5 yıldan fazla sürmemelidir;

m. Hiçbir şekilde bir kişi, avukata erişim hakkı (kişinin durumunun elvermediği durumlarda adli yardımla), kendisi aleyhine sunulan delillere karşı çıkma hakkı, tüm suçlayıcı delillere ulaşma hakkı, kendi delillerini sunma hakkı, kendi istediği takdirde açık yargılanma hakkı ve tarafsız bir mahkemeye başvurma hakkı dahil olmak ve bunlarla kısıtlı olmamak üzere tüm adil yargılanma güvencelerinden yararlandırılmadan arındırma sürecine tabi kılınmamalıdır.”

1. Görüldüğü gibi arındırma önleminin, sadece kamu gücü ayrıcalığı kullanan, insan hakları ihlaline neden olabilecek kişilerle sınırlı tutulmasını gerektirmektedir. Polis, asker, hakim, savcı gibi meslek kategorileri bu kapsamda görülebilir. Ancak kamu gücünü kullandığına, darbeye doğrudan katıldığına dair kanıt olmayan başvurucu gibi öğretim üyelerinin bu kapsamda kamu hizmetinden çıkarılması demokratik bir toplumda zorunlu olarak değerlendirilemez. Bir kişinin görevini, kendi kişisel kusurunu, çalıştığı dönemi dikkate alıp bireyselleştirme yapmadan uygulanan hizmetten çıkarma yaptırımlarının da Sözleşme’ye aykırı olduğu tespit edilmektedir.[[28]](#footnote-28) AİHM, KGB ile hangi düzeyde bağı olduğuna bakmaksızın herkesi kapsayan düzenlemelerin Sözleşmeye aykırı olduğuna karar vermiştir.[[29]](#footnote-29)
2. Aynı şekilde bir kişinin kanaat ve düşünceleri de tek başına meslekten çıkarma için yeterli olamaz. Kamudan arındırma işlemleri, ceza hukuku ile benzerlik gösterdiği için kişinin kusurunun mutlaka değerlendirilmesi gerekir. Varolan koşullarda, kusurlu sayılamayacak kişilerin salt bir görevde olmaları haklarında işlem yapılmasını meşru gösteremez.[[30]](#footnote-30)
3. Zaman bakımından da kamu hizmetinden yasaklanma işleminin söz konusu tehlike ile arasında bağlantı olması gerekir. **Tehlikenin kalkmasından sonra, yasaklılığın devam etmesi demokratik bir toplumda gereklilik ilkesiyle açıklanamaz**.[[31]](#footnote-31)
4. Somut olayda, **başvurucunun darbe girişimiyle, darbe girişimi yaptığı söylenen dini cemaatle veya örgütle hiçbir ilgisi bulunmamaktadır**. Kişisel bir kusuru kanıtlanmadığı gibi, herhangi bir şiddet aracına başvurması da mümkün değildir. Başvurucu ifade özgürlüğünü kullandığı için ihraç edilmiş ve hakkında adli soruşturma açılmıştır.
5. Adil yargılanma ve olaylar bölümlerinde açıklandığı gibi başvurucu hakkında yürütülmüş bir ceza soruşturması, suçlama, kendisi aleyhine sunulmuş bir suçlama ve delil yoktur. Kamu hizmetinden çıkarılma yaptırımı öncesi savunması alınmadığı gibi suçlama karşıtı delil sunma imkanı da verilmemiştir.
6. Bunun yanında, darbeyle hiçbir illiyet bağı bulunmayan başvurucunun kamu hizmetinden çıkarılması aynı zamanda ölçüsüz bir yaptırım niteliğindedir. Çünkü bir hukukçu olan başvuru, kamu hizmetinden bir kez daha dönememek üzere çıkarılmış, dahası doğrudan veya dolaylı her türlü kamu hizmetine girmesi yasaklanmış ve pasaportu iptal edilmiştir. Bu koşullar altında başvurucu hakimlik, savcılık ve de avukatlık yapamayacak, yurtdışında çalışma imkanı da olmayacaktır. Bu şekilde başvurucunun çalışma hayatına ilişkin orantısız müdahalelerle AİHS 8. maddede düzenlenen özel hayat güvencesinin ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.

**Olağanüstü Hal ve 15. Madde Bildirimi Hakkında**

1. Hükümet Avrupa Konseyi’ne 21 Temmuz 2016 tarihinde Olağanüstü Hal ilanı ile ilgili olarak bildirimde bulunmuştur. Bildirimde, Türkiye’de büyük ölçekli bir darbe girişimi olduğu ve bu nedenle Olağanüstü Hal ilan edildiği bildirilmektedir. Başvuru konusu önlemin bu kapsamda değerlendirilmesi de gerekir.
2. Taraf Devletler, **olağanüstü hal ilan edildiğinde takdir marjları genişlese de bu herşeyi yapabilecekleri anlamına gelmemektedir**. Orantılılık ilkesi “şartların gerektirdiğinden daha fazla önlem alınmasını kati bir şekilde yasaklar” (Aksoy/Türkiye, para. 68).
3. Başvuru konusu olay bakımından, AİHM içtihadından çıkarılabilecek 3 unsura bakılabilir: a. **Hükümetin bildirimi kamu hizmetinden çıkarma yaptırımını içermekte midir?**, b. **Alınan önlem şartların gerektirdiği nitelikte midir?**, c. **15. maddenin 2. fıkrası uyarınca askıya alınamayan haklar önlemden etkilenmiş midir?**
4. AİHM, Aksoy/Türkiye kararında, olağanüstü hal sırasında alınacak önlemlere ilişkin bildirimin, dava konusu önlemle ilgili yeterli bir bilgiyi içerip içermediğini doğrudan kendisinin inceleyebileceğini belirtmiştir (Aksoy/Türkiye, para. 86). Türkiye, **Avrupa Konseyi’ne sunduğu bildirimde onbinlerce kamu görevlisini yargısız, sorgusuz ve sualsiz ve tüm sözleşme hükümlerini hiçe sayarak görevden alabileceğini belirtmemiştir**.
5. Nitekim Sakık ve Diğerleri başvurusunda hükümet yer bakımından sadece Güneydoğu’da uygulanacağını belirttiği önlemleri Ankara’da da uygulamış, AİHM kapsam dışında olan uygulamanın Sözleşmeye aykırı olduğunu tespit etmiştir (Sakık ve Diğerleri/Türkiye, para. 39).
6. **Bu başvuruda da hükümet konu bakımından yaptığı bildirimin çok ötesine geçmiştir**. Başvuru konusu kamu hizmetinden çıkarma yaptırımının, konu bakımından davalı hükümetin 15. madde bildiriminin kapsamında olmadığı çok açıktır.
7. Başvuru konusu önlem, hakların askıya alınması açısından 2. unsuru, yani şartların gerektirdiği ölçüde olma ölçütünü de karşılamamaktadır (A ve Diğerleri/Birleşik Krallık, para. 173 vd). BM İnsan Hakları Komitesi’nin belirttiği gibi olağanüstü halde alınacak önlemler istisnai ve geçici olmalıdır.[[32]](#footnote-32) Halbuki, başvurucu doğrudan ve dolaylı kamu hizmetinden ebediyen çıkarılmakta ve “medeni ölüm”e terk edilmektedir. **Alınan önlem, şartların gerektirdiği ölçülerle sınırlı olmadığı gibi hiçbir sınırı yoktur**.
8. Konu bakımından da alınan önlemlerin şartların gerekleri ile ilgisi olmadığı açıktır. **Olağanüstü hal ilanının gerekçesi ordu içerisinde bir grup subayın darbe girişimidir**. **Başvurucu hakkında değil darbeye katkı sunmak, şiddet kullandığına dair tek bir ifade ve delil bulunmamaktadır**. Bu koşullar altında, tüm adil yargılanma ilkelerinin askıya alınarak hakkında işlem yapılmasının 15. madde kapsamında görülmesine imkan yoktur.
9. Nihayet, **başvuru konusu önlem, Sözleşme’nin 15. maddesinin 2. paragrafında düzenlenen yasağı da ihlal etmektedir**. Gerçekten de anılan paragrafa göre, olağanüstü hal ilan edildikten sonra kanunsuz suç yasağını içeren Sözleşme’nin 7. maddesinin askıya alınması mümkün değildir. Oysa, 672 Sayılı KHK ile yeni bir suç ihdas edilmiş ve “Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olanlar” hakkında kamu hizmetinden çıkarma yaptırımı öngörülmüştür. 6. maddeye ilişkin açıklamalarımızda görülebileceği üzere **bu düzenleme Sözleşme’deki özerk anlamıyla bir “cezai isnad”dır** ve bu nedenle **suçun işlendiği tarihte yürürlükte olmayan bir kanunla cezalandırılmaya çalışılmaktadır**.

**Sözleşmenin 18. Maddesinin İhlali**

1. Sözleşme’nin 18. maddesine göre “*Anılan hak ve özgürlüklere bu Sözleşme hükümleri ile izin verilen kısıtlamalar öngörüldükleri amaç dışında uygulanamaz*.”
2. Bu başvurunun diğer bölümlerinde açıklandığı gibi **başvuru konusu işlemlerin amacı olağanüstü hale sebep olan olayların önlenmesi veya suçların soruşturulması değildir.** Amaç devletin insan hakları ihlallerinin dillendirilmesinin engellenmesidir.
3. AİHM içtihadına göre, Sözleşme’nin 18. maddesi, diğer maddelerle birlikte okunmaktadır (*Gusinskiy/Rusya*, no. 70276/01, para. 75, ECHR 2004; IV). Sözleşme, tarafların iyi niyeti üzerine kurulu olmakla birlikte, aslında Taraf Devletin “gizli bir ajandası” olabilir ve bu kanıtlanabilir.
4. AİHM, yakın tarihli iki Azerbaycan davasında ülkedeki genel durumla, başvurucuların durumu arasında kurduğu ilişki nedeniyle 18. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. (*Ilgar Mammadov/Azerbaycan*, no. 15172/13, 225.2014, para. 141-144; *Rasul Jafarov/Azerbaycan*, no. 69981/14, 17.3.2016, para. 153-162).
5. İşbu şikayete söz konusu olaylar, Jafarov ve Mammadov’a benzerlik göstermesinin ötesinde daha ağır özellikler taşımaktadır. Olağanüstü Hal’in ilanıyla hiç ilgisi olmayan çok sayıda akademisyen OHAL bahane edilerek, devletin insan hakları ihlallerini eleştirdikleri için haklarında soruşturmalar açılarak kamu görevinden ihraç edilmiştir. Tüm bunları iyi niyetle açıklamak mümkün değildir ve amaç, farklı görüşteki entelektüellerin sözde meşru (pseudo-legitimate) sebeplerle susturulmasıdır.
6. Tüm bu açıklamalar ışığında 18. maddenin 10, 6. ve 8. maddelerle birlikte ihlal edildiğine şüphe bulunmamaktadır.

**46. Maddenin Uygulanması**

1. AİHM, kararlarının esas itibariyle tespit edici nitelikte olduğunu ve genelde, AİHS’nin 46. maddesi kapsamındaki yükümlülüğünü ifa etmek için iç hukukunda kullanacağı araçları seçmenin, Bakanlar Komitesi’nin denetimine tabi olmak koşuluyla, öncelikle ilgili Devlet’e ait olduğunu belirtmektedir.
2. Başvurucu açısından ihlali giderecek tek yol hakkındaki soruşturmaların sonlandırılması ve görevine iade edilmesidir. Bu nedenle, 46. madde uyarınca bu yönde karar alınması gerekir.
1. Venice Commission, Opinion on Emergency Decree Laws Nos. 667-676 Adopted Following the Failed Coup of 15 July 2016, CDL-AD(2016)037, para. 200-202. [↑](#footnote-ref-1)
2. Taron/Almanya, no. 53126/07, 29.05.2012; Techniki Olympiaki A. E./Yunanistan, no. 40547/10, 01.10.2013; Valcheva ve Abrashev/Bulgaristan, no. 6194/11, 18.6.2013. [↑](#footnote-ref-2)
3. Michalak/Polonya, no. 24549/03, 1.3. 2005; Hutten-Czapska, no. 35014/97, 19.6.2006; Zadric/Bosna ve Hersek, no. 18804/04, 16.11.2010; Preda ve Diğerleri/Romanya, no. 9584/02, 29.4.2014. [↑](#footnote-ref-3)
4. Nagovitsyn ve Nalgiyev/Rusya, no. 27451/09, 23.9.2010 (bununla birlikte, AİHM daha sonra Rusya’da etkili hukuk yolu olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Kalinkin ve Diğerleri/Rusya, no. 16967/10, 17.4.2012). [↑](#footnote-ref-4)
5. Stella ve Diğerleri/İtalya, no. 49169/09, 16.9.2014. [↑](#footnote-ref-5)
6. Coeme/Belçika, no. 32492/96, 22.6.2000, para. 102. [↑](#footnote-ref-6)
7. Ruiz Mateos/İspanya, no. 12952/87, 23.6.1993, para. 63 [↑](#footnote-ref-7)
8. Akademisyenler Esra Mungan, Muzaffer Kaya ve Kıvanç Ersoy ve Meral Camcı tüm imzacılar adına, “Bu Suça Ortak Olmayacağız” metninin arkasında durduklarını söyledikleri için tutuklanmış ve haklarında Terörle Mücadele Kanunu’nun (TMK) 7/2 maddesinde yer alan “terör propagandası yapmak” suçundan iddianame hazırlanmıştır. [↑](#footnote-ref-8)
9. *Erdoğdu ve İnce/Türkiye*, no. 25067/94, 8.7.1999, para. 50; *Başkaya ve Okçuoğlu/Türkiye,* no. 23536/94, 08.7.1999, para. 62; *Sürek/Türkiye (no. 4)*, no. 24762/94, 08.71999, para. 57; *Sürek/Türkiye (no.2),* no. 24122/94, 8.7.1999, para. 34; *Yalçın Küçük/Türkiye*, no. 28493/95, 5.12.2002, para. 38). *Erdoğdu/Türkiye*, no. 25723/94, 15.6.2000, para. 61-62. [↑](#footnote-ref-9)
10. Erdoğdu ve İnce, para. 51. [↑](#footnote-ref-10)
11. Başkaya ve Okçuoğlu/Türkiye, no. 23536/94, 08.7.1999, para. 65. Karataş/Türkiye, no. 23168/94, 8.7.1999 [↑](#footnote-ref-11)
12. Başkaya ve Okçuoğlu, para. 64. [↑](#footnote-ref-12)
13. Sürek (no. 4), para. 56 [↑](#footnote-ref-13)
14. Erdoğdu, para. 62. [↑](#footnote-ref-14)
15. Şener/Türkiye, no. 26680/95, 18.7.2000, para. 44 [↑](#footnote-ref-15)
16. Karkın/Türkiye, no. 43928/98, 23.9.2003. [↑](#footnote-ref-16)
17. *Yavuz ve Yaylalı/Türkiye*, para 54. [↑](#footnote-ref-17)
18. Sürek/Türkiye, no. 1, Büyük Daire, no 26682/95, Gözel ve Özer/Türkiye, no: 43453/04 ve 31098/05, Faruk Temel/Türkiye, no: 16853/05, 01.02.2011, Öner ve Türk/Türkiye, no: 51962/12, 31.03.2015, Gül ve Diğerleri/Türkiye, 08.06.2010, no:4870/02, para.41-45. [↑](#footnote-ref-18)
19. Gül ve Diğerleri/Türkiye, no. 4870/02, 08.06.2010, para. 41. Aynı yönde Kılıç ve Eren/Türkiye, no. 43807/07, 29.11.2011, para. 28. [↑](#footnote-ref-19)
20. Yağmurdereli, para. 54. [↑](#footnote-ref-20)
21. Phillips/Birleşik Krallık, no. 41087/98, para. 31, Garyfallou AEBE/Yunanistan, 24.9. 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-V, para. 32. [↑](#footnote-ref-21)
22. Lutz/Almanya, 25.8. 1987, para. 55 [↑](#footnote-ref-22)
23. Bendenoun/Fransa, 24.2. 1994, Series A no. 284, para. 47. [↑](#footnote-ref-23)
24. Sidabras ve Džiautas/Litvanya (dec.), nos. 55480/00 ve 59330/00, 21.10. 2003; Rainys ve Gasparavičius/Litvanya (dec.), nos. 70665/01 ve 74345/01, 22.1. 2004; Ivanovski/Makedonya, no. 29908/11, 21.1.2016, para. 117-122. [↑](#footnote-ref-24)
25. *Matyjek/Polonya*, 38184/03, 30.5.2006, kabul edilebilirlik kararı; *Bobek/ Polonya*, no. 68761/01, 24.10. 2006. [↑](#footnote-ref-25)
26. Venedik Komisyonu’nun bazı ülkelerde bu amaçla hazırlanmış yasaları değerlendirirken 1096 sayılı kararı esas aldığı görülmektedir. Venice Commission, CDL-AD(2012)028, Amicus Curie Brief on Determining a Criterion for Limiting the Exercise of Public Office, Access to Documents and Publishing, the Co-operation with the Bodies of the State Security (“lustration law”) of “the Former Yugoslav Republic of Macedonia”, Opinion no. 694/2012, 17 December 2012. ;Venice Commission, CDL-AD(2015)012, Final opinion on the law on government cleansing (lustration law) of Ukraine, as would result from the amendments submitted to the Verkhovna Rada on 21 April 2015, Opinion no. 788/2014, 19-20 June 2015; Venice Commission, CDL-AD(2009)044, Amicus Curie on the Law on the Cleanliness of the Figure of High Functionaries of the Public Administration and Elected Persons of Albania, Opinion no. 524/2009, 13 October 2009). [↑](#footnote-ref-26)
27. Parliamentary Assembly of the Council of Europe Resolution 1096 (1996) on measures to dismantle the heritage of former communist totalitarian systems and the respective Guidelines to ensure that lustration laws and similar administrative measures comply with the requirements of a State based on the rule of law (doc. 7568), 3 June 1996. [↑](#footnote-ref-27)
28. *Adamsons/Letonya*, No. 3669/03, 24.6.2008, para. 125. [↑](#footnote-ref-28)
29. *Žičkus/Litvanya*, no. 26652/02, 7.4. 2009, para. 33; *Soro/Estonya*, no. 22588/08, 3.9.2015. [↑](#footnote-ref-29)
30. Venedik Komisyonu da kişisel kusurun, temizleme işlemi için bir ön koşul olduğunu düşünmektedir. Opinion no. 694/201, para. 7. [↑](#footnote-ref-30)
31. Adamsons/Letonya, No. 3669/03, 24.6.2008, para. 116. [↑](#footnote-ref-31)
32. Human Rights Committee, General Comment 29, States of Emergency (article 4), U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001), para. 2. [↑](#footnote-ref-32)