

OHAL Komisyonu Karar Vermeye Başlıyor: Ama Nasıl?

Kerem Altıparmak & Yaman Akdeniz

19 Eylül 2017

17 Temmuz 2017 tarihinde başvuruları almaya başlayan Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu'na (OHAL Komisyonu) başvuru süresi 17 Temmuz 2017'den önceki kanun hükmünde kararnameler (KHK) için 14 Eylül 2017 tarihinde bitti.¹ 17 Temmuz 2017 tarihinden sonra hazırlanan KHKlerle yapılan ihraç işlemlerine karşı yapılacak başvurularda süre, KHKlerin Resmi Gazete'de yayımlanmasından sonra 60 gündür.² Fakat, OHAL Komisyonu, bu sürelerin dolmasından sonra da daha önce idari yargıda açılmış dava dosyalarının kendisine gönderilmesini isteyecek. Bu dosyaların OHAL Komisyonu'na ne kadar sürede ulaşacağı ve çifte başvuruların ne kadar bir süre içerisinde tasnif edilip incelemelere başlanacağı şimdilik belirsiz.

Komisyonun 14 Eylül 2017 tarihi itibarı ile Komisyon verilerine göre 101.243 kişi başvurularını yaparak Komisyonun gönderilmek üzere valilik veya ilgili kurumlarına onaylatırken, 7 kişilik bir Komisyon'un bu iş yükünün altından nasıl kalkacağı başından beri tartışılan bir konu.³ Bununla birlikte, OHAL Komisyonu kurulduğu, başvuru süreci tamamlandığı ve dolayısıyla Komisyon çalışmaya başladığına göre artık bunun bir şekilde gerçekleşeceğini varsaymak durumundayız.

OHAL Komisyonu'nun nasıl bir inceleme yapacağı bir yandan kararların adil sonuçlanması, bir yandan da süratli sonuçlanması açısından kritik bir önem taşıyor ve bu incelemenin nasıl olacağı hala belirsiz.

Şüphesiz elimizde daha uygulanmaya başlamadan bir kaç kez değişikliğe uğrayan OHAL Komisyonunu kuran **685 Sayılı KHK ve Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonunun Çalışmasına İlişkin Usul ve Esaslar**⁴ var. **Ancak her iki metin de Komisyonun çalışma usullerini değil açıklığa kavuşturmak tam tersine bazı açılardan daha belirsiz hale getirmektedir.**

Bu boşluğun ve belirsizliğin nasıl doldurulacağı ise hayati bir önem taşıyor. OHAL Komisyonu'nun, OHALde⁵ kurulmuş olması, Komisyonun hukuk hiyerarşisine ve hukukun genel ilkelerine tabi olmayacağı anlamına gelmez. Bu nedenle, OHAL Komisyonunun izlemesi gereken yöntemi diğer hukuk kaynaklarına bakarak bulmak gerekmektedir. Hatta, aşağıda açıklanacağı gibi eğer Komisyon KHKsi ile daha üst hukuk normları arasında çatışma çıkarsa, bu normların esas alınması gerektiği de açıktır. Bu durumu dikkate alarak, bu raporda OHAL

¹ 685 Sayılı Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 7. maddesinin 3. fıkrası uyarınca "Komisyonun başvuru almaya başladığı tarihten önce yürürlüğe konulan kanun hükmünde kararnamelerle ilgili olarak başvuru alma tarihinden itibaren altmış gün içinde" başvuru yapılması gerekmektedir.

² 25 Ağustos 2017 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan 693 sayılı KHK ile ihraç edilenlerin OHAL Komisyonu'na başvuru süresi 23 Ekim, 2017 tarihinde dolacaktır.

³ Bu konuda daha önceki değerlendirme için bkz. Kerem Altıparmak (2017), "OHAL Komisyonu Etkili Bir Hukuk Yolu Mu?", https://bianet.org/bianet/toplum/183186-ohal-komisyonu-etkili-bir-hukuk-yolu-mu#_ftnref6

⁴ 12 Temmuz 2017 gün ve 30122 (Mükerrer) Sayılı Resmi Gazete

⁵ İHOP, Olağanüstü Hal Tedbir ve Düzenlemeleri (31 Ağustos 2017): Güncellenmiş Durum Raporu, http://www.ihop.org.tr/wp-content/uploads/2017/09/OHAL-Durum-Raporu_31Ağustos-2017.pdf

Komisyununun hukuka uygun inceleme yapabilmesi için zorunlu gördüğümüz bazı hususların altını çizmek istiyoruz.

USUL BAKIMINDAN

Komisyon'un Muhakeme Usulü Üzerine

OHAL Komisyonu'nu kuran 685 Sayılı KHK'nin 9. maddesi **Komisyonun incelemelerini dosya üzerinden yapacağını** söylemektedir. Öte yandan, Anayasa'nın 148. maddesinin 1. fıkrası OHAL KHKlerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, AYM'e dava açılmayacağını belirtmektedir. AYM yakın tarihli ve çok eleştirilen kararlarında,⁶ bu hükümden yola çıkarak son dönemde çıkarılan ve olağanüstü halle hiçbir ilgisi olmayan çok sayıda KHK'nin denetlenmesinin de mümkün olmadığını belirtmiştir. Bununla birlikte, KHKlerin AYM'de dava edilememesi, normlar hiyerarşisine tabi olmadığı, üst kurallara aykırı kurallar içerebilecekleri anlamına gelmeyecektir. **Aksinin kabulü Anayasa'nın üstünlüğünü de anlamsız bırakacaktır.**

O halde OHAL KHKlerinin öncelikle Anayasa'ya daha sonra da uluslararası insan hakları sözleşmelerine uygun yorumlanması gerektiği sonucunu çıkarmak zorunludur. Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca temel haklara ilişkin uluslararası antlaşmalarla kanunların çatışması halinde antlaşmalar esas alınacaktır. Bu ilişkinin insan hakları sözleşmeleri ile KHKler arasında olduğu da izahtan varestedir. Bilindiği gibi **685 Sayılı KHK'nin çıkarılmasının gerekçesi, AİHM önünde devam eden 12600 benzer dosya için etkili bir hukuk yolu yaratmaktır.** Nitekim, AİHM de Köksal/Türkiye kararında OHAL Komisyonu'nun etkili bir hukuk yolu olduğunu saptamış ancak ilerleyen aşamada bu yolun etkili olup olmadığını tekrar gözden geçirebileceğini de eklemiştir.⁷ AYM de Remziye Duman kararında, AİHM'in kararına benzer bir sonuca ulaşmıştır.⁸ Bu bilgiler ışığında **OHAL Komisyonu'nun AİHM ve AYM'nin kabul ettiği anlamda etkili hukuk yolu olması gerektiği sonucu çıkaracaktır.**

Fakat, bir hukuki yolun etkili hukuk yolu olup olmadığı ancak o hukuki çatışmanın konusu saptanarak tespit edilebilir. OHAL Komisyonu, sıfırdan işlem tesis eden bir idari birim değildir. Bu Komisyonun kurulmasının nedeni, daha önce tesis edilen idari işlemlere karşı yargı yolunun kapatılmış olmasıdır. Hatırlatmak gerekirse, ilk idari işlem (kamu görevinden ihraç) aslında fiilen kişinin istihdam edildiği birim tarafından tesis edilmiş ancak kağıt üstünde bu işlem Bakanlar Kurulu tarafından hayata geçirilmiştir. Bunun anlamı şudur. Kişinin çalıştığı idari birimde bir değerlendirme veya soruşturma yapılmış, ulaşılan sonuç Bakanlar Kurulu'na gönderilmiş, Bakanlar Kurulu da sonucu herhangi bir değerlendirme veya inceleme yapmadan yayınlamıştır.

Kamu kurum ve kuruluşlarında yapılan bu ilk soruşturma süreci çok hızlı bir şekilde tamamlanmış, çoğu durumda da hakkında işlem tesis edilen kişiye savunma hakkı verilmemiştir. **Bu şekilde ihraç edilen ilk grup için bir yıldan fazla zaman geçmiştir.** Bir kez daha ve bu sefer de OHAL Komisyonu nezdinde aynı şekilde

⁶ E.2016/166, K. 2016/159, 12.10. 2016; E. 2016/167, K.2016/160, 12.10 2016; E. 2016/171 K. 2016/164, 2.11.2016; E. 2016/172 K. 2016/165, 2.11. 2016.

⁷ Köksal/Türkiye, no. 70478/16, 12.6.2017, para. 28-29.

⁸ Remziye Duman başvurusu, no. 2016/25293, 20.7.2017.

savunma hakkı verilmeksizin işlem tesis edilmesinin etkili bir hukuk yolu olarak nitelendirilemeyeceği de açıktır.

Bu durumda, **OHAL Komisyonu önünde tesis edilecek işlem yeni bir işlem değil ilk soruşturma işleminin doğru olup olmadığına dair bir işlemdir. Bu işlem de fonksiyonel anlamda yargısal bir işlemdir.** Bu işlemde Komisyon başvuran kişinin bir örgüte “irtibatı, iltisakı, aidiyeti, mensubiyeti, üyeliği” olduğuna dair idari işlemin doğru olup olmadığını tespit edecektir. Bu tespitin yapılabilmesi için kişinin hangi örgütle ve neye göre irtibatı ve iltisakı, ve hangi örgüte aidiyeti, mensubiyeti veya üyeliği olup olmadığını ileri sürüldüğünü bilmesi, bu bilgiye göre de kendisini savunabilmesi ve itiraz imkanının bulunması gerekir. Bunun için başvurucuya sunulması gereken usul güvencelerini aşağıda değerlendireceğiz ancak bundan önce Komisyon kararı karşısında idari yargıya başvurulabileceği, bu nedenle Komisyon önündeki usulün yargısal olmasına gerek olmadığına dair argümanı incelemek gerekir.

İdari Yargı Komisyondaki Usul Eksikliğini Giderebilir mi?

Komisyon önünde adil bir yargılama sürecinin bulunmamasının çok sorun olmadığı, bu güvencelerin, yargı yolu açık olduğu için idari yargı tarafından sağlanacağı ileri sürülebilir. Gerçekten, AYM de kabul edilemezlik kararında, OHAL Komisyonu kararına karşı idari yargı yoluna gidilebileceğine dikkat çekmiştir. AYM’ye göre “Komisyon kararları yargı denetimine açık olduğundan anılan kararlara karşı yargı yoluna başvurulduğunda Anayasa’nın 36. maddesi gereği başvurulacak adil yargılanma hakkının tüm güvencelerinin sağlanması gerekir”. Bu aşamada “aksine bir düzenleme de bulunmadığından yargılamada potansiyel olarak başvuru dosyasına erişmelerine, davaya etkili şekilde katılmalarına, delillerini sunma ve inceletme fırsatına sahip olmalarına engel bir durum bulunmamaktadır”.⁹

Bu saptamalar doğrudur. **İdari yargıda dava açıldığında bu hakların sağlanması gerekecektir.** Lakin adil yargılanma güvencelerinin sadece idari yargı aşamasında mevcut olması Komisyon aşamasının yarı yargısal niteliğini göz ardı ettiği için iki açıdan kabul edilebilir değildir.

Birincisi, eğer ihraç edilen kişi adil bir şekilde hakkını savunma hakkını ancak idari yargıda ileri sürebilecekse neden araya bir de OHAL Komisyonu engeli koyulmuştur? Bir Komisyon kurmak yerine tüm KHK ihraçlarının idari yargıya başvurmaları mümkün kılan bir düzenleme yapmak daha adil ve mantıklı olmaz mıydı? Eğer adil yargılanma hakkının ancak idari yargı aşamasında sağlanacağı kabul edilirse 2016 yılının Eylül ayında ihraç edilmiş olan bir kişi, her şey yolunda gitse bile idari yargıya ve dolayısıyla adil yargılanma hakkına ancak 2-3 sene sonra ulaşabilecektir. AİHM’in etkili hukuk yolundan anladığı bu olmasa gerekir.

İkincisi ve daha önemlisi ise eğer OHAL Komisyonu önünde yargısal güvenceler verilmezse idari yargıda adil bir yargılama yapılması da imkansız hale gelecektir.

Öncelikle **Komisyon kararlarına karşı açılacak davanın konusu belirsizdir.** Komisyonu kuran 685 Sayılı KHK kararlara karşı açılacak davanın Komisyon aleyhine açılacağını belirtmişti. Oysa 690 Sayılı KHK’nin 55. maddesiyle 685 Sayılı KHK’ye yeni bir hüküm eklenmiş ve **husumetin ilk kararı alan idareye yöneltileceği hükme bağlanmıştır.** Buna göre kamu görevinden, meslekten veya

⁹ Remziye Duman, para. 43.

görev yapılan teşkilattan çıkarılan ya da ilişiği kesilenlerce **en son görev yapılan kurum veya kuruluşa dava açılacaktır.**¹⁰ Hal böyle olunca davanın konusunu anlamak da güçleşmektedir. İptal edilecek işlem Komisyon kararı mıdır, yoksa ilk idarenin aldığı karar mıdır? 685 Nolu KHK'nin 10. maddesindeki kararların uygulanması hükmü dikkate alındığında iptal edilecek işlemin Komisyon'un kararı olduğu ve iptal kararı sonrasında Komisyon karar vermiş gibi bir sonuç çıkacağı düşünülebilir. Eğer böyleyse, neden kararı, kararı alan idare olan Komisyon değil de, ilk kararı alan idare savunmak zorunda kalacaktır? Eğer zaten etkili hukuk ilk aşamada ihraç taleplerinde bulunan kamu kurum ve kuruluşlarına son aşamada dava açmayı gerektiriyorsa o zaman KHK Komisyonu kademesinin oluşturulmasına ne gerek vardı?

Hasım sorunun da ötesinde **eğer davanın konusu Komisyon kararıysa, ki öyle gözükmektedir, idare mahkemesi neyin hukuka aykırı olduğuna karar verecektir?** Bir örnekle açıklamaya çalışalım. Kişi başvuruyu yaptıktan sonra idare dosyasını alan Komisyon, dosyada başvuran kişi hakkında çalışma arkadaşlarının ifadesinin olduğunu tespit ederse ve dosya üzerinden karar vermesi öngörüldüğü için bu bilgiye dayanarak gerçekleştirilen ihracın yerinde olduğunu belirtirse yaptığı işlem hukuka uygun olmayacak mıdır? Dosya üzerinden karar veren Komisyon'un işlemi hukuka uygunsa, ilk işlemin dayanağı olan ifadelerin yalan olduğunu iddia eden davacı usulüne uygun olarak alınmış Komisyon kararını nasıl iptal ettirecektir? Komisyon dosya üzerinden karar vereceği için tanıkları dinlememiş ve bu nedenle hukuka uygun davranmıştır. Hukuka aykırı olmayan bir işlem iptal edilemez. Ancak Komisyon'un hakikati ortaya çıkarmak için her türlü delili incelemesi gerektiği kabul edilirse, bu örnekte olduğu gibi tanık ifadelerine karşı başvurucuya savunma hakkı vermediği için işlemi hukuka aykırı olacaktır.

Bir başka örnek üzerinde düşünelim. Dosyada başvurusunun bylock kullandıklarını bilmediği kişilerle irtibatı olduğunu belirtilmiş olsun. Başvurucu irtibatı olduğu kişilerin veya iddia edilen kişilerin bylock kullanıcısı olduklarına dair bilgiye sahip olmadığı için başvurusunda konuya değinmemişse ne olacaktır? Komisyon bunu bilmeyen başvurucuya ek savunma hakkı vermeden dosya üzerinden ihraç işlemini onaylarsa, davacı Komisyon'un usulüne uygun aldığı kararın hukuka aykırı olduğunu nasıl ileri sürebilir? İdari yargıda incelenecek konu Komisyon'un kararıysa ilk kararın hukuka aykırılığı ileri sürülemez gibi bu konuya ilişkin delil de sunulamaz. Komisyon dosyadaki bilgilere göre doğru karar vermiştir ve davanın konusu Komisyon kararı olduğuna göre işlem iptal edilemeyecektir.

Bu absürt durumun aşılmasının tek yolu Komisyon'un yarı yargısal bir inceleme yaptığı kabul edilmesi ve başvurucuya yargısal güvencelerin tanınmasıdır.

Kişi hangi örgüte hangi delile dayanarak “irtibatı, iltisakı, aidiyeti, mensubiyeti” olduğunu bilmeden ve buna karşı iddialarını ileri süremeden başvurusu reddedilirse, daha sonraki yargısal sürecin de etkili bir yol olması ihtimali kalmayacaktır. Bir başka deyişle, idari yargı yolunun açık olması, yarı yargısal nitelikte bir karar verecek olan OHAL Komisyonunun gerekçesiz, delilsiz karar verebileceği anlamına gelmez. Bir idari merci olmamakla birlikte aslında OHAL Komisyonu işlevsel anlamda bir yargılama faaliyeti yürütecektir. Başvurucu hakkında bir iddia ileri sürülmüş, idare bu iddianın yeterli kanıtla desteklendiğini kabul ettiği için de başvurucu hakkında işlem

¹⁰ 685 Sayılı KHK, Ek Madde 1 (1) (a).

tesis etmiştir. Şimdi bu aşamada başvuru, bu iddianın doğru olmadığını ya da yeterli kanıtla kanıtlanmadığını ileri sürmektedir. Bu nedenle, **Komisyona kararı işlevsel anlamda tipik bir yargı faaliyetidir.** Bu hususların tartışılmadığı bir karara karşı yargı yoluna gidilmesi halinde başvuru ihlal iddiasının incelenmesi yine imkansız olacaktır.

Bu nedenle, OHAL Komisyonunun AİHM tarafından etkili hukuk yolu olduğu kabul edildiği dikkate alındığında, **Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca 685 Sayılı KHK'nin AİHS ve AİHM içtihatlarına aykırı hükümleri esas alınarak, etkili olmayan bir hukuk yolu gibi işlemesi ve karar vermesi mümkün değildir.**

Anayasa'nın sistematik yorumu da aynı yöntemi zorunlu kılmaktadır. Anayasa'nın 38. maddesindeki suç ve cezalara ilişkin ilkeler hem ceza hukuku hem de disiplin hukuku kapsamındaki suçlar açısından geçerlidir. Anayasa Mahkemesi'nin içtihadı da bu yöndedir.¹¹ İhraç kararının cezai değil idari bir yaptırım olduğu varsayılsa bile, Anayasa'nın 129. maddesi 2. fıkrası "*Memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemez*" şeklinde olup **başvurucunun bu şekilde kamu görevinden ihraç edilmesi, kamu hizmetinden yasaklanması ve bağlı haklarının elinden alınması bu hükme açıkça aykırıdır.**

Kamu görevinden ihraç edilen bir çok kişi açısından daha önce idare tarafından yürütülen bir soruşturma söz konusu olmadığı gibi haklarındaki iddialara ilişkin cevap verme imkanı da tanınmamıştır. Halbuki bir terör örgütü ile bağlantısı kurulan kişinin Anayasa'nın 36 ve 38 ve AİHS'in 6. maddesinin tamamındaki güvencelerden yararlandırılması gerekir. Hakkında soruşturma yürütülüp, savunma hakkı verilmeyen onbinlerce kişiye bu güvencelerin hiçbiri tanınmamıştır.

Bu durumda ya OHAL Komisyonu savunma hakkı verilmeyen kişilerin herhangi bir yapıya iltisak, irtibat, aidiyet, üyelik ve mensubiyeti olmadığını saptayıp başvuruyu esastan kabul edecek, ya da AİHM içtihadı uyarınca aşağıda belirtilen adil yargılanma güvencelerini başvurucuya sağlayacaktır. Bu haklar tanınmadan verilecek kararlar, AİHS uyarınca etkili hukuk yolu sayılamayacağı gibi bu aksaklığın idari yargı önünde de giderilmesi mümkün değildir. Bu da yeniden AYM önünde bireysel başvuru ve AİHS'e başvuru yolunu açacaktır. Fakat, ihraç edilen başvuru sahiplerinin kendilerini savunmak için verecekleri bu mücadele yıllar sürecektir.

Başvurucuya Sağlanması Gereken Usuli Haklar

AİHS'in 6/1. maddesi gereğince tarafların sunduğu argüman ve delillerin tam bir şekilde değerlendirmekle yükümlü olan¹² mahkemeler, önlerine gelen ciddi şikayetleri dikkate almaz veya çürütülmesi mümkün olmayan delilleri dikkate almazsa, keyfi nitelik taşıyan bu yargılamanın adil yargılanma ilkesini ihlal edeceği tespit edilmiştir.¹³

Adil yargılanma ilkesi ise AİHM kararlarında çok kez vurguladığı üzere, **kamu yararı ne kadar güçlü olursa olsun, feragat edilemez niteliktedir.** Bu nedenle 6. maddede düzenlenen adil yargılama güvenceleri, en basit suçta da örgütlü suçlar gibi

¹¹ Bkz. Anayasa Mahkemesi, E:2014/100, K:2015/6, 14/1/2015

¹² *Van de Hurk/Hollanda*, 19.4.1994, Series A no. 288, para. 59

¹³ *Khamidov/Rusya*, no. 72118/01, 15.11.2007, para. 170-175.

en zor ve karmaşık suçlarda da uygulanacaktır.¹⁴ AİHM, bu nedenle bazı davalarda, 6. maddenin spesifik bir ihlalini saptamadan usulün bütün halinde adillik ilkesine (principle of fairness) aykırı olduğunu tespit etmiştir.¹⁵

Nitekim adil yargılanma ilkesi öncelikle tarafsız ve bağımsız bir yargı merciinin yapacağı değerlendirmeyi gerektirmektedir. Bu çerçevede ise başvuruya konu işlemde uygulandığının aksine olayın ve hukukun incelenmesi için mahkemeye başvurma hakkının, milli güvenlik kaygıları olsa bile yürütmenin tek taraflı değerlendirmesiyle (*ipse dixit*) sınırlandırılmayacağı tespit edilmiş vaziyettedir.¹⁶

Bunun yanı sıra bir yargılamanın olduğu hallerde suç isnadı ile karşı karşıya olan kişinin, otoritenin kötüye kullanılmasına karşı korunması için¹⁷ yasayla düzenlenmiş ceza usul kurallarının varlığı ve yargılamanın bu kurallar çerçevesinde yürütülmesi gerektiği belirtilmiştir. Böylelikle yargılamanın nasıl yapılması gerektiğine dair belirli koşullar getirilmek suretiyle adil bir yargılanma ve silahların eşitliği ilkesi ve de çekişmeli yargılama prensibi güvence altına alınmıştır. Silahların eşitliği ilkesi ile taraflara karşı taraf karşısında ciddi bir dezavantaja uğramaksızın davasını ileri sürme konusunda makul bir imkanın verilmesi sağlanmakta, çekişmeli yargılama prensibi ile ise taraflara karşı tarafın sunduğu delil ve argümanlara cevap verme imkanı sunulmaktadır.¹⁸ **Herhangi bir muhakeme faaliyetinin gerçekleştirilmediği, bir yargı kararının söz konusu olmadığı ihraç vakalarında bu güvencelerin hiçbirinin sağlanmadığı açıktır.**

Adil yargılanma hakkı dinlenilme hakkını da içermekte olup bu hak çerçevesinde hakkında suç isnadında bulunulan kişi kendisi yahut temsilcisi vasıtası ile suçlamanın temelini oluşturan fiiller ve bunun hukuki nitelemesi ile ilgili olarak açık bir biçimde bilgilendirilmelidir.¹⁹ Böylelikle hakkında suç isnadında bulunulan kişinin savunma yapması mümkün olacaktır.²⁰ Gereğeli karar hakkı da dinlenilme hakkının doğal bir uzantısı olup böylelikle kişi aleyhine verilen kararının açıklanması ve bunun ilgili kişi tarafından anlaşılması sağlanmış olacak bunun yanı sıra ceza hukukunun temel ilkelerinden olan masumiyet karinesi güvence altına alınmış olacaktır.²¹

Onbinlerce kişinin kamu hizmetinden çıkartılmasının ne usulüne uygun bir biçimde yürütülerek karar verilmiş bir disiplin soruşturması neticesinde ne de bir ceza yargılaması neticesinde verilen bir karar sonucu alındığını söylemek mümkün değildir.

Fakat, AİHS'in 6. maddesinin 3. fıkrasının b bendi uyarınca suçlanan bir kişi "savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak" hakkına sahiptir. O halde, adillik ilkesinden bahsedebilmek için OHAL Komisyonunun başvurucuya hangi eylem veya eylemlerinin KHK'de ihraç gerektiren hangi sınıftaki suç tipine girdiğini; yani iltisak mı, irtibat mı, üyelik mi, aidiyet mi, mensubiyet mi olduğunu bildirmesi, sonrasında da buna ilişkin idare tarafından sunulan delillerin neler olduğunu **açıklayarak başvurucuya savunma hakkı vermesi gerekmektedir.** Bu söylenenlerin büyük bölümünün KHK'nin 9. maddesinde ifade edildiği gibi dosya

¹⁴ *Teixeira de Castro/Portekiz*, no. 25829/94, 9.6.1998, para. 36.

¹⁵ *Van Kück/Almanya*, no. 35968/97, 12.6.2003, para. 55 vd.

¹⁶ *Tinnely ve Diğerleri/BK*, 20390/92, 10.7.1998, para. 77

¹⁷ *Coeme/Belçika*, no. 32492/96, 22.6.2000, para. 102

¹⁸ *Ruiz Mateos/İspanya*, no. 12952/87, 23.6.1993, para. 63

¹⁹ bkz. *Pélissier ve Sassi-Fransa* [Büyük Daire-BD], No. 25444/94, ECHR (AİHM) 1999-III.

²⁰ *Dowsett/BK*, no. 39482/98, para. 41 vd.

²¹ *Adjaric/Hrvatistan*, no. 20883/09, 13.12.2011, para. 51.

üzerinden yürütülmesi mümkündür. Bununla birlikte, dosya üzerinden yürütülemeyen işlemler açısından AİHS ve diğer insan hakları sözleşmeleri ile uyumlu olmak amacıyla KHK'deki sınırlamayı aşmak zorunluysa Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca sözleşmelerin esas alınması ve doğrudan Sözleşmenin uygulanması gerekir.

Etkili bir hukuk yolunun gereği olarak ihraç edilen kişiye hakkında yöneltilen suçlamanın ne olduğunun, dayanaklarının ne olduğunun bildirilmesi ve Anayasa'nın 36 ve 38. ve AİHS'in 6. maddesi kapsamında tüm adil yargılanma güvencelerinin kullanılabilmesi için gerekli imkan ve sürenin verilmesi gerekir. Aksi takdirde Komisyona yapılan başvurular bir ön savunma niteliğinde olacak başvuru Komisyona yapılan başvurular yapıldıktan sonra başvuru hakkında herhangi bir örgütle irtibatı, iltisakı veya herhangi bir örgüte aidiyeti, mensubiyeti, veya üyeliği olduğuna dair topladığı "bilgi, belge, bulgu, olgu ve kanaatleri" ile birlikte tespitleri başvuru tarafından değerlendirilemeyecek, ilk defa karşısına çıkan bu bilgilerle ilgili başvuruların herhangi bir cevap hakkı olmayacaktır. Dolayısıyla, süreç sadece dosya üzerinden ve başvuru savunma imkanı verilmeden yürürse başvuruların **sadece adil yargılanma hakkı** (Anayasa md. 36 ve 141, AİHS md 6) değil aynı zamanda **hak arama hürriyeti** (Anayasa md. 40, AİHS md 13) de açıkça ihlal edilecektir.

ESAS BAKIMINDAN

Başvurucunun Terör Örgütlerine "İltisak, İrtibat, Üyelik, Aidiyet veya Mensubiyetinin" Bulunduğunun Söylenmesi Bir Suç İsnadı Niteliğindedir.

Tüm ihraç KHKlerinin ortak ihraç hükmü şu şekildedir: "*Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olan ve ekli (1) sayılı listede yer alan kişiler kamu görevinden başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın çıkarılmıştır. Bu kişilere ayrıca herhangi bir tebligat yapılmaz. Haklarında ayrıca özel kanun hükümlerine göre işlem tesis edilir*". Buna ek olarak **Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonunun Çalışmasına İlişkin Usul ve Esasların 14. maddesinde 2. fıkrasında iltisak, irtibat, üyelik ve mensubiyet kavramlarının yanısıra "aidiyet" kavramına da yer verilmiştir.** Dolayısıyla, Komisyon kararlarını verirken başvuru "*terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplar*"la iltisakı, irtibatı, üyeliği, mensubiyeti ve aidiyetinin olup olmadığını değerlendirecektir.

Daha önce ayrıntılı açıkladığımız üzere bir kişinin terör örgütüne iltisak, irtibat, üyelik, aidiyet veya mensubiyetinin bulunduğu iddiası bir suç isnadı niteliği taşır.²² Gerçekten de, bu tip bir isnadın ise AİHM içtihadı çerçevesinde "**cezai alanda kendisine yöneltilen suçlama**" niteliğinde olduğu açıktır. AİHS'in 6. maddesinde düzenlenen "*cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar*" kavramı Sözleşme'nin **özerk kavramlarından** biri olup, buna göre AİHM bir yaptırım, iç hukukta nasıl görüldüğü ve nerede düzenlendiğinden bağımsız olarak ceza hukuku kapsamında görebilecektir. Bunun doğal sonucu ise AİHM içtihadı çerçevesinde bir suç isnadı söz konusu ise adil yargılanma hakkı kapsamında bu hallerde tesis edilmesi gereken güvencelerin sağlanması olacaktır.

²² Kerem Altıparmak-Yaman Akdeniz (2017), Barış İçin Akademisyenler: Olağanüstü Zamanlarda Akademiyi Savunmak, (İstanbul: İletişim), s. 74 vd.

Bu çerçevede AİHS anlamında bir yaptırımın “cezaî” sayılması için 3 unsura bakılması gerekmektedir. Bu unsurlar; (i) **Muhakeme usulünün iç hukukta nasıl sınıflandırıldığı**, (ii) **suçun niteliği** ve (iii) **başvurucunun çarptırılması olası cezanın niteliği ve ağırlığıdır**.²³ Bununla birlikte, AİHM bu değerlendirmeyi yaparken iç hukuktaki sınıflandırma ile bağlı olmadığı gibi suçun ve cezanın niteliği ölçütleri de kümülatif değil alternatif ölçütler olarak kabul etmiştir.²⁴ Başka bir ifade ile bu ölçütlerin herhangi birinin gerçekleşmesi halinde de suç isnadı değerlendirilmesi yapılabilecektir. Ancak tek bir unsurla kesin bir sonuca ulaşamadığı durumlarda unsurların birlikte değerlendirilmesi yoluna gidilebileceği belirtilmiştir.²⁵

OHAL ihraçlarına benzer vakalar Doğu Avrupa ülkelerindeki arındırma (lustration) uygulamaları kapsamında AİHM’in önüne gelmiş, Mahkeme özellikle Polonya vakalarında gerçekleştirilen işlemleri yukarıda sayılan unsurlar çerçevesinde “cezaî isnat” kapsamında değerlendirmiştir. AİHM bu değerlendirmeyi yaparken Polonya arındırma vakalarında izlenen muhakeme usulünün ceza muhakemesine yakın olması ile birlikte işlenen suçun niteliği ve verilen cezanın ağırlığını dikkate almıştır. Bu davalarda, başvuruçular, 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 bu yaptırımları diğer unsurlarla birlikte değerlendirerek cezaî bir isnat olduğu yönünde karar vermiştir.²⁶

“Cezanın niteliği ve ağırlığı” unsuru yönünden, **üyelik, mensubiyet, aidiyet, iltisak veya irtibat eylemlerinden birini gerçekleştirdiği belirtilen kişilere uygulanan yaptırım Polonya’dakinden çok daha ağırdır**. Zira KHKlerle ihraç edilen kişiler **süresiz olarak kamu görevinden çıkartılmış ve açıkça terör örgütü mensubu olarak damgalanmıştır**. Dahası ilgili KHK ile ekli listede ismi geçen kişilerin bir daha kamu hizmetine istihdam edilemeyeceği, doğrudan ve dolaylı olarak kamuda görevlendirilemeyeceği de düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra kamu hizmetinden çıkarılma yaptırımına birçok başka hukuki sonuç da bağlanmış vaziyettedir.

İsnat edilen “suçun niteliği” unsuru çerçevesinde yapılacak bir değerlendirmede de işlemlerin “cezaî isnat” niteliğinde olduğu görülecektir. Zira yaptırıma neden olan eylem (ya da suç) “*Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı ol*” maktır. Terör örgütüne üyelik, bu örgütlere yardım, ve örgüt propagandası Ceza Kanunu’nda (TCK) ve Terörle Mücadele Kanunu’nda (TMK) düzenlenmiş suçlardır. **Dolayısıyla bu isnatların bir disiplin suçu niteliğinde olmadığı açıktır**. Kaldı ki bu suçlar sadece belirli görevleri yerine getirenler tarafından işlenen değil toplumun her kesimi tarafından işlenebilen suçlardandır. Bu nedenle de suç disiplin kurallarından farklı olarak sadece bir çalışma alanını düzenlememekte, bir ceza hukuku hükmü gibi kişinin tüm hayatını etkilemektedir.

²³ Phillips/Birleşik Krallık, no. 41087/98, para. 31, Garyfallou AEBE/Yunanistan, 24.9. 1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-V, para. 32.

²⁴ Lutz/Almanya, 25.8. 1987, para. 55

²⁵ Bendenoun/Fransa, 24.2. 1994, Series A no. 284, para. 47.

²⁶ Matyjek/Polonya, 38184/03, 30.5.2006, kabul edilebilirlik kararı; Bobek/ Polonya, no. 68761/01, 24.10. 2006.

657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu, bir disiplin cezası olarak memurluktan çıkarma cezası yanında, memurluğun sona ereceği durumları da düzenlemektedir. Yasanın 98. maddesinde “Memurluğa alınma şartlarından her hangi birini taşımadığının sonradan anlaşılması veya memurlukları sırasında bu şartlardan her hangi birini kaybetmesi” halinde kişinin memuriyetinin sona ereceği düzenlenmiştir. Bu koşullar arasında 48. maddenin 5. fıkrası uyarınca bir yıldan fazla hapis cezası almamak da vardır. Bir başka deyişle, 689 Sayılı KHK, disiplin soruşturmasının olmadığı veya başvuruçuların çalıştığı son kurum bünyesinde açılmış soruşturmaların sonuçlandırılmadığı bir durumda ancak bir ceza mahkemesi tarafından verilebilecek mahkumiyet halinde uygulanabilecek olan memurluktan çıkarma cezasını uygulamaktadır.

Suçun Tanım ve Tasnifi

Görüldüğü gibi ihracı öngören eylem özerk anlamda bir ceza hukuku suçudur. Bu nedenle, bu suçun açık bir şekilde tanımlanması, muhatapları açısından öngörülebilir nitelikte olması gerekir. Bu tanım KHK’de yapılmamıştır. Dahası açılan davalarda idare mahkemeleri konuyu incelememişler, iki üyesini ihraç eden AYM Genel Kurulu ise bu kavramların tanımını vermek bir yana kavramların tamamını tek bir potada eriterek anlaşılmasını iyice güçleştirmiştir.²⁷

Ancak şimdi **OHAL Komisyonu, ihraç edilen herkese eşit bir şekilde bu kuralı uygulamak yükümlülüğündedir.** Bunun yapılabilmesi ancak ve ancak kuralda belirtilen eylem tipinin hangi davranışlar gerçekleştiğinde tamamlanacağını ortaya konması ile mümkündür. Bunun yapılmaması halinde OHAL Komisyonu keyfi olarak bir kişinin başvurusunu kabul ederken bir diğerini reddedecek hem eşitlik hakkını ihlal edecek hem de bu karara karşı etkili bir yargısal denetimi imkansız bırakacaktır. Bu nedenle, ihraç KHKlerinde tanımlanan eylemin unsurların öngörülebilir bir şekilde tanımlanması, bir birlerinden farklarının açıkça ortaya konması gerekir.

İhraç KHKlerinin 1. maddesi uyarınca ihraç için iki unsurun varlığı aranmaktadır. **Birinci unsur** “Terör örgütü veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya grupların varlığı”dır. **İkinci unsur** ise ihraç edilen kamu görevlisinin bunlara “üyeliği, aidiyeti, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı”nın bulunmasıdır.

Görüldüğü gibi ikinci unsurda beş farklı ilişki tipi söz konusudur: Üyelik, mensubiyet, aidiyet, iltisak ve irtibat. Kural koyucu abesle iştigal etmeyeceğine göre bu terimlerin her birinin ayrı bir anlamının bulunması gerekir. Şüphesiz bu eylemlerin serbest hareketli suçlara benzediği ileri sürülebilir. Bununla birlikte, serbest hareketli bir suçta dahi eylemin sınırlarının belirli ve öngörülebilir olması gerekir. Aksi takdirde yasallık ilkesi ihlal edilmiş olacaktır. Anayasa’nın 38. maddesinde düzenlenen suç ve cezaların kanuniliği ilkesi (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) uyarınca suçu ve cezayı oluşturan kuralların öngörülebilir ve ulaşılabilir olması gerekir.²⁸ *Nullum crimen, nulla poena sine lege* ilkesi ayrıca ceza hukukunun kıyas yolu gibi yöntemlerle sanığın aleyhine olacak şekilde geniş

²⁷ AYM, Genel Kurul, 2016/6 (Değişik İş), K. 2016/12, k.t. 4.8.2016, para. 83 vd.

²⁸ S.W./Birleşik Krallık, 22.11.1995, Series A no. 335-B, para. 34-35; C.R./Birleşik Krallık, 22.11.1995, Series A no. 335-C, para. 32-33; Streletz, Kessler ve Krenz/Almanya [BD], no. 34044/96, 35532/97, ECHR 2001-II, para.; Jorgic/Almanya, No. 74613/01, 12.7.2007, para. 100.

yorumlanmasını da yasaklar.²⁹ Bunun anlamı, kişinin gerekirse mahkemelerin yorumlarından da faydalanarak hangi eylem ve ihmallerinin cezai sorumluluğuna yol açacağını bilmesidir.³⁰

Ne kadar somut düzenlenmiş olursa olsun ceza hukuku dahil tüm hukuk disiplinleri kaçınılmaz olarak yorum yapmayı gerektirir. Her zaman, şüpheli durumların giderilmesi veya kuralın değişen koşullara uydurulması ihtiyacı olacaktır.³¹ Bununla birlikte, ilkenin anlamını yitirmemesi için yorumun kimsenin keyfi olarak soruşturulup, yargılanıp, cezalandırılması sonucunu doğurmaması gerekir.

Bu nedenle, AİHM suç ve cezaların kanuniliğini düzenleyen AİHS'in 7. maddesinin 1. fıkrasının suç açısından esasen iki test içerdiğini belirtmektedir. Birinci test, eylemin işlendiği tarihte ulusal ve/veya uluslararası hukukta sanığın cezalandırılmasına dayanak olacak açık hukuki bir dayanak olup olmadığına bakmayı gerektirir. İkinci test ise sanığın suçun işlendiği tarihte bu kuralı öngörüp, ulaşmasının mümkün olup olmadığını, hangi davranışların suç olduğunu kestirip kestiremeyeceğine bakmayı gerektirir.³²

Üyelik ve mensubiyet sınırları daha belirgin kavramlar olmakla birlikte, aidiyet, iltisak ve irtibat kavramları hukukumuzda 15 Temmuz 2016 tarihinden sonra dahil olmuş kavramlardır ve bu nedenle sınırlarının tarifine ihtiyaç vardır. Bu hususu inceleyen uluslararası denetim organlarının kararları da bu ihtiyacı vurgulamaktadır. Venedik Komisyonu'nun Ekim 2016 Raporu³³ ile 15 Temmuz sonrası FETÖ/PDY soruşturmalarında somut olayda söz konusu olduğu gibi izlenen keyfi tutum ortaya koyulmuştur. Raporda silahlı suç örgütüne üyelik suçunun unsurlarının değişmediği vurgulanmış, bu kapsamda ancak kişi ile darbe girişimi arasında bir bağlantı olduğuna işaret eden birçok olgusal unsurun bir arada varolması halinde ceza soruşturmasına başlanılabileceği belirtilmiştir. AK İnsan Hakları Komiseri ise FETÖ/PDY'nin yapısı ya da saiklerine ilişkin olmayıp, bu örgüte üyeliği ya da destek vermeyi suç kabul ederken yasadışı faaliyetlere iştirak edenler ile örgütün şiddet uygulamaya hazır olduğunun farkında olmaksızın harekete sempati besleyen veya destek verenler, ya da hareket ile bağlantılı yasal olarak kurulmuş tüzel kişiliklere üye olanlar arasında bir ayırım yapma ihtiyacına işaret etmiştir.

Bu nedenlerle, ihraç edilen kişinin başvurusu reddedildiği takdirde hangi davranış(lar)ı nedeniyle sayılan beş durumdan (iltisak, irtibat, üyelik, aidiyet ve mensubiyet) hangisinin mevcut olduğunun kendisine bildirilmesi gerekir. KHK'de konu hiç tanınmadığı için en doğru yöntem Komisyon'un bu ayırımların nasıl yapıldığına dair ilke kararları almasıdır. Böylece başvuru sahipleri ilke kararında belirtilen hususların kendilerine doğru uygulanıp uygulanmadığını da tespit edebileceklerdir.

²⁹ Coeme ve Diğerleri/Belçika, no. 32492/96, 22.6.2000, para. 145.

³⁰ Del Rio Prada/İspanya, [BD], no. 42750/09, ECHR 2013, para. 79.

³¹ Del Rio Prada/İspanya, para. 92.

³² Kononov/Letonya, no. 36376/04, 17.5.2010 [BD], para. 186.

³³ Turkey - Opinion on Emergency Decree Laws N°s 667-676 adopted following the failed coup of 15 July 2016, 9-10 December 2016, [CDL-AD(2016)037-e, para.175, 176] ve AK İnsan Hakları Komiseri'nin yayınladığı Memorandum'da (Memorandum on the human rights implications of the measures taken under the state of emergency in Turkey, by Nils Muižnieks, Council of Europe Commissioner for Human Rights, CommDH (2016)35, 07.10.2016, para 21, 22.

İhraçlar “*Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı*” bulunma nedeniyle gerçekleşmiştir. Bunlara ek olarak Komisyonun Çalışmasına İlişkin Usul ve Esaslarda Komisyonun ayrıca başvurucuların “aidiyeti”ni de sorgulayacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla, her kararın gerekçeli bir şekilde kişinin hangi örgütle, yapıyla, oluşumla veya grupla ilişkisi olduğunu ortaya koyması gerekir. **Bunun yapılmaması da etkili bir yargısal denetimi imkansız hale getirecektir.**

SONUÇ

Devamlı yenilenen ve değiştirilen OHAL Komisyonu Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile ilgili daha önceden düşünülmemeyen sorunlar da ortaya çıkmaya devam etmektedir.

Dolayısıyla, OHAL Komisyonu’nun mevcut yapısı, çalışma usul ve esasları OHAL KHKleri ile yapılan “önce at, sonra bakarız” yaklaşımının sonucu onbinlerce ihraç için tek çözüm noktası olmaktan çok uzaktır. OHAL Komisyonu’nun salt kağıt üstünde bazı kişileri göreve iade etmesi, bu birimin etkili bir hukuk yolu olması için yeterli olmadığı gibi bu Komisyonun kararlarına karşı yargı yolunun açık olması da yeterli değildir. Yargı yolunun etkili olabilmesinin yolu da Komisyon önündeki sürecin yargısal güvenceleri içerecek ve yasallık ilkesine uygun şekilde denetim yapılması halinde mümkündür. Yıl sonunda çalışmaya başlaması beklenen Komisyon’un bunu yapmayacağını sinyallerini vermesi halinde AYM ve AİHM yollarının yeniden açılması kaçınılmaz olacaktır.