

OHAL KHK'leri "Sivil Ölüm" mü Demek?

06 Eylül 2016
Kerem Altıparmak

1 Eylül Perşembe günü Resmi Gazete'de yayımlanan 672 Sayılı Olağanüstü Hal (OHAL) kanun hükmünde kararname (KHK) ile kamu hizmetinden çıkarılan kamu görevlisi sayısı toplamda 50 bini geçti. Bu sayının çok daha artacağına dair iddialar da var.

Bu kadar insan gerçekten darbe girişimiyle ilgili midir, ya da Gülen Cemaati'ne dahil midir bilmemiz mümkün değil. Bununla birlikte, hiçbir ilgisi olmadığından emin olduklarımız var, Siyasal Bilgiler Fakültesi'nden atılan meslektaşlarım[1] gibi. Öte yandan, ilgisi olmadığını söyleyenlerin de aksi kanıtlanana kadar masum olduğunu varsaymak durumundayız şüphesiz. Tabii bir de Gülen Cemaati'nden olmakla birlikte, kusurluluğu ileri sürülemeyenler vardır ki tahminimiz sayıları çokça olmalı.

Bir ceza yargılamasının olmaması idari yöntemle kamu görevinden çıkarmaya tek başına engel değil, bunu biliyoruz. Ama bu kamu görevinden çıkarma işleminin hiçbir usule tabii olmaksızın, sınırsız bir şekilde, listelerle yapılabileceği anlamına da gelmiyor. Bu işlemin sınırlarının ne olacağına dair sürekli sorular geliyor. Soruyu basitleştirecek, herkes şunu soruyor: Bundan sonra ne olacak?

Bu soruyu da ikiye ayırmak lazım aslında:

- a. Kamu görevinden çıkarma işlemiyle ilgili ne yapılacak?
- b. Bu insanlar, bir daha kamu görevine giremeyecekse ne yiyip içecekler, bunun çıkış yolu yok mu?

Herkes acil olarak, birinci sorunun cevabını aramaya başladı. Buna ilişkin, daha detaylı bir cevabı somut olarak daha sonra vereceğiz. Ancak şimdilik çok dokunulmayan ikinci soruya; yani bu insanlar hayatlarının kalan 20 ila 60 yılında ne yapacak sorusuna cevap vermeye çalışacağım bu yazıda.

Konuyu netleştirmek için görevden çıkarma kararıyla ilgili birkaç hususu netleştirmek gerekiyor:

1.Kamu hizmetinden çıkarma yaptırımı bir OHAL KHK'si ile yapıldı. Bununla birlikte, yaptırımın Olağanüstü Hal'le sınırlı olmadığı açık. 672 Sayılı KHK'nin 2. maddesinin 2. fıkrası bu kişiler hakkında "bir daha kamu hizmetinde istihdam edilemezler, doğrudan veya dolaylı olarak görevlendirilemezler" diyor.

2.Aşağıda örneği verilecek Doğu Avrupa ülkeleri örneklerinden farklı olarak, bu karar alınırken yürütülmüş adil bir idari soruşturma süreci söz konusu değil. Kamu hizmetinden çıkarılan bazı kişiler, daha önce açığa alınmış ve bazılarının savunması istenmişse de biliyoruz ki hiç bildirim yapılmadan görevden çıkarılanlar mevcut.

3.Her ne kadar yaptırım sadece kamu hizmetinden çıkarmaya ilişkinse de birçok kişinin sonrasında hiçbir iş bulamayacağı açık. Örneğin, üniversitede teorik alanlarda çalışan öğretim üyelerinin üniversite dışında iş bulması çoğu zaman imkansızdır. Ya da bir hukukçunun avukatlık da kamu hizmeti sayıldığı için özel büro açması da mümkün olmazsa, hayatının kalan kısmını işsiz olarak tamamlaması gerekebilir. Bunun dışında, kamu hizmetinden çıkarılan kişilerin adları açık bir şekilde yayımlandığı için bir çeşit damgalanmanın olduğu da ortada. Daha sonra çıkarılacak olası idari ve hukuki engellerin yanında salt bu durumun bile KHK'lar yoluyla işten çıkarılanlar için ciddi bir istihdam engeli yaratacağını öngörmek güç değil.

Ebedi işsizlik ya da sivil ölüm

Kamu hizmetinden yanlışlıkla çıkarılan sadece bir kişinin var olduğunu düşünelim. O kişi, mesleği gereği özel alanda istihdam edilemiyor olsun. Ya da "FETÖ"cü damgası yediği için özel sektörün bu kişiyi istihdam etmekten kaçındığını düşünelim. Bu kişinin, hiçbir süre ve konu sınırı olmaksızın

yoksulluğa mahkum olması kabul edilebilir mi? Ya da, hükümet sözcüsü gibi davranan Cem Küçük'ün aylardır büyük keyifle ifade ettiği gibi insanlar "sivil ölüm"e mahkum edilebilir mi?

OHAL bittiğinde, bu kişilerin anayasa ve uluslararası sözleşmelerde korunan hakları hala güvence altında olacağına göre bu sorunun cevabını anayasanın 13. maddesine göre vermemiz gerekir.

13. maddeye göre "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

Darbeyle somut hiçbir ilişkisi kurulamamış olan bir kişinin, ömür boyu tüm ekonomik ve sosyal haklarından ve bunun doğal sonucu olarak medeni haklarından mahrum bırakılmasının bu hakların özüne dokunduğuna şüphe olmasa gerektir. Bu nedenle, hükümete yakın yazarların çok sevdiği "sivil ölüm" kavramının, hakkın özüne dokunduğu ve insan hakları hukuku açısından kabul göremeyeceği açıktır.

Böyle bir önlemin ölçülü olmayacağı da açıktır. OHAL kalktıktan sonra, yapılacak değerlendirme OHAL ölçütlerine değil olağan dönem ölçütlerine göre yapılır. Somutlaştırmak gerekirse; on sene sonra kamu görevine giremeyen bir kişi AİHM'e başvurursa, AİHM değerlendirmesini o günün geçerli koşullarına göre verir, 10 yıl önce alınan olağanüstü kararına göre değil.

Bununla birlikte, OHAL'in on yıllarca devam etmesi halinde bile durumun farklı olmaması gerekir, çünkü OHAL'de de temel hakların nasıl sınırlandırılacağı anayasanın 15. maddesinde sayılmıştır:

"Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, **milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde** temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir."

Maddeden görülebileceği üzere; olağanüstü halde hak kısıtlamasının da iki önemli sınırı vardır: a. milletlerarası hukuka aykırı olmama, b. durumun gerektirdiği ölçüde olma.

O halde, milletlerarası hukuka aykırı olan ve durumun gerektirdiği ölçütü aşan sınırlandırmalarla hakkın özüne dokunan sınırlandırmaların ilelebet devam etmesi mümkün değildir. Bu ön bilgiler ışığında KHK ile görevlerine son verilen personelin orta vadede haklarını ve kısıtlanma koşullarını inceleyebiliriz.

Kamu hizmetine girme hakkı ve çalışanların özgürce edindikleri bir işle yaşamlarını sağlama hakları

Anayasa'nın 70. maddesine göre:

"Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir.

"Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez."

Hükümden anlaşılacağı gibi kamu hizmetine girme hakkının tek bir meşru sınırlandırma sebebi olabilecektir; görevin gerektirdiği nitelikleri taşımamak. Şüphesiz, bazı suçların işlenmiş olması görev tipine göre kişinin görevin gerektirdiği nitelikleri taşımadığı sonucunu doğurabilir. Örneğin Milli İstihbarat Teşkilatı'na uzman alımında, kişinin anayasal düzene karşı suç işleyip işlemediğine bakılmasında bir sorun yoktur hatta böyle bir araştırmanın yapılması gereklidir. Aynı şekilde, zimmet suçundan hüküm giymiş bir kişinin savcı veya polis olmasının engellenmesi için düzenleme yapılmasında bir sorun görülmez.

Bu olasılık, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün çalışma hayatında ayrımcılığı yasaklayan 111 no'lu Sözleşmesi'nde de kabul edilmiştir. Anılan sözleşmenin 4. maddesine göre "Devletin güvenliğine halel getiren faaliyetlerden ötürü muhik sebeplerle zanlı bulunan veya bu faaliyetlere girişen bir şahıs

hakkında alınan tedbirler, ilgili kişinin milli tatbikata uygun olarak kurulmuş olan yetkili bir makama başvurma hakkı saklı kalmak şartıyla, ayırım sayılmaz."

Ancak aşağıda açıklanacağı gibi bu hükmün hükümetler sınırsız bir yetki verdiği şeklinde anlaşılması mümkün değildir. Hükmü, anayasanın 70. maddesinde olduğu gibi hizmetin gerekleri sınırları içerisinde ve ölçülü bir sınırlama getirecek şekilde anlamak gerekir.

Nitekim, Avrupa Sosyal Şartı'nın 1. maddesinin 2. fıkrasına göre Akit Taraflar "**Çalışanların özgürce edindikleri bir işle yaşamlarını sağlama haklarını etkili bir biçimde korumayı**" taahhüt ederler. Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın E maddesi, şartın uygulanmasında ayrımcılık yasağını düzenlemektedir. şartın G maddesi ise şartta tanınan hakların "sadece demokratik bir toplumda başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması ya da kamu yararının, ulusal güvenliğinin, halkın sağlığının ya da ahlakın korunması için ve ancak yasayla sınırlamaya ve kısıtlamaya tabi tutulabileceğini" belirtmektedir.

Bir başka deyişle, özgürce edinilen bir işle yaşamı sağlama hakkına karşı alınan önlemin ulusal güvenlik için alınmış olması yeterli değildir. Bu önlemin bir yasal dayanağı olmalı ve aynı zamanda önlem demokratik bir toplumda zorunlu olarak alınmış olmalıdır.

Avrupa Sosyal Haklar Komitesi, komünist rejimlerde üstlendikleri hizmetler nedeni ile kamu hizmetinden çıkarılanların durumunu incelerken "demokratik toplumda zorunluluk" ölçütünü özgürce edinilen iş kavramına uygulamıştır. Komiteye göre, insanların özgürce iş edinebilme haklarına getirilecek sınırlamalar **sadece kamu düzeni ve ulusal güvenlik alanında sorumlulukları bulunanlar veya bu nitelikte fonksiyonları yerine getirenler için öngörülmemişse** demokratik bir toplumda zorunluluk niteliği taşıdığı söylemek de mümkün değildir.^[2] Komitenin ifadesini şu şekilde yeniden formüle etmek mümkündür; sınırlamaya tabi olan kişi kamu düzeni ve ulusal güvenlikle ilgili sorumluluk üstlenip kamu gücü ayrıcalıklarını kullanacaksa bu durumda hizmetle kısıtlılık arasında bir illiyet bağı bulunduğu için sınırlama demokratik toplumda zorunluluk olarak değerlendirilebilir. Ancak bu nitelikte görevler üstlenmeyecek kişilere, hem de sınırsız olarak belirli istihdam imkanlarının kapatılması demokratik bir toplumda kabul edilemez.

Bu nedenle, KHK'ler ne kadar "bu kişiler görev yaptıkları teşkilata yeniden kabul edilmezler; bir daha kamu hizmetinde istihdam edilemezler, doğrudan veya dolaylı olarak görevlendirilemezler" derse desin, OHAL bittiğinde bir kişi uluslararası hukuktan kaynaklanan ve anayasada tanınan haklarını ileri sürdüğünde, anayasanın 15. ve 90. maddeleri uyarınca alınan önlemin demokratik bir toplumda zorunlu olup olmadığının incelenmesi gerekecektir. Kamu düzeni ve ulusal güvenlikle ilgili tehdit oluşturduğu somut olarak kanıtlanamayan kişilerin, ebediyen kamu hizmetine girmekten mahrum bırakılmasının da mümkün olmayacağı açıktır.

Özel hayat ve kişiliği geliştirme hakkı

İnsanların özgürce iş ve meslek seçme özgürlüğüne getirilen, kapsam ve süre sınırı olmayan kısıtlamaların kamu hizmetine girme hakkını düzenleyen anayasaya ve uluslararası antlaşmalara aykırı olacağı açıktır. Dahası bu türde düzenlemeler yoğunluğuna bağlı olarak sadece kamu hizmetine girme ve bilim özgürlüğünü değil başka hak tiplerini de ihlal etmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, anayasadan farklı olarak kamu hizmetine giriş hakkını düzenlememektedir. Kamu hizmetine giriş hakkıyla bağlantılı başvurular da sözleşme kapsamında olmadığı gerekçesiyle AİHM tarafından reddedilmiştir.^[3] AİHM'e göre, demokratik bir devletin kamu görevlilerinin toplumun kurulu olduğu anayasal ilkelere bağlılık göstermesinde meşru bir yararı vardır.^[4]

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.^[5] Buna göre, özel hayat kavramının dış dünya kavramından soyutlanmış bir iç dünya şeklinde tanımlanması çok kısıtlayıcı bir yaklaşım olacaktır. Özel hayata saygı, bir ölçüye kadar diğer insanlarla ilişki kurma ve geliştirme hakkını da içermektedir. **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.**^[6]

Konuya ilişkin öncü karar olan Sidabras ve Dziautas davasında başvurucular, eski KGB ajanı oldukları gerekçesi ile 10 yıl süre ile çok sayıda alanda çalışma yasağı ile karşılaşmıştır. Başvurucuların tüm çalışma imkanları ortadan kalkmamakla birlikte; yasak, başvurucuların dış dünya ile ilişki geliştirme imkanlarını ciddi anlamda kısıtlamış ve hayatlarını kazanma konusunda ağır sonuçları olmuştur.[7] Mahkemeye göre, bu durum aynı zamanda başvurucular açısından sürekli bir damgalanma durumu yaratarak, dış dünya ile sağlıklı bir ilişki kurmalarını engellemiştir. AİHM, bu durumun orantısız bir müdahale niteliği taşıdığı, başvurucular aleyhine ayrımcılığa yol açtığına karar vermiştir.

Bir başka deyişle, her ne kadar çalışma hakkı veya kamu hizmetine girme hakkı AİHS’de düzenlenmemiş olsa bile kişinin çalışma hayatına ilişkin orantısız müdahaleler, dış dünya ile sağlıklı ilişkiler geliştirmeyi engellediği için 8. maddede düzenlenen özel hayat güvencesini ve diğer kişiler karşısında ayrımcılığa uğrayan kişilerin ayrımcılığa uğramama hakkını (AİHS, md. 14) ihlal etmektedir.

O halde, böyle bir müdahalenin meşru görülebilmesi için olağanüstü hal ile yapılan müdahale arasında bir illiyet bağının olması ve alınan önlemin ölçülü olması gerekir. Aşağıda bu bağ ve ölçülülüğün nasıl sağlanacağını göstereceğiz. Bununla birlikte, geçerken hemen ifade etmek gerekir ki, başta var olan illiyet zamanın geçmesi ile ortadan kalkabilir. Doğu Avrupa davalarında AİHM, bu nedenle zaman faktörünü dikkate almıştır. Türkiye’de de cemaatin yarattığı tehlike ortadan kalktığında alınan önlemlerin demokratik bir toplumda zorunluluk olarak nitelenmesi daha da güçleşecektir.

Demokratik toplumda gereklilik ölçütü

Olağanüstü hal ilanı, olağan zamanlardaki yöntemlerden farklı bazı önlemlerin alınabilmesini mümkün kılar. İç hukukta olduğu gibi uluslararası hukukta da bu risk tanınmış ve taraf devletlere bu dönemde daha geniş bir takdir marjı tanınmıştır. Bir devletin kamu çalışanlarından sadakat bekleme hakkının bulunduğu kabul edilmektedir, bu nedenle kamu hizmetinden çıkarma cezası tek başına insan haklarının ihlal edildiği anlamına gelmez.[8] Bununla birlikte, devletin bu yönde bir bildirimde bulunmuş olması bu dönemde dilediğini yapabileceği ya da yaptıklarının olağanüstü hal sonrasına kalabileceği anlamına gelmez.

Kamu hizmetinden çıkarılmaya yönelik işlemler ya da daha yaygın adıyla temizleme işlemlerinin (*lustration*) demokratik toplum ölçütüne göre gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin saptanması usul ve esas olarak iki başlık altında incelenebilir. Birincisi işlemin nasıl yapıldığına ilişkindir (usul). İkincisi ise işlemin kapsamına ilişkindir (esas).

Usul

Kamu hizmetinden çıkarma yaptırımının salt bir idari yaptırım mı, yoksa cezai bir yaptırım mı olduğu tartışılabilir. Bu tartışma, işleme uygulanacak usul hukukunun saptanması açısından da önemlidir. İşlem bir ceza yaptırımı olarak kabul edilirse, uluslararası hukukta daha ayrıntılı olarak düzenlenen ceza yargılaması güvencelerinin de uygulanması gerekir. Salt ulusal hukuk açısından bakıldığında yaptırımın idari bir yaptırım olduğu ileri sürülebilir. Gerçekten de 672 sayılı KHK’nin 2. maddesinin 2. fıkrası, yaptırımın “mahkûmiyet kararı aranmaksızın” uygulanacağını belirtmektedir.

Ne var ki, AİHS açısından iç hukukun ne dediği tek başına belirleyici olamayacaktır. Sözleşmenin 6. maddesinde düzenlenen “cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar” kavramı sözleşmenin özerk kavramlarından biridir. Bunun anlamı, iç hukukun bir yaptırımı ceza hukuku kapsamında görmesinden bağımsız olarak AİHM’in, sözleşme açısından yaptırımı ceza hukuku kapsamında görebileceğidir. Bunun hukuki sonucu ise, sözleşmeye göre ceza hukuku kapsamında görülen yaptırımla ilgili adil yargılanma güvencelerinin daha geniş uygulanmasıdır.

Bir yaptırımın “cezai” sayılması için üç unsura bakılması gerekmektedir: Muhakeme usulünün iç hukukta nasıl sınıflandırıldığı, suçun niteliği ve başvurucunun çarptırılması olası cezanın niteliği ve ağırlığı.[9] Bununla birlikte, AİHM iç hukuktaki sınıflandırma ile bağlı olmadığı gibi suçun ve cezanın niteliği ölçütleri kümülatif değil alternatif ölçütlerdir.[10] Bununla birlikte, herhangi bir unsurla kesin bir sonuca ulaşılamadığı durumlarda unsurların kümülatif olarak değerlendirilmesi yoluna da gidilebilir.[11]

Polonya'daki temizleme davaları, iç hukukta ceza hukuku kapsamında görülmemesine rağmen AİHM, başvurucuya yöneltilen suçlamanın sözleşme anlamında ceza suçlaması olduğu sonucuna ulaşmıştır. Mahkemenin bu sonuca ulaşmasında uygulanan muhakeme usulünün, ceza muhakemesine çok yakın olması yanında, işlenen suçun niteliği ve verilen cezanın ağırlığı dikkate alınmıştır. Başvurucular, hapis cezası yatmadığı gibi para cezasına da çarptırılmamaktadırlar. Ne var ki, komünist geçmişi ile ilgili yalan söylediği saptanan kişiler 10 yıla kadar kamu hizmetinde çalışma ve siyasete katılma hakkından mahrum kalmaktadırlar. AİHM'e göre bu unsur, diğer unsurlarla birlikte değerlendirildiğinde başvurucuya yönelik cezai bir isnat olduğu anlamına gelmektedir.[\[12\]](#)

Türkiye'de OHAL kararnamelelerine bakıldığında benzerlikler ve farklılıklar görülmektedir. Her ne kadar, bu işlemin medeni hak ve ödevlere ilişkin olması halinde de adil yargılanma kurallarının uygulanması gerektiği açıksa da[\[13\]](#) biz Türkiye'deki KHK uygulamasının bir ceza yaptırımını olduğunu ve ceza muhakemesi güvencelerine tabi olması gerektiğini düşünüyoruz. Evet, Polonya örneğinden farklı olarak Türkiye'de kararlar hiçbir muhakeme işlemi yapılmadan uygulanmıştır. 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 açınsa, yaptırımın cezai niteliği Polonya'daki uygulamadan çok daha açıktır.

Yaptırıma neden olan eylem (ya da suç) "Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulu'nca devlet millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olmak"tır. Terör örgütü üyeliği ceza kanununda 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.

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.

Yukarıda söz edilen kamudan temizleme davalarına bakıldığında görüleceği üzere, AİHM muhakemenin ceza muhakemesi usulüne uygun yapılmaması nedeniyle sözleşmenin 6. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.[\[14\]](#) Bu konunun ayrıntılarına girmiyoruz, çünkü OHAL KHK'leri açısından değil adil olmayan bir muhakeme hiçbir muhakeme yapılmaksızın, en ufak bir savunma hakkı verilmeksizin onbinlerce kişi kamu görevinden çıkarılmıştır. Bu durumda, aslında yargılama yapılmaksızın bir ceza mahkumiyetinin tesis edildiği söylenebilir. Oysa bizzat anayasanın 15. maddesi buna engeldir. Anılan maddenin 2. fıkrası olağanüstü halde dahi askıya alınamayacak hakları saymaktadır:

"Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler (**Değişik: 7.5.2004-5170/2 md.**) dışında, kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; **suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.**"

Öte yandan şunu belirtmek gerekir ki; kamu hizmetinden çıkarılma cezasının bir ceza davasındaki muhakeme güvencelerine tabi olması gerekmesi, yargılamanın bir ceza mahkemesi tarafından yapılmasını zorunlu kılmamaktadır. Tam tersine, koşulların aciliyeti, yoğunluğu ve özelliği olağan yargılama yerleri dışında mekanizmaların kurulmasını zorunlu kılabilir. Bununla birlikte, kurulacak olan mekanizmanın adil yargılanma ilkelerine uygun çalışması gerekir. Bunun için gerek Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin[\[15\]](#) (AKPM) gerekse de Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği'nin[\[16\]](#) belirli ölçütler geliştirdiğini görmek mümkündür.

Komünist rejim sonrası kamudan temizleme işlemlerinin hukuk devleti ilkelerine uygun bir şekilde yürütülmesini sağlamak amacıyla AKPM tarafında hazırlanan ve hem AİHM hem de Venedik Komisyonu[\[17\]](#) tarafından esas alınan rehber ilkelere göre; bu işlemler en azından, bu amaçla kurulmuş bağımsız komisyonlar tarafından yürütülmelidir. Komisyon önünde suçlanan kişiye düzgün bir yargılamanın tüm imkanları sunulmalıdır. Bu güvenceler, avukata erişim hakkı, hakkındaki suçlamalara uygun bir şekilde cevap verme, aleyhine gösterilen tüm delilleri görme ve değerlendirme, lehine olan delilleri ileri sürebilme gibi çok çeşitlidir. İnsan Hakları Komiserliği'nin de silahların eşitliği ilkesine uygun bir yargılama yapılması gerekliliğini vurguladığı hatırlatılabilir.

Bu bilgiler ışığında, uluslararası ölçütleri hiçe sayarak, tamamen keyfi bir şekilde hazırlanmış listelerle kişilerin kamu hizmetinden çıkarılması işleminin OHAL sonlandıktan sonra devam etmesi de mümkün değildir. Aksi halde, binlerce davanın AİHM önüne akması kaçınılmazdır.

Esas

Usul bakımından fazlasıyla sorunlu olan kamu hizmetinden çıkarma cezasının uygulanma şekli esas bakımından da sorunludur. Yaptırımın kimlere, ne kadar süreyle ve ne şekilde uygulanacağı tamamen belirsizdir. Oysa kamu hizmetinden çıkarma yaptırımının amacı, olağanüstü hale yol açan tehlikeyi bertaraf etmektir. Bu nedenle, sınırlarının da bu tehlikeyi bertaraf etmeye uygun olup olmamaya göre çizilmesi gerekir. Bu amacı aşan, intikam alma amacıyla yapılan işlemler konu bakımından uluslararası hukuka aykırı olacaktır.

O halde, kamudan temizleme işleminin konu, kişi ve zaman bakımından ortaya çıkan tehlikeyle arasında bir illiyet bağının bulunması gerekir.

AKPM Rehber İlkeleri, bu nedenle temizlemenin insan hakları ve demokrasiye tehdit teşkil eden pozisyonlarla sınırlı olması gerektiğini belirtmektedir. Bu uygulamanın, kamu gücü ayrıcalığı kullanan, insan hakları ihlaline neden olabilecek kişilerle sınırlı tutulmasını gerektirmektedir. Polis, asker, hakim, savcı gibi meslek kategorileri bu kapsamda görülebilir. Ancak alt ve orta düzey kamu görevlileri bu işlemin muhatabı olmamalıdır. Bir kişinin görevini, kendi kişisel kusurunu, çalıştığı dönemi dikkate alıp bireyselleştirme yapmadan uygulanan hizmetten çıkarma yaptırımlarının da sözleşmeye aykırı olduğu tespit edilmektedir.[\[18\]](#) AİHM, KGB ile hangi düzeyde bağlı olduğuna bakmaksızın herkesi kapsayan düzenlemelerin sözleşmeye aykırı olduğuna karar vermiştir.[\[19\]](#)

Ayrıca, bir kişi eğer açıkça suç ve insan hakları ihlali işleyen nitelikte değilse, salt bir derneğe üye olduğu için kamu hizmetinden çıkarılma işleminin muhatabı olmamalıdır.[\[20\]](#) Aynı şekilde bir kişinin kanaat ve düşünceleri de tek başına meslekten çıkarma için yeterli olamaz. Kamudan temizleme işlemleri, ceza hukuku ile benzerlik gösterdiği için kişinin kusurunun mutlaka değerlendirilmesi gerekir. AİHM, AKPM kararını hatırlatarak, hakkında işlem yapılan kişinin zorla mı yoksa kendi iradesiyle mi eski rejimle işbirliği yaptığının araştırılması gerektiğini belirtmiştir.[\[21\]](#) Varolan koşullarda, kusurlu sayılmayacak kişilerin salt bir görevde olmaları haklarında işlem yapılmasını meşru gösteremez.[\[22\]](#)

Buna ek olarak, yandaş yazarların hedeflediği "sivil ölüm" önlemleri de insan hakları hukukuna açıkça aykırıdır. Üniversiteden atılan insanların özel üniversitelerde çalışmamasını veya herhangi bir şekilde özel sektörde görev alamamasını hedefleyen planlamaların meşru amaçla bir ilgisi yoktur ve uluslararası hukukun ağır ve açık ihlaline yol açar.[\[23\]](#) Kamu görevine dönmenin mutlak olarak yasaklanmasının meşru olduğu durumlarda bile kişinin tüm istihdam imkanlarının engellenmesi kabul edilemez.[\[24\]](#)

Anayasa Mahkemesi de, kişilerin kusurluluğunu ve suçun niteliğini dikkate alarak hak yoksunluğu sonucu doğuran kuralların, ölçülü olması gerekliliğini şu şekilde vurgulamıştır:

" [...] ceza hukuku alanında olduğu gibi hak yoksunluğu getiren iptal davasına konu düzenlemelerde de kuralların, önleme ve iyileştirme amaçlarına uygun olarak ölçülü, adil ve orantılı olması gerekir. Yasa koyucunun hak yoksunluklarını belirlerken takdir hakkı çerçevesindeki tercih serbestisinin de anayasaya uygun olması gerektiği açıktır.

"Dava konusu düzenlemeler, meslek veya görevlerin özellikleri, suçların niteliği, bu suçlara verilen cezalar ve cezaların süresi, kasıtlı veya taksirle işlenip işlenmediğine bakılmaması ve bir kademelendirme de yapılmaması ve bu suçlardan mahkûm olanların belirli meslekleri ve görevleri sürekli olarak icra edememeleri, işledikleri suçlara göre adaletli ve eyleme orantılı olmayan ölçüsüz bir hak yoksunluğuna yol açması nedeniyle anayasanın 2. maddesinde belirtilen "Hukuk Devleti" ilkesine aykırıdır."[\[25\]](#)

Görüldüğü gibi AYM, hakkında mahkeme tarafından hüküm kurulmuş kişiler açısından bile sınırsız hak yoksunluğunu anayasaya aykırı bulmaktadır. Hakkında bırakın bir ceza yargılamasını, hiçbir soruşturma yapılmayan, savunma hakkı verilmeyen kişiler açısından durumun evleviyetle bu şekilde değerlendirilmesi gerekir.

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.[26] Bu mantığın, hakkında mahkumiyet kararı verilen kişiler için böyle olması gerektiğini iktidar partisinin hazırladığı 5273 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 53. maddesinin gerekçesinde görmek de mümkündür:

"İşlediği suç dolayısıyla toplumda kişiye karşı duyulan güven duygusunun sarsıldığı, bu sebeple, suçlu kişinin özellikle güven ilişkisinin varlığını gerekli kılan belli hakların kullanmaktan yoksun bırakıldığı ve madde metninde, işlediği suç dolayısıyla kişinin hangi hakları kullanmaktan yoksun bırakılacağı belirlenmiş olduğu; ancak, **bu hak yoksunluğunun süresiz olmadığı, cezalandırılmakla güdülen asıl amacın, işlediği suçtan dolayı kişinin etkin pişmanlık duymasını sağlayıp tekrarı topluma kazandırılması olduğuna göre, suça bağlı hak yoksunluklarının da belli bir süreyle sınırlandırılması gerektiğinden** madde metninde söz konusu hak yoksunluklarının mahkum olunan cezanın infazı tamamlanıncaya kadar devam etmesi öngörüldüğü; böylece, kişinin mahkum olduğu cezanın infazının gereklerine uygun davranarak bunun tamamlanmasıyla kendisinin tekrar güven duyulan bir kişi olduğu konusunda topluma da bir mesaj verdiği; bu bakımdan hak yoksunluklarının en geç cezanın infazının tamamlanması aşamasına kadar devam etmesi, suç ve ceza politikasıyla güdülen amaçlara daha uygun düşeceği belirtilmiş olup; yeni Türk Ceza Kanunu ile getirilen sistemde süresiz bir hak yoksunluğu söz konusu olmadığı için, yasaklanmış hakların geri verilmesinden artık söz edilemeyecektir".

Nitekim, Danıştay 1. Dairesi 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun çıkmasından sonraki dönemde yaptığı incelemede "5237 sayılı kanunun, mahkumiyete bağlı hak yoksunluklarını belli sürelerle sınırlayarak, bu yoksunluğun kişinin hayatının sonuna kadar devam etmesine engel olduğu, hak yoksunluğu sona erince de kişinin toplumun diğer bireyleri gibi kanunlar çerçevesinde haklarını kullanabilmesine imkan tanıdığı"ni saptamıştır.[27]

Bu nedenlerle, temel hakları sınırlandırmak için meşru bir sebebin varlığı yeterli değildir, bu önlemi uygulamak için demokratik bir toplumda zorunluluk da bulunması gerekir. Bu nedenle, Türkiye'de bu önlemlerle hedeflenen FETÖ'nün bir risk olmaktan çıkması sonrasında, alınan önlemlerin zorunluluk koşulunu sağlamayacağı ortadadır. Bu nedenle, şu aşamada onbinlerce insanın süresiz olarak işsiz kalmasının kabul edilmesi mümkün değildir.

AİHM'in, kamu hizmetinden çıkarılma olmaksızın salt isimlerin yayımlanması halinde bile yeterli güvenceler olmadığında önlemi sözleşmeye aykırı bulduğu[28] düşünüldüğünde; zaman, konu ve kişi bakımından hiçbir ayırım gözetmeksizin listelerle kamu hizmetinden çıkarılma cezasının verilmesinin insan hakları hukukunu ağır bir şekilde ihlal ettiği kolayca görülebilecektir.

Sonuç

KHK'larda listeleme usulü kamu görevinden çıkarma anayasanın 2. maddesinde düzenlenen cumhuriyetin temel ilkelerinin ağır ihlaline vücut vermektedir. Bununla birlikte, Türkiye uluslararası hukukun da koruduğu evrensel ilkelere aykırı, insanları "sivil ölüm"e mahkum eden bu pratiği ilelebet devam ettiremez. Siyasi olarak bu yoldan dönülmezse, eninde sonunda bu uygulama hukuken geri dönmeye mahkumdur. Ne var ki, bu geri dönüş beraberinde haksız bir şekilde devlete yerleşen, vatandaşlara yönelik şiddet eylemlerine başvuruların da aklanmasına yol açacaktır.

Bu nedenle, siyasi iktidarın acilen hukuk dışı yöntemler yerine, halkın hakikati bilme hakkına saygı gösteren şeffaf ve adil soruşturmalar yoluyla temizleme yoluna yönelmesi gerekir. Yoksa sadece onbinlerce insan haksızlığa uğramayacak, FETÖ'yle mücadele de yalan olacak. (KA/YY)

[1] <http://mulkiyehaber.net/?p=17351>

[2] Conclusions XVI-1 - Germany - Article 1-2,XVI-1/def/DEU/1/2/EN.

[3] Glasenapp /Almanya, 28 Ağustos 1986, Series A no. 104, para. 49, ve Kosiek/Almanya, Series A no. 105, para. 35.

Vogt/Almanya, no. 17851/91, 26.9.1995, para. 43.

[4] Volkmer/Almanya, no. 39799/98, 22.11. 2001 ve Petersen/Almanya, (no. 39793/98, ECHR 2001-XII (kabul edilemezlik kararları)

[5] Sidabras ve Dziautas, para. 43.

[6] Niemietz/Almanya, 16.12. 1992, Series A no. 251-B, para. 29.

[7] Sidabras ve Dziautas, para. 48.

[8] Vogt/Almanya, No. 17851/91, 26 .9. 1995, para. 59

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

[10] Lutz/Almanya, 25.8. 1987, para. 55

[11] Bendenoun/Fransa, 24.2. 1994, Series A no. 284, para. 47.

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

[13] Bir grup Litvanya davasında Polonya davalarından farklı olarak, AİHM bu sonuca ulaşmıştır. Sidabras ve Dziautas/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. Ayrıca yakın tarihli Ivanovski/Makedonya kararında da, adil yargılanma ölçütleri medeni hak ve ödev kavramı ışığında belirlenmiştir. Ivanovski/Makedonya, no. 29908/11, 21.1.2016, para. 117-122.

[14] Matyjek/Polonya, no. 38184/03, 30.5. 2006, Bobek/Polonya, no. 68761/01, 17.7. 2007 ve Luboch/ Polonya, no. 37469/05, 15.1. 2008.

[15] 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.

[16] Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Rule-of-Law Tools for Post-Conflict States. Vetting: an operational Framework, 2006, p.26.

[17] 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).

[18] Adamsons/Letonya, No. 3669/03, 24.6.2008, para. 125.

[19] Žičkus/Litvanya, no. 26652/02, 7.4. 2009, para. 33; Soro/Estonya, no. 22588/08, 3.9.2015.

[20] 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), para. 106.

[21] Ivanovski, para. 182.

[22] Venedik Komisyonu da kişisel kusurun, temizleme işlemi için bir ön koşul olduğunu düşünmektedir. Opinion no. 694/201, para. 7.

[23] Bkz. Sidabras ve Džiautas, para. 59.

[24] Bkz. ve karşı, Naidin/Romanya, no. 38162/07, 21.10.2104, para. 54.

[25] AYM, 25.2.2010 gün ve E. 2008/17, K. 2010/44 sayılı kararı.

[26] Adamsons/Letonya, No. 3669/03, 24.6.2008, para. 116.

[27] Danıştay 1. Dairesi, kt. 13.3.2006, E. no. 2005 / 1290, K. 2006 / 298. Aynı yönde Danıştay 8. Dairesi, kt. 01.03.2006, E. 2005/721, K. 2006/792.

[28] Soro/Estonya, no. 22588/08, 3.9.2015.