

# KHK'LER TÜRKİYESİNDE SAVUNMA HAKKI PANELİ



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ  
EĞİTİM MERKEZİ

Türkiye Barolar Birliği Yayınları : 330

***KHK'LER TÜRKİYESİNDE  
SAVUNMA HAKKI PANELİ***

ISBN: 978-605-9446-07-5

© Türkiye Barolar Birliği  
Aralık 2016, Ankara

Türkiye Barolar Birliği  
Oğuzlar Mah. Barış Manço Cad.  
Av. Özdemir Özok Sokağı No: 8  
06520 Balgat - ANKARA

Tel: (312) 292 59 00 (pbx) Faks: 312 286 55 65  
[www.barobirlik.org.tr](http://www.barobirlik.org.tr) - [yayin@barobirlik.org.tr](mailto:yayin@barobirlik.org.tr)

Baskı  
Şen Matbaa  
Özveren Sokağı 25/B  
Demirtepe-Ankara  
(0312. 229 64 54 - 230 54 50)

**KHK'LER TÜRKİYESİNDE  
SAVUNMA HAKKI  
PANELİ**

12 Kasım 2016



## İÇİNDEKİLER

### **SUNUŞ**

*Av. Berra BESLER*

*TBB Başkan Yardımcısı ve Eğitim Merkezi Başkanı ..... 7*

### **AÇIŞ KONUŞMASI**

*Av. Prof. Dr. Metin Feyzioğlu*

*Türkiye Barolar Birliği Başkanı..... 9*

## **BİRİNCİ OTURUM**

### **BİRİNCİ OTURUMU AÇIŞ KONUŞMASI**

*Av. Berra Besler*

*TBB Başkan Yardımcısı ve Eğitim Merkezi Başkanı ..... 15*

### **ÖHAL VE KHK'NİN ANAYASAL REJİMİ - 1**

*Prof. Dr. Korkut Kanadoğlu*

*Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi ..... 21*

### **ÖHAL REJİMİNDE SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA**

*Prof. Dr. Feridun YENİSEY*

*Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi..... 29*

### **ÖHAL REJİMİNDE SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA**

*Av. Doç. Dr. Devrim Aydın*

*Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi..... 37*

### **ÖHAL VE KHK'NİN ANAYASAL REJİMİ - 2**

*Prof. Dr. Korkut Kanadoğlu*

*Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi ..... 47*

### **KHK'LERDE YER ALAN BİREYSEL İŞLEMLERE KARŞI BAŞVURU VE YARGI YOLLARI**

*Prof. Dr. Zehreddin Aslan*

*İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi ..... 49*

**DANIŞTAY 7.12.1989 TARİHLİ İBKGK KARARI İŞİĞİNDA  
GÜNCEL SORUNLARA BAKIŞ**

*Hakim Oğuz Özkan*

*İstanbul İdare Mahkemesi Emekli Başkanı ..... 55*

**EK:**

**07.12.1989 TARİHLİ DANIŞTAY İÇTİHADI**

**BİRLEŞTİRME GENEL KURULU KARARI ..... 65**

**İKİNCİ OTURUM**

**İKİNCİ OTURUMU AÇIŞ KONUŞMASI**

*Av. Cumhuri Arıkan - Oturum Başkanı*

*TBB Denetleme Kurulu Üyesi ve Eğitim Merkezi Genel Sekreteri ..... 91*

**ULUSLARARASI HUKUK EMREDİCİ HÜKÜMLERİ İLE  
OHAL İLİŞKİSİ İHAS BAĞLAMINDA OHAL UYGULAMALARI**

*Av. Yrd. Doç. Dr. Erdem İlker MUTLU*

*Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi ..... 93*

**AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ BAĞLAMINDA  
OLAĞANÜSTÜ HAL UYGULAMALARI**

*Yrd. Doç. Dr. R. Murat Önok*

*Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi ..... 109*

**FORUM - BİRİNCİ BÖLÜM ..... 155**

**KHK'İN UYGULAMADA VE SAVUNMA HAKKININ  
KULLANILMASINDA YARATTIĞI SORUNLAR**

*Av. Uğur Altun*

*TBB İnsan Hakları Merkezi Yürütme Kurulu Üyesi ..... 173*

**FORUM - İKİNCİ BÖLÜM ..... 179**

**SONUÇ BİLDİRGESİ ..... 211**

**KAPANIŞ ..... 215**

## SUNUŞ

### **Değerli meslektaşlarım,**

Türkiye'yi derinden sarsan 15 Temmuz darbe girişiminden sonra ülke genelinde ilan edilen Olağanüstü Hal'i takiben peş peşe çıkarılan Kanun Hükmünde Kararnameler, hem üstlendikleri davalar bakımından hem de bu düzenlemelerin savunma hakkına getirdiği kısıtlamalar bakımından meslektaşlarımızı yakından ilgilendirmektedir.

Olağanüstü Hal koşulları ve geniş kapsamlı KHK'ler, avukatlar açısından uygulamada izlenecek yolların tespit edilmesinde tereddütlerin yaşanmasına neden olmuştur.

Değişen mevzuat hükümleri karşısında meslektaşlarımızın bilgilerinin güncellemesi düşüncesiyle Türkiye Barolar Birliği Eğitim Merkezi olarak, özellikle "savunma hakkına" yönelik kısıtlamalar getiren KHK'lerin çıkarılmasının ardından bu konuyu enine boyuna inceleyecek bir çalışma yapmak zorunlu hale gelmiştir.

12 Kasım 2016 tarihinde meslektaşlarımızın geniş ve aktif katılımıyla gerçekleştirdiğimiz "KHK'ler Türkiye'sinde Savunma Hakkı" panelinde her biri kendi alanında uzman eğitimcilerimizin sunumlarıyla, KHK'ler her yönüyle bilimsel açıdan ele alınmış, ardından gerçekleştirilen forumda tereddüt yaratan ve soru işaretlerine neden olan konular tartışmaya açılmıştır.

Meslektaşlarımızdan bize ulaşan olumlu görüşlerle birlikte bu çalışmanın kitaplaştırılarak kalıcı hale getirilmesi talepleri de dikkate alınarak, "KHK'ler Türkiye'sinde Savunma Hakkı" konulu çalışma elinizdeki bu kitapla hizmetinize sunulmuştur.

TBB Eğitim Merkezinin tüm çalışmalarına desteğini esirgemeyen Türkiye Barolar Birliği'nin Sayın Başkanı Av. Prof. Dr. Metin Feyzioğlu'na; bizlere değerli bilgiler aktaran, ufukumuzu açan ve sorularımızı cevaplayan eğitimlerimize, aktif katılımlarıyla çalışmayı zenginleştiren meslektaşlarımıza ve emeği geçen herkese teşekkürlerimizi sunarız.

Saygılarımla.

*Av. Berra Besler*  
*Türkiye Barolar Birliği*  
*Başkan Yardımcısı*  
*Eğitim Merkezi Başkanı*



# AÇIŞ KONUŞMASI

*Av. Prof. Dr. Metin Feyzioğlu*

*Türkiye Barolar Birliği Başkanı*

METİN  
FEYZİOĞLU'NUN  
KONUŞMASI

## **Değerli dinleyenler,**

Olağanüstü hal, geçici bir anayasal yönetim biçimidir ve öyle uygulanmasını bekliyoruz... Olağanüstü hal KHK'ları da yine anayasada yeri olan istisnai bir araçtır ve öyle uygulanmasını bekliyoruz...

Biz, Türkiye Barolar Birliği ve Türkiye'nin bütün baroları olarak, 15 Temmuz gecesi henüz Ankara semalarında savaş uçakları uçarken, kimin kim olduğu bilinmiyorken, sonucun ne olacağı konusunda kimsenin bir fikri yokken, tavrımızı ortaya koyduk. Sebebi de açıktı; demokrasinin askıya alındığı bir yerde avukatlık mesleğinin yapılması söz konusu dahi olamaz.

Ardından, 15 Temmuz'un bir iç savaş başlatma girişimi olduğu tespitinden yola çıkarak, yine Barolar Birliği ve Türkiye'nin bütün baroları olarak, devletin arkasında dimdik durduk.

15 Temmuz'a gelinen yıllar içerisinde, "Hukuk devletini yıpratmayın, laikliği yıpratmayın, liyakatten vazgeçmeyin, yargı bağımsızlığını, tarafsızlığını, hesap verebilirliğini hiçe saymayın, kuvvetler birliğini getirmeyin ve devleti, devlet içinde odaklanmış birtakım yapılara teslim etmeyin" uyarılarıyla üstümüze düşeni yapmıştık. Kumpas davalarının niçin sahnelendiğini söylemiştik. Ancak sarmal yapının sürekli tacizine ve taarruzuna uğramıştık.

Neticede 15 Temmuz'a gelindi. 15 Temmuz sonrasında gereken duruşu sergiledik. Devletin birliğinin arkasında, devletin birliği için tüm Türk Milletiyle birlikte saf tuttuk, öncülük yaptık. Şu halde, bugün burada söylediklerimizi, en çok söyleme hakkına sahip kişileriz. Bugün burada söylediklerimizi, siyasi iktidar ve Cumhurbaşkanı dinlemek zorundadır. Çünkü her

söylediğimiz Türkiye Cumhuriyeti'nin geleceği içindir. Her söylediğimiz Türk Milletinin bekası içindir.

### **Değerli dinleyenler,**

OHAL KHK'ları, OHAL'in ilan sebeplerinin dışına çıkıp, olağan bir yönetim aracı haline getirilmiştir. Maalesef bunu getirenler, bu yönetim biçiminin kendilerine sağladığı kolaylıktan büyük mutluluk ve rahatlık duymaktadırlar. Oysa 79 milyonluk dinamik, her mezhepten, her dinden, her inanıştan, her etnik kökenden, her siyasi düşünceden insanın yaşadığı bu koskoca ülkenin tek adam rejimiyle yönetilmesi mümkün değildir. Şu halde geçici hissedilen bu mutluluk, Türkiye'yi bir düdüklü tencerenin içine tıkıp, kapağını sıkıca kapayıp, düdüğünün de üzerine parmak basmak anlamına gelmektedir. Türkiye'nin bu şekilde sürdürülmesi mümkün değildir. Bu uyarılarımız, tıpkı 15 Temmuz öncesinde olduğu gibi, yine ülkemizin, milletimizin bekası içindir.

15 Temmuz'da Yüce Meclis hainler tarafından bombalanmış ve bu millet, Meclisi korumak için göğsünü siper etmiştir. 15 Temmuz şehitlerine saygı duyulduğundan söz edebilmek için, Yüce Meclisin çalıştırılması lazımdır. Kanun hükmünde karar-namelerle Yüce Meclisi devre dışı bırakarak, 15 Temmuz'da Türkiye Cumhuriyetini ve demokrasiyi koruyan şehitlere saygı gösterilemez.

Milli mücadelede düşman Polatlı sınırına dayandığında dahi Mustafa Kemal Atatürk, Meclisi çalıştırmıştır. Hatta Meclisin Ankara'dan içlere taşınmasını teklif ettiğinde, Meclis "Biz burada kalacağız ve çalışmaya devam edeceğiz" diye Mustafa Kemal'e dahi direnmiştir. İşte böyle bir Meclisin KHK'larla, olağanüstü hal gerekçesiyle devre dışı bırakılmasını kabul etmemiz söz konusu bile değildir. Bu yapılan milli mücadeleye saygısızlıktır, Ata'mıza saygısızlıktır, Türk Milletine saygısızlıktır.

OHAL KHK'ları ile Türkiye Cumhuriyeti Devleti yeni baştan şekillendirilmektedir. Eğitim sisteminden askeri hastanelere,

rektörlerin nasıl belirleneceğine kadar hemen hemen her konuda artık OHAL KHK'ları çıkarılmaktadır. Maalesef Anayasa Mahkemesi, "Yarın öbür gün seni de kapattık" diyecek bir OHAL KHK'sını görmezden gelerek, bu KHK'lara "Benim yetkim yok" demiştir ve 90'lı yıllarda gösterdiği o dik duruşunu 2016'da gösterememiştir.

OHAL KHK'ları bugün doğrudan doğruya avukatları, savunma mesleğini ve bunun ötesinde avukatlık kurumunu hedef almış durumdadır. Bunun sebebi açıktır; çünkü avukat, kanunlarda süslü cümlelerle ifade edilmiş temel hakları "Bu senin hakkındır, sen kullanacaksın ve kimse dokunamayacak" diyerek vatandaşa veren kişidir. Şu halde aslında OHAL KHK'larıyla hedefe konulmuş olan avukatlık kurumu değil, vatandaşlık kurumudur. Vatandaşlık kurumunun yerine, fetvalarla yönetilen bir teba ikame edilmek istenmektedir.

### **Değerli dinleyenler,**

Buradan soruyorum; avukatın tutukevinde şüpheliyle görüşmesi, üç ayak üzerine kurulmuş kamerayla, yanına dikilen gardiyanla, yakasına takılan mikrofonla denetlenerek mi suç örgütüyle mücadele edilecek? Suç örgütü; avukatların vatandaş adına kullandıkları savunma hakları sebebiyle mi devletin en içlerine yerleşti, bakanlıkları ele geçirdi, Türk Silahlı Kuvvetleri'nin içine kadar girdi, eğitim sistemimizi işgal etti? Dünyanın hiçbir demokratik ülkesinde asla ama asla kabul edilemeyecek uygulamalar, bugün misliyle anayasasında "hukuk devleti ve demokrasi" yazan Türkiye Cumhuriyeti'nde gerçekleştirilmektedir.

Avukatın cezaevine kanun kitabı sokması dahi yasaklanmaktadır ki, derslerde okuttuğumuz Ortaçağ İngiltere'si örneklerinde dahi şüphelilere kanun metni verilmektedir. Avukatın yanında getirdiği boş A4 kâğıda yazdığı notlar taranıp dosyalanmaktadır. Bütün bunlar olurken, Cumhurbaşkanı ve siyasi iktidar, "İdam geri gelsin" söylemini tırmandırmaktadır. Hepsini yan yana koyduğunuzda, aslında tablo açıktır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mahkemesinin içtihatları-

la asla kabul edilemeyecek uygulamalar sebebiyle, Türkiye Cumhuriyeti'ni yüzlerce ve binlerce mahkumiyete maruz bırakan siyasi iktidar, diğer yandan da idamı getirmek suretiyle Türkiye Cumhuriyeti'ni Avrupa Konseyi'nden attırmaya çalışmaktadır.

Avrupa Konseyi'nden atılmak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf olmaktan vazgeçmek demektir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden ayrılmak, Türk vatandaşlarını Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuruya hakkından mahrum bırakmaktır.

İşin özeti şudur: Bu, Türkiye Cumhuriyeti'ni Tanzimat'tan bu yana 200 küsur yıldır çıktığı aydınlanma yolundan, Cumhuriyetin aydınlık yolundan vazgeçirmeye çalışmaktır. Bu gidişe karşı toplumu uyarmak, bu gidişin önünde durmak, demokrasinin ve hukuk devletinin koruyucusu olan avukatlara düşmüştür.

Milyonlarca insanımızın söylediğini burada yürekten tekrarlıyorum; Türkiye'de iyi ki avukatlar vardır, iyi ki barolar vardır.

Teşekkür ederim.

# BİRİNCİ OTURUM

**OTURUM BAŞKANI: AV. BERRA BESLER**

TBB BAŞKAN YARDIMCISI VE TBB EĞİTİM MERKEZİ BAŞKANI

**PROF. DR. KORKUT KANADOĞLU**

ÖZYEĞİN ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

**PROF. DR. FERİDUN YENİSEY**

BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

**AV. DOÇ. DR. DEVRİM AYDIN**

ANKARA ÜNİVERSİTESİ SİYASAL BİLGİLER FAKÜLTESİ  
ANKARA BAROSU

**PROF. DR. ZAHREDDİN ASLAN**

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

**HAKİM OĞUZ ÖZKAN**

İSTANBUL İDARE MAHKEMESİ EMEKLİ BAŞKANI



# BİRİNCİ OTURUMU AÇIŞ KONUŞMASI

BERRA BESLER'İN  
KONUŞMASI

*Av. Berra Besler*

*TBB Başkan Yardımcısı ve Eğitim Merkezi Başkanı*

Türkiye Barolar Birliğinin Sayın Başkanı, Yönetim Kurulu üyelerimiz, Disiplin Kurulumuzun Sayın Başkanı, Denetleme Kurulu üyelerimiz, Türkiye'nin dört bir yanından bize her zaman güç veren, güçleri ile Barolar Birliğini güçlendiren, Barolar Birliğinin gücüyle de kendileri güçlenen; hukuk devletinin emekçileri, Cumhuriyetin bekçileri, avukatların örgütlü gücü Barolarımızın Başkanları, çok değerli hocalarım, çok değerli Önceki Barolar Birliği Başkanım, içimizde daha evvel yargı erkinde karar ve sav unsurlarını temsil eden, çok önemli görevler yapmış olan değerli hukuk ustalarımız bugünkü etkinliğimize onur verdiniz, hoş geldiniz. Hepinizi saygı ile selamlıyorum. (Alkışlar)

Çok değerli katılımcılar, değerli konuklar,

Hepimizin bildiği gibi ülkemiz önemli ve hiç yaşamadığı, karışmalı, sonunun ne olacağını kestiremediğimiz çok ciddi dönemlerden geçiyor. Dileriz ki en kısa süre içerisinde bu sıkıntılar sona erer.

Değerli meslektaşlarım,

Anayasayı, hukuk devletini ve TBMM'yi askıya almayı ve bir iç savaş çıkarmayı hedeflediği aşikâr olan 15 Temmuz darbe girişimi karşısında; her zaman hukukun üstünlüğünü savunan Türkiye Barolar Birliği ve Barolar, darbeye ve darbecilere karşı olma iradesini net bir kararlılıkla ortaya koymuşlardır.

Toplumun her kesiminin, sivil toplum örgütlerinin ve siyasi partilerin darbe girişimine tek ses olarak verdiği cevap yeni bir toplumsal uzlaşma zemini yaratmış, ancak bu olumlu gelişme, 21 Temmuz 2016 günü ülke genelinde ilan edilen Olağanüstü

Hal'i takiben peş peşe çıkarılan Kanun Hükmünde Kararnamelerin uygulanma şekli kamuoyunun bilgilendirilmesindeki eksiklikler sebebiyle gölgelenmiştir.

Anayasamızın 15. Maddesi ve AİHS'nin 15. Maddesi, olağanüstü hal durumunda uygulanması gereken kriterleri açıkça belirtmiştir. Hal böyleyken Türkiye Büyük Millet Meclisini ve yargı denetimini devre dışında bırakan, olağanüstü hali doğuran nedenlerle sınırlı olması gerektiği halde amacını ve kapsamını aşığı izlenimini veren, kalıcı düzenlemeler içeren Kanun Hükmündeki Kararnamelerle "hukuk devleti" yok sayılmaktadır.

Bir hukuk devleti her şeyden önce Anayasaya ve taraf olduğu uluslararası sözleşmelere bağılı olan devlettir. Olağanüstü hal durumunun, yürütme erkine Anayasayı ve uluslararası sözleşmeleri bütünüyle askıya alma, yasama ve yargı erklerini kendisinde toplama hak ve yetkisi vermediğı açıktır.

Sürecin başından beri yaptığımız bütün uyarılara rağmen, son olarak 29 Ekim 2016 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren 675 ve 676 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamelerle; kuvvetler ayrılığı, yargı bağımsızlığı, adil yargılanma hakkı, adalete erişim hakkı, masumiyet karinesi, basın ve ifade özgürlüğü, üniversitelerin özerkliği, savunma hakkı başta olmak üzere hukuk devletinin temel niteliklerine ilişkin bazı mekanizmalar askıya alınmış, bu çerçevede hukuk güvenliği yok edilmiştir.

Kanun Hükmündeki Kararnameleri adeta Anayasanın ve evrensel hukuka temel oluşturan uluslararası sözleşmelerin üzerinde gördüğü ciddi izlenimini veren **yürütme erkinin**, bu belgelere aykırı düzenlemeler içeren Kanun Hükmündeki Kararnameler çerçevesinde yaptığı ısrarlı uygulamaların, varılmak istenen amaçla orantılı olup olmadıkları konusunda kamuoyunda ciddi şüpheler ve kaygılar doğmuştur.

**Özellikle son iki kararname** hukuk devletinin, adil yargılanmanın, adalete erişimin güvencesi ve halkın hak arama özgürlüğünün sesi olan avukatların mesleklerini icra etmelerinin



önüne bir duvar örmüş, bir bütün olarak yurttaşlarımız “hukuk güvenliğinden” mahrum bırakılmıştır.

Bu düzenlemelere göre; gözaltındaki şüphelinin avukatı ile görüşme hakkı yirmi dört saat süreyle kısıtlanabilecektir. Cumhuriyet Savcısının isteği üzerine hükümlünün avukatlarıyla görüşmesi altı ay süreyle yasaklanabilecektir. Avukat müvekkil görüşmeleri sesli veya görüntülü olarak kaydedilebilecek ve görüşmede bir görevli hazır bulundurulabilecektir. Hükümlü ve avukat, aralarında belge alışverişi yapamayacaklardır ve bu belgelere el konulabilecektir. Cumhuriyet başsavcılığı baro tarafından bildirilen avukatın değişmesini isteyebilecek, duruşmada üç avukattan fazlası bulundurulmayacaktır. Avukat hakkında müdafilik görevi sırasındaki yaklaşımları nedeniyle soruşturma/kovuşturma açılabilir. Avukatın mazeretsiz olarak duruşmaya gelmemesi halinde duruşma avukatsız devam edebilecek hatta avukatın o davada görev alıp alamayacağı avukat dışında üçüncü kişilerce karara bağlanabilecektir.

Değerli katılımcılar,

Avukat ile müvekkilini aynı statüye koyan, avukatlık mesleğini icra edilemez hale getiren; savunma hakkını, adil yargılanma hakkını, adalete erişim hakkını, silahların eşitliği ilkesini, masumiyet karinesini, avukatın sır saklama yükümlülüğünü ağır bir biçimde ihlal eden bu düzenlemeler bir hukuk devletinde asla kabul edilemez.

Mahkemeleri gerçeğe ulaştırarak adil yargılanma ilkesinin hayata geçirilmesi ancak savunmanın temsili ile mümkündür. Avukatın olmadığı bir adalet sisteminin adalet dağıttığı tarihte görülmemiştir. Tarih boyunca savunmanın zayıflatıldığı, işkence ile ünlenecek çağlar karanlığa gömülmüş, özgür ve bağımsız savunmanın güç kazanması ile insanlık onuruna, hak ve özgürlüklere dayalı demokrasiler güçlenmiştir.

Karanlık güçlerin tarih boyunca hukuk dışı uygulamalar ve yargılamaların yapıldığı kaotik ortamlardan beslendikleri unutulmamalıdır.

Anayasaya ve yasalara en başta uyması gereken devlet yetkililerini; hukuk devletini zayıflatan ve onun güvencesi olan savunma hakkını yok sayan uygulamaların; yurttaşları hukuk güvenliğinden yoksun bırakmanın, basın ve ifade özgürlüğüne yönelik baskıların, üniversitelerin özerkliğini ortadan kaldıran düzenlemelerin, Cumhuriyetin temel kurumlarıyla oynamanın yeni olumsuzluklara yol açacağı konusunda uyarmayı görev biliyoruz.

*Ülkemizi bu kaostan kurtaracak olan tek seçenek, hukukun üstün değerlerini esas alan sağlıklı bir hukuk düzenini işler kılmaktır.*

Değerli meslektaşlarım,

Yargının kurucu unsuru savunmayı kısıtlayan ve onu iddia makamı karşısında güçsüzleştiren son iki KHK'den sonra, konuyu bilimsel açıdan ele alarak değerlendirmek bakımından bu paneli yapmak bir zorunluluk oldu.

Hukuk devletinin temel niteliklerinden “adalete erişim” ve “adil yargılanma” haklarının kullanılabilmesi açısından vazgeçilmez olan savunma hakkının kısıtlanmasının, mahkemelerin maddi gerçeğe ulaşması önünde en büyük engeli oluşturacağı kuşkusuzdur.

O nedenle nerede bir hukuk veya hak ihlali iddiası varsa, bunlar avukatların, yani bizim meselemizdir ve orada savunmanın temsilcisi avukata ihtiyaç vardır.

Bizim hak arama özgürlüğünün yaşama geçirilmesi için verdiğimiz mücadele, tümüyle bir hukuk mücadelesidir. Bu mücadelede problemleri çözmek için bize rehberlik edecek olan hukuki bilgimiz, bu paneli düzenlemekteki amacımız da hukuki bilgimizi zenginleştirmektir.

Savunma hakkına getirilen kısıtlamaların bir çarpan etkisiyle bütün bir adalet ve hukuk sistemini etkilemesi nedeniyle konumuz hayli geniş. Bu panelde “**KHK'ler Türkiye'sinde Savunma Hakkı**” başlığı altında çok değerli hukukçularımızın

katkılarıyla KHK'lerin sisteme etkisini bütün boyutlarıyla inceleyecek, tabiri yerindeyse meselenin tomografisini, emarını çekeceğiz.

*Özyeğin Üniversitesi'nden değerli bilim adamı Prof. Dr. Korkut Kanadoğlu bize konuyu Anayasal boyutlarıyla anlatacak. Biliyorsunuz, Anayasa Mahkemesi, KHK'lerin Anayasaya aykırılığı iddiasıyla açılan davaları yetkisizlik nedeniyle reddetti. Bunu yaparken de Anayasa'nın 148. Maddesine dayandı.*

Anayasal bir kurum olan Olağanüstü hal uygulaması ve bu çerçevede çıkarılan KHK'lerin Anayasa Mahkemesince denetlenip denetlenemeyeceği, Anayasanın herhangi bir hükmünün, bütününe veya Anayasada var olan birçok güvenceyi ortadan kaldıracak şekilde yorumlanıp yorumlanamayacağı gibi temel sorulara Anayasa Mahkemesi'nin daha önce verdiği kararlar ışığında cevap arayacağız.

Olağan dönemlerde TBMM'den geçen yetki kanunlarına dayanılarak çıkarılan KHK'ler ile Olağanüstü dönemde Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan KHK'ler arasındaki temel farkları inceleyeceğiz. Türkiye Cumhuriyeti Devletinin uluslararası sözleşmelere bağlılığını hüküm altına alan Anayasanın, olağanüstü hal ve KHK'ler bağlamında yürütme erkine hangi sınırlamaları getirdiğini göreceğiz.

Mesleğimiz açısından bizi doğrudan ilgilendiren "OHAL Rejiminde Soruşturma ve Kovuşturma" konusunda bizleri Bahçeşehir Üniversitesinden duayen hukukçu Prof. Dr. Feridun Yenisey ve Ankara Üniversitesi'nden Doç. Dr. Devrim Aydın bilgilendirecek. Sayın Yenisey, yurt dışında bulunması nedeniyle bize telekonferans yoluyla katılacak.

Değerli bilim insanı Prof. Dr. Zehreddin Aslan "KHK'lerde Yer Alan Bireysel İşlemlere Karşı Başvuru ve Yargı yolları" konusunda bizleri aydınlatacak. Biliyorsunuz KHK'lerle 10 binlerce kişi işten çıkarıldı ve çok sayıda mağduriyet iddiası var. Son olarak Danıştay 5. Dairesi bu konudaki başvuruları reddetti ve bu itirazlar için idare mahkemelerini adres olarak gösterdi. Burada izlenecek yolların cevabını da sayın hocamdan alacağız.

Yine İstanbul İdare Mahkemesi Emekli Başkanı Hakim Oğuz Özkan, Danıştay Büyük Genel Kurulunun; 12 Eylül'den sonra Sıkıyönetim komutanlarının istemi üzerine görevlerine son verilenlerin bir daha kamu hizmetinde çalışamayacaklarını hükme bağlayan 1402 sayılı Sıkıyönetim Yasasına ilişkin olarak Danıştay 5. Dairesi'nin farklı kararlarını değerlendirmek suretiyle verdiği İçtihadı Birleştirme Kararını neden ve sonuçlarıyla açıklayacak. Sıkıyönetim ile Olağanüstü hal uygulamalarının; Sıkıyönetim Kanunları ile KHK'lerin benzer ve benzemez yönleri, bunların evrensel hukuk ve ulusal hukuk açısından sınırlarını bu karar ışığında karşılaştırma fırsatı bulacağız.

Anayasanın geçici 15. Maddesi yıllarca en sert biçimde eleştirildi. 2010 yılında kaldırılan bu hükümde düzenlenen "sorumsuzluk" ilkesinin bir benzerinin 23 Temmuz 2016 tarihinde çıkarılan 667 sayılı KHK ile "getirilmesinin ne anlama geldiğini de değerlendirmiş olacağız.

Programda gördüğünüz gibi 2. Oturumda konuyu ağırlıklı olarak uluslararası hukuk ve uluslararası sözleşmeler açısından inceleyecek ve son olarak KHK'lerin Uygulamada ve Savunma Hakkının Kullanılmasında Yarattığı Sorunları ele alacağız.

Değerli akademisyenlerin sunumlarının ardından programımızı "KHK'lerin Uygulamada ve Savunma Hakkının Kullanılmasında Yarattığı Sorunları", aramızda bulunan çok değerli hukuk ve bilim insanlarının zenginleştirdiği bir kadroyla tartışacağımız bir forum bölümüyle bitireceğiz.

Bugünkü panelimizde, konunun hukuk camiasında bilimsel olarak tartışılması gereğini ortaya koyan, aydınlatıcı ve yol gösterici çalışmalar olacağına inanarak beni dinlediğiniz için teşekkür ve saygılarımı sunarım. (Alkışlar)

# OHAL VE KHK'NİN ANAYASAL REJİMİ

KORKUT  
KANADOĞLU'NUN  
KONUŞMASI

*Prof. Dr. Korkut Kanadoğlu*

*Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Ben önce sözü bana verdiği için Sayın Başkanına, sonrasında da gerçekten içinde bulunduğumuz bu karanlık sularda bir sis çanı görevi gördüğü için Sayın Başkanın nezdinde Barolar Birliği'ne çok teşekkür ediyorum.

Benim konum, Sayın Başkan tarafından normatif düzleme indirgendi. Ancak ben içinde bulunduğumuz bu tehlikeli ortamı biraz daha anlaşılır kılmak için tarihe bakma gereğini duyuyorum. Önce 1933 yılına bakmamızda yarar var. Bu tarihte ne oldu? Alman İmparatorluk Parlamentosu (Reichstag) yakıldı. Nazilerin yaptıkları ama komünistlerin üzerine attıkları ve sonrasında Hitler'in dönemin Cumhurbaşkanı'na 1919 Weimar Anayasası'nın ona verdiği olağanüstü KHK çıkarma yetkisini kullanma çağrısı üzerine çıkarılan olağanüstü karar-nameler ve bu kararnameler sonrasında kişi özgürlüklerinin, toplanma özgürlüğünün, basın özgürlüğünün ve örgütlenme özgürlüğünün askıya alındığı çok sayıda düzenleme. Bunların içinde bazı suçlara ölüm cezasının getirilmesi de var.

Bu dönemin sonrasında yaşanan acıları tekrar hatırlatmaya sanırım gerek yok. Ama yaşatılan bu acı tecrübelerden ders alan Alman toplumu, bu kez 1949 tarihinde Anayasası'nı yaparken, cumhurbaşkanlarınca önceki Anayasada kendilerine tanınan olağanüstü kararname çıkarma yetkisinin kötüye kullanılmasına karşı bilinçli bir tercihle, Anayasalarında bu kuruma kesinlikle yer vermediler. Hatta Alman Anayasası'nda olağanüstü dönemlere ilişkin özel hiçbir kural yer almadı. Ne zamana kadar? 1968 yılına kadar. Bu tarihte yapılan değişlikle direnme hakkıyla birlikte Anayasa'ya belirli acil durumlarda; belirli olağanüstü koşullarda tedbir alınabilmesine yönelik maddeler eklendi.

Sözü edilen bu düzenlemedeki inceliği özellikle vurgulamak gerek. Evet, böyle acil durumlar ortaya çıkabilir, ama bu olağanüstü durumlarda bile yürütme organının yasama organını zayıflatmaması, onu etkisiz bırakmaması ve böylelikle parlamentenun denetimin ortadan kalkmaması için Anayasa, parlamentonun işlevsizleştiği bu hallerde bile kendi yetkilerini bir olağanüstü meclis niteliğinde sürdürebilmesini sağlayacak şekilde, her yasama döneminin başında geçici bir ortak komisyon oluşturmasını öngördü. Olağanüstü (acil) tedbirler alabilme yetkisine sahip olan bu ortak komisyon kimlerden oluşacaktır? Federal yasama organının her iki kanadı olan Bundestag ve Bundesrat'ta temsil edilen partilerin gücü oranında seçilmiş 16'şar milletvekilinden oluşan bir olağanüstü bir meclis oluşturulmaktadır. Şu an itibarıyla da yasama dönemi başında seçilmiş olan milletvekilleri, Anayasa'da öngörülen bu olağanüstü koşulların ortaya çıkması halinde, yetki kullanmak üzere hazırda bekliyor. Bu düzenleme, tarihten kaynaklanan ilk örnek.

Bir diğer örnek ise kamu görevlilerinin tasfiyesine ilişkin olarak verilebilir. Bugün de kamuda belirli bir temizleme (tasfiye) ihtiyacı doğdu. Bu bir gerçek. Ancak daha önce bu tür ihtiyaçlar doğmadı mı? İkinci Meşrutiyet sonrasında doğdu. Neden? Çünkü II. Abdülhamit liyakat ilkesini hiçe sayan atamalarla bürokrasiyi felç etti ve bunu gidermek üzere Osmanlı Meclisi şu yöntemi izledi: 1909 yılında bir Tenkiset Kanunu çıkardı. Osmanlı Parlamentosu'nun çıkardığı bu Kanun çerçevesinde parlamentenun denetim altında bu tenkiset yapıldı. Her kurum kendi temizliğini yapsın, kamu görevindeki bu jurnalcileri, kendisi temizlesin denilmedi.

Aynı şekilde bir tasfiyeye daha sonra da ihtiyaç duyduk. Bu kez Kurtuluş Savaşı sonrasında, milli mücadeleye katılmamış, bu mücadeleye karşı çıkmış olan kamu görevlilerinin yine devletten temizlenmesi ihtiyacı doğdu. O zaman da parlamento bu işi yürütmeye bırakmadı. İki ayrı Kanunla, hem askeri hem de sivil kamu görevlilerinin görevden alınmalarına ilişkin düzenlemeler yapıldı. Nihayetinde de 1928 yılında, 1923 ve 1926 tarihli bu iki Kanun kapsamında alınan ihraç kararlarını yeni-

den incelemek üzere bir kurul oluşturmasını öngören bir yasa çıkarıldı.

Son günlerde Sayın Cumhurbaşkanı ve onun Başdanışmanı, bu konuda bazı açıklamalar yapıyorlar. Bu tür tasfiyelerin sadece bizde olmadığını, doğu blokunun yıkılmasından sonra, Doğu Avrupa ülkeleri, özellikle Almanya'da da yapıldığını söylüyorlar. Evet, yapıldı. Ancak iki Almanya birleşirken, Birleşme Anlaşması'nda bu tenkisin çerçevesini belirlediler ve keyfi olmaması için gereken kuralları koydular. Bu Anlaşmaya göre, "STASI" yani "Doğu Almanya istihbarat örgütünün ve Devlet Güvenlik Bakanlığının görevlileri kamuda çalışamaz" denildi ve her eyalet kendi çıkardığı kanunlarla bu süreci düzenledi.

Aynı süreç, post komünist dönemde bazı Doğu Avrupa ülkelerinde de yaşandı. Polonya ve Slovakya'da kamu görevlilerinin tasfiyesi üzerine yapılan başvurularda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi çeşitli kararlar verdi. Bu dönemde Polonya'da çıkarılan "temizlik kanunu" sonrasında, başvuru Matyek ihracına yol açan bu durumu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine götürünce, Mahkeme şunu söyledi: "Eğer ihraca yol açan belgelere ulaşım hakkı yoksa silahların eşitliği ilkesi de yoktur. Sözleşmenin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkı ihlal edilmiştir." Polonya karşı yapılan bir diğer başvuruda da bu içtihat aynen tekrarlandı.

Slovakya'da bu kez Türk davasında, Çekoslovak kamu emniyet kuruluşlarınca tutulan raporlarda ajan olarak gösterilen ve iş sözleşmesi sona erdirilen kişi, yaptığı başvuru sonucunda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu kez özel yaşamın korunmasına ilişkin maddenin ihlalini saptadı ve bu hakka yönelik müdahaleye karşı korunmasını sağlayan bir prosedür olmadığı için, yani etkin yargı yolları öngörülmediği için, Sözleşme'nin ihlaline karar verdi.

Kamudaki tasfiyelere ilişkin şu hususun da belirtilmesinde yarar var. Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi, 1096 sayılı ilke kararıyla bu tür bir tasfiyenin olabileceğini; fakat kamu görevlilerinin bu şekilde ihracında masumiyet karinesi ve mahke-

meye erişim hakkına mutlaka riayet edilmesi gereğini ve bu temizleme faaliyetinin amacının hiçbir şekilde ceza hukukunun konusuna giren bir yaptırım olmayıp, sadece demokratik düzeni tesis etmek olduğunu vurgulamaktadır.

Belirttiğimiz bu örneklerden sonra, olağanüstü hal rejimine ilişkin normatif düzenlemelere göz atmak sanırım daha uygun olabilir. Bu aşamada sorulması gereken ilk soru; olağanüstü hal bir ihtiyaç mıydı? Evet, ihtiyaçtı. Çünkü bir darbe girişimi, Cumhuriyetin değerlerine karşı bir kalkışma yaşanmıştı. Olağanüstü yönetim usullerine ilişkin anayasal bir sebep olarak aslında bu kalkışma, Anayasa'nın 122. maddesinde düzenlenmekte. Buna karşılık doğal olarak yürütme organı bu konuda olağanüstü hal ilanını tercih etti. Kolluk yetkilerinin askeri makamlarca ve yargılama yetkisinin de askeri mahkemelerce kullanılmasının öngörüldüğü bir sıkıyönetim rejimi yerine olağanüstü hal tercih edildi.

Ama gerek Cumhurbaşkanı başkanlığındaki Bakanlar Kurulu'nun olağanüstü hal ilan eden kararında, gerekse bu kararı onaylayan Türkiye Büyük Millet Meclisi kararında, hangi gerekçeyle olağanüstü hal ilan edildiğinin belirtilmesine gerek bile duyulmadı. Bu büyük bir eksiklidir. Neden? Çünkü bu kararlardan sonra o dönem içerisinde alınacak tedbirlerin bu gerekçeyi ortadan kaldırmaya yönelik ve bunu kaldıracak ölçüde olması gerekir. Bu denetimde ölçü alınması gereken hiçbir somut gerekçenin, bu iki kararda da olmadığını rahatlıkla görebiliyoruz.

Barolar Birliği sağ olsun, bu ana kadar çıkarılan 10 adet olağanüstü KHK'de yer alan tüm düzenlemeleri bir kitapta toplamış. Son ikisi hariç, bu KHK'ler incelendiğinde; 45 ayrı Kanunda 150'den fazla maddede değişiklik yapıldığı görülecektir. Son çıkarılan iki KHK de hesaba katıldığında bu sayılar çok daha artmıştır. Bu KHK'lerle yapılanların bir kısmına biraz sonra değineceğim. Zaten bugünkü panelin konusunu da özellikle bu KHK'lerle getirilen yargılamaya ilişkin düzenlemeler oluşturmakta. Bu düzenlemelere geçmeden önce genel hatlarıyla Anayasa Mahkemesi'nin olağanüstü hal KHK'lerine ilişkin iç-



tihadını ortaya koymak gerek. Anayasa Mahkemesi'nin önceki içtihadı neydi? Şimdi ne oldu? Önceki içtihadından dönerken bu içtihadı doğru mu aktarmaktadır? Yoksa çarpıtıyor mu? Bunu çok net saptamakta yarar var.

Anayasa Mahkemesi, önceki içtihadında Anayasa'nın 148. maddesinin salt sözüyle kendisini bağlı kılmıyor idi. 1990, 1991 ve 2003 tarihli kararlarında, bu anayasal denetim açığı-nı daraltan amaçsal ve sistematik yorumu da içeren doğru bir karar vermişti. Şunu söylüyordu Anayasa Mahkemesi; 148. maddenin sözü, olağanüstü KHK'lerin Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesini engeller. Ama ben işlemin adıyla bağlı değilim, işlemin içeriğine de bakarım. Neyi görürsem denetlemem? Eğer bu KHK, Anayasanın öngördüğü gerçekten bir olağanüstü hal KHK'si ise denetlemem. Bu içtihat ile Anayasa Mahkemesi, Anayasanın bütünlüğünü gözeten bir yorum yapmaktaydı. Bu yorum, aynı zamanda Anayasa'nın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesiyle, 15. maddesindeki olağanüstü dönem özgürlükler rejimine ilişkin ilke ve kuralların teleolojisine de uygundu.

Hatta yeri gelmişken, bu içtihadı ilişkin bilimsel bir toplantıda söylenenleri aktarmakta da bir beis yok. Zira aynı toplantıda ben de bulunmaktaydım. Sene 2011, Kamu Hukukçuları Platformu'nun Kıbrıs'ta düzenlediği toplantının bir oturumu. Tebliğini sunan, şimdi Anayasa Mahkemesi yargıcı olan bir akademisyen, -ismini de verelim- Prof. Dr. Yusuf Şevki Hak-yemez, son atanan iki üyeden biri. Daha sonra kitap haline getirilen bu tebliğinde diyor ki Sayın Mahkeme Üyesi; "OHAL KHK'lerine ilişkin 1990 yılındaki Anayasa Mahkemesi kararı, örnek bir karardır." O zaman bunları söyleyen Öğretim Üyesi, şimdi bu örnek kararı ortadan kaldıran yeni içtihadı oybirliğiyle oluşturan Anayasa Mahkemesi Üyelerinden birisi. Bunu bir tarafa kaydedelim.

Anayasa Mahkemesi, olağanüstü hal KHK'lerine ilişkin eski içtihadından döndüğü son kararlarında, 2003 tarihli kararını da farklı okumaktadır. Bu okumaya göre, olağanüstü hal döneminde idari işlemlere karşı iptal davası açılmaz hükmünü

taşıyan olağanüstü KHK'nin, olağanüstü halin gerekli kıldığı, olağanüstü hal bölgesinde, olağanüstü hal süresince uygulanacak gerçekten bir olağanüstü KHK niteliğinde olup olmadığına bakılmaksızın, Anayasa'nın 175. maddesine aykırı bulunduğu sonucuna varılıyor.

Böylelikle Anayasa Mahkemesi kendi içtihadına ilişkin bir kez daha yanılıcı bir değerlendirmede bulunuyor. Anayasa Mahkemesi'nin 2003 kararını okuduğumuz zaman böyle bir sonuç çıkmıyor. Bu kararında Anayasa Mahkemesi, olağanüstü halin ilan edilmesine yol açan terör eylemlerinin ortadan kaldırılması ile yargı yetkisinin daraltılması arasında bir ilgi kurmadığını ve olağanüstü halle ilgisiz bir KHK'nin, gerçekten bir olağanüstü KHK olmadığına hükmetmişti. Dolayısıyla 2003'teki bu kararıyla Anayasa Mahkemesi, 1990 ve 1991 yıllarındaki içtihadının bir devamını sergilemekteydi. Olağanüstü hal bölgesi, süresi ve konusu dışında kalan bir olağanüstü KHK'nin gerçekten bir olağanüstü KHK olmadığını, olağanüstü KHK değilse olağan KHK olduğunu, olağan KHK olduğuna göre yetki yasası olması gerektiğini saptayan Anayasa Mahkemesi, nihayetinde yetki yasası olmayan bu KHK'leri Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmekteydi.

Yeni içtihadında Anayasa Mahkemesi, döndüğü içtihadıyla olağanüstü KHK'lerin doğrudan doğruya anayasallığını denetlediğini, böylelikle Anayasa'nın 148. maddesini aştığını ve kendisine Anayasada tanınmayan bir yetkiyi kullandığını ileri sürmektedir. Ancak bu yeni içtihadıyla Anayasa Mahkemesi aslında, kendisini işlemin adıyla bağlı kılmakta ve kendisinin hukuk devletini sağlama konusundaki beççiliğinden vazgeçmektedir. Laikliğe ilişkin önceki içtihadını katı laiklik olarak kötülerken, Anayasa Mahkemesi kendi içtihadını çarpıtıp yanlış aktarmakla yine benzer bir yola başvurmuştu.

Bundan sonra biraz da çıkarılan olağanüstü hal KHK'lerinin içerdiği hükümleri, Anayasa Mahkemesi'nin eski ve yeni içtihadı ışığında incelemekte yarar var. Örneğin 30 günlük gözaltı süresi. Eski içtihat devam etmiş olsaydı da denebilirdi ki, bu düzenleme olağanüstü halin gerekli kıldığı bir konuya ilişkindir. Bu nedenle ölçüsüz olan bu düzenlemeyi denetleyip iptal

etme yetkisi, Anayasa Mahkemesi'ne tanınmamıştır; Mahkeme bu konuda yetkisizdir. Aksi bir yorum, Anayasa'nın 148. maddesinin sözel anlamının aşılması olurdu.

Buna karşılık "olağanüstü dönemin olağanlaştırılması" diye tanımlanması gereken düzenlemelere baktığımız zaman, gerçekten de ölçüsüz olmanın ötesinde olağanüstü halle hiç ilgisi olmayan, dolayısıyla gerçekten de olağanüstü KHK olmayan çok sayıda örnekle karşılaşmaktayız. Maarif Vakfının oluşumu ve bütçesinin, Harcırah Kanunu'nun, üniversitedeki rektörlerin Cumhurbaşkanınca atanmasının olağanüstü halle ne ilgisi var? Tüm bu düzenlemeler, Cumhurbaşkanı başkanlığındaki Bakanlar Kurulu'nun bu konuda Anayasa'da tanınan görev ve yetkilerinin kötüye kullanılmasıdır. Tarih bunu böyle yazacak. Bunu denetlemeyen yargıçları da, yine tarih yazacak.

Bazı anayasa hukukçuları da bu konudaki çelişkili tavırlarıyla tarihte yerlerini alacaklar. 1993 yılında bir kitap yazılıyor olağanüstü KHK'lere ilişkin. Kitapta şunlar yazılı; "Olağanüstü durumlarda anayasanın değiştirilmesi kabul edilemez. Anayasayı değiştirme imtiyazını olağanüstü yetkiler kullanacak organa vermek, demokrasinin temel prensipleriyle açık zıtlık teşkil eder." Bu cümlelerin yazarı acaba hangi anayasa hukukçusu olabilir? Prof. Dr. Burhan Kuzu... Ne yazık ki böyle hukukçularımız da var. Bunu da kaydetmekte yarar var sanırım.

Kamudaki tasfiyelere ilişkin düzenlemelere ilişkin en doğru bilgiler birazdan hocalarım tarafından verilecek. Kısaca değinmek gerekirse, bu konuda olağanüstü hal KHK'leriyle süreklilik kazanan, yargısal denetim yollarını neredeyse ortadan kaldıran bir temizlik yapılmakta. Bu tasfiyeler bakımından Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruları kabul edilebilir bulmadığı sürece iç hukuk açısından hukuksal başvuru yolları tükenmiştir. Anayasa Mahkemesi kabul edilmezlik kararı verdiği anda, artık etkisiz bir başvuru yolu olduğunu da kabul etmiş olacaktır. Bu durumda olağanüstü dönem kalkmadığı sürece sadece Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuru açık olacak. Ve olağanüstü KHK'lerin yarattığı bu düzen, yine en çok bu KHK'lerle gerçekten kamu görevini yerine getiremeyecek olan, anayasaya sadakatten uzaklaşmış olan kamu personeli-

nin işine yarayacak. Onlar tazminatlarıyla yıllar geçtikten sonra yine geri dönecekler. Bu devlete yine musallat olabilecekler. Bu bilinçli mi yapıyor? Bu aymazlık neden kaynaklanıyor? Anlayabilmek mümkün değil. Biraz önce belirttiğimiz Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ışığında, ortaya çıkacak tabloyu görebilmek için kâhin olmaya gerek yok.

Bir diğer sıkıntı da; Prof. Dr. Kuzu'nun 1993 yılında yazdıkların tam tersi düzenlemeler yapılıyor olması. Anayasal güvencelere açıkça aykırı kararnameler çıkarılıyor. Hatta bunlar "anayasa gücünde kararnameler" olarak da nitelendirilebilir. Bu kararnameler, aynı Weimar Anayasası'nın o dönemin cumhurbaşkanlarına tanıdığı, anayasa hükümlerini askıya alabilme yetkisini tanıyan olağanüstü KHK'lere benziyor. Ve bu KHK'lere dayanarak örneğin, kendi üyelerinin bile anayasal güvencelerini hiçe sayabiliyor Anayasa Mahkemesi. Akademisyenleri ve Anayasa'da onlara tanınan, onları görevden alma yetkisini sadece üniversite kurumlarına tanıyan düzenlemeleri hiçe sayabiliyor yürütme organı. Anayasa'daki Cumhurbaşkanının sembolik konumunu Silahlı Kuvvetler açısından tamamen ortadan kaldırıp, onu sanki fiili bir durum yaratarak, ülkenin Silahlı Kuvvetlerinin başıymış gibi ortaya çıkaran, ona komutanlara emir verme yetkisi veren düzenlemeler yapılabiliyor. Şu an aslında anayasal normların kötüye kullanılmasıyla yaratılmış bir fiili durum var. Şu an Anayasamız askıda. Anayasamızın nasıl etkisizleştirildiğini, nasıl anayasasızlaştırıldığımızı, yine ismini analım Prof. Dr. Kemal Gözler, darbe girişimi yaşanmadan çok önce kaleme almıştı. Hangi anayasa maddelerinin, neden olağanüstü dönem yokken bile uygulanamaz hale getirildiğini tek tek ortaya koymuştu.

Geldiğimiz bu noktada olağanüstü KHK'ler için tuzu biberi oldu. Şu an bir karar vermemiz gerekiyor. Ya bu anayasasızlaştırılmış, anayasaya aykırı olağanüstü KHK'lerle yürütmenin yetkisini kötüye kullanarak ortaya çıkardığı rejime karşı koyacağız ya da bunun en ağır sonuçlarını yaşayacağız.

Barolar Birliği, bu etkinliğiyle bir nefes alma, içimizi dökme fırsatı verdi. Ben çok teşekkür ediyorum. Dinlediğiniz için ayrıca teşekkür ediyorum. Eğer sorunuz varsa tartışabiliriz. (Alkışlar)

# OHAL REJİMİNDE SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA

FERİDUN YENİSEYİN  
KONUŞMASI

*Prof. Dr. Feridun YENİSEY*

*Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Çok teşekkürler. Ben şu anda Berlin’deyim ve size internet bağlantısı yoluyla katılabiliyorum.

Sizlere sunacağım tebliğ önemli bazı noktalardan ibaret. İlk olarak şunu belirtmek istiyorum ki, 15 Temmuz 2016 girişiminden sonra ilan edilen olağanüstü hal rejimi, paralel devlet yapılanması terörüyle ve diğer terör örgütleriyle mücadele etmek ve terörün önlenmesi amaçlarıyla getirilmiş istisnai yetkilerden oluşmakta. Türkiye Cumhuriyeti, Avrupa Konseyi’ne Sözleşmenin 15. maddesi kapsamında temel hakları askıya aldığını da yazılı olarak bildirdi. Ben buradaki konuşmamda sizlere terörün önlenmesi, terör suçlarının delillendirilmesi, soruşturulması ve kovuşturulması konusunda bazı kısa bilgiler vermek istiyorum.

Öncelikle, terörün önlenmesi konusuna değineceğim. Daha evvelce terörün cezalandırılması, yaptırıma bağlanmasıyla ilgili bir Avrupa Sözleşmesi bulunuyordu (1990 tarihli Suç Gelirlerinin Aklanması, Aranması, Zapt Edilmesi ve Müsadere Edilmesi Hakkında Avrupa Konseyi Sözleşmesi-Strazburg Konvansiyonu). Fakat 2005 yılında Varşova’da hazırlanan Terörizmin Finansmanı ve Suçtan Elde Edilen Gelirlerin Aklanması, Aranması, Elkonması ve Müsaderesi Hakkındaki Avrupa Konseyi Sözleşmesi yürürlüğe girdi ve Türkiye tarafından da 2007 yılında onaylanarak iç hukukun bir parçası haline geldi. Varşova Sözleşmesi, taraf devletlere terörü önleyici suçlar düzenlenmesi yükümlülüğünü getirmesine rağmen bu yükümlülük ülkemiz tarafından bugüne kadar bu gerçekleştirilmedi.

Terör eylemi gerçekleşikten sonra harekete geçmenin faydası bulunmadığından terörün önlenmesi gerekir. Varşova Sözleşmesi’nin 5. maddesinde, terörün propagandasının yapıl-

masının, hatta hoş görüldüğünün söylenmesinin dahi suç haline getirilmesi yükümlülüğü vardır. Bunun gibi, 7. maddede ise bomba yapma eğitimi alma gibi fiillerin de, yani terör yolundaki failerin önlenmesi için alınacak tedbirlerin de yasa ile düzenlenmesi gereği belirtiliyor. Fakat Varşova Sözleşmesi'nin en önemli hükmü "*foreign terrorist fighters*" olarak adlandırılan yabancı terör eylemcileriyle ilgili bir düzenleme yapılması yükümlülüğü getiren maddesidir. Böyle bir düzenleme Türkiye'de yapılsaydı belki de birçok şey önlenilebilecekti. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin 2014 yılında kabul ettiği, 2178 sayılı kararı da yabancı terörist savaşçıların seyahatlerinin ve desteklenmelerinin önlenmesine ilişkin hükümler içermektedir.

Terörün önlenmesi bakımından istihbarat yetkileri büyük bir önem kazanıyor. 2014 yılında Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nda yapılan değişiklikler ile MİT'e geniş yetkiler verildi. Fakat bu geniş yetkiler, sınırları belli olmayan geniş yetkiler şeklinde ortaya çıktı. Yurt dışı operasyon yapma yetkisi tanındı ve hatta ilginç bir şekilde yurt dışında bulunan yabancıların kendi aralarında yaptıkları iletişimin Türkiye'den denetlenebilmesi yetkisi verildi. Bu şaşırtıcı bir düzenlemedir, fakat bir hafta evvel Alman kanun koyucusu da, aynı şekilde Alman istihbaratçılarında yurt dışındaki yabancılar arasındaki iletişimin denetlenmesi yetkisini verdi. Burada bir iletişimin denetlenmesi meselesi var ki, biraz sonra buna tekrar değineceğim.

2014 yılında MİT Kanunu'nda yapılan değişikliğin çok olumlu bir yönü de var. Bu, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde bir Güvenlik ve İstihbarat Komisyonu kurulmasıdır. Bu komisyonun, istihbarat ve güvenlik konusunda Türk milletine yıllık raporlar vermesi gerekiyor. Ancak bu düzenleme 2014 yılında yürürlüğe girmiş olmasına rağmen, bugüne kadar etkin bir Meclis denetimi yapıldığını söylemek mümkün değil.

Terörün önlenmesi konusundaki görüşlerimle devam etmek üzere, kısaca terörün finansmanına değinmek istiyorum. 2013 yılında 6415 sayılı Terörizmin Finansmanının Önlenmesi Hakkında Kanun yürürlüğe girdi ve bu Kanunun 5. maddesinde

malvarlığının dondurulması kararı düzenlendi. Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin istihbarat raporlarına dayanarak yayımladıkları terörist listelerindeki kişi ve kuruluşların malvarlığının dondurulması da buna giriyor. Bizde de şimdi olağanüstü hal rejimiyle, mülkiyet haklarına getirilen çok sayıda kısıtlama olduğunu görüyoruz. Ancak şunu önemle vurgulamak gerekiyor ki, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu sene verdiği bir kararıyla (*Case Of Al-Dulimi And Montana Management Inc. V. Switzerland*, Başvuru no. 5809/08) Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin dondurma kararı üzerine, ülkede malvarlığının hiçbir yargılama yapmadan dondurulmasının AİHS'e aykırı olduğuna karar verdi.

Konuya yaptığım giriş, önlemeyle ilgili fikirlerden oluşuyordu. Şimdi ise terörle ilgili soruşturma ve kovuşturma konularına geçeceğim. Bu konuda ilk başlık OHAL savcılıkları ve mahkemeleri olacak. Bizi şaşırtan bir gelişme yaşandı. Türkiye'de, Devlet Güvenlik Mahkemeleri kapatılarak özel yetkili mahkemelere geçildikten sonra bunların hepsi kaldırıldı ve açılım süreciyle başlayan terörle mücadele aşamasından sonra, 23 Temmuz 2016 tarihinde 6723 sayılı Kanunla terör suçlarına bakan "il Cumhuriyet başsavcılıkları" tekrar kuruldu ve buna paralel olarak, "il ağır ceza mahkemelerine" de terör mahkemesi yetkisi verildi. Yani böylece tekrar başa dönmüş olduk. Terör konusunda yetkili mahkemeler tekrar kurulmuş oldu. Ancak ilginç olan bir durum var. Bu mahkemelerin görevleri sınırlı. Sadece devlet güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene karşı suçlar, milli savunmaya karşı suçlar, devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk ile Terörle Mücadele Kanunu'ndaki suçları soruşturma ve yargılama yetkisine sahipler. Bu, olumlu bir şey; çünkü sınırlı bir görev veriyor. OHAL kapsamındaki yetkilerin de büyük bir ölçüde sınırlandırıldığını görüyoruz. Şöyle ki, normal bir hırsızlık suçunda, adam öldürme suçunda, cinsel saldırı suçunda vb. diğer suçlarda OHAL yetkileri kullanılmıyor. Tabii bunun ne kadar teselli edici olduğundan emin değilim.

OHAL öncesinde de, geçtiğimiz senelerde Türkiye'de çok önemli yasal değişiklikler oldu. İlk önemli değişiklik, İç Gü-



venlik Paketi olarak bildiğimiz yasadır. Bu yasanın yürürlüğe girmesiyle kolluğa durdurma sonrası arama yetkisi verildi. Anayasa'ya aykırı olduğu için böyle bir düzenleme hiç aklımıza gelmiyordu. Aynı kapsamda, suç işlememiş kişilerin, suç işleyebilecekleri şüphesiyle yakalama yetkisi verildi. Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 13. maddesiyle tehlike yaratan bir kişiyi yakalama yetkisi düzenlendi. Bu da alışılmış bir yetki değildir. Buna, "önleme yakalaması" adını veriyoruz. Önleme yakalamasında, henüz suç işlememiş olan bir kişinin, ileride işleyebileceği bir suçun önlenmesi amacıyla yakalanması, hukuk devleti açısından epey düşündürücüdür. Fakat bir hukuk devleti açısından düşündürücü etkisi olan bu uygulamayı, Almanya ve İngiltere gibi batı ülkeleri de ciddi bir şekilde düşünüyorlar ve tatbik edenler de var.

Yine, önemli bir değişiklik olarak, 2016 yılında 6722 sayılı Kanunla İl İdaresi Kanunu'nda yapılan değişiklikten bahsetmek gerekir. Bu Kanun ile silahlı kuvvetlere kolluk yetkisi verildi. Bu, tam darbe girişimi öncesinde, bir-iki hafta evvel verilen bir yetkiydi. İl İdaresi Kanunu'nun 11/J maddesi, kolluk birimlerine birlik komutanının emriyle konuta girme yetkisi tanıdı.

Şimdi OHAL ile verilen yetkileri sizlere özetlemek istiyorum. Sadece çok kısa olarak yakalamadan, gözaltına almadan ve şüpheli ile müdafî görüşmesinden bahsedeceğim.

Önce yakalamayı ele alalım. Genel usulde bir kişinin yakalanabilmesi için ya suçüstü hal olması veyahut da suçu işlediğine dair kuvvetli şüphe bulunuyor olması ve bunun delillendirilmesi gerekiyor. Fakat AİHM içtihatlarına baktığımızda, terör suçlarında bundan bir sapma olduğunu görüyoruz. Daha 1990'lı yıllarda verilen *Fox, Campbell ve Hartley v. Birleşik Krallık* kararında (Başvuru no. 12244/86; 12245/86; 12383/86) ve 1994 yılında verilen *Murray v. Birleşik Krallık* kararında (Başvuru no. 14310/88), demokratik bir toplumda terörün doğurduğu büyük tehlike nedeniyle, düşük yoğunluklu şüphelerde de yakalama yapılabileceğine izin verildi. Fakat dikkat edersek burada hiç şüphe yok değil. Ortaya çıkmış bir şüphe var, fakat şüphenin yoğunluğu biraz düşük. Hatta 1989 tarihli *Brogan*



*ve Diğerleri v. Birleşik Krallık* kararında (Başvuru no. 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85), yakalanan bir kişinin terör bağlantılarının araştırılması amacıyla gözaltında tutulmasına da izin verilmişti. Şunu belirtmek istiyorum ki, terör ve olağanüstü hal söz konusu olduğunda, haklarda normalden fazla kısıtlama yapılabilir, fakat hakkın özüne hiçbir zaman dokunulamaz.

Değineceğim ikinci nokta gözaltıyla ilgili olacak. Bu sabah da toplantıda belirtildiği üzere 30 güne kadar gözaltı mümkün hale getirildi. Oysa, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 4 gün kuralı kesindir. 4 gün artı bir saat bile olsa bunu ihlal sebebi sayıyor. Çok olağanüstü hallerde, mesela İtalya'nın açık denizde yakaladığı kişileri karaya kadar getirmesi için geçecek zamanın dikkate alınmasında olduğu gibi, 4 günü birkaç gün geçtiği hallerde bir ihlal kararı vermemiştir. Fakat şimdi 667 sayılı KHK'nin 6/a maddesiyle 30 gün olarak belirlenen gözaltı süresinin, Türkiye'yi mahkûm ettireceği kesindir. Çünkü biz bunu Öcalan davasında da yaşadık ve gördük. AİHM hiçbir olağanüstülüğü kabul etmedi ve hakkımızda bir ihlal kararı verdi.

Yeni bir nokta, müdafii ve şüpheli görüşmesidir. 668 sayılı KHK'nin 3-m maddesi, gözaltındaki şüphelinin müdafiiyle görüşmesinin 5 gün süreyle kısıtlanmasına izin veriyor. Bakın burada gözaltında olan bir kişi var, daha tutuklanmamış. Müdafiiyle 5 gün görüşmesine izin verilmiyor. Daha sonra bu izin verilirse, bu ihlal giderilebilir. Fakat bu süre zarfında ifade de alınamayacağını söyleyen bu madde, belki bir nebze orantılı sayılabilir. Tutuklu sanıkla görüşme bakımından yapılan düzenleme, biraz evvel Metin Başkanın da konuşmasında ayrıntılı olarak belirttiği gibi, müdafii şüpheliyle yaptığı görüşmenin sesli ve görüntülü kaydının alınması ile de bağlantılıdır. Bu yetki ve bir de bir görevlinin bu görüşme sırasında vücuduyla hazır bulundurulması düzenlenmiştir. Biz bunu daha önce Öcalan davasında da görmüştük. İmralı Adası'na getirildiği vakit, müdafii görüşmesini yaptığı sırada görevli de hazır bulundurulmuştu.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin buna ilişkin birkaç kararı var. Birinci kararı, *Erdem v. Almanya* kararıdır (*Başvuru no. 38321/97*). Başvurucu Erdem, aslında Duran Kalkan adında bir kişidir ve ismini de değiştirmiştir. PKK'nın kurucularından biri ve tehlikeli bir şüpheli olarak Avrupa'da aranıyor. Fransa'dan Almanya'ya geçerken de sınırda yakalanmış. Hakkında bir ceza soruşturması yürütülürken müdafiiyle görüşmek istemiş. Müdafiiyle görüşmesi sırasında Almanlar ses kaydı yapmışlar ve bu ses kaydı dolayısıyla müdafinin şüpheliyle görüşmesi sırasındaki kaydı, Sözleşmenin 8. maddesine aykırı olduğu iddiasıyla Erdem, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuş. *Erdem v. Almanya* kararının 61 no.lu paragrafında, *Fox Campbell ve Hartley* kararının 32 no.lu paragrafına atıf yapılarak, müdafiiyle şüpheli arasında yapılan bu görüşmenin, hatta mektuplaşmanın, "sadece suç işleme tehlikesinin somut olarak mevcut bulunduğu hallerde hukuka uygun görülebileceği" söylenmiştir ve bu nedenle Almanya, *Erdem v. Almanya* kararında, bu başvurucudan doğabilecek somut tehlikeyi delillendirmiş bulunduğu için müdafiiyle yaptığı görüşmenin ses kaydının alınmasının bir ihlal oluşturmadığına karar verdi. Fakat "bu ses kaydı, duruşmada delil olarak kullanılamaz" dedi. Bu ikisini birbirinden ayırmamız gerekiyor.

Şimdi 668 sayılı KHK 3-d'deki koşullara bakalım. Burada, müdafii ve şüpheli görüşmesinin kayda alınmasının koşulları bakımından bir kısıtlama getirilmiş. Deniliyor ki, eğer bu görüşme toplumun ve ceza infaz kurumunun güvenliğini tehlikeye düşürecek ise, Cumhuriyet savcısının kararıyla engellenebilir. Terör örgütlerinin yönlendirilmesi, emir ve talimat verilmesi, açık ve şifreli mesajlar iletilmesi "*ihtimali*" varsa, Cumhuriyet savcısı, kayıt altına alma kararı verebilecektir. Şimdi bu KHK'nın getirdiği düzenlemeyi, *Erdem* ile *Fox Campbell ve Hartley* kararları ile karşılaştırdığımızda şunu görüyoruz. Evet, müdafii ve şüpheli görüşmesinde savcının karar verebilmesi için, kısıtlayıcı kriterler getirilmiş, fakat "*ihtimal*" kelimesi kullanılmış. Hâlbuki AİHM burada somut bir tehlike doğmasını, bunun da belgelendirilmesini yani delillendirilmesini istiyor-

du. Bu nedenle Türkiye aleyhine buradan da bir ihlal kararı gelebileceğini düşünebiliriz.

Sona doğru gelirken hem kendime hem de sizlere bir soru sormak istiyorum. Acaba Kanun Hükmünde Kararname ile Ceza Muhakemesi Kanunu değiştirilebilir mi? Ceza Muhakemesi Kanunu'nun istinafa ilişkin hükmünde KHK ile değişiklik yapıldı ve Bölge Adliye Mahkemesi başsavcısının tebliğnamesi kaldırıldı. Oysaki bu değişikliğin olağanüstü hal ile bağlantısını kurmak bana biraz güç geliyor.

KHK'lar ile getirilen, genişletilen birkaç yetkiyi size hatırlatayım. 668 sayılı KHK'nın 3/d maddesi, aramayla ilgili bir genişletme getirdi. Hâkim kararı atlanarak, gecikmede tehlike varsa doğrudan Cumhuriyet savcısı emriyle arama yapılabilir. 3/e maddesi, Cumhuriyet savcısı hazır bulunmadan yapılan aramalarda, genel usulde iki tane olması gereken arama tanığını bire indirdi. 3/g maddesi, adli kolluğa arama sırasında belge inceleme yetkisi verdi. Hâlbuki genel kural, "arama sırasında kolluk belge elde ederse, bunları okuyamaz, zarflar ve hâkime götürür" diyordu. Şimdi adli kolluğa belge inceleme yetkisi verildi ve bu çok geniş bir yetkidir. Ve nihayet 3/ğ maddesi, çok ileri gitti ve dedi ki, "tanıklıktan çekinebilecek olan bir kişide bulunan mektup ve belgeleri, kolluk zorla alabilir". Normal kural, tanıklıktan çekinebilen bir kişinin, kendisini suçlamama hakkına sahip bulunduğu gibi, yakınlarına ilişkin bir delil de vermeme hakkına sahip olması idi. Şimdi ise bu kişinin yakınlarına ilişkin bir delili zorla alma yetkisi getirildi.

Şimdi sorum şu sizlere: KHK'larla CMK değişti ve geniş yetkiler tanındı. Peki, OHAL kalktıktan sonra yapılacak olan ceza muhakemesi sırasında, OHAL döneminde toplanmış olan deliller acaba hüküm verilirken kullanılabilir mi? Bakın burada normal düzende hiçbir şekilde izin vermediğimiz bir yolla bazı deliller elde edilebiliyor, işlemler yapılabilir ve bu işlemlerden elde edilen deliller, CMK 217/2 uyarınca acaba hukuka uygun delil olarak kabul edilir mi? İkinci ve daha önemli sorum ise şu: İstihbarat bilgisine dayanılarak elde edilen bilgiler, ceza muhakemesinde delil olur mu?

Bugün halen yürütülmekte olan OHAL soruşturmalarının çok çok büyük bir ekseriyetinde, ByLock uygulamasını kullanmış olan kişilerin telefonlarında bulunan kayıtlardan yola çıkılıyor. Böyle bir kaydın, iletişimin denetlenmesi olduğu açık değil mi? İletişimin denetlenmesi tedbirine, CMK 135 kapsamında ağır ceza mahkemesinin karar vermesi gerekiyor. Fakat biz şimdi şunu görüyoruz. İstihbarat servislerinden gelen listeler var ve bu listeler üzerine işlemler yapılıyor. Bu büyük bir sorundur. İstihbarat bilgisinin ceza muhakemesinde delil olup olmayacağı sorusunun kesin bir cevabı vardır. Bu cevap PVSK ek 7. maddenin 9. fıkrasında yer alır ve cevap hayır. İstihbarat amaçlı dinlemeden elde edilen delil, başka hiçbir amaçla kullanılmaz, sırf istihbarat için kullanılabilir diyen yasal hükmümüz var. İstihbarat bilgisinin ceza muhakemesinde delil olarak kullanılmasıyla ilgili batı hukukunda ciltlerce kitaplar var. İstisnai hallerde istihbarat bilgisinin de somut veri ortaya çıkarttığı hallerde delil olarak kullanılması bazen kabul ediliyor. Benim şahsi fikrimi soracak olursanız, burada normal döneme döndüğünde yapılacak olan ceza muhakemelerinde, OHAL döneminde elde edilen birçok delilin kullanılmayacağı, büyük bir çoğunluğunun işe yaramaz deliller olarak ortaya çıkacağı görüşündeyim.

OHAL döneminin çeşitli yönleriyle tartışıldığı bu toplantıya, sanal ortamda katıldım. Beni salona kabul ettiniz, teşekkür ediyorum ve sizleri buradan izliyorum ve çok notlar da alıyorum. Öğleden sonraki toplantıda ben de görüşlerimi sizlere nakletmek isterim.

Çok teşekkür ediyorum sizlere. (Alkışlar)

# OHAL REJİMİNDE SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA

DEVİRİM AYDIN'IN  
KONUŞMASI

*Av. Doç. Dr. Devrim Aydın*

*Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi*

Teşekkür ediyorum. Kıymetli dinleyiciler, müsaadenizle sunuşumu slâyt üzerinden, hükümleri kolay gösterebilmek için kürsüden yapacağım.

Saygıdeğer konuklar, hepinizi saygıyla selamlıyorum. Bir avukat olarak Başkanımı ve bir öğretim üyesi olarak hocamı, böyle bir seçkin topluluğun önüne, seçkin ceza hukukçuları varken beni davet ettiği için teşekkür ediyorum. Umarım yüzünü kara çıkarmam.

Yalnız bir şey söylemek istiyorum. Barolar Birliğı maalesef hiç haksız çıkmadı. Buraya doktor olarak konuşmacı olarak geldiğim zaman (2012'de), Türkiye Cumhuriyeti'nin kaleleri zapt edilmekteydi, hukuk bir araç olarak kullanılarak. O zaman çığılık atılırdı Barolar Birliğı'nde konferanslarda, bu işin gidişinin gidiş olmadığı. Maalesef haklı çıktık. Umarım bu kez söylediğimiz bir anlam ifade edebilir.

Ben Feridun Hocamın bitirdiğı yerden hemen başlamak istiyorum. Olağanüstü hal rejiminde soruşturma ve kovuşturmaya dair, olağanüstü hal kanun hükmünde kararnemeleriyle getirilmiş olan düzenlemeler üzerinden gitmek istiyorum. Türk hukukuna etkisi ne olacak? Geçici olması gereken OHAL düzenlemeleri süresince toplanan deliller OLHAL bittikten sonra da yargılamalarda kullanılabilir mi? Maalesef, kötü bir haberim var. Aynı zamanda Barolar Birliğı'ni temsilen Meclis Adalet Komisyonundaki TCK, CMK tasarı görüşmelerinde görevliyim. OHAL ile getirilmek istenilen geçici düzenlemeler bu tasarıyla süreklileştirilmek amacıyla TCK ve CMK'ya eklenmek üzere.

Bir ciddi hukuk problemimiz var. Çok öteden beri aşamadığımız, biraz sonra AİHM'in Cahit Demirel kararında söyleye-

ceğim. Büyük matematikçi John Nash'in dediği gibi, "İyi matematik bilmeyen toplumlarda adalet yoktur." İyi matematik bilmediğimiz ve öğretmediğimiz aşikâr. O yüzden Cumhuriyetimizin 5 milyonluk Başkentinin belediye başkanı, "bahsedilen terör örgütüne kendisinin de geçmişte bir şeyler verdiğini, ama bu örgüt liderinin cinlerinin olduğunu, kendisini de cinlerinin etkisi altına almış olabileceğini" söylüyor. Yani cin adaletinde işimiz gerçekten çok zor.

Sayın Hocam Feyzioğlu'nun dediği gibi, benim de en büyük korkularımdan biri, Korkut Hocanın da işaret ettiği gibi, matematiksel olarak adalet hesaplanabilir noktaya gelmiş durumda. En büyük korkum, Avrupa Konseyi üyeliğinden çıkarılmanın göz önüne alınmış olması.

Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklara Dair Sözleşme'de, ulusun hayatı için çok önemli olan hallerde, temel hakların belirli kısımlarının askıya alınabileceği, ama belirli temel haklara kesinlikle dokunulamayacağı söz konusu. Kesinlikle dokunulamayacak kısıtlanamayacak ve çekince konulamayacak çekirdek alanlar; yaşama hakkı, işkence, kölelik, borç nedeniyle hapis, cezalarının yasallığı, kişi olarak tanınma, düşünce din ve vicdan özgürlüğü, "bunlara kesinlikle dokunamayacaksınız" diyor.

Pekâlâ, sözleşmedeki şu hükmü lafzi olarak yorumlayalım. Soru ya da sorunumuz şu: Sözleşme'nin 14.maddesindeki adil yargılanma şartları kısıtlanabilir mi? Sözleşme, ceza hukukuna ilişkin yasallığa dokunamazsınız demiş, ama adil yargılanmadan vazgeçebilir miyiz? Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 15.maddesi de, bu arada ya tesadüf, ya Orhan Aldıkaçtı'nın büyük bir tercihi, Anayasamızın da 15.maddesindedir olağanüstü hal rejimi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde de savaş ve ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde, Sözleşme'de öngörülen kimi yükümlülöklere aykırı tedbirler alınabileceğini, ama Sözleşme'deki kimi çekirdek haklara dokunulamayacağını söylemektedir.

Nitekim Ukrayna ve Fransa yakın bir tarihte ve geçmişte Türkiye'nin de aralarında olduğu kimi ölkeler Konsey'e bil-

dirimde bulunarak, 15.maddedeki bu yola gitmişlerdir. Ama yine de sözleşme, dokunulamayacak çekirdek hakları; yaşama hakkı, işkence yasağı, kölelik, cezaların yasallığı, suç ve cezanın geçmişe uygulanmamasıyla sınırlamıştır. Yine aynı soru ve sorunumuzla karşılaşılıyor bir hukuk yorumu olarak. 6.maddedeki adil yargılanma şartları kısıtlanabilir mi? Ya da hemen burada sorayım. Anayasamızın 15.maddesine göre, temel hak ve hürriyetler olağanüstü halde kısıtlanabilir durdurulabilir. Ancak ceza hukukuna ilişkin alanda, suç ve cezalar geçmişe yürütülemez, suçluluğu mahkeme kararıyla saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz. 38.maddedeki bu iki hükme dokunulamaz. Pekâlâ, 38.maddedeki, “Hiç kimse kendisi ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya, delil göstermeye zorlanamaz” ile “kanuna aykırı deliller bulgular delil olarak kabul edilemez, cezai sorumluluğu şahsidir” gibi üç hükme dokunulabilir mi? Eğer lafzi yorumlarsanız evet. Ancak eğer hukukun ilerlediğini ve özgürlükler lehine yorumu kabul ederseniz ki, maalesef ileride Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi maalesef ülkemizle ilgili bu durumlardan yola çıkarak bir karar verecek. O zaman göreceğiz.

Şimdi, 1957 yılında İrlanda Cumhuriyet Ordusu'na (IRA) karşı alınan tedbirler karşısında, İrlanda “15.maddedeki hakları askıya aldığı” söylediğinde, 1961 yılında Konsey, “Lawless/İrlanda” kararında, “15.maddedeki hakların kesinlikle durumun gerektirdiği ölçüde, uluslararası hukukta öngörülen diğer yükümlülüklerle ters düşmediği takdirde kısıtlanabileceğini” söylemiştir. Çok eski bir karar, neredeyse 60 yıl önce verilmiş bir karar; buna göre “durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde, uluslararası yükümlülüklerle aykırı olmayacak tedbirler” alınabilir.

Nitekim, Anayasamıza göre de olağanüstü hal yönetim usulleri de anayasal kurallara uygun olmalıdır. Korkut Hocam anayasal kurallara çok da uygun olmadığına işaret etti. Evet, gerçekten de OHAL ile cumhuriyetin temel felsefesine müdahale edilip, devlet teşkilat yapısının değiştirilmeye çalışılması, bir anayasal siyasi soruna dönüşmüş durumda. Ölçülülük nere-



de? Yani, mademki mantığı 15 Temmuz'daki haince kalkışma, o halde ileride ve bizden sonraki kuşaklara aldığımız tüm tedbirlerin amacının meşruluğunu gösterebilmek için, hukuki ve siyasal dayanağımızın orası olması gerekecektir. Yine alınan tedbirler, milletlerarası anlaşmalardan doğan yükümlülüklerimize aykırı olmayacak. Konsey üyesi bir ülke olarak, az evvel verilen karar bizim için oldukça önemli.

Ciddi bir problem var, Korkut Hocam işaret etti. Bir tutanağımız geçmişte olduğu gibi, yani 424, 425 ve 430 sayılı KHK'leri inceleyen Anayasa Mahkemesi'nin, "artık ben inceleyemem" demesi itibariyle, büyük olasılıkla Türk iç hukukunda az evvel anlattıklarımızın olup olmadığının hukuki denetim mekanizması ortadan kalkmış durumdadır.

Ve geldiğimiz nokta, dönemin Avrupa Birliği Bakanı Egemen Bağış'ın (10.10.2012'de) söylediği söz: "Türkiye için Kopenhag kriterleri yoksa Ankara kriterleri var, Maastricht kriterleri yoksa İstanbul kriterleri var." Gerçekten üzgünüm, aslında OHAL KHK'leriyle getirilen budur efendim, Ankara kriterleri.

Şimdi AİHM, Cahit Demirel/Türkiye davasında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Türk ceza hukuku sisteminin, esasen yargılama mekanizmasının iyi çalışmamasını işaret ederek bizi mahkûm etmiştir. Maalesef az evvel Feridun Hocamın işaret ettiği bir husus var. Cahit Demirel kararında 140 davayı inceleyen AİHM, Türkiye'yi etkin adil işleyen bir ceza sistemi olmadığı için mahkûm etmiştir. Biraz sonra göstereceğim OHAL hükümleriyle Mecliste görülen tasarıyla birlikte, Cahit Demirel kararında gösterilen aksaklıklarımız maalesef birer kanun hükmüne dönüşmek üzere; örneğin, iddianamenin okunmaması, uzun gözaltı ve tutukluluk süresi gibi.

Şöyle bir sunuş yapmayı düşünüyorum. KHK'lerin getirdiği düzenlemeleri, Kanunun sistematığı ve Ankara Hukuk'ta okutulan ders sistematığına göre, değişiklikler nasıl oldu? Tek tek madde üzerinden gitmek yerine, soruşturma kovuşturma biçiminde düzenlemeye çalıştım. Her şeyden önce, esasen Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnemelerinin, Terörle Mü-



cadele Kanunundaki o uzun suç listesinde uygulanabileceği. Ama burada çok önemli bir şey var. Avukat meslektaşlarımızı sıkıştıracak bir düzenleme ve ileride ihlalleri artıracak bir düzenleme: Bu düzenlemeler toplu olarak işlenen suçlarda da uygulanabilecektir. Sadece terör suçları olması gerekmeyecek. O halde az evvel bahsettiğimiz "OHAL KHK'leri ölçülü olmalıdır, amaçla uygun olmalıdır" kuralını, belki Terörle Mücadele Kanunu kapsamındaki suçlar için anlayabiliriz, belki bu terör örgütüyle mücadelede anlayabiliriz, ama tüm toplu suçlara şamil etmek, ölçülülüğe aykırı olacaktır.

Ceza Muhakemesi Kanunuyla bazı kanunlarda değişiklik yapılmasına dair Mecliste görülen tasarıda, benim de Barolar Birliğini temsilen katıldığım o görüşmelerde, getirilmek istenen düzenlemeleri de, maviyle renklendirmek istedim. Cahit Demirel kararında AİHM'in işaret ederek bizi mahkûm ettiği ve eleştirdiğimiz ve geçici olması gereken OHAL düzenlemeleriyle, sınırlı olması gerekenlerin bu tasarıyla CMK'yı etkileyecek düzenlemeler olduğunu fark edeceksiniz.

Şöyle bir tasarı gerekçesi var Mecliste görülenin; 7 milyon 115 bin adli vaka olmuş 2015 yılı içinde. Türkiye büyük bir ülke, ama bunlar vahim rakamlar. Matematiksel adalette kötü olduğunuz için, John Nash'in dediği gibi, muhtemelen biz bütün siyasal sosyal ekonomik sorunlarımızı kanun değiştirerek çözeceğimizi zannediyoruz, ama bu boş.

Yargılama yetkisine ilişkin bir değişiklik getirilmektedir; OHAL'de değil, ama tasarıda. O da şu: Ceza Muhakemesi Kanunu madde 19'da, davanın nakli söz konusudur. Yani kamu güvenliği nedeniyle duruşma, davanın yetkili yerde görülmesi; örneğin, Sivas'ta otel yakılması davası, Sivas'ta yeni olaylara neden olabilir diye Adalet Bakanı'nun başvurusu üzerine Yargıtay yetkiyi başka bir yere nakledebilirdi veya fiili hukuki engel nedeniyle dava görülemeyecekse. Bu değiştirilerek, hem de sistematik olarak kanımca yanlış bir yerde değiştirilerek, duruşmaların aleniyetini etkileyebilecek olan, duruşmaların güvenlik sebebiyle ya da fiili sebeplerle bir başka yerde yapılabilmesine karar verilebilir. Bu Meclis'te tartışıldı, muhalefet

milletvekillerinin etkisiyle bu karara itiraz edilebileceği yazıldı. OHAL'de olmayan, ama Silivri Cezaevlerindeki eleştirilen yargılama pratiğini kanunlaştıran bir düzenleme. Ama Bakan ikna etti herkesi. Dedi ki, cezaevi kompleksinin dışında çok güzel geniş salonlu yer yapıyoruz. Keşke ülkemizin yüzlerce kişinin birden yargılanacağı salona ihtiyacı olmasaydı.

Koruma tedbirlerine ilişkin çok ciddi değişiklikler var. Yakalama, gözaltına alma, tutuklamaya baktığımızda; yakalanan asker kişiler adli kolluk görevlilerine teslim edilir. Burada Meclis'teki görüşmelerle, "cumhuriyet savcısının kararıyla teslim edilir" hükmü eklenmeye çalışılmış oldu. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, cumhuriyet savcısı tarafından da yakalama emri düzenlenebilir. Ama burada sıkıntı, yakalama emrini savcının düzenlemesi değil, yakalananlar hakkındaki gözaltı süresinin 30 günü geçemeyecek biçimde uzun bir gözaltı süresi getirilmiş olması. Az evvel Feridun Hocanın işaret ettiği AİHM'in Fox- Campbell/İngiltere ve Erdem/Almanya kararı ve Türkiye'yle ilgili diğer mahkûmiyetler çok açık, ölçülü olmaz. Çünkü mademki kalkışma bastırılmıştır ve bundan sonra kalkışmanın şüphelileri, sanıkları yargılanacaktır, o halde gözaltı süresi makul bir süre olmalıdır. Geçmişte örneğin, Terörle Mücadele Kanunu'nda ve Anayasamızda 7 gündü. 30 günü hiç kimseye 21.yüzyılda anlatamayız. Çünkü bu fiili bir tutukluluktur. Gözaltı süresi, şüphelinin yakalanması anından itibaren 30 günü geçemez ve zorunlu yol süresi de var. Gözaltı süresinin uzunluğu ve zorunlu yol süresinin de eklenmesiyle, az evvel işaret etti Feridun Hocamız, 30 günü geçmesi ciddi bir biçimde ihlale neden olacaktır. Çünkü az evvel söylediğim, Lawless/İrlanda kararı oldukça açıktır. Devlet güvenliğinin ihlaline yönelik suçlarda özgürlük kısıtlanmış olsa bile, yine de bu ölçülülük ilkesine ve durumun gerektirdiği ciddiyeti ortadan kaldırmaya yönelik olmalıdır. Daha önce Aksoy/Türkiye davasında da -ki, o zaman mevzuatımızda azami gözaltı süresi 10 gün idi- 14 gün tutulu kalması nedeniyle Türkiye mahkûm olmuştur.

Yine tutukluluk kararlarına itirazda yeni bir düzenleme getirilmiştir. OHAL'de getirilen bu düzenleme, tasarıyla da daha

da uzatılmaktadır. 10 gün içinde dosya üzerinden inceleme yapması gereken mahkemenin, 10 gün süresi olacaktır. Hem şüpheliyi görmeyecektir, hem de görmeyecek duruşma açmayacak, ama 10 gün içinde karar verecektir. Bu düzenleme, Meclis'teki tasarıda 15 gün olarak getirilmişti. Muhalefetin baskısıyla tekrar 10 gün olarak düzenlenmeye çalışıldı. Yani 15 olarak şu anda bir tasarı vardı. Komisyonda 10 güne indirilmiş oldu, ama böyle geçerse CMK hükmü olacak. Muhtemelen AİHM'de, mahkûmiyet nedeni olacaktır.

Asker kişiler hakkında verilen tutuklama kararlarının infazı askeri cezaevlerinde tutukevlerinde olmayacak. Burada askerlerin Türkiye'nin şartlarından dolayı bir güvenlik endişeleri olduğunu söylemek istiyorum; çünkü tutuklu ve hükümlülerin tümünün cezaevinde tutukevinde can güvenliği devlete ait.

Arama ve el koymaya dair hocamızın az evvel işaret ettiği ciddi sıkıntılar var. Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın da konut işyerlerinde arama yapılabilecek ve bir kişinin arama tanığı olarak bulundurulması yeterli olacak. Aslında, CMK'ya göre iki arama tanığının bulunması gerekiyken, arama tanığı olarak bir kişinin bulundurulması Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun önüne gitmiş ve hüküm "kanuna aykırı delil olduğu" gerekçesiyle bozulmuştur. Çünkü kanunumuz iki kişiyi zorunlu kılmaktayken, uygulama hep bir tarama tanığı bulundurulması yolunda olmuş, maalesef bu düzenlemeyle uygulama, kanunlaşmaya başlamıştır.

Yine askeri mahallerde cumhuriyet savcısının katılımı olmaksızın arama yapılması gibi bir düzenleme getirilerek, adli kolluk görevlilerinin muhtemel keyfiliklerine açık hale getirilmiştir askeri mahal aramaları.

"Hakkında arama işlemi uygulanan kimsenin belge veya kâğıtları, adli kolluk görevlileri tarafından da incelenebilir" biçimindeki bu hüküm, az evvel işaret ettiğim noktayla alakalı. Anayasa'nın 38.maddesindeki, "Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayıcı beyanda zorlanamaz, delil göstermeye zorlanamaz" biçimindeki düzenlemeyle uyumlu

değil ve evrensel hukukun bir parçası olan “kendini suçlama yasağı” ilkesine açıkça aykırıdır. Muhtemelen bu düzenleme-  
de ileride AİHM önünde mahkûmiyet nedeni olacaktır.

Yine tanıklıktan çekinme hakkı olan kişiler bile olsa, şüpheli ve sanıkla ellerindeki yazışmalara el konulacak olabileceğine dair hüküm de Sözleşme'ye aykırıdır. Hocamızın işaret ettiği gibi, OHAL dönemindeki bu sorunlu hükümlere dayanarak elde edilmiş olan bu deliller, ileride mahkûmiyetlerin bozulma nedeni olabilecektir.

Hâkim kararı olmaksızın yapılan el koymalar 5 gün içinde hakim onaya sunulacak. Hâkim el koymadan itibaren 10 gün içinde cevap verebilecek. El koymadan itibaren 15 gün içinde dosya incelemesini dosya üzerinden yapmaya ilişkin bu düzenleme, her şeyden önce makul sürede yargılanmayı bozacaktır. 15 gün içinde, elkoymaya dair bir kararın onayını dosya üzerinden vermek uzun bir süredir ve bu hüküm tasarıyla da gelmektedir.

Yine tasarıda, OHAL'de olan, hâkim kararı olmaksızın olağanüstü hal süresi boyunca ve ilgili kurumlardan rapor alınmaksızın taşınmazlara, gayrimenkullere el konulabilecek olması mülkiyet hakkına ciddi müdahaleye ve keyfi elkoymaya neden olabilecektir.

Maalesef şu sıralar tek güvencemiz dolar. Hukukun ihlalini değil doların TL karşısında yükselişini düşündüğümüz için getirilen bu düzenlemeler ciddi biçimde ihlale neden olabilecektir.

Efendim benim sürem doluyor, bir dakikanızı rica edeceğim. Avukat bürolarının aranması sırasında cumhuriyet savcısının olmayacak olması, adli kolluk görevlileriyle avukatları karşı karşıya getirecektir. Daha evvel 17-25 Aralık'tan sonra dinleme ve el koyma ve teknik araçlarla izleme kararları ve gizli soruşturmacı görevlendirilmesi hâkim kararıyla değil, ağır ceza mahkemesinin oybirliğiyle vereceği kararıyla alınmaktaydı. Şimdi tam tersine tekrar dönülmüş oldu, bu tedbirlere sulh ceza hâkimi kararıyla başvurulabilecek, gayrimenkullere sulh

ceza hakimi kararıyla el konulabilecektir. Bu koruma tedbirlerine keyfi olarak başvurulması ciddi bir sorun olacaktır.

Ve şurayla bitirmek istiyorum. Savunmaya ilişkin ciddi bir kısıtlama var. Metin Hocamızın da sabah işaret ettiği gibi, Feridun Hocanın da işaret ettiği husus, avukatla müdafii arasındaki belgelerin örneklerinin alınıp bunların konuşmalarının dinlenebilmesi adil yargılanmanın ciddi ihlalidir. Hep karıştırılan bir şey var Türkiye'de, kimi zaman bunu meslektaşlarımız da karıştırabilir, ama hukukten ceza davalarında sanığın fiilini müdafaa başka bir şeydir ve belki suçtur. Ama sanığın haklarını müdafaa, bir avukatlık görevidir. O yüzden de Silivri yargılamaları duruşmalarında müdafilerin üzerine tepeden mikrofon sarkıtılıp dinlenilmesi eleştirilirken, şimdi bu terör örgütü üyesi olduğu iddia edilen kişilerin avukatlarıyla görüşmelerinde 5-6 yıl evvelki ihlalin hukukleştirilmesi, ileride bu kişilere devlet olarak yurttaş olarak tazminat ödeme yükümlülüğümüze neden olacaktır.

Gözetimdeki şüpheli ile müdafinin görüşmesinin Cumhuriyet Savcısı kararıyla 5 gün süreyle kısıtlanmasını, adil yargılanmaya aykırı olduğu için -ki Salduz/ Türkiye davasında AİHM'in mahkûmiyet gerekçelerinden biri bu yöndedir- izah edemeyebiliriz Batı'ya gittiğimiz zaman. Görüşmelerdeki sınırlamalardan bahsedildi; müdafinin yasaklanması ve duruşmalarla ilgili şöyle bir sıkıntıyla bitirmek istiyorum hemen. İddianame ve iddianame yerine geçen belgenin okunmasından vazgeçilmektedir. Bu OHAL yasası değil, tasarıda olan sıkıntılı bir düzenleme. Yani "okundu dosyasına konuldu" mantığı artık maalesef bir hukuk kuralı olmakta. Kötü olan, muhalefet milletvekilleri de bunu istiyor.

Bu dosya üzerinden tutukluluğun incelenmesi; hâkimin görmediği bir tutuklunun kaçıp kaçmayacağına dair karar verebilmesi oldukça zor olacaktır. Kaçağın tanımı, şüpheliyi de içerecek biçimde genişletilmektedir. Belki olabilir, ama şüphelinin Cumhuriyet Savcısına başvurmasını sağlamak için soruşturma evresinde tüm gayrimenkullerine el konulabilmesi ağır bir tedbir olabilir. Çünkü henüz ortada bir iddianame bile yoktur.

DEVİRİM AYDIN'IN  
KONUŞMASI

Belki kimi terörizm gibi sınırlı bazı suçlarda gayrimenkullerine geçici elkoyma söz konusu olabilir, ama bu haliyle düzenleme çok geniştir.

İnfazla ilgili bir şey söyleyip kapatacağım. Tutukevlerinde kimi ölüm vakaları olmaktadır. Sözcü Gazetesi'nde çıkan habere göre, bu olaylarla ilgili olarak tutuklu olan 26 kişi ölmüştür. Bir diğer gazeteci Star Gazetesi Yazarı Ersoy Dede ise, söz konusu terör örgütünün bizatihi kendisinin bu kişileri öldürttüğünü iddia etmektedir. Her iki durumda, tutukevindeki tutukluların hayatından devletimiz sorumludur. Ya ihmal sonucu ölmektedirler ya da iddia edildiği gibi öldürülmektedirler. Bu bile tek başına ileride bu belayı savuştursak bile, bu kez hukuki yeni sorunlarla karşılaşmamıza neden olacaktır.

Sabrınız için teşekkür ediyorum. Süremi aştığım için özür dilerim. (Alkışlar)

*Prof. Dr. Korkut Kanadoğlu*

*Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakóltesi*  
(Kalan beş dakikalık konuşma hakkı)

Özür diliyorum, sabrınızı çok da zorlamak istemiyorum, ama iki güzel soru soruldu, yanıtları da verildi hocalarım tarafından, ama ben yanıt veremedim sunumumda. Ona ilişkin birkaç cümle kurmak isterim.

Şu soruldu: Acaba olağanüstü KHK yasada değişikliğe yol açarsa, bu KHK ortadan kalktıktan sonra yasanın durumu ne olur? Deliller açısından bir yanıt verilmeye çalışıldı, ama buna ilişkin daha ilkesel bir yanıt vermek gerekirse, öncelikle şunu söylemek gerekir. OHAL KHK'si zaten olağanüstü hal kalktıktan sonra yürürlükten kalkacaktır. Ama olağanüstü hal süresince Anayasa'nın 15. maddesindeki güvencelere uygun olacak şekilde belirli birel ve somut tedbirler alınabilir. Bu tedbirler, yürürlükteki yasalarda da değişikliğe yol açabilir. Ancak olağanüstü hal süresiyle sınırlı bu geçici tedbirler, söz konusu bu yasaların yürürlükten kalkması anlamına gelmemelidir. Yürürlükteki yasalarda geçici olarak değişikliğe yol açabilecek tedbirler ancak olağanüstü hal bölgesi ve süresince geçerli olacaktır. Yasa ise yürürlükten kalkmaz, kalkmamalı. Yasanın olağanüstü hal KHK'siyle askıya alınmış hükümleri, olağanüstü hal yürürlükten kalktıktan sonra tekrar eski haline dönmelidir.

Bir ikinci soru, Anayasa'nın 15. maddesi kapsamındaki sert çekirdek hakların nasıl yorumlanacağı. Anayasa'nın 15/2. maddesinde ancak belirli temel hakların, olağanüstü KHK'yle sınırlandırılmasına bir yasak getirilmiş olsa da bu düzenlemeden daha geniş bir temel hak korumasına ulaşılabilir. Örneğin Anayasa'nın 38. maddesiyle ilişkisi bakımından, eğer bir olağanüstü KHK, bu maddede düzenlenmiş bir hakkın özünü ortadan kaldıracak şekilde, onun asgari düzeyini ortaya koyan insan onuruyla bağdaşmayacak bir düzenleme haline gelirse, orada da yine 15. maddenin kapsamında yer alan maddi ve

manevi varlığın bütünlüğüne dokunma yasağının ihlal edildiğini söylemeliyiz.

Ancak uygulamada bu anayasal esasların pek çoğuna uyulmuyor. Hatta hukuk tekniğine çok aykırı şekilde, olağanüstü KHK ile yasada değişiklik yapıldığında bile bu değişiklik, KHK'de açıklıkla belirtilmeyip, "şu sayılı kanunla ilgili olup yerine işlenmiştir" deniyor. Bu, hukuk güvenliğiyle, olağanüstü KHK rejimiyle kesinlikle bağdaşmayan bir düzenleme tarzı. Ama ne yazık ki Anayasa Mahkemesi kendisini inkâr eden bir tutumla, bu hukuksuzlukları görmezden geliyor.

Çok teşekkür ederim. (Alkışlar)



# KHK'LERDE YER ALAN BİREYSEL İŞLEMLERE KARŞI BAŞVURU VE YARGI YOLLARI

*Prof. Dr. Zehreddin Aslan*

*İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Sayın Başkan, değerli katılımcılar; hepinizi selam ve saygıyla selamlıyorum. Barolar Birliğinin bu güzel toplantısı için teşekkür ediyorum. Çünkü iki aydır sürekli avukat meslektaşlarımız bizi arayıp, bu konuları sorup duruyorlar. Her gün iki-üç kişiye verdiğim bilgileri, bir seferinde toplu vermenin yararlı olacağını düşünüyorum.

Yargı ve yargısal denetime ilişkin tartışmalar maalesef geçmişten beri süre gelmektedir. Ülkemizde yargı ve yargısal denetim her zaman sorunlu olmuştur. Şöyle ki; tarihsel gelişime bakıldığında bizim hukuk düzenimiz İstiklâl Mahkemesiyle başlar, sonra sıkıyönetim mahkemeleri, Yassıada mahkemeleri, ondan sonra Devlet Güvenlik Mahkemeleri, özel yetkili ve sulh cezaları olarak devam eder. Yani hiçbir zaman doğal hâkim ilkesini zaten oluşturamamışız.

Değerli katılımcılar bildiğiniz gibi yasama organı genel ve düzenleyici işlemler yapar. Yani ilk el düzenleme yetkisine sahiptir. Yürütme organı ve dolayısıyla yürütme organı içinde yer alan idarenin de ikinci el düzenleme yetkisi vardır.

Bunun anlamı şu. Yasama organının bir çerçeve çizmeden, genel ilke ve kurallar koymadan, yürütme organının doğrudan doğruya bir işlem yapması hukuken mümkün değildir. Bu nedenle deriz ki, genel soyut objektif kurallar yasama organı tarafından, nesnel somut ve birel işlemler idare tarafından konulur. Ama bu Olağanüstü Hal Kararnamelerinde gördük ki, yürütme organı, KHK ile birel işlemler tesis etmiştir. Halbuki KHK ve Kanunların en temel belirleyici yönü, bunların muhakkak genel soyut ve objektif kurallar içermesidir.

Ama bu olağanüstü KHK ile hepimiz gördük ki, genel düzenleyici işlemin yanında nesnel ve birel işlemler yapıldı. KHK'nın İdare hukuku ve İdari yargıyı ilgilendiren kısmı, birel işlem niteliğindeki ihraç kararlarıdır. Yüzlerce binlerce asker, memur, öğretim üyesi, öğretmen ve her kamu kurumundan birçok personel KHK ile ihraç edildi. Yani birel işlemler tesis edildi; bu tamamen KHK'ların temel mantığına aykırıdır.

Bu hükümet döneminde kanunla kamu görevlilerinin görevlerine son vermesi bu ihraçlarla başlamadı. BDDK Kanununda, SPK Kanununda, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası Kanununda hem yapı değişti, hem o kanunlarda görevli bütün başkan ve yönetim kurulu üyelerinin görevlerine son verildi..

Bu düzenlemede Anayasa Mahkemesine gitti. Anayasa Mahkemesi, "Hukuk devletinde yasaların ilke olarak genel soyut ve nesnel olmaları gerektiğinden, bir statüye atanmış olan kişilerin bu hukuki statüde bir değişiklik olmaksızın hukuk güvenliklerini ihlal edecek biçimde yasama tasarrufunda bulunulması Anayasaya aykırılık oluşturur. Bu nedenle genel soyut ve nesnel olma özelliği taşımayan, itiraz konusu kural hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmamaktadır" dedi.

Bu karardan yıllar önce de, rahmetli Tahsin Bekir Balta Hoca kitabında, "memuriyete atanmalar ve görevden uzaklaştırmalar, ancak yetkili idari makamlara aittir" diyor. Yine Avrupa Konseyinin danışma organı olan Venedik Komisyonu, "doğrudan belli bir kişiyi hedef alan kanunların, hukukun üstünlüğüne aykırı olduğunu" ifade etmiştir. Venedik Komisyonu da birel işlemlerin, memurun hukuksal statüsüyle ilgili işlemlerin genel düzenleyici işlemlerle yapılamayacağını ifade ediyor.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, bir kararında diyor ki; "sözleşmecî devletlere sadece kamu görevlileriyle ilgili bireysel tasarrufları, yargısal denetime tabi olmayan kanun maddelerine eklenmek suretiyle, bu tasarruflar bakımından mahkemeye erişimi kısıtlama imkânı vererek kötüye kullanımların yolunu açacaktır" .

Şimdi genel düzenleyici işleme, birel işlemlerin neden yapılamayacağını idari yargı açısından teknik bir açıklaması var. Sizin de takdir edeceğiniz ve bildiğiniz üzere, bırakın olağanüstü hal kararlamelerini, herhangi bir olağan kanun hükmünde kararname ve bir kanunla siz bir birel işlem tesis ettiğinizde ki, biraz önce verdiğim BDDK, SPK ve İMKB örneklerinde olduğu gibi, sizin idari yargıya ulaşma hakkınız engelleniyor, ortadan kaldırılıyor. Çünkü sizin de bildiğiniz gibi, kanunların anayasa aykırılık iddiası sadece belli bir gruba verilmiş. Bireylerin buna karşı başvurması mümkün değil. Bu tür düzenlemeler ayrıca idare hukukunda, yetkide ve usulde paralellik ilkesine aykırılık teşkil eder. Biliyorsunuz ki, hangi makam ve hangi usulle atanmışsanız, aynı makam ve usulle sizin geri alınmanız lazım, kadronuzun boşaltılması lazım. Ama buna da uyulmuyor, bir idari tasarrufla atandığınız bir görevden, yasama organının bir iradesiyle görevden alınıyorsunuz. Bu ciddi bir sorun olarak karşımıza çıkıyor ve bunun bir sorun olduğunu hem rahmetli Tahsin Bekir Balta kitabında, hem Anayasa Mahkemesi, hem Venedik Komisyonu, hem Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi teyit etmiştir.

Şimdi buradan bir adım ileri gittiğimizde, bugünkü duruma benzer geçmiş dönemde de bir olağanüstü KHK yürürlüğe konulmuştur. Nedir olağanüstü KHK? Sabah da söylendi, yargı denetimi dışında tutulan bir kararname. Ancak 1991'de Anayasa Mahkemesi, bu KHK'nın esasına girerek olağanüstü hal ile ilgili olmayan kısmı iptal etmiştir. Ama bu tür uygulamalar her zaman sürekli olmamaktadır. Bugün ise aynı nitelikteki KHK'nın denetlenemeyeceği yönünde bir karar verilmiştir. Biliyorsunuz yargı da maalesef siyasal iklimden etkilenen bir kurum. Yani siyaset nasıl esiyorsa, biraz yargı da bu yönde kendine yelken açıyor.

Önemli olan diğer bir husus, ihraç kararlarının yargısal denetimi. O tabii zor bir konu. Çünkü neticede bir ihraç kararı var, hukuksal statünüz etkilenmiş, menfaatiniz etkilenmiş ve siz bu hakkınızı aramak zorundasınız.

Şimdi yine avukat arkadaşlara bir sitemim var. Dedim ya, idari yargıyı sevmiyorlar, incelemiyor diye. Bazı meslektaşlarımız söz konusu KHK'yı bir Bakanlar Kurulu Kararı olarak değerlendirerek ihraç kararlarına karşı Danıştay da dava açmışlar. Ancak bu doğru bir değerlendirme değildir.

Kanun Hükmünde Kararnameler bir yürütme organı işlemi tamam. Ama bunun yargısal denetiminin Anayasa Mahkemesinde yapılacağı çok açık yazıyor. O nedenle Danıştay da dava açmak yanlıştı ve Danıştay çok doğru bir şekilde açılan davalarda görevsizlik kararı verdi.

Tabii Danıştay da aslında görevsizlik kararı vermek istemezdi. Neden? Görevsizlik kararı verdiğiniz zaman, sanki bu işlemin denetimi idari yargının alanındaymış gibi bir algı oluştu. Danıştay görevsizlik kararı vermek zorundaydı. Neden? Birincisi, bizim Uyuşmazlık Mahkemesi Kanununa göre, görev uyuşmazlığı askeri idari ve adli yargı düzenleri arasında düzenlenmiş. Anayasa Mahkemesi sayılmamış. Anayasa Mahkemesi sayılmadığı için, mecburen Danıştay alt derece idare mahkemesini işaret etmiştir.. Bu ihraç kararlarına karşı idare mahkemesinde dava açılması lazım

Ancak, İdare Mahkemelerine açılan davalardan birinde Trabzon İdare Mahkemesi, "iptal davasına konu olan bir idari işlem yoktur" diyerek davayı ilk incelemeden red etmiştir. Çünkü mahkeme, bu işlem "bir kanun hükmünde kararname hükmüdür, bir idari işlem değildir." Bu nedenle iptal davasına konu olacak teknik anlamda bir idari işlem yoktur."

Onun ötesinde, aslında bu Kanun Hükmünde Kararnameler Devlet Memurları Kanununa da aykırı. Hepimiz biliyoruz ki, bir devlet memurunun bir disiplin cezası alabilmesi için- meslekten ihraç bunlardan birisidir- Anayasanın 129.maddesi ile DMK'nın 130. Maddesinde yer alan "memur hakkında soruşturma açılmadan ve savunma alınmadan herhangi bir ceza verilemez" hükmünün uygulanması gerekmektedir.

Ama burada hem yargı yolu kapandı, hem savunma hakkı kapandı. Burada da yanlış yapıldı. Dediğim gibi, bu siyasal iktidarın adı önemli değil. Ben siyasal iktidarda olsaydım açıkçası, pratikte ben soruşturma açardım hızlı bir soruşturma yapardım kararımı verirdim..

Neden yanlış oldu? Çünkü “mağdur” diye bir kavram çıktı. Hükümet aslında tamam siyaseten hızlı davranmak zorunda haklı, siyaseten haklı olabilir. Ama herkes de hakkımda hiçbir bilgi ve belge yok diyerek mağdur olduğumu ifade ediyor.

Demek ki, bu olağanüstü KHK iki şekliyle yanlış sayın meslektaşlarım. Bir, genel düzenleyici işlemler ile yapılmaması gereken birel işlemler KHK ile tesis edildi. İkincisi de, anayasa ve Devlet Memurları Kanunundaki düzenlemelere rağmen, hakikaten hiç savunma hakkı verilmeden, hiçbir soruşturma yürütülmeden kamu görevlileri ihraç edildi. Belki yüzde 99,9’u bunu hak ediyordur bilemem. Dediğim gibi geçmiş 12 yıl bunu doğruluyor aslında, ama yine de işte cezacı arkadaşlar hocalarımız anlattılar, bir savunma alacaksınız, soruşturma yürüteceksiniz, ondan sonra hukuk neyi gerektiriyorsa onu yapacaksınız.

Yargısal denetimi nasıl olacak? Maalesef olamayacak. Yani başlık “yargısal denetim” ama olamayacak. Çünkü büyük bir ihtimalle istinafta, biliyorsunuz istinaflar devreye girdi, ama zannedersen bu meslekten ihraç olduğu için üç ayaklı olacak, bunun Danıştay ayağı da olacak. 45.maddede sayılanlardan biri ihraç. Bu nedenle istinaf, istinaftan sonra Danıştay’a aynı gerekçelerle gidilecek. Büyük bir ihtimalle davalar burada da aynı gerekçelerle red edilecek. Ondan sonra Anayasa Mahkemesi, ondan sonra herkesin dört gözle beklediği Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi.

Tabii yargısal denetimde de bir sıkıntı daha çıkacak, Çünkü insanlar İdari yargıya dava açarken, bir yandan Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulundu. Yargı yolu kapalı diye. İnsanlar idari yargının bu kadar hızlı karar vereceğini beklemiyordu.

Şimdi burada yargısal denetimde bir tehlikeyi görüyorum ben. Şöyle ki; İdare Mahkemesi, istinaf ve Danıştay'dan sonra AYM'ye gidilecek. Anayasa Mahkemesi, hani yargı yoluna gidemiyordun? Yargı yolu kapalı diye doğrudan Anayasa Mahkemesine geldin, şimdi de buradan geldin. Anayasa Mahkemesi ne diyecek? Açıkçası o konuyu bende merak ediyorum.

Diğer bir sorun da olağanüstü KHK yürürlükten kalktığı zaman, bu dönemde yapılan işlemlerin akıbeti ne olacak? Sabah oturumunda yasaları konuştular, ama burada birel işlemler var, ihraçlar var. Olağanüstü hal dönemi bitince, bu ihraçlar kendiliğinden kalkacak mı? Burada ikili bir görüş bulunmakta kimileri geri dönülemeyeceğini ifade ederken; kimileri ise, bu ihraç kararlarını bir tedbir olduğunu ve dolayısıyla olağanüstü hal bittikten sonra ihraç edilenlerin geri dönebileceğini ifade etmektedir.

1989 da Danıştay meşhur 1402'likler kararında ki onun Oğuz Bey anlatacak. Kısaca devlet memurluğuna engel bir ceza almayan kamu görevlerinin geri dönmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bunun üzerine görevden uzaklaştırılan birçok kamu görevlisi görevine dönmüştür.

Düzenlenici işlemler açısından da KHK'ler kanunlaşmadıkça bu işlemlerin Olağanüstü Hal Dönemi sona erdikten sonra ortadan kalkacağını söylemenin daha doğru olduğunu düşünmekteyim. Bu nedenle rektör seçiminin kaldırılmasının -ki, temennim sürekli kalkması- olağanüstü hal dönemiyle sınırlı olduğunu düşünüyorum. Olağanüstü hal kalktıktan sonra rektörlük seçimlerinin yapılması gerekmektedir.

Ben sabrınız için teşekkür ediyorum. Hepinize tekrar saygılar sunuyorum efendim. (Alkışlar)

# DANIŞTAY 7.12.1989 TARİHLİ İBKGG KARARI IŞIĞINDA GÜNCEL SORUNLARA BAKIŞ

ÖĞÜZ ÖZKAN'IN  
KONUŞMASI

*Hakim Oğuz Özkan*

*İstanbul İdare Mahkemesi Emekli Başkanı*

**Sayın Başkan, Değerli Katılımcılar,**

Türkiye Barolar Birliği Eğitim Merkezinin düzenlediği “KHK’LER TÜRKİYESİNDE SAVUNMA HAKKI” konulu panele konuşmacı olarak davet edilmem üzerine bu toplantıya nasıl bir katkıda bulunabileceğimi düşündüğümde; Türkiye’nin yakın tarihindeki olayların ve hukuki gelişmelerin bugün karşılaştığımız sorunlara ışık tutabileceği kanaatiyle 12 Eylül döneminde verilen bir Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararının açıklanması ve bu kararın bugünün sorunlarına etkilerinin neler olabileceği hususunda değerlendirmelerin yapılmasının yararlı olacağı sonucuna vardım.

Öncelikle kendimi tanıtmak istiyorum. Danıştay Tetkik Hakimliğiyle başlayan ve 22 yılı İstanbul’da geçen 40 yıllık Hakimlik görevim, yaş haddinden emekliye ayrılmamla sona erdi.

Bu tarihten günümüze kadar da, Türkiye Barolar Birliği Eğitim Merkezi Başkanı Sayın Berra Besler’in tevecühleriyle ve Değerli Baro Başkanlarımızın davetiyle yurdumuzun çeşitli illerine giderek düzenlenen eğitim seminerlerinde İdari Yargı alanındaki “İdari Yargılama Usulü, İmar ve Kamulaştırma Hukuku, Kentsel Dönüşüm Yasası” gibi çeşitli konularda ki bilgilerimi avukatlarla ve toplantıya katılanlarla paylaşmak amaçlı konuşmalar yapmaktayım.

Bugün burada sunacağım “Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu Kararı Işığında Güncel Sorunlara Bakış” başlıklı tebliği sunma gerekçem, o dönemde Avrupa Hukukuna örnek nitelikte bulunan ve Türkiye’de hakimlerin var olduğunu kanıtlayan bir karar olduğu değerlendirilmesinin yapıldığı bu kararın oluşmasına olumlu yönde katkıda bulunmamdır.

Ülkemizde belirli yıl aralıklarıyla meydana gelen sosyal, ekonomik ve siyasal olaylar nedeniyle Anayasa'da öngörülen sıkı-yönetim ve olağanüstü hal uygulamalarına başvurmak zorunluluğu hasıl olmaktadır.

Bu süreçlerde olağan demokratik dönemlerden farklı olarak temel hak ve özgürlükler kısıtlanabilmekte, bazı tedbirlerin alınması ve uygulanması gerekmektedir.

Bugün burada Olağanüstü Hal KHK'leri üzerinde değişik yönlerden değerlendirmeler yapılacaktır. Tarihin tekerrür etme özelliği nedeniyle yakın tarihimizde meydana gelen olaylara ve o dönemlerdeki hukuki sürece göre verilen bir Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu kararı ışığında günümüzün yararlı olacaktır.

15 Temmuz 2016 tarihinde cumhuriyetimize ve demokratik düzenimize karşı yapılan hain darbe teşebbüsü; Anayasa'nın başlangıç bölümünde öngörüldüğü gibi demokrasiye aşık Türk toplumunun tüm dünyanın takdirini toplayan bilinçli ve kararlı karşı koymasıyla yüzlercesinin gazilik, 246 vatan evladının şehitlik mertebesine ulaştığı demokrasi mücadelesinin kazanılmasıyla önlenmiştir.

20 Temmuz 2016 tarih ve 2016/9064 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla demokrasi, hukuk ve özgürlükleri koruma ve güçlendirme amacıyla olağanüstü hal ilan edilmiştir.

3 Kasım 2016 tarihi itibarıyla yapılan resmi açıklamaya göre; 70.785 kamu görevlisinin ihraç edildiği, 100.000'i aşkın sayıda kişi hakkında inceleme, soruşturma, gözaltına alma ve tutuklama gibi tedbirlerin uygulandığı göz önüne alındığında bu boyuttaki bir süreçte hukuka uygunluğun tam olarak sağlanabileceği değerlendirilmesini yapmak kolay değildir. Bugün değerli konuşmacıların uygulamalardaki hukuka aykırılıklara yönelik bilimsel görüşlerini ve çözüm önerilerini izleyeceğiz. Hukuk Devleti ilkesinin gereği olarak; bu dönemlerde tesis edilen işlemlerin de, uygulanan eylemlerin de evrensel hukuka, uluslararası sözleşme hükümlerine ve başta Anayasa olmak üzere



iç hukukumuzda uygun olmasına, temel hak ve özgürlüklere getirilen kısıtlamaların haksızlıklara neden olmamasına özen gösterilmelidir.

Olağanüstü Hal ilanı üzerine kabul edilen 667 sayılı KHK'nın 4.maddesinde; terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara ÜYELİĞİ, MENSUBİYETİ VEYA İLTİSAKI YA HÜT BUNLARLA İRTİBATI olduğu değerlendirilen KAMU GÖREVLİLERİNİN KHK'lerde belirtilen usulle ve yetkililer tarafından KAMU GÖREVİNDEN ÇIKARILMALARI öngörülmekte olup bu şekilde görevine son verilenlerin BİR DAHA KOMU HİZMETİNDE İSTİHDAM EDİLMEYECEĞİ hükmüne yer verilmiştir.

Aynı yöntem 12 Eylül döneminde uygulanan 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanununda da yer almakta idi. Bu iki yasal düzenlemenin uygulama ve sonuçlarının hukuki değerlendirmesinin yapılması, günümüzün konusu olan mağduriyetlerin belirlenmesi ve çözümlenmesi bakımından yararlı olacaktır.

Bu konunun daha iyi anlaşılabilmesi için Psikoloji Biliminin alanına giren "DEJAVU" kavramından yararlanmak uygun olacaktır. Yeni karşılaştığımız bir olayda "Ben bu olayı daha önce yaşamıştım" duygusunu hissederiz. Yaşı bu günleri hatırlamaya uygun olanlar bu durumu çok iyi anlayacaklardır. Ülkemizin yakın tarihindeki bazı ekonomik, sosyal ve siyasal olaylar tarihin tekerrür özelliğinin de etkisiyle tekrarlandığında bize "dejavu" hissi verir. Bu perspektiften bakıldığında bugün yaşadığımız olayların ve hukuki sürecin benzerini daha önceki yıllarda da yaşadığımız duygusuna kapılmamız doğaldır.

Hal böyle olunca; geçmişe bakarak bugünün sorunlarına çözüm aramak yararlı bir yöntem olacaktır.

Günümüzde; Atatürk'ün kurduğu ve Türk gençliğine emanet ettiği Cumhuriyetimizi, temel hak ve özgürlüklerin teminatı olan Anayasamızı, demokratik, laik, sosyal hukuk devletimizi, toplum düzenimizi ortadan kaldırmak amacıyla yapılan hain

darbe teşebbüsü, Cumhuriyete ve demokrasiye bağlı Türk Toplumunun, Siyasi Partilerin, başta Türkiye Barolar Birliği ve Barolar, Sendikalar, Dernekler olmak üzere sivil toplum kuruluşlarının tüm dünyaya örnek olan silahsız ve demokratik direnişiyle önlenmiş ve demokrasiyi, hukuku, özgürlükleri koruma ve güçlendirme amacıyla olağanüstü hal ilan edilerek darbe teşebbüsünü yapmaya teşebbüs eden terör örgütüne, yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti, iltisakı veya irtibatı bulunanlar hakkında gerekli tedbirlerin uygulanmasına karar verilmiştir.

12 Eylül döneminde de; ülkemizin içinde bulunduğu ekonomik, sosyal ve siyasal ortamda meydana gelen siyasi istikrarsızlıklar, güvenlik sorunları ve ekonomik nedenlerle resmi bildiriye ifadelerle “kendi kendini kontrol edemeyen demokrasiyi sağlam temeller üzerine oturtmak, kaybolan devlet otoritesini yeniden tesis etmek için” yönetime el koyan Milli Güvenlik Konseyi, 1982 Anayasası başta olmak üzere pek çok yasal düzenlemeyle toplum düzenimizi yeniden şekillendirmiştir.

650.000 kişinin gözaltına alındığı, binlerce kişinin tutuklanarak yapılan uzun süreli yargılama sonucunda muhtelif cezalara çarptırılarak cezalandırıldığı, 7 bin kişi için idam cezasının istendiği, 50 kişinin idam edildiği, 171 kişinin öldüğü bu dönemde kabul edilen 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanununun uygulamaları ve bunun hukuki sonuçlarının bugün incelemekte olduğumuz olağanüstü hal KHK'lerinin uygulamalarıyla karşılaştırılması yararlı olacaktır.

1402 sayılı Sıkıyönetim Kanununun ikinci maddesine 2301 sayılı Kanunla eklenen fıkrayla; sıkıyönetim komutanlarına bölgelerinde çalışan kamu personelinin görevlerine son verilmesini veya görev yerlerinin değiştirilmesini çalıştıkları kamu kurumu yetkililerinden isteme yetkisi tanınmıştır. Bu hükme göre; sıkıyönetim komutanlarının bölgelerinde genel güvenlik, asayiş veya kamu düzeni açısından sakıncalı görülen veya hizmetleri yararlı olmayan kamu personelinin statülerine göre

yerlerinin değiştirilmesi veya görevlerine son verilmesi hakkındaki istemleri ilgili kurumlarca hiçbir inceleme, soruşturma veya değerlendirme yapılmaksızın derhal yerine getirilecektir. Aynı yasada 2342 sayılı Yasayla yapılan değişiklikle bu idari işlemlere karşı yargı yolu kapatılarak işlemlere ve işlemi yapanlara ayrıcalıklı bir koruma sağlanmıştır. 30.12.1982 tarihinde yürürlüğe giren 2766 sayılı yasayla değişiklik yapılarak "Sıkıyönetim komutanlarının isteği üzerine işlerine son verilen memurların, diğer kamu görevlilerininse kamu hizmetlerinde görevli işçilerin bir daha kamu hizmetlerinde çalıştırılmayacakları" kurala bağlanmıştır.

Yukarıda özetlenen yasal düzenlemeler uyarınca 12 Eylül 1980 döneminde 4891 kamu görevlisinin sıkıyönetim komutanlarının istemi üzerine kurumlarınca işlerine son verilmiş, bunların arasında yer alan 38 profesör, 25 doçent ve 10 yardımcı doçent üniversitelerdeki görevlerinden uzaklaştırılmıştır. Sıkıyönetimin sona ermesi üzerine çalıştıkları kuruma başvuranların talepleri yasadaki "Bir daha kamu hizmetlerinde çalıştırılmayacakları" kuralı gerekçe gösterilerek reddedilmiştir.

Hukuk Devleti İlkesi gereğince sıkıyönetimin sona ermesine olağan dönem koşullarına göre dava açma hakkına kavuşan ilgili kamu görevlileri tarafından olumsuz nitelikteki bu idari işlemlere karşı idare mahkemelerinde iptal davaları açılmış, bazı idare mahkemeleri anılan yasa kuralını lafzi yorumla değerlendirerek davaları reddetmiş, Danıştay 5. Dairesince bu kararlar başlangıçta onaylanmıştır. Buna karşın bazı idare mahkemeleri yukarıda belirtilen 1402 sayılı yasayla tanınan yetkinin "Sıkıyönetim süresiyle sınırlı bir yetki olduğu" yorumuyla sıkıyönetim döneminde çalışma hakkından yoksun kalan kamu görevlilerinin sıkıyönetimin sona ermesi üzerine oluşan olağan hukuk düzenine göre başvuru ve idari dava açma hakkına kavuştukları dikkate alındığında kamu görevlerini yapmalarına engel bulunmadığı belirlenenlerin yeniden eski görevlerine iade edilmelerinin iç hukuk ve uluslararası sözleşme hükümlerine uygun olacağı gerekçesiyle olumsuz nitelikte tesis edilen idari işlemlerin "iptaline" karar verilmiştir.

Bu gerekçeyle iptal kararı veren az sayıdaki mahkemeler arasında o tarihte başkanlığını yapmakta olduğum İstanbul 1. İdare Mahkemesi de bulunmaktaydı. Sıkıyönetim Komutanlığının istemi üzerine kurumlarınca görevlerine son verilen Profesör ve 2 kamu görevlisinin açtıkları iptal davalarında; kamu görevi yapmalarına engel olacak bir cezalarının bulunmadığı dolayısıyla kamu görevine giriş niteliklerini kaybetmedikleri anlaşılan davacıların sıkıyönetimin sona erdiği tarihte görevlerine iade edilmeleri gerektiği yorumuyla aksi yöndeki idari işlemlerin iptaline mahkememizce karar verilmiştir.

Hal böyle olunca; benzer konuda idare mahkemeleri arasındaki yorum farkları dolayısıyla birbirine tamamen zıt kararların oluşması, Danıştay 5. Dairesince de farklı kararlar verilmesi nedeniyle konu Danıştay İçtihadı Birleştirme Genel Kuruluna intikal etmiştir.

Bilindiği üzere İçtihatları Birleştirme Kararları, benzer konularda Yargıtay veya Danıştay Daireleri arasında yorum farkları sonucu ortaya çıkabilecek görüş aykırılıklarının hukuk güvenliğine olumsuz yönde etki yapmasını önlemek için uygun bulunan belirli bir içtihadın benimsendiği, mahkemeler önünde yönünden bağlayıcı nitelikte olan ve Resmi Gazetede yayınlanan kararlardır.

1402 sayılı Yasanın uygulanmasında verilen aykırı kararlar arasındaki içtihadın birleştirilmesi gerektiği sonucuna varan Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulunca 07.12.1989 günlü ve E:1988/6 K:1989/4sayılı karar verilmiştir. (Bu karar ekte bilgilerinize sunulmaktadır.)

Özetle;

1402 sayılı Sıkıyönetim Yasasıyla sıkıyönetim komutanlarına bölgelerinde çalışan kamu personelinin görevlerine son verilmesini isteme yetkisi verilmesinin yasal süreci anlatılarak ve bu yetkinin hukuki yorumu yapılarak gösterilen hukuki gerekçelerle; sıkıyönetim komutanlığının hürriyetlerin kullanımı konusunda aldığı önlemlerin, sıkıyönetim ilan edilme neden-

leri ve süresiyle sınırlı olduğunun kuşkuya yer bırakmayacak biçimde ortada olduğunun, bu nedenle sıkıyönetim kalktıktan ve olağan duruma geçildikten sonra da yürürlükte kalabilmesine hukuken olanak bulunmadığı, sonuç itibariyle sıkıyönetimin sona erdiği tarihte bu yetkinin de sona erdiği yorumuyla bu tarihte eski kurumuna başvuranlardan, kamu görevine girme niteliklerini kaybetmemiş olanların eski görevlerine iade edilmesi gerektiğine karar verilmiştir. Mahkemeler ve kamu kuruluşları bakımından bağlayıcı nitelikte olan ve uygulanması zorunlu bulunan bu karar uyarınca; pek çok kamu görevlisi yapılan değerlendirme sonucuna göre eski görevlerine iade edilmişler ve mağduriyetleri geç de olsa giderilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin 425 sayılı KHK hakkında verdiği 10.01.1991 günlü ve E:1990/25, K:1991/1 ve 03.07.1991 günlü ve E:1991/6, K:1991/20 sayılı kararlarında da; “Olağanüstü hal KHK’lerinin yalnızca olağanüstü hal süresince, olağanüstü hal ilan edilen yerlerde uygulanmak üzere ve olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda çıkarılan KHK’ler olduğu yorumu yapılmıştır.

Nitekim bu hukuka uygun yorum 23.07.2016 sayılı 29779 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 667 sayılı KHK’de de aynen benimsenmiştir.

Söz konusu 667 sayılı KHK’nin; soruşturma ve kovuşturma işlemlerinde olağan dönemlerden çok farklı olarak 30 günlük gözaltı süresi öngören, soruşturma ve kovuşturma usulüne, avukatların tutuklu müvekkilleriyle olan görüşmelerindeki usul ve esaslara, iddianamenin okunması yöntemine, tutuklamaya itiraz ve tahliye taleplerinin dosya üzerinden karara bağlanacağına yönelik olan ve bunun gibi pek çok konuda usul hükmüne yer verilen 6.maddesinde bu uygulamaların “olağanüstü halin devamı süresince” yapılabileceği öngörülmüş bulunmaktadır. Aksi durumda yani; bu usul hükümlerinin olağanüstü halin sona ermesinden sonra da uygulanmasına devam edileceğinin öngörülmesi, başta Anayasa olmak üzere iç hukumuza aykırı olacağı gibi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarına da aykırı olacaktır.

KHK'de yapılan bu düzenlemeyle söz konusu usul uygulamalarının olağanüstü hal süresiyle sınırlandırılması uygun olmuş ve bu suretle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine hak ihlalleri talepli sayısız başvurunun yapılması engellenmeye çalışılmıştır.

Hal böyle olunca Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnemelerinde yer alan başka bir hükmün olağanüstü halin sona ermesinden sonra da uygulanması gerektiği yorumunun yapılması hukuka açıkça aykırı olacaktır.

1402 sayılı Sıkıyönetim Kanununda olduğu gibi Olağanüstü Hal KHK'lerinde de, kamu görevinden çıkarılanların "bir daha kamu görevi yapamayacakları" öngörülmektedir.

Anayasaya uygun olarak Sıkıyönetim ve Olağanüstü Hal ilanı üzerine kabul edilen kanun ve KHK'lerin Danıştay ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında da tanımlandığı üzere "dönemleriyle sınırlı ve süreli olmaları" nedeniyle bu hallerin sona ermesi ve olağan döneme geçilmesi üzerine demokratik hukuk devletinin ve uluslararası hukuk kurallarının sınırsız olarak geçerli olması dolayısıyla bağlayıcı nitelikteki İçtihadı Birleştirme Kurulu kararında belirtilen ilkenin Kabul edilmesi gerekmektedir.

12 Eylül dönemiyle 15 Temmuz Sürecinin oluşum sebepleri ve sonucunda uygulamaya tabi tutulan kişiler bakımından önemli farklılıklarının bulunduğu tartışmasızdır. Hal böyle olmakla beraber içtihadı birleştirme kararı, olağanüstü dönemden olağan döneme geçiş sürecinde hukuk devleti ilkesinin derhal uygulamaya geçmesini sağlayan niteliği itibarıyla her iki dönemle de ilgili bulunmaktadır.

Bu nedenle, olağanüstü hal döneminde KHK hükümleriyle bir daha kamu görevinde istihdam edilmemek üzere kamu görevinden çıkarılanların olağanüstü halin sona ermesinden sonra çalıştıkları kuruma başvurmaları ve olağan dönemin hukuki kurallarına göre değerlendirme yapılarak geçen süreçte kamu görevine giriş niteliklerini kaybetmemiş olmaları koşuluyla göreve iadelerinin yapılması ve bu suretle oluşan mağduriyetlerinin giderilmesi mümkün bulunmaktadır.

Kamu görevine giriş nitelikleri; genel olarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda ve özel olarak da çeşitli Kamu Kurumlarının personel kanunların da yer almaktadır.

Diğer taraftan, 15 Temmuz hain darbe teşebbüsünü planladığı, uyguladığı, silahlı vatandaşların üzerine tankları sürdüğü, milletin emaneti silahla ateş ettiği, ölümlere ve yaralanmalara sebebiyet verdiği, TBMM ve kamu binalarını bombaladığı, terör örgütüne, Milli Güvenlik Kurulunca devletin güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum ve gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu hukuka uygun olarak yapılan Adil Yargılamada tespit edilen kişilerin İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararı kapsamına dahil kabul edilmesi mümkün bulunmamaktadır. Bunların aldıkları veya alacakları cezalar, kamu hizmetine giriş niteliklerini kaybetmelerine neden olacağından İçtihadı Birleştirme Kurulu kararından yararlanmaları mümkün bulunmamaktadır. Bu itibarla hain darbe teşebbüsünün gerçek sorumlularının yaşamları boyunca kamu görevi yapmaları mümkün bulunmadığından bu kişiler bu incelemenin kapsamı dışında kalmaktadır.

Günümüzde KHK'lere göre tesis edilen işlemlere karşı yargı yolu kapatıldığından kamu idarelerinde kurulan komisyonlar tarafından hatalı uygu lamaların düzeltilmesi yönünde inceleme yapılmaya sına ve karar verilmesine başlanmıştır.

Zamanın izafi olduğuna ilişkin teori uyarınca, bizler için kısa olarak geçen zamanın, gözaltında ve tutuklu olanlar için ne kadar uzun sürdüğü bilinciyle toplu uygulamalardan kaynaklanabilecek olası mağduriyetlerin olağanüstü halin sona ermesine kadar geçecek süreçte bu komisyonların yeterli çalışmaları yapmasıyla giderilmesi yararlı olacaktır.

Ancak olağanüstü halin sona ermesinden sonraki dönemde inceleme konusu İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararında belirtilen görüş ve yoruma ihtiyaç olacaktır.



OĞUZ ÖZKAN'IN  
KONUŞMASI

Sonuç olarak;

Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu kararı ışığında günümüzde oluşan sorunlara bakıldığında toplu uygulamalarda gerekli hassasiyetlerin gösterilememiş olması ihtimaliyle KHK'lere göre uygulamaya tabi tutululardan; üzerine atılı suçları işledikleri yeterli ve geçerli nitelikteki kanuni delillerle kanıtlanamayan, idari inceleme ve soruşturmada veya adli kovuşturmada haklarında olumsuz karar verileme yenlerin, olağanüstü halin sona ermesinden sonra başvuruları üzerine kamu görevine giriş niteliklerini kaybetmemiş olmaları koşuluyla eski görevlerine iade edilmelerinin hukuka uygun olduğu görüşü ve kanaatiyle kamuoyunun tabiriyle "Kurunun yanında yaşın yanması" şeklinde ifade edilen olası mağduriyetlerin geç de olsa giderilebileceği sonucuna varılması mümkün bulunmaktadır.

Sabah sporu yapmakta olan genç adam, dalgaların kumsala attığı yüzlerce deniz yıldızın yardım istercesine çırpınmakta olduğunu görür. Yaşamakta olduğunu anladığı bir deniz yıldızını alır ve denize kavuşturur. Kumsalda yürüyüş yapmakta olanlardan birisi "Yüzlercesi ölüyor. Bir tanesini denize atmakla ne farketti?" diye sorar. Genç adam gurur ve kararlılıkla "Onun için fark etti. Artık yaşayacak" der. Bu söz üzerine diğerleri de deniz yıldızlarını denize kavuştururlar.

Haksızlıklara uğradığı için yardım çığlıklarının atıldığını zamanında duymayanlara, hayatın akışı içinde kendileri için kısa, ancak haksızlığa uğrayanlar için uzun geçen bir süre sonra bu çığlıkları duyabilenlere şöyle hitap ederek sözlerime son vermek istiyorum.

"Bir gün sizin de hukuka ve hukuku savunanlara ihtiyacınız olacaktır."

Saygılarımla. (Alkışlar)



**EK:**

## **07.12.1989 TARİHLİ DANIŞTAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME GENEL KURULU KARARI**

**Esas No:** 1988/6

**Karar No:** 1989/4

**ÖZET:** Sıkıyönetim komutanlarının istemleri üzerine işlerine son verilen kamu personeli ile ilgili olarak 1402 sayılı Sıkıyönetim Yasasının 2. maddesinin 2766 sayılı Yasa ile değişik son fıkrasında yer alan "... bir daha kamu hizmetinde çalıştırılmazlar" hükmünün sıkıyönetim süresiyle sınırlı olarak uygulanması gerektiği hakkında.

## **İÇTİHA TLARI BİRLEŞTİRME KURULU KARARI**

Sıkıyönetim komutanlarının istemi üzerine görevlerine son verilen kamu personeli ile ilgili olarak 1402 sayılı Sıkıyönetim Yasasının 2. maddesine 2301 sayılı Yasanın 1. maddesiyle eklenen fıkranın, 28.12.1982 tarihinde kabul edilen 2766 sayılı Yasanın 1. maddesiyle değişik şeklinde yer alan "... bu şekilde işlerine son verilen memurlar, diğer kamu görevlileri ve kamu hizmetlerinde görevli işçiler bir daha kamu hizmetlerinde çalıştırılmazlar." hükmünün sıkıyönetim süresiyle sınırlı olarak uygulanması gerektiğine ilişkin Danıştay Beşinci Dairesinin 14.4.1988 gün ve 1286 sayılı kararı ile aksi yönde verilen diğer kararları arasındaki aykırılığın giderilmesi Danıştay Beşinci Dairesince istenmesi üzerine, isteme konu olan kararlar ile yasal düzenlemelerin tümü incelenip raportör üyenin açıklamaları da dinlendikten sonra gereği görüldü:

**İsteme Konu Olan Kararlar:**

Aralarında aykırılık olduğundan bahisle birleştirilmesi istenen kararlara konu olan olaylar ve karar sonuçları kısaca şöyledir:

1- Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Muğla İşletmecilik Yüksek Okulu'nda öğretim görevlisi iken Ege Ordu ve Sıkıyönetim Komutanlığı'nın istemi üye-

rine 3.8.1983 tarihinde görevine son verilen davacının daha sonra sıkıyönetim kalkması dolayısıyla 3.7.1986 tarihli dilekçe ile görevine iade edilmesi istemi, Dokuz Eylül Üniversitesi Rektörlüğü'nün 1.8.1986 gün ve 0900/Huk-250-15462 sayılı işlemiyle, 1402 sayılı Yasanın 2. maddesi gereğince sıkıyönetim komutanlıklarınca görevlerine son verilenlerin bir daha kamu hizmetinde çalışmalarının mümkün olmadığından bahisle reddedilmesi üzerine, söz konusu işlemin iptali istemiyle açılan davayı; İzmir 2. İdare Mahkemesi, 22.4.1987 gün ve 1987-260 sayılı kararında belirtildiği veçhile, Anayasanın Sıkıyönetime ve temel hak ve hürriyetlere ilişkin hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden 1402 sayılı Yasanın 2766 sayılı Yasayla değişik 2. maddesinde yer alan "... bir daha kamu hizmetlerinde çalıştırılmazlar." ibaresini sıkıyönetim süresiyle sınırlı olarak yorumlamak gerektiği, aksi bir düşüncenin Anayasa ilkeleriyle bağdaşamayacağı yasa koyucunun Anayasa'nın kabulünden sonra çıkardığı bir kanunla Anayasaya aykırı hükümler getirdiğinin düşünülmemeyeceği bu nedenlerle idarenin, davacının yaşam boyu kamu hizmetlerinde çalıştırılmayacağı yolundaki savunmasının kabul edilemeyeceği, davacının sıkıyönetim kalktığı tarihten itibaren kamu görevine çalışabilme hakkının doğduğu, ancak davacının hakkındaki sakıncalılık kararını Sıkıyönetim Komutanlığınca kaldırılması üzerine göreve iade edilen kamu görevlilerinden farklı bir durumda bulunduğu, davacı hakkındaki göreve son verme işlemi geri alınmamış olduğundan davacının sıkıyönetimin kalkması üzerine görevine iadesinin değil yeniden atanmasının söz konusu olabileceği, yeniden atanmanın ise, atama anındaki mevzuat ve koşullar çerçevesinde yapılacağı, 2547 sayılı Yasa'nın 31. maddesinde öğretim görevlisi kadrolarına yapılacak atanmanın usul ve esaslarının düzenlendiği, davacının ancak bu esaslara göre yeniden atanabilme hakkının doğduğu, yoksa eski görevine iade edilmesinin söz konusu olamayacağı gerekçesiyle reddetmiştir.

Davacının bu kararın temyizen incelenerek bozulmasını istemesi üzerine Beşinci Daire 14.4.1988 gün ve E:1987/2417, K:1988/1286 sayılı kararıyla; 1402 sayılı Yasanın değişik 2. maddesinde yer alan "Bu şekilde işlerine son verilen memur-

lar, diğer kamu görevlileri ve kamu hizmetlerinde görevli işçiler bir daha kamu hizmetlerinde çalıştırılmazlar” hükmünün, Anayasanın 15 ve 122. maddelerindeki düzenlemeler ve Türkiye Cumhuriyeti'nin “demokratik hukuk devleti” olduğunu belirten 2. maddesi karşısında kapsam ve süre bakımından sıkı yönetim süresiyle sınırlı olarak uygulanması gerektiği, anılan hükme dayanılarak kimi kamu personeli hakkında uygulanan önlem ve yaptırımların sıkıyönetimin kalkmasından sonra da yürürlükte kaldığını kabule Anayasanın 13/2. maddesi hükmünün elvermediği, haklarında herhangi bir yargı kararı bulunmadığı halde, salt Sıkıyönetim Komutanlarının istemi üzerine görevlerine son verildiği için kimi kişilerin yaşam boyu kamu hizmetlerine giremeyecekleri yolundaki bir yorum ve anlayış Anayasanın 70. maddesiyle bağdaşmadığı gibi hak, adalet ve eşitlik ilkelerine de aykırı düştüğü, sıkıyönetim kalktıktan sonra kamu görevine dönmesine hukuki engel kalmayan davacının idareye yaptığı başvuru üzerine tesis edilen işlemin hukuka aykırı olduğu İdare Mahkemesince de saptandığına ve bu saptamaya göre anılan işlemin sebep yönünden iptalinin gerekmesine karşın, Mahkemenin, davacının Üniversiteye dönme şeklinin nasıl olacağını incelemek suretiyle davayı reddetmesinde hukuki isabet görülmediği gerekçesiyle İzmir 2. İdare Mahkemesinin kararını bozmuş ve işlemi iptal etmiştir. Yüksek Daire bu kararı oyçokluğu ile almıştır.

2- Ege Üniversitesi Tıp Fakültesinde öğretim üyesi iken Ege Ordu ve Sıkıyönetim Komutanlığı'nın 5.2.1982 gün ve 7130-110-82 sayılı yazısı ile görevinden alınan davacının İzmir'de Sıkıyönetimin sona ermesi dolayısıyla görevine iadesi yolunda yaptığı başvurunun Ege Üniversitesi Rektörlüğünce reddedilmesi üzerine, davacı işlemin iptali için İzmir 1. İdare Mahkemesine dava açmıştır.

İzmir 1. İdare Mahkemesi, İzmir 2. İdare Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararında gösterdiği gerekçeye dayanarak davanın reddine karar vermiştir.

Davacının bu kararın temyizden incelenerek bozulmasını istemesi üzerine Beşinci Daire 20.1.1987 gün ve E 1986/721,

K:1987/70 sayılı kararıyla, 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'na 2301 sayılı Yasa ile eklenen ve 2766 sayılı Yasa ile değiştirilen fıkra hükmünün açık olduğu, buna göre sıkıyönetim komutanlarının istemi üzerine görevlerine son verilen kamu personelinin sıkıyönetimin sona ermesinden sonra da bir daha kamu hizmetlerinde çalıştırılmayacakları, aksi yolda bir kabulün göreve son verme nedeniyle bağdaşmayacağı gerekçesiyle İzmir 1. İdare Mahkemesinin kararını onamıştır. Yüksek Daire bu kararı da oyçokluğu ile almıştır.

3- Beşinci Dairenin diğer kararları da aynı mahiyette olup, açmış oldukları davaların İzmir 1. ve 2. İdare Mahkemelerince reddi üzerine, davacıların temyizden incelenerek iptalini istedikleri kararlar Beşinci Dairece onanmış bulunmaktadır. Bu kararlar da oyçokluğu ile alınmıştır.

Danıştay Başsavcısı Turgut Akmirza'nın Düşüncesi:

Sıkıyönetim Komutanlarının istemi üzerine görevine son verilen kamu personeli ile ilgili olarak 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nun 2. maddesine 2301 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenen fıkranın 28.12.1982 tarihinde kabul edilen 2766 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle değişik şeklinde yer alan "Bu şekilde işlerine son verilen memurlar, diğer kamu görevlileri ve kamu hizmetlerinde görevli işçiler bir daha kamu hizmetlerinde çalıştırılmazlar" hükmü ile bu çalıştırılmama keyfiyetinin sıkıyönetim dönemine münhasır olup olamayacağı konusunda Danıştay Beşinci Dairesinden birbirine uymayan aykırı kararlar çıkmış bulunduğundan bahisle içtihadın birleştirilmesi isteğine dar mezkur daire kararının Yüksek Kurullarına havalesi üzerine düzenlenen dosya bu kez Başsavcılığımıza iletilmekle konu ve sorun 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 39 uncu maddesi uyarınca tarafımdan incelendi.

Olay sonuç olarak; 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nun 2766 sayılı Kanun'un 1 inci maddesiyle değişik şeklinde yer alan "Bu şekilde işlerine son verilen memurlar, diğer kamu görevlileri ve kamu hizmetlerinde görevli işçiler bir daha kamu hizmetlerinde çalıştırılmazlar" hükmüyle getirilen kısıtlamanın

sıkıyönetim dönemine münhasır olup olamayacağı konusuna müncer olmaktadır.

Mezkur madde, maddede belirtilen sakıncaları bulunan kamu personelinin işine son verileceğinden bahsetmektedir. Böylece sıkıyönetim ile bağlı olmayan bir işlemin yapılması emredilmektedir. Zira; her ne sebeple olursa olsun bu görevin sona ermesinden sonra, yeniden bir kamu görevi almak yeni bir atama işleminin yapılmasını icap ettirmektedir. Sadece bu durumdaki sıkıyönetim komutanlıklarınca yapılan bu işlemlerin sıkıyönetim süresi ile sınırlı olmadığını, sıkıyönetimin kalkması ile ortadan kalkmayacağını açık bir biçimde göstermektedir. Esasen kanun vazı bir daha kamu hizmetlerinde çalıştırılmazlar hükmü ile sıkıyönetim komutanlıklarınca tesis edilen işe son verme işlemlerinin sıkıyönetim süresi ile bağlı olmadığını, devamlı olduğunu kesin ve açık bir şekilde belirtmiştir. Hüküm kesin ve emredici olup yoruma müsait değildir. Kanunlar önce lafızlarına göre yorumlanırlar. Bu yorumdan bir sonuç alınamaz veya tereddüt yaratan bir durum ortaya çıkarsa o zaman kanunun amacına, ruhuna bakılır.

Kanun vazı'nın ... bir daha kamu hizmetlerinde çalıştırılmazlar... ibaresiyle neyi ifade ettiğinin kesinlikle ortaya konulması kanunun gerekçesinin incelenmesi ile de açıkça ortaya çıkacaktır. Kanun vazı bu konuda ileride bazı sorunlar çıkabileceğini öngörmüş ve Sıkıyönetim Kanunu'nun 2 nci maddesine 1980 yılında 2301 sayılı Kanun ile eklediği fıkrayı 1982 yılında 2766 sayılı Kanunla değiştirmiştir. Bu değişikliğin gerekçesi aynen şöyledir. "1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'na 19.9.1980 tarih ve 2301 sayılı Kanunla eklenmiş bulunan fıkra hükümlerine göre; Sıkıyönetim komutanlarının istemleri üzerine işlerine son verilen kamu personeli ile mahalli idarelerde çalışanların, sıkıyönetim sona erdikten sonra tekrar kamu personeli olarak görevlendirilip görevlendirilemeyecekleri veya mahalli idarelerde çalıştırılıp, çalıştırılmayacakları hususunda fıkra metninde bir açıklık bulunmadığından uygulamada tereddütlere neden olmaktadır.

Sıkıyönetim komutanlarınca fıkrada belirtilen personelin işlerine son verilmesi hakkında istemde bulunmaları; fıkra hükmünde belirtildiği üzere genel güvenlik, asayiş veya kamu düzeni açısından çalışmalarının sakıncalı görülmesi veya hizmetlerinin yararlı olmaması şartlarına bağlı bulunmaktadır. Bu hükümlere istinaden işlerine son verilenlerin, sıkıyönetim sona erdikten sonra tekrar memur ve diğer kamu görevlisi ve kamu hizmeti gören işçi olarak görevlendirilmeleri veya mahalli idarelerde çalıştırılmalarının, işlerine son verme nedenleriyle bağdaşmadığı gözönünde bulundurularak, 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nun 2 nci maddesinin son fıkrasına bu yönde açık bir hüküm getirilmesini sağlamak amacıyla bu kanun teklifi hazırlanmıştır.

Yukarıdaki gerekçe ile kabul edilen yeni metin önceki metindeki, sıkıyönetim komutanlarının genel güvenlik, asayiş ve kamu düzeni açısından çalışmaları sakıncalı görülen veya hizmetleri yararlı olmayan kamu personelinin statülerine göre atanması veya işlerine son verilmesine ilişkin istemlerinin, ilgili kurum ve organların yerine getirmesinin zorunlu olduğuna ilişkin hükmünü tekrarladıktan sonra "Bu şekilde işlerine son verilen memurlar, diğer kamu hizmetlerinde görevli işçiler bir daha kamu hizmetlerinde çalıştırılmazlar" hükmünü getirmiş, böylece bu yeni hüküm sıkıyönetim sonrasını da düzenleyen bir hüküm olarak Kanundaki yerini almış, yürürlük tarihinden sonra tesis edilen işten çıkarma işlemleri açısından bu konudaki tartışmaları kesin bir biçimde önlemiştir.

Böylece Sıkıyönetim Kanunu'nun 2 nci maddesine 2301 sayılı Kanun ile eklenen fıkranın 2766 sayılı Kanun ile değiştirilmesinin, kanun vazı'nın işe son vermeye ilişkin sıkıyönetim komutanlığı işlemlerinin sıkıyönetimden sonra da geçerli olması yolundaki amacını yeteri kadar açıklayamadığı görüşüne dayandığı, kanun değişikliğine gidilerek, kanun vazı'nın bu konudaki hakiki düşüncesi ve amacının metne yansıtıldığı açıktır.

Kanun değişikliği aynı zamanda; sıkıyönetim komutanlarının kullandığı yetkilerin sıkıyönetim süresince hukuki sonuç doğuracağı, tesis ettiği işlemlerin sıkıyönetim süresi ile sınırlı

olacağı, sıkıyönetimin kalkması hukuki koşullarda değişiklik niteliğini taşıdığından, işe son verme yolundaki sıkıyönetim komutanlığı işlemini sıkıyönetimin kalkmasıyla işlemi yapan makamın iradesi dışında sona erecek olduğu görüşünün Kanun vazı tarafından, sıkıyönetimin kalkmasının böyle bir sonuç doğurmasının bir kanun hükmü ile önlendiğinin belirtisidir.

Bu hükmün, Anayasanın 15, 122, 2, 13/2, 70 inci maddeleriyle çelişki arzemesi ve bunun yoruma etkisi konusuna gelince; Bir Kanunun Anayasaya aykırılığını karara bağlama yetkisi Anayasa Mahkemesine ait bir keyfiyettir. Böyle olunca herhangi bir yargı merciinin kendiliğinden Kanunun Anayasaya aykırılığını incelemesi ve saptaması söz konusu olamaz, mahkeme ancak Anayasaya aykırı gördüğü hükmü Anayasa Mahkemesinde gönderebilir. Anayasanın geçici 15 inci maddesinin son fıkrası ile Milli Güvenlik Konseyi döneminde çıkarılmış olan Kanunların Anayasaya aykırılığının ileri sürülemediği yolunda bir Anayasa kuralı getirilmiştir. Herhangi bir kanundaki hüküm Anayasa karşısında değerlendirilmesi yapılırken Anayasa'nın bazı hükümlerini dikkate alınıp bazı hükümlerini ise görmemezlikten gelmek mümkün değildir. Bir mahkemenin Anayasanın geçici 15 inci maddesi kapsamı içine girmesi nedeniyle Anayasa Mahkemesine göndermediği bir kanun hükmünü Anayasaya aykırı olarak kabul etmesi ve değerlendirmesi Anayasaya ters düşen ve bağdaşmayan bir tutum ve davranış olur.

Bütün bu arz olunan sebeplerle mezkur Anayasa maddeleri olayımız ile hiçbir şekilde alakalı olmayıp bu hükümler mezkur Sıkıyönetim Kanunu'nun 2 nci maddesinin yorumunda ilham kaynağı olamayacağı ve kanun hükmünün gerek lafzı ve gerekse maksadı açık bulunduğu cihetle içtihadın daha önce verilmiş Danıştay Beşinci Dairesinin 20.1.1987 gün ve E:1986/721, K:1987/70 sayılı kararı doğrultusunda birleştirilmesinin uygun olacağı görüş ve kanaatimde olduğumu saygı ile arz ederim.



İnceleme:

Sıkıyönetim komutanlarının istemi üzerine görevlerine son verilen kamu personeli ile ilgili olarak Danıştay Beşinci Dairesince verilen kararlar arasında 2575 sayılı Danıştay Yasasının 39. maddesinde öngörülen biçimde aykırılık bulunduğu ve 2577 sayılı Kanun'un Kararların Sonuçları başlıklı 28 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca idareye yüklenen yükümlülük gözönüne alındığında, bazı kararların henüz kararın düzeltilmesi yolu ile incelenmemiş bulunmasının konunun Kurulumuzca incelenmesine engel teşkil etmeyeceğine, bu nedenlerle içtihadın birleştirilmesine 7.12.1989 günlü toplantıda oyçokluğuyla karar verildi.

İşin Esasının İncelenmesine Geçildi:

1402 sayılı Sıkıyönetim Yasasının 2. maddesinin son fıkrasına 2766 sayılı Yasa ile getirilen "Bu şekilde işlerine son verilen memurlar, diğer kamu görevlileri ve kamu hizmetlerinde görevli işçiler bir daha kamu hizmetlerinde çalıştırılmazlar" hükmü esas alınarak Danıştay Beşinci Dairesince verilen aykırı kararlar içtihadı birleştirilmesinin konusunu oluşturmaktadır. Bu hükmün yorumlanarak anlam ve kapsamının belirlenebilmesi için, öncelikle belirtilen fıkra gereğince ve sıkıyönetim komutanlarının isteği üzerine uygulanan "işe son verme" işlemini hukuki yapısının, niteliklerinin, özelliklerinin ve doğurduğu sonuçların, daha sonra da konuyla ilgili Anayasa hükümlerinin incelenmesi gerekmektedir.

İşe Son Verme İşleminin Hukuki Yapısı, Nitelikleri ve Doğurduğu Sonuçlar:

I- Sıkıyönetim komutanlarına, bölgelerinde çalışan kamu personelinin görevlerine son verilmesini veya görev yerlerinin değiştirilmesini isteme yetkisini, ilk kez 1402 sayılı Sıkıyönetim Yasasının ikinci maddesine 19.9.1980 günlü, 2301 sayılı Yasanın birinci maddesiyle eklenen fıkra ile tanınmıştır. Ek fıkra hükmüne göre sıkıyönetim komutanlarının, bölgelerinde genel güvenlik, asayiş veya kamu düzeni açısından çalışmalarını



sakıncalı görülen veya hizmetleri yararlı olmayan kamu personelinin statülerine göre atanması veya işine son verilmesi hakkındaki istemleri ilgili kurumlarca derhal yerine getirilecektir. Bu hükümde dikkati çeken hususlardan birisi, bu hüküm uyarınca uygulanan idari işlemlerin aşağıda belirtilecek özellikleri bir yana bırakılırsa, sıkıyönetimin ilanını gerektiren nedenlerle hiç bir ilgili bulunmayan ve memur hukukuna ilişkin kurallar içinde çözümlenmesi mümkün olan bir konuda, "hizmetleri yararlı olmayan kamu personelinin görev yerinin değiştirilmesi veya görevine son verilmesi" konusunda, sıkıyönetim komutanlarına yetki verilmiş olmasıdır. Böylece bu ilk düzenlemede, sıkıyönetim komutanlarına amacı aşan, asli görevleri ile ilgisi bulunmayan bir yetki tanımak suretiyle, bir yandan hukuki durumları yasalarla düzenlenmiş ve belli güvencelelere bağlanmış bulunan kamu personelinin kişisel değerlendirmelerle, kolayca ve kısa sürede görev yerlerinin değiştirilmesi veya görevlerine son verilmesi olanağı yaratılmış; öte yandan tümüyle sivil idareye ait olan bir yetki sıkıyönetim komutanlarının görev ve yetki alanları içine alınmıştır.

Sıkıyönetim Yasasında 14.11.1980 günlü, 2342 sayılı yasa ile bazı değişiklikler yapılmış, bu Yasa ile getirilen Ek 3. maddede Sıkıyönetim Yasası ile sıkıyönetim komutanlarına tanınan yetkilerin kullanılmasına ilişkin idari işlemler hakkında iptal davası açılmayacağı, şahsi kusurları nedeniyle hukuki sorumluluklarının ileri sürülemeyeceği belirtilmek suretiyle gerek söz konusu işlemler, gerekse bu işlemleri yapmaya yetkili bulunanlar için özel nitelikte, ayrıcalıklı bir korunma sağlanmıştır. Burada hemen belirtmek gerekir ki Ek 3. maddenin getirdiği idari yargı yoluna başvurma yasağı Anayasa'nın "yargı yolu" nu düzenleyen ilkeleri ile çatışma halindedir. Anayasa 125. maddesi ile, idarenin hukuka uygun hareket etmesinin sağlanmasında en etkili yol olarak yargısal denetimi benimsemiş; ilke olarak idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunu açık tutmuştur. Yargı denetimi dışında kalan işlemler genel olarak adı geçen maddede, özel olarak da ilgili diğer maddelerde (örneğin md. 159, 160) gösterilmiştir. Sıkıyönetim hali ni düzenleyen 122 nci maddede yargı yolunu kapatan özel bir

hüküm bulunmadığı gibi 125. maddenin altıncı fıkrası da “Kanun ... sıkıyönetim ... halinde yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlayabilir.» hükmüyle, sıkıyönetim döneminde idari yargı yolunun tümüyle kapatılamayacağını, bu dönemde ancak yürütmenin durdurulması konusunda bir sınırlama yapılabileceğini açıkça ortaya koymuştur.

7.11.1982 günü kabul edilip 9.11.1982 günü Resmi Gazete`de yayımlanarak yürürlüğe giren Anayasanın Geçici 15. maddesi 12 Eylül 1980 tarihinden, ilk genel seçimler sonucu toplanacak Türkiye Büyük Millet Meclisi`nin Başkanlık Divanı oluşuncaya kadar geçecek süre içinde çıkarılan kanunlar, Kanun Hükümünde Kararnameler ile 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca alınan karar ve tasarrufların Anayasa`ya aykırılığının iddia edilemeyeceği kuralını getirmiş; yukarıda sözü edilen Ek 3. madde kabul ve yürürlük tarihi itibariyle Anayasa`nın Geçici 15. maddesi kapsamında bulunduğundan, Sıkıyönetim Yasasının verdiği yetkilere dayanılarak uygulanan idari işlemlere karşı idari yargı yolunu kapatan bu yasa hükmünün Anayasa`ya aykırı olduğunu ileri sürmek ve iptali için Anayasa Mahkemesine başvurmak olanağı da kalmamıştır.

Sıkıyönetim Yasasının ikinci maddesine 2301 sayılı Yasa ile eklenen fıkra 28.12.1982 günlü, 2766 sayılı Yasanın birinci maddesiyle değiştirilmiş, sıkıyönetim komutanlarına verilen yetkiler aynen korunmakla birlikte, sıkıyönetim komutanlarının isteği üzerine işlerine son verilen memurların, diğer kamu görevlileri ve kamu hizmetlerinde görevli işçilerin bir daha kamu hizmetlerinde çalıştırılmayacakları kurala bağlanmıştır. 1402 sayılı Yasanın ikinci maddesine 2301 sayılı Yasa ile eklenen fıkrada, sıkıyönetim komutanlarının isteği üzerine görevine son verilen kamu personeli hakkında böyle bir yasaklama kuralına yer verilmemiş olduğundan, 2766 sayılı Yasanın yürürlüğe girdiği 30.12.1982 tarihinden önce, 2301 sayılı Yasa ile eklenen fıkra uygulanmak suretiyle görevine son verilen kamu personelinin yeniden kamu hizmetlerinde çalıştırılıp çalıştırılmayacakları konusunda ortaya çıkan hukuki boşluk da Sıkıyönetim Yasasına 2766 sayılı Yasa ile eklenen geçici madde ile düzenlenmiştir.

Geçici maddeye göre 30.12.1982 tarihinden önce sıkıyönetim komutanlarının istemleri üzerine işlerine son verilenlerin son durumları, sıkıyönetim komutanlarınca yeniden incelenerek, kamu hizmetlerinde görevlendirilemeyecekleri tespit edilenler bir daha kamu hizmetlerinde çalıştırılmayacaklardır. Böylece geçici madde, daha önce görevlerine son verilenlerin durumlarının yeniden incelenmesine olanak sağlamış, ancak “Bir daha kamu hizmetlerinde çalıştırılmazlar” hükmünü geriye yürüterek yürürlük tarihinden önceki işlemleri de bu hüküm kapsamına almıştır.

II- Hukuki dayanakları yönünden oluşum ve gelişim süreci yukarıda açıklanan bu yetkiye dayanılarak uygulanan “işe son verme” işleminin niteliğinin ve “Türk Memur Hukuku” içindeki yerinin de saptanması gerekir. Anayasa'nın 128 inci maddesine göre memurların ve diğer kamu görevlilerinin nitelikleri, atanmaları, görev ve yetkileri, hakları ve yükümlülükleri, aylık ve ödenekleri ve diğer özlük işleri kanunla düzenlenir. Devlet memurları için bu düzenleme 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda yapılmış devlet memuru olmayan diğer kamu görevlilerinin özlük işleri ise adı geçen yasadaki ilkeler esas alınarak düzenlenmiştir. Bu ilkelere göre kamu görevinin sona ermesi halleri nitelik kaybı, çekilme, çekilmiş sayılma, emeklilik, ölüm gibi genellikle nesnel nedenlere bağlanmıştır. Re`sen emekliye sevk işlemi gibi takdir yetkisi içinde yer alan işlemler uygulanarak göreve son verme durumlarında ise, bu işlemlere karşı yargı yolu açık olduğu ve yargısal içtihatlarla idarenin takdirinin kamu hizmeti ile ilgili, ciddi, kanıtlanabilir, somut nedenlere dayanması gerektiği belirlendiği için kamu görevlisinin keyfi bir işleme maruz kalması büyük ölçüde önlenmiş, eğer böyle bir işlemle görevine son verilmiş ise yargı yolu ile durumunun düzeltilmesi olanağı sağlanmıştır.

Sıkıyönetim komutanlarına tanınan yetkinin kullanımı yasada başlıca iki nedene dayandırılmıştır. 1- Sıkıyönetim bölgesinde genel güvenlik, asayiş ve kamu düzeni açısından çalışması sakıncalı görülme, 2- Hizmetleri yararlı olmamak. Görüleceği üzere sıkıyönetim komutanının takdirine esas alacağı neden-

lerin tanımını yapmak, oluşumunu saptamak, niteliğini ve sınırlarını ortaya koyabilmek oldukça güçtür ve bu nedenler, büyük ölçüde kişisel değerlendirmelere bağlı olarak değişebilecek bir özellik göstermektedirler. Özellikle “hizmetleri yararlı olmamak” nedeni, sıkıyönetim komutanlarının uzmanlık alanı dışında kaldığından, kamu idarelerine ve bu idarelerin yetkili yöneticilerine, sıkıyönetim komutanlarına öneride bulunmak suretiyle, kendi statüleri içinde sahip olmadıkları, kişisel yararlarına bağlı yeni bir yetki sağlamış ve bu yolla çok sayıda kamu görevlisinin işlerine son verme imkanı ortaya çıkmıştır. Bu yetkiye dayanılarak yapılan idari işlemlerin her türlü denetimin dışında tutulması, yetkinin kamu yararı dışındaki amaçlarla da kullanılmasına müsait bir ortam oluşturmuştur. Böylece 18.3.1926 günlü, 788 sayılı Yasanın 59 uncu maddesinde kaldırıldığı açıklanan “idareten azil” müessesesi yeniden ihdas edilmiş ve Türk kamu personeli hukuku 1926 yıllarının gerisine götürülmüştür.

Yetkinin kullanılması için maddede hiç bir usulün öngörülmemiş olması da kamu personeli yönünden tümüyle güvencesiz bir ortam yaratmıştır. Örneğin, kişinin genel güvenlik, asayiş ve kamu düzeni açısından bölgede çalışmasının sakıncalı olduğunun nasıl saptanacağı; kamu görevlisinin hizmetinde yararlı olmadığını sıkıyönetim komutanının bilmesi ve değerlendirmesi mümkün olmadığına göre bu öneriyi kimin yapacağı; kişi hakkında toplanan bilgilerin veya yapılan önerinin, gerçekliği ve doğruluğunun nasıl denetleneceği gibi konularda yasada herhangi bir açıklık bulunmadığı gibi, çok ağır bir ceza niteliği taşıyan bu işlemin uygulanmasından önce ilgiliye savunma hakkı da tanınmamıştır.

Yetkinin bu derecede kişisel değerlendirmeye müsait olması, iyi niyetle kullanılması halinde dahi, uygulanan işlemlerde büyük yanlışlara neden olabilecektir. Nitekim 2766 sayılı Yasa ile getirilen geçici madde uygulaması bu gerçeği ortaya koymuştur. 2766 sayılı Yasanın yürürlüğe girmesinden önce sıkıyönetim komutanlarının isteği üzerine görevine son verilenlerin durumu yeniden incelenmiş, bu inceleme sonunda

çok sayıda kamu görevlisinin sakıncalı olmadıkları anlaşılmış ve bunlar görevlerine dönmüşlerdir. 2766 sayılı Yasanın yürürlüğe girmesinden sonra yasal zorunluk olarak yeniden inceleme olanağı verilmediği ve esasen sıkıyönetim idareleri değişik bölgelerde değişik tarihlerde kaldırıldığı için, yapılmış ise, değerlendirme hatalarının sıkıyönetim idarelerince düzeltilmesi olanağı da fiilen ortadan kalkmıştır. Nitekim Ankara 1. İdare Mahkemesinin 19.11.1986 günlü, 752 sayılı Kararında ( Danıştay Dergisi, 1988, sayı 70-71, S. 227 ) açıklandığı gibi, sıkıyönetim komutanının isteği üzerine görevine iadesi için başvurmuş, sıkıyönetim komutanlığının hukuki varlığı sona erdiğinden durumunun yeniden incelenmesinin mümkün olmadığı Genelkurmay Başkanlığının 8.10.1985 günlü yazısı ile kendisine bildirilmiştir.

III- Sıkıyönetim komutanlarına tanınan işe son verme isteğinin, üniversite öğretim elemanları için uygulanabilirliğinin ayrıca tartışılması gerekmektedir. Anayasa'nın 130 uncu maddesinin yedinci fıkrasına göre, üniversite yönetim ve denetim organları ile öğretim elemanları, Yüksek Öğretim Kurulunun veya Üniversitelerin yetkili organlarının dışında kalan makamlarca her ne suretle olursa olsun görevlerinden uzaklaştırılmazlar. Madde gerekçesinde de açıklandığı üzere, Üniversitelerin, devletin gözetim ve denetimi altında, kendi organları eliyle yönetilmesi; öğretim üye ve yardımcılarının göreve alınmaları, yükseltmeleri ve görevlerine son verilmesinin kendi organları tarafından yürütülmesi ilkeleri, bilimsel özerkliğin bir gereği olarak benimsenmiştir.

Anayasa'nın bu açık düzenlemesi karşısında, sıkıyönetim komutanlarının kamu personelinin işine son verilmesi hakkındaki istemlerinin ilgili kurum ve organlarca derhal yerine getirileceğine ilişkin Yasa hükmünün, üniversite öğretim elemanlarını ve üniversiteleri de kapsadığını kabul etmek mümkün görülmemektedir. Her ne kadar uygulama işlemi kamu personelini bağlı olduğu organ veya kurum tarafından yapılacak işe de, yasaya göre sıkıyönetim komutanının istemi zorunlu olarak ve derhal yerine getirileceğinden, başka bir deyimle sıkıyönetim

komutanının isteği halinde kurumlar işe son verme konusunda bağlı yetki içinde olduklarından uygulanan işlemin kamu görevlisinin bağlı olduğu kurum yöneticilerinin yetkisi içinde olduğunu ve onların öz istençlerini yansıttığını savunmak ve bu yorumdan hareketle “sıkıyönetim komutanının bir öğretim elemanının görevine son verilmesi yolundaki istemi Yüksek Öğretim Kurulu veya Üniversitelerin yetkili organlarınca yerine getirileceğine göre ortada Anayasa'nın belirtilen hükmüne aykırı bir durum olmadığı” yolundaki görüşe katılmak mümkün değildir.

IV- 13.12.1966 tarihinde 811 sayılı Yasa ile onayladığımız İş ve Meslek Bakımından Ayırım Hakkında 111 sayılı Sözleşme'nin 1. maddesinin 1. fıkrasının ( a ) bendi “ırk, renk, cinsiyet, din, siyasal inanç, ulusal veya sosyal menşe bakımından yapılan ve iş veya meslek edinmede veya edinilen iş veya meslekte tabi olunacak muamelede eşitliği yok edici veya bozucu etkisi olan her türlü ayrılık gözetme, ayrı tutma veya üstün tutmayı, “ayırım” olarak nitelendirmiş; 2. maddesiyle de sözleşmeye taraf üye ülkeler söz konusu anlamdaki ayırımı ortadan kaldırmak taahhüdüne girmişlerdir.

Sözleşmenin 4. maddesi “Devletin güvenliğine hanel getiren faaliyetlerden ötürü muhik sebeplerle zanlı bulunan veya bu faaliyetlere giren bir şahıs hakkında anılan tedbirler, ilgili kişinin milli tatbikata uygun olarak kurulmuş olan yetkili bir makama başvurma hakkı saklı kalmak şartıyla, ayırım sayılmaz” hükmüne yer vermiş ise de, 1402 sayılı Yasanın 2342 sayılı Yasayla değişik Ek 3. maddesinde sıkıyönetim komutanlarına tanınan yetkilerin kullanılmasına ilişkin idari işlemler hakkında iptal davası açılması yasaklanmış ve böylece ilgililerin Türk milli tatbikatı bakımından yetkili makam olan “idari yargı mercilerine başvurma hakkı” ortadan kaldırılmış olduğundan Sıkıyönetim Yasasının 2 nci maddesi uyarınca uygulanan göreve son verme işleminin 4. madde kapsamında değerlendirilemeyeceği, dolayısıyla sözleşmeye aykırı olduğu açıktır.

V- Bu bölümde yapılan açıklamalar esas alınarak 1402 sayılı Sıkıyönetim Yasasının 2. maddesi uyarınca uygulanan “işe son

verme" işleminin ve bu işlemin hukuki dayanaklarının niteliklerini ve özelliklerini şöylece özetlemek mümkündür:

1- Adı geçen madde ile sıkıyönetim komutanlarına verilen yetki, bu yetkinin kullanılması için gerek yasada açıklanan sebeplerin belirsizliği, gerekse kamu personeli için güvence sağlayacak bir usulün düzenlenmemiş olması yönlerinden kişisel değerlendirmelere, keyfi ve kamu yararı amacı dışında uygulamalara müsait bir yetkidir. Yasada, bu yetkinin kullanılması için gösterilen "hizmetleri yararlı" olmamak sebebinin sıkıyönetimin amacı ve ilanını gerektiren Anayasal nedenlerle hiç bir ilgisi bulunmamaktadır.

2- Uygulamada bu yetki kapsamına kamu görevlisi olarak Üniversite öğretim elemanlarının, kurum olarak da Yüksek Öğretim Kurulu'nun ve Üniversitelerin alınmasını Anayasa'nın 130. maddesi ile bağdaştırmak mümkün değildir.

3- Belirtilen yetkiye dayanılarak yapılan işlemlere karşı

a ) İdari başvuru yolları,

b ) İdari yargı yolu,

Kapalıdır.

İdari yargı yolunun kapatılmış olması nedeniyle söz konusu işlemler, İş ve Meslek Bakımından Ayrım Hakkında 111 sayılı sözleşmenin 1. ve 4. maddelerine aykırıdır.

4- Bu işleme karşı idari yargı yolunu kapatan yasa kuralının Anayasa'ya aykırılığını ileri sürmek de mümkün değildir.

#### **ANAYASAL DURUM:**

1- 1982 Anayasası kişilere tanınan hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında iki tür neden kabul etmiştir. Bunlardan birincisi, Anayasanın 13. maddesinde yer alan ve bütün hak ve özgürlükler için geçerli olan "genel" nitelikteki sınırlama nedenleri; ikincisi ise, her hak ve özgürlüğün niteliğine göre Anayasa'nın ilgili maddelerinde (örneğin 23, 26, 27 ve 28. mad-



delerde olduğu gibi) ayrıca gösterilen “özel” nitelikteki sınırlama nedenleridir. Ancak, Anayasa koyucu temel hak ve özgürlüklere getirilecek genel ve özel nitelikteki sınırlamaların da sınırını çizmiş bulunmaktadır. 13. maddenin ikinci fıkrası, bu konuda, “Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz” kuralını koymaktadır.

Anayasanın 13. maddesinde yer verilen “genel” ve öteki maddelerinde yer alan “özel” nitelikteki sınırlamanın, devletin ve toplumun var olabilmesini, devamlılığını ve kam düzenini sağlamak için özgürlükleri sınırlamanın belli durumlarda kaçınılmaz bir zorunluk teşkil etmesinden kaynaklandığı açıktır.

Demokratik bir düzende normal zamanlarda ana kural, özgürlüğün esas, sınırlamanın ise istisna olmasıdır. Ancak özgürlükçü demokratik bir toplumda devletin varlığını ve geleceğini ciddi ve ağır biçimde tehdit eden ve tehlikeye atan kimi nedenlerin ortaya çıktığı ve devleti olağan yöntemlerle yönetmenin ve kamu düzenini sağlamanın olanaksız olduğu durumlarda, bu nedenleri ortadan kaldırmak, devleti ve toplumu esenliğe çıkarmak amacıyla kişi hak ve özgürlüklerine geçici bir süre “olağanüstü sınırlamalar” getirilebileceği çağdaş Anayasaların kabul ettiği ortak bir esas olmuştur. Nitekim, Anayasa'nın 15. maddesi de bu konuyu düzenlemekte ve maddenin birinci fıkrasında “Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.” hükmüne yer verilmektedir.

Anayasanın 122. maddesi ise sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hallerini düzenlemekte ve “Anayasanın tanıdığı hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik ve olağanüstü hal ilanını gerektiren hallerden daha vahim şiddet hareketlerinin yaygınlaşması veya savaş hali, savaş gerektirecek bir durumun başgöstermesi, ayaklanma ol-



ması veya vatan veya Cumhuriyete karşı kuvvetli ve eylemli bir kalkışmanın veya ülkenin ve milletin bölünmezliğini içten veya dıştan tehlikeye düşüren, şiddet hareketlerinin yaygınlaşması” sebeplerinden birinin veya birkaçının ortaya çıkması durumunda yurdun bir veya birden fazla bölgesinde veya bütününde sıkıyönetimin ilan edilebilmesine olanak tanımaktadır.

Maddeye göre sıkıyönetimin, savaş hali hariç, her defasında dört ayı aşmamak üzere uzatılması Türkiye Büyük Millet Meclisinin kararına bağlı olup, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hallerinde hangi hükümlerin uygulanacağı ve işlemlerin nasıl yürütüleceği, idare ile olan ilişkileri, hürriyetlerin nasıl kısıtlanacağı veya durdurulacağı ve savaş veya savaşı gerektirecek bir durumun başgöstermesi halinde vatandaşlar için getirilecek yükümlülükler kanunla düzenlenecektir. Görüldüğü üzere, sıkıyönetimin ilanını gerektiren ve 122. maddede tek tek sayılan haller, devletin temel düzenini bozabilecek, ülkeyi büyük hayati tehlikelerle karşı karşıya bırakabilecek nitelikte olan ve millet yaşamında büyük önem ve ağırlık taşıyan hallerdir.

Bu tehlike ve tehdit hallerinin ortadan kaldırılması ise, Devletin varlığını devam ettirebilmesi ve demokratik hukuk devleti niteliğini sürdürebilmesi için kaçınılmaz bir zorunluluktur. Bu nedendir ki Anayasa, idareye, özellik taşıyan bu tehlikeli halleri ortadan kaldıranın gerekli kıldığı “özel” yetkileri vermeyi ilke olarak kabul etmiş ve sıkıyönetimi bir kurum olarak kendi içinde bizzat düzenlemiştir.

Hemen belirtmek gerekir ki, Anayasanın 122. maddesi, değinilen içerikteki düzenlemesiyle sıkıyönetim veya savaş durumlarında olağan durumlardakine benzemeyen birtakım yasa kurallarının konulacağını, temel hak ve özgürlüklerin olağan durumlardakinden daha çok sınırlandırılacağını kabul etmekle birlikte özgürlüklere ve temel haklara getirilecek sınırlamaların savaş veya sıkıyönetimin doğurduğu zorunlulukların gerekli kıldığı ölçüleri aşamayacağını da açıkça vurgulamıştır.

Anayasanın, temel hak ve özgürlüklerin olağan durumlardakinden daha çok sınırlandırılmasına izin veren 15. ve 122. mad-

delerinin açık metninden de anlaşılacağı üzere sıkıyönetim dayanağını Anayasadan ve Anayasanın üstünlüğü ilkesinden alan hukuksal bir kurum olup sıkıyönetimin ilanını gerektiren hallere bağlı olarak yürürlüğe konulan ve bu hallerin ortadan kalkması durumunda sona eren geçici bir rejimdir. Sıkıyönetim rejiminin bu niteliği, sıkıyönetim idaresince alınan önlemlerin sıkıyönetimin kalkmasıyla birlikte sona erdiğinin kabulünü de zorunlu kılar. Anayasanın 15. maddesinde yer alan ve savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının kısmen veya tamamen “durdurabileceği” yolundaki hükümle, 122. maddesinin 5. fıkrasında yer alan “sıkıyönetim, seferberlik ve savaş hallerinde ... hürriyetlerin nasıl kısıtlanacağı veya durdurulacağı ... kanunla düzenlenir.» hükmü sıkıyönetim komutanlığının hürriyetlerin kullanımı konusunda aldığı önlemlerin sıkıyönetimin ilan edilmiş nedenleri ve süresiyle sınırlı olduğunu kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde ortaya koymaktadır. Öte yandan fıkrada özgürlüklerin «kısıtlanması» yani kullanımının belirli kayıtlara tabi tutulması ve «durdurulması» yani sıkıyönetim halinin zorunlu kılması halinde sıkıyönetim süresince hürriyetlerin kullanımının askıya alınmasından söz edilmektedir. Sıkıyönetim komutanlığınca hak ve özgürlüklerin kısıtlanması ve durdurulması yolunda alınan karar ve önlemlerin yürürlük ve etkilerinin sıkıyönetimin kalkmasından sonra da devam etmesine ve giderek bu hak ve özgürlüklerin yok edilmesine yol açacak bir anlayış ve uygulamanın, hem 122. maddenin bu önlemlerin alınmasını sıkıyönetim halinin varlığına bağlayan açık hükmüyle hem de Anayasanın temel hak ve hürriyetlere getirilecek sınırlamaların sınırını belirleyen 13. maddesinin 2. fıkrasıyla bağdaştırılması mümkün değildir. 13. maddenin ikinci fıkrası temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamaların “öngöröldükleri amaç dışında” kullanılamayacaklarını özellikle vurgulamış bulunduğu için sıkıyönetim ilanını gerektiren hallerin ortadan kaldırılması amacıyla temel hak ve hürriyetlerin kullanımını “kısıtlayıcı” veya “durdurucu” yönde sıkıyönetim komutanlığınca alınan karar ve önlemlerin sıkıyönetim kalktıktan ve olağan duru-

ma geçildikten sonra da yürürlükte kalabilmelerine hukuken olanak yoktur. Nitekim Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonunun ( Türk-İş ) 1989 yılında Milletlerarası Çalışma Teşkilatına ( ILO ) yaptığı başvuru üzerine Teşkilatın Uzmanlar Komitesince hazırlanan ve "1989 Gözlemi" başlığını taşıyan raporda da "Komite, tabiatı gereği sıkıyönetim kalkar kalkmaz sıkıyönetim idaresince alınan tedbirlerin de sona ereceğini ve bu nedenle kişilerin kamu hizmetinde çalışamayacağı hükmünü getiren 1402 sayılı Kanun Hükümlerinin bu bağlamda değerlendirilmesi ve sıkıyönetim mahalli ve süresi ile sınırlı tutulması gerektiğini gözlemlemiştir." denilmek suretiyle aynı sonuca varılmış bulunmaktadır.

II- Kamu hizmetlerine girme hakkı Anayasa'nın 70 inci maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, "Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir, hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiç bir ayırım gözetilemez." Madde kamu hizmetine girme hakkı yönünden vatandaşlar arasında herhangi bir ayırım yapmamış, görevin gerektirdiği niteliklere sahip olmayı bu haktan yararlanabilmek için yeterli saymak suretiyle "Kanun önünde eşitlik" ilkesini açıklayan 10. maddeye uygun bir düzenleme getirmiştir. Bilindiği gibi Anayasa'nın 10. maddesi herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğunu; devlet organları ile idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda olduklarını kabul eder.

Sıkıyönetim komutanlarının istemleri üzerine görevine son verilenlerin büyük bir bölümü hakkında gerek sıkıyönetim döneminde, gerek sıkıyönetim sona erdikten sonra, yasada göreve son verilmesini gerektiren ve tek tek sayılan nedenlerin özel ağırlık taşımalarına karşın, herhangi bir kovuşturma veya soruşturma yapılmamış olması, söz konusu yetkinin kullanılmasında Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen ve kanunun uygulanmasında ayırım nedeni olmayacağı kabul edilen unsurların ağırlık kazandığını göstermektedir. Hal böyle olunca,

tartışma konusu yasaklayıcı hükmün sıkıyönetim kalktıktan sonra da uygulanabileceğini kabul etmek, sıkıyönetim komutanının isteği üzerine görevden alınmış olmayı kamu hizmetlerine girme hakkını sürekli olarak ortadan kaldıran bir nitelik haline dönüştürmektedir ki; bu sonucun Anayasanın 70. maddesinin kamu hizmetine girmek için öngördüğü ölçütü ve 10 uncu maddesinde ifadesini bulan eşitlik ilkesi ile bağdaşmayacağı açıktır.

### YORUM SORUNU

İçtihadın birleştirilmesinde varılacak sonucu, 2766 sayılı Yasa da yer alan «Bu şekilde işlerine son verilen memurlar, diğer kamu görevlileri ve kamu hizmetlerinde görevli işçiler bir daha kamu hizmetlerinde çalıştırılmazlar» hükmüne verilecek anlam ve kapsam belirleyecektir.

Söz konusu hükümdeki “bir daha” deyiminin dilimizde, tüm zamanı kapsayacak biçimde geniş anlamda kullanılması mümkün olduğu gibi, belli bir zaman dilimi ile sınırlı olarak da kullanılması mümkündür. Deyimin yoruma müsait olan bu kullanım biçimi, içinde yer aldığı hükmün de, hukuk kurallarına uygun olarak yorumunu mümkün ve müsait hale getirmektedir.

2766 sayılı Yasanın gerekçesi ve Danışma Meclisindeki tartışmalar “bir daha kamu hizmetlerinde çalıştırılmazlar” hükmünün sürekli bir yasaklama hükmü olarak ele alındığını göstermektedir. Ancak, sadece yasanın gerekçesine bağlı kalınarak yapılacak bir yorumun bizi, yasanın kabul edildiği tarihteki koşullarda belirlenmiş bir sonuca götüreceği açıktır. Son derece dar ve sınırlı olan bu yorum yolu ile, sıkıyönetim komutanlarının isteği üzerine işine son verilenlerin sıkıyönetim kalktıktan sonra da kamu görevlerinde çalıştırmayacakları sonucuna varılması haksız ve olumsuz birçok uygulama sorununu da beraberinde getirecektir. Örneğin, Ceza Kanunu hükümlerine göre cezalandırılmış kişilerin belli koşulların oluşması halinde tecil, mahkumiyetin esasen vaki olmamış sayılması, memnu hakların iadesi veya adli sicildeki hükümlülük kaydının silinmesi gibi hukuki yollarla yeniden kamu hizmetine

girmelerinin mümkün olduğu bir hukuk düzeninde, kendilerine savunma olanağı verilmemiş ve haklarında suçluluklarına ilişkin herhangi bir yargı kararı bulunmayan kimi vatandaşlar ömür boyu bu haktan yoksun kalacaklar, böylece yargılanmış, suçluluğu hükmen sabit olmuş kişilere göre daha olumsuz bir hukuki durumun içine sokulmuş olacaklardır. Yine, sıkıyönetim ilanını gerektiren nedenlerin ortadan kalkmış ve normal yönetim sürecine girilmiş olmasına karşın, yasaklama hükmünün sürdürülmesi, ilgililer hakkında toplumda olumsuz değer yargılarına neden olacak, onların manevi kişiliklerini zedeleyecektir. Bu tür bir uygulamanın Türkiye'nin de taraf olduğu ve onayladığı İnsan Hakları Evrensel Beyanname'sinin 5 inci, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme'nin 3. maddesinde açıklanan "Hiç kimse haysiyet kırıcı ceza ve muameleye tabi tutulamaz" kuralı ile bağdaşmayacağı açıktır.

Sıkıyönetim komutanlarının isteği üzerine görevine son verilenler hakkında, tabi oldukları 5434 sayılı TC. Emekli Sandığı Kanunu veya diğer sosyal güvenlik kurumları hakkındaki kanun hükümlerinin uygulanacağı yolundaki düzenleme de, sözlü olarak açıklanan muhalefet görüşünde ileri sürüldüğünün aksine, kamu hizmetlerine girme konusundaki yasaklamanın sürekli olduğu yorumunu gerektirecek bir içerik taşımamaktadır. Çünkü, mevzuatımızda, hakkında bağlı olduğu sosyal güvenlik kurumu ile ilgili hükümlerin uygulanmış olmasını, o kimsenin kamu görevine yeniden girmesine hukuken engel olarak kabul eden bir düzenleme bulunmamakta; aksine 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 93. maddesi emekli olanlardan sınıfında yazılı nitelikleri taşıyanların yeniden memurluğa alınabilmelerine imkan tanımaktadır.

Yasa tasarı ve teklifleri Yasa haline geldikten sonra gerekçelerinden soyutlanarak objektif bir kimlik kazandıklarına göre, yasalarda yer alan kuralların da toplumun gereksinimlerin cevap verecek biçimde, toplumsal gelişmeye ve üst hukuk kurallarına uygun olarak yorumlanıp uygulanmaları gerekir. Bu noktada hemen belirtmek gerekir ki bir yasanın, kabul ve yürürlük tarihi itibarıyla Anayasanın geçici 15. maddesi kapsa-

mında olduğu için, Anayasaya aykırılığının ileri sürülemeyecek olması, onun mümkün olduğu ölçüde Anayasa'ya uygun olarak yorumlanmasına engel değildir. Anayasa Mahkemesinin 28.9.1984 günlü, 1 sayılı kararında ( AMKD, Cilt 20, Sh: 450 ) da belirtildiği gibi Anayasa'nın 15. maddesi kapsamına giren Yasalardaki kuralların "Anayasa'nın temel ilkelerine ve bu ilkelere egemen olan hukukun ana kurallarına olabildiğince uygun düşecek biçimde yorumlanmaları" hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Bu nedenlerle, ağır toplumsal koşulların varlığı ve baskısı altında ve olağanüstü bir yönetim döneminde yürürlüğe konulan 2766 sayılı Yasadaki söz konusu hükmün anlamının, amaçsal bir yorumla ve sıkıyönetimin hukuki yapısına ve bu yönetim halinde özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin yukarıda açıklanan Anayasa ilkeleri gözönünde bulundurularak belirlenmesi gerekmektedir.

Bir yandan nitelikleri yukarıda açıklanan ve hakkında hukuk yollarına başvurma olanağı bulunmayan işlemle bu işlem için öngörülen yaptırım arasında adil bir denge kurulmasının hak, adalet ve hukuk devleti ilkelerinin bir gereği olması; öte yandan dayanağını Anayasa'nın 122. maddesinden alan ve bu maddede belirtilen durumlara bağlı olarak yürürlüğe konulan sıkıyönetimin geçici bir nitelik taşıması, dolayısıyla sıkıyönetim komutanlığınca alınan önlemlerin de sıkıyönetim süresi ile sınırlı bulunması; Anayasa'nın 15. ve 122. maddelerinde sıkıyönetim halinde temel hak ve özgürlüklerin durumun gerektirdiği ölçüde kısıtlanabileceğinin veya durdurulabileceğinin, 13. maddesinde de bu sınırlamaların Anayasa'nın özüne ve ruhuna uygun olması gerektiğinin, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamayacaklarının ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamayacaklarının açıklanmış olması nedenleri ile 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nun 2. maddesinin 2766 sayılı Yasa ile değişik son fıkrasında yer alan " ... bir daha kamu hizmetlerinde çalıştırılmazlar." ibaresini sıkıyönetim süresiyle sınırlı bir hüküm olarak değerlendirmek ve bunun sadece sıkıyönetim süresince hukuki sonuç doğurabileceğini kabul etmek gerekmektedir.

Esasen Anayasa'nın 11. maddesinde ifadesini bulan Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi ile yargıçların Anayasa'ya, Yasaya ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm vereceklerini açıklayan 138. maddesi de böyle bir yorumu zorunlu kılmaktadır. Kaldı ki, 2766 sayılı Yasadan sonra yürürlüğe giren, seçimlerle ilgili Yasalarda yer alan hükümler de, yasa koyucunun sıkıyönetim Yasasındaki söz konusu hükmü sıkıyönetim süresi ile sınırlı bir düzenleme olarak öngördüğünü açıkça ortaya koymaktadır. Gerek 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu'nda, gerek 2972 sayılı Mahalli İdareler Organlarının seçimi ile ilgili Kanun'da "seçilme yeterliği" ayrıntılı olarak düzenlenmiş ve sıkıyönetim komutanlarının istemi üzerine görevinden alınan kamu görevlilerinin seçilemeyecekleri yolunda herhangi bir hükme yer verilmemiş ve bu durumda olan kimi kişiler, Milletvekili olarak Yasama organı Üyeliğine seçilmişlerdir. 2766 sayılı Yasadan sonra kabul edilen seçim yasalarının, her biri geniş anlamda birer kamu hizmeti niteliği taşıyan görevlere seçilmeye engel görmediği bir hukuki durumun, diğer kamu görevlileri için de aynı sınırlar içinde yorumlanması hak, adalet ve eşitlik ilkelerinin bir gereği olmaktadır.

**SONUÇ:** 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu'nun 2. maddesinin 2766 sayılı Yasa ile değişik son fıkrasında yer alan "... bir daha kamu hizmetlerinde çalıştırılmazlar" hükmünün yukarıda belirlenen anlam ve kapsamı karşısında, adı geçen madde uyarınca sıkıyönetim komutanlarının istemleri üzerine işlerine son verilen memurların, diğer kamu görevlilerinin ve kamu hizmetlerinde görevli işçilerin, ilk kez kamu görevine girdikleri tarihte bu görev için yasa ve yönetmeliklerde öngörülen nitelikleri kaybetmemiş olmaları koşuluyla, işlerine son verildiği bölgede sıkıyönetim kalktıktan sonra, kurumlarınca eski görevlerine iade edilmeleri gerekeceğinden, İçtihadın Danıştay Beşinci Dairesinin 14.4.1988 günlü ve E:1987/2417, K:1988/1286 sayılı Kararı doğrultusunda birleştirilmesine, 7.12.1989 gününde, birinci toplantıda, oyçokluğu ile karar verildi.

-





## İKİNCİ OTURUM

OTURUM BAŞKANI: AV. CUMHUR ARIKAN  
TBB DENETLEME KURULU ÜYESİ VE TBB EĞİTİM MERKEZİ  
GENEL SEKRETERİ

AV. YRD. DOÇ. DR. ERDEM İLKER MUTLU  
HACETTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

YRD. DOÇ. DR. R. MURAT ÖNOK  
KOÇ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

AV. UĞUR ALTUN  
TBB İNSAN HAKLARI MERKEZİ YÜRÜTME KURULU ÜYESİ

## FORUM

KHK'İN UYGULAMADA VE  
SAVUNMA HAKKININ KULLANILMASINDA  
YARATTIĞI SORUNLAR

## SONUÇ BİLDİRGESİ



## İKİNCİ OTURUMU AÇIŞ KONUŞMASI

*Av. Cumhuri Arıkan - Oturum Başkan*

*TBB Denetleme Kurulu Üyesi ve Eğitim Merkezi Genel Sekreteri*

**Av. Cumhuri ARIKAN (Oturum Başkan)**- Saygıdeğer konuklar, Türkiye Barolar Birliği Eğitim Merkezimizin “Kanun Hükümünde Kararnameler Türkiye’inde Savunma Hakkı” konulu çalışmamızın öğleden sonraki oturumuna hepiniz hoş geldiniz.

Bu oturumumuzda bizlere Yrd. Doç. Dr. Sayın Erdem İlker Mutlu Hacettepe Üniversitesinden ve Yrd. Doç. Dr. Sayın Murat Önok ilk oturumda konuğumuz olacaktı. Fakat Sayın Mutlu aramızda, Sayın Önok bir sağlık sebebiyle aramızda olmayacak. Kendisine hem buradan acil şifalar diliyoruz, hem de tabii onun konusunu çok sağ olsunlar Sayın Mutlu üstlendiler. Ona da bir kez daha teşekkür ediyoruz.

O zaman ben, sizler süratle yerlerinizi alırken, üzerinde duracağımız hususları birleştirerek anons edeyim. Öncelikle “uluslararası hukuk emredici hükümleriyle OHAL ilişkisi” ve daha sonra da “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi bağlamında OHAL uygulamaları” üzerinde duracak Sayın Mutlu. Daha sonra bir 10 dakikalık kahve arası olacak. Ondan sonra da Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi Yürütme Kurulu Üyesi Av. Sayın Uğur Altun bizlerle olacak ve Uğur Altun da, “kanun hükümünde kararnamelerin uygulamada ve savunma hakkının kullanılmasında yarattığı sorunlar” üzerinde duracak. Muhtemelen somut örnekler vererek ve daha sonra da hep beraber bu işin değerlendirilmesi bölümüne geçeceğiz ve bu şekilde ikinci bölümde bu çalışmamızı sonlandıracağız.

Ben tekrar katılımınız için teşekkür ediyorum ve sözü Sayın Mutlu’ya bırakıyorum. Buyurun Hocam.



# ULUSLARARASI HUKUK EMREDİCİ HÜKÜMLERİ İLE OHAL İLİŞKİSİ

ERDEM İLKER  
MUTLU'NUN  
KONUŞMASI

## İHAS BAĞLAMINDA OHAL UYGULAMALARI

*Av. Yrd. Doç. Dr. Erdem İlker MUTLU*

*Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

Teşekkür ediyorum Sayın Başkan.

Aslında az evvel Cumhurbaşkanlığı oturum başkanlığını yapmış olduğu anonstaki başlık tabii benim açımdan şimdi değişmiş oldu. Normalde ius cogens-ulusal hukuk ilişkisinde, olağanüstü hal rejiminin ne şekilde etkilenip etkilenmeyeceği konusunda bir sunum yapacakken, şimdi biraz daha genel anlamda uluslararası hukuk- olağanüstü hal rejimi eksenin bir ön bilgilendirmeye, daha farklı bir plan söz konusu olmuştur.

Konuya şu noktadan başlamak istiyorum. Eğer ki biraz bu sürecin altyapısını anlatmak gerekirse anlatacağım bazı şeyler size çok ilginç, çok acayip gelebilir ve hatta şu ana kadar sabah yapılan konuşmalarla bazı çelişkiler de tespit edebilirsiniz.

Uluslararası hukukla ilgili çok ciddi bir ontolojik problemi-miz var. Yani uluslararası hukuk hâlâ iç hukukta olduğu gibi, kesinleşmiş ağır yaptırımlara sahip, hukukun net köşeleri kenarları olan, belli çerçeveye oturtulmuş ve uluslararası hukukun “şudur veya şu noktada biter başlar” diyebileceğimiz noktalara sahip değildir. Yani uluslararası hukuk bir anlamda hâlâ kendi öz evrimini sürdürmekte olan bir hukuk branşı. Bu nedenle iç hukukla olan ilişkisi de, bu evrimsel süreçte gittikçe kendi içinde metamorfolojik olarak değişmeye devam etmektedir. Uluslararası hukuku bu yönüyle düşündüğümüz zaman, bizdeki gibi doğrudan etkili, doğrudan uygulanabilen belli kurallar çerçevesinde, “evet uluslararası hukuk bunu di-

yorsa bu konu kesin ve net olarak bu şekilde uygulanacaktır” diye anlamak çok zor. En azından, bizde böyle anlaşılıyor olsa dahi, uluslararası alanda bu şekilde anlaşılıyor konu.

Daha kısa ve öz bir anlatımla şu şekilde ifade edilebilir: Hukukun öznelere, yaratıcıları devletlerin olduğu veya devletler tarafından oluşturulmuş uluslararası organizasyonların olduğu bir alandan söz ediyoruz. Nasıl ki Jean-Jacques Rousseau iç hukukta hukukun öznesini vatandaş birey, yani hukuku yaratmak isteyen insan olarak görüyorsa, uluslararası hukuk da o insanın, o bireyin yerine geçen canlı olmayan soyut bir varlık olarak devleti görmektedir.

Bu nedenle uluslar arası hukukun öznesi olan bu devletin yapmış olduğu eylem ve işlemler, uluslararası alanda belli bir durum, belli bir görüntü yaratır ki, biz bunlara “devletin arsiulusal şahsiyetine izafe edilen eylemler” deriz. Bu eylemler bir süre sonra eğer ki kesinlik arz ederse, devletler “artık benim duruşum tavrım bu şekilde” derse, kendi aralarında yazılı sözleşmelere imza atarlar ve biz bunlara da uluslararası anlaşmalar deriz. Devletin sorumluluğunu yazılı güvence altına alan anlaşmalar söz konusudur.

Yine hukuk kuralları içinde tıpkı iç hukukta olduğu gibi, az evvel sözünü ettiğimiz eylemlerin belli bir dönemde tekrarlanması ve buna “opinio juris” dediğimiz, yani hukukun ne olması gerektiği yönündeki devletlerin açıkladıkları beyanları da eklersek, gelenek hukuku dediğimiz kavram oluşacaktır. Bu gelenek hukuku belli bir süre sonra öyle bir hal alıyor ki, bazı parçaları -ki, aslında benim anlatmak istediğim önceki konu temel konu, kritik gördüğüm nokta buydu- buyruk kuralları veya emredici kurallar dediğimiz, hiçbir devletin hiçbir şekilde asla kendini sorumsuz hissetmeyeceği, bağlı olmayacağı ya da “bu hukuk kuralı olmamalı” demeyeceği “anayasal nitelikteki kurallar” şekline dönüşebilecektir.

Tabii bu kuralların hepsini bütün olarak, yani baştan beri aldığımız yazılı kuralların tamamını alıp, bunun üzerine de devletlerin eylemlerini de koyduğumuz zaman, karşımıza genel

çerçevede bir pozitif uluslararası hukuk çıkmaktadır. Bunu iç hukukla nasıl ilişkilendiririz? Bununla ilgili birçok farklı yaklaşım vardır ki, bu yaklaşımlardan bugün dünyada devletlerin yine kendi geleneklerinde önemsedikleri ve gerçekten kendi ulusal çıkarlarını da koruyarak benimsedikleri yaklaşım, uluslararası hukukla iç hukukun tamamen karışmaması yönündedir. Yani farklı düzlemlerde değerlendirilmesi, biz buna ikici (düalist) kuram diyoruz. Bunu otoyol metaforu ile anlatmak daha kolaydır. Uluslararası hukuk ve iç hukuk doğrudan aynı yol üzerinde giden araçlar değildir. Birisi belki otobansa, diğeri şehir içi yoldur ve bunların aynı yolda karşılaşma çarpışma çakışması olasılık dahilinde değildir. Ancak birbirleriyle çakışmalarını veya birbirlerine giriş çıkış yollarını düzenleyen farklı düzenlemeler yapılabilir devletler tarafından. Tabii devlet kuramına da burada bir atıf yapmamız gerekirse, devletin iç yüzü iç bakışı iç sorumlulukları, ülkesel alanı içindeki varlığı aslında iç hukukla ilgili olan sorumluluğunu ve düzenleyiciliğini gösterirken, uluslararası hukuk çerçevesinde devletin dış yüzü, yani eşit egemenlik ilkesi dediğimiz. 1945 sonrası oluşturulan dünyada uluslararası hukukun gelmiş olduğu noktada, devletlerin tamamının eşit egemenliği ilkesine dayanan bir anlayışla, egemen oldukları alanları birbirlerine karşı saygı gösterip korumakla yükümlü oldukları bir düzlemden söz ediyoruz.

Bu kısa bilgilendirmeden sonra, uluslararası hukukun bir devletin egemenlik alanındaki tasarrufları ne olabilir sorunsalı, çok ciddi bir sorunsaldır. Dediğimiz gibi, bazen günümüzde devletler birbirleriyle akdettikleri sözleşmelerin sonunda ağır ve kaçınılmaz yaptırımlara maruz kalabilirler. Genelde bu yaptırımlar daha çok diplomatik yaptırımlar yoluna giderler ki buradan çıkan sonuç devletlerin birbirlerine karşı yerine getirmediği yükümlülüklerden dolayı ağır yaptırımlar uygulamaları söz konusu olmadığı şeklindedir. Sözleşmede verilen fesih ve varsa başka olanakları kullanmakla ancak yetkili ve yükümlüdürler.

Bunun dışında, bazen uluslararası alanda öyle sözleşmeler yapılmaktadır ki, bunlar özellikle Avrupa Birliğini kuran anlaşmalar gibi veya Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi, dev-

letlerin bu yükümlülüğü yerine getirmek için daha fazladan, olağan bir uluslararası sözleşmeden daha fazla güvenceler oluşturulmuştur. Yani devlet yerine getirmediğinde yükümlülüğü, o yükümlülüğü yerine getirtmek için bir mekanizma oturtulmuştur. Böyle zamanlarda işte karşımızda uluslararası hukukun zorlayıcılığı problemi çıkar.

Bugünkü konuya geri dönecek olursak, ben üç ana başlıkta tartışmak istiyorum izninizle. Bunlardan ilki, uluslararası hukuk açısından son yılların en büyük dönüm noktalarından birisidir ki, diğeri 2005'de gelen bir geçiş dönemidir-. O aslında bambaşka bir konu olduğu için onu tartışmak istemiyorum. İlki 11 Eylül 2001 tarihinde ortaya çıkan ve ABD'nin başını çektiği dünyada terörizme veya ulusal güvenlik oryantasyonu merkezinden hareket eden olağanüstü hal rejimi uygulamalarıdır. Bu tabii dünyada, yani küre çerçevesinde karşılaştırmalı hukuk, uluslararası hukukta olağanüstü rejimlerin nasıl düzenlendiği konusunu birlikte ilgilendiren bir konudur.

İkincisi, devletin uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerinin olağanüstü hal rejimlerinden etkilenip etkilenmediği konusudur. Bu konuda uluslararası yükümlülüklerin olağanüstü hale bağlı olarak ne derecede askıya alınabileceği, yerine getirileceği veya yerine getirilemeyeceği konusu tartışılacaktır.

Üçüncüsü ve sonuncusu da konunun, olağanüstü hal rejimleriyle ilgili tartışmalı bazı özel durumları içermektedir ki bunun içine tabii Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin vermiş olduğu bir kararla ilgili de bazı atıflar yaparak, aslında devletin ulus ötesi şahsiyetinin bu olağanüstü rejimlerin ne tür bir ilişkiye girdiği konusunda fikir sahibi olmaya çalışacağız.

Şimdi ilk noktadan başlayacak olursak, 11 Eylül 2001 yılında Amerika Birleşik Devletlerinde, önce New York - Dünya Ticaret Merkezi kulelerine, daha sonra Washington ve Pensilvanya'ya yönelik meydana gelen saldırılarla birlikte, dünyada -ki, bu saldırıları gerçekleştiren El Kaide ismini verdiğimiz bir uluslararası organizasyon/ bir örgüt- uluslararası hukuk açısından milat yaşanmasına yol açmıştır.



Belçikalı yazar Jean Claude Paye, olağanüstü yönetim rejimleriyle ilgili olarak, bunun bir başlangıç noktası, dünyada bir başlangıç noktası ve aslında bu başlangıç noktasının da, süregelen devam edecek bir dönemin başlangıcı olarak gerçekleşeceğini ileri sürmektedir. Yine uluslararası hukukun duayen doktrinlerinden biri olarak kabul edilen Ian Brownlie olağanüstü hal rejimleriyle ilgili çok ilginç bir tespitte bulunur. "Anayasa hukuku kitapları, olağanüstü hal rejimleriyle ilgili çok az şey yazar" der. Genelde olağan dönemi çok iyi düzenler, çok ayrıntılı tartışılır, ama olağanüstü hal rejimlerini çok az yazar.

Çağımızın yine önemli düşünürlerinden Carl Schmitt'in de "Siyasal İlahiyat"ında, olağanüstü hal rejimiyle ilgili bir tespitini vermeden geçemeyeceğim. Bunun için der ki, "Devletin egemenliğini gösterdiği dönemdir." Yani egemenlik gösterisi olduğunu söyler.

Alman Fredrich Schauer adlı bir yazar ise, "hukuk kuramında görünmezliğe sahip bir başlık" olarak nitelemektedir olağanüstü hal rejimini; son derece ilginç bir yaklaşım, gerçekten görünmezlik özelliğine sahip bir başlık. Bu nedenle Amerika Birleşik Devletleri dahil, dünyanın birçok ülkesinde, aslında son derece ki, ABD'de dahi az işlenen bir konudur. Anayasacılık yazınında son derece ileri olan ülkelerde dahi çok az işlenen konulardan biri.

Burada temel sorunsal, bütün yazarlar tarafından ortak olarak şu şekilde belirtilmektedir. Eşit egemenlik ilkesi çerçevesinde yer alan devletlerin, krizle olağanüstü hal dönemlerinde, yani olağanüstü hal rejimlerinde, demokratik sisteme sahip bir devlet olarak nasıl bir tutum veya tepki gösterilmesi gerektiği önemlidir.

Dedik ki, tabii ABD'de konu çok az yazılmış ve o dönemde tabii biraz işlenmeye başlanmış 11 Eylül sonrası. Tabii diğer batılı demokrasiler buna çok da yabancı kalmamışlardır. Takdir edersiniz hatırlarsınız sizler de, ünlü Madrid metro saldırısı, Londra saldırıları gelmiş ve Londra saldırısından sonra özellikle Avrupa'nın bütün batılı demokrasilerinde, terör so-

nucunda ortaya çıkan olağanüstü hal dönemlerinin hukuksal rejimlerinin nasıl yürütülmesi gerektiğine dair kamuoyunda tartışmalar başlatılmıştır.

Batılı birçok yazar, bunun “devletin görünmeyen yüzünün ortaya çıktığı an” olarak betimlemektedir; gerçekten çok ilginç.. Vatandaş - bireyi şoka sokan devletin görünmeyen yüzü, olağanüstü halde ortaya çıkmaktadır. Ben bunu biraz şöyle bir olaya benzetiyorum: Hani size hep iyi, hep şefkatli davranan bir babanın çok kızdığı andaki patlama anı gibi düşünülebilir. Olağanüstü halde yakın tehlikeyi hisseden devlet, böyle bir karşılık verebilmektedir. ABD geleneğinde ünlü bir “Patriot Act” adı verilen vatanseverlik yasası var ki, Birinci Dünya Savaşı’ndan beri böyle zamanlarda hep ihtiyaç olduğunda devreye sokulan, gerektiğinde modifiye edilen değişen şartlarla uyum sağlayan yasalardan biridir.

Tabii bu orta düzeyde tarih bilgisine sahip bir ABD vatandaşı tarafından bilinir bir şeydir bu yasanın varlığı. Ne var ki, Londra ve Madrid saldırılarından sonra, özellikle İngiltere’de ortaya çıkan durum, aslında bir İngiliz vatandaşı tarafından son derece şaşırtıcıdır. Orada Defence of Realm Act (ülkenin savunması yasası anlamına gelmektedir) ve daha sonra bu da dereceli olarak çıkarılan Emergency of Powers Act (Olağanüstü Dönem Yetkileri Yasası) son derece ilginçtir klasik Ortak Hukuk’a oldukça yabancı gelişmelerdir. Yani İkinci Dünya Savaşı sonrasında İngiliz hukukunda görülmeyen yeni değişikliklere yol açmıştır.

Burada yine tabii bir noktayı da belirtmeden geçmemek gerekiyor. Olağanüstü hal sadece fiziksel saldırıya ilişkin bir olağanüstü hal olarak değerlendirilmemeli. Bazen ekonomik olağanüstü hal dediğimiz dönem de, dünyada birçok yazar tarafından kabul edilen bir süreçtir. Ekonomik olağanüstü halde de, devletler ulusal savunma amaçlı olarak, ağır ekonomik yükümlülüklerle beraber daha geniş bir yetki talebiyle vatandaşın karşısına çıkabilmekte. Tabii bu ekonomik ve fiziksel ayrımını bir tarafa bırakacak olursak, uluslararası hukuk üzerine bir sivil toplum kuruluşu olan Uluslararası Hukuk Örgü-

tü İLA tarafından, olağanüstülük kavramı üzerine bir yorum yapılmıştır ki, bu kavram çok önemlidir. Tabii olağanüstü hal dediğimizde, “olağanüstü olan nedir?” sorusu mutlak olarak çıkacaktır karşımıza.

Şöyle bir yorum yapmaktadır İLA: Bakın, aynen kendi çevirimle söylüyorum: “Demokratik bir toplumun devamına dair olağan kuralların işleyişini beklemenin önüne geçebilecek derecede acil bir durumun belirlenmesi, ancak ve ancak her bir durumun kendi içinde değerlendirilmesiyle mümkündür.” Yani ortaya olağan dönem kurallarını işletmenin beklenemeyeceği kadar acil bir durum çıkacak. Ne var ki, bunu ortak bir parametreyle formüle etmek mümkün olmadığından, ancak ve ancak her bir durum kendi içinde değerlendirilecek.

Devamı da aynen şöyle diyor: “Zira ne tür olguların olağanüstü durumda oluşturulacağına dair otomatik bir belirleme yapmak *in abstracto* ne özlenen, ne de olanak dahilinde bir durumdur.” Yani o durumlar belirmeden, bunu bir formülle belirteip, işte bu bizim formülümüze uyuyor ya da uymuyor demek son derece zordur demektir.

Birçok yazar Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin o ünlü 15.maddesine ilişkin, Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun protokollerden önceki dönemde yapmış olduğu bir tariften “yakın tehlike”, “genel kamuyu etkileyen kriz” gibi kavramlarla bunun ifade edildiğini görmekte ve bu kavramları da yine ucu açık bulmaktadır. Az evvel aynı Uluslararası Hukuk Örgütü’nün dediği gibi, bunlar da ucu açıklığı nedeniyle her durumda kendi içinde değerlendirilmesi gereken sorunlardır.

İlk sorunun yanıtını, en azından karşımıza çıkan “olağanüstü”nün ne olduğuna dair bu ipuçlarını bulduktan sonra, devam eden sorular şu şekilde gelmektedir: Olağanüstü hale kim karar verecektir? Karar verildikten sonra hangi hukuksal-sosyal-siyasal kontrol mekanizmaları devreye sokulacaktır? En sonunda, olağanüstü halin sona ereceği zamana kim hangi şartlarda karar verecektir?

Sözü geçen ekonomik olağanüstü hal durumunu ayrı bir yere koyacak olursak, fiziksel saldırı sonucu oluşan ya da çok muhtemel böyle bir saldırı beklentisiyle oluşan olağanüstü durumlarda, kamu özgürlükleriyle ilgili yaşanan krizde dünyanın birçok yerinde güvenlik-özgürlük tartışmaları meydana çıkmış ve bununla ilgili olarak da özgürlük konusunda hassasiyet gösterenlerle güvenlikçi anlayışta olanlar arasında bir gerilim yaratılmıştır.

Tabii bu gerilimin sonucunda, güvenlikçi anlayışa sahip olanlar özgürlükçüler konusunda, onları “aklı bir karış havada” olarak değerlendirmişler, özgürlükçüler ise güvenlikçileri “bu durumu bir fırsata çevirdi” şeklinde eleştirmişlerdir. Amerikalı yüksek mahkeme yargıcı Robert Jackson tam yarım asır önce, bu gerilimi bir kararda şu şekilde yorumluyor: “*partizan davranış içindeki insanların ani ve bütüncül yaklaşımlarına karşı, düşünen insanlar daha dikkatli ve zorlukları öngören davranışlar göstermektedirler. Özgürlükleri sadece bir gölgeye çevirmeye yönelik bir isteği bile, savaş dönemi şüpheleri tutkular ve hoşgörüsüzlüğe esir etmeye hazır, aşkın güvenlik istemi içinde olanların yapmış olduğu işin kolay yanıdır. Diğer yandan da, gayet olağan olan savaş dönemi gerginliklerini, bazen çok kırılğan ve hatta düşmanlara sempatik baktığını düşündükleri bir yargı kurumunu baypas etmeye yönelik basit bir histeri olarak adlandırmak da işin diğer taraftan kolay yönüdür.*” Tabii uzun cümlelerle ifade etmiş, ben size daha kısa bir şekilde anlatmaya çalışayım.

Yani diyor ki, bir taraf savaş dönemi şüpheleri ve tutkularını hoşgörüsüzlüğe esir etmeye çalışıyor ve bütüncül ani tavırlar içine giriyor. Yani anında hemen bir toplumsal hareketle, idari işlemle sonuca ulaşmaya çalışıyor. Diğer taraf ise, aslında karşı tarafa eleştirisi; diyor ki, bu aslında gerçek bir tehdit durumudur, ağır bir tehlike durumudur ve senin yasalarının temel haklara baktığı sempatiyle üzerinden gelinecek bir durumdur. Bunun mutlaka bu gerektiğinde yasaları ve hatta mahkeme süreçlerini baypas ederek geçmek gerekir.

Ancak sonuçta şöyle bir şeye, son cümle olarak şunu belirtmiş-tir yargıç Jackson: “*insanlar bir süre sonra vatandaşlık haklarının*

*kurumlar tarafından kendilerine karşı çevrilmiş bir silah olduğunu düşünürlerse eğer, bu vatandaşlık haklarına da düşman hale gelmeleri sonucunu doğurabilir”*

Yine bu tanımlardan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin işlendiği, Avrupa Komisyonu kararlarından biri Lowless İrlanda davası, bir IRA üyesinin 1957 yılında İrlanda’da tutuklanmasıyla başlayan bir süreç. Orada Komisyon, “Mutlaka ortaya beklenmeyen, kamunun olağan akışı dışında istisnai bir durum” un ortaya çıkmış olmasını şart koşmakta ve bunun kamu yaşamına etkili bir kriz yaratmasını, yani kamuyu bir anda dalgalandıran bir krize dönüşmesi ve bunun da toplum için yakın bir tehlike arz etmesini öngörmektedir.

Bir de tabii bu durumun sonucunda devletin yapmış olduğu işlemleri gerçekleştiren kişilerin hukuki veya hukuka uygun olmayan davranışları sonrası olaylar. Gerçekten de böyle bir dönemde, hukuk ötesi davranış gerektirdiği inancıyla hareket eden kamu görevlileri veya hukuku kendisinin yerine getirmek zorunluluğunu hisseden kamu görevlileri ve bu görevlilerin hukuk ötesi davranışlarına kamunun tepkisinin ne olduğu önem arz etmektedir. Bunu tabii hukuksal bir formüle çevirecek olursak, kamuoyunun vermiş olduğu tepkiyi aslında kökeninde var olan kural olan toplum sözleşmesi kuramına dayanmaktadır ve aslında karşımıza çıkan bir anayasallık sorunudur.

Anayasaya uygunluğun temel parametrelerinden biri de, burada hiç şüphesiz ki gerçekten bir aciliyet ve olağanüstülük arz eden durum ile bunun olmadığı durumunun ayırt edilmesi. 2003 yılında Yale Hukuk Fakültesi Dergisinde konuyu sorgulayan bir makale yazan Oren Gross’un şöyle bir ifadesi vardır: “özellikle fiziksel –yani ayırt etme durumunu- saldırıya dayalı olağanüstü rejimin anayasallığı varsayımı ve çerçevesinde ele almak doğru mudur? Yani bunu bir varsayım olarak ele almak, yani böyle bir fiziksel saldırı olduğunda yapılan bütün olağanüstü rejimlere ait parametreler anayasal mıdır? Bu soruyu yanıtlamak gerekir”. En önemli konulardan biri, parametrelerden biri bizim için.

Yine maalesef en ciddi sorunsallardan biri de, bir süre sonra yukarıda az evvel sözünü ettiğimiz parametrenin idari uygulamalarla paralize olmasıdır. Diğer bir deyişle, olağanüstü ve olağan döneme dair olanın ayırt edilmesi imkânsız hale gelmesidir. Olağanüstü rejimin uzun sürdüğü durumlara ilişkin bir örnek bu, Harold Relyea isimli bir yazar der ki, "bu olağanüstünün norm haline gelmektedir" yani olağanüstü hal olan aslında olağan norm haline gelmektedir.

Birinci sorgulama noktamız buydu. Üç ana başlığa ayırmıştık bu konuyu. İkincisi, devletlerin uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerinin olağanüstü hal rejimlerinden etkilenip etkilenmediği soru başlığı. Uluslararası insan hakları hukuku çerçevesinde değerlendirecek olursak, olağanüstü dönem hukukuna bakış açısının tespit edilmesi için, bu hukuk dalına ait, bu hukuk dalının işlerliğini yürüten bazı araçların ayrı ayrı izlenmesi, belli tespitler yapılması gerekmektedir. Bunların içinde özellikle Birleşmiş Milletler çerçevesinde oluşturulan süreçler, biliyorsunuz Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesine Dair Komiteden tutun İkiz Sözleşmeler çerçevesinde oluşturulan komisyonlar, Birleşmiş Milletler çatısı altında İnsan Hakları Konseyi, İnsan Hakları Yüksek Komiserliği buna dahildir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi gibi bölgesel sözleşmelerin uygulamasında ortaya çıkan içtihatlar ve bunlara benzer yine yarı yargısal kurumların oluşturmuş olduğu çalışmalarla beraber, en azından sözleşmeden doğan hukuk açısından bazı gereklilikleri yerine getirmek ya da getirmemek konusunda ayırım yapılması açısından bu araçlar önemlidir.

Öncelikle sözleşme hukuku çerçevesinde değerlendirdiğimizde, bazı uluslararası hukukçuların, uluslararası hukuk yazarlarının bakış açısıyla, aslında söz konusu olan bir tür uluslararası normatif yapıdır. Yani bu sözleşmelerin hepsi bütüncül ele alınır ve bu bir yasal çerçeve oluşturur bizim için. Diğer bir deyişle de, yapısal bir yasalar birliği söz konusudur. Bu yasaların öznesi olan devletler de bu yasalara uymakla yükümlüdürler.

Bir diğer ve daha ileri adım atan başka bir görüş de diyor ki, Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmesinin aracı olarak, bu söz-

leşmeler birer uluslar üstü insan hakları bildirgeleridir. Yani bu ne demek? Hani siz ne kadar eşit egemen devletler olsanız da, bunlar birer haklar bildirgesi olduğu için üstün norm özelliğine sahiptir. Üstün norm dediğiniz zaman ne çıkıyor karşımıza? Uyulması zorunlu olan normlar bunlar.

Bununla ilgili olarak, özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin bir nevi üstün norm oluşturduğu, yaratmış olduğu mekanizmalarla bağlantılı olarak kabul edilmektedir. Nitekim anayasal uyum sürecinde bu sözleşme bazı devletler açısından doğrudan uygulanabilirlik ve doğrudan etki dediğimiz gücüyle, ilgili devletin iç hukuk sisteminde bir parça olarak kazanılabilmektedir.

Birçok yazar bu tür sözleşmelerin yapısal zayıflığı olarak olağanüstü dönem rejimlerini görmektedir. Tabii nasıl bir yapısal zayıflık var olağanüstü dönem rejimleri açısından? Bu gerçekten ilginç tespit. Birincisi, olağanüstü rejim sorunsalının ne olduğunu tartışacak bağımsız bir yargısal süreç geliştirilmemiştir. Bunun ne ulusal ne de bölgesel mahkemelerde, ne de uluslararası mahkemelerde yapıldığı bir örnek şu ana kadar yoktur. Gerçekten olağanüstü dönemi sorgulayan bir yargı söz konusu değildir.

İkincisi, kalıcı ve süregelen olağanüstü rejimlerle ilgili bir düzenleme ve ayırma gidilmemiş olmasıdır. Bu çok ilginç bir nokta, yani kalıcı ve süregelen olağanüstü rejimlerle ilgili hiçbir düzenleme bulunmamaktadır. Genel ve soyut kurallarla olağanüstü rejimi ancak sözleşmeye taraf devletin rasyonel davrandığı varsayımıyla düzenlenmektedir. Yani bu sürecin bir şekilde kalıcı hale gelmeyeceği varsayımıyla. Bunu da yine yapısal bir zayıflık olarak tespit etmekte ve en sonunda olağanüstü durum olup olmadığı veya bunun devam edip etmediği sorunsalını da açıklığa kavuşturacak bir mekanizma bulunmamaktadır. Yani gerçekten bunu olağanüstü bir durumun olup olmadığı veya sona erip ermediğini tartışacak, bu sözleşmelerle herhangi bir yapı yoktur; bu da uluslararası sözleşmelerin yapısal zayıflığıdır. Ne var ki ulusal düzeyde olağanüstü durum ne kadar süreceğine dair maddi olaylar önceden tahmin edilemeyeceği için bu yapısal zayıflık tolere edilmektedir.



Ancak bu yapısal zayıflıklar uluslararası yargı kararları ile aşılabilir mi sorusu pek de ümit verici değildir. Buna bir örnek olarak Inter Amerikan İnsan Hakları Mahkemesinin istisnai olarak bazı kalıcı ve prosedürel sorular yöneltmesi, onu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinden ve Birleşmiş Milletler süreçlerinden ayırmaktadır. Yazarlar burada bir konuya daha dikkat çekmektedirler. Ülkemizde olduğu gibi devlet içi devam eden silahlı çatışmaya yönelik olağanüstü hal süreçlerini diğerlerinden hassas olarak ayırt etmek istemişlerdir. Yani bir kez olan ve sonrasında sürdürülen soruşturmayla devam eden bir çatışmanın olağanüstü halleri farklı ele alınmalı. Yani hassasiyetle ele alınması istenilen olağanüstü halde de süregelen çatışma söz konusu olabilecektir. Örneğin, Türkiye'nin Güneydoğu bölgesinde belli bir dönem ilan edilen olağanüstü hal, süregelen silahlı çatışmadan dolayıdır.

Tabii burada tarihsel bir süreç almıştım, zaman hızlı geçmiş. Saatime bakıyorum, hemen bunu baypas ediyorum. Birkaç anayasadan örnek verip, ondan sonra devletlerin sözleşme dışı uluslararası sorumluluklarına da değinmek istiyorum.

Amerikan Anayasasında ilginç bir şekilde, daha doğrusu Japon ve Belçika anayasalarında olduğu gibi, olağanüstü hal rejiminin düzenlemesi yoktur. Yani bizim bildiğimiz anlamda. Ancak anayasa kongreye bir noktada istisnai bir yetki tanımaktadır: Diyor ki, orduyu herhangi bir saldırı veya işgal durumunda, ulusu korumak için göreve çağırma yetkisine sahiptir. Takip eden 9.maddede, bunu yaptığı durumda dahi vermiş olduğu bu ödevi vermiş olmasına rağmen, hak arama özgürlüğünün ulusal güvenliği yok edecek bir kalkışma veya işgal durumu hariç engellenemeyeceği öngörülmüştür. Yani demiştir ki, "ortada bir işgal, ulusal özgürlüğe yönelik bir işgal ve ağır ulusal güvenlik tehdidi yoksa hak arama özgürlüğünü engellemeyin"

İspanya Anayasası mesela bunların tersine bir örnek olarak, üç ayrı süreç düzenlemiştir: Estado de alarma, estado de excepción, estado de sitio.. Yani bu aynen alarm durumu, gittikçe ağırlaşıyor. Olağanüstü durum ve işgal durumu diye ve bunlar da üç prosedür ayrıca yasalarla düzenlenmiştir.



Tabii uluslararası sözleşmelerle bir şekilde iç hukuk uyumlu hale getirilmiş, giriş-çıkış kapıları az evvel anlattığım bu farklı yollarla oluşturulmuştur. Ancak devletlerin hep arka çıkış kapısı bulmaları nedeniyle, uluslararası hukuk bu tür tıkanmalara karşı başka önlemler almıştır. Özellikle insan hakları, bireysel özgürlükleri koruma açısından. Bunlardan biri *ius cogens* kuralları, diğeri de devletin *erga omnes* sorumlulukları. Yani emredici kurallar ve *erga omnes* sorumluluklar.

Emredici kural (buyruk kuralı) dediğimiz kuralın özelliği şudur: Bir devlet hiçbir şekilde “ben bu kuralı bilmiyordum tanımıyordum” diyemez. “Efendim ben soykırımın yasak olduğunu bilmiyorum, imza atmadım sorumlu değilim” gibi bir itiraz ileri sürme şansı yok bu devletin. Yine başka bir örnek: Bir devletin başka bir devlete saldırarak, onu işgal etmek ya da onun topraklarına göz dikmek, “bunun hukuka aykırı olduğunu bilmiyorum” deme şansları yoktur.

Buyruk kurallarına, mesela insan bedeni üzerine tasarruf etme, işkence, beden bütünlüğünü tehdit etme, insanlık dışı muamele gibi eylemler söz konusu olduğunda sorumlu olan devletin “ben bunların yasak olduğunu, bunun hukuk olduğunu bilmiyordum” gibi bir itiraz ileri sürme şansı yoktur. Burada öncelikli nitelikte, aslında normalde temel haklar doktrininde bunlar arasında bir hiyerarşik düzenleme yapılması etik anlamda net olarak benimsenmemektedir ve hatta buna dair bir Viyana toplantısı kararları vardır. Ancak yine de özellikle insan yaşamı ve bedeni üzerine büyük oranda ağır zararlara yol açacak, toplu zararlara oluşturacak şekilde saldırı, savaş, soykırım gibi uygulamaların yine buyruk kurallarından, emredici kurallarından olduğu unutulmamalıdır. Hiçbir devletin kesinlikle “ben bunları bilmiyordum efendim, taraf değildim” deme şansının olmadığı örneğinde olduğu gibi düzenlemeler yapan kurallar uluslararası hukukun anayasal nitelikteki kurallardır. Bu kurallara, ben olağanüstü rejimi yapıyorum, bunları askıya alıyorum” deme şansı hiçbir devlet açısından söz konusu değil ki, bununla ilgili de yine birçok uluslararası mahkeme kararı vardır. Çok daha yeni de değil, 1950’lerden başlayan kararlar söz konusudur.

Özellikle Yugoslavya Mahkemesinde, uluslararası ceza mahkemesinde, Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesinde işkenceyle ilgili karar vardır. Eski Yugoslavya Mahkemesinde yine işkence, toplu öldürme ve soykırım ve cinsel saldırıyla ilgili olarak sorumluluk yönünde kararları vardır. Ruanda Mahkemesinde özellikle cinsel saldırı dahil soykırımla ilgili o güne kadar bilinenden farklı kararları bulunmaktadır. Bu kararların alındığı dönemlere ilişkin sorumluluk sahibi devletler açısından çok net olarak belirtilmiştir ki olağanüstü hal veya savaş durumu olarak geçen durumlar söz konusudur.

Son olarak da, şu kritik noktalar konusuna değinmek ve bu sunumu bitirmek istiyorum izninizle. Amerikalı yazar Jennifer Holmes özgürlükçü demokrasilerle anti terör politikaları üzerine bir yorum yapmıştır: *“terörizmle mücadelede eden bir devletin stratejik ikileleriyle ilgili olarak, demokratik süreç ve hukukun üstünlüğü yoluyla hiçbir terörist teslim olmaz yaklaşımı”*. Bir tarafta İngiliz Paul Wilkinson'un yaklaşımıdır bu. *“Harekete geçmiş bir terörizmin politik yanıtını eksik kaldığı bir askeri yanıt”* yaklaşımı ise buna karşıt bir yaklaşımdır. Yazar, bu iki yaklaşımı karşılaştırmaktadır.

Sonuç olarak şu sonuca ulaşmaktadır: *“demokrasinin, özellikle ulusal ve uluslararası alanda terörizmin önlenmesi için bir göreceli bağımsızlık görevi mi gördüğü, yoksa bunun bir siyasal sorumluluk mu olduğuna devlet yönetimleri karar vermelidir.”* Nitekim geçmişte yaşanan birçok örnekte görülmüştür ki, sokakta destek görmeyen bir terörizmin, politik mücadelede zayıflatılmış bir terörizm başarısız olmaya mahkumdur.

Yazara göre, otoriter rejimlere göre demokratik rejimlerin terörizme karşı dirençleri konusunda yaygın yanlış bir inancı sunmuştur: *“Demokratik rejimin daha zayıf olduğu düşüncesi gerçeklikten uzaktır”* Nitekim, terörizmin yaratmış olduğu korku, güvenlik arzusu, intikam duygusu, rasyonel akılla dengelendiği zaman, kamuoyu güvenlik duygusunu yeniden kazanmak için kamu otoritelerinin almış olduğu önlemler, halkın kalpten ve düşüncede olan bir desteği, aşkın reaksiyon ve baskının kontrol altına alınması, özellikle terör mağdurlarına daha

toleranslı davranılması ve son olarak da demokratik süreç ve insan haklarının sağlanması için mutlaka sabırlı ve uzun vadeli vatandaşların desteğinin sağlandığı, hesap verilebilir bir devlet yönetimi, şeffaf bir strateji gerekmektedir.

Harvey Rishikof adlı bir yazar ise, yine “etik ahlak ve küresel terörizmle savaş” adlı çalışmasında, 11 Eylül sonrası uluslararası hukukun müdahalecilik üzerine insancıl bölümünü öngören *ius in bello* ve *ius ad bellum* alanlarını tamamen değiştirmiştir: Bunun sonucu olarak da Birleşmiş Milletler Şartı'nın 51 maddesinin değiştirildiği yönünde bir yaklaşıma sahiptir. O da aynı şekilde, “*Dünya o dönemden sonra kalıcı bir olağanüstü hal rejimine gitmiştir*” savını ileri sürmektedir.

Şu kısımları da atlayayım ben, direkt Avrupa Konseyiyle ilgili birkaç şey daha söylemek istiyorum. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 15.maddesi, tabii bu sözleşmeler hukukunda yine, hani özgürlüklerin askıya alınması, devletin terörle mücadelesi konusundaki sözleşmelerden biridir. Yine 2005 yılında Varşova'da yapılan bir sözleşme söz konusu. Birleşmiş Milletlerin bu konuda kararları söz konusu ki, bunların bir kısmını sabah Feridun Hocamız da tekrarladılar. Tekrar o kararlara girmeyeyim.

Uluslararası sözleşmedeki bazı yükümlülüklerin iç hukukla ilişkisi açısından, o sözleşmenin 15.maddesi hakkın özülüyle olan ilişkisi aşılmadığı durumda, büyük bir ihlal sonrası sözleşme sonucu ortaya çıkacak devletin sorumluluğu ilkesine getirmektedir. Az evvel sözünü ettiğim İrlanda'ya karşı açılmış olan Lawless davasında, IRA üyesi olduğu varsayılan kişinin tutuklanıp, onun özel bir kamp bölgesine götürülmesi söz konusudur. Burada kendince İrlanda Devletinin, “ben olağanüstü hal rejimi uyguluyorum” diye yaptığı savunmaya, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararı çok ilginçtir. Bu tartışmada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi daha paternalist bir tutum sergilemektedir: “*burada doğru parametrelerin uygulanıp uygulanmadığının tespiti devlete değil, bize aittir*”, yani mahkemeye aittir demiştir.

ERDEM İLKER  
MUTLU'NUN  
KONUŞMASI

Onunla ilgili, tıpkı Erdem kararında bugün yine sabah Feridun Hocamızın dediği gibi, delillendirilmesi gereken belli somut noktalarla ancak belli kısıtlamalar getirilmektedir ki, o da yine mektuplaşmanın ve görüşmenin denetlenmesiyle ilgili bir şikayet üzerine tartışma getirmiştir. Ama denetlemeye bu şekilde izin verilmiş olması sonradan denetleme ile elde edilen bilgileri savcı açısından delil olarak kullanılamaz hale getirmiştir. Yine aynı şekilde Fox Campbell davasında benzer bir tartışma söz konusudur.

Aslında söyleyecek anlatacak konu çok, ama bunları bence tartışmada devam ettirelim. Sabrınız için teşekkür ediyorum. Gerçekten çok uzun bir sunumu özetleyerek anlatmaya çalıştım. (Alkışlar)

# AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ BAĞLAMINDA OLAĞANÜSTÜ HAL UYGULAMALARI

MURAT ÖNOK'UN  
TEBLİĞİ

*Yrd. Doç. Dr. R. Murat Önok*  
*Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

## Giriş

Türkiye, 21 Temmuz 2016 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Sekreterine yaptığı bildirimle, 1966 tarihli Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi (KHSUS) m. 4/3'e dayanarak birçok madde açısından (2/3, 9, 10, 12, 13, 14, 17, 19, 21, 22, 25, 26 ve 27) "derogation" hakkını kullandığını açıklamıştır<sup>1</sup>. Türkiye'nin beyanında hangi önlemlerin alınacağı veya önlemlerin hangi maddeyi ne şekilde etkileyeceği hususunda somutlaştırmaya gidilmemiş; genel olarak, yukarıda sayılan maddelerde öngörülen yükümlülüklerle aykırı düşebilecek önlemlerin "alınabileceği" bildirilmiştir.

Aynı tarihte Türkiye'nin Daimi Temsilcisi tarafından Avrupa Konseyi'ne yapılan bildirimle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 15'e dayanarak Türkiye'nin "derogation" hakkını kullandığı bildirilmiştir<sup>2</sup>. BM'ye yapılan bildirimden farklı

<sup>1</sup> Bildirimin orijinal İngilizce metni için bkz. <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2016/CN.580.2016-Eng.pdf>

<sup>2</sup> Bildirimin orijinal İngilizce metni için bkz. [http://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-reservations-and-declarations/-/conventions/declarations/results?\\_coconventions\\_WAR\\_coeconventionsportlet\\_formDate=1475480626605&\\_coconventions\\_WAR\\_coeconventionsportlet\\_searchBy=state&\\_coconventions\\_WAR\\_coeconventionsportlet\\_codePays=TUR&\\_coconventions\\_WAR\\_coeconventionsportlet\\_numSTE=&\\_coconventions\\_WAR\\_coeconventionsportlet\\_codesMatiere=&\\_coconventions\\_WAR\\_coeconventionsportlet\\_enVigueur=true&\\_coconventions\\_WAR\\_coeconventionsportlet\\_dateDebut=05%2F05%2F1949&\\_coconventions\\_WAR\\_coeconventionsportlet\\_dateDebutDay=5&\\_coconventions\\_WAR\\_coeconventionsportlet\\_dateDebutMonth=4&\\_coconventions\\_WAR\\_coeconventionsportlet\\_dateDebutYear=1949&\\_coconventions\\_WAR\\_coeconventionsportlet\\_dateStatus=03%2F10%2F2016&\\_coconventions\\_WAR\\_coeconventionsportlet\\_dateStatusDay=3&\\_coconventions\\_WAR\\_coeconventionsportlet\\_dateStatusMonth=9&\\_coconventions\\_WAR\\_coeconventions](http://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-reservations-and-declarations/-/conventions/declarations/results?_coconventions_WAR_coeconventionsportlet_formDate=1475480626605&_coconventions_WAR_coeconventionsportlet_searchBy=state&_coconventions_WAR_coeconventionsportlet_codePays=TUR&_coconventions_WAR_coeconventionsportlet_numSTE=&_coconventions_WAR_coeconventionsportlet_codesMatiere=&_coconventions_WAR_coeconventionsportlet_enVigueur=true&_coconventions_WAR_coeconventionsportlet_dateDebut=05%2F05%2F1949&_coconventions_WAR_coeconventionsportlet_dateDebutDay=5&_coconventions_WAR_coeconventionsportlet_dateDebutMonth=4&_coconventions_WAR_coeconventionsportlet_dateDebutYear=1949&_coconventions_WAR_coeconventionsportlet_dateStatus=03%2F10%2F2016&_coconventions_WAR_coeconventionsportlet_dateStatusDay=3&_coconventions_WAR_coeconventionsportlet_dateStatusMonth=9&_coconventions_WAR_coeconventions)

olarak, bu sefer, alınacak tedbirlerden etkilenecek maddeler soyut olarak dâhi gösterilmemiş; dilde de biraz farklılık ile, Sözleşme'nin 15. maddesine dayanarak, OHAL kapsamında alınacak tedbirlerin AİHS'ten doğan yükümlülüklerle aykırı düşebileceği belirtilmiştir.

Belirtmek gerekir ki, tartışmaya açık bu yöntemin aynısını, 24 Kasım 2015 tarihli askıya alma beyanında Fransa da kullanmıştır. Hatta Türkiye'nin genel olarak Fransa'yı "taklit" ettiği söylenebilir zira Fransa'nın BM'ye yaptığı bildirim, aynen bizimki gibi, bazı maddelerin sayılması yöntemini izlemiştir. Ancak Fransa, BM KSHUS açısından sadece 3 maddeyi (9, 12, 17) saymışken, Türkiye'nin beyanının kapsamı çok geniştir<sup>3</sup>.

Tebliğimin konusu AİHS m. 15'te düzenlenen kurumdur. Konum AİHS ile sınırlı olduğundan, BM KSHUS açısından detaylı değerlendirme yapmayacağım. Ancak AİHS m. 15 hükmünün dayanağının aslında BM Sözleşmesindeki 4. madde hükmü olduğunu vurgulamak isterim<sup>4</sup>. Bu açıdan, KSHUS m. 4 hükmüne ilişkin İnsan Hakları Komitesi içtihadını ve özellikle de 29 no.lu Genel Yorumu<sup>5</sup> dikkate almanın gerekli olduğunu belirtmek gerekir.

portlet\_dateStatusYear=2016&\_coconventions\_WAR\_coeconventions-portlet\_numArticle=&\_coconventions\_WAR\_coeconventionsportlet\_codeNature=&p\_auth=Ql9cnjy3

<sup>3</sup> Bu listenin "fazla uzun" olduğuna dair eleştiri için bkz. Martin Scheinin, Turkey's Derogation from Human Rights Treaties - An Update (<http://www.ejiltalk.org/turkeys-derogation-from-human-rights-treaties-an-update/>)

<sup>4</sup> KSHUS m. 4/1'e göre "Sözleşmeci Taraf Devletler, ulusun yaşamını tehdit eden olağanüstü bir durumun meydana gelmesi ve bunu resmen ilan etmeleri halinde, durumun zorunluluklarının kesinlikle gerektirdiği ölçüde, uluslararası hukuktan doğan diğer yükümlülüklerine aykırı düşmeyecek ve ırk, renk, cinsiyet, dil, din, toplumsal köken gibi sebeplerle ayrımcılık içermeyecek şekilde, bu Sözleşmedeki azaltma yapan tedbirler alabilir". (Türkçe metin için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/53-73.pdf>)

<sup>5</sup> CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (31 Ağustos 2001). İngilizce metin için bkz. [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2f21%2fRev.1%2fAdd.11&Lang=en](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2f21%2fRev.1%2fAdd.11&Lang=en)

## 1. AİHS'te Genel Sınırlama Rejimi ve “Derogation” Kavramı

Devletlerin demokratik kurumlarını korumak konusundaki bas-  
kın menfaatleri bazı olağan dışı tedbirleri mazur gösterebilir<sup>6</sup>. Ni-  
tekim uluslararası hukuk, temel hakları koruyan antlaşmalarla  
iradi olarak bağtlanan devletlerin siyasi, ekonomik veya sosyal  
kriz durumlarında bu sözleşmelerden doğan korumanın kapsa-  
mını kısıtlamasına olanak sağlamıştır<sup>7</sup>. AİHS m. 15 hükmünün  
bütün hukuk sistemlerinde var olan “zaruret ilkesi”ne dayandığı  
söylenmiştir<sup>8</sup>.

Bununla birlikte, olağan rejimlerden sapıldığı zaman ortaya çı-  
kan keyfilik tehlikesi ve bu dönemlerde insan hakları ihlallerinin  
genellikle artması gerçeğine karşı<sup>9</sup>, söz konusu dönemlerde ya-

<sup>6</sup> Cees Flinterman, “Derogation From the Rights and Freedoms in Case of a Public Emergency” in: Pieter van Dijk/Fried van Hoof/Arjen van Rijn/Leo Zwaak (ed.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Fourth edition, Intersentia, 2005, s. 1054; Münci Kapani, *İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları*, 4. Basım, Ankara, 2011, s. 111; Burhan Kuzu, *Olağanüstü Hal Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Rejimi*, İstanbul, 1993, s. 13 vd., 28.

<sup>7</sup> Fionnuala Ní Aoláin, “Transitional Emergency Jurisprudence: Derogation and Transition”, in: *Transitional Jurisprudence and the European Convention on Human Rights* (ed. Antoine Buyse and Michael Hamilton), Cambridge University Press, 2011, s. 24. Gerçi, insan hakları hukuku belgelerinde olağanüstü tedbirlere olanak tanınmasının önemli bir nedeni, bunlara daha fazla sayıda devletin taraf olmasını sağlamaktır (Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda ve Türk Hukukunda Olağanüstü Rejim Standartları*, 2. Bası, İstanbul, 1994, s. 13). Keza, birçok insan hakları belgesinde bir sapma hükmüne de yer verilmiştir (age, s. 25).

<sup>8</sup> Robin C.A.White/Clare Ovey; Jacobs, White, & Ovey - *The European Convention on Human Rights*, Fifth edition, Oxford University Press, 2010, s. 113. Benzer şekilde Sarah Joseph/Jenny Schultz/Melissa Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights - Cases, Materials, and Commentary*, Second edition, Oxford University Press, 2005, kn. 25.49 (yükümlülük azaltma hakkını “necessary evil” olarak nitelendirmişlerdir ki, zaruret halini izah ederken kullanılan benzetmedir). Yine bkz. Kuzu, s. 13 vd.

<sup>9</sup> Gemalmaz (1994), s. 10; Sevtap Yokuş, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimine Etkisi*, İstanbul, 1996, s. 179; Oya Boyar, “Olağanüstü Yönetim Uşullerinde Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Askıya Alma Rejimi”, in: *İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa - Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme* (ed. Sibel İnceoğlu), Avrupa Konseyi, 2013, s. 111; yine bkz. Kuzu, s. 69.

pılan tasarrufların yargısal denetimi büyük önem taşımaktadır<sup>10</sup>. Keza devletlerin ağır insan hakları ihlallerini “perdelemek/örtmek” için olağanüstü hal ilanına gidebilmeleri karşısında, denetim yapan organların tetikte olması gerektiği de vurgulanmaktadır<sup>11</sup>.

AİHS m. 15'in başlığı Türkçeye genellikle “Olağanüstü hallerde yükümlülükleri askıya alma” şeklinde tercüme edilmektedir. Aslında İngilizce metinde kullanılan “derogation” kavramını ifade etmek açısından “askıya alma” kavramı pek de isabetli değildir. Zira kamuoyumuzda da olduğu gibi, bu kavram sanki bazı hakların ve hatta Sözleşmenin “askıya alındığı”, yani uygulamasının geçici bir dönem için tümüyle tatil (“suspend”) edildiği gibi yanlış bir anlaşılmaya yol açmaya elverişlidir<sup>12</sup>. Oysa “derogation”ın **asıl anlamı**, a) bir hukuk kuralından **müstesna tutulma veya** b) bir kuralın içeriğinin gevşetilmesi, hafifletilmesidir<sup>13</sup>. **İşte, AİHS m. 15'te kast edilen de bu ikinci anlamdır.** Yani hakkın uygulanmasına devam edilmektedir fakat olağan dönemlerde mazur görülemeyecek birtakım ilave kısıtlamalara başvurma olanağı, bazı koşullarla ve AİHM denetimine tâbi olmak üzere, doğmaktadır<sup>14</sup>. Bu bakımdan, belki de “yükümlülük azaltma” veya “yükümlülüğten sapma” terimleri daha isabetlidir<sup>15</sup>.

AİHS m. 15'in amacı, olağanüstü hallerde bile Sözleşmenin özünün korunması ve hukuk devleti ilkesine riayetinin sağlan-

<sup>10</sup> Gemalmaz (1994), s. 65.

<sup>11</sup> Joseph/Schultz/Castan, kn. 25.76.

<sup>12</sup> Hatta yabancı basında bile Türkiye'nin niyeti başta bu şekilde algılanmıştır, bkz. örneğin <http://www.independent.co.uk/news/world/europe/turkey-coup-attempt-human-rights-president-erdogan-purge-turkish-military-a7148166.html>

<sup>13</sup> <https://en.oxforddictionaries.com/definition/derogation>

<sup>14</sup> van Dijk ve diğerleri (ed.), s. 1054.

<sup>15</sup> “Sapma rejimi”nden bahsedilebilir (bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, Uluşalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, 7. Baskı, İstanbul, 2010, s. 245). Sapma ve yükümlülüklerden sapma terimleri için bkz. Rona Aybay, İnsan Hakları Hukuku, İstanbul, 2015, s. 67, 125. “Aykırı önlemler alma”dan da bahsedilmiştir (Gemalmaz (1994), s. 22).



masıdır<sup>16</sup>. Bu açıdan AİHS m. 15 belirli olağanüstü durumlarda devleti insan hakları alanında üstlendiği yükümlülüklerle uymaktan muaf tutmamakta; bilakis, bu durumlarda bile devletin uygulayabileceği sınırlamaların sınırını çizmektedir<sup>17</sup>. Bu nedenle, Anayasa m. 15'te yer alan ve olağanüstü hal durumunda temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının tamamen durdurulabileceğine dair ibareleri insan hakları hukuku sınırları dahilinde anlamak gerekir. Nitekim Anayasa hükmünde de “milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla” denilmiştir.

AİHS m. 15'e göre:

- “1. Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeci Taraf, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek koşuluyla, bu Sözleşme’de öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilir.
2. Yukarıdaki hüküm, meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm hali dışında 2. maddeye, 3. ve 4. maddeler (fıkra 1) ile 7. maddeye aykırı tedbirlere cevaz vermez.
3. Aykırı tedbirler alma hakkını kullanan her Yüksek Sözleşmeci Taraf, alınan tedbirler ve bunları gerektiren nedenler hakkında Avrupa Konseyi Genel Sekreteri’ne tam bilgi verir. Bu Yüksek Sözleşmeci Taraf, sözü geçen tedbirlerin yürürlükten kalktığı ve Sözleşme hükümlerinin tekrar tamamen geçerli olduğu tarihi de Avrupa Konseyi Genel Sekreteri’ne bildirir.”

Görüldüğü gibi, AİHS m. 15'e dayanarak dâhi uygulama kapsamı daraltılmayan bazı haklar vardır. Bunlardan ilki, Sözleşmenin 3. maddesinde düzenlenen “işkence, insanlık dışı veya küçük düşürücü muamele veya ceza yasağı”dır. İkincisi, Sözleşmenin 4/1. maddesinde öngörülen “kölelik ve kulluk yasağı”dır. Üçün-

<sup>16</sup> van Dijk ve diğerleri (ed.), s. 1055.

<sup>17</sup> Olivier de Schutter, *International Human Rights Law – Cases, Materials, Commentary*, Cambridge University Press, 2010, s. 515.

cüsü, Sözleşmenin 7/1. maddesinde öngörülen “suçta kanunilik” ve “cezada kanunilik” ilkeleridir. Ayrıca, maddede belirtilen durum dışında, yaşam hakkı da dokunulmazdır.

Öte yandan, ölüm cezasının kaldırılmasına dair Ek 6. ve 13. protokollerin de “askıya alma” yasağı içerdiğini (sırasıyla, m. 3 ve m. 2) hatırlatmakta fayda var.

AİHS sisteminde öngörülen garanti sisteminin işleyişi bazı koşullara bağlı olup, garanti altına alınan her bir insan hakkına ilişkin olarak sınırlama rejimi ayrıca düzenlenmiştir (örneğin m.2/2, 8/2, 9/2, 10, 11/2). Bunun yanında AİHS m.15-18 genel sınırlama nedenlerine yer vermekte olup bunlar sırasıyla olağanüstü durumda insan haklarının sınırlandırılması (m.15), yabancılar için Sözleşmede öngörülen hakların sınırlandırılması (m.16) ve kötüye kullanma yasağıdır (m.17)<sup>18</sup>.

## 2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 15. Maddesinin Devreye Sokulabilmesi İçin Gerekli Koşullar

### a. Savaş Hali-Kamusal Tehlike Şartı

AİHS m. 15/1'e göre “Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike” söz konusu olduğunda yükümlülük azaltma beyanında bulunulabilir. AİHM kararlarına bakıldığında “savaş” durumunun hükmün uygulanması açısından pratik bir önem taşımadığı (AİHM'in 17.5.2010 tarihli Kononov/Litvanya kararı), buna karşılık sözleşmeciler devletlerin bazı durumlarda olağanüstü halin varlığına dayandıkları görülmektedir<sup>19</sup>. KSHUS m. 4 ise savaş haline ayrıca değinmemektedir<sup>20</sup>. Bu bakımdan, aslında savaş halinin bağımsız bir askıya alma

<sup>18</sup> Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Oğuz Sancakdar/R.Murat Önok, İnsan Hakları El Kitabı, 6. Baskı, Ankara, 2016, s. 681.

<sup>19</sup> Tezcan ve diğerleri, s. 682. Bunun olası bir nedeni, devletlerin kendi ülkeleri üzerinde gerçekleşmekte olan bir silahlı çatışmanın varlığını kabul etmesinin yol açabileceği olası olumsuzluklardır (Ní Aoláin, s. 43).

<sup>20</sup> Aslında bunun sebebi, BM'nin savaşı kabul edilebilir gördüğü izlenimini vermemektir (Manfred Nowak, U.N. Covenant on Civil and Political Rights - CCPR Commentary, 2nd ed., N.P.Engel Publisher, 2005, kn. 12).

nedeni teşkil etmeyip ulusun varlığını tehdit eden durumlardan birini oluşturduğu; böyle bir tehdit olmadığı müddetçe, savaş durumunun bile tek başına AİHS m. 15'e dayanmak için yeterli olmadığı savunulmaktadır<sup>21</sup>. Bu nedenle, savaşın anlamını detaylı olarak incelemeye gerek yoktur. Öte yandan, aşağıda görüleceği gibi, kamusal tehlikenin varlığını kabul için illa "savaş benzeri" bir duruma da gerek yoktur<sup>22</sup>.

AİHM, olağanüstü durumun varlığını kabul etmek açısından dört koşulun gerçekleşmesini aramaktadır<sup>23</sup>.

1. Olağanüstü hal mevcut bir tehlike oluşturmalıdır. Olağandışı, gerçek ve doğrudan tehdit oluşturan bir kriz veya tehlike durumu mevcut olmalıdır. Olağanüstü durum ise, ülke nüfusunun tümünü etkileyen ve tüm devlet ögeleri için güncel ve doğrudan mevcut bir tehlike ortaya çıkaran acil ve olağandışı durumlardır (18.12.1996 tarihli Aksoy/Türkiye kararı). Fransızca orijinal metinden hareketle, "imminent", yani her an gerçekleşebilecek felaket de hüküm kapsamında görülmektedir<sup>24</sup>; devletin illa felaketin meydana gelmesini beklemesi gerekmez<sup>25</sup>. Fakat yakın tehlikeye dayanarak sapma rejimine başvurabilmek için, söz konusu tehlike her an sonucunu doğurabilecek mahiyette somut ve görünür olmalı; ayrıca, olası sonuçlarının vahamet derecesi yüksek olmalıdır<sup>26</sup>. Doğal afetler veya nükleer patlama gibi kazalar, yukarıdaki sonuçları doğurması kaydıyla, bu kapsamda görülebilir<sup>27</sup>. Ekonomik darboğaz tek başına yeterli olmasa da<sup>28</sup>, sosyal ve siyasal çalkantılara yol açan geniş çaplı eko-

<sup>21</sup> William A. Schabas, *The European Convention on Human Rights - A Commentary*, Oxford University Press, 2015, s. 594; Nowak, kn. 14.

<sup>22</sup> Richard Clayton/Hugh Tomlinson, *The Law of Human Rights, Volume I*, Second ed., Oxford University Press, 2009, kn. 6.157.

<sup>23</sup> Tezcan ve diğerleri, s. 682 vd.

<sup>24</sup> Schabas, s. 595.

<sup>25</sup> A ve diğerleri/Birleşik Krallık [Büyük Daire], para. 177. Kıyaslayınız *Siracusa İlkeleri*, no. 54.

<sup>26</sup> Gemalmaz (1994), s. 224.

<sup>27</sup> Nowak, kn. 16.

<sup>28</sup> *Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the*

nomik krizler, istisnai olarak, ulusun varlığını tehdit eden tehlike boyutuna varabilir<sup>29</sup>.

2. Söz konusu tehdit tüm ulusun varlığını etkilemelidir. Tehlikenin fiilen ülkenin geneline yayılmış olmasına gerek yoktur; halkın tümünü etkileyen bölgesel çatışma ve olağanüstü durum olması yeterlidir<sup>30</sup> (Aksoy kararı, para. 70). KSHUS bakımından da aynı sonuca varılabilir<sup>31</sup>. Keza, coğrafi olarak sınırlı ölçekli fakat ağır doğal afetler bakımından da olağanüstü hal ilanına olanak tanımak lazım, aksi durumda ülkesi geniş devletler dezavantajlı bir konuma düşebilir<sup>32</sup>. Tabii, bu durumda olağanüstü tedbirlerin uygulandığı coğrafi bölge de ona göre tayin edilmelidir.
3. Mevcut durum organize toplum için bir tehdit oluşturmaktadır. Ulusun “yaşamını” (veya varlığını) tehdit eden tehlikeden bahsedilmesinin nedeni, küçük çaplı iç huzursuzluklardan daha önemli ve ağır tehditlerin ancak hükmün uygulanma olanağını doğurmasıdır<sup>33</sup>. Fakat yakın tarihli kararında AİHM, devletin kurumlarının illa ciddi bir tehdit altında olmasının şart olmadığını içtihat etmiştir (19.2.2009 tarihli A ve diğerleri/Birleşik Krallık [Büyük Daire], para. 177). Daha önceki kararlarda daha yüksek bir eşğin benimsendiği ve nüfusun fiziksel varlığına, devletin ülkesel bütünlüğüne veya devletin organlarının işleyişine yönelik bir tehlikenin varlığının arandığı belirtilmelidir<sup>34</sup>. Belirtmek gerekir ki, KSHUS’u yorumlayan uzmanlarca hazırlanan “Siracusa İlkeleri”nde de aynı yüksek eşik benimsenmiştir<sup>35</sup>.

International Covenant on Civil and Political Rights (1985), ilke no. 41. Bu, uzman hukukçular ve STK temsilcileri tarafından hazırlanmış bir belgedir (Gemalmaz (1994), s. 198). Yine bkz. Gemalmaz (1994), s. 222.

<sup>29</sup> Nowak, kn. 16.

<sup>30</sup> Nowak, kn. 14; Tezcan ve diğerleri, s. 683.

<sup>31</sup> de Schutter, s. 518.

<sup>32</sup> Joseph/Schultz/Castan, kn. 25.52.

<sup>33</sup> Yokuş, s. 29.

<sup>34</sup> van Dijk ve diğerleri (ed.), s. 1061; Yokuş, s. 29.

<sup>35</sup> de Schutter, s. 518.

4. Güvenlik, sağlık ve kamu düzeninin sağlanmasında Sözleşmenin izin verdiği olağan ve normal tedbir veya sınırlamalar açıkça yetersiz kalmalıdır (1.7.1961 tarihli Lawless/İrlanda (no. 3) kararı)<sup>36</sup>. Diğer bir deyişle, Sözleşmede her bir hak kategorisi için müsaade edilen olağan kısıtlamalar olağanüstü durumu kontrol altına almak için yetersiz olmalıdır<sup>37</sup>. Bu bakımdan, olağan dönemde başvurulabilecek tedbirlerin olağanüstü dönemde neden yeterli olmadığı ilgili devlet tarafından ikna edici şekilde ortaya konulmalıdır<sup>38</sup>. Her durumda, karşı karşıya kalınan tehlike öyle büyüklükte olmalıdır ki, “devlet aygıtının olağan mekanizma ve kurumlarının olağan işletilmesiyle” bunların üstesinden gelebilmek mümkün olmamalıdır<sup>39</sup>.

AİHM, İrlanda olayında (18.1.1978 tarihli İrlanda/Birleşik Krallık kararı), Türkiye'nin güneydoğusunda gerçekleşen terörle mücadele bakımından (18.12.1996 tarihli Aksoy/Türkiye kararı) ve 11.9.2011 tarihinde ABD'deki saldırılardan sonra İngiltere'deki terörist saldırı tehlikesi nedeniyle (19.2.2009 tarihli A. ve diğerleri/Birleşik Krallık kararı) ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlikenin (“public emergency”) varlığını kabul etmiştir<sup>40</sup>. Sadece Yunanistan'a karşı yapılan tek bir başvuruda, askeri rejimin tespiti Strazburg organlarınca reddedilmiştir<sup>41</sup>. Ayrıca, 2009 tarihli anılan kararda, alınan önlemlerin ölçülülük ilkesine uygun olmadığı tespit edilmiştir - ki zaten House of Lords da aynı sonuca daha önce varmış bulunmaktaydı<sup>42</sup>.

<sup>36</sup> Gemalmaz (1994), s. 39; White/Ovey, s. 116; Tezcan ve diğerleri, s. 683.

<sup>37</sup> Walter Kälin/ Jörg Kunzli, *The Law of International Human Rights Protection*, Oxford University Press, 2009, s. 145. Yine bkz. Gemalmaz (1994), s. 225.

<sup>38</sup> Ulaş Karan, *Olağanlaştırılmaması Gereken Olağanüstü Hal - Kriz Zamanlarında İnsan Hakları*, Güncel Hukuku, Eylül 2016 (Yıl 9, Sayı 153), s. 13.

<sup>39</sup> Gemalmaz (2010), s. 1640.

<sup>40</sup> Tezcan ve diğerleri, s. 683.

<sup>41</sup> Kapani, s. 115-116; Yokuş, s. 43; Boyar, s. 102; Ní Aoláin, s. 35.

<sup>42</sup> Clayton/Tomlinson, kn. 6.154.

AİHM bugüne kadarki kararlarında sözleşmeci bir devletin AİHS m. 15'in koşullarının gerçekleştiğine yönelik tek yanlı irade beyanını yeterli görmemekte ve böyle bir durumun mevcut olup olmadığını denetlemektedir (örneğin 1.7.1961 tarihli *Lawless/İrlanda* (no. 3) kararı ve bilhassa *Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık*, para. 47)<sup>43</sup>. BM KSHUS'a Ek Seçimlik Protokol uyarınca yapılan bireysel başvurular bakımından İnsan Hakları Komitesi de kendini bu konuda yetkili görmektedir<sup>44</sup>. Bununla birlikte, ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlikenin varlığını tespit etme konusunda ilgili devlete geniş bir takdir hakkı tanındığı rahatlıkla söylenebilir<sup>45</sup>. Bu bakımdan olağanüstü durumun varlığını tespit etme ve bu duruma karşı koymak bakımından ne yapılması gerektiğini kararlaştırma konusunda devletlerin takdir yetkisi vardır. Ulusal makamlar olaylarla doğrudan ve sürekli yüz yüze geldikleri için tehlikenin halen mevcut olup olmadığı ve hangi tedbirlerin gerekli olduğunu değerlendirme konusunda uluslararası bir hakimden daha elverişli durumdadırlar. Ancak devletlerin bu konudaki takdir yetkisi, doğal olarak, Mahkemenin denetimi altındadır. 19.2.2009 tarihli *A ve diğerleri/Birleşik Krallık* kararında AİHM önemli bir açılım yapmıştır: şayet tehlikenin varlığı ilgili devletin en üst derece mahkemeleri tarafından tespit edilmişse; açıkça gayri makul bir sonuca ulaşmadıkça veya AİHS m. 15'in veya konuya dair AİHM içtihadının yanlış yorumlanması veya uygulanması söz konusu olmadıkça, AİHM bu tespite uyacaktır (para. 174 ve 180). Bu olayda, AİHS m. 15'e dayanarak yükümlülük azaltma bildiriminde bulunduğu vakit, Birleşik Krallık'ta gerçekleşen hiçbir El-Kaide saldırısı vuku bulmamıştı, Londra'da meydana gelen Temmuz 2005 saldırısı ise beyandan çok sonra gerçekleşmişti<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> van Dijk ve diğerleri (ed.), s. 1062; Gemalmaz (1994), s. 35; Yokuş, s. 46-49; Tezcan ve diğerleri, s. 68; Clayton/Tomlinson, kn. 6.157.

<sup>44</sup> Nowak, kn. 6.

<sup>45</sup> David Harris/Michael O'Boyle/Ed Bates/Carla Buckley; Harris, O'Boyle & Warbrick - *Law of the European Convention on Human Rights*, Third edition, Oxford University Press, 2014, s. 829; Ní Aoláin, s. 38.

<sup>46</sup> Harris ve diğerleri, s. 831.

**b. Ölçülülük İlkesi**

AİHS m. 15'e göre, alınan tedbirler “*durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde*” olmalıdır. Olağan dönemde öngörülemeyen türden düzenlemelere başvurmak mutlak surette gerekli, yani *zorunlu* olmalıdır. Kamusal tehlikenin varlığına dair AİHM denetimi oldukça esnekken, tedbirin oranlılığı özel olarak incelenmektedir. Alınmış olan ve normalde Sözleşmenin ihlalini teşkil edecek tedbirler, hükümetin karşı karşıya olduğu mevcut krizle mütenasip olmalıdır<sup>47</sup>. Başvurulan tedbirler ile karşı karşıya kalınan olağanüstü hal arasında somut ve sıkı bir ilişki olmalıdır<sup>48</sup>. AİHM'in vurguladığı üzere, şartların gerektirdiğinden daha fazla önlem alınması kati surette yasaktır (Aksoy/Türkiye kararı, para. 68). Bu bakımdan, olağan anlamda orantılılık, yani makul bir dengenin bulunması bile aslında yeterli değildir<sup>49</sup>. AİHM bu konuda değerlendirmesini yaparken aykırı hareket edilen hakkın niteliğini, olağanüstü durumun süresini ve ona yol açan durumu göz önünde bulundurmaktadır<sup>50</sup>. Kötüye kullanmalara karşı etkili güvencelerin bulunup bulunmadığı değerlendirmede önemli rol oynayacaktır<sup>51</sup>. Tedbirlerin uygulanma süresi de önemli bir kıstas olacaktır<sup>52</sup>.

Demek ki, olağanüstü hal ilanının haklı olması, bu çerçevede alınan her önlemin de haklılığını kendiliğinden doğurmaz: alınan tedbirler, ilgili tehlikeye karşı koymak amacı ile doğrudan ilintili olmalıdır<sup>53</sup>. Unutmamak gerekir ki, olağanüstü yönetimlerin amacı, bu rejime geçilmesine neden olan sorunları ortadan kaldırmaktır<sup>54</sup>; bu rejime özgü düzenlemeler de bu amaca ulaşmaya elverişli olmalıdır<sup>55</sup>.

<sup>47</sup> Harris ve diğerleri, s. 837.

<sup>48</sup> van Dijk ve diğerleri (ed.), s. 1062.

<sup>49</sup> Benzer Clayton/Tomlinson, kn. 6.162.

<sup>50</sup> Tezcan ve diğerleri, s. 684.

<sup>51</sup> Harris ve diğerleri, s. 837.

<sup>52</sup> White/Ovey, s. 119.

<sup>53</sup> van Dijk ve diğerleri (ed.), s. 1063.

<sup>54</sup> Boyar, s. 97.

<sup>55</sup> Gemalmaz (1994), s. 36.

Aynı anlayışın BM KSHUS m. 4 açısından da geçerli olduğu vurgulanmalıdır. KSHUS bağlamında, tedbirin kapsamının ve müdahalenin derecesinin, ulusun varlığını tehdit eden durumla mücadele etmek açısından ortaya çıkan gereklilikle *makul* bir ilişki içinde olması gerektiği vurgulanmıştır<sup>56</sup>. 29 no.lu Genel Yorumda, devletin hem OHAL ilan etme kararı bakımından hem de buna bağlı olarak alınan spesifik önlemler bakımından hukuki gerekçe sunmak zorunda oldukları vurgulanmıştır (para. 5). Zira m. 4/2'de bazı hakların askıya alınamayacağını belirtilmiş olması da, ulusun varlığını tehdit eden bir tehlike olsa bile, diğer hakların dilediğince askıya alınabileceği anlamına gelmez (para. 6)<sup>57</sup>.

Yükümlülük azaltmanın durumun mutlaka gerektirdiği ölçüde olup olmadığı bakımından AİHM kararlarında birden çok aşamalı bir değerlendirme yapılmaktadır<sup>58</sup>:

- Mahkeme, öncelikle mevcut duruma hakim olmak için devletin hangi normal önlemlere başvurabileceğini incelemektedir<sup>59</sup>. Bu bakımdan, her bir hakkın kendi sınırlama rejimi dahilinde çözümler aramak ilk yol olmalıdır. Eğer bunlar yeterli değilse, ancak bu takdirde başkaca tedbirlere başvurulabilir.
- En ağır önlemleri almaya gerek kalmadan daha hafif önlemler ile çözüm bulmak mümkün olmasına rağmen gerektiğinden daha ağır önlemlerin alınması tercih ediliyorsa, amaç ile araç arasındaki makul denge bozulmuş olur<sup>60</sup>. Bu bakımdan, örneğin, olağanüstü hal rejimi dahilinde önlenilecek bir tehdit, sıkıyönetim ilanı ile karşılanmamalıdır<sup>61</sup>.

<sup>56</sup> Nowak, kn. 25.

<sup>57</sup> Aynı yönde Schabas, s. 599.

<sup>58</sup> Tezcan ve diğerleri, s. 684.

<sup>59</sup> Harris ve diğerleri, s. 838.

<sup>60</sup> Harris ve diğerleri, s. 841.

<sup>61</sup> Gemalmaz (2010), s. 1640.



Demek ki, olağanüstü hal, “normalde” hukuka aykırı olan her şeyin yapılabildiği bir rejim değil, olağanüstü halin ilanına götüren nedenlerin yarattığı tehlikeleri bertaraf etmek için bazı özel tedbirlerin alınabildiği bir dönemdir. Bilhassa özel sınırlama sebebi içermeyen haklar bakımından (örneğin, kişi özgürlüğü ve güvenliği) devletlerin bu yola başvurması beklenebilir<sup>62</sup>.

AİHM olağanüstü durumun uzun süre devam edebileceğini kabul etmekte, zaman bakımından mutlaka bir süre ile de sınırlandırmamaktadır<sup>63</sup>. Yıllarca süren OHAL uygulamasının kabul gördüğü kararlara rastlamak mümkündür (örneğin, 25.5.1993 tarihli Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık kararı). Fakat süre uzadıkça, olağanüstü halin “olağanlaşmamasını” sağlayacak etkili ve yeterli güvencelerin mevcut olup olmadığının önemi artacaktır<sup>64</sup>.

Tehlike ortadan kalktığına tedbirler kaldırılmalı, tehlike arttığına ise tedbirler arttırılmalıdır; bu konuda hükümetin subjektif değerlendirmesi değil, objektif değerlendirme esas alınmalıdır<sup>65</sup>. Keza, süre uzadıkça, yükümlülüklerden aynı ölçüde sapmaya devam etmenin gerekli olup olmadığı tekrar değerlendirilmelidir<sup>66</sup>.

Tehlike sadece belirli coğrafi alanı kapsıyorsa, istisnai önlemler de bu bölgede uygulama alanı bulmakla sınırlı kalmalıdır<sup>67</sup>.

AİHM içtihadına bakılırsa, ölçülülüğün tespitinde şu faktörlerin önem taşıdığı söylenebilir<sup>68</sup>:

<sup>62</sup> Harris ve diğerleri, s. 826. Nitekim en çok 5. ve 6. madde açısından bu yola başvurulduğuna dair bkz. White/Ovey, s. 113.

<sup>63</sup> Tezcan ve diğerleri, s. 684.

<sup>64</sup> Harris ve diğerleri, s. 837. Yine bkz. Kapani, s. 114: “Kişilerin hak ve özgürlüklerine getirilen kısıtlamaları kesin zorunluluk olmadıkça uzatıp gitmelerine göz yumulamaz”.

<sup>65</sup> Tezcan ve diğerleri, s. 684.

<sup>66</sup> van Dijk ve diğerleri (ed.), s. 1064; yine bkz. White/Ovey, s. 119.

<sup>67</sup> Gemalmaz (2010), s. 1640.

<sup>68</sup> Guide on Article 15 of the European Convention on Human Rights - De-

- Olağanüstü durumun yarattığı tehdidi karşılamak için olağan yasalar yeterli olur muydu? (Lawless/İrlanda (no. 3), para. 36, İrlanda/Birleşik Krallık, para. 212)
- Alınan tedbirler gerçekten bir acil duruma cevap mahiyetinde mi? (Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık, para. 51)
- Önlemler, kabul edilme amaçlarına uygun olarak mı kullanıldı? (Lawless/İrlanda (no. 3), para. 38)
- Yükümlülüklerden sapma sınırlı mı ve bu yola başvurmak için öne sürülen nedenlerle bağlantılı mı? (Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık, para. 66)
- Askıya alma durumuna duyulan ihtiyaç gözden geçirilip denetlendi mi? (Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık, para. 54)
- Uygulanan tedbirlerde zamanla gevşeme oldu mu? (İrlanda/Birleşik Krallık, para. 220)
- Tedbirler uygulanırken güvenceler öngörülüyor mü? (İrlanda/Birleşik Krallık, para. 216-219; Lawless/İrlanda (no. 3), para. 37, Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık, para. 61-65; Aksoy/Türkiye, para. 79-84)
- Söz konusu olan hakkın önemi ve söz konusu hakka müdahaleler bakımından adli denetimin genel amacı.
- İlgili tedbir üzerinde adli denetim uygulanabilir nitelikte miydi (Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık, para. 59)
- Tedbir mazur görülemez nitelikte ayrımcılık içeriyor muydu (A. Ve diğerleri/Birleşik Krallık [Büyük Daire], para. 190).

Bu faktörler normalde geçmişe dönük olarak *ex post* değil, fakat *ex ante* olarak, yani tedbirlerin alındığı ve daha sonra uygulan-

---

rogation in time of emergency, Council of Europe, 2016, no. 19 ([http://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_15\\_ENG.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_15_ENG.pdf))

dığı zaman hakim olan koşullara ve şartlara göre değerlendirilir (İrlanda/Birleşik Krallık, para. 214). Fakat, istisnaen, daha sonra ortaya çıkan bilgilerin de Mahkeme tarafından dikkate alınması mümkündür (örneğin A. Ve diğerleri/Birleşik Krallık [Büyük Daire], para. 177).

Öte yandan, KSHUS m. 4'ü yorumlayan İnsan Hakları Komitesi, 29 no.lu Genel Yorumunda, bu hükme dayanarak alınan önlemlerin geçici nitelikte olması gerektiğini belirtmekle birlikte (para. 2), AİHM salt önlemin geçici mahiyette olmaması nedeniyle Sözleşmenin 15. maddesine aykırı düşmeyeceği görüşünü savunarak (A ve diğerleri/Birleşik Krallık [Büyük Daire], para. 178) farklı yönde anlayış sergilemiştir<sup>69</sup>. Ne var ki, diğer konuşmacıların belirttiğini tahmin ettiğim üzere, kendi Anayasamız ve Anayasa Mahkemesi içtihatları uyarınca, OHAL KHK'ları ile daimi nitelikte değişiklikler tesis edilemeyeceğini söylemek gerekir.

Genel bir değerlendirme yapmak gerekirse, önlemlerin gerekliliğine dair makul gerekçeler sunabildiği durumlarda, devletin takdir marjına saygı duyulduğu söylenebilir<sup>70</sup>. Diğer bir deyişle, ilgili devlet her bir önlemin gerekliliğini mutlak surette ispat etmek durumunda değildir. Nitekim Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık kararında, denetimin özellikle katılması gerektiği iddialarına karşılık olarak, takdir yetkisinin geniş olması gerektiği AİHM tarafından vurgulanmıştır (kararın 43. paragrafı). AİHM'in devletlere yönelik bu "müsaade edici" denilebilecek tavrı eleştiri konusu olmuştur<sup>71</sup>. Görünüşte demokratik hükümetler söz konusu olduğunda, denetim yumuşak olmuştur<sup>72</sup>. Ancak ölçülülük değerlendirmesini yaparken,

<sup>69</sup> Schabas, s. 596.

<sup>70</sup> van Dijk ve diğerleri (ed.), s. 1057.

<sup>71</sup> Harris ve diğerleri, s. 849; yine bkz. Ní Aoláin, s. 36 (Yunan davasındaki sert denetim istisna olarak kalmıştır ve birçok yazarca dönemin hükümetinin anti-demokratik niteliğine bir tepki olarak değerlendirilebileceği söylenmiştir). Olağanüstü rejimlerde temel hak ihlallerinin artması karşısında, denetimin normale göre daha gevşek değil, bilakis katı olması gerektiği savunulmaktadır (Ní Aoláin, s. 49).

<sup>72</sup> Ní Aoláin, s. 36.

Birleşik Krallık gibi yerleşik demokrasilerle bu geleneğe sahip olmayan devletler arasında denetimin katılık bakımından farklılık gösterdiği de belirtilmektedir<sup>73</sup>. Buna karşılık, KSHUS sisteminde, İnsan Hakları Komitesinin ölçülülük değerlendirmesi bakımından takdir marjına daha az rol tanıyan bir anlayışı olduğu belirtilmektedir<sup>74</sup>. Belki de bu yaklaşımın bir nedeni, bu organın genelde demokrasi kültürü zayıf olan devletlerden gelen başvuruları incelemek zorunda kalmış olmasıdır.

### c. Uluslararası Hukuktan Doğan Yükümlülüklerle Ters Düşmeme

AIHS m. 15'e dayanarak yükümlülük azaltma, ilgili devletin uluslararası yükümlülüklerine aykırı olmamalıdır. Sözleşmeye taraf devlet, AIHS dışında bağlı bulunduğu herhangi bir uluslararası insan hakları sözleşmesinin daha koruyucu hükümlerini ihlal edemez<sup>75</sup>. Bu kural aslında m. 53'teki kuralı teyit ve takviye etmektedir<sup>76</sup>: *"Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbirini, herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Tarafın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşme uyarınca tanınmış olabilecek insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlayacak veya onları ihlal edecek biçimde yorumlanamaz."*

Bu açıdan, askıya alınamaz haklar listesi AIHS'e göre daha geniş olan KSHUS dikkate alınmalıdır<sup>77</sup>. Hatta bu listenin içtihat yoluyla geliştirildiğini ve daha da geliştirilebileceğini söylemek gerekir<sup>78</sup>. Türkiye gibi, her iki sözleşmeye taraf olan

<sup>73</sup> Ní Aoláin, s. 38-40.

<sup>74</sup> Joseph/Schultz/Castan, kn. 25.74.

<sup>75</sup> Tezcan ve diğerleri, s. 684-685; Yokuş, s. 31.

<sup>76</sup> Harris ve diğerleri, s. 843; White/Ovey, s. 120.

<sup>77</sup> Kälın/Künzli, s. 146; Schabas, s. 600; Harris ve diğerleri, s. 844; Yokuş, s. 31; Tezcan ve diğerleri, s. 685; Boyar, s. 111. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi m. 27/2'deki askıya alınamaz haklar kategorisinin daha da geniş olduğu vurgulanmalıdır (Gemalmaz (2010), s. 1240). Bu Sözleşmede ilgi çeken bir husus, askıya alınamayan hakların korunması için elzem olan adli güvenceler'in de yükümlülük azaltma beyanına tabi tutulamamasıdır. Bu bakımdan, anılan üç sözleşme (AIHS, KSHUS, Amerikan İHS) arasında en dar liste AIHS'inkidir (Gemalmaz (2010), s. 930).

<sup>78</sup> de Schutter, s. 553; Joseph/Schultz/Castan, kn. 25.66.

devletler, yükümlülük azaltma rejimini daha kısıtlayıcı olan KSHUS'a göre belirlemelidir; bu aynı zamanda AİHS'in de bir gereğidir<sup>79</sup>. Fakat AİHM'in bu konuda katı bir denetim icra etmesini beklemek gerçekçi olmaz<sup>80</sup>.

KSHUS dışında, çeşitli devletlerin taraf olduğu ve spesifik konuları düzenleyen birçok insan hakları antlaşmasının kendi içinde "yükümlülük azaltma" rejimine olanak tanımadığına da dikkat edilmelidir<sup>81</sup>.

Diğer taraftan, uluslararası hukukun emredici (*jus cogens*) nitelikte kurallarının koruduğu haklar ihlal edilmemelidir<sup>82</sup>.

Uluslararası hukuka yapılan atıf, uluslararası örfi hukuku da kapsar<sup>83</sup>. Silahlı çatışma durumlarında, insancıl hukukun kurallarına uymak özellikle mühimdir; bu konuda bilhassa 1949 Cenevre Sözleşmeleri önemlidir.

#### d. Dokunulmaz Haklar

Savaş eylemlerinden doğan ölüm olayları dışında Sözleşme ile korunan yaşam hakkı (m. 2), işkence ve insanlık dışı, aşağılayıcı muamele veya ceza yasağı (m. 3), kölelik yasağı (m. 4), işlendiği sırada suç olmayan bir fiilden dolayı cezalandırılmama (m. 7) haklarına dokunulmamalıdır<sup>84</sup>. Bundan başka, AİHS'ne Ek 6 no.lu ve 13 no.lu Protokol (ölüm cezası) ile Ek 7 No.lu Protokol m. 4 (*ne bis in idem*, aynı fiilden dolayı iki kez yargılanmama/cezalandırılmama) de dokunulmazlık kapsamına girmektedir. Aynı husus ölüm cezasını kaldıran KSHUS'a Ek 2. Seçimlik Protokol için de geçerlidir (m. 6).

<sup>79</sup> Gemalmaz (1994), s. 53.

<sup>80</sup> Benzer yönde van Dijk ve diğerleri (ed.), s. 1067.

<sup>81</sup> de Schutter, s. 552.

<sup>82</sup> Gemalmaz (1994), s. 49-50; Kälın/Künzli, s. 146.

<sup>83</sup> Gemalmaz (1994), s. 48; Yokuş, s. 31; Nowak, kn. 28; van Dijk ve diğerleri (ed.), s. 1068; White/Ovey, s. 120.

<sup>84</sup> Doktrinde buna "hakların sert çekirdeği" de denilmektedir (Gemalmaz (2010), s. 1642).

KSHUS'taki sayım daha kapsamlıdır: m. 4/2'ye göre "Sözleşmenin 6., 7., 8. (1. ve 2. fıkralar), 11., 15., 16. ve 18. maddelerindeki yükümlülüklerde hiçbir azaltma yapılamaz". Yaşama hakkı, işkence yasağı, kölelik ve kulluk yasağı, borç nedeniyle hapis yasağı, kanunilik ilkesi, hukuk nezdinde kişi olarak tanınma hakkı ve düşünce, vicdan ve din özgürlüğü bu kapsamdadır. Yukarıda değindiğimiz gibi, bu liste İnsan Hakları Komitesi tarafından içtihat yoluyla geliştirilmiştir ve daha da geliştirilebileceği vurgulanmıştır<sup>85</sup>. Anayasamızın m. 15/2 hükmünde askıya alınamayacak olan ilan edilen hakların sayımına bakıldığında, KSHUS'a daha yakın bir yaklaşım gözlemleyebiliriz<sup>86</sup>. Anayasamızın masumiyet karinesini de ayrıca saydığına dikkat edilmelidir.

AİHS açısından Türkiye'nin beyanında zaten hangi haklardan sapılabileceği belirtilmemiştir.

Buna karşılık, daha önce belirttiğimiz üzere, Fransa örneği takip edilerek, BM KSHUS açısından yapılan beyanda bazı maddeler soyut olarak listelenmiştir. Bunlardan biri de, etkili başvuru hakkına ilişkin m. 2/3 hükmüdür. Bu, talihsiz bir beyan olmuştur çünkü İnsan Hakları Komitesininin 29 no.lu Genel Yorumuna göre, bu hüküm bakımından yükümlülük azaltma beyanına başvurulamaz (para. 14).

Keza, mahpuslara insancıl muamele edilmesine dair m. 10 hükmü açısından da aynı husus geçerlidir (para. 13a)<sup>87</sup>. Kaldı ki, bu hükmün AİHS'te direkt bir karşılığı olmamakla birlikte, içeriğinin çok büyük ölçüde AİHS m.3 tarafından kapsandığı söylenebilir ve söz konusu hüküm de AİHS m. 15 uyarınca askıya alınamayan yükümlülüklerdendir<sup>88</sup>.

<sup>85</sup> de Schutter, s. 553; Joseph/Schultz/Castan, kn. 25.66, 25.68.

<sup>86</sup> Boyar, s. 105.

<sup>87</sup> Nowak, kn. 24.

<sup>88</sup> Martin Scheinin, Turkey's Derogation from Human Rights Treaties - An Update (<http://www.ejiltalk.org/turkeys-derogation-from-human-rights-treaties-an-update/>)

Nihayet, Türkiye'nin beyanında adil yargılanma hakkına ilişkin olan KSHUS m. 14 hükmü de genel olarak sayılmıştır; oysa bu hakkın özünü oluşturan bazı güvencelerin olağanüstü hal durumunda bile askıya alınamayacağı yine Genel Yorumda açıklanmıştır (para. 16).

KSHUS m. 4 açısından, tedbirler bakımından ayrımcılık yasası özel olarak vurgulanmıştır: salt<sup>89</sup> ırk, renk, cinsiyet, dil, din veya sosyal kökene dayalı ayrımcılık içeren tedbirler alınamaz. Hiç şüphesiz, AİHS m. 15 açısından da aynı esas geçerlidir<sup>90</sup>. Mazur görülemeyecek ayrımcı bir uygulamanın tedbirin zorunluluğu ve ölçülülüğü kriterleri açısından Sözleşmeye aykırı bulunacağı muhakkaktır<sup>91</sup>. Kaldı ki, ayrımcı uygulamaların ilgili devletin sair uluslararası hukuk yükümlülüklerine aykırı düşeceği de söylenebilir<sup>92</sup>.

Öte yandan, bazı hakların askıya alınabilir olması, onların hiyerarşik olarak daha az öneme sahip olduğu anlamına da gelmeyebilir<sup>93</sup>: bazı haklara “askıya alınamaz” olanlar arasında yer verilmemesinin nedeni, hakkın ulusun varlığını tehdit eden bir tehlikeyle bağlantısız olması veya belirli bir haktan sapmanın pratikte pek mümkün olmaması olabilir<sup>94</sup>.

### e. Usule İlişkin Koşul

Sözleşmeciler devlet, almış olduğu önlemler ile gerekçelerini Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne tam olarak bildirme yükü-

<sup>89</sup> Buradaki “salt” ibaresi doktrinde sadece kasıtlı ayrımcılık içeren tedbirlerin yasak kapsamında olduğu yorumlarına yol açmıştır (aktaran Joseph/Schultz/Castan, kn. 25.52). Fakat uluslararası insan hakları hukuku dik-kate alındığında, aksini söylemek mümkündür.

<sup>90</sup> van Dijk ve diğerleri (ed.), s. 1068. Yine bkz. Gemalmaz (2010), s. 1641; Gemalmaz (1994), s. 58.

<sup>91</sup> de Schutter, s. 545, 548. Yine bkz. Boyar, s. 111.

<sup>92</sup> de Schutter, s. 548.

<sup>93</sup> Nitekim bkz. 24 no.lu Genel Yorum, para. 10. Kıyaslayınız Kapani, s. 113.

<sup>94</sup> Schabas, s. 593; Rhona K.M.Smith, Textbook on International Human Rights, Sixth edition, Oxford University Press, 2014, s. 185. Yine bkz. 29 no.lu Genel Yorum, para. 11. Fakat aksine görüşler de mevcuttur, bkz. Smith, 184.

kümlülüğü altındadır (AİHS m. 15/3). Alınan önlemlerin ne olduğuna, bunların gerekçelerine, başlangıç ve bitiş tarihlerine ilişkin bildirim yapılması gerekir<sup>95</sup>. Sözleşmede süre sınırı öngörülmemiştir. AİHK, Yunanistan'a karşı Danimarka, Norveç, İsveç ve Hollanda başvurusuna ilişkin 1969 tarihli kararında önlem alınmasından 4 ay sonra Genel Sekreterliğe yapılan bildirim gecikmiş bir bildirim olarak değerlendirmiştir<sup>96</sup>. Lawless kararında ise 12 günlük gecikme kabul edilebilir bulunmuştur<sup>97</sup>.

Aslında, bildirim AİHS m. 15'den yararlanmak için geçerlilik koşulu teşkil edip etmediği tartışmalıdır<sup>98</sup>. AİHM'in ve devletlerin bu hususu bir geçerlilik koşulu gibi görmedikleri izlenimi mevcuttur<sup>99</sup>. Mahkeme, *bunu yapma olanağı varken*, resmi ve kamusal bir işlemle, sıkıyönetim veya olağanüstü hal ilanı gibi, bir yükümlülük azaltma beyanı yapılmamışsa, 15. maddeden yararlanılamayacağına karar vermiştir (Kıbrıs R.K./Türkiye, 10 Temmuz 1976 tarihli Komisyon raporu, para. 527)<sup>100</sup>. Keza, yükümlülük azaltma beyanında belirtilmeyen coğrafi bölgelerde olağanüstü tedbirlerin alınması durumunda, bunların da AİHS m. 15 kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir (26 Kasım 1997 tarihli Sakık ve diğerleri/Türkiye kararı, para. 39). Fakat m. 15/3'teki bildirim koşuluna uymamanın hukuki neticesi konusunda AİHM, Kıbrıs R.K.'nin devlet başvurusunda bunun değerlendirilmesini gerektiren bir durum olmasına rağmen, hiçbir zaman net bir cevap vermemiştir<sup>101</sup>. Kanaatimce, bunun AİHS m. 15'ten yararlanabilmek için bir geçerlilik şartı olduğunu düşünseydi, AİHM bunu açıkça belirtirdi. Fa-

<sup>95</sup> Tezcan ve diğerleri, s. 685.

<sup>96</sup> Tezcan ve diğerleri, s. 685.

<sup>97</sup> Gemalmaz (1994), s. 69; Yokuş, s. 54.

<sup>98</sup> Schabas, s. 602; van Dijk ve diğerleri (ed.), s. 1070; Harris ve diğerleri, s. 847.

<sup>99</sup> van Dijk ve diğerleri (ed.), s. 1069. Oysa Amerikan devletlerinin tabi olduğu sistemdeki Mahkeme (Inter-American Court of Human Rights) bu konuda oldukça katıdır (bkz. 4 Temmuz 2007 tarihli Zambrano Vélez ve diğerleri/Ekvator kararı, para. 69-70, aktaran de Schutter, s. 559).

<sup>100</sup> Kıyaslayınız White/Ovey, s. 121.

<sup>101</sup> Keza, eksik bilgi vermenin sonuçları da açık değildir (Yokuş, s. 55).



kat bildirimde bulunmayan devletin, belki, olağanüstü hal ilanının gerekliliğini kanıtlamakta daha büyük zorluk yaşaması beklenebilir<sup>102</sup>.

Uygulamaya bakılırsa, AİHS bağlamında olağanüstü tedbirlerin alınmasına olanak sağlayan hukuki metinleri içeren ve bunların amacını açıklayan bir yazının Genel Sekretere iletilmesi genelde yeterli görülmektedir (Lawless/İrlanda (no. 3), § 47)<sup>103</sup>.

KSHUS m. 4 açısından, resmi olarak olağanüstü yönetimin ilan edilmiş olması aranmaktadır<sup>104</sup>; ancak geçerlilik şartı olan, ulusal bağlamda yapılan ilandır, BM'ye yapılan bildirim değil<sup>105</sup>. Nitekim KSHUS sisteminde, m. 4/1, ulusal alanda resmi bir ilan yapılmasını zorunlu kılmaktadır; m. 4/3'te ise yükümlülük azaltma beyanının BM Genel Sekreterine bildirilmesi öngörülmektedir<sup>106</sup>. İşte, m. 4/3'teki koşula uymamış olmak, yükümlülük azaltma hakkından yararlanmama sonucunu doğurmaz (Landinelli Silva/Uruguay, no. 34/78, para. 8.3). Hatta öyle ki, devlet 4. madde hükmüne açıkça dayanmasa bile, İnsan Hakları Komitesi, bu hükme dayanarak devletin sorumluluktan kurtulma olanağını re'sen inceleyebileceğini içtihat etmiştir<sup>107</sup>.

KSHUS bağlamında, İnsan Hakları Komitesi tarafından m. 4/3 gerekliliğini yerine getirmiş sayılmak için, alınan tedbirlere dair tam bir bilgi içeren ve bunun nedenlerini açıkça izah eden, tedbirleri tam olarak belgeleyen bir bildirim aranmıştır<sup>108</sup>. Önemli olan, ilgili tedbirlerin hangi haklardan sapma teşkil et-

<sup>102</sup> Bu yönde White/Ovey, s. 122.

<sup>103</sup> Guide on Article 15, no. 33.

<sup>104</sup> Boyar, s. 99.

<sup>105</sup> Nowak, kn. 17, 43. Bildirimin önemi ve amacı için bkz. Gemalmaz (1994), s. 42 vd.

<sup>106</sup> Joseph/Schultz/Castan, kn. 25.70.

<sup>107</sup> Joseph/Schultz/Castan, kn. 25.73 (örneğin, Weismann ve Lanza Perdomo/Uruguay kararı, no. 8/77).

<sup>108</sup> 29 no.lu Genel Yorum, para. 17.

tiğinin, yani sapmaların niteliğinin ve kapsamının bildirimden anlaşılabilmesidir<sup>109</sup>. Yani, sapma teşkil eden önlemlerine neler olduğu ve bunun nedenleri anlaşılabilmelidir<sup>110</sup>. Fakat uygulamada bu kıstası karşılayan bildirim oranının hayli düşük olduğu belirtilmektedir<sup>111</sup>. Bildirimi geç yapan veya hiç yapmayan devlet örneği çok olduğu gibi, kasten yanıltıcı bilgi verme durumlarına da rastlanmıştır<sup>112</sup>. Öte yandan, açık hüküm içermeyen AİHS'in aksine, KSHUS'ta bildirim "derhal" yapılması hükümde aranmıştır; fakat bunu "makul süre içinde" şeklinde anlamak doğru olur<sup>113</sup>.

Öte yandan, AİHS m. 15/3 hükmünün ilgili devlet için olağanüstü tedbirlere duyulan ihtiyacı sürekli olarak gözden geçirme yükümlülüğü yarattığı da Mahkeme tarafından tespit edilmiştir (Brannigan ve McBride/Birleşik Krallık, para. 54)<sup>114</sup>.

Türkiye'nin, aldığı önlemlere dair düzenli olarak bilgilendirme yaptığını söylemek mümkündür. Gerek AİHS gerekse KSHUS bağlamında, kabul edilen KHK'lar ilgili makamlara düzenli olarak bildirilmiştir (mesela, AİHS bağlamında, Kasım sonu itibariyle, yükümlülük azaltma beyanlarıyla birlikte, dokuz ayrı bilgilendirme yapılmıştır. Bu notlarda kabul edilen KHK'ların metni ve amacını içeren bilgiler yer almaktadır). Bu notlarda hangi tedbirin hangi haktan ne şekilde sapma içerdiği somutlaştırılmasa da, bu yöntemin standart dışı olmadığı ve yeterli olduğu söylenmelidir.

### 3. Olağanüstü Halde İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi

Eğer iç hukuk yolları etkisiz ise (örneğin ihlale zaten açık bir yasa hükmü ya da yerleşik yargı kararları yol açmaktaysa) ya da idarenin Sözleşme ile bağdaşmayan yerleşik uygulamaları-

<sup>109</sup> Lawless kararı, para. 47.

<sup>110</sup> Gemalmaz (1994), s. 46.

<sup>111</sup> Joseph/Schultz/Castan, kn. 25.72; yine bkz. Gemalmaz (1994), s. 113.

<sup>112</sup> Gemalmaz (1994), s. 112-114.

<sup>113</sup> Gemalmaz (1994), s. 45.

<sup>114</sup> Guide on Article 15, no. 36; Boyar, s. 104.

nın olması halinde iç başvuru yollarının tüketilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır<sup>115</sup>. Bu durumlardan birisinin olduğunu başvuran kişi kanıtlamak zorundadır<sup>116</sup>. Bunun haricinde, iç hukuk yollarını tüketme yükümlülüğü aynen olağan dönemlerde olduğu gibi mevcuttur.

Türkiye açısından 15 Temmuz sonrası bu konuda AİHM tarafından verilen ilk kararda, iç başvuru yollarının tüketilmemiş olması nedeniyle başvuru hakkında oybirliğiyle kabul edilmezlik kararı verilmiştir (Zeynep Mercan/Türkiye, 8.11.2016 tarihli karar, Başvuru no. 56511/16). Başvurucu Zeynep Mercan, 15 Temmuz öncesi Giresun Adliyesi'nde çalışan ve 18 Temmuz'da tutuklanan bir hakimdir. Tutuklamaya itirazı 8 Ağustos'ta reddedilmiştir. AİHM'e başvuran başvuru, Anayasa Mahkemesi'nin iki üyesinin tutuklanmasını da gerekçe göstererek, kendisi için etkin bir iç hukuk yolu olmadığını iddia etmiştir. AİHM bu savı reddetmiştir. Mevcut davada başvurucuyu Anayasa Mahkemesi'ne başvurma yükümlülüğünden muaf kılan özel şartların mevcut olup olmadığını değerlendiren AİHM, başvuru ileri sürdüğü iddiaların Anayasa Mahkemesi'ne yapılacak bireysel başvurunun etkililiğinden şüphe duymaya yeterli olmadığını belirtmiştir. Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi üyelerinin tarafsızlığı hususunda duyduğu basit endişelerin, Mercan'ı bu yargı organına bireysel başvuru yapma yükümlülüğünden muaf tutmayacağını belirtmiştir. AİHM, AYM'nin 25 Şubat 2016 tarihli Can Dündar ve Erdem Gül hakkında verdiği ihlal kararını da, bu yolun etkin olabileceği savını desteklemek için göstermiştir.

Yine 8.12.2016 tarihinde açıklanan Zihni/Türkiye (başvuru no 59061/16) davasına ilişkin kararda da, oy birliğiyle, başvuru kabul edilmez bulunmuştur<sup>117</sup>. Davanın konusu, bir öğretmeninin darbe teşebbüsünün ardından çıkartılan olağanüstü

<sup>115</sup> Tezcan ve diğerleri, s. 686; Yokuş, s. 56-57.

<sup>116</sup> Tezcan ve diğerleri, s. 686.

<sup>117</sup> Müteakip özet AİHM web sitesinden alınan basın özeti (CEDH 403 (2016) 08.12.2016).

hal kanun hükmünde kararname ile görevden alınmasıyla ilgilidir. Mahkeme, başvuru Akif Zihni'nin başvurusunu, şikâyetlerini daha önce ulusal mahkemelere sunmadan yaptığını tespit etmiştir. Mahkeme, başvuruyu bu nedenle iç hukuk yollarının tüketilmemiş olması nedeniyle kabul edilmez bulmuştur. AİHM, başvurucuyu Türk hukuk sisteminin öngördüğü iç hukuk yollarını tüketme yükümlülüğünden muaf kılan herhangi bir nedenin mevcut olmadığını tespit etmiştir (İdari yargı yolu ve Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu). Mahkeme, yasaların anayasaya uygunluğunun denetimi çerçevesinde, Anayasa Mahkemesinin bir yasanın anayasaya uygun olduğuna hükmetmiş olmasının bu yasanın hükümlerine dayanılarak gerçekleştirilen bireysel işlemlere karşı Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunulmasına engel olmadığını belirtmiştir. Ayrıca, Mahkeme, Anayasa Mahkemesi'nin kanun hükmünde kararname ile alınan önlemlere ilişkin olarak kendisine sunulan binlerce başvuruyu incelemeye yetkili olup olmadığı konusunda henüz bir hüküm vermediğini de tespit etmiştir.

Bunlar, Türkiye'nin elini güçlendiren kararlardır. Fakat yargımızın temel hak ve özgürlükleri koruma hususunda gerekli titizliği göstermemesi durumunda, ileride aksine bir sonuç çıkma ihtimalinin mevcudiyeti de göz ardı edilmemelidir.

#### 4. AİHM Kararlarından Örnekler<sup>118</sup>

AİHM, 26.11.1997 tarihli *Sakık ve diğerleri/Türkiye* kararında, Türkiye'nin AİHS m.15 uyarınca yaptığı yükümlülük azaltma beyanının geçerliliği konusuna eğilmiş ve 6.8.1990 tarihli sınırlamada ve 3.1.1991 tarihli mektupta anılan 424, 425 ve 430 sayılı KHK'lerin, yalnızca olağanüstü hal ilan edilen bölge için geçerli olduğunu ve sınırlamaya göre Ankara'nın bu kapsamda bulunmadığını; oysa başvuru sahiplerinin tutuklanmaları ve gözaltında tutulmalarının Ankara'da gerçekleştiğini belirtmiştir.

<sup>118</sup> Tezcan ve diğerleri, s. 686-690'dan özetlenmiştir.

Mahkeme, Aksoy kararına da gönderme yaparak Türkiye'nin Güneydoğu bölgesindeki tartışılmaz ciddilikteki terör sorununu ve Devletin buna karşı etkili önlemler almakta karşılaştığı güçlükleri vurgulamıştır. Bu bağlamda Türkiye'nin Güneydoğu bölgesindeki PKK eylemlerinin özel boyut ve şiddetinin, söz konusu bölgede, "*ulusun varlığını tehdit eden bir tehlike*" doğurduğu Mahkemece kabul etmiştir. Bununla birlikte, Mahkeme AİHS m.15'in Sözleşmeden doğan yükümlülüklerle getirilecek sınırlamaların yalnızca "*durumun zorunluluklarının kesin olarak gerektirdiği ölçüde*" yapılabileceğini öngördüğünü; başvuru konusu olayda ise, söz konusu sınırlamanın yer bakımından kapsamını değerlendirirken, bunun etkisini Türkiye'nin sınırlama bildiriminde açıkça belirtilmeyen bir bölgesine teşmil etmesi durumunda, bu hükmün konu ve amacına aykırı davranmış olacağını belirtmiştir. Bu nedenle de söz konusu sınırlamanın dava konusu olaya uygulanmasının yer bakımından mümkün olmadığını belirtmiş ve bu sınırlamanın 15. maddenin gereklerine uygun olup olmadığını ayrıca değerlendirmeye gerek görmemiştir.

Buna karşılık Aksoy kararında AİHM, AİHS m.15'in uygulanması açısından "*durumun gerektirdiği ölçüde*" koşulunu ayrıntılı olarak değerlendirmiş; ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlikenin var olup olmadığını ve bunun var olması durumunda da bu tehlikenin ortadan kaldırılması için nereye kadar gidilebileceğini belirleme işinin Sözleşmeciler devletlere ait olduğunu, bu konuda kendilerine geniş bir takdir marjının tanınması gerektiğini, ancak devletlerin bu yetkisinin sınırsız da olmadığını vurgulamıştır. Mahkemeye göre olağanüstü durumun gerektirdiği ölçünün aşılmadığını kararlaştırma konusunda ulusal takdir marjı, Avrupa denetimi ile birlikte ele alınmalıdır. Mahkeme bu denetim yetkisini kullanırken istisnaya konu olan hakkın niteliği, olağanüstü hal rejiminin süresi ve bu olağanüstü hali doğuran koşullar gibi faktörlere gereken ağırlığı verecektir. Yukarıda anılan Sakık ve diğerleri kararında olduğu gibi, AİHM bu kararda da PKK terörünün ulusun varlığını tehdit eden bir tehlike olduğunu kabul etmiş,

alınan önlemlerin bu tehlikenin gerektirdiği ölçüyü aşıp aşmadığı konusunda ise, AİHS m. 5/3'ün öngördüğü güvencenin birey açısından taşıdığı önemi vurgulamış; başvurusunun hakim güvencesinden yoksun biçimde 14 gün süreyle gözaltında tutulmasının “durumun gerektirdiği ölçüyü aştığı” sonucuna vararak Türkiye'nin AİHS m. 15'in koşullarına uygun hareket etmediğini kabul etmiştir.

Bir başka olayda ise, bir gazetenin dağıtımının yasaklanması, AİHM 2. Daire'nin 13.2.2003 tarihli Çetin ve diğerleri kararı ile Sözleşmenin 10. maddesine aykırı bulunmuştur. Daha sonra Özgür Bakış, İkibinde Yeni Gündem, Yedinci Gündem isimleriyle faaliyet gösteren Ülkede Gündem gazetesinde çalışan gazeteciler olan başvuranlar, 1997 yılı Ekim ve Kasım aylarında olağanüstü hal bölgesinde gazetenin dağıtımının güçleştirildiğini; bu konuda savcılığa yaptıkları şikayet üzerine savcılığın 3.3.2000 tarihinde görevsizlik kararı vererek dosyayı İl İdare Kuruluna gönderdiğini, Olağanüstü Hal Bölge Valisinin 1.12.1997'de aldığı bir kararla Ülkede Gündem gazetesinin bölgeye girmesini ve dağıtımını yasakladığını, bunun da düşüncüyü yayma özgürlüğüne haksız bir müdahale olduğunu ileri sürmüşlerdir. Mahkeme, Hükümetin kamu güvenliğine dayalı savunmasını reddederek, yargısal denetimden yoksun bir şekilde idari yasaklamanın başvuranları olası keyfi davranışlara karşı yeterli güvenceden yoksun bıraktığını, bu nedenle 2935 sayılı Kanunun 11/e maddesi ile 430 sayılı KHK'nin 1/a maddesinin ve somut olaydaki uygulamasının demokratik toplum gerekleriyle bağdaşmadığını ve güdülen amacın ötesine taşıdığını tespit etmiştir.

### 5. 15 Temmuz Sonrasında Alınan Önlemler Açısından Bazı Sorunlar

OHAL'e bağlı olarak ve AİHS m. 15'e dayanarak Türkiye'nin yükümlülük azaltma yoluna başvurmuş olmasının bu dönemde yapılan işlemler ve eylemler bakımından Türkiye aleyhine AİHM'e başvuru yapılamayacağı anlamına gelmediği açıktır. İç başvuru yolları tüketildikten sonra onbinlerce başvurunun

AIHM'e yapılacağını öngörmek kolaydır. Bu açıdan, yukarıda aktarılan standartlar ışığında birtakım somut değerlendirmeleri şimdiden yapmakta fayda var.

Bir kere, ulusun yaşamını/varlığını tehdit eden bir kamusal tehlike var mıdır? BM insan hakları uzmanlarında oluşan bir heyetin yaptığı 19 Ağustos 2016 tarihli açıklamada, BM Kişisel ve Siyasal Hakları Sözleşmesi m. 4 açısından, Türkiye'de "ulusun varlığını tehdit eden tehlike" koşulunun karşılanmadığı iddia edilmiştir<sup>119</sup>. Bu açıklamanın BM adına yapılmış resmi bir beyan olmayıp "akademik mütalaa" mahiyetinde olduğunu vurgulamakta fayda vardır. Buna karşılık, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Nils Muižnieks tarafından 7 Ekim 2016 tarihinde yayınlanan yazılı görüşte, Türk makamlarının olağanüstü hal ilan etmesinin ve AIHS bakımından yükümlülükleri askıya alma beyanında bulunmasının kendisince "hiçbir şekilde sorgulanmadığı" belirtilmiştir. Kanaatimce, 15 Temmuz darbe girişiminin vahameti ve yarattığı sonuçlar düşünüldüğünde, bunlarla mücadele etmek açısından olağanüstü hal ilanı anlaşılabilir. Kaldı ki, bu hususta ulusal devletlere bırakılan takdir marjının genişliğini de hatırlamak gerekir.

Buna karşılık, diğer konuşmacıların, çıkarılan KHK'larda daimi nitelikte tedbirlerin alındığı<sup>120</sup>, OHAL'in ilanı nedeniyle bağlantı içerisinde gözükmeyen (yani amaç unsuru bakımından hukuka aykırı olan) tedbirlere başvurulduğu gibi hususlarda gerekli bilgiyi verdiklerini tahmin ediyorum<sup>121</sup>. Oysa "olağanüstü durumlarda bile takdir kudretinin, kanundaki amaç unsuruna uygun olarak kullanılması şarttır"<sup>122</sup>.

Daha önce belirtildiği üzere, son yaklaşımına göre, AIHM salt tedbirin geçici mahiyette olmaması nedeniyle ihlal kararı ver-

<sup>119</sup> <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=20394&LangID=E>

<sup>120</sup> Sapma rejimi önlemlerinin geçici nitelikte olmasının insan hakları hukukunun gereği olduğu konusunda bkz. Gemalmaz (2010), s. 1640.

<sup>121</sup> Ayrıca bkz. Karan, s. 15-16.

<sup>122</sup> Kuzu, s. 69.



meyecektir. Bununla birlikte, OHAL döneminde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelere dair anayasal çerçeve ve AİHS m. 15'e dayanan yükümlülüklerin askıya alınması hakkı bakımından dikkat edilmesi gereken ortak husus, alınan tedbirlerin olağanüstü hal ilanını gerekli kılan nedenlerle bağlı olması, ilan edilen önlemlerin olağanüstü duruma yol açan sebeplerin ve darbenin sonuçlarının ortadan kaldırılması bakımından gerekli ve bu konuda ölçülü olmasıdır. Ölçülülüğün anlamı da, amaca ulaşmak bakımından temel hak ve özgürlüklere yönelik olarak, durumun gerekli kıldığı en asgari düzeyde müdahale yapılmasıdır.

Çerçeve böyle çizildiğinde, 667 ve 668 sayılı KHK'lar bu açıdan çok sorunlu gözükmemektedir. Bir kere, örgütle "iltisak" veya "irtibat"ın tespit edilmiş sayılması için gerekli kriterler ve ispat düzeyine dair standart belirlenmiş değildir. Keza sayısız basın kuruluşu kapatılmıştır. Acaba her bir yayın organının terörle organik veya fonksiyonel bağlantısı nedir, bu tespit hangi delillere dayanmaktadır, bu tespit hangi hukuki güvence içeren usullerle yapılmıştır? Keza, bireysel bir değerlendirme, belirgin hukuki güvence ve yargısal bir karar olmaksızın on binlerce kişinin, hele özel usullere tabi olan hakim ve savcılarının, görevden çıkarılmış olmalarını OHAL koşulları altında bile AİHM'e izah etmek kolay olmayacaktır<sup>123</sup>. Bu kişilere aleyhindeki delillerin bildirilmemiş olması ve savunma hakkı tanınmamış olması sorunu vahimleştirmektedir<sup>124</sup>. Bütün bu hususların AİHM nezdindeki başvurularda ciddi sorun yaratacağını öngörebiliriz. Avrupa Konseyi AİHK Muižnieks de raporunda, birbirinden farklı grupların hepsine aynı prosedürle muamele edilmiş olmasının ve hepsi bakımından bu denli geniş çaplı takdiri yetkilere dayanarak işlem yapılması-

<sup>123</sup> Yine bkz. Memorandum on the human rights implications of the measures taken under the state of emergency in Turkey, Nils Muizkens, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, CommDH(2016)35 (7 Ekim 2016), para. 23 ve hakim ile savcılar açısından para. 29 (bundan böyle "Memorandum" olarak anılacaktır).

<sup>124</sup> Yine bkz. Memorandum, para. 32.



nın AİHS açısından mazur görülemeyeceğini vurgulamıştır<sup>125</sup>. Bilhassa, devletin egemenlik yetkilerinin icrasını yakından ilgilendiren meslekleri icra eden askeri ve polisiye personel ile, öğretmen, akademisyen veya alelade memurlar tarafından yaratılan riskin eşit olamayacağı belirtilmiştir<sup>126</sup>. KHK uygulamasında bu farklı gruplar arasında hiçbir ayırım yapılmamasının ölçülülük ilkesinin değerlendirilmesi noktasında Türkiye açısından ciddi sıkıntı doğuracağı açıktır. Komiserin belirttiği üzere, aslında cezai nitelikte yaptırımlar, AİHS'te ceza hukuku bakımından öngörülen temel ceza hukuku güvenceleri devrede olmaksızın, idari makamlarca uygulanmıştır<sup>127</sup>. Oysa başkalarınca daha önce dile getirildiği üzere<sup>128</sup>, kamu görevini rejim karşıtı kişilerden “arındırmak” (*lustration*) konusunda uluslararası hukuk tarafından öngörülen bazı standartlar vardır<sup>129</sup>. Hem Anayasamızın 15. maddesi hem de AİHS m. 15/1

<sup>125</sup> Memorandum, para. 26.

<sup>126</sup> Memorandum, para. 27. Yine bkz. Herman Schwartz, “Lustration in Eastern Europe”, *Transitional Justice - Vol I (General Considerations)* (ed. Neil J. Kritz), United States Institute of Peace Press, 1995, s. 478: ancak belirli pozisyonlarda bulunan kişiler açısından görevden çıkarma tedbirine başvurulmalıdır; kıstas, kişinin bulunduğu konum itibarıyla zarar verebilme potansiyelidir, denilebilir.

<sup>127</sup> Memorandum, para. 34. Oysa “lustration” ve benzeri tedbirler (bkz. iki alttaki dipnot) bir cezalandırma yöntemi olarak kullanılmamalıdır (Schwartz, s. 478).

<sup>128</sup> Kerem Altıparmak'ın bu husustaki uyarıları için bkz. <http://bianet.org/bianet/hukuk/177136-bu-bir-olaganustu-hal-khk-si-degildir>

<sup>129</sup> “Lustration” adı verilen ve “arındırma” olarak tercüme edebileceğimiz uygulama, önceki rejim tarafından işlenen ihlallere iştirak eden veya bunları destekleyen kişilerin görevlerinden alınması ve/veya ileride kamuda görev almalarının önlenmesidir (M. Cherif Bassiouni, *Introduction to International Criminal Law*, Transnational Publishers, 2003, s. 714). Aslında uluslararası hukuk literatüründe bu kavram uluslararası suçların işlenmesinde rolü olduğu düşünülen kamu görevlilerinin devlet aygıtından “temizlenmesi” bakımından kullanılır (Robert Cryer, Håkan Friman, Darryl Robinson, Elizabeth Wilmhurst, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Third edition, Cambridge University Press, 2014, s. 580). Bu yöntemin yarattığı sıkıntılar için bkz. Bassiouni, s. 715 (“lustration”, birtakım adaletsizliklere yol açan ve kalıcı bir çözüm getirmeyen, toplu cezalandırmaya dönüşen bir yöntem olarak tezahür etmiştir). Dikkat edilirse, demokratik olmayan bir rejimin çökmesinden sonra bu yöntem uygulansa da, Türkiye'deki kamu görevinden çıkarmaların bir “lustration” uygulaması olduğunu söylemek mümkündür. Fakat bu tür bir tedbire başvurmak açısından, ihlallere iştirak etmiş veya destek vermiş olmak gerekir. Doğu Avrupa'da Komünist rejimin çökmesinden sonraki uygulama ve yarattığı sorunlar için bkz. Schwartz, s. 461 vd. Ya-

(“uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek koşuluyla”) bu kısıtlamaları saklı tutmuştur. AİHM içtihadına bakıldığında, gerekli usuli güvenceleri içermeyen “lustration” mekanizmalarının kabul görmediği açıkça anlaşılmaktadır.<sup>130</sup> Keza, tedbirin daimi mahiyet arz etmesi (bkz. Ždanoka/Le-tonya, 17.6.2004, para. 88) ve farklı düzeydeki kamu görevlileri arasında ayırım yapılmaması (bkz. Zickus/Litvanya, 7.4.2009), ölçülülük değerlendirmesinde Türkiye'nin işini çok zorlaştıracaktır<sup>131</sup>.

Keza, 15 Temmuz öncesinde de başvurulduğu yönünde spekülasyonlar olan, “interneti yavaşlatma” gibi “tedbirler” söz konusu olmuştur. Bunun yapıldığını Başbakan Binali Yıldırım kabul etmiştir<sup>132</sup>. Oysa ister olağan ister olağanüstü hal döneminde olunsun; bu “tedbir” temel hak ve özgürlüklere müdahale teşkil ettiğine göre, Anayasamız ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gereği, kanuni bir dayanağı olmak zorundadır. Ne var ki, böyle bir “tedbir”e dair bir düzenleme Türk Hukukun-

---

zarın tespiti, konuya dair mevzuatın çok müphem ve kötü formüle edilmiş olduğu, asli amacın intikam gibi durduğu, sorumluluğa yol açacak davranışın net olarak tanımlanmadığı, siyasi kötüyü kullanmaların geniş ölçekte söz konusu olduğu, uygulamanın toplumda daha büyük bölünmeye yol açtığı, keyfi ve eşitsiz bir uygulamanın kaçınılmaz gibi gözük-tüğü yönündedir (age, s. 474-475). Yazara göre, eğer başvurulacaksa, bu yöntem yasama organı tarafından detaylı şekilde tartışılmalı, düzenleme-si detaylı şekilde kaleme alınmalı, salt idari yöntemlerle bu tedbir uygulanmamalıdır (age, s. 476). Keza kişiye kendini savunma hakkı tam olarak tanınmalıdır (age, s. 482). Bununla birlikte, uygulamada, “lustration” kit-lesel olarak işletilmekte ve bireysel sorumluluğu belirlemek için duruşma veya benzeri yöntemlere başvurulmamaktadır (Cryer ve diğerleri, s. 580). Birleşmiş Milletler de Kosovo'da “vetting” adı altında benzer bir yön-teme başvurmuş olsa da, uluslararası insan hakları hukukuyla uyumu sağlamak açısından, bu süreçteki değerlendirme kitlesel değil, bireysel inceleme sonucu olmuştur (age, s. 581).

<sup>130</sup> Michael Hamilton, “Transition, political loyalties and the order of the state”, *Transitional Jurisprudence and the ECHR* (ed. Antoine Buyse and Michael Hamilton), Cambridge University Press, 2011, s. 175.

<sup>131</sup> İlgili kararların özeti için bkz. Hamilton, s. 176-177.

<sup>132</sup> “Sabah saatlerinde meydana gelen Whatsapp, Twitter ve Facebook'ta-ki erişim sorunu ile ilgili Başbakan Binali Yıldırım'dan açıklama geldi. Yıldırım yaptığı açıklamada ‘Güvenlik açısından zaman zaman bu tür tedbirlere başvurulabilir. Arkadaşlar güvenlik açısından zaman bu tip tedbirlere başvurulabilir. Bunlar geçici tedbirlerdir. Tehlike bertaraf edil-dikten sonra her şey normale döner’ dedi.” (<http://www.hurriyet.com.tr/whatsapp-twitter-youtube-ve-facebook-erisim-yavaslatildi-40267975>)

da yoktur! İfade özgürlüğünün ihlal edildiğini iddia eden bir kimse başvuru yaptığında, bu durumu OHAL ile izah etmeye olanak olmayacaktır<sup>133</sup>.

Alınan tedbirlerin gerekliliğini ve ölçülülüğünü kanıtlamak noktasında çeşitli yönlerden sorunlar yaşanacaktır. Birkaç örnek vermek gerekirse, AİHM'e yapılan başvurularda Türkiye, şu tür sorularla karşılaşacaktır:

- 15 üniversitenin kapatılması yerine, yönetimlerine el çektirilmesi ve yeni yönetim atanması yeterbilir miydi? Zira ölçülülük ilkesinin unsurlardan biri, ulaşılmak istenilen amaç açısından aynı etkinliğe sahip ve daha az kısıtlayıcı alternatiflerin mevcut olmamasıdır<sup>134</sup>. Bu önlem yetmez idiyse, neden İzmir'deki 2 üniversite açısından bu yola başvuruldu, diğerleriyle aradaki fark nedir?
- Yüzlerce STK'yi bir anda kapatmak yerine, mesela, faaliyetlerini askıya almak ve faaliyetlerinde bir hukuka aykırılığa rastlanmayanların faaliyetlerine devam etmesini sağlamak düşünülemez miydi? Kapatılan derneklerin, vakıfların bütün malvarlıklarının devlete geçmesi zorunlu muydu? Nitekim, Avrupa Konseyi İHK raporunda bu tedbirlerin ölçülülüğe aykırı olduğu yönündeki görüşünü açıkça belirtmiştir<sup>135</sup>.
- Bilhassa, üçüncü kişilerin bunlar nezdindeki alacaklarının artık talep edilememesi hangi fiili ve hukuki mecburiyete dayanıyor? Örneğin, ben bir üniversiteye tıbbi teçhizat satmış "temiz" bir şirketsem ve bundan doğan alacağım varsa, bu alacağın talep edilememesi, darbeye ve terör örgütüyle mücadele etmek açısından niye zorunlu bir önlem olsun?

<sup>133</sup> Kanaatimce, bu durumda, bu tedbir her uygulandığında, uygulanmasından sorumlu olanlar internet kullanıcı sayısınca, TCK m. 124'teki haberleşmenin engellenmesi suçunu işlemektedirler!

<sup>134</sup> Yutaka Arai-Takahashi, "Proportionality", in: The Oxford Handbook of International Human Rights Law (ed. Dinah Shelton), Oxford University Press, 2013, s. 452.

<sup>135</sup> Memorandum, para. 37-39.

- Kapatılan vakıf üniversitelerindeki öğrenciler devlet üniversitelerine dağıtılırken, neden vakfa ödedikleri öğrenim ücretlerini devlete ödemek zorunda bırakıldılar? Ölçülülük ilkesinin unsurlarından biri, amaca elverişlilik veya rasyonel bağlantı da denilen; ilgili tedbirin, elde edilmek istenilen amaca ulaşmak açısından illi olarak uygun olmasıdır<sup>136</sup>. Darbeye yol açan faktörler, darbenin sonuçları ve terörle mücadele açısından bu mali yükümlülüğü öğrencilere yüklemenin zorunluluğu nedir?
- Gözaltı süresi en baştan itibaren 30 gündür demek yerine, 14 gündür deyip duruma göre ikişer kez 1'er hafta uzatılabilir denilmesi düşünülebilir miydi? Keza, Adalet Bakanlığının temin ettiği, Eylül sonu itibariyle gözaltıların %95'inde sürenin 3-4 günü aşmadığı bilgisi de<sup>137</sup>, zaruretin varlığını şüpheye düşürmektedir. Yukarıda değinildiği üzere, AİHM herhangi bir hakim denetimi olmaksızın başvuruçunun 14 gün süreyle gözaltında tutulmasını Aksoy kararında Sözleşmeye aykırı görmüştür. Bu bakımdan, 668 sayılı KHK ile getirilen otuz günlük gözaltı süresinin Sözleşmeye aykırı bulunma ihtimali yüksektir<sup>138</sup>. Aksoy kararından farklı olarak, gözaltı süresi boyunca avukatla görüşme yasağı olmaması (ilk 5 gün uygulanan bu yasak daha sonra yumuşatılmıştır) ve karşı karşıya olunan krizin büyüklüğü, belki Türkiye lehine dikkate alınabilecektir. Ancak Demir ve diğerleri/Türkiye kararında (23.9.1998) belirtildiği üzere (para. 52), soruşturmada şüpheli olan kişi sayısına ve durumun vahametine (somut olayda, terörle mücadelenin arz ettiği güçlülere) işaret etmek yeterli değildir; kişinin daha önce hakim huzuruna çıkarılmasının niye mümkün olmadığı ve bunun niye soruşturmanın

<sup>136</sup> Arai-Takahashi, s. 451; Gemalmaz (1994), s. 238.

<sup>137</sup> Memorandum, para. 16.

<sup>138</sup> Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri de bu konudaki tereddütlerini açıkça dile getirmiştir (<http://www.coe.int/en/web/commissioner/-/measures-taken-under-the-state-of-emergency-in-turkey?inheritRedirect=true&redirect=%2Fen%2Fweb%2Fcommissioner%2Fcountry-report%2Fturkey>)

selametine zarar vereceğini göstermek gerekir. Türkiye'de KHK'lar ile kapsamdaki herkese standardize bir uygulama yapıldığından, bunu ortaya koymak güç olacaktır.

Bu vesileyle, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin, terörle mücadele gerekçesiyle üye devletlerin AİHS m. 15'e dayanarak 5. maddede yer alan özgürlük ve güvenlik hakkı bakımından yükümlülük azaltma beyanında bulunmamaları yönünde çağrı yaptığını da hatırlatmak gerekir<sup>139</sup>.

- 668 sayılı KHK'nın 37. maddesi “...darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamında karar alan, karar veya tedbirleri icra eden, her türlü adli ve idari önlemler kapsamında görev alan kişiler ile olağanüstü hal süresince yayımlanan kanun hükmünde kararname kapsamında karar alan ve görevli yerine getiren kişilerin bu karar, görev ve fiilleri nedeniyle hukuki, idari, mali ve cezai” sorumluluğun olmayacağını düzenlemiştir. Eğer bu hususlarda kasıtlı olarak hukuk dışına çıkanlar olursa, neden sorumlulukları olmasın? Hukuka aykırı işlemlere bağışıklık sağlamak niye zorunluluk arz etsin? Birçok tedbir açısından basitleştirilmiş usullerin uygulanması ve tedbirlerin alınması için gerekli koşulların düzenlenmemesi zaten sorunluymuş; hem idare mahkemelerinin OHAL süresince yayımlanan KHK'lar kapsamında alınan kararlar veya yapılan işlemler nedeniyle açılan davalarda yürütmeyi durdurma kararı verememeleri (668 s. KHK m. 38) hem de bu hüküm bir arada değerlendirildiğinde, keyfi uygulamalara karşı etkili bir güvence bulunduğunu söylemek çok güçtür<sup>140</sup>. Belirtelim ki, BM İnsan Hakları Komitesi, terörle mücadele bağlamında yürütülen operasyonlar sırasında özel kişilere verdikleri zararlar nedeniyle kolluk kuvvetlerini ve askeri personeli sorumluluktan muaf tutan düzenlemesi nedeniyle Rusya'yı

<sup>139</sup> 1271 (2002) sayılı karar, para. 9 (zikreden Schabas, s 588).

<sup>140</sup> Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komitesi de benzer yönde açıklama yapmıştır.

eleştirmiştir<sup>141</sup>. Cezasızlığa yol açan düzenlemeler hukuk devletinde kabul edilebilir değildir<sup>142</sup>.

- Müdafî ile görüşme hakkına ve görüşmenin içeriğine getirilen çok ciddi kısıtlamaların, dosya içeriğini inceleme yaşıyla birlikte değerlendirildiğinde, adil yargılanma hakkının vazgeçilmez unsuru olan savunma hakkının özünü zedelediğini söylemek mümkün müdür<sup>143</sup>?
- Kendileri suç işleme şüphesi altında olmayan kimselere uygulanan “pasaport iptali” gibi tedbirlerin hangi zorunlu amaca hizmet ettiği söylenebilir? Nitekim, AK İHK, raporunda OHAL durumunda bile böyle bir tedbirin demokratik bir toplumda kabul edilemez olduğu yönünde görüş açıklamıştır<sup>144</sup>.
- Keza, seçimlerin yenilenmesi veya görevden alınan belediye başkanı yerine belediye kurullarınca yeni bir ismin atanması gibi yöntemler olmaksızın, ilgili belediyeye kayyum atanması uygulamasının da OHAL gereklilikleriyle ölçülü bir önlem olarak savunulması güç olacaktır<sup>145</sup>.

Dile getirdiğim bu örneklerdeki tedbirlerin illa hatalı olduğunu veya örnek olarak verdiğim bazı alternatif tedbirlerin mutlaka yeterli olduğunu iddia etmiyorum. Fakat AİHM, önüne giden davalarda, bu soruları Devletimize soracaktır. Bunlara ikna edici cevaplarımız olmazsa, davaları kaybetmemiz kaçınılmaz olacaktır.

<sup>141</sup> Zikreden Kâlin/Künzli, s. 148.

<sup>142</sup> Kapani, s. 116; Karan, s. 16. Olağanüstü hal tedbirlerinin, yetkililerin kişisel sorumluluğu açısından denetime muhtaç olduğu yönünde bkz. Kuzu, s. 406. Fakat yazar, realitede, etkili bir denetim yapılamayacağı kanaatinde (s. 425). Yargısal denetim bakımından istisnalara yer verilmemesi gerektiği yönünde Gemalmaz (1994), s. 65.

<sup>143</sup> İlgili düzenlemelerin ölçülülük ilkesine “tamamen aykırı” olduğu yönünde bkz. Karan, s. 16.

<sup>144</sup> Memorandum, para. 41.

<sup>145</sup> Bu hususta eleştiri için bkz. Memorandum, para. 45.

Öte yandan, Türkiye'deki OHAL rejiminde alınan tedbirleri mazur göstermek için mukayese olarak Fransa örneğini vermek de doğru değildir. Zira Fransa'da OHAL'in ortaya çıkardığı ilave yetkilere bakıldığında, bunların kapsamının çok daha sınırlı olduğu görülecektir<sup>146</sup>. Keza, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri'nin de vurguladığı üzere, Türkiye'den farklı olarak, Fransa'da önemli hukuki güvenceler kısa sürede devreye sokularak etkili bir "denge ve fren" mekanizması kurulmuştur<sup>147</sup>. Bunlar arasında hem yasamanın hem de yargının denetimi vardır. Gerçekten, dönemin (2002) AK İnsan Hakları Komiseri Alvaro Gil-Robles'ın haklı olarak belirttiği üzere, yasama ve yargı tarafından etkili bir denetimin varlığı, idare tarafından keyfi değerlendirmelerin ve buna bağlı olarak ölçsüz tedbirlerin uygulanmasına karşı temel güvenceleri teşkil eder<sup>148</sup>. KSHUS bağlamında da, ölçülülük değerlendirmesi açısından; bağımsız ulusal organların, bilhassa da yasamanın ve yargının, düzenli aralıklarla olağan dışı tedbirleri gözden geçirmelerinin önemi vurgulanmıştır<sup>149</sup>. Türkiye'de böyle bir sistemin mevcut olduğunu söylemek mümkün değildir.

AK İHK raporunda, Türkiye'de kabul edilen OHAL KHK'larının idari makamlara ve iktidara birçok alanda neredeyse sınırsız ve çok geniş kapsamlı takdir yetkisi tanıdığına dikkat çekmiş; böylece, demokratik bir toplumda normalde uygulanabilir olan hukuk devletinin genel ilkelerine ve temel hak güvencelerine önemli istisnalar getirildiğini vurgulamıştır<sup>150</sup>. Komiser, bu önlemlerin sadece FETÖ/PDY bakımından değil, bütün terör örgütleri bakımından uygulanabilir olduğu-

<sup>146</sup> Bu konuda Fehmi Kuru'nun şu köşe yazısına bakılabilir: <http://m.t24.com.tr/haber/fehmi-kuru-fransada-ohal-isten-atmaya-kitlesel-tutuklamaya-mala-el-koymaya-ve-kayyima-izin-vermiyor,362508>. Yine bkz. Memorandum, para. 47.

<sup>147</sup> <http://www.coe.int/en/web/commissioner/-/measures-taken-under-the-state-of-emergency-in-turkey?inheritRedirect=true&redirect=%2Fen%2Fweb%2Fcommissioner%2Fcountry-report%2Fturkey>

<sup>148</sup> Schabas, s 593-594.

<sup>149</sup> Nowak, kn. 25.

<sup>150</sup> Memorandum, para. 11.



na dikkat çekmiştir<sup>151</sup>. Keza, darbenin üzerinden geçen zaman uzadıkça, olağanüstü hale ve tedbirlere başvurma konusundaki zaruretin azalacağı da vurgulanmıştır<sup>152</sup>. Oysa Türkiye şu an OHAL uygulaması bakımından 5. ayın içine girmiştir ve yetkililerin “normalde yapamayacağımız şeyleri artık yapabiliyoruz” mealindeki açıklamalarının ve OHAL’i uzatma iradesini peşinen ortaya koyan demeçlerin ileride devletimizin aleyhine kullanılacağı muhakkaktır.

AK İHK raporunda, FETÖ/PDY üyeliği veya örgüte destek nedeniyle ceza hukuku yaptırımına başvurma noktasında; yasadışı eylemlere katılanlar ile, şiddete başvurma niyetinden haberdar olmaksızın örgütün sempatzanı veya destekçisi olan veya Gülen hareketi dahilinde yasal olarak kurulmuş kurumların üyelerini ayırt etmek; bu bakımdan Gülen cemaatiyle herhangi bir bağlantıya dayanarak 15 Temmuzdan önce yasal olarak sürdürülen faaliyetler nedeniyle kimsenin geçmişe dönük cezalandırılmamasını sağlamak gerektiğini belirtmiştir<sup>153</sup>.

Basına servis edilen birtakım görüntüler ve işkence iddialarının dikkate alınmayacağına dair siyasal iktidar kanadından gelen birtakım açıklamalar bir yandan; Türkiye’de işkenceyi önleme konusunda görevlendirilmiş olması gereken “Ulusal Önleme Mekanizması”nın işler olmaması ve Cezaevi İzleme Kurullarının fesh edilmesi diğer yandan düşünüldüğünde<sup>154</sup>; işkence iddiaları bakımından da Türkiye’nin üstüne gelineceğini öngörmek kolaydır.

Ölüm cezasının geri getirilmesine dair tartışmalara kısaca değinmek gerekirse, bu cezanın geçmişe yürütülemeyeceği açıktır (Anayasa m. 38/1). Fakat bunun da ötesinde, ölüm cezasını tekrar mevzuata dahil edip ileriye dönük olarak uygulamak bile mümkün olmayacaktır<sup>155</sup>! Şöyle ki, ölüm cezasını geri ge-

<sup>151</sup> Memorandum, para. 11.

<sup>152</sup> Memorandum, para. 12.

<sup>153</sup> Memorandum, para. 21-22.

<sup>154</sup> Bu hususun eleştirisi için bkz. Memorandum, para. 15.

<sup>155</sup> Aynı yönde Karan, s. 13.



tirmek açısından, bu cezayı yasaklayan Anayasanın 38. maddesini değiştirmek gerekecektir. Fakat bu yetmeyecek ve Anayasa m. 90/son'daki son cümleyi<sup>156</sup> de kaldırmak gerekecektir zira Türkiye ölüm cezasını yasaklayan birçok uluslararası sözleşmeye (AİHS'e Ek 6. ve 13., BM KSHUS'a Ek 2. Protokol) taraftır. Bu noktada, Anayasanın uluslararası antlaşmalara üstün olması da fark etmeyecektir çünkü Anayasa ölüm cezasına olanak tanısa bile, bu cezanın hangi suçlar için öngörüleceği ve uygulanma biçimi gibi hususlar kanunlarla düzenlenecek ve bu kanunlar uluslararası yükümlülüklerimize aykırı olduğu için yine Anayasa m. 90/son devreye girecektir. Demek ki, hem Anayasa m. 38'i hem de m. 90'ı değiştirmek gerekecektir. Bu durumda bile, ölüm cezası uygulanmaya kalkıldığında, Türkiye uluslararası hukuku ihlal etmiş olacaktır: AİHS Ek. 6. ve 13. Protokol veya BM KSHUS'a Ek 2. Protokol bakımından yükümlülükleri askıya alma beyanında bulunmak mümkün değildir; hatta bunlardan çekilmek, yani bunların feshi yoluna gitmek de mümkün gözükmemektedir<sup>157</sup>! Bunun da ötesinde, AİHS'in askıya alınamayan hükümlerinden olan 2. ve 3. maddelerinin de, yeknesak devlet uygulaması yoluyla ölüm cezasını yasaklayacak şekilde tadil edildiklerini iddia etmek mümkündür<sup>158</sup>. Türkiye AİHS'ten çekilecek olsa bile (!), yaşam hakkını koruyan KSHUS m. 6'nın ölüm cezasını yasaklayan devletler için bunu geri getirme yasağı yarattığı kabul edilmektedir ve de ölüm cezasını yasaklayan Ek 2. Protokol ayrıca mevcuttur. İnsan Hakları Komitesinin 26 no.lu Genel Yorumunda<sup>159</sup> belirtildiği üzere, bu Sözleşmeden çekilmek mümkün değildir<sup>160</sup>!

<sup>156</sup> "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır."

<sup>157</sup> Aynı yönde görüş için bkz. Martin Scheinin, Turkey's Derogation from the ECHR - What to Expect? (<http://www.ejiltalk.org/turkeys-derogation-from-the-echr-what-to-expect/>)

<sup>158</sup> Bkz. bu yönde Martin Scheinin, Turkey's Derogation from the ECHR - What to Expect? (<http://www.ejiltalk.org/turkeys-derogation-from-the-echr-what-to-expect/>)

<sup>159</sup> CCPR/C/21/Rev.1/Add.8/Rev.1 (8 Aralık 1997)

<sup>160</sup> Martin Scheinin, Turkey's Derogation from the ECHR - What to Expect? (<http://www.ejiltalk.org/turkeys-derogation-from-the-echr-what-to-expect/>)

MURAT ÖNOK'UN  
TEBLİĞİ

O halde, Türkiye ölüm cezasını geri getirecekse, uluslararası hukuku tanımadığını beyan ederek ve “muasır medeniyetten kopmayı” göze alarak bu işi yapacaktır! Herhalde bu yola gidilmeyecektir!

### Sonuç yerine

BM KSHUS m. 4'e dayanarak Türkiye'nin yaptığı yükümlülük azaltma beyanı açısından, BM'nin çeşitli insan hakları organlarında görev yapmış veya yapmakta olan uzmanlar heyetince yapılan açıklamada, Türkiye'nin aldığı önlemlerin mevcut durumun mazur göstereceği sınırın ötesine geçtiğinden endişe duyulduğu açıklanmıştır<sup>161</sup>. Avrupa Konseyi'nin<sup>162</sup> ve İnsan Hakları Komisyonunun çeşitli açıklamaları da kamuoyunun malumudur. Uluslararası arenadaki bu olumsuz intibain aleyhimize AİHM'de açılacak davalarda işimizi zorlaştırması kaçınılmazdır.

Türkiye aleyhinde bir devlet başvurusu ya da bireysel başvuru olmadıkça, AİHM'in, alınan tedbirler açısından değerlendirmesini yapması mümkün olmayacaktır<sup>163</sup>. Devlet başvurusu ihtimali hayli zayıftır ve böyle bir yola başvurulacağına dair bir emare yoktur. Bireysel başvurunun kabul edilebilirliği de iç hukuk yollarının tüketilmiş olmasına bağlıdır. Gerek bu sürecin tüketilmesi gerekse AİHM'in kararını vermesi zaman aldığından, aslında OHAL'in varlığı süresince uygulanan tedbirlerin denetiminin vakitli olarak gerçekleşmesi söz konusu olmayacak<sup>164</sup>; AİHM'in denetimi ancak geçmişe dönük olacaktır<sup>165</sup>. Sonradan yapılacak denetimin etkinliği ise zayıf olacaktır.

expect/)

<sup>161</sup> <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=20394&LangID=E>

<sup>162</sup> Örneğin, 667 sayılı KHK bakımından Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri'nin “derin endişelerini” belirten açıklamasına bakılabilir (<http://www.coe.int/en/web/commissioner/-/measures-taken-under-the-state-of-emergency-in-turkey?inheritRedirect=true&redirect=%2Fen%2Fweb%2Fcommissioner%2Fcountry-report%2Fturkey>)

<sup>163</sup> Gemalmaz (1994), s. 70.

<sup>164</sup> Benzer yönde bkz. Harris ve diğerleri, s. 847.

<sup>165</sup> Bu sakıncaları gidermek için önerilen reformlar için bkz. Harris ve diğerleri, s. 847-848 (askıya alma beyanının Genel Sekretere tevdi üzerine

tır<sup>166</sup>. Kaldı ki, AİHM tali/ikincil yargı yetkisine sahip olan bir denetim organı olduğuna göre, aslanan meseleyi ulusal alanda çözümlenebilmektedir<sup>167</sup>.

Buna karşılık, Türkiye'nin bu denetimden kaçma olanağı yoktur. AİHS'ten çekilme durumunda bile, çekilme beyanı etki doğurana kadar gerçekleştirilen eylemler ve işlemler bakımından AİHM'e başvuru hakkı saklıdır (AİHS m. 58/2<sup>168</sup>). Avrupa Konseyi'nden atılma ihtimalinde bile durum aynıdır (AİHS m. 58/3)<sup>169</sup>.

Öte yandan, AİHS'te kaybedilebilecek davaların tazminatının ödenmesiyle meselenin hallolmayacağı da açıktır. Zira bir temel hak ve özgürlük ihlali varsa, bu ihlalin sonuçlarını gidermek gerekli önlemler alınmadığı sürece, kararın infazına dair dosya Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi nezdinde açık konumda kalacaktır. Salt tazminat ödemekle ihlalin sonuçlarının giderilmesi de, çoğu durumda, mümkün olmadığından, Türkiye'den genel veya bireysel önlemler bekleneyecektir.

Türkiye'nin maruz kaldığı hain ve alçak darbe girişiminin olağanüstü bir durum ortaya çıkardığı tartışmasızdır. Bu durumun ve FETÖ gibi suç örgütlerince yaratılan tehdidin bazı özel tedbirler gerektirdiği de yadsınamaz. Fakat bu önlemlerin ancak yukarıda izah ettiğim çerçevede dahilinde kaldığı zaman meşru olacağı ve ancak o takdirde sorunlara gerçek ve kalıcı bir çözüm

---

Bakanlar Komitesine bir tür gözetleme görevi verilmesi, genel tehlikenin devam ettiğini ve alınan tedbirlerin orantılı olduğunu gösteren düzenli raporlar sunma zorunluluğu, Sözleşme m. 52 uyarınca Genel Sekreterin devreye girmesi gibi yöntemler düşünülebilir.

<sup>166</sup> Kuzu, s. 407.

<sup>167</sup> Gerçi, "bizatihi bu rejimin var olması" nedeniyle, ulusal hukuk düzeninin potansiyel hak ihlalleri mağdurları için yeterli güvence oluşturamayacağı da ifade edilmektedir (Gemalmaz (1994), s. 12). Bu bakımdan, olağanüstü rejim uygulamasında hukuka uygunluğun denetimi açısından AİHS ile oluşturulan mekanizmanın "neredeyse tek yol" olduğu söylenebilir (Yokuş, s. 178).

<sup>168</sup> "Bu fesih işlemi, feshin etki doğurduğu tarihten önce gerçekleşmiş ve yükümlülüklerin ihlali niteliğinde sayılabilecek olan bir olayla ilgili olarak, söz konusu Yüksek Sözleşmeciler Taraf'ın bu Sözleşme'den doğan yükümlülüklerinden kurtulması sonucunu doğurmaz."

<sup>169</sup> "Avrupa Konseyi üyeliği sona eren her Yüksek Sözleşmeciler Taraf'ın bu Sözleşme'ye de taraf sıfatı da aynı koşullarla sona erer."

getirebileceği açıktır. Olağanüstü hal, hukuk devleti olmanın asgari gerekliliklerine istisna getirilebilecek bir rejim değildir<sup>170</sup>. AİHS m. 15'te imkan tanınan yükümlülük azaltma beyanının geçici bir rejim tasavvur ettiği özellikle dikkate alınmalıdır. Siyasal iktidara bazı kolaylıklar sağlıyor, daha önce yapamadığı şeyleri yapmasına olanak sağlıyor gibi gerekçelerle bu geçici statünün uzatılması, askıya alma hakkının kötüye kullanılması anlamına gelecektir. Hedef, bir an önce eski, "normal" statüye dönmek olmalıdır<sup>171</sup>. Bu bakımdan, olağanüstü rejim tedbirleri "mevcut iktidarı sürdürmenin"<sup>172</sup> veya siyasi rakipleri ya da azınlıkları yok etmenin<sup>173</sup> bir yöntemi veya bahanesi olamaz.

Bazı büyük tehditler karşısında, bozulan kamu düzenini tesis etmek için istisnai ve olağan dışı tedbirler alınması zaruretini anlamak kolaydır; AİHS m. 15 ve KSHUS m. 4 bu gerçek bilindiği için vardır. Fakat uluslararası ceza hukuku ile iştiğal eden sivil toplum kuruluşlarının sıklıkla vurgulandığı üzere, "adalet olmadan barış tesis edilemez" (no peace without justice)<sup>174</sup>! Bu bakımdan, kalıcı bir toplumsal barış istiyorsak, istikrar uğruna, adaleti gözden çıkaramayız<sup>175</sup>. Aksi takdirde, tarihi tecrübeler göstermiştir ki, barışı da adaleti de kaybederiz. Benjamin Franklin'in henüz 18. Yüzyılda ortaya koyduğu gibi, güvenlik uğruna özgürlükleri feda edenler, ikisini de hak etmezler!

Demokratik hukuk düzenini yok etmeyi amaçlayan hain darbe girişimi başarılı olsaydı; Anayasa başta olmak üzere, olağan hukuk düzeni devre dışı kalacak, temel hak ve özgürlükler askıya alınacak, muhalif görülenlere keyfi muamele yapılacak, onbinlerce kişi yargısız şekilde işinden atılacak, toplu gözaltılar-tutuklamalar olacak, ölüm cezası ve işkence gündeme gelecekti. Hiç şüphesiz, darbeyi milletçe başarıyla püskürtmüş olmamızın mükafatı, benzer bir sonuç olmamalıdır!

<sup>170</sup> Gemalmaz (1994), s. 227-228.

<sup>171</sup> Kuzu, s. 406; Ní Aoláin, s. 25.

<sup>172</sup> Gemalmaz (1994), s. 39.

<sup>173</sup> Yokuş, s. 30.

<sup>174</sup> Hatta doğrudan bu ismi taşıyan bir STK bile mevcuttur (<http://www.npwj.org/>)

<sup>175</sup> Benzer bir değerlendirme için bkz. Karan, s. 16.

Devletimizin karşı karşıya kaldığı kalkışma ne kadar alçakça olursa olsun, panik ve öfkeyle alınan kararların orta ve uzun vadede devletimiz ve milletimiz için faydadan çok zarar yaratması kaçınılmazdır. Hukukçu olarak maksadımız, onu yıkmaya çalışan terör örgütlerine karşı demokratik hukuk devletini korumaktır. Amacı söz konusu düzeni yok etmek olan kanunsuzlara karşı bu düzeni korumakla görevlendirilmiş olanların cevabı, işin mantığı gereği, korunmak istenen düzenin kuralları dahilinde olmak zorundadır. Demokratik düzeni, bu düzenin asgari çerçevesi dışına çıkararak korumak, hukuken ve mantıken mümkün olamaz. Olağanüstü hal rejiminde de demokratik hukuk devleti ilkesi geçerli olduğuna göre, bunun gereği olan asgari standartların altına düşmemek için uluslararası ve ulusal hukukun çizdiği yasal çerçeveye riayet edilmesi şarttır<sup>176</sup>.

Mesele, hepimizin güvenli ve huzurlu yarınlarının teminatını oluşturacak, insan haklarına saygılı, demokratik hukuk devletin korunması ve geliştirilmesi ise, darbecilere ve terör örgütlerine karşı mücadelemizi hukuktan ve demokrasiden vazgeçmeyerek yürütmemiz şarttır. Bu hususu göz ardı eden bütün toplumların, her zaman ve hiç istisnasız, orta vadede zararlı çıkıp pişman oldukları tarihle sabittir!

## KAYNAKLAR

Burhan Kuzu, *Olağanüstü Hal Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Rejimi*, İstanbul, 1993

Cees Flinterman, "Derogation From the Rights and Freedoms in Case of a Public Emergency" in: Pieter van Dijk/Fried van Hoof/Arjen van Rijn/Leo Zwaak (ed.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Fourth edition, Intersentia, 2005

---

<sup>176</sup> Benzer değerlendirmeler için bkz. Kuzu, s. 70.

- David Harris/Michael O'Boyle/Ed Bates/Carla Buckley; Harris, O'Boyle & Warbrick - Law of the European Convention on Human Rights, Third edition, Oxford University Press, 2014
- Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Oğuz Sancakdar/R. Murat Önok, İnsan Hakları El Kitabı, 6. Baskı, Ankara, 2016
- Fionnuala Ní Aoláin, "Transitional Emergency Jurisprudence: Derogation and Transition", in: Transitional Jurisprudence and the European Convention on Human Rights (ed. Antoine Buyse and Michael Hamilton), Cambridge University Press, 2011
- General Comment No. 26 - Continuity of Obligations, CCPR/C/21/Rev.1/Add.8/Rev.1 (8 Aralık 1997)
- General Comment No. 29 - States of Emergency (Article 4), CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (31 Ağustos 2001)
- Guide on Article 15 of the European Convention on Human Rights - Derogation in time of emergency, Council of Europe, 2016
- Herman Schwartz, "Lustration in Eastern Europe", Transitional Justice - Vol I (General Considerations) (ed. Neil J. Kritz), United States Institute of Peace Press, 1995
- M. Cherif Bassiouni, Introduction to International Criminal Law, Transnational Publishers, 2003
- Manfred Nowak, U.N. Covenant on Civil and Political Rights - CCPR Commentary, 2nd ed., N.P.Engel Publisher, 2005
- Martin Scheinin, Turkey's Derogation from Human Rights Treaties - An Update (<http://www.ejiltalk.org/turkeys-derogation-from-human-rights-treaties-an-update/> Son erişim: 29 Kasım 2016)

Martin Scheinin, Turkey's Derogation from the ECHR – What to Expect? (<http://www.ejiltalk.org/turkeys-derogation-from-the-echr-what-to-expect/> Son erişim: 29 Kasım 2016)

Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda ve Türk Hukukunda Olağanüstü Rejim Standartları*, 2. Bası, İstanbul, 1994

Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, 7. Baskı, İstanbul, 2010

Memorandum on the human rights implications of the measures taken under the state of emergency in Turkey, Nils Muizkens, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, CommDH(2016)35 (7 Ekim 2016)

Michael Hamilton, "Transition, political loyalties and the order of the state", *Transitional Jurisprudence and the ECHR* (ed. Antoine Buyse and Michael Hamilton), Cambridge University Press, 2011

Münci Kapani, *İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları*, 4. Basım, Ankara, 2011

Olivier de Schutter, *International Human Rights Law – Cases, Materials, Commentary*, Cambridge University Press, 2010, s. 515.

Oya Boyar, "Olağanüstün Yönetim Usullerinde Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Askıya Alma Rejimi", in: *İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa – Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme* (ed. Sibel İnceoğlu), Avrupa Konseyi, 2013

Rhona K.M.Smith, *Textbook on International Human Rights*, Sixth edition, Oxford University Press, 2014

- Richard Clayton/Hugh Tomlinson, *The Law of Human Rights, Volume I, Second ed.*, Oxford University Press, 2009
- Robin C.A.White/Clare Ovey; Jacobs, White, & Ovey – *The European Convention on Human Rights, Fifth edition*, Oxford University Press, 2010
- Rona Aybay, *İnsan Hakları Hukuku*, İstanbul, 2015
- Sarah Joseph/Jenny Schultz/Melissa Castan, *The International Covenant on Civil and Political Rights – Cases, Materials, and Commentary, Second edition*, Oxford University Press, 2005
- Sevtap Yokuş, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Türkiye'de Olağanüstü Hal Rejimine Etkisi*, İstanbul, 1996
- Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights (1985)
- Ulaş Karan, *Olağanlaştırılmaması Gereken Olağanüstü Hal – Kriz Zamanlarında İnsan Hakları*, *Güncel Hukuku*, Eylül 2016 (Yıl 9, Sayı 153)
- Walter Kälin/ Jörg Künzli, *The Law of International Human Rights Protection*, Oxford University Press, 2009
- William A. Schabas, *The European Convention on Human Rights – A Commentary*, Oxford University Press, 2015
- Yutaka Arai-Takahashi, “Proportionality”, in: *The Oxford Handbook of International Human Rights Law* (ed. Dinah Shelton), Oxford University Press, 2013



## **Av. Berra Besler**

*TBB Başkan Yardımcısı ve Eğitim Merkezi Başkanı*

Çok değerli konuklar, katılımcılar; sabahtan bu yana, son derece aktif bir katılımıla sürdürdüğümüz etkinliğin sonuna doğru yaklaşıyoruz.

Sizlerden gelen geri dönüşler, bütün oturumlarımızın amacına ulaştığı gösteriyor. Bilgilerimizi tazelemek amacıyla olayın bilimsel olarak değerlendirmesini yaptık, şimdi tartışma bölümüne geçeceğiz. Bu bölümde sorularınızı çok değerli hocalarımız cevaplayacak. İnsan Hakları Merkezinin Danışma Kurulu üyeleri Sayın Av. Münci Özmen, Sayın Av. Hüseyin Erkenci, Sayın Fahrettin Demirağ, çok değerli hocamız Prof. Dr. Durmuş Tezcan, yine hocalarımızdan Dr. Fahri Gökçen Taner, İnsan Hakları Merkezimizde çok aktif ve çok güzel çalışmalar sergileyen Av. Nuriye Kadan, Edirne önceki baro başkanlarından Sayın Av. Rifat ÇULHA, İnsan Hakları Merkezimizin Başkanı Av. İzzet Varan ve sabahki oturumlarda sundukları tebliğlerle bizleri aydınlatan idare hukuku hocamız Prof. Dr. Zehreddin Aslan, Sayın Hâkim Oğuz Özkan... Etkinliğimize yurt dışından telekonferansla katılan Prof. Dr. Feridun Yenisey hocamız ve aramızda bulunan Doç. Dr. Devrim Aydın hocamız da OHAL'de soruşturma ve kovuşturma evreleriyle ilgili sorularınızı cevaplayacaklar.

Yrd. Doç. Dr. Erdem İlker Mutlu hocamız az önce uluslararası hukukun bağlayıcı hükümleriyle OHAL bağlantısını, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve diğer uluslararası sözleşmelerle OHAL ilişkisini bizlere anlattı.

Av. Uğur Altun çok değerli bir meslektaşımız. O da uzun yıllardır İnsan Hakları Merkezimizde görev yapıyor ve sahada çalışıyor.

OHAL'in ilanından sonra ilk kanun hükmünde kararnameler çıkınca bazıları şu anda aramızda bulunan çok muhterem kişilerden, çalışmalarımıza kaynak oluşturması bakımından diye mütalaalar istemiştim. O günden itibaren Av. Uğur Altun da

alan çalışması yaparak, birebir yaşanan olumsuzlukları, kanun hükmündeki kararnamelerin uygulamada yarattığı sorunları tespit etti. Şimdi onları burada masaya yatıracağız. Her birimizin yaşadığı olumsuzluklar var. Bu oturumun ucu açık. Tartışmayı sizlerin taleplerine ve buradaki değerli üstatlarımızın dinlenme ihtiyacına göre devam ettireceğiz.

Şimdi sözü oturum başkanımıza, Eğitim Merkezimizin Genel Sekreteri, değerli meslektaşım Sayın Av. Cumhur Arıkan'a bırakıyorum.

**Av. Cumhur ARIKAN (Oturum Başkanı)** Zehreddin hocam erken ayrılacağı için, onunla ilgili soru-cevap kısmını öncelikle bitirip daha sonra Av. Uğur beyin sunumuna geçeceğiz. Sorusu olan meslektaşlarımız... Tabii buyurun hocam.

**Prof. Dr. Zehreddin ASLAN-** Şimdi bu Danıştay'da dava açanlarla benim aramda böyle bir elektriklenme oldu. İşin esprisini tabii, "neden Danıştay'da açılmaz?" diye. Bir daha tekrar edeyim. Siz mi söylemiştiniz "dava dilekçesinde şöyle yazdım" diye.

Siz ne yazarsanız yazın, bu netice itibariyle bir Bakanlar Kurulu kararı değil. Danıştay Kanunu 24.maddesinde sayılan bir Bakanlar Kurulu kararı değil. Bu bildiğimiz bir olağanüstü hal kararnamesi. Bu ne kadar hukuka aykırı olursa olsun, ne kadar yok hükmünde olursa olsun, ne kadar olağanüstü hali ilgilendirmeyen konuları içermezse de, bu teknik hukuk açısından bir olağanüstü hal kararnamesi.

Bu nedenle olağanüstü hal kararnamesini, tekrar söylüyorum; ister yok deyin, ister sınırlarını aştı deyin, isterseniz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine aykırı, Birleşmiş Milletler Sözleşmesine aykırı ne dersanız deyin, bu söylediklerinizi tespit edecek yer Anayasa Mahkemesidir.

Bu nedenle bizim orada açacağımız dava; olağanüstü hal kararnamesi içinde yer alan bir hükmün, yani birel işlem niteliğinde olan, aslında düzenlenmemesi gereken, ama düzenlendiği için bir kanun hükmünde kararnamenin hükmü haline gelen ihraç isteminin iptalini istiyoruz. Öyle olunca doğal olarak görevli yargı yeri idare mahkemeleri olmalı.

Bir şey daha söyleyeyim. Bana sorsanız, aslında idari yargı bu işlemi denetleyebilirdi. Çünkü yargıç hakikaten aktiftir. İşte Anayasa Mahkemesinde yıllarca yürütmenin durdurulması kararını red etti, ama bir gün çimentonun özelleştirilmesi uyuşmazlığında Anayasa Mahkemesi dedi ki, "ben yargıyım,

FORUM

davayı sonuçlandırmak için her türlü tedbiri alırım, bunun için bir yasal açıklığa gerek yok” dedi. ve yürürlüğün durdurulması kararını anayasa yargısına yerleştirdi. Buna itiraz edenler oldu, böyle bir yetkin yok, diyen oldu ama Anayasa Mahkemesi ne yaptı? İçtihadını sürdürdü.

İdare mahkemeleri “iptal davasına konu olmayan bir idari işlem yoktur” deyip ilk incelemeden reddedeceğine, esasında bir dönem Ankara Bölge İdare Mahkemesinin uyarma ve kınama cezalarına ilişkin verdiği karar gibi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Anayasanın 129.maddesine, DMK'nın 130.maddesine giderek davanın esasına gidebilirdi; ama biraz önce söylediğim, yargı da o siyasal iklimden etkilendiği için, böyle bir karar vermesi zor görünüyor.

Danıştay da tekrar söylüyorum Bakanlar Kurulu kararı olmadığını kabul ettiği için davayı görevden reddetti. “Bu bir KHK” dedi, onun için reddetti. Burada avukat arkadaşlar için bir şey söyleyeyim. İdari yargıda sizin ayrıca kaleme gidip dosyayı alıp, Balıkesir, Bursa idare mahkemelerine götürmenize gerek yok. Bizim idari yargı düzeni, vatandaşın işini kolaylaştıran bir düzendir. Danıştay dosyayı Bursa veya Balıkesir -ki, sizinki Ankara- Ankara İdare Mahkemesine gönderecek. Oradan size gelen tebligatla o dosyanın takibini yapacaksınız.

**SALONDAN-** Danıştay'a başvuruların sebebi şu: Bu Meclisten geçmemiş, o yüzden Bakanlar Kurulu... Ben gitmedim.

**Prof. Dr. Zehreddin ASLAN-** Tekrar söylüyorum, Olağanda da öyle Sayın Başkanım, olağanda da Meclise gitmiyor. Zaten Meclise gittiği an ne oluyor? Kanun oluyor, tartışılacak bir tarafı kalmıyor. Sadece olağanüstü hal için değil, olağan kararnamele de yürütme organının bir işlemi.

Organik açıdan -tekrar söylüyorum- yürütme organının bir işlemi, ama yargı düzeni olarak Anayasa Mahkemesi adres gösterilmiştir.

**Av. Çiğdem ÇEBİ (Ankara Barosu)-** Benim davamı Danıştay'da açmamın sebebi, olağanüstü hal için anayasada Bakanlar Ku-

rule işleminden bahsetmesi. Danıştay Kanunu 24'de de Bakanlar Kurulu kararlarını açıkça saymış olması. Yapan organ olarak ben baktım.

**Prof. Dr. Zehreddin ASLAN**-Tamam, organik anlamda haklısınız.

**Av. Çiğdem ÇEBİ (Ankara Barosu)**-Zaten karışıklık şuradan. Birel işlem genel düzenleyici işlemle yapılmış. Onun için bizim kafamız karışıyor. Evet, idariye mi gideceğiz, Danıştay'a mı gideceğiz?

**Prof. Dr. Zehreddin ASLAN**-Bana sorsaydınız idareye gönderirdim sizi.

**Av. Çiğdem ÇEBİ (Ankara Barosu)**- Şu anki konjonktürde, idare mahkemesinin bunu bir idari işlem olarak değerlendirip iptal etmesi söz konusu olamayacağına göre, belki bu cesareti Danıştay gösterir diye düşündüm. Bir de yapan organ olarak baktım.

**Prof. Dr. Zehreddin ASLAN**- Organik anlamda doğru, ama biliyorsunuz KHK yargısal denetimi Anayasa Mahkemeleri tarafından yapılıyor.

**Av. Çiğdem ÇEBİ (Ankara Barosu)**- Bir de ben şöyle düşündüm. Anayasa Mahkemesi şu an olağanüstü kanun hükmündeki kararnameleri incelemiyor. Sırf isminden dolayı içeriğine girmiyor. O zaman ben de içeriğine girmeyeceğim, sadece kuşbakışı dışarıdan bakacağım. Bu bir düzenleyici işlemdir. Birel işlem, yani sizin baktığınız gibi bakmadım. Çünkü Anayasa Mahkemesi içeriğine girmiyor. İçeriğine girerek incelemiyor.

**Prof. Dr. Zehreddin ASLAN**- Meslektaşım, ben kanun hükmünde kararnamenin genel düzenleyici işlem olmadığını söylemiyorum. Orada hemfikiriz, yürütme organının bir işlemi olduğunda da hemfikiriz, bir problem yok. Ama ben kendi tercihim anlamında söylemiyorum. Anayasa açıkça kanun hükmünde kararnamelerin, yürütme organı işlemi olsa dahi Anayasa Mahkemesinin önüne gideceğini söylüyor.

FORUM

**Av. Çiğdem ÇEBİ (Ankara Barosu)-** Siz üstatsınız.

**Prof. Dr. Zehreddin ASLAN-** Estağfurullah o anlamda söylemiyorum. Sizler de haklısınız, çaresizlik hukukta en kötü şeydir. Herkes bir çıkış yolu arıyor, onda haklısınız.

**Av. Çiğdem ÇEBİ (Ankara Barosu)-** Benim gibi düşünen başka avukat arkadaşlar da oldu, onlar da Danıştay'da açtılar.

**Prof. Dr. Zehreddin ASLAN-**Danıştay da reddetti, ama.

**Av. Çiğdem ÇEBİ (Ankara Barosu)-** İdare mahkemesi de reddetti ve doktrinde...

**Prof. Dr. Zehreddin ASLAN-** Bakın görevden reddetmedi, Bir şey daha söyleyeyim diyebilirsiniz ki; "Hocam Danıştay görevsizlik kararı verdi, niye aşağı inerek bir iptal davasını konu olacak İdari işlem yok" demedi. Danıştay görevsizlik kararı vererek sanki İdari Yargı buna bakabilecek diye bir algı oluştu. Buda aslında teknik bir sorundan kaynaklanıyor. İdari yargının usul kanununun da ilk inceleme sırayla yapılmaktadır. Görev, yetki, husumet diye aşağı doğru iner. Görev de başta olduğu için Danıştay görevsizlik kararı verdikten sonra ilk incelemedeki diğer husulara giremiyor. Uyuşmazlık Mahkemesi Kanununda da görev uyuşmazlığı Adli İdari ve Askeri Yargı Düzeni arasında düzenlendiği için Anayasa Mahkemesini görevli sayıp oraya göndermesi Hukuken mümkün olmamaktadır. Bu durumda Danıştay mecburen görevsizlik kararı vererek dosyaları ilgili İdare Mahkemelerine gönderdi.

**Av. Çiğdem ÇEBİ (Ankara Barosu)-** Peki, biz demiş olduğunuz gibi ayrıca Danıştay'da kaleme gidip bir işlem yapmamıza gerek yok.

**Prof. Dr. Zehreddin ASLAN-** Danıştay gönderecek dosyanızı.

**Av. Çiğdem ÇEBİ (Ankara Barosu)-**Teşekkür ediyorum.

**Av. Cumhur ARIKAN (Oturma Başkanı)-** Şöyle en arkadan başlayalım, öne doğru. Tabii Zehreddin Hocaya soru yöneltecekseniz, diğer şeyleri sonra tartışacağız. Buyurun.

**SALONDAN-** Danıştay tartışmasına girmiyorum.

**Prof. Dr. Zehreddin ASLAN-**Girmeyin, hakikaten çünkü dediğim gibi Danıştay zaten kararını verdi.

**Av. Ekim Ergün (Ankara Barosu)-** Bu kanun hükmünde kararnamelelerde şu hususu da görmekteyiz. Kanun hükmünde kararname ekinde isimler yer alıyor ve kanun hükmünde kararnamenin gövdesinde de bu isimlerin “kamu hizmetinden yasaklandığı” belirtiliyor.

Kamu hizmetinden yasaklamak sizce nasıl bir hukuki işlem ve kamu hizmetinden yasaklamaya nasıl karar verilebilir?

**Prof. Dr. Zehreddin ASLAN-** Sabah var mıydınız siz?

**Av. Ekim Ergün (Ankara Barosu)-** Vardım. Buna bir yargılama neticesinde mi karar veriliyor?

**Prof. Dr. Zehreddin ASLAN-** İhraç nedir arkadaşlar? İhraç bir disiplin cezası değil mi? Devlet Memurları Kanuna göre ihraç, kamu görevinden çıkarma başka bir anlamda bir disiplin cezası.

Sabah da söyledim, bir disiplin cezası vermeniz, hem Anayasanın 129.maddesi, hem DMK'nın 130.maddesi gereği ancak ve ancak yürütülecek bir soruşturma ve bu soruşturma sonucundaki deliller bağlamında verilebilecek bir ceza. Ama adı üstünde, olağanüstü bir dönem yaşadığımız için ve bu olağanüstü dönemde hükümet siyaseten işini daha kısa sürede halletmek istediği için, maalesef böyle bir sonuç çıktı. Sorun hukuki olmayınca, bunun çözümünün de hukuki olması mümkün değil.

**Av. Ekim Ergün (Ankara Barosu)-** Tartışmaya aslında ben de biraz katkı sunmak isterim. Kamu hizmetinden yasaklamak siyasi bir sorun, bir de insan haklarına ilişkin bir sorun.

**Prof. Dr. Zehreddin ASLAN-** Çünkü bir siyasi karar sonucu oluşmuş bir yasa.

**Av. Ekim Ergün (Ankara Barosu)-** Kamu hizmetinden yasaklamak bir cezadır, ferî cezadır, yargılamayı gerektiren bir cezadır. Yani ihracı ben kastetmiyorum, ihraç edebilirsiniz.

FORUM

**Prof. Dr. Zehreddin ASLAN-** Sizin söylediğiniz cümleyi ben kararnamede hatırlamıyorum açıkçası. “Kamu görevinden çıkarıldı” diye yazıyor sanki. Tamam, bu zaten 1402’liklerde de vardı Sıkıyönetim Kanununda. Hatta hocamın bildirisine atıf yapacağım. Danıştay’ın o İçtihadı Birleştirme Kararının bir gerekçesi de, zaman darlığından söylemedi Oğuz Bey, Anayasanın 70.maddesi, kamu hizmetine girme hakkı. O iptal nedenlerinden birisi de, kamu hizmetine girme hakkı idi.

Diyor ki Danıştay 89 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında; Anayasa 70.madde kamu hizmetine girme hakkı tanımıştır. Bir kişinin kararıyla bu hakkı sen ortadan kaldıramazsın. Yani esasta hemfikiriz, yapılmaması lazım. Anlaşamadığımız noktayı ben anlamadım.

**Av. Ekim Ergün (Ankara Barosu)-** Kamu hizmetinden yasaklamanın ihraçtan farkı; bir farkı var mı yok mu? Buna kim karar verebilir?

**Prof. Dr. Zehreddin ASLAN-** Var tabii, o meslekten çıkarılma demek. Kamu hizmetinden çıkarmak, bir daha dönmeyi ifade eder. Sıkıyönetim Kanunundaki o ek maddeye benzer. Bunun her ikisini dediğim gibi, ya idari bir soruşturma sonucu verilmesi gerekir ya da adli kovuşturma sürecinde... İşte ne dedi Oğuz Bey? Tekrar memur olabilme koşulu taşıyorsanız dönebilirsiniz. Atıldınız, ihraç edildiniz, ama ayrıca adli kovuşturma var bazıları hakkında. Orada devlet memuru olmaya engel bir suçla ve süreyle mahkûm oldunuz. Orada artık adli yargı kararı gereği siz tekrar kamu hizmetine giremezsiniz.

**Av. Cumhuriyet ARIKAN (Oturma Başkanı)-** Teşekkür ediyorum. Değerli meslektaşlarım, burada tabii sizlerin somut davalarına da çözümler arıyoruz. Onun için tebliğlerimizi tartışma kısmında yapalım, bu kısımda sorularımızı soralım. Somut bir soruysa lütfen. Buyurun.

**SALONDAN-** Tabii ki somut bir soru.

**Av. Cumhuriyet ARIKAN (Oturma Başkanı)-** Buyurun.



**SALONDAN** - İzmir Barosu avukatlarından... Sadece şunu sormak istiyorum ben. Başlangıçtan itibaren bu kanun hükmünde kararnamelerin birincisinden sonuncusuna kadar hepsini tek tek incelediğimizde, bu arada internette de bazı avukat arkadaşlarımızın ihraç kararlarında flaş olarak verilen bazı görüşlerini okudum. Bazıları da akademik olarak şey yapmışlar.

Bir tanesinin görüşü şöyleydi: Kanun hükmünde kararname tarihinden itibaren 30 gün içinde Anayasa Mahkemesine başvurmak, aynı zamanda bu kanun hükmünde kararnameden dolayı ihraç etmek için idare mahkemesine de gitmesi" ikisini bir arada yapma pozisyonu. Ama sabahki oturumda Değerli Zeynel Hocam dedi ki, "Anayasa Mahkemesinin önüne aynı davayı getirdiğinizde, idare mahkemesinin önüne de tekrar sunduğunuzda, Anayasa Mahkemesi size demeyecek mi, kardeşim sen idare mahkemesine gittin. İdare mahkemesinden sonra istinafa var... Yolları tüketmedin ki. Yolları tüketmediğin için ben de ret veriyorum diyor. İdare mahkemesi de bu sefer diyecek ki, "bunlara karşı yürütmeyi durdurma kararı verilemez, aynı zamanda kanun hükmünde kararnamenin iç olasılığından dolayı da soruşturma yapılmasına yer yoktur, dolayısıyla davanın reddine." Bir tokat yedin Anayasa Mahkemesinden, döndü bir tane idare mahkemesinden yedi, kaldım istinafa. İstinaf da zaten Danıştay'da, en sonunda kalacağımız yer Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi olacak.

**Prof. Dr. Zehreddin ASLAN-** İşte o aşamadan sonra tek AİHM'e gitme şansınız var.

**SALONDAN-** Benim sorum oradaydı. Var mı yok mu?

**Prof. Dr. Zehreddin ASLAN-** Yok.

**SALONDAN-** Müsaade edin, bir tane daha var.

**Av. Cumhur ARIKAN (Oturum Başkanı)-** Buna cevap versin, ondan sonra sorun.

**KONUŞMACI-** Sayın meslektaşım, benim biraz sonra anlatacağım konu içerisinde de böyle bir karar var. İki yere başvurulmuş, farklı bir şey, değişik bir şey, anlatacağım bunu.

FORUM

**Prof. Dr. Zehreddin ASLAN-** Birinci soruda anlaştık mı?

**Av. Cumhuri ARIKAN (Oturum Başkanı)-** O zaman cevabını alalım. Hocam bunları süreye ekleyeceğim. Şu anda 16.15'de ayrılacaksınız. Şimdi bu sorunun cevabını alalım, ikinci sorunuzu öyle sorun.

**Prof. Dr. Zehreddin ASLAN-** Aldı cevabı.

**Av. Cumhuri ARIKAN (Oturum Başkanı)-** Aldı mı? O zaman ikinci sorunuzu sorun.

**SALONDAN-** İkinci soru şudur: İhraç kararlarıyla ilgili bir netice beklememiz için, gerçekten bir netice almamız için, bu süreci beklememiz mi gerekiyor illaki. Şunu anladım ben, değerli başkanımız onu söyledi. 1402 sayılı Kanunda dönem geçti, olağanüstü kalktı, o zaman müracaat edildi. Aradan 8 sene geçmiş bu arada, 80 yılında atılan adam 88 yılında birisi çıkmış en sonunda bir karar vermiş içtihadı birleştirme, o zaman. 8 seneye kadar tabii nasıl olacak bilmiyoruz. Sonuç itibariyle bunu tekrardan beklememiz gerekir mi? Böyle bir strateji geliştirmemiz gerekir mi?

**Prof. Dr. Zehreddin ASLAN-** Şimdi beklemeniz mümkün değil. İlan tarihinden itibaren 60 gün içinde davayı açmak zorundasınız, yoksa süreniz kaçar; bu bir.

İkincisi, beklemenize gerek yok. Açacağınız davalar olumsuz sonuçlanırsa, AYM ve AİHM sürecini yürüteceksiniz. Ama onun dışında -onu söylemeyi unuttum sabah- tabii ki bugünler geçer, OHAL geçer, askeri OHAL kaldırılır, kararnameler askıya alınır. O zaman şunu yapacaksınız. Bütün avukat arkadaşlar müvekkillerine söylesinler bir moral anlamında. İdareye başvuracaklar, diyecekler ki olağanüstü hal dönemi bitti, kararnameler askıda, artık o koşullar kalmadı, lütfen beni geri alın. Yani İYUK 10 başvurusu yapacaksınız. İdari Yargılama Usulü Kanununun 10.maddesi başvurusu yapacaksınız. 60 gün bekleyeceksiniz o güne kadar yasalar değişmezse. Ret gelecek veya zımni ret gelecek. O zaman tekrar yargıya taşıma şansınız var.

**Prof. Dr. Durmuş TEZCAN (TBB İnsan Hakları Merkezi Yürütme Kurulu Üyesi)-** Özür dilerim, ben ceza hukukçusuyum, ama 13 yıl Dokuz Eylül Hukuk Fakültesinde idare hukuku dersinin hocası olmadığı için idare hukuku da okuttum. O nedenle biraz doğrudan idare hukukçusu olmasam da bir hususa değineceğim.

**Av. Cumhur ARIKAN (Oturum Başkanı)-** Hocam bize bir şey ispat etmek zorunda değilsiniz, buyurun lütfen. Sizin biliminiz yeter.

**Prof. Dr. Durmuş TEZCAN (TBB İnsan Hakları Merkezi Yürütme Kurulu Üyesi)-** Şunu söylemek istiyorum. Bakın Türkiye'de Danıştay KHK'lere ben bakamam dedi. Oysa çok yakın bir zaman önce, yani bir yıl bile olmadı, 22 Ocak 2016 tarihinde Fransız Danıştay'ı olağanüstü hale ilişkin bir bakanlar kurulu kararnamesiyle ilgili olarak, bu kararnameyle getirilen tedbirlerin amaçla orantılı olmadığından bahisle, getirilen düzenlemeyi iptal etti. Yani demek ki hukuk devletine inanan ülkelerde, idari yargı gücünü gösterebiliyor; özellikle bunu vurgulamak lazım.

**Prof. Dr. Zehreddin ASLAN-** Biliyorsunuz başta da idare mahkemesinin bunu bakıp iptal etmesi gerektiğini de söyledim. Ama dediğim gibi, hocamın bahsettiği mahkeme Fransızlardan oluşuyor, bizim mahkememiz maalesef Türklerden oluşuyor. Yapacak bir şey yok.

**Prof. Dr. Durmuş TEZCAN (TBB İnsan Hakları Merkezi Yürütme Kurulu Üyesi)-** Diğer belirteceğim konu da şu yine. İngiltere'de Lortlar Kamarası, yapılan bir uygulamanın yine aşırı olduğuna karar vermesine rağmen, yasadaki diğer düzenlemelerle söz konusu başvuranın tutukluluk hali devam ettiği için, konuyu İnsan Hakları Mahkemesi götürmüştür ve İnsan Hakları Mahkemesi –o da çok eski değil- 2009 yılında, yani 19 Şubat 2009 yılında Birleşik Krallığı yine mahkûm etmiştir; orantılı olmadığı için bu olağanüstü hal uygulamalarıyla ilgili olarak.

FORUM

Sonuçta bizim biraz sonra da arkadaşlarımız, özellikle Sayın Altun çok geniş şekilde değerlendireceğini tahmin ettiğim açıklamalar içerisinde görülecektir ki, her defasında konu geliyor adil yargılamanın bir uygulaması diyeceğimiz orantılılık ilkesine ölçülülük ilkesine dayanıyor. Ne olursa olsun, evet ülkeyi tehlikeden kurtarmak vesaire olabilir olması gerekir, ama bunun ölçülü olması gerekir. Eğer kantarın topuzunu kaçırsanız, Strasbourg'da hâkimler var" demek mümkündür. Ben bunu belirtmek istedim. Teşekkür ederim.

**Fahrettin DEMİRAĞ (Askeri Yargıtay Onursal Başkanı)-** OHAL kapsamında KHK'lerle kamu görevinden çıkarılan kamu personelinin yargı yoluna başvuramayacağına ilişkin olarak Zehrettin Hocamızın yaptığı açıklamalarla ilgili olarak ek değerlendirmelerde bulunmak ve katkı sağlamak istiyorum. Öncelikle kamu personelinin kamu görevinden çıkarılmalarına ilişkin KHK düzenlemeleri konusunda ikili bir ayırım yapılması gerektiği görüşümdedir.

1- Kamu görevinden çıkarmanın ilk türü, KHK ile doğrudan yapılan çıkarmadır. 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 olduğu değerlendirilenlerin isimlerine KHK'de yer verilerek başka bir işleme gerek kalmaksızın, doğrudan kamu görevinden çıkarılmaktadır.

KHK ile doğrudan kamu görevinden çıkarmaya örnek olarak, 668 sayılı KHK'nin 2/1. maddesi örnek gösterilebilir. Bu hüküm şöyledir. *"Ekli (1) sayılı listede yer alan asker kişiler Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarılmıştır. Haklarında ayrıca özel kanun hükümlerine göre işlem tesis edilir."*

Söz konusu KHK'de, Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarılan asker kişilerin, mahkumiyet kararı aranmaksızın, askeri rütbe ve memuriyetlerinin alınacağı ve bu kişilerin yeniden Türk Silahlı Kuvvetlerine kabul edilmeyecekleri hüküm altına alınmıştır.

Aynı şekilde, 675 sayılı KHK'nin 1 inci ve 2 nci maddeleriyle de KHK'ye ekli listede isimleri yazılı kamu personeli başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın kamu görevinden çıkarılmıştır.

2- OHAL kapsamında yürürlüğe konulan KHK'lerle kamu görevinden çıkarmanın ikinci türünü, FETÖ / PYD'ye üyeliği, mensubiyeti, iltisakı veya irtibatı tespit edilenlerin, KHK'lerle oluşturulan komisyon veya kurullar tarafından, kurul kararıyla kamu görevinden çıkarılması oluşturmaktadır.

Bu şekilde kamu görevinden çıkarma kararına, 667 sayılı KHK'nin 3 üncü maddesi ile 4 üncü maddesi hükümleri örnek gösterilebilir.

Söz konusu KHK'nin 3 üncü maddesiyle, *“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 olduğu değerlendirilen”* yargı mensupları hakkında, maddede belirtilen usul ve esaslara göre oluşturulan komisyonlar tarafından, meslekte kalmalarının uygun olmadığına ve meslekten çıkarılmalarına karar verilecektir.

Anılan KHK'nin 4 üncü maddesinde ise, TSK dahil diğer kamu personelinin, statüsüne göre Bakan onayı veya ilgili kurum kararıyla kamu görevinden çıkarılacakları hüküm altına alınmıştır.

KHK'lerde yer alan düzenlemeler uyarınca, HSYK Genel Kurulunca, 31.12.2016 tarihinde, karara ekli listede yazılı hâkim ve Cumhuriyet savcılarının MESLEKTE KALMALARININ UYGUN OLMADIĞINA ve ayrı ayrı olmak üzere MESLEKTEN ÇIKARILMALARINA” karar verilmiştir.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Başkanlar Kurulu, 7 Ekim 2016 tarihli Kararı ile, iki üyenin “meslekte kalmasının uygun olmadığına ve meslekten çıkarılmasına” karar vermiştir. Aynı şekilde Askeri Yargıtay Başkanlar Kurulu 10 Ekim 2016 tarihinde yedi üyesinin “meslekte kalmalarının uygun olmadığına ve meslekten çıkarılmalarına” karar vermiştir. Yüksek

FORUM

mahkeme üyesi olmayan askeri hakimler ise, Milli Savunma Bakanının başkanlığında birinci sınıf askeri hakimler arasından görevlendirilen iki askeri hakim katılımıyla oluşan üç kişilik bir komisyonun kararı ile 13.10.2016 tarihinde meslekten çıkarılmışlardır.

Yukarıda örnek olarak verilen meslekten çıkarma kararları ile diğer kurum ve kuruluşlarda görevli kamu personelinin önemli bir bölümü belirtilen şekilde oluşturulan komisyonlarca kamu görevinden çıkarılmışlardır.

Kanaatimizce, KHK'lerle kurulması öngörülen komisyonların yaptığı kamu görevinden çıkarma işlemini, olağanüstü hâl kanun hükmünde kararnamelerinin doğrudan bir sonucu olarak görmemek, idari bir işlem olarak değerlendirmek gerekir. Dolayısıyla bu idari işlemlere karşı yargı yolunun açık olduğunu kabul etmek gerektiğini düşünüyorum. Eğer, komisyonlarca verilen kamu görevinden çıkarma işlemlerine karşı yargı yolunun kapalı olduğu şeklinde bir yaklaşımı benimseyecek olursak, o zaman hukuksuzluğu içselleştirmiş oluruz ki, bunu kabul etmemiz mümkün değildir.

**Prof. Dr. Zehreddin ASLAN-** İlk çıkan olağanüstü hal kararnamesinde denildi ki, "artık komisyona gerek yok soruşturmaya gerek yok, o nedenle doğrudan ihraç yapılabilir" dedi kararname. Bunun üzerine komisyonlar lağvedildi, ama çalışan bazı komisyonlar var. Yalnız o komisyonların aldığı kararlar hazırlık işlemidir idare hukukunda. Onların komisyon tarafından Bakanlar Kuruluna gönderilmesi, sadece bir hazırlık için, ilgilinin hukuksal statüsünde bir değişiklik yok. İlgilinin hukuksal statüsündeki değişiklik, ancak kanun hükmünde kararnamenin yürürlüğe girmesiyle mümkün olmuştur.

**Fahrettin DEMİRAG (Askeri Yargıtay Onursal Başkanı)-** Yukarıda açıkladığım gibi, komisyonlarca verilen kamu görevinden çıkarma kararının açık örnekleri var.

**Prof. Dr. Zehreddin ASLAN-** Açık örneği varsa kabul ederim. Yani bir kamu kurumu bir soruşturma komisyonu kurup, bu

komisyon kararıyla ihraç etmişse, yani kanun hükmünde kararnameye girmemişse, tabii ki yargı yoluna girer.

**Fahrettin DEMİRAĞ (Askeri Yargıtay Onursal Başkanı)-** Aynen öyle.

**Prof. Dr. Zehreddin ASLAN-** Tekrar söylüyorum, sayın meslektaşımın bilgisini teyit ediyorum. Eğer ki, ben öyle bir şey olduğunu duymadım bilmiyorum... Bilmiyorum dedim, bilene de saygım sonsuz sayın meslektaşım.

Ama sayın meslektaşımın dediği gibi, kamu kurumları ilk düşünüldüğü gibi bildiğimiz anlamda bir soruşturma komisyonu kurup bu komisyon sonucunda ihraç edip bu size tebliğ edilmişse, tabii ki buna karşı koşa koşa dava açabilirsiniz. Burada bir sorun yok. Ama sadece komisyon liste yapıp YÖK'e, YÖK de Başbakanlığa göndermişse, artık buradaki icrai işlem iptal davasına konu olabilecek -ki, olamıyor- işlem Kanun Hükmünde Kararnamedir.

**Fahrettin DEMİRAĞ (Askeri Yargıtay Onursal Başkanı)-** Değerli hocam, Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunca, Yüksek Mahkemenin kendi iki üyesi hakkında meslekten çıkarma kararı verilmiştir. KHK'nin 3. maddesinde belirtilen suçların 15 Temmuz 2016 tarihinden önce işlendiği göz önüne alındığında, bu tarih itibarıyla yüksek mahkeme üyelerine verilebilecek olan disiplin cezaları arasında "meslekten çıkarma cezası" bulunmamaktadır. Söz Konusu Kanununun 19 uncu maddeleri arasında Anayasa Mahkemesi üyelerine disiplin cezası olarak "uyarma, kınama ve görevden veya üyelikten çekilmeye davet" cezaları verilebilecektir.

Şu halde Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu, karar tarihi (9.08.2016) itibarıyla, kamu görevinden çıkarma kararı verme yetkisi yokken, 667 sayılı KHK ile kendisine verilen yetkiye dayanarak kendi mensuplarını, üyelerini hem Anayasa Mahkemesi üyeliğinden, hem kamu görevinden çıkarmıştır. Genel Kurul kararı, KHK ile kurulan bir komisyon kararı olup idari işlem niteliğindedir.

FORUM

**Fahrettin DEMİRAĞ (Askeri Yargıtay Onursal Başkanı)-** Anayasa Mahkemesi üyeleri Genel Kurul kararı ile diğer Yüksek Mahkeme üyeleri, Başkanlar Kurulu kararları ile meslekten çıkarılmışlardır.

**KONUŞMACI-** Fahrettin Bey şunu söyleyeyim. Yargıtay ve Danıştay üyeleri önce bunlar üyelikten atıldı, sonra HSYK tarafından atandı, sonra da kararnameye girdi. Anayasayı bilmiyorum.

**Prof. Dr. Zehreddin ASLAN-** Bir şey daha söyleyeyim. Bir arkadaşımız elinde bir şey gösterdi bana. Bazılarına tebliğ edilmiş. Tebliğ varsa buna karşı dava açabilirsiniz. Kesinlikle dava açabilirsiniz.

Bir noktayı daha söyleyeyim. Asker müvekkiliniz varsa, o davaları AYİM'e açacaksınız, idare mahkemesinde açmayacaksınız. Asker kişileri ilgilendirdiği için, onu yapmayın.

**Fahrettin DEMİRAĞ (Askeri Yargıtay Onursal Başkanı)-** Hocam, sözlerime bir hususu daha ilave etmek istiyorum. Kamu görevinden çıkarma cezasının bir türü, subay, astsubay, uzman jandarmalar ile kanunlarında bu cezanın uygulanacağı belirtilen asker kişiler hakkında uygulanabilen Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma ferî cezasıdır. Bu ferî ceza, Askeri Ceza Kanununun 30 uncu maddesinde düzenlenmiş olup biri zorunlu, diğeri takdiri olmak üzere iki türüdür ve mutlaka bir mahkumiyet kararına dayalı olarak verilebilmektedir. Bundan başka, 6413 sayılı TSK Disiplin Kanununa göre de Türk Silahlı Kuvvetlerinden ayırma, disiplin cezalarının bir türü olup Yüksek Disiplin Kurulunca verilebilmektedir. KHK'lerle, gerek Askeri Ceza Kanununun ferî cezalara ilişkin hükümleri gerekse TSK Disiplin Kanununun TSK'den ayırma cezasının verilme esas ve usulünü düzenleyen hükümleri değiştirilmiştir.

**Prof. Dr. Zehreddin ASLAN-** Ama yok herhalde o kararlar. O kararlar yok şimdi, o kararlar olmadan atıldılar.

**Fahrettin DEMİRAĞ (Askeri Yargıtay Onursal Başkanı)-** Aynı şeyi söylüyorum. Biraz önce bir arkadaşımız "kamu



görevinden yasaklanma cezasını kim verebilir?" dedi. Askeri yargıda suç işleyen kişiler bakımından bu cezalar, ferî ceza niteliğindedir ve mahkemelerce AsCK'nın 30 uncu maddesine göre verilebilir. Bu ferî ceza, eski 765 sayılı TCK'da yer alan kamu görevinden yasaklanma ferî cezasının özel bir görünümüdür.

**Prof. Dr. Zehreddin ASLAN-** Kamu haklarından yoksun kalma gibi.

**Fahrettin DEMİR AĞ (Askeri Yargıtay Onursal Başkanı)-** Tam olarak karşılamamakla birlikte, TSK'den çıkarma ferî cezası, TCK m. 53 de düzenlenen hak yoksunluklarına benzetilmektedir. İster zorunlu ister takdiri nitelikte olsun, mahkûmiyet kararına bağlı olarak AsCK m. 30 uyarınca TSK'den çıkarılanlar, bir daha Silahlı Kuvvetlere kabul edilmedikleri gibi, bir başka kamu görevine de kabul edilmezler. Böylece, Askeri Ceza Kanununun 30.maddesi de KHK'lerle baypas edilmiştir. Yani KHK ile kamu görevinden çıkarma yetkisi veren düzenlemeler kalıcı nitelikte sonuç doğurmaktadır.

**Prof. Dr. Zehreddin ASLAN-** Anayasa bazen baypas ediliyor sayın meslektaşım. Ben Mahmut Beyin bir sorusunu alıp müsaadenizi isteyeyim.

**Av. Mahmut TANAL-** Değerli Hocam, Anayasamızın 121. maddesinin 3.fıkrası aynen şu şekilde: "Olağanüstü hal süresince, Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, olağanüstü halin gerekli kıldığı konularda kanun hükmünde kararname çıkarabilir. Bu kararname Resmî Gazetede yayımlanır, aynı gün Türkiye Büyük Millet Meclisinin onayına sunulur."

**Prof. Dr. Zehreddin ASLAN-** Hatta Tüzükte 30 gün varmış, Mahmut Bey siz daha iyi bilirsiniz.

**Av. Mahmut TANAL-** Tüzüğün 128.maddesi diyor ki, "30 gün içinde karara bağlanır" diyor. Şimdi 30 gün içerisinde karara bağlanmayan bu kanun hükmündeki kararname düşer. Düşmesi yok hükmünde olması.

FORUM

**Prof. Dr. Zehreddin ASLAN-** Anayasa Mahkemesi şekil açısından iptal etmeli.

**Av. Mahmut TANAL-** Şekil değil, bu hak düşürücü bir süredir.

**Prof. Dr. Zehreddin ASLAN-** Esası etkileyen bir şekil sakatlığı.

**Av. Mahmut TANAL-** Hak düşürücü bir süre. Hak düşürücü bir süre olması nedeniyle, yani siz bunu o 30 gün içerisinde Türkiye Büyük Millet Meclisine karara bağlamadığı için... Bunların hepsi yoklukla malum değil mi? Bu anlamda... Tartışmasını çünkü yaptık.

**Prof. Dr. Zehreddin ASLAN-** Katılıyorum... Ben duydum onu, gelmeden önce hazırlık açısından arkadaşına baktırdım. O bana "görüşülür" dedi. Demek ki yanlış söylemiş.

**Av. Mahmut TANAL-** Yok, "karara bağlanır" diyor.

**Prof. Dr. Zehreddin ASLAN-** Karara bağlanırsa, bence esası etkileyen bir şekil sakatlığı olduğu için, onu yok hükmünde de telakki edebilirsiniz veya yok hükmünde olduğunu Anayasa Mahkemesine tespit de ettirebilirsiniz.

**Av. Mahmut TANAL-** Şimdi oradan devam ediyorum. İç Tüzüğün 173 ve 183 olacak diyor ki, bunun arkasına sığınıyorlar yine o süre geçmiş oluyor. Efendim "Meclis tatildayken süre işlemez" diyor. Şimdi "işlemez" diyor, ama burada yine Meclis açık, bu 30 günlük süre yine aşıyor. Bu da karşınıza çıkabilir.

Bunu bilgilerinize arz ederim. Saygılar sunarım.

**SALONDAN-** Demin dedik ya, olağanüstü hal bittikten sonra idare ...41.39 dediniz. Bu bağlamda o 30 günlük süre bitti, yok hükmünde. Şimdi bak bu yok deyip idareye müracaat edip bir ret kararı alıp, yeniden idare mahkemesine gidebilir miyiz? Yani bu olağanüstü halin bitiminde...

**Prof. Dr. Zehreddin ASLAN-** Bunu gerekçe göstererek, aslında yeniden bir iptal başvurusunda da bulunabilirsiniz.

**Av. Cumhur ARIKAN (Oturum Başkanı)-** Deminden beri o el kalkıyordu. Lütfen o meslektaşımın da sorununu halledelim ondan sonra...

**Prof. Dr. Zehreddin ASLAN-** Uçağı kaçırırsam para sizden.

**Av. Ahmet TOPTAŞ (Ankara Barosu)-** Sayın hocam, tebligatın geldiğini söyleyen arkadaşlarımızdan birisi benim. Tebligattan sonra süre başlayacak. Kanun hükmünde kararname listesinde var, ama tebligat da var.

**Prof. Dr. Zehreddin ASLAN-** Açabilirsiniz. Sabah söylediğim okul müdürleriyle ilgili çıkan kanunda aynı şey olmuştı. Kanunla görevlerine son verdirilen müdürlerin biliyorsunuz görevleri sona erdi. Ama sonradan hepsine tebligat yaptılar. Öyle olunca hepsi dava açtı, o da idari yargımız onların lehlerine karar verdi.

**Av. Ahmet TOPBAŞ (Ankara Barosu)-** Peki hocam, şimdi Sayın Cumhurbaşkanını "at izi it izine karıştı" dedi. Bakanlar da ayrı ayrı dediler ki, "bunlar yanlış da olabilir." Biz komisyonlar kurduk illerde, bu komisyonlara başvurun, onlar değerlendirecek durumlarınızı, ondan sonra ayıklanacak...

**Prof. Dr. Zehreddin ASLAN-** Ama orada dava açma süresi durmaz, yanılmayın. Çünkü İYUK 11'e göre biliyorsunuz dava açma süresinin durması için, ya üst makama ya kararı alan makama yapmanız lazım. Siz komisyona başvurup, ben nasıl olsa idari başvuru yaptım diye beklerseniz, dava açma süresini kaçırırsınız. Çünkü yaptığımız bir İYUK 11 başvurusu değil.

**Av. Ahmet TOPBAŞ (Ankara Barosu)-** İyi de hocam, hükümetin bu beyanlarını yok farz edeceğiz.

**Prof. Dr. Zehreddin ASLAN-** Yok sayacaksınız evet.

**Av. Ahmet TOPBAŞ (Ankara Barosu)-** Ama idare mahkemesi bunu değerlendirirken, biz dava açtık diyelim.

**Prof. Dr. Zehreddin ASLAN-** O tebligata diyorsunuz değil mi?

FORUM

**Av. Ahmet TOPBAŞ (Ankara Barosu)-** Tebligatta değil hayır, bu komisyonlara dilekçe verin ayıklanacak, “doğru yanlış ayrılacak” dedi; bu Cumhurbaşkanının sözü.

**Prof. Dr. Zehreddin ASLAN-** Tamam da, ama bu kanun hükmü değil.

**Av. Ahmet TOPBAŞ (Ankara Barosu)-** Hocam anladım. Şunu söylemek istiyorum. İdare mahkemesine başvurduğumuz zaman, Cumhurbaşkanının her sözünün kanun olduğu bir ülkede, vatandaş Cumhurbaşkanına inanmış...

**Prof. Dr. Zehreddin ASLAN-** Türkiye’de yargı bağımsız ve tarafsız.

**SALONDAN-** (Mikrofonsuz konuşuyor)

**Prof. Dr. Zehreddin ASLAN-** İslah sadece tazminat davalarına ilişkin. İptal davalarında iddianızı genişletemezsiniz. Usuldeki o yasak bizde de var.

Ben herkese selam saygı sunuyorum. Müsaadenizi istiyorum efendim, sağ olun. (Alkışlar)

**Av. Cumhur ARIKAN (Oturum Başkanı)-** Bu arada Sayın Korkut Hocamı da buraya alsak. Buyurun hocam.

Şimdi o zaman, daha doğrusu bu çalışmamızın eski seyrine şöyle kısa bir dönüş yapıp, Sayın Altun’la devam etmek istiyoruz. Sayın Altun Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkez Yürütme Kurulu üyesi, bizim meslektaşımız. Kanun hükmünde kararnamelemlerin uygulamada ve savunma hakkının kullanılmasında yarattığı sorunlara değinecek. Birtakım somut örnekler verecek. Ondan sonra da tartışma kısmına devam edeceğiz.

# KHK'İN UYGULAMADA VE SAVUNMA HAKKININ KULLANILMASINDA YARATTIĞI SORUNLAR

UĞUR ALTUN'UN  
KONUŞMASI

*Av. Uğur Altun*

*TBB İnsan Hakları Merkezi Yürütme Kurulu Üyesi*

Sayın Başkan teşekkür ediyorum. Değerli katılımcılar, konuşmama başlamadan önce hepinizi saygıyla selamlıyorum. Son konuşmacıyım, bence bugün avantaj; çünkü bütün arkadaşlar burada. Sorular da çok, özellikle uygulamayla ilgili hususlarda bilgi vermek istiyorum.

Sadece belli başlıklar üzerinde çalıştım, yedi başlık. Geniş başlıklar, ama bunların açılımları söz konusu. Sonda söyleyeceğimi başta söylemek istiyorum. Uluslararası sözleşmeler, insan hakları belgeleri dikkate alındığında, bugün ülkemizde yargı bağımsızlığından bahsetmek mümkün değildir. Bunu nereden görüyoruz? Ben örneklerle açıklayacağım bunu.

Sulh ceza hâkimleri ve tabi hâkim ilkesi: Uygulamada tartışmalı bir konu, tabi hâkim ilkesine uygun kurulmuş diyenler var. Ancak bu dönemde, özellikle 15 Temmuz'dan sonraki tutuklamalarda sulh ceza hâkimleri adli yargı komisyonları cumhuriyet başsavcılıkları tarafından çağrılarak birtakım anlaşmalar yaptırılarak, "biz hukuku uygulayacağız" diyen hâkimlere, "aman siz bu duruşmalara girmeyin, başkalarını bulalım" 95 bin 100 bin sicilli hâkimleri bularak ikna ederek tutuklama kararları ya da serbest bırakma kararları alınmıştır.

Bu süreçte sabah da bahsedildi, Korkut Hocam bahsetti, diğer arkadaşlar bahsetti, Devrim Hocam bahsetti. 668 sayılı ve 669 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamelerde Anayasa Mahkemesi daha önceki vermiş olduğu içtihatlarına aykırı davranmıştır. Bu da yargının bağımsız olmadığının bir göstergesidir. Yine kendi üyeleriyle ilgili Anayasanın 147.maddesinin 2.fıkrasına aykırı davranarak bir suç işlememiş mahkûm olmamış kişi-

lerin üyelikten ihracına karar vermiş ve Anayasa Mahkemesi başka kararında da çok farklı bir duruş sergilemiştir.

Biraz önce arkadaş sorarken söyledim. Sınır dışı etme işlemiyle ilgili bir yabancı'nın Kabardey-Balkar Cumhuriyeti vatandaşı ve Yalova'da oturan bir yabancı'nın başvurusu hakkında yürütmeyi durdurma kararı vermiştir. (Y.T BAŞVURU NO: 2016/22418) Şöyle ki; bu kişi trafik kontrolü sırasında, "G 87" denilen bir kod var tahdit kodu, bu koda istinaden yakalanmış ve hemen hakkında idari gözetim kararı verilmiştir. İdari gözetim altına alındıktan sonra da, hakkında sınır dışı etme kararı verilmiştir. Şöyle ki, 29 Ekim'de çıkan 676 sayılı Kararnameyle, 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun 54.maddesinde bir değişiklik yapılmış. Burada daha önce sınır dışı işlemlerine karşı dava açılmakla, otomatik tedbir verilerek yabancılar davanın sonuna kadar sınır dışı edilemiyordu. Ancak 676 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameyle, 6458 sayılı Yasanın 53.maddesi ve 54.maddesinde değişiklik yapılmıştır. Kamu düzeni, kamu güvenliği kamu sağlığı için tehlikeli görülenler hakkında artık idare mahkemeleri otomatik yürütmeyi durdurma kararı veremeyecek. Anayasa Mahkemesi önüne gelen bu dosyada, bir günde karar vermiş. 31 Ekim 2016' da açılmış, davada aynı gün yürütmeyi durdurma kararı vermiştir.

Anayasa Mahkemesi yürütmeyi durdurma kararında; bu kişi ülkesine gittiği zaman ülkesinde işkence görmesi veya yaşamına veya maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik tehlike durumu söz konusu, böyle bir risk var. İç Tüzük 73, gereği burada tedbir kararı vermek durumundayız" demiş ve kişi hakkında yürütmeyi durdurma kararı vermiştir.

Şimdi bütün ülkeyi ilgilendiren iki tane kararnameden bahsettim. Bu kararnamelerde birçok insan zor durumda; gerçekten zor durumda. Bu insanlar bizim gibi düşünmeyebilirler, farklı düşünebilirler. Daha önce biz bu insanlardan zarar da görmüş olabiliriz. Ama siz orada farklı bir karar verirken, burada çok daha farklı bir karar veriyorsunuz. Neden veriyorsunuz? Çünkü yabancıyla ilgili verdiğiniz kararda hiçbir siyasi yan yok, kimse size karışamayacak, kimse size dokunamayacak.

Yine bağımsızlığı etkileyen hususlardan bir tanesi de, 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 3.maddesinin 2.fıkrasıyla yürürlüğe giren, adli ve idari yargı hâkim ve savcı adayı olarak görev yapanların adaylıkta geçirdikleri süreye bakılmaksızın, bu kişilerin direkt HSYK tarafından atanması. Nitekim de atamalar yapıldı, bu kişilerin eğitimleri bitmeden.

Bununla ilgili Avrupa Hâkimler ve Danışma Konseyinin 17 Kasım 2010 tarihli kararının 8.maddesinde şundan bahsediyor. Başlangıç eğitimi ve hizmet içi eğitim hâkimler için bir hak ve görev, bunlar yargının gözetimi altında düzenlenir. Sebebi de şu: Eğitim yargı sisteminin kalitesini ve etkinliğinin yanı sıra, hâkimlerin bağımsızlığının korunmasında da önemli bir unsurdur. Bakın bağımsızlık, buna göre de yok. Yani “eğitimsiz bir hâkim bağımsız olamaz” diyor.

Yine Bangalor Yargı Etiği İlkeleri altı temel ilkedden bahseder. Bağımsızlık, tarafsızlık, dürüstlük gibi... Ehliyet ve liyakat bölümünde yani 6. maddede şundan bahsediyor: “Ehliyet ve liyakat yargı görevinin gereğince yerine getirilmesinin ön koşuludur.”

İdari başvurular artmış durumda. Çünkü insanların yargıya yargı bağımsızlığına güveni yok. BİMER, CİMER, valilik, siyasi partiler, kişiler, yani kimi bulursanız gidin. HSYK üyeleri, hatta MİT'e de gidebilirsiniz, başka yerlere de gidebilirsiniz. Bir de YİMER diye yabancılarla ilgili bir şey açıldı, oraya da başvurabilirsiniz. Bununla ilgili insanlar şunu düşünüyor: Ben adliyeye gitsem dilekçe versem, zaten dilekçem okunmayacak, atacaklar bir tarafa. En iyisi ben bunlara gidip, önce burada gerekli görüşmeleri sağlayayım, ondan sonra adliyeye dilekçemi veririm. Anlayışımız değişti, artık hukuk dışında başka şeyler yapıyoruz.

Gözaltı süresi sabah çok anlatıldı, 30 gün “30 günü geçemez” deniliyor. Ama buradaki uygulamadaki sıkıntı şu: 30 günlük sürenin gerekli olmamasına rağmen bu sürenin sonuna kadar kullanıldığı olaylar var. 27-28-29 günlük sürelerde kişiler hakim huzuruna çıkarılıyor. Kısa da diyebilirsiniz bu süreye çok

UĞUR ALTUN'UN  
KONUŞMASI

sorun değil, ama uygulama şekli yanlış. Anayasanın 19.maddesinde de bu sürelerin uzatılabileceği söylenmiş, ama ne kadar uzatılacak?

Yine CMK'da da bu konuya ilişkin, 91.maddede 24 saat ve 4 günlük süreler var. Toplu suçlarda 4 günlük süre var, en fazla 4 güne kadar uzatılabiliyor. Bir de kolluğa tanınmış mülki amirce... Daha sonra eklendi, yeni yürürlüğe giren bir hüküm. Kolluğa tanınmış bir hüküm; 24 saat ve 48 saat toplu suçlarda. Eğer bu süreler içerisinde bırakılmazsa, kişi Cumhuriyet Savcılığına. Onlarda da 48 saat ve 4 gün şeklinde.

Sabah üzerinde çok duruldu, Lawless/ İrlanda kararından, İHAM bu kararlarda olağanüstü hal kararlarını sözleşmeye aykırı görmemiş. Ancak Aksoy Türkiye kararında 14 günlük süreyi ihlal olarak kabul etmiştir. Sakık ve diğerleri kararında da, yine 12 ve 14 günlük süreleri ihlal olarak görmüştür. Hatta burada ilginçlik de şu: "Terör suçlarının soruşturmasına ilişkin olsa bile" demiş. Yine AİHM Brogan ve diğerleri Birleşik Krallık davasında da, 4 gün 6 saatlik gözaltı süresini "teröre karşı toplumu koruma maksadı taşısa bile" diyerek bu süreyi gerekli görmemiştir. Burada 4 gün 6 saat. AİHM şunu istiyor. Her somut olay ayrı ayrı değerlendirilsin, her somut olayda delillerin toplanmasındaki güçlük ve sanık sayısının çokluğu dikkate alınsın.

Gözaltına almada oranlılık ilkesine uyuluyor mu? Bizde de var, 91.maddenin 2.fıkrasında. Gözaltına alma, bu tedbirin soruşturma yönünden zorunlu olmasına ve kişinin bu suçu işlediği şüphesini gösteren somut delillerin olmasına bağlıdır.

Gözaltında yaşanan hukuka aykırılıklardan bahsetmek istiyorum. Bu kişiler genellikle spor salonlarında tutuluyor. İlginçtir, mülteciler ve sığınmacılar için inşa edilen geri gönderme merkezlerinde de bu kişiler tutulmakta şu anda. Yine dışarıdan gelen yiyecekler kabul edilmemekte, beslenme konusunda aynı yiyecekler ve genellikle fastfood türü yiyecekler verilmekte. Bazen su verilmemekte, tıraş olma banyo gibi imkânlar çok kısıtlı. Bir de herkesin bildiği gibi, ilk dönemde Youtube



görüntülerinde olduğu gibi işkence iddiaları; ters kelepçe gibi iddialar var.

Gözaltında avukata erişim: Burada 5 gün süreyle Cumhuriyet Savcılığı tarafından kısıtlama getirilebiliyor. Şimdi 5 gün az da görülebilir bu dönem için. Bana göre OHAL de olsa bu süre uzun, ama şu var. 5 günde de bu kişiler müdafii ile görüşemiyor. Bu gibi durumlarda Cumhuriyet Savcısına erişme şansınız hiç yok. Cumhuriyet savcısını artık göremiyorsunuz. Özellikle şu an Ankara'da Cumhuriyet Savcıları ile görüşmeniz mümkün değil. Bir ön büro açılmış. Bu ön büroya dilekçenizi veriyorsunuz akıbetini soruyorsunuz, "soruşturma gizli, söyleyemeyiz." Kendi müvekkilinizle ilgili diyorsunuz ki, "bizim müvekkilin arama tutanaklarını istiyorum", "hayır olmaz, aramayı veremeyiz, sadece beyanını verebiliriz." Hani sanığa ilişkin konularda evrakları görebilirdiniz? Buradaki gözaltı süresiyle ilgili itiraz etme şansınız hiç yok. Oysa gözaltı işlemi itiraza tabidir... Ama kimseyi göremezsiniz, kimseye itiraz edemezsiniz.

Hukuka aykırı tutuklamalar, hepimizin bildiği gibi burada tamamen karineler üzerine yapılıyor. İşte şüpheli ve çocuklarının gittiği okullar, geçmişte kaldığı öğrenci yurtları, kendilerinin gittiği okullar, belli bankada hesabı var mı yok mu, bylock kullanmış mı? Şöyle bir tutuklama gördüm ben. Bylock kullanıcısıyla birden fazla görüşmesi olması, tutuklama bu; bylock kullanıcısıyla birden fazla görüşmesinin olması.

Yine bu tutuklamalarda şablon gerekçeler. İşte klasik suçun ismi, TCK 309, 311, 314/2, suçun vasfı mahiyeti, delil durumu. Klasik bunlar. Biraz önce bahsettim, sulh ceza hâkimlerinin büyük bölümü genç ve tecrübesiz. Kararlarda yine kuvvetli suç şüphesi oluşturacak olaylar ve olgulara hiçbir şekilde yer verilmiyor. Bu durumda haliyle Ceza Muhakemesi Kanununun 101/2, 34. maddesine aykırı. Çünkü burada hakimlerin tutuklama ve devamına ilişkin kararlarında hukuki ve fiili sebepleri göstermesi mutlak surette zorunludur.

UĞUR ALTUN'UN  
KONUŞMASI

Yine Anayasamızın 141/3 maddesinde bütün kararların gerekçeli olması gerektiği belirtilmiş. AİHM'in de birçok kararında, özellikle bizi ilgilendiren Mitap, Müftüoğlu, Mansur Türkiye davalarında, suçların niteliği belirtilerek ve tutukluluk süresi vurgulanıp, soyut inceleme yapılması sözleşmenin ihlali olarak değerlendirilmiştir.

Şimdi tutuklamalarda şöyle de bir sıkıntı var. 50 kişi birden tutuklamaya sevk ediliyor, 50'siyle ilgili bir karar çıkıyor, bireyselleştirme yapılmıyor. Yani şu şu eylemi yaptığı için tutuklandı, bu bu eylemi yaptığı için serbest bırakıldı yok. Tamamına aynı şeyler, şunlar şunlar serbest bırakıldı, -gerçi serbest bırakılan birkaç kişi- şunlar şunlar tutuklandı. Yine, tutuklamaya yapılan itirazların sonuçları tebliğ edilmiyor; ne müvekkilinize, ne size. Normal olarak müdafii varken tebligatın vekile yapılması gerekir. Vekillerin ismi UYAP'a dahi kayıt edilmiyor. Biz bunu sorduğumuzda, neden kaydetmiyorsunuz? "Zaten göremezsiniz dosyayı, soruşturma gizli" yani bize söylenen cevap bu. Tutanak tutarsanız, istediğiniz kadar tutanak tutun, tutanak elinizde kalır hiçbir işlem yapamazsınız bu dönemde.

**SALONDAN-** (Mikrofonsuz konuşuyor)

**Av. Uğur ALTUN (TBB İnsan Hakları Merkezi Yürütme Kurulu Üyesi)-**Şanslısınız, en azından karar gelmiş.

**Av. Cumhur ARIKAN (Oturum Başkanı)-** İncelenmese bile karar gelmiş, evet öyle anlaşılıyor.

**SALONDAN-** (Mikrofonsuz konuşuyor)

**Av. Uğur ALTUN (TBB İnsan Hakları Merkezi Yürütme Kurulu Üyesi)-** Av. Uğur ALTUN (TBB İnsan Hakları Merkezi Yürütme Kurulu Üyesi)- 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 6.maddesinin 1.fıkrasının 1 bendi, tutuklamanın dosya üzerinde karara bağlanması. Bir ölçüde makul görünebilir, tutukluluğunun incelenmesi. Ama 668 sayılı Kararnamenin 3.maddesinin 1/ç bendi tam bir fiyasko, “tahliye talepleri en geç 30’ar günlük sürelerle tutukluluğun incelenmesiyle birlikte dosya üzerinde karara bağlanıyor.”

Ne olur bu? Dilekçenizi veriyorsunuz cumhuriyet savcılığına. Verdiniz dilekçeyi, cumhuriyet savcılığı dilekçenizi bekletiyor ve daha sonra dilekçeniz tutukluluğun gözden geçirilmesi ile birlikte Sulh Ceza Hakimine gönderiliyor. Tutukluluğun devamına ilişkin kararda sizin müdafii olarak isminiz hiç geçmiyor. Avukat yok, yani yok sayılmışsınız. Veriyorsunuz dilekçenizi, dilekçenize hiçbir cevap gelmiyor ve sadece şüpheli isimleri alt alta yazılıyor, “şu kişilerin tutuklama itirazı” deniliyor, altta da tutuklamanın reddi tutukluluk halinin devamı şeklinde kararlar veriliyor.

Yine ses ve görüntü bilişim sistemleriyle ilgili de sıkıntı var. Özellikle Ankara’daki yapılan sorgular SEGBİS sistemiyle yapıldı. Şu anda halen kayıtları çözülmüş değil, kimseye de verilmemiş ve hiç kimse de alamamış. Alanlar var mı bilmiyorum; çünkü farklı farklı savcılardan bu çözümleri temin etmiş olanlar belki vardır.

FORUM SEGBİS sistemine ilişkin AİHM Marcelo Viola/İtalya kararında, Bir mafya liderinin yargılanmasında, yaşam hakkı ön planda olduğu için öyle bir risk var, o yüzden sistemi hukuka uygun görerek ihlal kararı vermemiş. Ancak Sakhnovskiy/Rusya kararında ise demiş ki, "sanığın bütün salonu görme olanağı yok ve bu nedenle ihlal söz konusudur."

Bizde nasıl? Sesi duyamıyorsunuz, soru soramıyorsunuz cızırtı geliyor. Soru sormak istiyorsunuz., "zaten gitti avukat bey gerek yok, biz zaten bilahare..." bir daha mümkün değil o kişiyle görüşemezsiniz. Burada SEGBİS'le ilgili sorgular bana göre tamamen hukuk dışı, hukukla hiç bir ilgisi yok. İHAS 6.maddenin 3.fıkrasının c bendindeki avukata erişim hakkına aykırı. Bizim Anayasa Mahkemesinin de kararı var bu konuda. Erdal Korkmaz ve diğerleri davasında bir kararı var. Bu kararda mahkeme Sakhnovskiy/ Rusya kararını görmezden gelip, sadece Marcello Viola/İtalya kararını gerekçesine koymuş ve SEGBİS sistemi üzerinde tutukluluk incelemesi yapılması işlemini "hukuka uygun" bularak ihlal olmadığı şeklinde bir karar vermiştir. Burada mahkeme tutukluluğun gözden geçirilmesini SEGBİS sistemi üzerinden yapmış ve kişilerin tutukluluğunun devamına karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi bu durumu hukuka uygun olarak görmüştür.

**SALONDAN-** (Mikrofonsuz konuşuyor)

**Av. Uğur ALTUN (TBB İnsan Hakları Merkezi Yürütme Kurulu Üyesi)-** Evet, onları da gözetmiş, ama buna rağmen "bir şey yok" demiş, çünkü "beyanı hukuka uygun alındı" demiş. O karar sadece bununla ilgili değildi, kişinin avukatı da yok tutukluluk incelemesinde.

**Prof. Dr. Durmuş TEZCAN (TBB İnsan Hakları Merkezi Yürütme Kurulu Üyesi)-** Pardon salondaki monotonluğu bozmak için...

**Av. Uğur ALTUN (TBB İnsan Hakları Merkezi Yürütme Kurulu Üyesi)-** Buyurun Hocam, zaten şey yok. Benimki uygulama ilgili olduğu içi söz alabilirsiniz.

**Prof. Dr. Durmuş TEZCAN (TBB İnsan Hakları Merkezi Yürütme Kurulu Üyesi)-** Teşekkür ederim Uğur Bey. Öncelikle vurgulamak isterim ki, Uğur Altun Bey gerçekten çok çalışkan, çok ciddi bir meslektaşımız. Ben insan hakları alanında gösterdiği performansı yakından izleyen birisiyim. Şimdi birkaç hususta bazı açıklamalarda bulunmak istiyorum.

Uğur Beyin konuşmasının son kısmında SEGBİS konusu dediği konuya, belki daha anlaşılması için resmi kısaltması yerine telekonferans diyebiliriz. Aslında yol veya sevk tutuklamasıyla ilgili olarak bu konuda CMK madde 94/2'de yapılan değişikliğin yasaya girmesini Adalet Bakanlığına tavsiye eden kişilerden biri de benim. Sebebi şu: Bildiğiniz üzere kişilerin yakalama emri üzerine yakalandığı yer sulh ceza hâkiminin verdiği sevk tutuklaması kararının gereğini hemen yerine getirmeksizin, haftalarca yakalandığı yer tutukevinde tutulup mağdur edilmesi ve hele sonra da yakalama emrini veren yerdeki hâkimin ifadesini alıp serbest bırakması olayları çok yaşanmaya başlanmıştı. Ve de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Türkiye'ye 5.maddeden mahkûmiyet kararları vermeye başladı. CMK madde 94/2'de yapılan değişiklik öncesinde Yargıtay, bunu aşmak için, bu tür durumlar CMK 141 ve devamındaki tazminat kapsamı içinde belirtilmemiş olmasına rağmen, sanık lehine kıyas yoluyla bu maddelerden tazminat vermeye başlamıştı. Çünkü AİHM'in mahkûmiyet kararları nedeniyle "ceza muhakemesi hukuku kuralları bakımından, sanık ve hükümlü lehine kıyas mümkündür" görüşünden hareketle bu çözümü üretti. Örneğin bir davada Aydın Sulh Ceza Hâkimliği'nden verilmiş bir yakalama emri üzerine yakalandığı İzmir'de çıkarıldığı Sulh Ceza Hâkimliğinden verilmiş sevk tutuklaması kararını 100 km'lik mesafedeki Aydın'a götürmek yerine İzmir Tutukevinde günlerce tutuktan sonra Aydın'a sevki olayında, sanığın başvurusu üzerine tazminat kararları vermeye başlamıştı. Bu konuda telekonferans zorunluluğu getirilmesi yararlı olmuştur.

Ama Yargıtay 1.Ceza Dairesi başta olmak üzere birçok daire, sanığı duruşmaya getirmek yerine tutukevinden SEGBİS'le

FORUM

dinlenmesi gibi uygulamalardaki aşırılıklara karşı çıkıyor. Zaten Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 210.maddesinde, olayın delili, tek bir tanığın açıklamalarından ibaret ise, bu tanığın duruşmada mutlaka dinlenmesi mecburiyetine yer verilmiştir. Bir başka deyişle SEGBİS uygulamaları genel olmamalı "yüz yüzelik kuralı" zorlanmamalıdır. Zira Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, bütün bu istinabe işleri için şunu söyler. Der ki, "bir duruşmada normal olarak bulunacak kişilerin, silahların eşitliği ilkesi gereğince (AİHS m.6/3), böyle bir istinabe duruşmasında da, hazır bulunması gerekir." Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Türkiye'yle ilgili birçok kararda, müdafî vs. hazır bulunmaksızın istinabe yoluyla alınıp, dava duruşmasında okunarak sanık müdafîne veya mağdur vekiline görüşü sorularak sadece yanıtlarının alınmasını yeterli bulmuyor, silahların eşitliği ilkesinin sağlanmadığı sonucuna varıyor.

Bu söylediklerimiz olağan dönemler için, hele şimdi Sayın Uğur Altun'un anlattığı olaylar ise, baştan sona olağanüstü hal kararlarıyla ilgili. Bu konular, mazeret üretilen konular değil. Belirttiği kararların hepsi, -işte Aksoy-Türkiye kararı, HEP milletvekilleriyle ilgili Sakık ve diğerleri kararı vs.- şunu ortaya koyuyor: Kısıtlamaya gidilebilen haklarda dahi AİHM, bunun orantılı olması gerektiğini vurguluyor. Türkiye'yle ve olağanüstü hal bölgesiyle ilgili geçmişte verilmiş birçok AİHM kararı var. Ama her defasında AİHM, sözleşmede kısıtlamaya gidilebilen haklarda evet kısıtlamaya gidilebilir, fakat bunun zorunlulukla orantılı bir kısıtlama olması gerekir diyor.

Bakın, biz Ceza Muhakemesi Kanununun 91/3.maddesine, geçmişte yaşanan olaylardan dolayı koyduğumuz bir hüküm vardı. "Toplu suçlarda birer gün, en fazla dört güne kadar uzatılabilir" diye, savcının yazılı izniyle. Bunu niye koymuştuk? Çünkü birçok davada AİHM'den mahkûmiyet kararı çıkmıştı. O nedenle şimdi olağanüstü halde bile, 668 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 3.maddesinde sayılan şıklardan en başında gelen, 30 güne kadar savcı emriyle gözaltına alınabilme durumuna yasadaki toplu suçlardaki ilkeyi uygulamamız gerekir. Şayet koşulları varsa, bunları her defasında savcı birer

günlük uzatma ve hangi iş için verdiğinin dosyada açık açık belirlenmiş olması gerekir. Bu olmadığı takdirde, bu konularda ileride AİHM'den 5.madde açısından mahkûmiyet kararları çıkması çok muhtemeldir. Yani kesin mahkûmiyet kararları çıkar demeyeyim, yine de bir soru işareti bırakalım.

Bu nedenle olağanüstü durumdan kaynaklanan zorunluluklardan getirilen hükümleri iyi uygulamalarla olumlu bir şekle sokmak mümkündür. Buna uygulamacıların da dikkat etmesi gerekir. Belki avukat arkadaşlarımızın sözlü ve yazılı savunmalarında, olağanüstü hal uygulamalarıyla ilgili Aksoy kararı ve Sakık kararı gibi kararlara atıf yaparak özgürlüğü kısıtlayan süreleri olayın özellikleriyle orantılı uygulamak gerektiğini dile getirmeleri yararlı olacaktır. Nitekim İngiltere'de de gözaltı süreleri yasayla uzatıldı ama her defasında orada hâkim kararıyla gözaltı süreleri birer gün uzatılıyor. Bunlara dikkat etmek gerekir.

Ben ufak bir açıklamada bulundum.

**Av. Uğur ALTUN (TBB İnsan Hakları Merkezi Yürütme Kurulu Üyesi)-** Durmuş Hocama teşekkür ediyoruz. Fahrettin Bey sizin de sanırım...

**Fahrettin DEMİRAĞ (Askeri Yargıtay Onursal Başkanı)-** Aşağı yukarı öyle denilebilir. Durmuş Hocam eksik olmasın, ceza muhakemesi kurumlarını çok iyi bilen bir dostum. Konuyu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararları ışığında da ele alıp açıkladı.

Durmuş Beyin söylediğine ilave olarak şunları söylemek istiyorum. AİHM gerek gözaltı sürelerinin uzatılması koşullarını, her bir birey açısından, somut davanın koşullarını dikkate alarak incelemektedir. Eğer somut olayda acil halin gerektirdiği bir durum söz konusu olmaksızın yasal süre aşılmış ise, AİHM ihlal kararı veriyor. Ben avukat arkadaşlarıma, meslektaşlarıma şunu söylemek isterim. Arkadaşlar, gözaltı süresi, yakalama tarihinden başlar. Bunu ve gözaltına alma koşullarını iyi bilelim. AİHM, gözaltında makul süreyi ve bu sürenin aşılıp

FORUM

aşılmadığını belirlerken sanık sayısı ve delillerin karmaşıklığı ile süreç içerisinde ne tür işlemlerin yapıldığına bakıyor. Müdafinin de bu hususlara dikkat etmesi, dosyayı bu yönden iyi incelemesi lazım. Hiçbir işlem yapılmadan 30 gün süreyle kişi gözaltında tutuluyorsa, AİHS m. 5/3'ün ihlal edildiğini kesin olarak söyleyebiliriz. AİHM, de bu gibi durumlarda ihlal kararı vermektedir. Bu konuda hiç tereddüdümüz olmasın.

**Prof. Dr. Durmuş TEZCAN (TBB İnsan Hakları Merkezi Yürütme Kurulu Üyesi)-** Çok özür dilerim, bir şeyi gözden kaçırdım söylemeyi unuttum. Bakın, benim İnsan Hakları Mahkemesinde Türkiye'nin avukatı olduğum dönemde, 5.maddeden mahkûmiyet kararı almadığımız birçok davada, sorun avukatların bir bilgi eksikliğinden kaynaklanıyordu. O da şuydu: Uzun gözaltı süresiyle ilgili 5.maddeyle ilgili müracaatları dava sonunda yapıyorlardı. Oysa dört günü aşan sürelerle ilgili, sözgelimi bir dönem 30 gün, bir dönem 15 gün, 10 gün vesaire gibi bu sürelerin bitiminden itibaren iç hukukta bu konuda bir başvuru yolu olmadığından gözaltının bitmesinden itibaren Sakık vd kararında olduğu gibi, konunun beklemeksizin doğrudan AİHM'e götürülmesi gerekiyordu.

Gerçi bugün o koşullar yumuşatılabilir. Biraz önce söylediğim gibi, değişiklik öncesi CMK 94/2'yle ilgili Yargıtay'ın CMK m. 141'e göre koruma tedbirlerine aykırılık nedeniyle kıyas yoluyla verdiği tazminat kararları, olağanüstü hal nedeniyle otuz güne kadar gözaltı uygulamalarında ilham kaynağı olabilir. Şöyle ki bir somut olayda otuz güne varan ölçsüz bir gözaltı uygulaması iddiasına dayalı bir tazminat davası açıldığında, Yargıtay'ın koruma tedbirlerine aykırılık nedeniyle kıyas yoluyla verdiği tazminat kararları bu tür davalarda da kullanılabilir. Zira AİHM, olağan üstü hal döneminde bile dört günü aşan gözaltı süreleri için somut olayda ölçülülüğün bulunup bulunmadığını araştırarak gözaltı süresinin makul bir süre olmadığı sonucuna varırsa mahkûmiyet kararı verebilir. AİHM kararlarında "Senin ülkende yeteri kadar hâkim ve savcının bulunmaması mazeret değildir. Gözaltına aldığın kişileri hâkim ve savcı azlığı nedeniyle gözaltında bekletmen mazeret



sayılmaz” diyor. Bir başka deyişle, olağanüstü halden kaynaklanan somut ve öngörülemeyen ihtiyaçlar olması halinde örneğin özgürlük ve güvenlik hakkında sınırlamaya izin verilebilir. Bunlar kanıtlanamazsa, sözleşmedeki süreler ihlal edilmiş sayılır. Dolayısıyla 5.maddenin ihlalinden dava açmak mümkün hale gelir. Aynı durum 668 sayılı KHK'nin 3.maddesindeki tutuklama kararlarının dosya üzerinden duruşma yapmadan karara bağlanması konusu da 27/11/2008 tarihli Salduz-Türkiye kararına aykırı olur.

Burada son bir konuya değineceğim. Hep ben konuşur bir duruma geliyorum, ama bir şeyin özellikle altını çiziceğim. Bugün sabahleyin birkaç konuşmada geçti. Ben Haziran ayında bir ara avukatlara verilen eğitimde de söylemiştim. Çünkü 26 Haziran 2016 tarihinde Macaristan'la ilgili olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Dairesi bir karar verdi. Macaristan Yüksek Mahkemesi Başkanının görevinin sona erdirilmesiyle ilgili olarak verdiği Baka Macaristan kararında; 6.maddenin 1.fıkrasının, yani bir yargı yerine başvurma hakkının ihlal edilmiş olmasını öncelikle ele aldı. Diğer taraftan da anayasada hâkimlerle ilgili çıkartılmak istenen düzenlemeler konusunda yazılı sözlü basında bu yüksek mahkeme başkanının yaptığı konuşmaların da, hâkimin bağımsızlığı ve tarafsızlığıyla bağdaşmadığı iddiasının doğru olmadığına, bu yönden de düşünceyi açıklama özgürlüğüyle bağdaşmadığından bahisle hakkında verilen kararı, 10.maddenin de ihlali sayarak Macaristan'ı yüz bin Euro tazminata, ayrıca dava giderlerine mahkûm etmiştir.

Buradan şunu söylemek istiyorum. Çok sayıda görevlerine son verilen hâkim savcı vesairenin durumunda bu Baka-Macaristan kararını çok iyi irdelemek, olağanüstü hal döneminde de olsa hâkimlerle ilgili kurallar açısından değerlendirmek faydalı olur düşüncesiyle, bu kararın da altını çizerek sözlerimi burada sona erdiriyorum.

Teşekkür ederim.

FORUM

**Fahrettin DEMİRAĞ (Askeri Yargıtay Onursal Başkanı)-** Adil yargılanma hakkı bağlamında, sesli ve görüntülü iletişim tekniğiyle sorgu konusunda da bir noktaya işaret etmek istiyorum.

Bu sistem yani sanığın sorgusunun SEGBİS suretiyle tespiti, aslında istinabe suretiyle sorgu yapmanın sakıncalarını ortadan kaldırmak amacıyla kabul edilmiştir. Ceza yargılamasında asıl olan yüze karşılıktır ve çelişmeli yargıdır. Bununla birlikte yasal engel olmayan durumlarda sanığın sorgusunun tespitinde, tanık ve bilirkişi dinlenmesinde, keşif yapılmasında istinabeye başvurulmaktadır. Bu durumda istinabe olunan mahkeme, yargılamanın çelişmeli olmasını sağlamak, AİHS m. 6/3 uyarınca, sanığın tanıklara soru sorma imkanı tanımak zorundadır. Halbuki ülkemizde, istinabe olunan mahkemeler, çoğunlukla, duruşma gününden sanık ve müdafii ni haberdar etmeksizin tanık veya bilirkişi dinlemekte ve böylece sanığın, iddia tanıklarına soru sormak hakkı ihlal edilmektedir. Bu gibi durumlarda AİHM, Sözleşmenin 6/3-d maddesinin ihlal edildiğine karar vermektedir. İşte SEGBİS, istinabe suretiyle tanık dinlenilmesinde ortaya çıkan sakıncayı gidermek amacıyla kabul edilmiştir. Dolayısıyla SEGBİS suretiyle tanık dinlenilmesinde sanık, tanığın sesini duyabildiği, kim olduğunu bildiği, görüntüsünü tam olarak görebildiği ve tanığa soru sorabildiği sürece sorun yoktur. Asıl sorun, sanığın sorgusunun SEGBİS suretiyle tespitinde ortaya çıkmaktadır.

İlk sorun, SEGBİS suretiyle sanığın sorgusu tespit edilirken müdafii n bulunacağı yer konusunda ortaya çıkmaktadır. Müdafii nerede bulunacak? Sanığın yanında mı, hâkimin yanında mı? Ceza yargılamasında müdafii n görevi, sanığa savunmasında yardımcı olmaktır. Ama bunu nasıl yapacak? Bir kere hâkimi yaptığı savunmaya inandırması, onu ikna etmesi lazımdır. Hâkimin yanında olmayan onunla göz temasında bulunmayan bir müdafii nin, yaptığı savunmanın doğruluğuna onu inandırması, ikna etmesi son derece zordur. Diğer taraftan sanığın yanında bulunmayan müdafii, onun savunmasına nasıl yardım yapacaktır? Sonuçta sorgu sırasında sanıkla görüşme

imkanı olmayan bir avukatın yapacağı yardım son derece kısıtlı olacaktır. Dolayısıyla SEGBİS çok acil ve zorunlu durumlarda kullanılmalıdır.

Esasen, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, duruşma salonunun tamamının görülemediği hallerde, yapılan sesli ve görüntülü iletişim tekniğinin kullanılmasını açık yargılama hakkına aykırı bulmaktadır; öte yandan SEGBİS kullanılmasında zorunluluk bulunmalıdır. Zorunluluk bulunmadığı halde, SEGBİS yöntemine başvurmak da açıklık kuralının ihlali olarak değerlendirilmektedir.

Bu konuda, yani yargılamanın yüze karşılığı ilkesiyle bağdaşmayan bir başka noktaya daha dikkat çekmek istiyorum. Yeni çıkarılan 674 sayılı KHK'nin 16 ncı maddesi ile 5275 sayılı CGTİK'nın 92 nci maddesinin 1. fıkrasına eklenen bir cümle ile söz konusu Kanunun 9 uncu maddesinin 2. fıkrasında yazılı suçlardan dolayı hükümlü ve tutuklu bulunanların, toplumun güvenliğini tehlikeye düşürebileceği, örgütsel amaçlı haberleşmeye imkan sağlayabileceği, yol ve kalınacak infaz kurumu açısından sakınca bulunduğu değerlendirildiği takdirde, kurum dışına çıkmaları Cumhuriyet savcılığı tarafından kısıtlanabileceği şeklinde bir düzenleme yapıldı. Bu kural, geniş yoruma müsait olup tutukluya isnat olunan suç, 5275 sayılı Kanunun 9/2 nci maddesinde sayılanlardan ise, bu sanık hakkında yüze karşı yargılama yapılamayacak demektir. Cumhuriyet savcılarımızın bu kuralın uygulanmasında tehlike değerlendirmesini yaparken titiz davranmaları gerekir. Güvenlik gerekçesiyle yok yere yüze karşılık ilkesinden vazgeçilmemelidir.

Teşekkür ediyorum.

**Av. Cumhur ARIKAN (Oturum Başkanı)-** Biz de teşekkür ediyoruz. Buyurun Sayın Özmen. Bu forum şeklinde olduğu için, sizler de lütfen araya girin. Buyurun Sayın Özmen.

**Av. Münci ÖZMEN (TBB İnsan Hakları Merkezi Yürütme Kurulu Üyesi)-** Teşekkür ederim. Konu Avrupa İnsan Hakları

FORUM Mahkemesinden açılmışken, sığağı sığağına ben de bir-iki şey söylemek istiyorum fazla uzatmadan.

1991'den günümüze kadar insan hakları alanında ne kadar iyileştirme yapılmışsa, CMUK'la başladı, daha önce Sıkıyönetim Kanununda bir değişiklik yapıldı. Ondan sonra CMUK değişikliği, ondan sonra bir dizi değişiklikler. Anayasada yapılan değişiklikler de buna dahil. Bütün insan hakları alanında yapılan iyileştirmelerin temelinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ihlal kararları yatar. Ve ne kadar eskiye dönüşle karşı karşıya isek, o kadar eski Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ihlal kararlarıyla kucak kucağa oluyoruz demektir. Bugün o eski Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ihlal kararları, tekrar edecek demektir.

Şimdi bunun biz avukatlar için önemi var diye düşünüyorum, siyasi iktidar için önemi olmayabilir. Ama muhakkak ki siyasi iktidar da bu durumu biliyordur. Yani her geriye gidişin, yeni bir Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ihlal kararıyla sonuçlanacağını muhakkak siyasi iktidar ve siyasi yetkililer de biliyordur.

Şimdi OHAL kanun hükmündeki kararnamelerinin ne kadar çok, ne kadar engin ihlal yarattığı ortada. Saya saya bitiremiyoruz ve daha saymadıklarımız da var. 90'lı yıllarda 424, 425 ve 430 sayılı kanun hükmündeki kararnamelere dayanarak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ifade özgürlüğü, toplanma ve dernek özgürlüğü, adil yargılanma hakkı, mülkiyet hakkı vesaire gibi birtakım askıya alınabilecek ne kadar hak varsa, o dönemde 424, 425 ve 430 sayılı kanun hükmündeki kararnameler ileri sürülerek -bu önemli- sadece bu kararnameler ileri sürülerek belirli süreler için, işte üç ayda bir yenilenerek ve belirli iller için bugünkü gibi bütün Türkiye'yi kapsayacak genişlikte değildi, belirli iller için Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ilgili maddeleri askıya alınmıştı.

Fakat bugün çok isabetle askıya alınma bildirimine ve iradesine rağmen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ihlal kararı verdiği yani askı kapsamına giren konularda bile ihlal kara-

rı verdiği söylendi. İşte en önemlisi Aksoy kararı 1996 tarihli, DEP milletvekillerinin gözaltına alınmasıyla ilgili karar vesaire. Dört tanedir bunlar. Sonra Yurttaş Türkiye kararı ve Abdülsamet Yaman kararı. Bütün bunlarda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi şuna baktı, bugün de ona bakacak. Kapsamı nedir? OHAL'in kapsamı nedir bütün Türkiye'de? Süresi nedir? O belli. Peki, hangi mevzuat nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ilgili maddeleri askıya alındı? Bu belli değil. 90'lı yıllardaki askıya almadan, bugünkü askıya alma karşılaştırıldığı zaman, aradaki en önemli fark bu.

İller bazında bugün Türkiye genelinde filan, o çok önemli bir fark değil benim görüşüme göre, ama en önemli fark hangi mevzuat OHAL kapsamındadır? Bu belli değil. Bu belirsizliğe değerli meslektaşlarımın dikkatini çekmek isterim. Bu önemli bir eksiklik. Söylemek istediğim birinci şey bu.

İkinci husus, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, hükümetin bir bireysel başvuruda OHAL itirazı ya da defi ile karşılaştığı zaman bakacağı şey şu; bu içtihatlarında belli. Türkiye'yle ilgili içtihatlarında da bu ortaya konuldu. Olağanüstü halin kesin olarak gerekli kıldığı bir ihtiyaç kanıtlanıyor mu? Kanıt sorunu. Yani bugün 30 gün gözaltından söz ediyoruz, tutukluluğun incelenmesinin dosya üzerinden yapılacağından söz ediyoruz. Bir sürü geriye gidiş, bir sürü hak ve özgürlüklerin kısıtlanması. Bütün bunlar için hükümetin ilan ettiği OHAL'in, kesin olarak bu kısıtlamayı gerektirdiğini kanıtlaması gerekiyor. Örnek, 30 günlük gözaltı süresinin kesin olarak bir ihtiyaç olduğunu, gerekli olduğunu kanıtlaması gerekiyor. Ne bileyim, tutukluluk incelenirken bunun dosya üzerinden yapılması bir an için birçoğumuza makul gelebilir, ama "hayır bu makul değildir" dersek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine, o zaman bunun karşısında hükümetin, bunun makul olduğunu değil, bunun kesin bir zorunluluk olduğunu kanıtlaması beklenir. Bu noktaya dikkatinizi çekmek isterim.

Bu altını çizmeye çalıştığım husus, geçtiğimiz Ekim ayında Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserinin raporunda da yer alıyor. İnsan Hakları Komiseri -komiser diye çeviriyoruz-

FORUM

insan hakları yetkilisi ya da görevlisi... Türkçesi yok bunun, komiser deyip geçiyoruz. Bu kişinin Ekim ayı başında yayınladığı raporda, bu hususun altı çiziliyor. Demek oluyor ki, -son sözümler- OHAL hükümetine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki hak ve özgürlükleri kısıtlamak için bir açık çek asla vermiyor.

Şimdilik bu kadar, teşekkür ederim.

**Av. Cumhur ARIKAN (Oturum Başkanı)-** Biz teşekkür ederiz. Buyurun Sayın Çulha.

**Av. Rifat ÇULHA (TBB Eğitim Merkezi Yürütme Kurulu Üyesi)-** Saat 10.01'den, 16.55'e kadar dikkatle, hem bu ülkede yaşayan bir yurttaş, hem de bir hukukçu gözüyle anlatılanları dinledim. Değerli bilim insanlarımız, uygulamanın içindeki meslektaşlarımız ve değerli katılımcıların anlatımları ve gerek ulusal gerekse uluslararası yargı yerlerinin örnek kararlarını dinledim. Benim bir görevim de, bugünkü şeyin resmîyeti, yani bir nevi tutanak tutmaktır.

Şunu gözledim. Bir defa Feridun Hocamın Berlin'den katıldığı konuşmasında ve görüşünde ileri sürdüğü, OHAL gibi olağanüstü düzenlemelerin hemen hemen kara Avrupa'sının birçok yerinde terör denilen bela karşısında var olduğunu ve devletlerin ve yasa koyucuların yürütmelerin yürütme organlarının özgürlük ve güvenlik kavramları arasında bir yeğleme tercih yapma noktasında oldukları ortaya çıktı.

Mukayeseli ülke anlatımlarından, Almanya İngiltere gibi terörün ucundan böyle biraz nasibini almış ülkeler, özgürlük hakkını güvenlik terazisine sanki biraz kuyumcu terazisi gibi biraz nefes veriyorlar gibi bir hal var. Bizim ülkemiz, güzel ülkeme gelince, güzel ülkemin bu konudaki deneyimlerini kronolojik biçimde değerli yargıcımız ve diğer hocalarımız Sayın Kanaoğlu da işin anayasal boyutlarıyla bir tarihsel gelişimini görüşümüzün önüne koydu bu anlatımlarla.

Şu hususlar ortaya çıktı, benim anladığım ve tespit edebildiğim kadarıyla. Bir defa şu sonuca vardım. "Benim ülkemdeki

yönetim biçimi devletin biçimi anayasal bir devlet mi? Yoksa anayasalı bir devlet mi?" sorusunu henüz tam anlamıyla çözmemiş bir devlet yönetimi olduğunu anladım. Anayasal bir devletle, anayasalı bir devlet arasındaki farkı burada anlatmam, bu kadar değerli anayasacıların da bulunduğu bir yerde abesle iştigal olur.

Ama benim vardığım sonuç odur ki, anayasalı bir devlet görünümünde olsak bile, yine yanılmıyorsam Sayın Kanadoğlu'nun konuşmasında, neticede yürütmenin -ki, anayasal bir devletin en önemli güvencelerinden- ve gereklerinden birisi olan yürütmeyi yerine getirenlerin, yürütme görevini ifa ettikleri o ülkede yaşayan kişilere karşı uygulanan kurallara, en az kendilerinin de uyma zorunluluğunu hissettikleri bir düzen olduğu duygusundan adamakıllı uzağa gittikleri, özgürlüklerin yok edildiği ve bunun ileride bir söz konusu yargılama sırasında görevi kötüye kullanma gibi bir ceza hukuku bağlamında bir suç atılmasıyla isnadıyla karşı karşıya gelebileceği kavramı ortaya çıktı.

Düzenlemelerin temelinde, sözleşmelere hem kendi anayasamızdaki sınırlamalara, hem de uluslararası sözleşmelerin sınırlarının açık bir şekilde çiğnendiği ortaya çıkıyor. Bir defa en önemli, bu kadar kararnamenin içinde sabahtan beri "oraya mı gidelim, buraya mı başvuralım, oradan sonra buradan kalkıp öğleden sonra hangi mahkemeye başvuralım?" tartışmalar arasında şu ortaya çıktı kesin. Mahkemeye erişim hakkı bu kararnamelerle maalesef hukuk güvenliğinin sağlanması için birinci koşul olan mahkemeye erişim hakkının bu kararnamelerle yok edildiği, ortadan kalktığı kanısına vardım. Bilmiyorum yanılıyor muyum?

İkincisi, Sayın Birlik Başkanımızın ve Sayın Besler'in açış konuşmalarında ve diğer konuşmacıların da satır aralarında ekledikleri tümcelerden şu sonuç ortaya çıktı. Bir ülkenin bağımsız yargısından söz edebilmek için, o ülkede savunmanın da bağımsız olması gerektiği. Her zaman söylenen bir kavramın, yine burada enteresan bir dönemde yinelenmesiyle karşı karşıyayız. Savunmamız bağımsız bir savunma olmaktan çıkmış



FORUM

durumda. Susturulmak istenen, koşulları zorlanarak savunma hakkı ki, vatandaşın kendini savunma hakkını engelleyerek, müdafinin veya vekilin hakkının engellenerek vatandaşın savunma ve dolayısıyla da denetim hakkının bir noktada elinden alındığı bir yasalmış gibi gözükür, aslında uzaktan yakından... Öğleden sonraki konuşmalardan da şu sonuç... Tabii teknik olarak varılabilir mi bilemiyorum, ama yok hükmündeki kararnamelerle şekil unsuru açısından sakat olduğu söylenmişti, yok hükmündeki birtakım düzenlemelerle bu işin de yürümediği ortaya çıktı.

Anayasanın ihlaline ilişkin kurallar açık. En basitinden yargı yerine diyor ki, yanılmıyorsam 40.maddenin 2.fıkrası bu yahut da ikinci cümlesi, "yargı yeri göstereceksin" diyor vatandaşa. Başını hangi duvara vuracağını, nereye vuracağını göstereceksin. Bu yok kararnamelerde, bu önemli. Savunma hakkının kısıtlanmasına gelince, savunma hakkının kısıtlanmasında, evet sürelerin artışı vesaire onca AHİM kararı onca yerel Anayasa Mahkemesinin arada bir patlattığı doğru kararlara rağmen engellendiği kesin.

Biraz önce SEGBİS dediğimiz, uzaktan kumanda beyan alma, elektronik aletle beyan almanın hukuka aykırı olduğunu değerli arkadaşım meslektaşım söyledi. Orada başka bir sıkıntı daha var. Bırakın bu kararname döneminde, kararnameden önce de biraz aynayı kendimize tutarak, kaç avukat kaç müdafiiyi istinabe yoluyla alınan tanık beyanları için A kentinden B kentine gitmeyi, yargılama yerine o yere yazılacak talimat yazısına "istinabe gününün tarafımıza da bildirilmesi" şeklinde bir istemde bulundu? Ben onu merak ediyorum. Yapanlar kuşkusuz vardır, onlar benim deyimimle görevlerini yerine getirmiştir. Diğerleri getirmemiş midir? Herhalde o gün yorgundular veyahut da CMK müdafiliği görevini yapıyorlarsa, ekonomik güçlükler nedeniyle yapmamış olabilirler.

Bugünkü toplantıdan çıkarttığımız sonuç, bilim insanlarının söylemine göre ülkenin olağanüstü bir çıkartılmış olan KHK gerekçesi yok, sınırı da yok. Süresi varmış gibi gözüküyor ama uygulama genele de yayılarak bir genişleme gösteriyor.



Ohalden sonra da devam edecek daimi kurallar getiriliyor. Bu vahim bir hukuki durum. Bunun sonuçları ileride nasıl telafi edilir -Bu sorun gerçekten hukuksal bir çözüme kavuşturulabilir mi?- AİHM kararlarını beklemek gerekir. Bunu halka anlatmak gerekir. Bir ülkede hukuk devletini koruyacak ve kollayacak iktidarlar darbe, kalkışma gibi anayasal olmayan yollardan değil ancak demokratik seçimlerle olabilir. Halk bunu göstermiştir.

Beni dinlediğiniz için de teşekkür ediyorum. (Alkışlar)

**Av. Cumhur ARIKAN (Oturum Başkanı)-** Buyurun Sayın Kadın. Sayın Aydın size de söz vereceğim.

**Av. Nuriye KADAN (TBB İnsan Hakları Merkezi Yürütme Kurulu Üyesi)-** Benim bir önerim olacak. Biz bu forumu yapma amacımız, aslında salonda herkesle birlikte soru-cevap yönünde, hem uygulamalardaki sorunlarımız, hem de gördüğüm kadarıyla değişik illerden de meslektaşlarımız var katılımcılar var. Aslında bunu daha böyle aktif bir hale getirebilir miyiz diye bir önerim olacak. Çünkü sabahtan beri hepimiz buradayız yorulduk gerçekten ve saat ilerledikçe de biraz daha yorgunluğumuz oluyor. Belki herkesin yaptığı birtakım uygulamalardan hem paylaşım yaparız, bir şeyler o anlamda da öğrenmiş oluruz, hem de aklımızdaki soruların da cevaplarını buluruz diye düşünüyorum.

Teşekkür ederim.

**Av. Cumhur ARIKAN (Oturum Başkanı)-** O zaman Sayın Taner'den izin alıyorum, Sayın Aydın'a söz veriyorum. Buyurun Sayın Murat Aydın.

**Av. Murat AYDIN (Trabzon Adliyesi-Hakim)-** Efendim sözlerimi tartarak ve dikkatle söylemeye çalışacağım. Mesleki sınırlarımı biliyorum, mesleki sınırlarımı aşmamaya çalışacağım. Hukuka olan inancımı hiçbir zaman yitirmedim, hâlâ da yitirmiş değilim. Bunu da gözetmeye çalışacağım, ama şu duyguya kapıldım sabahtan beri. "Biz haksızlığı ve hukuksuzluğu yaparız, en fazla giderler tazminat kazanırlar" diyen bir

FORUM anlayışa karşı, 8 yıl sonra o da belki gelecek AİHM'e umudu bağlamış durumdayız.

Peki, sabah Sayın Feyzioğlu'nun söylediği gibi, biz iki yıl içerisinde kendimizi Avrupa Konseyinden attırmayı başarırırsak gideceğimiz bir AİHM kalacak mı?

**Av. Cumhur ARIKAN (Oturum Başkanı)**- Ben de ondan korkuyorum.

**Murat AYDIN (Trabzon Adliyesi-Hâkim)**-Yine sabahtan beri tartışmalardan izlemeye çalıştığım, sanki bir mahkeme varmış, sanki ben hâkimmişim, sanki siz avukatmışsınız, sanki bir duruşma salonu varmış ve sanki hukuk hâlâ uygulanabiliyormuş gibi, hangi mahkemeye hangi süreyle başvuracağımızı tartışıyoruz. Elbette bunu tartışmalıyız her şeye rağmen.

Dediler ki, mahkeme yolunu göstermiyor kanun hükmünde kararname. Gösterdiğini kabul edelim, desin ki filan mahkemeye şu kadar süre içerisinde başvurabileceksiniz. Siz hiç her sabah adliyeye gidip, her öğlen o gün akşamüzeri çıkacak olan gözaltına alınacak hâkimler listesinde adınız var mı diye sorgulayıp, bu arada duruşma yaptınız mı? Bu anlayışla bu ruh haliyle çalışan bir mahkemenin mahkeme olduğu söylenebilir mi?

Yanında bir infaz koruma memurunun tam gözünün altında sesli ve görüntülü kayıt altında yapılan bir görüşmeden, müdafinin hukuki yardımından bahsedebilir miyiz? Evet, hukukla ilgili bütün yolları zorlamak zorundayız, bütün kanalları sonuna kadar çalıştırmak zorundayız. Ama artık anlaşılıyor ki, sorunu sadece mahkemelere başvurarak ve mahkemelerin olası kararlarına karşı üst yargı yollarına giderek çözemeyeceğiz. Çünkü daha önemli bir şeyi talep ediyoruz, hukukun kendisini talep etmek zorundayız. Bağımsız ve tarafsız bir mahkemeyi değil, bir mahkemeyi talep ediyoruz. Bir mahkemenin var olup olmadığını tartıştığımız bir noktadayız artık.

Bakın dün Olağanüstü Hal Kanunundan kaynaklanan yetkiyle pek çok dernek ve vakıf tekrar kapatıldı. Buna kapatıldı de-

miyorlar, “üç aylık faaliyetine son verildi” deniyor da. Tümü hakkında kapatma davası açılacak. Tümü hakkında açılacak kapatma davalarına bakması muhtemel hâkim arkadaşlarım dua ediyorlar, “inşallah bir tanesinin davası benim önüme gelmez” diye.

Değerli meslektaşlarım, hiç abartmadan söylüyorum. Hayatım boyunca hiç çok köşeli olan bir hukukçu olmadım. Her zaman hukuk zemininde tartışmanın önemine inandım, halâ da inanıyorum. Ama artık bu tartışmalarımızı, birbirimize olan farklılıklarımıza rağmen bir hukuk talebine eviremezsek bu işi ve bu talebi toplumun talebi haline getiremezsek -Rıfat Beyin söylediği- bu işin içerisinde çıkamayız. Bugün haksızlığa uğradığını düşünen bir kişinin, 8 yıl sonra gelecek AİHM kararına ihtiyacı yok. 8 yıl sonra gelecek AİHM kararı, bugün benim bazılarını çok yakından tanıdığım arkadaşlarımı çok da ilgilendirmiyor açıkçası. Bugün hâkimler ve cumhuriyet savcıları, bizi önce hâkim cumhuriyet savcısı ve avukat olarak parçalayıp, sonra da avukatları kendi içerisinde gruplara bölerek parçalayan anlayışın, artık kendisini hukukçu paydasıyla tanımlamasını ve bir dayanışma göstermesini, ama gerçekten bir dayanışma göstermesini bekliyorum.

Çünkü emin olun, böyle söylediğim zaman da belki bununla ilgili başka bir derdim mi var? Hayır. Emin olun, kanun hükmünde kararnamelerle ruhsatları iptal edilen avukatlarla karşılaşacağız. Kanun hükmündeki kararnamelerle kayyum atanan barolarla karşılaşacağız, kanun hükmünde kararnamelerle kapatılan mahkeme türleriyle karşılaşacağız. Bunları yaşayacağız. Ama dilerim ki, burada ortaya... Çünkü bu salonda bu kanun hükmünde kararnameleri hukuken tartışmanın... Evet, “bu kanun hükmünde kararnamenin şurası iyi olmuş” diyen bir meslektaş olduğunu görmedim sabahtan beri. Mutlaka bazı iyi yanları vardır bizim göremediğimiz, ama bunu görmedim duymadım.

O halde çözüme iki açıdan bakmak zorundayız. Bir, evet bilinen usullerle itirazlarla davalarla takiplerle çalışmak; iki, Türkiye Barolar Birliğinin, baroların ve hukuk kurumlarının, sivil

FORUM

toplum kuruluşlarının -ne kadar kaldıysa- bu konuda bağımsız ve tarafsız bir mahkemenin toplumsal bir ihtiyaç olduğunu topluma anlatabilmesini ve bu talebin toplumun talebi haline getirilmesine önderlik etmesi gerekir.

Bu önderlik, Barolar Birliğinin ve baroların tarihsel sorumluluğudur. Çünkü biz hâkimler ve cumhuriyet savcıları, bunu ancak bir avucumuzla yapabiliyoruz ve bu bir avucun yaptığı iş ancak bu kadar olabilecek durumdadır. Türkiye Barolar Birliği ve barolar, demokrat meslektaşlarım, eğer gerçekten bir mahkemede cübbe giymek istiyorlarsa, gerçekten bir mahkemeye muhatap olmak istiyorlarsa, önce mahkemelerin var olması gerektiğini talep etmeleridir.

Haddimi aştıysam özür diliyorum. Teşekkür ederim. (Alkışlar)

**Av. Cumhur ARIKAN (Oturum Başkanı)**- Sayın Suiçmez buyurun. Trabzon Barosu Başkanımız, buyurun.

**Av. Sibel SUIÇMEZ (Trabzon Barosu Başkanı)**-Tabii hâkim Murat Beyden sonra söz almak, hemen hemen benim söyleyeceğim birçok şeyi söyledi. Ancak görünen odur ki, artık bu hükümet sadece soruşturma aşamasını değil, kovuşturma aşamasına, devamında da infaz aşamasını bu duruşmaların tamamlamış durumda. Çok net, açık görüyoruz.

Dolayısıyla ben de biraz Allah'tan Murat Bey o serzenişi yaptı da, ben de biraz böyle hani çok hukuki tartışmalardan ziyade, şimdi yavaş yavaş yanılmıyorlarsa bizi savcılar "iddianameler hazırlıyoruz, zaten orada çok büyük delillerimiz var, açılınca göreceksiniz" diyorlar, ama eğer biz bu yargılamalara gireceksek, hangi sıfatla gireceğiz? Bunu da bilmiyorum açıkçası. Çünkü şu anda cezaevlerinde müvekkillerimizle, bırakın hukuki anlamda görüşmeyi, onlara hukuki yarar sağlamayı, fiili anlamda bile gidip görüşmemiz mümkün değil. Cezaevlerinde engellemelerle karşılaşılıyor. Trabzon örneğini vereyim. Sadece 14.00 ilâ 17.00 arasında bu davalarla ilgili avukatlar görüşebiliyor. Üç tane odamız var, birçok avukat arkadaşımız gidip geri geliyor. Giden arkadaşlarımız da, nasılsın iyi misin

psikolojik tedavi yapıyor 5-10 dakikalık görüşmeyle. Hukuki yardımda bulunma durumu kesinlikle söz konusu değil.

Bırakın üstten dinleniyoruz, alttan tutanaklarımız alınıyor, bunu da geçtik bizim hukuki anlamda bile bir görüşme yapmamız ortadan kalkmış. Bakıyorum, bu cezaevi uygulamalarında veya savcılık uygulamalarında da ülke genelinde bir birliklilik yok. Farklı farklı uygulamalar var. Dolayısıyla Giresun'da ayrı, Trabzon'da ayrı, Rize'de ayrı, bildiğim şeyleri konuşuyorum. Muhakkak Türkiye'nin her yerinde ayrı uygulamalar var. Yani bir hukuk bireysel ilişkilerde işi götürebilir mi? Böyle bir şey olabilir mi? Bu bizi neye itecek? Barolar olarak şirin görünürsek bazı makamlara, bize süreyi aştracaklar. Yok, onların istediği tipte, hani neredeyse zaten artık 90-60-90 ölçülerinde avukat ister hale geldi, kendimizi cumhuriyet başsavcısına da beğendirir durumdayız. Beğenmezse değiştirme talep etme hakkı da var.

Dolayısıyla böyle gerçekten korkunç, aklımızın almadığı uygulamalarla karşı karşıyayız. Bu konuda biz ne yapacağız? Bunu tartışalım.

Şimdi "gözümlenmiş olanların savcılık kararıyla 5 gün avukatla görüşmesi yasaklanıyor" dediniz, ama bırakın savcı kararıyla kolluk emniyet kararıyla yasaklanıyor. 5 günlük uygulama herkese genellenebilir mi? Öyle biz de kanıksadık ki, 5 günü böyle uslu uslu avukatlar olarak bekliyoruz. Gitmiyoruz bile. Evet, bizde de metal yorgunluğu oluyor, ruh yorgunluğu, hepsi oluyor. Dolayısıyla buna baktığımız zaman, bazen gidiyoruz. Sağ olsun birkaç böyle cesur arkadaşlarımız var. Onlarla görüşmek istiyorum, "savcı kararı var", "kararı gösterin" karar yok. Savcının sözlü şeyi var. Öyle olur mu? Hadi gidiyoruz savcıyla görüşüyoruz. Allahtan bizde hâlâ o ilişkiler kesilmemiş şu ana kadar. Dolayısıyla görüşme imkânımız var. Gidiyoruz diyor ki, "bizim öyle bir yasaklama kararımız yok ki" diyor. Hay Allah, biz hem müvekkilleri o kadar bekletmiş hak ihlaline uğratmış oluyoruz, vicdani sorumluluğumuz doğuyor. Tekrar gidiyoruz, tekrar orada bir harple beraber görüşmeyi sağlayabilirsek sağlıyoruz.

FORUM

Dolayısıyla hani o savcı kararını da arar haldeyiz. Savcı kararı bile olmadan bu uygulamalar yapılıyor. Gözaltındakilerle ilgili bildiğimiz, 6 aylık hamileler, iki kanama geçiriyorlar yine gözaltı süresi devam ediyor. Hasta olanları yollamıyorlar. Bunun üzerine emniyetteki arkadaşlara diyoruz “bu ne biçim iş böyle, bir şey olur mu, savcının haberi var mı?” “Savcının haberi var” diyor. Biz artık dayanamaz hale gelince savcı beye tekrar gidiyoruz. Diyor ki, “benim böyle bir şeyden haberim yok, haberim olsaydı buna izin vermezdim.” Gerçekten de o noktadan sonra artık gönderiyorlar, ama resmi bir başvurumuz da yok.

Ben şimdi diğer bir soru, biraz karıştırdım. 5 günlük bu süre içerisinde, mesela biz gidiyoruz müvekkille görüşelim. “Hayır, yasak var” diyor orada bize birisi. Yazılı bir beyanımız yok, yazılı bir başvurumuz yok. Yani birisi yarın bize belli ki savcılığın da kararı yok. Yarın öbür gün bizi, hani hak ihlali nedeniyle bir başvuru yapmaya kalkarsak, hiçbir yazılı delil ileri sürme imkânımız yok. Bu durumda ne yapacağız? O zaman biz her görüşmemizi gidip yazılı bir şekilde sunacağız, talepte bulunacağız, delillendireceğiz, tutanak tutacağız. Bu da çok önemli bir sorun, bunu yeteri kadar... Buna da dikkat edemiyoruz mesela.

Bir diğer rahatsız eden konu bizi, CMK hizmetlerinde ne olacak? Hadi diyelim iyi kötü bu soruşturma evrelerinde 5-10 tane avukat arkadaş girebiliyor, giriyorlar. Peki, yargılama aşamasında ne olacak? Yani günlerce süren sürece olan bu yargılamalarında hangi CMK avukatını bulacağız? Merak ediyorum. Bulamayacağız da onları, yani hepsi çekilecek gibi geliyor bana. Bunu isteme hakkına da sahip değiliz, ücretlendirme ve yapılan muameleler göz önüne alındığında. Burada da bir problemimiz var.

Diğer bir etik problem de şu: Bazı arkadaşlar bu davaları ideolojik nedenlerle almadıklarından böbürleniyorlar, fakat ne hikmetse CMK hizmeti alıyorlar. Yani özel olarak gitmiyoruz, ama “CMK bizi devlet zorunlu tuttu bu nedenle gidiyoruz” diyorlar. Bunları da duyan gözaltındaki kişiler ya da tutuklanan kişiler, son derece rahatsız oluyorlar. Böyle bir şey olmaz.

Bunu nasıl engelleyebileceğiz? Bu kadar etikse bu arkadaşlar, ideolojilerine bağlıysalar, o zaman CMK'dan da hizmet vermemeliler diye düşünüyorum. Ama bunun bizim sistem içerisinde nasıl uygulayabiliriz? Bunu da biliyorsanız, öğrenebilirsek çok memnun oluruz.

Onun dışında, siz birçok şeyi tabii sunum yaparken geçtiniz, ama aynı şekilde tecritler var. Onları da belirtelim, Trabzon'da hâkimlerin başına gelen olay. İkizdere'ye bazı tehlikeli gördüklerini herhalde yolluyorlar. Sizin sunumlarda hızlı hızlı geçti, var. Kitap alamıyorlar, kanun alamıyorlar, aileleriyle görüşmelerini bıraktık, ama geçen gün siz mi dediniz bilmiyorum, herkesle görüşmeyi yasaklıyorlar keyfi bir şekilde. Bunlarla birlikte biz hangi sıfatla, Murat Beye aynen katılıyorum, o mahkeme duruşma salonlarından içeriye gireceğiz ve biz burada avukatlık yapıyoruz diyebileceğiz. Bunu ciddi anlamda düşünelim.

Murat Bey dedi ki, "biz her gün bakıyoruz listede var mıyız diye." İnanın Murat Bey biz de bazı davalara bakan avukatlar olarak, her gün ne zaman alınacağız endişesi içerisindeyiz. Bu endişeyi taşıyoruz. Ama korkmuyor muyuz? Daha önce de dedim, evet korkuyoruz, ama korkmamız bizim görevimizi yapmamızı, hak ihlallerini ortaya koymamızı engellemeyecek. Her durumda her şartta avukatlar olarak bu hak ihlallerini biz dile getireceğiz. Beni en çok mutlu eden bu süreçte şu var. Türk Halkı halkımız, gerçekten barolardan bir şey bekliyor, avukatlardan bir şey bekliyor. Tutunacak tek dal olarak onu görüyor. Bu beni umutlandırıyor. Bizler de bu inançla hareket edersek, inşallah bir şeyler yapabiliriz. Ama dediğim gibi, avukatız gururuyla o salonlardan içeri girmek için neler yapmamız gerektiğini fiili anlamda tartışmamız gerekir.

Daha fazla sözü uzatmak istemiyorum sabrınızı zorlamamak için. Çok teşekkür ediyorum, saygılar sunuyorum. (Alkışlar)

**Av. Gökhan BOZKURT (Aydın Barosu Başkanı)**-Ben de başkanımızın konuşmasına kendimi kaptırdım bir taraftan. Sevgili hâkimimiz bizden kilometre olarak uzaklaştı. O zaman da söylemiştim, ama gönlümüz hep beraber. Onu da keyifle



FORUM dinledim, bütün herkesi. Çok faydalandık. En sonunda buna değineceğim zaten.

Şimdi herkesin yaşadığı illerde başka başka problemler görülebiliyor. Bu toplantıların, ben başkanlar toplantılarını da bu anlamda çok önemsiyorum, çok faydasını görüyorum ben. Trabzon Başkanımız geliyor, oradaki hak ihlallerini anlatıyor, çözüm buldularsa bunu bizimle paylaşıyor. Başka başkanımız, biz derken bu etkileşimlerden faydalanıyoruz.

Şimdi ben kısa kısa geçerek birkaç şeyi sizlerle paylaşmak istiyorum. Bir ilçede cumhuriyet savcısının, cezaevinden sorumlu savcının, bu soruşturmalarla ilgili görüşmeleri şu şekilde kısıtladığını meslektaşlarım bana şikâyet olarak bildirdiler; sadece haftanın bir günü iki günü şeklinde. Gittim cumhuriyet başsavcısıyla görüştüm. Dedi ki, "ben öyle bir talimat vermedim, nasıl oluyor?" dedi. Anlattım, böyle oluyormuş. Yok dedi, bizim söylediğimiz şuydu. Her gün görüşecekler, başka bir şey söylemedik, ancak bir avukat bir müvekkiliyle haftada iki kez görüşsün. Bunu da özel bir durum oldu. Ben anladım "özel durum" dediğini. Genç bir avukat hanım, eşi savcı tutuklu. Tabii her gün eşini görmek istiyor, avukat kimliği de var. O da uzun görüşmeler küçük cezaevlerinde sıkıntı oluyor, başka meslektaşlar bekliyor. Bu hassasiyetle, yani yine avukatları düşünerek bir talimat veren başsavcının talimatı, cezaevi müdürü tarafından eğilip bükülüp bambaşka bir hale getirilmiş.

Şimdi esas meseleye gelelim. Benim yanımda cezaevi müdürünü aradı, nedir dedi bu durum? Cezaevi müdürünün sesi bana kadar geldi. Bir cezaevi müdürü cumhuriyet başsavcısıyla telefonda sanki onun patronu gibi konuşabilme cüretini şu süreçte kendisinde buluyor. Bunu geçtim.

Şimdi geçtiğimiz iki gün önce bir meslektaşım, bu FETÖ soruşturmalarında bir şüphelinin müdafiliğini üstlenmiş. Bununla ilgili bir sıkıntısı olduğunu söyledi, oturduk konuştuk. Sıkıntı suymuş: Müvekkili tekrar ifade vermiş, tutukluymuş talep etmiş. Çağrılmış, sonra demişler ki, "biz serbest bıraktıracamız



zaten” Hayır, itiraf bile değilmiş. Biraz ifade vermiş, dosyası incelenmiş, masum olduğunu cumhuriyet savcılarını görmüşler. Talep etmişler, “adli kontrolle serbest bırakılsın” demişler. Sulh ceza hâkimi reddetmiş. Avukat bey de haliyle diyor ki, ben sizi biliyorum. Bana dediniz ki, müvekkilinizi serbest bıraktıracamız. Evet, başvurduk reddedildi. Biz de şimdi itiraz edeceğiz diyor, ama itiraz da ediyorlar. Avukat bey hâkimi görmeye gittiğinde, kapıdan girerken daha diğer hâkimin, yani reddeden hâkimin şimdi itirazını inceleyecek olan hâkime baskı yapıp -çok özür dilerim, tabir için- gaza getirmeye çalıştığına tanık oluyor.

103.madde, herkes hukukçu olduğu için bahsetmeyeceğim. Zaten kendileri de bırakabiliyorlar değil mi? Ben en son tekrar buna grip dönüp, avukat beyin yazdığı küçük bir dilekçe var onu okuyacağım. Şimdilik bu kısmı geçiyorum.

Burada hızlı hızlı geçildi, sanırım sizin hazırladığınız sıkıntılarla ilgili sunumlar. Evet, avukatların üzerindeki baskı vesaire, ben böyle hızlı geçerken onlara şahit oldum. Şimdi ben onları gördüm, buna da bir örnek vereceğim. Bu sürecin başından beri adliye koridorlarında avukatlar belki 24 saat bekledikleri oldu, avukat bulmak zorlaştı baskılar nedeniyle. Zorunlu müdafiler geldiler, birtakım avukatlar kendilerine vazife bildiler savunmanın onuru adına, savunmanın kutsallığı adına. Para bile almadan, hiç alakaları olmayan bu örgütle ilgili suçlamalarda şüphelilerin müdafiliğini üstlendiler. Adliye koridorlarında emniyet görevlileri, birilerine yaranıp mesaj vermek uğruna, yüksek sesle bağırılmışlar “sıra avukatlarına da gelecek” diye. “Sıra avukatlarına da gelecek” diyenlere sıra geldi. Ondan sonra elleri kelepçeli getirildiler, avukat istiyoruz diye yalvardılar.

Biz kaç senedir Ergenekon, Balyoz, casusluk vesaire derken, bin tane ders önümüze geldi, birini okuyup faydalanmadık hâlâ millet olarak. Bunun bir adım ilerisini daha söyleyeceğim. Hızlandırdığım için unuttuğum kısımlar olabilir. Birkaç önemli şeye değinmeye çalışıyorum.

## FORUM

Bir ilçemizde bütün hâkim savcılarını o ikinci gün tutuklayan hâkim, bir gün başka bir duruşma için salonda bulunan meslektaşlarıma şöyle söylemiş, onlar bana aktardılar. İsmi söylemeyeceğim şüpheli hâkimin. Tutukladığı hâkimlerden birinden bahsediyorum. “O bey” yani “bir şey bey masumdu değil mi?” demiş. Bunu siz niye söylüyorsunuz?” demişler. Yani kendi tutukladığı “hâkim masumdu değil mi?” deyip, neredeyse ağlayacak. Bunu orada avukatlarla paylaşıyor. Ne oldu? Evet, doğru tahmin ettiniz, gözaltına aldılar açığa aldılar. İlk mesajı kayıtlı meslektaşım da, “avukat hanım beni gözaltına alıyorlar, avukatlığımı yapar mısınız, ifademe girer misiniz?” ve bu hâkim yine o sorguları yaparken, “insan hakları sözleşmesi” diye cümleye başlayan avukatların ağzına lafı kibarca tıkip, “bunları boş verin sayın avukatlar, şimdi olağanüstü hal var” demişti. Bu da mı gol değil, hâlâ mı ders alınmadı? Hâlâ ders alınmadı bence, ama alsak iyi ederiz.

Şimdi bu CMK'dan görev almalar yarın dosyalar açıldığı zaman hangi avukatı bulacağız meselesi, önümüzde bizim tek başına dağ gibi bir sorun aslında. Birçoğu dosyaların içeriğini gördüğü zaman kaçınacak. Korkudan değil, yargılamaların alacağı zaman ve prensip gereği almayanlar olacak. CMK'dan da bu gidişle kaçarlardı. Çünkü zaten angarya olan CMK bu sefer kürek mahkûmiyetine filan döner herhalde. Bu ayrı bir sorun, bunu nasıl çözeceğiz bilmiyorum, ama ben burada hemen iğneyi kendimize batırmak istiyorum. Varsa öyleleri, ben korkuyorum aslında alırım var, görevlendirmeye alayım. O görevlendirmeyi alıp, yani zorunlu müdafilik kapsamında görev alıp, sonra da gidip o kişiden şüpheliden para alan avukat, avukat değil ahlâksızdır.

Şimdi sonuna yaklaşıyorum. Ben örnek olsun, çok iyi tanıdığımı düşündüğüm bir doktor arkadaşımın müdafiliğini üstlendim, beni aradılar gittim. 12-13 gün gözaltında kaldı. Sonra cumhuriyet savcısına getirdiler, 10-15 tane doktor. Genç bir savcı, ben girdim. Başkanım merhaba dedi, merhaba hayırlı olsun. “Söyleyeceğiniz bir şey var mı?” dedi doktora. Yani keşke sorsanız dedi. O da merak ediyor. Çünkü ben defalarca konuş-

tum, senin bağı kurabilecekleri... Bak dedim vardır filan, ben şüphelenmiyorum senden, ama benimle açık konuşacaksın. "Yok, ben de merak ediyorum amaca niye gözaltındayım?" Emniyette sordukları sorulardan birisi şu: "FETÖ-PDY isimle terör örgütünün liderinin adı nedir?" Şaka gibi. Ben de aynısını tekrar ettim. Dedim ki, savcı bey inanın biz de sorun istiyoruz. Varsa bir şey sorun, cevaplamaya hazır müvekkilim. "Yok dedi başkanım ne soracağız, zaten dosyalar bizden bile gizli." Cümle tam şöyleydi: "Dinsiziz filan diye bizi de tutuklarlar."

Ben 20 senelik avukat olmasam bunu yerim, hani 10 dakika sonra serbest bırakacak diye düşünürüm. Yok, biliyorum başına geleceği. Bir saat sonra hepsini sorguya sevk ettiğini öğrendik, ifade almadan. Sonra serbest bırakıldılar sabaha karşı. Sonra itiraz üzerine yakalandılar, sabaha karşı yine tutuklandılar kaçmayan insanlardan. Ben kim suçlu kim suçsuz bilmiyorum. Şimdi kendi müvekkilimle ilgili bir şeyi bağlamak için anlatıyorum. Sonra ben gidip bir gün, gerçekten dosyaya bakan savcı bey gelmiş. Gittim tanıştım. Ben itiraz etmişim, reddedilmişti. Çünkü tutuklama gerekçesinde 10-15 tane bir şey saymışlar, "artık deniz bitti" denir ya, kusura bakma Gökhan Bey artık patladık. Ortaya çıktı, senden sakladım, ama bak benim Bank Asya'da param varmış; dünyanın en büyük günahı, tabii demesi lazım. Hayır diyor, kapıdan içeri girmedim. Ben de bu meyanda dilekçe yazıyorum reddediliyor. Sonra gittim, dilekçemi size vereceğim ve sizin talepte bulunmanızı isteyeceğim dedim. Dosyayı inceleyin bakın. Ve inceledikten sonra "boşuna yatmış" dedi. Kendisi talep etti, müvekkilim serbest.

Niye bunu anlattım? Şimdi üzerimizdeki damga ne? Bu işi üstlendik, bu müdafiliği, FETÖ'nün avukatı. Şimdi ben mi FETÖ'nün avukatıyım, sizler mi FETÖ'nün mensubusunuz? Kime hizmet ediyorsunuz bu şekilde? Bunları yüksek sesle bizim söylememiz lazım. Sayın hâkimimiz çok haklı, burada konuşuyoruz bunları evet. Sonunda tam aksini söyleyeceğim, ama biraz yüksek sesle bir şeyleri haykırmanın zamanı geldi geçiyor.

FORUM

Ama burada bir parantez açmak istiyorum. Oturduğu yerden kimsenin de barolara iş öğretme... Sizin için söylemiyorum bunu, hiçbir zaman da elini taşın altına sokmayanların, hatta yürüsek görünmeyeceklerin de barolara taktik anlamında bir şeyler söylemesinden de hiç hoşlanmadığımı belirtmek istiyorum. Baro başkanları bu zor dönemde ellerini taşın altına koydularsa, aslında bilin ki her şeylerini koymuşlardır. Kimse- nin korktuğu filan yok. Ne zaman neyi yapacaklarına beraber karar verirler ya da ayrı ayrı barolar yaparlar. Bu faslı kapatıyorum. Yani üzerimizde büyük bir tarihi sorumluluk ve vebal olduğunu kabul ediyorum. Yerine getirmezsek de herhalde helalleşemeyiz bu milletle.

Bu meslektaşım demiştim bana sıkıntısını anlatan, sonra savcılar serbest bırakmış zannedirim. Bu arada itiraz ettiği sulh ceza mahkemesine -küçük bir şey olduğu için paylaşacağım sizinle, bunun bir anlamı var çünkü- "FETÖ-PDY soruşturması kapsamında tutuklu olarak cezaevinde bulunan müvekkilimizin 30 günlük tutukluluk süresi gözden geçirilmiş. Savcılık talebinde adli kontrolle serbest bırakılsın mütalaası olmasına rağmen, müvekkilimizin tutukluluğunun uzatılmasına karar verilmiştir. Yasaya aykırıdır, yetkilisi sayın savcılığın tahliye talebine rağmen müvekkilimizin yetersiz gerekçeyle tutukluluğunun uzatılmasına karar verilmesi, açıkça TCK 109'a 3/d'deki bahsedilen kişiyi hürriyetin yoksun bırakma suçu içermektedir. Artık müvekkilimiz hakkında tutukluluk hukuki meşruiyetini kaybetmiştir. Cumhuriyet savcılığıyla mahkemenizin arasındaki sorunların sorumlusu müvekkilimiz değildir. Verilmiş olunan kararlar, artık mahkemenize olan güveni sorgulamamıza neden olmuştur. Soruşturma evresinde savcılık ve savunma görevini üstlenen biz avukatlar, hukuki adaletin peşindeyiz. Hiçbir kurum kişi veya makam adaletin önünde üstün değildir ve Türkiye Cumhuriyeti var olduğu sürece de bunun böyle olması için bizler sonuna kadar mücadele vereceğimizi size bildiririm." Avukat mahkemeye bu şekilde durumu bildirmiş.

Son cümlem şöyle olacak. Bütün bunları tespit edeceğiz, sesimizi çıkarmak zorundayız, bağırarak zorundayız, bir şeyler

yapmak zorundayız. Ben geçen gün başkanlar toplantısında da söyledim, bir KHK'yle barolara da kayyum atarlar kapatırlar biter bu iş. Ama bu çalışma, benim de son derece faydalandığım, hepimizin de faydalandığını düşündüğüm bu çalışma ve bunun gibi çalışmalar, tıpkı bomba sesleri top sesleri kan barut kokusu arasında uykusuz o 7300 küsur kitabı altını çize çize okuyan Atatürk'ün yaptığı gibidir diyorum ve bu noktada da mücadeleye devam etmemiz gerektiğine inanıyorum.

Sabırla dinlediniz, hepimize sevgi ve saygılarımız, sizlere de teşekkürlerimi sunuyorum. (Alkışlar)

**Av. Cumhur ARIKAN (Oturma Başkanı)-** Buyurun Sayın Erkeneci.

**Av. Hüseyin ERKENCİ (TBB İnsan Hakları Merkezi Yürütme Kurulu Üyesi)-** Sayın Başkan, değerli arkadaşlar; ben Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezinde Yürütme Kurulu üyesiyim.

Son zamanlarda; Birliğimiz İnsan Hakları Merkezine gelen bazı başvuruları sizlerle paylaşmak istiyorum. Şu anda cezaevlerinden, değişik yerlerden merkezimize gelmiş 500'ün üzerinde dilekçe var. Bunları iki grupta açıklamak istiyorum. Biri gözaltılarla ilgili, diğeri de cezaevleriyle ilgili. Gözaltılar, maalesef bir facia şeklinde devam etmektedir. 30 günlük süre çok uzun. Kişileri, gruplar halinde gözaltına alıyorlar. Gözaltı mekânları çok kötü, ya adliyenin mahzenleri veya karakolların en bodrum katlarındaki, bir kanepenin bulunduğu mekânlar. Kişiler buralarda, günlerce hiç sorgu sual yapılmadan bekliyorlar 15 gün, 20 gün. Bazı yerlerde, 20 günden önce adliyeye intikal etmek söz konusu değildir.

Bazen; kadın erkek aynı yerlere koyuyorlar. Bir tek tuvaleti aynı kişiler kullanıyorlar. . Buralarda; dışarıdan yiyecek içecek almıyorlar. Bir fastfood firmasıyla anlaşmışlar. Sabah poğaç, öğle akşam bir tavuklu sandviç. Kişiler, bunlarla sağlıklarını da kaybediyorlar.

FORUM

Gözaltı cezaevlerinden çok daha vahim bir durumda; çok kişi “Aman ne olur, biz nasılsa sonunda tutuklanacağız, bir an önce bu gözaltı süresi sona ersin, biz gidelim cezaevinde kalalım” diyor. Gözaltı koşulları çok kötü bir durumda, 30 gün gözaltı süresi suistimal ediliyor. Bu süre zarfında banyo yapmak, tıraş olmak vb. herhangi bir şey söz konusu değil. Kişiler sürekli olarak kim olduğuna bakılmaksızın, kadın, erkek, bürokrat şu bu ayrımı gözetilmeden, herkese kelepçe takılarak, bir nevi teşhir de yapılıyor. Bu gözaltı süresinin çok vahim olduğunu, burada huzurlarınızda ifade etmek istiyorum.

Bunun dışında;

31 Mart 2016 tarihi itibariyle Türkiye’de cezaevlerinde 161.165 hükümlü, 26.482 tutuklu olmak üzere toplam 187.647 kişi bulunmaktaydı,

18 Şubat 2016 tarihi itibariyle ülke genelinde 290’ı kapalı ve çocuk, kadın ve açık cezaevleri olmak üzere toplam 362 cezaevi bulunmaktadır. Bu cezaevlerinin kapasitesi de 180.256 kişidir.

Yani, o tarih itibariyle (15 Temmuz öncesinde) aşağı yukarı 10 bin civarında bir fazlalık vardı. Tabii bu Türkiye genelinde bir ortalama.

Büyük kentlerdeki yoğunluğu dikkate aldığımızda, bir de , yeni tutuklamalar da peş peşe gelince, bir koşuşturma birkaç kişiye bir yatağın düştüğünü, yerlerde dahi insanların yattığını gözlemliyoruz.. Bu şekilde, Birliğimize yoğun şikâyetler geliyor.

100 binin üzerinde soruşturmaya ve kovuşturmaya uğrayan kişi var. 70 bin785 kamudan ihraç edilmiş kişi var., 45 binin üzerinde de tutuklu var. Rakamlar her gün değişiyor.

Bunlara yer açmak için, kanun hükmünde kararnameyle bir hüküm getirildi. Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun’da değişiklik yapılarak, koşullu salıverme süresi üçte ikiden yarıya indirildi. Eskiden, siz cezanızın üçte ikisini çekip öyle çıkabiliyordunuz (terör suçları hariç), belli suçlarda istisna var. Bu yarıya çekildi.. Bunun dışında, bir yıl-

lık süreyi de ikiye çıkararak, yani koşullu salıverilmesine iki yıl kalmış olanların hepsini iyi halli olma koşuluyla, uygulamada bir gün iki gün alıyorlar cezaevine, hemen bir tutanak düzenliyorlar ve ondan sonra kişileri salıyorlar. Rakamlar tam kesin değil, ama 36-40 bin civarında cezaevlerinde bu şekilde bir boşalma temin edildi. Ama bu boşaltmalar da, tabii ki gelenleri, yeni tutuklananları karşılamıyor.

Cezaevleriyle biz, 15 Temmuz öncesi sorunlar vardı, onlarla ilgiliniyorduk. Artık 15 Temmuz öncesini, şu anda konuşmanın hiçbir anlamı yok. Çünkü her şey tamamen değişti. F tipi cezaevlerinde sıkıntılar var, baskılar var. Can güvenliği bakımından sıkıntılar var. En kötüsü, şu an itibarıyla rakam her gün değişiyor, 15 Temmuz'dan bu yana, gözaltı ve tutuklulukta meydana gelen 26 intihar vak'ası var.

Bunun dışında, valiliklere müracaat edilsin, dosyaları gözden geçirelim deyip, bazı dosyaları tekrar ele alıyorlar. "Burada yanlışlık olmuş, sizin ilginiz yokmuş" biçiminde tekrar işlerine iade edilenler var. Ama tabii aylarca yattıktan sonra bunlar olabiliyor. Türkiye Barolar Birliğine çok yoğun yakınmalar geliyor. Bunun fazla detaylarına girmek istemiyorum.

Bu bilgileri sizlerle paylaşmak istedim. Teşekkür ediyorum.

**Av. Cumhur ARIKAN (Oturum Başkanı)-** Şimdi oldukça geç oldu vakit. Gökçen Taner Hocama söz vereceğim, ondan sonra siz devam edin.

**Dr. Fahri Gökçen TANER (TBB İnsan Hakları Merkezi Yürütme Kurulu Üyesi)-** Ben çok kısa birkaç bir şey söyleyeceğim. Zaman çok geç oldu, sabrınızı zorlamak istemiyorum.

23 Temmuz ve 27 Temmuz tarihlerinde 667 ve 668 sayılı kanun hükmünde kararnameleri elimize aldığımızda ilk düşündüğüm şey şu oldu: Bu memleketteki o anda en önemli sorun nedir? Çünkü birtakım kurumlar kapatılıyor, buna ek olarak kamu görevlileri işten çıkartılıyor. Fakat bana sorarsanız memleketteki en önemli sorun savunma hakkıymış. Çünkü KHK'lardaki "soruşturma ve kovuşturma işlemleri" başlıklı



FORUM

maddelere baktığımızda, avukatın ceza muhakemesinde fazlalık olarak görüldüğü ve alınan tedbirlerle de savunma hakkının kökünden kısıtlandığı bir sisteme gidildiğini görüyoruz.

Peki, bu yeni bir şey mi dersiniz? Hayır, aslında yeni bir şey değil. Neden? Bu bir zihniyet aslında. Biliyorsunuz asliye ceza mahkemelerinden cumhuriyet savcılarını çıkartıldı. Personel yetersizliği bahane edildi, oysa savcı olmayan bir ceza muhakemesi olmaz. Avukatsız bir ceza muhakemesi de olmaz. Bunun sonucu şudur: Bu, bilgi çağında Ortaçağ karanlığı ve Engizisyon mahkemesi demektir. Zira eninde sonunda ki, hâkim Murat Bey'in söyledikleri çok önemli. Bu düzenlemeler sonucunda yargulamalarda nasıl bir hâkimle karşılaşacağınız meselesiyle de birleştirdiğimizde, bizim gittiğimiz yargı süreci bu. Dolayısıyla bütün bu söylenilenlere ek olarak ben bunu söyleyip konuşmama son vermek istiyorum

Çok teşekkür ederim. (Alkışlar)

**Av. Cumhur ARIKAN (Oturum Başkanı)-** Çok teşekkür ediyoruz. Bu dediğiniz gibi çok ucu açık bir toplantı olsa bile, ben biraz kötü yönettim galiba. Ama kötü yönettiğimden de memnunum. Çünkü eteğimizdeki taşları dökmeye çalıştık. Ben avukat olarak veya oturum başkanı olarak değil de bir vatandaş olarak, gözaltına alınan hâkim ve savcılara sorular sorulara bir göz attım. "HSYK seçimlerinde kime oy verdiniz?" diye bir soru gördüm. Şimdi hâkim de olmayayım, vatandaş olayım, vatandaş Cumhur Arıkan. Bana yarın bir soru yöneltirse, "genel seçimlerde kime oy verdiniz?" Ne dersiniz?

Tamam, artık söz vermiyorum, bu da benim hakkım olsun, "bu da benim süsüm olsun". Böylece Sayın Balıkesir eski Baro Başkanım Yaşar Meyvacı'yı da anmış olayım. Ve buradan güzel bir sonuç bildirgesi çıktı diye düşünüyorum. Onu da Sayın İzzet Varan bize okusun. Orada Av. İzzet Varan diye yazıyor, ama tabii idari görevlerini şöyle kısaca özetleyeyim. Barolar Birliği Yönetim Kurulu üyemiz, aynı zamanda İnsan Hakları Merkezi Koordinatörümüz ve Başkanımız. Buyurun Sayın Varan.



Teşekkür ediyorum.

**Av. İzzet VARAN (TBB Yönetim Kurulu Üyesi-İnsan Hakları Merkezi Koordinatörü)-** Ben teşekkür ediyorum. Öncelikle bugünkü oturumları yöneten tüm arkadaşlarımıza, katılımcılara ve bu organizasyonun beyni Eğitim Merkezine ve onun şahsında da Eğitim Merkezinin tüzel kişiliği adına da Berra ablamıza teşekkür ediyoruz.

Bugün hâkimi dertli, avukatı dertli, baro başkanı dertli, ama Türkiye Barolar Birliği geçen hafta yaptığı Baro Başkanları toplantısıyla birlikte, Sayın Başkanımız Metin Feyzioğlu'nun da basına yansıyan beyanlarından anlaşılacağı üzere ve de bugün burada yaptığımız şekilde, bizler bugün burada meleklerin cinsiyetini tartışmadık. Bugün burada çok iyi iş yaptık. Burada eğer bir hâkim, bir avukat ve bir baro başkanı "artık yeter" diyebiliyorsa ve Türkiye Barolar Birliğinin bildiriyle de "artık herkese yeter" deniyorsa, artık meleklerin cinsiyeti tartışılmıyor demektir. Bizler üstümüze düşen görevi yapacağız.

Çıkan sonuç bildirisini okumak istiyorum.



## SONUÇ BİLDİRGESİ

Türkiye Barolar Birliği Eğitim Merkezi tarafından 12.11.2016 tarihinde Türkiye Barolar Birliğinde düzenlenen “KHK’LER TÜRKİYESİNDE SAVUNMA HAKKI” panelinde;

- “OHAL ve KHK’nin Anayasal Rejimi”,
- “OHAL Rejiminde Soruşturma ve Kovuşturma”,
- “KHK’lerde Yer Alan Bireysel İşlemlere Karşı Başvuru ve Yargı yolları”,
- “Danıştay 7.12.1989 tarihli İBKGK Kararı Işığında Güncel Sorunlara Bakış”,
- “Uluslararası Hukuk Emredici Hükümleri ile OHAL İlişkisi”,
- “İHAS Bağlamında OHAL Uygulamaları”,
- “KHK’in Uygulamada ve Savunma Hakkının Kullanılmasında Yarattığı Sorunlar”

Bilimsel açıdan ele alınmış, yapılan değerlendirmeler ile KHK’in uygulamada ve savunma hakkının kullanılmasında yarattığı sorunların tartışılması sonucunda tespit edilen hususların kamuoyuyla paylaşılması kararlaştırılmıştır:

Anayasayı, hukuk devletini ve TBMM’yi askıya almayı ve bir iç savaş çıkarmayı hedeflediği aşikâr olan 15 Temmuz darbe girişimi karşısında; her zaman hukukun üstünlüğünü savunan Türkiye Barolar Birliği ve Barolar, darbeye ve darbecilere karşı olma iradesini net bir kararlılıkla ortaya koymuşlardır.

Sürecin başından beri yaptığımız bütün uyarılara rağmen, son olarak 29 Ekim 2016 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 675 ve 676 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamelerle; kuvvetler ayrılığı, yargı bağımsızlığı, adil yargılanma hakkı, adalete erişim hakkı, masumiyet karnesi, basın ve ifade özgürlüğü, üniversitelerin özerkliği, savunma hakkı başta olmak üzere hukuk devletinin temel niteliklerine ilişkin bazı

mekanizmalar askıya alınmış, bu çerçevede hukuk güvenliği yok edilmiştir.

Bu nedenle aşağıdaki hususların bir kez daha kamuoyunun bilgisine sunulması zorunlu olmuştur:

1. Olağanüstü dönemlerde KHK'lerle bazı haklar geçici olarak sınırlandırılabilir. Ancak bu sınırlandırmaların geçici olduğu unutulmamalı ve hakkın özüne dokunulmamalıdır.
2. KHK'lerle savunma hakkına getirilen sınırlamaların çarpan etkisiyle bütün bir adalet ve hukuk sistemini çökertebileceği unutulmamalıdır.
3. Getirilen sınırlamalar demokratik bir toplum için "gerekli ve ölçülü" olmalıdır. Oysa yapılan düzenlemelerin bu standartları sağlamadığı görülmektedir.
4. KHK'lerle getirilen ve zaten ölçüsüz olan bu düzenlemelerin kanunlaştırılarak başta CMK olmak üzere olağan dönem kanunlarına sirayet ettirilmesi, "olağanüstü halin" olağan zamanda dahi hiç bitmemesi anlamına gelecektir.
5. Söz konusu KHK'lerle savunma hakkını ölçsüz biçimde kısıtlayarak ve meslek sırrını yok sayarak, sanık aleyhine hukuka aykırı bir takım delillerin elde edilmesine imkan tanınmaktadır. Oysa bu delillerin yapılacak yargılamalarda kullanılması AİHM içtihatlarına açıkça aykırılık taşımaktadır. Ayrıca mahkeme kararına dayanmayan ve istihbarat amaçlı dinlemeler, yapılacak yargılamalarda delil olarak kullanılamaz.
6. Olağanüstü hallerde yakalama, gözaltına alma ve tutuklama için bu koruma tedbirleri için öngörülen şüphe standartlarına uyulması ve bu şüpheyi destekleyen somut delillerin var olması gerekir.
7. AİHS'ne, Anayasaya ve iç hukuktaki genel düzenlemelere aykırı ve yargısal denetime kapalı olarak mülkiyet hakları sınırlandırılmaz, kimsenin işine son verilemez. Vatandaşların hak kaybına uğramaması için mülkiyet hakkı ihlalleri

ve kamu görevinden çıkarma gibi işlemlerin yargı denetimine tabi olduğu unutulmamalı ve etkili iç hukuk yolları sırasıyla tüketilmelidir.

8. Türkiye'nin, uluslararası hukukun emredici kurallarından doğan yükümlülükleri ile Anayasamızın 90. maddesi çerçevesinde temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalardan doğan yükümlülüklerinin, OHAL ile ilgili olmayan hususlarının da yerine getirilmeye devam edilmesi hassasiyetle gözetilmelidir.
9. Olağanüstü hallerde dahi KHK'lerin yargısal denetimini yapma görevi Anayasa Mahkemesine aittir. Mahkeme yapılan düzenlemelerin olağanüstü halin gerekleriyle bağdaşp bağdaşmadığını her durumda denetlemek durumundadır. Aksi davranış, Mahkemenin varlık sebebini inkar etmesi anlamına gelir.

Özetle;

- Avukatın şüpheli ile görüşmesi zorlaştırılarak, sınırlandırılarak, denetlenerek, görüşmeleri kayda alınıp, tuttuğu notlara dahi el koyularak;
- Avukat müvekkil görüşmesinin gizliği ve meslek sırrı ihlal edilerek,
- Silahların eşitliği ilkesi yok sayılarak,
- Çelişme yöntemi yerine dosya üzerinden tutukluluk incelemesi getirilerek,
- Uzun süreli kısıtlama kararlarıyla müdafiden soruşturma dosyası saklanarak,
- Suçlu suçsuzdan, haklı haksızdan ayırt edilemez.
- Avukat ile müvekkilini aynı statüye koyan, avukatlık mesleğini icra edilemez hale getiren; savunma hakkını, adil yargılanma hakkını, adalete erişim hakkını, silahların eşitliği ilkesini, masumiyet karinesini, avukatın sır saklama yük-

kümlülüğünü ağır bir biçimde ihlal eden bu düzenlemeler bir hukuk devletinde asla kabul edilemez.

- Fiilen yapılamaz hale getirilen avukatlık, dolayısıyla savunma hakkı üzerindeki baskıların ve evrensel hukuk ilkelerine aykırı olarak KHK'lerle getirilen tüm sınırlamaların derhal kaldırılmasının gerekliliğini bir kez daha vurguluyoruz.

Kamuoyuna saygıyla sunulur.

## **Türkiye Barolar Birliği**

## KAPANIŞ

**Av. Cumhur ARIKAN (Oturum Başkanı)**-Çok teşekkür ediyorum. Tabii kapanış konuşması yine Sayın Başkanımın. Buyurun Sayın Başkanım.

**Av. Berra BESLER (TBB Başkan Yardımcısı ve Eğitim Merkezi Başkanı)**- Çok değerli meslektaşlarım, bugün Büyük Atatürk'e ve Cumhuriyetimizi kuranlara saygı duruşuyla başladık, İstiklâl Marşımızla devam ettik. Bundan sonra bütün toplantılarımıza bu şekilde başlama kararlılığımızdayız. Bu, Cumhuriyetin kazanımlarına, hukuk devletine ve Atatürk'ün manevi mirasına sahip çıktığımızın kararlılığımızın bir göstergesidir. (Alkışlar)

Şimdi yeniden tarihi bir görevi üstlenmek, tarihi bir mücadeleye başlamak ve devam ettirmek zorunda olduğumuz günleri yaşıyoruz. Ümit ederiz ki bu mücadele kısa sürede biter. Ama Atatürk'ün yolunda cumhuriyeti koruyarak, hukuk devletini yaşatarak, Atatürk'ün manevi mirasına sahip çıkarak biter. Bunu bitirecek olan da bizleriz.

Hepinize teşekkür ediyorum. Sağ olun, var olun. (Alkışlar)











