KEREM ALTIPARMAK - YAMAN AKDENİZ

Barış İçin Akademisyenler

Olağanüstü Zamanlarda Akademiyi Savunmak



iletişim

KEREM ALTIPARMAK - YAMAN AKDENİZ

Barış İçin Akademisyenler

İletişim Yayınları 2432 • Bugünün Kitapları 215
ISBN-13: 978-975-05-2144-7
© 2017 İletişim Yayıncılık A. Ş.
1. BASKI 2017, İstanbul

EDİTÖR Tanıl Bora
KAPAK Suat Aysu
UYGULAMA Hüsnü Abbas
DÜZELTİ Emre Bayın
BASKI Ayhan Matbaası · SERTİFİKA NO. 22749
Mahmutbey Mahallesi, Devekaldırımı Caddesi, Gelincik Sokak, No: 6/3
Bağcılar, İstanbul Tel: 212.445 32 38 • Faks: 212.445 05 63
CİLT Güven Mücellit · SERTİFİKA NO. 11935
Mahmutbey Mahallesi, Devekaldırımı Caddesi, Gelincik Sokak,
Güven İş Merkezi, No: 6, Bağcılar, İstanbul, Tel: 212.445 00 04

İletişim Yayınları · SERTİFİKA NO. 10721
Binbirdirek Meydanı Sokak, İletişim Han 3, Fatih 34122 İstanbul
Tel: 212.516 22 60-61-62 • Faks: 212.516 12 58
e-mail: iletisim@iletisim.com.tr • web: www.iletisim.com.tr

KEREM ALTIPARMAK
YAMAN AKDENİZ

Barış İçin Akademisyenler

Olağanüstü Zamanlarda Akademiyi Savunmak

iletişim

KEREM ALTIPARMAK uzun yıllardır internet ve insan hakları alanında çalışan bir akademisyendir. Altıparmak Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi öğretim üyesidir ve yıllardır insan hakları sivil toplum örgütleri ile ortak çalışmalar yapan bir insan hakları savunucusudur. Çok sayıda ulusal ve uluslararası makalenin yanında Altıparmak'ın, *50. Yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi: Başarı mı Hayal Kırıklığı mı?* (2009), *İşkenceyi Önlemede Ortak Akıl - Seçmeli Protokol ve Türkiye'de Ziyaret Pratiklerinin Değerlendirilmesi* (2008 - Hülya Üçpınar ile birlikte), *Zaman ve Aşımı: Ağır İnsan Hakları İhlallerinin Kılıfını Kaldırmak* (2016), *Cezasızlıkla Mücadele El Kitabı* (2016) adlı kitapları bulunmaktadır.

YAMAN AKDENİZ uzun yıllardır internet ve insan hakları alanında çalışan bir akademisyendir. Çok sayıda uluslararası makalenin yanında Akdeniz'in *İnternette Çocuk Pornografisi ve Hukuk; Ulusal ve Uluslararası Etkiler* adlı kitabı Haziran 2008'de Ashgate tarafından yayımlanmıştır. Yazarın ayrıca Kerem Altıparmak ile birlikte hazırladığı *İnternete Girilmesi Yasaktır: Türkiye'de İnternet İçerik Düzenlemesi ve Sansüre İlişkin Eleştirel Bir Değerlendirme* isimli kitabı İmaj Yayınevi tarafından 2008'de, *İnternette Irkçılık* adlı kitabı 2010 yılı içinde Avrupa Konseyi tarafından, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı için hazırladığı "İnternet'te İfade Özgürlüğü" raporu 2011 içinde ve "İnternette Medya Özgürlüğü: AGİT İçin Bir Kılavuz" 2016 içinde AGİT Medya Özgürlüğü Temsilcisi Ofisi tarafından yayımlanmıştır.

Akdeniz & Altıparmak'ın birlikte 2014 yılı içinde Twitter'ın (B.No:2014/3986, 03/04/2014) ve YouTube'un (B.No:2014/4705, 29/05/2014) Türkiye'den erişime engellenmesi ile ilgili Anayasa Mahkemesi'ne yaptıkları başvurular Anayasa Mahkemesi tarafından başvurucuların ifade özgürlüğü ihlal edildiği gerekçesiyle lehlerine karara bağlanmıştır. Ayrıca, müvekkiller, TİB'in 2008-2010 yılları arasında uyguladığı Youtube erişim engelleme kararını AİHM'e taşımışlardır. Mahkeme kararında başvurucuların Sözleşme'nin 10. maddesi tarafından korunan ifade özgürlüğü hakları ihlal edildiğine karar vermiştir (Cengiz, Akdeniz ve Altıparmak/Türkiye, B.No. 48226/10, 14027/11, 01.12.2015). Ayrıca Akdeniz & Altıparmak, 2014 yılında Türkiye Yayıncılar Birliği Ödülü, 2015 yılında Halit Çelenk Hukuk Ödülü ve 2016 yılında da Columbia Üniversitesi Global İfade Özgürlüğü Ödülü ve Türkiye Gazeteciler Cemiyeti Basın Özgürlüğü ödülüne layık görülmüştür.

İÇİNDEKİLER

TEŞEKKÜR 9

GİRİŞ: OLAYLAR 11

BİRİNCİ BÖLÜM

BAK İMZACILARI HAKKINDAKİ DİSİPLİN SORUŞTURMALARI 19

Yüksek Öğretim Elemanlarının Disiplin Suçlarına İlişkin Mevcut Hukuki Durum 19

Yasal Boşluğun Genel Hükümler Uyarınca Doldurulup Doldurulamayacağı Hakkında 24

Kamu Görevlilerinin Disiplin Suç ve Cezaları Genel Kanunla Düzenlenemez 25

Yükseköğretim Kurulu Kararı Suç ve Cezaların Kanuniliği İlkesine Ağır Bir Aykırılık İçermektedir 26

Konunun Sonradan Düzenlenecek Bir Yasayla Suç Haline Getirilmesi İhtimali 29

Devam Eden Üniversite Disiplin Soruşturmaları Hakkında Değerlendirme 30

Yürütülen Disiplin Soruşturmalarının Hukuki Dayanağının Belirsizliği 30

Örneklerle Barış İçin Akademisyenlere Açılan Disiplin Soruşturmaları ve Belirsizlik Sorunu 31

Disiplin Suçu Sayılan Eylem ve Unsurları Bakımından Değerlendirme 33
Hukuk Devleti ve Suçun Öngörülebilirliği Açısından Değerlendirme 35
Suçlamanın Niteliği, Sebebi ve Hukuki Dayanağının Bildirilmemiş Olmasının Savunma Hakkına Etkisi 40
Soruşturma Yazıları Anayasaya Aykırı Olarak Akademisyenleri Kendi Kendini Suçlamaya Zorlamakta ve Masumiyet Karinesini İhlal Etmektedir 43
Bildirinin Disiplin Hukuku ile İlgisi Yoktur, Siyasal Bir Hak Kullanımı Niteliğini Taşımaktadır 44
Yükseköğretim Genel Kurulu Kararına İlişkin Dava ve Danıştay 8. Dairesinin Yürütmeyi Durdurma Kararı 51
657 Sayılı Yasanın Disiplin Hükümlerinin Yükseköğretim Personeline Uygulanması 52
İptal Edilen Yönetmeliğin Usul Hükümlerinin Uygulanmaya Devam Edilmesi 57
657 Sayılı Yasa Usul Açısından da Uygulanabilir mi? 61
6764 Sayılı Yasayla Yükseköğretim Disiplin Kurallarının Değiştirilmesi 65

İKİNCİ BÖLÜM

OLAĞANÜSTÜ HAL DÖNEMİNDE KAMU GÖREVİNDEN ÇIKARTILAN BAK İMZACILARI HAKKINDA HUKUKİ DEĞERLENDİRME 69
AİHS'in 6. Maddesinin İhlali Değerlendirmesi 73
Ceza İsnadı Açısından Değerlendirme 74
Ceza İsnadı Bakımından Adil Yargılanma İlkesinin Uygulanması 77
AİHS'in 6. Maddesinin Hukuk Yönü Açısından Değerlendirme 80
AİHS'in 8. Maddesi ve 14. Maddesi Açısından Değerlendirme 83
İhraç Edilen Akademisyenler İç Hukuk Yolları Kapalı Olduğundan AİHM'e Başvurmak Durumundadır 88
Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu da Kapalıdır 91
AİHM'in Zihni/Türkiye Kararı'nın Değerlendirilmesi 97

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BAK İMZACILARI HAKKINDAKİ CEZA SORUŞTURMALARI VE KOVUŞTURMALARI 101
İnsan Hakları Hukuku Açısından Değerlendirme 101
Terörle İlgili İfadenin Sınırlandırılması Sorunu 104

Terörle İlgili İfadenin Kapsamı ... 107
Terörle İlgili İfadenin Sınırlandırılmasında Kullanılan Uluslararası Hukuk Çerçevesi ... 109
Propaganda Suçlarında İki Farklı Test ... 111
İlliyet Bağı ... 112
Açık ve Yakın Tehlike Testi ... 112
BAK Metninin Açık ve Yakın Tehlike Testi Açısından Değerlendirilmesi ... 116
AİHM'in Çok Unsurlu Tahrik Testi ... 118
Sözün Kim Tarafından, Hangi Konuda ve Ne Şekilde Söylendiği ... 119
Şiddete Tahrik Unsuru ... 122
Doğrudan Tahrik ... 122
Salt Sözün Yeterli Olmaması ... 122
Konuşmanın Tonu, Hakikatle İlişkisi ... 125
Dolaylı Tahrik ... 127
Sözün Şiddete Yol Açma İhtimali ... 130
BAK Metninin AİHM'in Çok Unsurlu Tahrik Testi Açısından Değerlendirilmesi ... 133
Sözün Kim Tarafından, Hangi Konuda ve Ne Şekilde Söylendiği ... 133
Şiddete Tahrik Unsuru ... 133
Dolaylı Tahrik ... 135
Sözün Şiddete Yol Açma İhtimali ... 136
Zaman Bağı ... 137
AİHS Testinin Türk Hukukuna Yansıması ... 139

SONUÇ ... 145

SONUÇ DEĞERLENDİRMESİ ... 149

TEŞEKKÜR

Bu kitaba yazılacak bir teşekkürün, başka kitaplara yazdığımız, yazacağımız teşekkürlerden farklı olması gerekiyor. Çünkü çoğu akademik çalışmada olandan farklı olarak biz bir kitap yazmaya karar verdik ve bu eser ortaya çıkmadı. Türkiye'nin içinde bulunduğu garip bir süreç bize bu kitabı yazdırdı. Kitapta ayrıntılı okuyacağınız üzere bu sürecin farklı aktörleri var. Bir kısmı bizzat akademinin parçası olan bu aktörlerin bir grubu, bu kitap içerisinde saptanan ağır ifade özgürlüğü ve akademik özgürlük ihlallerinin de failleri. Bu gruba teşekkür edemiyoruz. Ancak bu kitabın, girdikleri yanlış ve adaletsiz yoldan dönmelerine katkı sunmasını umuyoruz.

Kitabın yazılmasına vesile olan ikinci bir grup daha var. Bunlar kendilerini Barış İçin Akademisyenler olarak tanımlayan ve bu kitabın tartışma konusu olan "Bu Suça Ortak Olmayacağız" metnini imzalayan akademisyenler. İşte onlara büyük bir teşekkür borçluyuz. Bu kitabın yazılmasına vesile oldukları için değil şüphesiz. Olağanüstü bir baskı altında, çoğunlukla hukuki ama bazen de fiziksel saldırı altında ol-

malarına rağmen akademinin onurunu korumak için bir yıldır büyük sabır gerektiren bir mücadele verdikleri için. Onların bu mücadelesi, bu kitabın yazarlarına da hem ilham hem güç verdi. Meslektaşlarımızla dayanışma ve akademik özgürlüğü savunmak için yazdığımız hukuki mütalaalar gelişti ve elinizdeki kitaba dönüştü.

Tabii bir de her kitapta söz konusu olan teşekkürleri unutmamak lazım. Yoldaşımız Feray Salman'a "biz yazdıklarımızı kitap yapmak" istiyoruz dediğimizde, her zaman olduğu gibi sözümüzü ikiletmedi. "Ben bir yolunu bulurum" dedi. Feray'a ve tabii ki İnsan Hakları Ortak Platformu'na ömür boyu teşekkür etmek zorunda kalabiliriz.

Kendisi de bir imzacı olan Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi araştırma görevlilerinden Nisan Kuyucu, kitabın son okumalarını yaptı, çok önemli yazım düzeltmeleri yaptı, tereddüde her düştüğümüzde TDK kaynaklı açıklamalarıyla tereddütlerimizi ortadan kaldırdı.

İletişim Yayınları'na ve özellikle Tanıl Bora'ya da ayrıca bir teşekkür göndermek gerekiyor. Hızlı bir şekilde kitabı inceleyip, yayınına karar verdikleri ve kitabın içeriği güncelken bekletmeden yayınladıkları için.

Her zaman olduğu gibi kusur ve eksikler ise yazarlara ait.

GİRİŞ: OLAYLAR

Barış İçin Akademisyenler (https://barisicinakademisyenler.net) inisiyatifi Kasım 2012 içinde "*Kürt tutsakların yaptığı açlık grevleri sırasında bir araya gelip bir bildiri yayınlayan*" bir grup akademisyenin başlattığı bir inisiyatiftir. Barış İçin Akademisyenler (BAK) kuruluş amacını da "*hem çatışmasızlık süreçleri hem barışı inşa ve toplumsallaştırma süreçleri konularında dünya genelindeki örnekleri inceleyerek akademik bilgi üretmek ve bu bilgiyi hızlıca kamuoyunun ve ilgililerin bilgisine sunmak*" olarak belirlemiştir. Nisan 2013 içinde yayınladıkları bir bildiri ile "Kürt sorununun bir an evvel çözülmesi ve özgürlük ve adalet getirecek bir barışın inşa edilmesi"[1] talebinde bulunan BAK, bu tarihten sonra da barış süreci ile ilgili olarak çok sayıda bildiri yayınlamıştır.[2]

BAK inisiyatifinin bu kitabın da konusu olan "Bu Suça Ortak Olmayacağız" başlıklı bildiri metni[3] ise 11 Ocak 2016 tarihinde kamuoyu ile paylaşılmıştır. Bu tarihte 1128 akade-

1 https://barisicinakademisyenler.net/node/38

2 https://barisicinakademisyenler.net/duyurular

3 https://barisicinakademisyenler.net/node/62

misyen tarafından imzalanmış olan ve 20 Ocak 2016 tarihine gelindiğinde 2212 akademisyenin imzasına ulaşan metin aşağıdaki şekildedir:

"Bu ülkenin akademisyen ve araştırmacıları olarak **bu suça ortak olmayacağız!**

Türkiye cumhuriyeti; vatandaşlarını Sur'da, Silvan'da, Nusaybin'de, Cizre'de, Silopi'de ve daha pek çok yerde haftalarca süren sokağa çıkma yasakları altında fiilen açlığa ve susuzluğa mahkûm etmekte, yerleşim yerlerine ancak bir savaşta kullanılacak ağır silahlarla saldırarak, yaşam hakkı, özgürlük ve güvenlik hakkı, işkence ve kötü muamele yasağı başta olmak üzere **anayasa ve taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ile koruma altına alınmış olan hemen tüm hak ve özgürlükleri ihlal etmektedir.**

Bu **kasıtlı ve planlı kıyım Türkiye'nin kendi hukukunun** ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası antlaşmaların, uluslararası teamül hukukunun ve uluslararası hukukun emredici **kurallarının da ağır bir ihlali niteliğindedir.**

Devletin başta Kürt halkı olmak üzere tüm bölge halklarına karşı gerçekleştirdiği katliam ve uyguladığı bilinçli sürgün politikasından derhal vazgeçmesini, sokağa çıkma yasaklarının kaldırılmasını, gerçekleşen insan hakları ihlallerinin sorumlularının tespit edilerek cezalandırılmasını, yasağın uygulandığı yerde yaşayan vatandaşların uğradığı maddi ve manevi zararların tespit edilerek tazmin edilmesini, bu amaçla ulusal ve uluslararası bağımsız gözlemcilerin yıkım bölgelerinde giriş, gözlem ve raporlama yapmasına izin verilmesini talep ediyoruz.

Müzakere koşullarının hazırlanmasını ve **kalıcı bir barış için çözüm yollarının kurulmasını**, hükümetin Kürt siyasi iradesinin taleplerini içeren **bir yol haritasını oluşturmasını talep ediyoruz.** Müzakere görüşmelerinde toplumun ge-

niş kesimlerinden bağımsız gözlemcilerin bulunmasını talep ediyor ve bu gözlemciler arasında gönüllü olarak yer almak istediğimizi beyan ediyoruz. siyasi iktidarın muhalefeti bastırmaya yönelik tüm yaptırımlarına karşı çıkıyoruz.

Devletin vatandaşlarına uyguladığı şiddete hemen şimdi son vermesini talep ediyor, bu ülkenin akademisyen ve araştırmacıları olarak sessiz kalıp bu katliamın suç ortağı olmayacağımızı beyan ediyor, bu talebimiz yerine gelene kadar siyasi partiler, meclis ve uluslararası kamuoyu nezdinde temaslarımızı durmaksızın sürdüreceğimizi taahhüt ediyoruz."

Bu metnin yayınlanmasından hemen sonra Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan başta olmak üzere birçok hükümet yetkilisinin imzacı akademisyenleri "terör destekçisi" olarak gösterdiğine tanık olunmuştur. Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan ilk olarak 12 Ocak 2016 tarihinde Türkiye'de bulunan büyükelçilere yönelik yaptığı bir konuşmada BAK Bildirisi ve imzacı akademisyenlere yönelik olarak "*Kendisine akademisyen diyen güruh devleti suçluyor*" ve "*bu aydın müsveddeleri, ne yazık ki kalkıp devletin bir katliam yaptığından bahsediyor. Ey aydın müsveddeleri siz karanlıksınız, karanlık. Aydın falan değilsiniz. Sizler ne Güneydoğu'yu, ne Doğu'yu buraların adresini bilemeyecek kadar karanlıksınız ve cahilsiniz*" diyerek "*sözde aydınların ihanetiyle karşı karşıya*" kaldıklarını dile getirmiştir.[4]

14 Ocak 2016 tarihinde yaptığı bir başka konuşmada ise imzacı akademisyenlere ilişkin olarak "*Kendilerine 'akademisyen' diyen bu kitlenin tamamı yalandan, saptırmadan, propagandadan oluşan terör örgütünün dilini, üslubunu kamuoyuna dayatmasıdır. Terör örgütü adına elinize silah alıp kurşun sıkmanızla, onun propagandasını yapmanız arasında hiç-*

4 http://bianet.org/bianet/toplum/171012-erdogan-dan-akademisyenlere-ey-aydin-musveddeleri

bir fark yoktur. Bunun düşünce ve ifade özgürlüğüyle bir ilgisi kesinlikle bulunmuyor"[5] diyen Cumhurbaşkanı Erdoğan 15 Ocak 2016 tarihinde ise "*kalkıp da kapkara bir bildiri yayınlayıp, o katliamların altına imzayı koyan akademisyenleri özellikle tekrar kınıyorum, şiddetle kınıyorum*" ifadesiyle imzacıları "*kapkaranlık insanlar*" olarak tanımlamakla kalmamış; imzacı akademisyenler için "*Bunlar zalimdir, alçaktır çünkü zalimlerle birlikte olanlar zalimdir. ... Bütün yargı makamlarını, üniversitelerin senatolarını Anayasamız ve yasalara ters bu hareketleri sebebiyle, dün yaptığım konuşmada göreve davet ettim, atılması gereken adımların sür'atle atılması gerektiğini... onlar da aynı suçu işlemişlerdir*"[6] diyerek gereğinin yapılması için tüm yetkilileri göreve davet talimatı verdiğini açıklamıştır. Erdoğan, 20 Ocak 2016 tarihinde yaptığı "*terör örgütünün kamu görevlilerine saldırmasına kendince akademik, siyasi fetva veren sivillerin öldürülmesini 'yapmasa iyi olur' diye karşılayan bu zihniyetten açık söylüyorum tiksiniyorum*"[7] şeklindeki açıklamayla imzacı akademisyenlere yönelik ifadelerine devam etmiştir.

Cumhurbaşkanı'nın ilk açıklamasının hemen ardından, 12 Ocak 2016 tarihinde Yükseköğretim Kurumu (YÖK) Genel Kurulu bir yazılı açıklama yaparak hukuk çerçevesinde gerekenlerin yapılacağını belirtmiş ve "*Bir grup akademisyen tarafından yayımlanan devletimizin, Güneydoğu'da sürmekte olan teröre karşı mücadelesini 'katliam ve kıyım' olarak niteleyen bildiri, tüm akademi camiasını zan altında bırakmaktadır. Teröre destek veren kişinin mesleği ve statüsü hiçbir demokratik ülkede kişiye imtiyaz sağlamaz, teröre destekçiliği hiçbir şekilde hafife alınamaz. Teröre destek veren bu bildiri, akade-*

5 http://www.imctv.com.tr/cumhurbaskani-erdogandan-akademisyenlere-yeniden-elestiri/

6 http://www.hurriyet.com.tr/erdogandan-akademisyenler-bildirisine-sert-sozler-40040876

7 http://www.hurriyet.com.tr/akademisyenlere-tiksiniyorum-40043131

mik özgürlük ile bağdaştırılamaz. Vatandaşlarımızın güvenliğini sağlamak devletin en temel görevidir" demiştir.[8]

Bu çerçevede hızla imzacı akademisyenler hakkında üniversiteler tarafından disiplin soruşturmaları açılmaya başlanmıştır. Akademisyenlerin bir kısmı açılan soruşturmaları takiben görevinden uzaklaştırılırken, bir kısmı ise çalıştıkları vakıf ve devlet üniversiteleri tarafından işten çıkartılmıştır. Bu sırada yurt dışında bulunan öğretim elemanları ise haklarındaki soruşturmalara dayanılarak üniversitelerine geri çağrılmıştır.

Üniversitelerde açılan idari soruşturmaların yanı sıra, Cumhuriyet Başsavcılıkları çeşitli illerde ceza soruşturmaları başlatmıştır. Bu soruşturmalara istinaden bir kısım akademisyen gözaltına alınmış ve ifade vermek zorunda kalmıştır. Akademisyenler Esra Mungan, Muzaffer Kaya, Kıvanç Ersoy ve Meral Camcı ise tutuklanmış ve haklarında Terörle Mücadele Kanunu'nun (TMK) 7/2 maddesinde yer alan "terör propagandası yapmak" suçundan iddianame hazırlanmıştır.

15 Temmuz 2016 akşamı gerçekleşen ve 240 kişinin ölümüne ve binlerce kişinin de yaralanmasına yol açan darbe girişimi sonrasında Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti 21 Temmuz 2016 günü Olağanüstü Hal ilan edilmesine karar vermiştir. Cumhurbaşkanı'nın başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu'nun 2016/9064 sayılı kararıyla olağanüstü hal ilan edilmiştir. 21.7.2016 tarihinden itibaren 90 gün olarak belirlenen olağanüstü hal süresi, 19 Ekim 2016 tarihinden itibaren başlamak üzere 90 gün uzatılmıştır.

Olağanüstü Hal döneminde 1 Eylül 2016 gün ve 29818 (Mükerrer) sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 672 sayılı kanun Hükmünde Kararname'nin (KHK) 2. maddesi uyarınca 2346 öğretim elemanı kamu görevinden çıkarılmıştır. Ben-

8 Bkz. http://www.yok.gov.tr/documents/10279/21236927/Akademisyenlerin_Bildirisi_Uzerine_YOK_Genel_Kurul_Basin_Aciklamasi.pdf/

zer şekilde, 29 Ekim 2016 gün ve 29872 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 675 Sayılı KHK'nin 1. maddesi uyarınca 1267 akademisyen ve 22 Kasım 2016 gün ve 29896 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 677 Sayılı KHK'nin 1. maddesi uyarınca 242 akademisyen daha kamu görevinden çıkarıldı. Son olarak bu kitabın tamamlanmasından hemen önce 6 Ocak 2017 gün ve 29949 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 679 Sayılı KHK'nin 1. maddesiyle kamu görevinden çıkarılan akademisyen sayısı ise 42'dir. Hiçbir soruşturma yapılmaksızın, alelacele hazırlanan listelerle kamu görevinden çıkartılan ve doğrudan veya dolaylı olarak kamu hizmetinde çalışmaları engellenen 4486 öğretim elemanının 120'sini BAK metnini imzalayan öğretim elamanları oluşturmaktadır.

02.12.2016 tarihi itibarıyla imzacı akademisyenler hakkında uygulanan yaptırımlar şu şekildedir:[9]

Barış İçin Akademisyenlere Yönelik Hak İhlalleri

	Kamu	*Vakıf*	*Toplam*
İşten Çıkarma/Kamu görevinden çıkartma	152	34	186
İstifa	9	7	16
Zorla Emekli Etme	3	1	4
Disiplin Soruşturması	428	63	491
"Üniversite Öğretim Mesleğinden veya Kamu Görevinden Çıkarma" talebiyle YÖK'e gönderilen dosyalar	103	5	108
Görevden Uzaklaştırma	68	11	79
İdari Görevden Alınma	3	4	7
Gözaltı	52	3	55
Tutukluluk	2	2	4*

(*) Barış Bildirisi imzacılarından 120'si kamu görevinden ihraç edilirken 1 doktora öğrencisi MEB personeli öğretmen de kamu görevinden uzaklaştırılmıştır. En az 63 ÖYP'li imzacı, yapılan usûl ve esas değişiklikleri sonucunda ve KHK'ler ile hak ihlallerine uğratılmıştır. 3 akademisyen 40 gün ve 1 akademisyen 22 gün tutuklu kaldıktan sonra çıkarıldıkları mahkeme tarafından tahliye edilmiştir.

9 https://barisicinakademisyenler.net/node/314 Son güncelleme 11.01.2017.

Bu kitap, BAK metni ve imzacı akademisyenlerle ilgili başlatılan tüm idari ve cezai süreci değerlendirme amacını taşıyor. Kitabın **birinci bölümünde** BAK imzacıları hakkındaki disiplin soruşturmaları incelenecek ve bu soruşturmalarda neden 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun veya 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun ilgili hükümlerinin uygulanamayacağı açıklanacaktır. **İkinci bölümde**, imzacı akademisyenlerin Olağanüstü Hal döneminde çıkartılan KHK'ler ile kamu görevinden çıkartılması sorunu insan hakları hukuku açısından değerlendirilecektir. Kitabın **üçüncü ve son bölümünde** BAK imzacıları hakkındaki ceza soruşturmaları ve kovuşturmaları insan hakları hukuku açısından değerlendirilecek ve terörle ilgili ifadenin sınırlandırılması sorunu ele alınacaktır.

BAK İMZACILARI HAKKINDAKİ DİSİPLİN SORUŞTURMALARI

Yüksek Öğretim Elemanlarının Disiplin Suçlarına İlişkin Mevcut Hukuki Durum[1]

Anayasa, bilim özgürlüğü yanında yükseköğretim kurumlarının özerkliğini güvence altına almak için bu kurumları, yönetimi ve çalışanlarının statüsünü diğer kamu görevlilerinden ayrı olarak düzenlemiştir. Gerçekten de anayasanın 128. maddesi kamu görevlileriyle ilgili genel kurallara yer verirken, 130. madde hem yükseköğretim kurumlarını hem de bu kurumlarda çalışan öğretim elemanlarını özel olarak düzenlemektedir. Anayasanın 130. maddesine göre

> "öğretim elemanlarının görevleri, unvanları, atama, yükselme ve emeklilikleri [...] **disiplin ve ceza işleri**, malî işler, özlük hakları, öğretim elemanlarının uyacakları koşul-

1 Bu bölüm daha önce yazarlar tarafından yayınlanan "Barış İçin Akademisyenler - Disiplin Soruşturmaları Hakkında Hukuki Görüş: Üniversitelerde açılan disiplin soruşturmalarında 2547 veya 657 sayılı kanunların ilgili hükümleri uygulanamaz", 18.01.2016, http://cyber-rights.org.tr/docs/Disiplin_Gorus_YAKA.pdf" metninin genişletilmiş halini içermektedir.

lar, üniversitelerarası ihtiyaçlara göre öğretim elemanlarının görevlendirilmesi kanunla düzenlenir".

Maddenin bütününden anlaşılabileceği gibi bu hususların, herhangi bir yasada değil, üniversite özerkliğini dikkate alacak ayrı bir yasada düzenlenmesi gerekmektedir. Öğretim elemanlarının disiplin ve ceza işlerinin diğer memurlara yönelik genel yasalarda düzenlenmesi hem hizmetin gereklerine hem de bu konunun ayrı bir şekilde düzenlenmesi gerektiğini açıkça düzenleyen anayasanın 130. maddesine aykırıdır. Nitekim öğretim elemanlarının disiplin suç ve cezaları anayasa yürürlüğe girdiğinden beri, 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu'nda düzenlenmektedir. 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun Disiplin ve Ceza İşleri başlığını taşıyan 53. maddesinin b bendi öğretim elemanlarına uygulanacak disiplin suç ve cezalarına ilişkindir. Maddenin 6528 Sayılı Yasanın 7. maddesiyle değişen metni şu şekildedir:

> M.53/b. "Öğretim elemanları, memur ve diğer personele uygulanabilecek disiplin cezaları uyarma, kınama, yönetim görevinden ayırma, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması, üniversite öğretim mesleğinden çıkarma ve kamu görevinden çıkarma cezalarıdır. Hangi fiillere hangi disiplin cezasının uygulanacağı, bu bentte sayılan kişilerin disiplin işlemleri ve disiplin amirlerinin yetkileri, Devlet memurlarına uygulanan usul ve esaslar da göz önüne alınmak suretiyle Yükseköğretim Kurulunca düzenlenir."

Görüldüğü gibi ikinci cümle suç ve cezaları tanımlamamış, bu yetkiyi Yükseköğretim Kurulu'na bırakmıştır. Konu Anayasa Mahkemesi'nin (AYM) önüne götürüldüğünde, mahkeme kuralın ilk cümlesini anayasaya uygun bulmuş; ancak 2. cümlesini iptal etmiştir.[2]

2 E: 2014/100, K: 2015/6, T: 14.01.2015.

AYM iptal kararında; anayasanın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayrım yapılmadığı için disiplin cezalarının da bu maddede öngörülen ilkelere tâbi olduğunu saptadıktan sonra, suç ve cezada kanunilik ilkesinin idari suç ve cezalara da uygulanması gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Bu ilkeye göre, "ceza yaptırımına bağlanan fiilin kanunun *'açıkça'* suç sayması şartına bağlanmış olmasıyla, suç ve cezalara ilişkin düzenlemelerin şekli bakımdan kanun biçiminde çıkarılması yeterli olmayıp bunların içerik bakımından da belirli amacı gerçekleştirmeye elverişli olmaları gerekir" demiştir. AYM'ye göre "bu açıdan kanunun metni, bireylerin hangi somut fiil ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belirli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Bu nedenle, belirli bir kesinlik içinde kanunda hangi fiile hangi hukuksal yaptırımın bağlandığının bireyler tarafından bilinmesi ve eylemlerin sonuçlarının öngörülebilmesi gerekir". Oysa, iptal edilen kural:

> "disiplin uygulamaları ile ilgili olarak genel ilkeleri ortaya koymamakta, disiplin cezalarını gerektiren hâl ve durumları belirlememektedir. Ayrıca kuralda, disiplin cezası vermeye yetkili amir ve kurullar, disiplin cezalarının verilmesinde zamanaşımı ve karar verme süreleri, yüksek disiplin kurulunun çalışma usul ve yöntemleri, kurul kararlarına itiraz ve savunma hakkı başta olmak üzere kamu görevlilerinin hakları, cezaların tatbik edilme şekli ve disiplin cezalarının hangi hâllerde özlük dosyasından silinebileceği gibi konuların hiçbiri ile ilgili kanuni düzenleme bulunmamaktadır."

Görülebileceği gibi AYM, yasal hükümdeki eksikliği sadece suçların ve cezaların tanımlanmamasında değil ve fakat usul eksikliğinde de bulmaktadır. Yasal düzenleme, eylem-

leri düzenlemesinin yanında karar vermeye yetkili birimleri, itiraz ve savunma sürelerini, cezaların tatbik ve sona erme şekillerini de düzenlemelidir. **Mahkeme bu gerekçelerle,** kapsama dâhil personelin disiplin işlemlerine dair usul ve esasların kanunda gösterilmeyerek, **tüm bu işlemlerin Yükseköğretim Kurulu'nca düzenlenmesini anayasanın 38., 128. ve 130. maddelerine aykırı bulmuş ve iptal etmiştir.**

AYM iptal ettiği cümlenin TBMM'ye ait olan yasama yetkisinin Yükseköğretim Kurulu'na devri niteliğinde olduğuna karar vermiştir. Böyle bir devir mümkün olamayacağı için AYM kararı ile sadece 2547 sayılı kanunun 53/b maddesinin 2. cümlesi iptal edilmemiş, aynı zamanda YÖK tarafından hazırlanan "Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği" de dolaylı yoldan uygulanamaz hale gelmiştir. Aksi halde kanunla TBMM tarafından düzenlenmesi gereken hususların Yükseköğretim Kurulu'nca düzenlenmesine izin verilmiş olurdu. Ancak iptal nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu düzenini ihlal edici nitelikte görüldüğünden, anayasanın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 6216 sayılı kanunun 66. maddesinin (3) numaralı fıkrası gereğince iptal hükmünün, kararın Resmî Gazete'de yayımlanmasından başlayarak dokuz ay sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı 7 Nisan 2015 tarihli ve 29319 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmış, 9 aylık süre de **7 Ocak 2016 tarihinde dolmuştur.** Bu tarih itibarıyla gerekli yasal düzenleme yapılmamış olduğu için bir yasal boşluk oluşmuştur.

Aslında 7 Ocak 2016 tarihinden önce de iptal edilen kanun maddesine dayanılarak çıkarılmış yönetmeliğin uygulanması mümkün değildi. Her ne kadar karar 7 Ocak 2016 tarihinde yürürlüğe girmişse de daha 29 Nisan 2015 tarihinde, TBMM'ye verilen bu 9 aylık süre boyunca da söz konusu yönetmeliğe dayanılarak ceza tesis edilemeyeceği saptan-

mıştı. Gerçekten de AYM'nin kararının Resmî Gazete'de yayınlanmasından sonra Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, bu konuya ilişkin verdiği bir kararda:

> "Anılan Anayasa Mahkemesi kararı ile, iptal hükmünün, kararın Resmî Gazetede yayımlanmasından başlayarak 9 ay sonra yürürlüğe girmesine karar verilmiş ise de, Anayasa Mahkemesince bir kanunun tümünün ya da belirli hükümlerinin Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiş olduğu bilindiği halde eldeki davaların Anayasaya aykırılığı saptanmış olan kurallara göre görüşülüp çözümlenmesi, Anayasanın üstünlüğü prensibine ve hukuk devleti ilkesine aykırı düşeceği için uygun görülemez. Bir başka anlatımla, Anayasa Mahkemesinin, iptal kararının yürürlüğe gireceği tarihi ileriye dönük olarak ertelemiş bulunması öncelikle yasama organına aynı konuda, iptal kararının gerekçesine uygun olarak, yeni bir düzenleme için olanak tanımak ve ortada hukuki bir boşluk yaratmamak amacına yönelik olup yargı mercilerinin bakmakta oldukları uyuşmazlıklarda hukuka ve Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiş kuralları uygulaması ve uyuşmazlıkları bu kurallara göre çözümlemesi sonucunu doğurmaz"[3]

demektedir. Ayrıca, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'na göre, anayasanın 153. maddesine göre yasama, yürütme ve yargı organları için bağlayıcı olan AYM'nin söz konusu kararının, bu karardan önce açılmış bulunan ve henüz sonuçlanmamış olan tüm davalara uygulanması gerekmektedir. Dolayısıyla, sadece iptal edilen yönetmelik uyarınca yeni soruşturma açılmaması bile yetmeyecek aynı zamanda önceden verilmiş disiplin cezalarının iptali için açılan idari davaların da iptal kararıyla sonuçlanması gerekecektir. Bu kapsamda Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memur-

3 E: 2013/826, K: 2015/1654.

ları, Disiplin Yönetmeliği'nin dayanağı olan 2547 sayılı kanunun 53. maddesinin (b) fıkrasının 2. cümlesinin Anayasa Mahkemesi kararıyla iptaline karar yerilmiş olması nedeniyle, disiplin soruşturmalarının yasal dayanağı kalmamıştır.

Yasal Boşluğun Genel Hükümler Uyarınca Doldurulup Doldurulamayacağı Hakkında

AYM yukarıda bahsi geçen iptal kararını verdiğinden beri 2547 sayılı kanunda hiçbir değişiklik yapılmadığına göre öğretim elemanları ile ilgili Disiplin Yönetmeliği'nin 7 Ocak 2016 tarihinden sonra uygulanması mümkün değildir. Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'na göre ise zaten anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiş bir kurala göre oluşturulmuş yönetmeliğin AYM kararının açıklanmasından sonra hiçbir soruşturmada kullanılmaması gerekir; çünkü Yönetmeliğin yasal bir dayanağı kalmamıştır.

AYM kararının üzerinden 9 ay geçmesine rağmen, yasa koyucu 2547 sayılı yasada gerekli değişikliği yapmamıştır. Bunun üzerine Yükseköğretim Genel Kurulu'nun aldığı karar, Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı'nm 30.11.2015 tarih 65649 sayılı yazısı ile üniversite rektörlüklerine bildirilmiştir. Yükseköğretim Genel Kurulu, yukarıda yer verilen Anayasa Mahkemesi'nin 14 Ocak 2015 tarihli iptal kararı ve Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun 29 Nisan 2015 tarihli kararına atıfla Yükseköğretim Disiplin Yönetmeliği'nin hukuki dayanağı kalmadığını kabul etmiştir. Ancak kurul bununla da yetinmeyip "2547 sayılı yasanın 53.maddesinin (a) bendi ile diğer maddelerinde özel olarak düzenlenen disipline dair hususlar dışında 657 sayılı Kanunun disipline ilişkin hükümlerinin; her iki kanunda bulunmayan usul kuralları açısından Yüksek Öğretim Kurumları Yönetici, Öğretim elemanı ve Memurları disiplin Yönetmeliğin-

de yer alan usule ilişkin hükümlerin uygulanmasına" karar vermiştir.

Dolayısıyla, Yükseköğretim Genel Kurulu, 657 Sayılı Yasanın 1. maddesinin 3. fıkrasında özel kanuna tabi olduğu belirtilen yükseköğretim personelinin özel yasası kalmadığına göre artık genel yasa olan 657 sayılı yasa uygulanabilir görüşündedir. Oysa bu görüş, hem anayasaya hem 657 sayılı yasaya hem hukukun genel ilkelerine hem de AYM kararına açıkça aykırıdır ve uygulanamaz. Aşağıda açıklanacağı üzere Yükseköğretim Kurulu kararı Anayasaya iki nedenle aykırıdır.

Kamu Görevlilerinin Disiplin Suç ve Cezaları Genel Kanunla Düzenlenemez

İlk olarak, yukarıda da açıklandığı gibi anayasanın 130. maddesi uyarınca yükseköğretim personelinin disiplin suç ve cezaları genel kanunla düzenlenemez, ancak ve ancak özel kanunla düzenlenebilir. Öğretim elemanları, diğer kamu görevlilerinden ve devlet memurlarından farklıdır ve aynı statüde değerlendirilmeleri mümkün değildir. Anayasa Mahkemesi'ne göre:

> "Anayasa'da üniversite, bilimsel çalışmaların yapıldığı ve bilimin öğretildiği kurum olarak nitelendirilip bilimsel ve idari özerkliğe sahip kılınarak diğer kamu kurumlarından farklı değerlendirilmiş, öğretim üyelerine de kamu görevlisi olmakla birlikte genel sınıflandırma içinde ayrı bir yer verilerek kendilerine özgü önem ve değerde bir meslek sınıfı olduğu belirtilmiştir."[4]

Anayasanın sistematik yorumu da bu yaklaşımı doğrulamaktadır. Anayasanın 27. maddesinde bilim özgürlüğü özel

4 AYM, E: 2010/29, K: 2010/90, T: 16.7.2010.

olarak düzenlenmiş, yine anayasanın 130. maddesinin 1. fıkrası ile üniversite özerkliği vurgulanmıştır. Anayasa uyarınca özerk olması gereken üniversitelerde çalışan akademik personele devlet memuru muamelesi yapılması düşünülemez. **Devlet memurundan beklenen devlete sadakat ödevi aynı şekilde öğretim üyesinden beklenemez, çünkü öğretim üyesi etik olarak bilimsel gerçekliğe ve evrensel ilkelere sadakat göstermelidir.** Bu nedenle de, öğretim elemanları özellikle disiplin konularında 657 sayılı yasanın muhatabı olamaz. Nitekim, **bir çok konuda 657 sayılı yasada öngörülen disiplin suçları öğretim elemanlarına uygulanamaz niteliktedir.** Uygulanmaları hem anayasanın 27. maddesini hem de uluslararası insan hakları sözleşmelerini ihlal eder.

Yükseköğretim Kurulu Kararı Suç ve Cezaların Kanuniliği İlkesine Ağır Bir Aykırılık İçermektedir

Yükseköğretim Kurulu, sadece kararı aldığı tarihten sonrasına değil öncesine de 657 sayılı yasanın uygulanmasını istemektedir. **Bu yaklaşım anayasanın 38. maddesinde yer alan suç ve cezaların kanuniliği ilkesine ağır bir aykırılık içermektedir.** Çünkü örneğin 1 Mayıs 2015 tarihinde bir davranışta bulunan öğretim elemanının kendisine 657 sayılı yasanın uygulanacağını öngörmesi mümkün değildir; o doğal olarak kendisine uygulanacak kuralın Disiplin Yönetmeliği olacağını düşünecektir. Üniversitelerde disiplin suçlarına 30 yıldır Disiplin Yönetmeliği uygulanmaktayken Yüksek Öğretim Kurulu'nun geriye yürüyecek şekilde disiplin soruşturmalarında artık 657 sayılı yasanın uygulanacağını belirtmesi anayasanın 38. maddesinde yer alan *"Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz"* hükmüne açıkça aykırılık oluşturmaktadır.

AYM'nin yukarıda yer verilen iptal kararında belirttiği gibi disiplin suçları ve cezaları bakımından ortada şeklen bir kanunun bulunması yeterli değildir; aynı zamanda bu kanunun getirdiği kuralın muhatapları tarafından öngörülebilir olması gerekir. Yasallık ilkesinin en katı uygulandığı alan suç ve cezaların kanuniliği alanıdır (*Nullum crimen, nulla poena sine lege*). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de suçların ve cezaların kanuniliği ilkesini bu yönde yorumlamaktadır. AİHM'e göre bu ilkeyi yerine getirmek için iki testin yerine getirilmesi gerekir. Birinci test, suçun işlendiği tarihte ulusal ve/veya uluslararası hukukta sanığın cezalandırılmasına dayanak olacak açık hukuki bir dayanak olup olmadığına bakmayı gerektirir. İkinci test ise sanığın suçun işlendiği tarihte kendisine uygulanacak kuralı öngörmesinin ve bu kurala ulaşmasının mümkün olup olmadığına, hangi davranışlarının suç oluşturacağını tahmin edip edemeyeceğine bakmayı gerektirir.[5] Oysa 7 Ocak 2016 tarihinden sonra öğretim elemanları hakkında 657 sayılı yasa uyarınca işlem yapmak için ne açık bir yasal dayanak vardır ne de muhataplarının bunu öngörmeleri mümkündür. 50 yıldır yürürlükte olduğu halde, bir kez bile öğretim elemanlarına uygulanmamış bir kuralın bir idari kararla disiplin suçu haline gelmesi muhatapları tarafından öngörülebilir değildir.

Dolayısıyla, **Yükseköğretim Kurulu'nun kararı AYM kararını da hiçe saymaktadır**. Bunun için de en az üç gerekçe vardır.

Birincisi; AYM idarenin suç ve ceza düzenleme yetkisi olmadığını belirtmektedir. Oysa YÖK 30.11.2015 tarihine kadar olmayan suç ve cezaları, 657 sayılı yasanın uygulanacağını söylemek suretiyle yaratmıştır. AYM'nin iptal kararını verdiği 14 Ocak 2015 tarihine kadar YÖK'ün böyle bir yetkisinin olduğu kabul edilebilir. Ancak 2547 sayılı yasanın

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

53. maddesinin (b) bendinin iptal edilmesiyle artık böyle bir yetki kalmadığına göre, Yükseköğretim Kurulu 30.11.2015 tarihine kadar disiplin suçu olmayan bir eylemi sıfırdan düzenleyemeyeceği gibi başka bir yasadaki hükümleri de yükseköğretim personeline uygulayamaz. **Bu yetki sadece ve sadece yasa koyucunundur.** Aksi takdirde AYM kararının hiçbir anlamı kalmaz.

İkincisi, Yükseköğretim Kurulu'nun bu kararı, AYM'nin boşluk saptaması ile de çelişmektedir. AYM, eğer 657 sayılı yasanın disiplin suçlarına uygulanabileceğini düşünseydi, iptal nedeniyle doğacak hukuksal boşluğu kamu düzenini ihlal edici nitelikte görmezdi. AYM, yasa koyucuya 9 aylık süre vermiştir çünkü iptal kararı hemen yürürlüğe girse uygulanacak disiplin kuralı bulunmamaktadır.

Son **olarak**, AYM yasallık ilkesinin sadece maddi kurallar açısından değil usul kuralları açısından da geçerli olduğunu belirtmiştir. AYM'ye göre "disiplin cezası vermeye yetkili amir ve kurullar, disiplin cezalarının verilmesinde zamanaşımı ve karar verme süreleri, yüksek disiplin kurulunun çalışma usul ve yöntemleri, kurul kararlarına itiraz ve savunma hakkı başta olmak üzere kamu görevlilerinin hakları, cezaların tatbik edilme şekli ve disiplin cezalarının hangi hâllerde özlük dosyasından silinebileceği gibi konular" da yasayla düzenlenmelidir. Oysa Yükseköğretim Kurulu bu konularda Yönetmeliğin uygulanmaya devam edeceğini belirtmektedir. Bunun AYM ve Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu kararlarını hiçe saydığı açıktır. Oysa anayasanın 153. maddesinin son fıkrası uyarınca Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazete'de hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar.

Yükseköğretim Kurulu kararı, 657 sayılı yasaya da aykırıdır. Yasanın kapsamı düzenleyen 1. maddesi "Üniversite-

lerin, İktisadi ve Ticari İlimler Akademilerinin, Devlet Mühendislik ve Mimarlık Akademilerinin, Devlet Güzel Sanatlar Akademilerinin, Türkiye ve Orta-Doğu Amme İdaresi Enstitüsünün öğretim üye ve yardımcıları"nın özel kanun hükümlerine tabi olacağını söylemektedir. Bunun anlamı, 657 sayılı yasanın aksi öngörülmediği sürece öğretim elemanlarına uygulanamayacağıdır ki bu hüküm anayasanın 130. maddesiyle de uyumludur. 2547 sayılı yasada disiplin hükümlerine ilişkin 657 sayılı yasayla hiçbir ilgi kurulmadığı da görüldüğünde özel kanun yoksa genel kanun uygulanır düşüncesinin hiçbir hukuki dayanağının olmadığı görülecektir.

Açıklanan nedenlerle, Yükseköğretim Kurulu'nun, 2547 sayılı kanun hükümleri uygulanamayacağı için bunun yerine 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun disiplinle ilgili maddelerinin uygulanmasını önerme yetkisi olmadığı gibi bu hükümlerin maddi olarak uygulanması da mümkün değildir.

Konunun Sonradan Düzenlenecek Bir Yasayla Suç Haline Getirilmesi İhtimali

BAK imza metninin sonradan çıkarılan bir disiplin yasası ile suç haline getirilmesi de yukarıda açıklanan aynı gerekçelerle mümkün değildir. Akademisyenlerin açıklamayı yaptıkları tarihte eylemlerine uygun cezalandırmayı gerektiren bir kural yukarıda açıklandığı gibi mevcut değildir. Bu tarihten sonra çıkarılacak bir hükümle cezalandırılmaları ise anayasanın 38. maddesinde yer alan "Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz" hükmüne aykırı olacaktır. Bu nedenle anılan açıklamanın disiplin suçu olarak nitelendirilip cezalandırılması hukuken mümkün değildir.

Devam Eden Üniversite Disiplin Soruşturmaları Hakkında Değerlendirme

Yukarıda yapılan değerlendirme çerçevesinde, BAK metnini imzalayan öğretim elemanları hakkında 2547 sayılı kanuna veya Yüksek Öğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği'ne istinaden soruşturma açılamayacağı, görevden uzaklaştırma kararı ve/veya disiplin cezası verilemeyeceği açıktır.

Dahası, BAK metnini imzalayan öğretim elemanları hakkında 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'na istinaden de disiplin soruşturması açılamaz. Üstelik 2547 sayılı kanunda tanımlanan öğretim elemanları devlet memuru olmadığından, Devlet Memurları Kanunu'nun genel hüküm olduğu gerekçesi ile öğretim elemanlarına uygulanması da mümkün değildir.

Bu açık ve net değerlendirmeye rağmen 36 farklı üniversitede 511 imzacı öğretim elemanına soruşturma açıldığını biliyoruz. Bu soruşturmalar hukuka ağır aykırılıklar içerdiği için yürütülen soruşturmalara istinaden bir değerlendirme yapma gerekliliğini duyuyoruz.

Yürütülen Disiplin Soruşturmalarının Hukuki Dayanağının Belirsizliği

BAK metnini imzalayan öğretim elemanları hakkında açılan ve yürütülen soruşturmaların **ortak yönü esasen ortak yönlerinin olmamasıdır**. Bu nedenle soruşturmaların, keyfi ve belirsiz olduğu çok açık bir şekilde ortaya çıkmıştır.

Bilindiği gibi BAK bildirisini imzalayan 1128 kişi arasında farklı kamu ve vakıf üniversitelerinde görev yapan öğretim elemanları vardır. İmza atılan metin ve disiplin suçu oluşturduğu iddia edilen eylem aynı olmasına rağmen, yukarıda gerekçeleriyle sunulan 18 Ocak 2016 tarihli hukuki görüşü-

müzde belirttiğimiz gibi açık bir hukuki dayanak olmaması nedeniyle her üniversite tamamen keyfi bir şekilde farklı farklı yöntemler izleyerek soruşturmalar başlatmıştır.

Örneklerle Barış İçin Akademisyenlere Açılan Disiplin Soruşturmaları ve Belirsizlik Sorunu

Bu soruşturmaların bazılarının hangi yasa ve yönetmeliğin hangi maddesine göre yürütüldüğü tamamen belirsizdir. Soruşturmaların açıldığı tarihin üzerinden yaklaşık 9 ay geçmesine rağmen bu belirsizlik giderilememiştir. Bu nedenle de açılan soruşturmalar bir türlü sonuçlandırılamamaktadır. Üniversite tarihimizde görülmemiş bir şekilde, üniversiteler ve YÖK soruşturmaların tamamlanması için adeta bir sinyal beklemektedir. Bu açıdan bakıldığında, soruşturmalara ilişkin belirsizlikten ziyade çaresizlikten bahsetmek doğru görülebilir. Siyaseten cezalandırılması istenen bir eylemin hukuken bir dayanağı bulunmamaktadır. Aynı eyleme farklı hukuksal dayanaklarla soruşturma açan üniversiteler ve bir türlü bitirilemeyen soruşturmalar bu durumun açık kanıtıdır.

Örneğin, **Ankara Üniversitesi** imzacı öğretim elemanlarına yolladığı soruşturma yazısında "*2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesinin (a) bendi ile diğer maddelerinde özel olarak düzenlenen disipline dair hususlar dışında, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun disipline ilişkin hükümleri ve her iki Kanunda bulunmayan usul kuralları açısından Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği hükümleri uyarınca disiplin soruşturması açıl(dığını)*" bildirmiştir.

İstanbul Üniversitesi Rektörlüğü tarafından hazırlanan üst yazıda ise Danıştay kararı hatırlatılarak soruşturmanın 657 sayılı yasa hükümleri ve Disiplin Yönetmeliği'nin usul kuralları uyarınca yapılması talep edilmiştir. Anadolu Üni-

versitesi'ndeki bir soruşturmada soruşturmacı tarafından gönderilen resmi yazıda "*hakkınızda 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu uyarınca disiplin soruşturması açılmış olup; gerekli soruşturmayı yapmak üzere soruşturmacı olarak tayin edildim*" denmektedir. Aynı üniversitedeki bir başka soruşturmada ise soruşturmanın 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu ve ilgili mevzuat uyarınca yürütüleceği belirtilmektedir.

Uludağ Üniversitesi soruşturma yazısında ise "*akademisyen basın bildirisine atmış olduğunuz imza nedeniyle hakkınızda, Yüksek Öğretim Kurumları Yönetici Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği gereğince soruşturma*" açılmıştır denilmektedir. **Yıldız Teknik Üniversitesi** de benzer şekilde, soruşturmanın 2547 sayılı Disiplin Yükseköğretim Kanunu'nun 53. maddesi ile 65. maddesinin (a) fıkrasının (9) bendi gereğince düzenlenmiş olan Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği'ne göre yürütüleceğini belirten bir davetiye göndermiştir.

Görüldüğü gibi, bazı üniversiteler AYM'nin[6] ve Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun[7] açık kararlarına rağmen **yürürlükte bulunmayan YÖK Yönetmeliğine göre suç ve ceza tesis etme yoluna gitmişlerdir**. Diğer bazı üniversiteler ise **maddi açıdan değil ve fakat usul açısından yönetmeliği uygulamak yolunu seçmektedir**. Lakin AYM'nin ve Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun kararları okunduğunda bunun da mümkün olmadığını yukarıda açıklamıştık.

Yaşar Üniversitesi'nde yürütülen soruşturmada ise 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125. maddesinde yer alan disiplin suçları sıralanmış ve imza eylemi "*soruşturma açılmasını gerektiren benzer eylemler*" olarak değerlendirilerek üç farklı suça istinaden savunma talep edilmiştir.

Bazı üniversitelerin ise soruşturmaya dayanak olarak hiç-

6 AYM, E: 2014/100, K: 2015/6, T: 14.1.2015.

7 DİDDK, E: 2013/826, K: 2015/1654, T: 29.04.2015.

bir hukuki metin göstermediğini görüyoruz. Örneğin; **Doğuş Üniversitesi** soruşturmasında imzacı öğretim elemanlarına "*İşbu yazıyı aldığınız tarihten itibaren 7 gün içerisinde yazılı olarak savunma vermenizi, bu süre içerisinde savunma vermediğiniz takdirde bundan vazgeçmiş sayılacağınız*" şeklinde bildirimde bulunmuştur.

İnceleme imkanımız olan soruşturmaların bir tanesinde bile suç olduğu belirtilen eylemin hangi yasanın hangi hükmüne denk düştüğünü gösterir bir soruşturma yazısına ulaşamadığımızı açıkça belirtebiliriz. Soruşturma yazıları ya hiçbir yasal dayanak göstermemekte ya da bir yasa veya yönetmeliğin bütününe gönderme yapmaktadır. Taşra üniversitelerinde ise süreç daha da keyfi bir şekilde yürütülmektedir.

Bazı üniversitelerin ise hiçbir somut gerekçe göstermeden, soruşturma dahi başlatmadan veya soruşturma sırasında, soruşturulan öğretim elemanlarını görevden uzaklaştırdığını gördük. Bilindiği kadarı ile yaklaşık 85 öğretim elemanı tedbiren görevinden uzaklaştırılmıştır. Mevzuat konusundaki karmaşa uzaklaştırma kararlarıyla ilgili olarak da devam etmektedir. Bu kararlarda hangi yasanın veya yönetmeliğin görevden uzaklaştırma ile ilgili hangi maddesinin uygulandığı veya öğretim elemanının görevi başında kalmasında sakınca görülecek hallerin ne olduğu gerekçelendirilmemiştir.

Disiplin Suçu Sayılan Eylem ve Unsurları Bakımından Değerlendirme

Suçun vasıflandırılması ve/veya nitelenmesi açısından da durum farklı değildir. Ulaşabildiğimiz soruşturmaların büyük bir çoğunluğunda ne suç tarif edilmiş ne imzalanan bildirinin neresindeki hangi ifadenin suç olduğu tespit edilmiş ne de suçlamaların hukuki karşılığı gösterilmiştir.

Ankara Üniversitesi soruşturmasında hem suç olan eylem hem de bu suçun hangi yasa hükmü kapsamında olduğuna dair hiçbir bilgi mevcut değildir. Bununla birlikte aslında rektörlük tarafından gönderilen yazı ne iptal edilen 2547 sayılı kanun ve ilgili yönetmelik uyarınca ne de öğretim elemanlarına uygulanması mümkün olmayan 657 sayılı kanun uyarınca soruşturma açılması için gerekli şartları yerine getirmektedir. Bu şekilde açılan soruşturma hukuken her hali ile sakattır.

Uludağ Üniversitesi'ndeki bir soruşturmada "*memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede hareketlerde bulunma*" suçlaması yapılmakla birlikte bu sonuca nasıl ulaşıldığına dair hiçbir açıklama yoktur. **Anadolu Üniversitesi**'ndeki bir soruşturmada ise "*Devleti katliam yapmakla suçlayan ve Devletin varlığı ve bağımsızlığı aleyhine yer verdiği*" gerekçesi ile soruşturma açılmıştır. **İstanbul Üniversitesi** tarafından yürütülen soruşturmada diğer soruşturmalardan farklı olarak bildiriden 5 cümle kesilerek alınmış ve bu cümlelerin suç olduğu iddia edilmiştir. Ama bu kez de söz konusu ifadelerin hangi suça vücut verdiğine ilişkin hiçbir açıklama yapılmamıştır. **Yıldız Teknik Üniversitesi** soruşturmasında ise "*Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Türkiye Büyük Millet Meclisini, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini, Devletin yargı organlarını alenen aşağılamak ve terör örgütü propagandası yapmak*", "*Memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak*", "*Yurtdışında Devletin itibarını düşürecek veya görev haysiyetini zedeleyecek tutum ve davranışlarda bulunmak*" suçlarını işlemekten YÖK Disiplin Yönetmeliği kapsamında soruşturma açılmıştır. YÖK Disiplin Yönetmeliği'nde bile yer almayan bu suçların nerede yazdığı ve hangi eylemin bu suçlara vücut verdiği de yine tamamen belirsizdir.

Yaşar Üniversitesi soruşturmasında ise eylem hiç be-

lirlenmezken; şüpheli hakkında 657 sayılı yasanın uyarma cezasını gerektiren 125/A(e), kınama cezasını gerektiren 125/B(d), devlet memurluğundan çıkarılma cezasını gerektiren 125/E(b) hükümlerinin tümü açısından soruşturma açıldığı bildirilmiştir. Her biri başka bir suçu düzenleyen bu hükümlerin nasıl olup da ihlal edildiği soruşturma yazısında belirsizdir.

Görüldüğü gibi eylem tek olmasına rağmen farklı üniversitelerin tamamı aynı eylemi ya hiçbir şekilde hukuken tanımlayamamış ya farklı tanımlamış ve tamamen farklı kuralları dayanak yapmıştır. Bu kadar farklı soruşturma içinde değil aynı, benzer bir suçlama örneği ile bile karşılaşmak mümkün değildir.

Ne var ki; gerek hukuki dayanak gerekse eylemin sınıflandırılması ve tanımlanması açısından karşılaşılan kaos ve karmaşa üniversitelerin fiili hatalarından kaynaklanmamaktadır. Bildiriyi imzalamak suç olmadığı ve bu suç daha önceden tarif edilmediği için sonradan hukuki dayanak yaratma çabası kaçınılmaz olarak tüm üniversiteleri keyfiyete sürüklemiştir. Bir başka deyişle, disiplin soruşturması açan üniversite yönetimlerinin bizzat kendilerinin disiplin suçu işlediğinden bahsedilebilir çünkü ortada bir suç olmadığından bir tek üniversite dahi usulüne uygun bir soruşturma açmayı başaramamıştır. Ortada bir suç olmadığı tespitimize ilişkin hukuki değerlendirme aşağıda yapılmıştır.

Hukuk Devleti ve Suçun Öngörülebilirliği Açısından Değerlendirme

Yukarıda da bahsedildiği gibi, AYM'nin yerleşik içtihadından anlaşılabileceği üzere anayasanın 38. maddesi açısından idari ve adli cezalar arasında bir fark bulunmamaktadır. Anayasanın 38. maddesinin ilk fıkrasında, "*kimse, kanu-*

nun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz"; üçüncü fıkrasında da "*ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur*" denilerek "*suç ve cezanın kanuniliği*" ilkesi getirilmiştir. AYM'ye göre de "*kişilerin yasak eylemleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır. Anayasa'nın 38. maddesinde idari ve adli cezalar arasında bir ayrım yapılmadığından disiplin cezaları da bu maddede öngörülen ilkelere tâbidir.*"[8]

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu 2012 yılında aldığı bir kararında[9] da AYM kararı[10] gereğince "*Yükseköğretim Kurumlarında çalışan yönetici, öğretim elemanı ve memurlara uygulanacak disiplin suç ve cezalarının da yasayla düzenlenmesi hukuken zorunludur*" demiştir. Yine Anayasa Mahkemesi'nin defaatle belirttiği gibi bir hukuk devletinin en temel özelliklerinden biri "belirlilik" ve "öngörülebilirlik"tir. Belirliliğin ne anlama geldiği şu ifadelerden tespit edilebilir:

> "Hukuk devletinin temel ilkelerinden biri "*belirlilik*"tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, yasadan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını ayarlar. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm ey-

8 AYM, E: 2014/100, K: 2015/6, T: 14.1.2015; E: 2010/28, K: 2011/139, T: 20.10.2011.

9 DİDDK, E: 2007/1018, K: 2012/1333, T: 01.10.2012.

10 AYM, E: 2010/28, K: 2011/139, T: 20.10.2011.

lem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar."[11]

Belirlilik ilkesinin en katı uygulanacağı alan şüphesiz suç ve cezaların tarifidir. Ceza hukukunun temel ilkelerinden biri kanunsuz suç ve ceza olmayacağı ilkesidir (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Hukukumuzda bu ilke hem ceza kanununda hem de bir temel hak olarak anayasada ifade edilmiştir. Anayasanın 38/1 hükmüne göre *"Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez"*. Yine Türk Ceza Kanunu'nun 2/3 maddesine göre, *"Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz"*. AİHS'in 7. maddesinin 1. fıkrası da *"Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal ve uluslararası hukuka göre suç sayılmayan bir fiil veya ihmalden dolayı mahkum edilemez"* kuralını ihtiva etmektedir. Bu nedenle, bir suçun varlığından bahsedebilmek için suçun kanunilik unsurunun gerçekleşmesi, bir başka deyişle iddia konusu eylemin kanunda tanımlanan suç tipine uygun olması gerekir.[12]

Kanunsuz suç ve ceza olmayacağına dair ilke, mevcut suçların daha önce suç olarak tanımlanmamış eylemlere teşmilini yasakladığı gibi ceza kurallarının kıyas gibi yollarla sanığın aleyhine bir şekilde genişletilmesini de yasaklar.[13] AİHM'in de belirttiği gibi bir yasa ne kadar açık bir şekilde kaleme alınmış olursa olsun, anlamının açıklığa kavuşturul-

---

11 AYM, 26.12.2013 gün ve E. 2013/67 ve K. 2013/164.

12 *Karlis A.Ş. Başvurusu*, B. No: 2013/849, 15.4.2014, para. 32.

13 *Coëme ve Diğerleri/Belçika*, no. 32492/96, 22.06.200, para. 145, ECHR 2000-VII; *Achour/Fransa* [BD], no. 67335/01, para. 41, 29.03.2006, *Del Rio Prada/İspanya*, no. 42750/09, 21.10.2013, para 78.

ması yargı kararları ile mümkündür. Aynı nedenle, yasa hükümlerinin gelişen koşullara ve teknolojik gelişmelere uyarlanması gerekebilir. Bu nedenle, çoğu yasanın bir ölçüde uygulamada açıklığa kavuşturulacak bazı muğlaklıklar içermesi mümkündür.[14] Bununla birlikte, yorumla ulaşılacak sonuç suçun özüyle uyumlu olmalı ve muhatapları tarafından makul bir şekilde öngörülebilir olmalıdır.[15]

AİHM içtihatlarından bu ilkeye ilişkin 3 temel sonuç çıkarılabilir:

1- Bir ceza kanununun kimi hükümleri yoruma açıktır. Ceza kanunundaki bazı genel kavramların yargı makamlarınca yorumlanması, suç ve cezada kanunilik ilkesini ihlal etmez. Bununla birlikte; bu yorumun iki önemli sınırı vardır.
2- Birinci sınır; yorum yoluyla hükümde öngörülen suç tipinin özüne aykırı, onunla ilgisiz yeni bir suç yaratılamaz.
3- İkinci sınır; yorumla tanımlanacak kavramın gerekirse mahkemelerin yardımıyla da olsa muhatabı tarafından öngörülebilir olması gerekliliğidir. Buna göre, kişi hangi davranışlarının cezai sorumluluk yaratacağını öngörebilmelidir.

Oysa yukarıda açıklandığı gibi soruşturma yazılarında soruşturulan akademisyenlerin suçunun ne olduğu belirtilmediği gibi eylemlerine uyan kanun hükmünün ne olduğu da yer almamaktadır. Daha önce belirttiğimiz üzere 657 sayılı yasa zaten öğretim elemanları açısından uygulanamaz. Uygulanabilir olsaydı bile somut olayımızdaki akademis-

14 *Sunday Times/Birleşik Krallık* (no. 1), 26.4.1979, para. 49, Series A no. 30.

15 *Streletz, Kessler ve Krenz/Almanya* [BD], no. 34044/96, 22.03.2001, para. 50, ECHR 2001-II.

yenlerin eylemine uygulanması mümkün olmazdı. AYM'ye göre "*disiplin cezaları, kamu görevlilerinin görev, yetki ve sorumlulukları kapsamında kamu hizmetlerinin yürütülmesi ve kamu yararının devamlılığının sağlanması amacıyla yasal olarak düzenlenmiş yaptırımlardır.*"[16] Aşağıda daha ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere 657 sayılı kanunun 124. maddesi gereği "*kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak amacı*" ile ve ancak görev mahallinin veya işyerinin huzurunu bozmak şeklinde işlenebilecek disiplin suçlarının, **işyeriyle hiçbir ilgisi olmayan bir bildiriyi imzalayanlara kıyasen uygulanması mümkün değildir.**

Halihazırda yürütülen soruşturmalar vesilesiyle yollanan yazılar AİHM içtihadında ortaya çıkan üçlü testi açıkça ihlal eder niteliktedir. Suç konusu eyleme denk düşen bir yasa hükmü ne 657 sayılı yasada ne 2547 sayılı yasada ne de yönetmelikte mevcuttur. Bu nedenle, üniversite idareleri hizmetle ilgisi olmayan ve ilgili yasal metinlerde hiç öngörülmeyen bir suçu yaratmaktadır. İkincisi, ortada uygulanabilir bir kural olmadığı için disiplin hukuku açısından muhataplarının bu kuralları öngörebilmelerinden bahsetmek de imkansızdır. Bildirinin yayımlanmasından 9 ay geçmesine rağmen hala bu bildirinin hangi kuralı ihlal ettiğine dair bir tek düzgün soruşturma açılabilmiş değildir.

Bunun içindir ki, **Türkiye'de soruşturma yürüten üniversiteler arasında bir tanesi bile suç olduğu iddia edilen eylemle uyumlu bir disiplin hükmü bulamamıştır.** Bunun yerine bir hukuk devletinde kabulü asla mümkün olmayacak şekilde soruşturma evraklarında suç ve cezalar ya hiç belirtilmemiş ya da hiç anlaşılamayacak şekilde muğlak bırakılmıştır. Bu kadar hukukçunun ve idarecinin binbir çabayla ne olduğunu saptayamadığı "suçu", öğretim elemanlarının bir metne imza atarken öngörmesi gerektiği nasıl iddia edilebilir?

16 AYM, E: 2010/28, K: 2011/139, T: 20.10.2011.

Açıklanan nedenlerle, yürütülen soruşturmalar yukarıda belirtilen AYM ve AİHM kararlarında tarifini bulan suç ve cezaların kanuniliği ve hukuk devleti ilkelerinin ağır bir ihlaline vücut vermektedir. Salt bu gerekçe soruşturmaların gecikmeksizin durdurulmasını gerektirir.

Suçlamanın Niteliği, Sebebi ve Hukuki Dayanağının Bildirilmemiş Olmasının Savunma Hakkına Etkisi

2547 sayılı kanunun 53 maddesinin (a) bendi disiplin kurullarının nasıl oluşturulacağına ilişkin olmakla birlikte herhangi bir disiplin suçu içermemektedir. 657 sayılı kanunda ise 5 farklı disiplin cezası ve bunlara neden olabilecek çok sayıda farklı fiil yer almaktadır. Gerek anayasanın 36. maddesinde yer alan ve AİHS'in 6. maddesinde daha ayrıntılı düzenlenmiş haliyle adil yargılanma hakkının gerekse de bu hakka dayanılarak idare mahkemeleri, Danıştay ve AİHM kararları uyarınca verilmiş kararların ortaya koyduğu gibi bir öğretim elemanının savunmasını yapabilmesi için söz konusu metni imzalamanın disiplin cezası gerektiren hangi fiili nasıl oluşturduğunun ve bu fiilin hangi disiplin cezasını gerektirdiğinin tarafına açıkça ve ayrıntılı bir şekilde bildirilmiş olması gerekmektedir. Aksi halde, kişi neyle itham edildiğini ve bu ithamın neye dayandığını bilmeden savunma yapmak durumunda kalacaktır. Bu durum savunma hakkının açıkça ihlalini oluşturmasının yanı sıra somut olarak bu şekilde savunma yapılması imkânsızdır.

Anayasanın 36. maddesi uyarınca herkesin adil yargılanma hakkı vardır. Ceza yaptırımı öngörülen bir soruşturmada adil bir muhakeme ancak suçlanan kişinin neyle suçlandığını bilmesiyle mümkündür. AİHS'in 6. maddesinin 3. fıkrasına göre bir suç ile itham edilen herkes "kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede,

anladığı dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek" hakkına sahiptir. Danıştay'a göre de savunma hakkı sadece isnad edilen vakıalardan haberdar edilmeyi değil, aynı zamanda bu maddi vakıaların hukuki nitelendirilmesini öğrenmeyi de kapsar.[17] Danıştay'ın başka bir kararında hakkında disiplin cezası verilen kişiye isnad edilen fiillerin ve bu fiillerin Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü'nün hangi maddeleri kapsamına girdiğinin tek tek belirtilmeden cezaya hükmedilmesinin hukuka aykırı olduğuna karar verilmiştir:

> "Davacıya verilen disiplin cezalarının dayanağı olarak gösterilen eylemlerin Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü'nde yer alan hangi disiplin suçu kapsamında olduğu ve bu maddeler uyarınca cezalandırılmaları gerektiğine yönelik olarak soruşturmacı tarafından bir belirlemede bulunulmadan ceza teklifinde bulunulması ve Emniyet Genel Müdürlüğü Yüksek Disiplin Kurulu'nca da teklif doğrultusunda ceza verilmiş olması nedeniyle, davacının işlediği iddia edilen eylemlerinin karşılığında haklılığım ortaya koyabilecek, disiplin suçunu işlemediğini kanıtlayacak, eylemlerinin karşılığında verilen cezaların eylemle örtüşmediğini ortaya koyacak savunma hakkından yoksun bırakılmış olması ve disiplin cezasının hukuka uygunluk denetimini yerine getirecek yargı yerinin hakkaniyete uygun etkin bir şekilde bu denetimi yerine getirmesi imkânının ortadan kaldırılmış olması hususları birlikte ele alınıp değerlendirildiğinde, davacının işlediği iddia edilen fiillerin Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü'nün ilgili maddeleri kapsamında disiplin suçu oluşturduğu kanaatine varılarak davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuka aykırılık bulunmamaktadır."[18]

17 Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, 20.10.1989, E: 1989/401, K: 1989/156, DD, S: 78-79, s.111-114.

18 Danıştay Onikinci Daire, E: 2005/6353, K: 2006/540.

Sakarya Bölge İdare Mahkemesi'nin bir kararında[19] da vurgulandığı üzere; savunma hakkı üst hukuk normları ile salt yargı organları tarafından yapılan soruşturma ve kovuşturmalar yönünden değil disiplin soruşturmaları yönünden de güvence altına alınmıştır. Savunma hakkının disiplin soruşturması aşamasında da yukarıda değinilen üst hukuk normları ve AYM kararları ışığında kullandırılması zorunludur. Bu kapsamda; ilgili kamu görevlisinin savunma hakkını kullanmadan önce hakkındaki iddiaları, bu iddiaların dayandığı delilleri, üzerine atılı fiillerin hukuki nitelendirmesini ve önerilen disiplin cezasının ne olduğunu öğrenmesi zorunludur. Bunlar sağlanmadan savunma hakkının kullandırıldığından söz etmek olanaklı değildir. Anılan kararda soruşturma sırasında kamu görevlisinin ifadesine başvurulması amacı ile yazılan yazının belirtilen unsurları içermemesi nedeniyle savunma istem yazısı olarak kabul edilemeyeceği, kamu görevlisinin bu kapsamda verdiği yazılı ifadenin savunma hakkının kullandırılması olarak nitelendirilemeyeceği belirtilerek idarenin işlemi iptal edilmiştir.

AİHM Büyük Daire tarafından verilen Pélissier ve Sassi kararında, adil yargılanma hakkının gereği olan suçlamanın niteliği ve sebebinden haberdar edilme hakkının suçlanan kişinin savunma hakkının unsurlarından biri olarak değerlendirilmesi gerektiği vurgulanarak 6. maddenin 3 (a) bendinin, sanığa aynı zamanda yalnızca suçlamanın nedeni konusunda, yani işlemiş olduğu iddia edilen ve suçlamanın temeli olan fiiller konusunda değil, bu fiillerin hukuki olarak nasıl nitelendiği konusunda da ayrıntılı olarak bilgilendirilme hakkını verdiği belirtilmiştir.[20] Türkiye'ye karşı verilmiş Sadak kararında da 6. maddenin 3 (a) bendi uyarınca ceza konularında sanığa kendisine isnat edilen suçlar ve

19 E: 2013/962, K: 2013/809, T: 28.05.2013.

20 *Pélissier ve Sassi/Fransa*, no. 25444/94, 25.03.1999, para. 54.

bununla ilgili olarak mahkemenin bu konuda benimseyebileceği hukuki niteleme konusunda tam ve ayrıntılı bilgi verilmesinin yargılamanın adil olmasını güvence altına almak bakımından temel bir önkoşul olduğu belirtilmiştir.[21]

Yukarıda bahsedilen ve tarafımızca analiz edilen soruşturma yazıları yukarıda belirtilen hukuk kuralları ve mahkeme kararları ışığında değerlendirildiğinde bildirinin içeriğindeki hangi cümlenin hangi disiplin suçuna nasıl vücut verdiği açıklanmadığı gibi hangi disiplin cezasının verilmesi ihtimali olduğu da belirtilmeyerek adil yargılanma hakkı ihlal edilmiştir. Bu haliyle tebliğ edilen soruşturma yazıları hukuka aykırı olmasının yanı sıra içerdiği belirsizlik nedeniyle savunma hakkının kullanılmasını imkânsız hale getirmektedir.

Soruşturma Yazıları Anayasaya Aykırı Olarak Akademisyenleri Kendi Kendini Suçlamaya Zorlamakta ve Masumiyet Karinesini İhlal Etmektedir

İncelenen soruşturma yazılarında savunmanın hangi fiilin yol açtığı hangi disiplin suçuna ilişkin olarak talep edildiği belirtilmemiştir. Bu durumda suçlanan kişinin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun memurlara verilebilecek disiplin cezalar ile bu cezalara neden olabilecek fiilleri düzenleyen 125. maddesinde yer alan bütün fiil ve cezalar bakımından bildirinin içeriğini ve imza atma eylemini değerlendirmesi ve ardından bunlardan her biri ya da seçeceği birkaçı bakımından savunma yapması ya da kendi bulduğu suçu kabul etmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, kişinin suç unsuru taşımadığını düşündüğü ve yine suç oluşturmayacağını düşünerek imzaladığı bir metnin hangi suçlara vücut verdiğini bulması sonrasında da bulduğu bu suçlara dayana-

21 *Sadak/Türkiye*, no. 29900/96, 17.07.2001, para. 49.

rak kendini savunması istenmektedir. En temel hukuk ilkelerini ayaklar altına alan bu yaklaşım ağır bir hizmet kusuru oluşturmaktadır.

Suçlamanın bu şekilde belirsiz olması, anayasanın 38. maddesinin 5. fıkrasında yer alan ve hiç kimsenin kendisini suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamayacağının düzenlendiği kurala ve AİHS'de açıkça belirtilmemiş olmasına rağmen, AİHM kararlarında adil yargılanma hakkının temelinde bulunan genel bir uluslararası ilke olduğu tespit edilen kişinin susma hakkı ve kendini suçlamaya zorlanamaması ilkesine de aykırıdır.[22]

Bildirinin Disiplin Hukuku ile İlgisi Yoktur, Siyasal Bir Hak Kullanımı Niteliğini Taşımaktadır

Üniversitelerde yürütülen soruşturmalar disiplin soruşturmalarıdır. Bir kişinin çalışma hayatıyla ilgisi olmayan davranışları onun diğer hak ve özgürlüklerini ilgilendirdiği için bir disiplin soruşturmasının konusunu oluşturamaz. AYM yakın tarihli kararlarında, disiplin hukukunun sınırlarını çok açık bir şekilde çizmiştir.

AYM görev yeri ve zamanı dışındaki fiillerinden ötürü 657 sayılı yasanın 125. maddesi kapsamında yapılan disiplin soruşturması sonucu devlet memurluğundan çıkartılan bir memurun yaptığı başvuruda:

> "Somut başvuru açısından, başvurucunun devlet memurluğundan sadece meslekî nedenlerle yürütülen bir disiplin soruşturması neticesinde çıkarılmamış olduğu açıktır. Disiplin soruşturması sürecinden, devlet memurluğundan çıkarma kararından ve derece mahkemesi kararlarından anlaşıldığı üzere, başvuruya konu süreçte özellikle başvuru-

22 *Saunders/Birleşik Krallık*, no. 19187/91, 17.12.1996, ECHR 1996-VI.

cunun özel hayatı kapsamındaki davranış ve ilişkileri belirleyici olmuştur. Bu şartlar altında, özel yaşamına ait unsurlar gerekçe gösterilerek verilen devlet memurluğundan çıkarma kararının, başvurucunun özel hayatın gizliliği hakkına bir müdahale oluşturduğu açıktır.... Başvurucu, devlet memurluğundan çıkarma cezası ile sonuçlanan disiplin soruşturması sürecinde, yalnızca meslekî hayatını değil, özel hayatını da ilgilendiren iddialara yanıt vermek zorunda kalmıştır. Bu kapsamda başvurucuya yöneltilen iddiaların yalnızca görevinin ifasıyla değil, daha çok mahremiyet alanında gerçekleşen özel yaşam eylemleri ile ilgili olduğu görülmektedir"[23]

diyerek disiplin soruşturmalarının görev yeri ve zamanı dışında işlenen fiillere yönelik açıldığına işaret etmiş ve kararı ölçüsüz bulup ihlal tespit etmiştir. AYM benzer bir başvuruda yakın tarihte verdiği kararda da aynı sonuca ulaşmış ve

"Yukarıda belirtilen disiplin süreci ile idari ve yargısal makamların karar gerekçeleri göz önünde bulundurulduğunda, başvurucuya verilen disiplin cezası kapsamında, sınırlandırma ile ulaşılabilecek genel yarar ile temel hak ve özgürlüğü sınırlandırılan bireyin kaybı arasında adil bir dengenin sağlanmadığı anlaşılmakla, başvurucunun Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan özel hayatın gizliliği hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir"[24]

tespitinde bulunarak özel hayatın soruşturulduğu durumlarda dikkat edilmesi gereken hususları sıralamıştır.

AİHM'e göre özel hayat kavramı, kişinin moral ve fizik bütünlüğünü korumakta ve kişinin kişiliğini geliştirme ve yerine getirme konusunda bir alanı güvence altına almakta-

23 *Şengül Kayan Başvurusu*, B. No: 2013/1614, 3.4.2014, para. 38 ve 66.

24 *Serap Tortuk Başvurusu*, B. No: 2013/9960, 21/1/2015, para. 61.

dır.[25] Buna göre, özel hayat kavramının dış dünya kavramından soyutlanmış bir iç dünya şeklinde tanımlanması çok kısıtlayıcı bir yaklaşım olacaktır. Özel hayata saygı, bir ölçüye kadar diğer insanlarla ilişki kurma ve geliştirme hakkını da içermektedir. Birçok insanın dış dünya ile ilişkilerinin geliştirilmesinde çok önemli bir yere sahip olan meslek ve iş hayatının "özel hayat" kavramının dışında tutulmasını açıklayacak makul bir gerekçe yoktur.[26] Her ne kadar çalışma hakkı veya kamu hizmetine girme hakkı düzenlenmemiş olsa bile kişinin çalışma hayatına ilişkin orantısız müdahaleler, dış dünya ile sağlıklı ilişkiler geliştirmeyi engellediği için 8. maddede düzenlenen özel hayat güvencesini ihlal etmektedir.

AİHM, bir disiplin soruşturması çerçevesinde tanıkların başvuranın özel hayatının şu ya da bu yönü hakkında sorgulanmasının ve bunun doğurduğu idari sonuçların, buna ilave olarak başvuranın davranış ve tutumlarını gerekçe göstererek verilen görevden alma kararının, özel hayatın gizliliğine yapılmış bir müdahale oluşturduğu kanaatine varmaktadır.[27] AİHM'e göre Özpınar/Türkiye kararında başvurana disiplin soruşturması sırasında yapılan ithamlar göz önüne alındığında, bu kişinin haysiyetinin sorgulandığı gözlemlenmektedir.[28] Bu bağlamda, AİHM kişinin şerefini koruma hakkını da özel hayatın bir parçası olarak 8. madde kapsamında görmektedir.[29]

Halen 2547 sayılı yasada hüküm olmadığı için 657 sayılı kanunun 125. maddesindeki disiplin hükümlerinin öğretim elemanları açısından uygulanmaya çalışıldığı görülmek-

25 *Sidabras ve Diğerleri/Litvanya*, no. 50421/08 ve 56213/08, 23.6.2015, para. 43.

26 *Niemietz/Almanya*, 16.12. 1992, Series A no. 251-B, para. 29.

27 *Smith ve Grady/Birleşik Krallık*, no. 33985/96 ve 33986/96, 27.09.1999, para 71, CEDH 1999-VI.

28 *Özpınar/Türkiye*, no. 20999/04, 19.10.2010.

29 *Haralambie/Romanya*, no. 21737/03, 27.10.2009, para 79.

le birlikte, yukarıda açıklanan ilkelerin öğretim üyeleri açısından fazlasıyla geçerli olduğunu düşünüyoruz.

Üstelik görevle ilgili olmayan faaliyetlerin soruşturma konusu yapılması öğretim üyeleri açısından sadece özel hayat özgürlüğünü değil siyasi özgürlüklerini de ihlal eder. Akademisyenler, devlet siyasetine ilişkin rahatsızlıklarını toplu olarak bir bildiri ile ifade etmiştir. Toplu dilekçe ve müracaatta bulunmak, devlet memurları açısından bile disiplin suçu oluşturmaz. AYM, Devlet Memurları Kanunu'nun 125. maddesinin birinci fıkrasının (C) bendinde bulunan aylıktan kesme cezasını gerektiren fiil ve hallerden olan "Toplu müracaat veya şikâyet etmek" biçimindeki (h) alt bendini, anayasanın 2., 13. ve 74. maddelerine aykırılığı nedeniyle iptal etmiştir.[30] Başvuru konusu kararda "*itiraz konusu kuralın, kamu düzeninin bozulmasının ve kamu görevlilerinin birlikte hareket ederek gruplaşmalarının önüne geçmek amacıyla getirildiği düşünülebilirse de, temel hak ve özgürlüklerin genişlediği, toplu gösteri ve yürüyüşlerin yapılabildiği, Devlet memurlarının sendikalara üye olabildiği ve sendikal faaliyetlere katılabildiği günümüz koşullarında amaca uygun bir etkisinin kalmadığı*" belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi "yönetime karşı dilekçe ve şikâyetlerin bireysel veya toplu olarak bildirilmesinin, demokratik bir toplumda bazı sorunların çözümü için etkili bir yol olduğu, bu nedenle dilekçe hakkının, bir siyasal hak olarak tanınıp anayasal güvenceye kavuşturulduğu kuşkusuzdur" tespiti ile anayasanın 74. maddesindeki "dilekçe hakkı"nın kamu görevlileri de dahil, ayrım yapmadan herkesi kapsadığını karara bağlamıştır.[31] Dolayısıyla, öğretim elemanları dahil tüm vatan-

30 AYM, E: 2008/111, K: 2010/22, T: 28.1.2010, R.G.: 10.12.2011-28138.

31 YÖK Disiplin Yönetmeliği'nde Ocak 2014 içinde yapılan değişikliklerle (RG-29/1/2014-28897) "aylıktan kesme" cezasından da "toplu müracaat veya şikâyet etmek" fiili çıkartılmıştır.

daşlar "kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne yazı ile başvurma hakkına sahiptir".

Dahası, görev dışında yapılan siyasi faaliyetlere yönelik müdahale diğer kamu görevlileri açısından kabul edilse bile öğretim elemanları açısından kabul edilemez. Anayasanın 68. maddesi uyarınca kamu kurum ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri, yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri, siyasî partilere üye olamazlar. Oysa aynı maddeye göre yükseköğretim üyeleri siyasi partilere üye olabilirler. Bir kişinin bir yandan anayasa kuralı ışığında siyasi partiye üye olmasına cevaz verip, öte yandan ideolojik faaliyette bulunduğu için Devlet Memurları Kanunu'nun 125. maddesine dayanarak cezalandırılması yasaların anayasaya aykırı olamayacağı kuralıyla bağdaşmaz.

Kaldı ki, öğretim elemanının iş dışındaki faaliyetlerinin memur gibi kısıtlanması anayasanın sistematik yorumuna da aykırıdır. Özel kanun niteliğindeki 2914 Sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu'nun 20. maddesi, bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu ile 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu hükümlerinin uygulanacağını belirtmektedir. Ancak bu hükümden yola çıkarak, Personel Yasası'nda hüküm bulunmayan her durumda Devlet Memurları Kanunu'nun uygulanacağı sonucunu çıkarmak doğru değildir. Dahası, yukarıda nedenleriyle açıklandığı gibi akademisyenler, devlet memuru değildir. İşlerinin niteliği gereği devlet memurlarından ayrışırlar ve bu farklılık bazı hükümlerin öğretim üyelerine uygulanmasını imkansız kılar. Öğretim elemanları için ayrı bir yasanın mevcudiyeti de bundan kaynaklanmaktadır.

Öğretim üyesinin yaptığı işin sonucu olarak hakikati bulması, bilimsel gerçekliğe ulaşması beklenmelidir. Bu anlam-

da, devlet memurundan beklendiği şekilde devlete sadakat, bilim insanından beklenemez. Bu nitelik farkı, üniversite çalışanlarına farklı bir özgürlük alanı tanınmasını da gerektirmektedir. Gerçekten de anayasa bilim ve sanat özgürlüğünü ifade özgürlüğünden ayrı bir hükümde düzenlemiştir. Anayasanın 27. maddesine göre "*Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir*". Anayasanın diğer maddelerinde sayılan genel sınırlama sebepleri bu nedenle 27. maddede sayılmamıştır.

Konuya ilişkin uluslararası belgeler de yükseköğretim personelinin bu niteliğini vurgulamaktadır. Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Örgütü (UNESCO) Genel Konferansı tarafından yayımlanan Yüksek Öğretim Akademik Personelinin Durumuna İlişkin Tavsiye[32] yükseköğretim kurumları ve daha özel olarak üniversitelerin; geleneksel bilgi ve kültür üzerine görüşlerini özgürce muhafaza eden, yayan ve açıklayan, mevcut doktrinlerce kısıtlanmaksızın yeni bilgiler peşinde koşan bilim insanı toplulukları olduğunu[33] vurgulamış; yüksek öğretime akademik personel olarak girişin sadece akademik nitelik, yeterlilik ve deneyim şartlarına bağlı olması ve bu mesleğin hiçbir ayrım gözetilmeksizin toplumun tüm üyelerine açık olması gerektiğini[34] belirtmiştir.

Bu bilgiler ışığında, yükseköğretim personeline bilim özgürlüğü ve akademik özerklikle bağdaşmayan Devlet Memurları Kanunu'nun hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığı sonucu çıkarılmalıdır. Yükseköğretimde hizmet alma hakkı anayasada düzenlenen bilim özgürlüğü hak-

32 11 Kasım 1997 tarihinde kabul edilen metin Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi öğretim elemanları Kerem Altıparmak, Koray Karasu, Ersin Embel, Hasan Sayim Vural ve Sarp Balcı tarafından Türkçeye çevrilmiştir.

33 Tavsiye, para. 4.

34 Tavsiye, para. 25.

kı ile doğrudan ilgili olduğu için herhangi bir kamu hizmeti şeklinde anlaşılamaz. Bu nedenle, Devlet Memurları Kanunu'nun akademik faaliyetin özüyle çatışan hükümlerinin öğretim elemanlarına uygulanması mümkün değildir.

O halde, bir öğretim elemanının görev dışındaki bir faaliyetinin disiplin konusu edilebilmesi ancak bunun çalışma düzenine etki etme potansiyeli varsa söz konusu olabilecektir. Bunun dışında milli güvenlik veya kamu düzeni gibi nedenlerle bir öğretim elemanının görev dışı faaliyetleri hakkında soruşturma açılamaz, çünkü görevi itibariyle onun bu açıdan tehdit oluşturma ihtimali yoktur. Nitekim, Avrupa Sosyal Şartı'nın 1. maddesinin 2. fıkrasına göre Akit Taraflar "*çalışanların özgürce edindikleri bir işle yaşamlarını sağlama haklarını etkili bir biçimde korumayı*" taahhüt ederler. Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı'nın E maddesi, Şartın uygulanmasında ayrımcılık yasağını düzenlemektedir. Şartın G maddesi ise şartta tanınan hakların "*sadece demokratik bir toplumda başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması ya da kamu yararının, ulusal güvenliğin, halkın sağlığının ya da ahlakın korunması için ve ancak yasayla sınırlamaya ve kısıtlamaya tabi tutulabileceğini*" belirtmektedir. Bir başka deyişle, özgürce edinilen bir işle yaşamı sağlama hakkına karşı alınan önlemin ulusal güvenlik için alınmış olması yeterli değildir. Bu önlemin bir yasal dayanağı olmalı ve aynı zamanda önlem demokratik bir toplumda zorunlu olarak alınmış olmalıdır.

Avrupa Sosyal Haklar Komitesi, komünist rejimlerde üstlendikleri hizmetler nedeni ile kamu hizmetinden çıkarılanların durumunu incelerken "*demokratik toplumda zorunluluk*" ölçütünü özgürce edinilen iş kavramına uygulamıştır. Komiteye göre, insanların özgürce iş edinebilme haklarına getirilecek sınırlamalar sadece kamu düzeni ve ulusal güvenlik alanında sorumlulukları bulunanlar veya bu nitelik-

te fonksiyonları yerine getirenler için öngörülmemişse demokratik bir toplumda zorunluluk niteliği taşıdığını söylemek de mümkün değildir.[35] Komitenin ifadesini şu şekilde yeniden formüle edebiliriz; sınırlamaya tabii olan kişi kamu düzeni ve ulusal güvenlikle ilgili sorumluluk üstlenip kamu gücü ayrıcalıklarını kullanıyorsa bu durumda hizmetle sınırlama arasında bir illiyet bağı bulunduğu için demokratik toplumda zorunluluk şartı gerçekleşmiş sayılır. Ancak bu nitelikte görevler üstlenmeyen kişilere disiplin yaptırımı uygulanması demokratik bir toplumda kabul edilemez.

Yukarıda özetlendiği üzere açılan hiçbir disiplin soruşturması suç olduğu iddia edilen eylemle bilimsel hizmetlerin yürütülmesi arasında bir illiyet bağı kuramamıştır. Suçlanan akademisyenlerin hiçbiri öğrencilerine siyasi görüşlerini dayatmakla, ayrımcılık yapmakla, bilimsel araştırmalarında siyasi görüşleri nedeniyle etik davranmamakla suçlanmamaktadır. Tam tersine, suçlamalar belirsizdir. Bu koşullar altında, soruşturma konu bakımından hukuka aykırı olduğu gibi muhataplarının bilim, siyaset ve özel hayat hak ve özgürlüklerini ihlal ettiği açıktır.

Yükseköğretim Genel Kurulu Kararına İlişkin Dava ve Danıştay 8. Dairesinin Yürütmeyi Durdurma Kararı

Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası, Yükseköğretim Genel Kurulu'nun yukarıdaki değerlendirmede bahsi geçen 12.11.2015 gün ve 2015.14.486 sayılı kararının AYM kararına aykırı olduğu gerekçesiyle yürütmesinin durdurulması ve iptali talebiyle Danıştay'da dava açmıştır. Sendika, davasında kararın hem 657 sayılı yasanın uygulanmasına ilişkin bölümünün hem de yürürlükten kalkan yönetmeliğin uygu-

35 Aktaran; AİHM, *Sidabras ve Dziautas/Litvanya*, no. 55480/00 ve 59330/00, 21.10.2013, para. 31.

lanmasına ilişkin bölümünün iptalini ve yürütmesinin durdurulmasını talep etmiştir. Danıştay Tetkik Hakimi talebin kabul edilmesi yönünde görüş bildirmiştir.

Danıştay 8. dairesinin yürütmeyi durdurma kararı,[36] YÖK Yüksek Disiplin Kurulu'nun kamu hizmetinden çıkarma taleplerini inceleyeceği 20 Temmuz 2016 tarihli toplantısından kısa bir süre önce taraflara tebliğ edilmiş, Yüksek Disiplin Kurulu'nun konuya ilişkin karar alması imkansız hale gelmiştir.

Danıştay 8. Dairesi yürütmeyi durdurma kararında Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası'nın taleplerini ikiye bölerek değerlendirdiği için biz de aşağıdaki değerlendirmemizi bu şekilde yapacağız.

657 Sayılı Yasanın Disiplin Hükümlerinin Yükseköğretim Personeline Uygulanması

Danıştay 8. Dairesi, yukarıdaki bölümlerde ayrıntılı bir şekilde açıkladığımız hukuki gerekçelere aykırı olarak 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun disipline ilişkin hükümlerinin yükseköğretim personeline uygulanmasını uygun bulmuştur. Danıştay kararının arkasında yatan ana fikri şu şekilde açıklıyor:

> "Bu itibarla, özel kanun olan 2547 sayılı Yasa'da yer almayan disipline ilişkin konularda, genel kanun niteliğinde bulunan 657 sayılı Yasa hükümlerini uygulamak gerekecektir. Aksi düşünce, mevzuata aykırı davranan yükseköğretim personeline halen yürürlükte bulunan disiplin cezalarının uygulanmaması sonucunu doğuracak, bu durum da kurumların çalışma düzeninin bozulmasına ve kuruluş amacı olan eğitim-öğretim hizmetlerinin sekteye uğramasına neden olacaktır."

36 Danıştay, E: 2016/1221, T: 09.03.2016.

Danıştay, hiçbir disiplin kuralının uygulanmaması halinde hizmetin yürütülemeyeceği düşüncesiyle 657 sayılı yasanın yükseköğretim personeline uygulanabileceğini ileri sürmektedir. Bir başka deyişle, **açıkça söylemese bile çatışan iki hukuksal değerden birini tercih etmiştir.** Danıştay 8. Dairesi, bu düşüncesini 657 sayılı yasadaki suçlarla iptal edilen yönetmelikteki suçlar arasındaki benzerlikle destekliyor:

> "657 Sayılı Kanun ile Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği'nin disipline ilişkin hükümlerinin karşılaştırılmasından, yalnızca yükseköğretim personeli tarafından işlenebilecek bazı eylemler dışında disiplin cezasını gerektiren fiil ve hallerin neredeyse birebir aynı olduğu görülmüş olup, bu durum, ilgili Yönetmelik hükümleri uygulanmakta iken dahi yükseköğretim personeline uygulanan disiplin işlemlerinin dayanağının 657 sayılı Kanun olduğunun bir göstergesidir".

Danıştay kararı ağır hukuki mantık hataları içermektedir. Bu hatalar sırasıyla şu şekilde özetlenebilir:

i. Birincisi, Danıştay 8. Dairesi olayda yanlış bir denge kurmaktadır. Danıştay'a göre **disiplin suçlarının olmaması nedeniyle kamu düzeninin bozulmasının vereceği zarar, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin ihlalinden daha ağır bir sonuç yaratacaktır.** Oysa böyle bir tartı işlemi yapılamaz. Suç ve cezaların kanuniliği ilkesi hukukun temelini oluşturur. Öyle ki değil idari suçlar, bugün uluslararası hukukta insanlığa karşı suç olarak tanımlanan eylemler bile işlendiği tarihte suç değilse cezalandırılamaz.[37] Eğer kamu düzeninin bozulacağı

37 *Korbely/Macaristan* [BD], no. 9174/02, 19.9.2008; *Vasiliauskas/Litvanya*, no.

gerekçesiyle kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin ihlal edilebileceği kabul edilirse, idare ve mahkemeler yasaların düzenlemediği her konuda kendi kamu düzeni değerlendirmelerine göre suç yaratabilir, diledikleri yasayı kıyas yoluyla uygulayabilirler. **Bunun hukuk devletinin altını oyacağı şüphesizdir.** Bu nedenle, olayda tartıya koyulabilecek iki hukuki ilke yoktur. İhlal edilmesine hiçbir şekilde müsamaha edilemeyecek bir anayasal hukuk ilkesi vardır.

ii. Bu husus, bizi Danıştay'ın ikinci hayati hatasına götürmektedir. **Anayasa Mahkemesi kararında verilen 9 aylık süreden anlaşılabileceği gibi yasa çıkararak kamu düzeninin bozulmasını önleme ödevi yürütme veya yargı organının değil yasama organınındır.** Anayasa Mahkemesi, 2547 sayılı yasanın ilgili hükmünü iptal ederek, bu konuda YÖK'ün iradesinin hesaba katılamayacağını ilan etmiştir. Oysa Danıştay'a göre: "*Disiplin Yönetmeliği'nin disipline ilişkin hükümlerinin karşılaştırılmasından, yalnızca yükseköğretim personeli tarafından işlenebilecek bazı eylemler dışında disiplin cezasını gerektiren fiil ve hallerin neredeyse birebir aynı olduğu görülmüş olup, bu durum, ilgili Yönetmelik hükümleri uygulanmakta iken dahi yükseköğretim personeline uygulanan disiplin işlemlerinin dayanağının 657 sayılı Kanun olduğunun bir göstergesidir*". Danıştay 8. Dairesi, **anayasaya aykırı olduğu için iptal edilen bir iradeyi dikkate almakta ve zaten yönetmeliğin de 657 sayılı yasayı uyguladığını söylemektedir.** Oysa bu yorum yasama

35343/05, 20.10.2015. İlk davada başvurucu işlediği tarihte insanlığa karşı suç olarak tanımlanmayan bir suç, ikinci davada ise başvurucu işlediği tarihte soykırım olarak tanımlanmayan bir suç nedeniyle mahkum olmuştur. Başvuruculaın eylemleri bugün anlaşılan anlamda uluslararası suç olmasına rağmen, olayın gerçekleştiği tarihte anılan suçların tanımı daha dar olduğu için şikayet edilen devletlerin AİHS'in 7. maddesini ihlal ettiğine karar verilmiştir.

yetkisini bu kez de idareden alıp yargı organına devretmek anlamına gelmektedir. Nasıl yasama organının yetkisini idare organı kullanamazsa, olmayan bir ceza hükmünün yerini yorum yoluyla yargı merci de dolduramaz; çünkü bu yasama yetkisinin devrini yasaklayan anayasanın 7. maddesini ihlal eder.

iii. Danıştay kararı anayasayı sadece ilke düzeyinde değil ve fakat kural düzeyinde de ihlal etmektedir. Önceki bölümlerde ifade edildiği üzere anayasanın 130. maddesi yükseköğretim personelinin "disiplin ve ceza işleri"nin ayrı olarak düzenlenmesini gerektirmektedir. Anayasa bir bütün olarak okunduğunda, bu hükmün gerekçesi daha rahat anlaşılacaktır. Anayasa'nın 27. maddesi ifade özgürlüğünden bağımsız olarak bilim özgürlüğünü (akademik özgürlüğü) korumaktadır. Bilim özgürlüğü ancak bireysel bilim özgürlüğünü koruyan özerk bilim kurumlarında yapılabilir. Gerçekten de akademik özgürlüğü düzenleyen tüm uluslararası belgeler akademik özgürlüğün en iyi şekilde tüm siyasi, dini ve ekonomik güçlerden bağımsız icra edildiğinde gerçekleşebileceğini belirtmektedir.[38] UNESCO'nun yukarıda yer verilen Yüksek Öğretim Akademik Personelinin Durumuna İlişkin Tavsiye Kararı'na göre *"bir öğretinin buyruğu ile sınırlanmadan öğretme ve tartışma özgürlüğü, özgürce araştırma yapma ve bu araştırmanın sonuçlarını yayma ve basma özgürlüğünü, içinde çalıştıkları kurum ve sistemi eleştirme özgürlüğünü, kurumsal bir sansürden bağımsız olma hakkını, temsili ve mesleki akademik organlara katılma özgürlüğünü içerir. Tüm yüksek öğretim akademik personeli görevini hiçbir*

38 Bakanlar Komitesi'nin R (2000) 8 sayılı Üniversitelerin Araştırma Misyonu Hakkındaki Tavsiye Kararı; Parlamenterler Meclisi'nin 1762 (2006) sayılı Akademik Özgürlük ve Üniversite Özerkliği Tavsiye Kararı, özellikle para. 7.

şekilde ayrımcılığa uğramadan ve devletten veya başka bir kaynaktan gelecek baskının korkusu olmaksızın yerine getirme hakkına sahip olmalıdır." Nitekim AYM de anayasada üniversitelerin, "*bilimsel çalışmaların yapıldığı ve bilimin öğretildiği kurum olarak nitelendirilip bilimsel ve idari özerkliğe sahip kılınarak diğer kamu kurumlarından farklı*" değerlendirildiğini belirtmiş ve "*öğretim üyelerine de kamu görevlisi olmakla birlikte genel sınıflandırma içinde ayrı bir yer verilerek kendilerine özgü önem ve değerde bir meslek sınıfı*" olduğu belirtilmiştir.[39] Buna göre, Danıştay'ın mantığı takip edilirse görülecektir ki YÖK yönetmeliğinin 657 sayılı yasayı aynen kopyalamış olması olsa olsa yönetmeliğin anayasanın 130 ve 27. maddesini ve evrensel bilim kurallarını ihlal ettiğini gösterir. **Akademik personelin, bilim özgürlüğünü gözetmeyen bir disiplin düzenlemesi anayasa ve uluslararası standartları ihlal ettiği için sadece usul değil esas bakımından da sorunludur.** Danıştay bu sorunu saptamak yerine, garip bir şekilde onamıştır.

iv. Danıştay çoğunluk kararına karşı oy yazan üye Mithat Özcan'ın çok yerinde saptadığı gibi çoğunluğun bu değerlendirmesi temel yorum kurallarına da aykırıdır. Özcan, **657 sayılı yasanın atıf yoluyla yükseköğretim personeline uygulanmasının mümkün olmadığını belirtmektedir.** Özcan, haklı olarak 2547 sayılı yasadaki atıf maddesi olan 62. maddenin sadece "özlük hakları"na ilişkin olduğunu saptamaktadır. Aynı üyenin saptadığı gibi hem anayasanın 130. maddesinin 9. fıkrası hem de 2547 sayılı yasanın 9. ve 11. bölümleri disiplin işleri ile özlük işlerini ayrı ayrı düzenlemektedir. Bu nedenle, "*bir kanunun kendi kapsamını aşan bir atıfta bulunduğunu düşünmek mümkün değildir*".

39 AYM, E: 2010/29, K: 2010/90, T: 16.7.2010.

Görüldüğü gibi, Danıştay 8. Dairesinin 657 sayılı yasanın disiplin hükümlerinin yükseköğretim personeline uygulanabileceğine dair görüşü hem anayasaya hem de hukukun temel ilkelerine ağır aykırılıklar içermektedir.

İptal Edilen Yönetmeliğin Usul Hükümlerinin Uygulanmaya Devam Edilmesi

Danıştay 8. Dairesi, üniversitelerde 657 Sayılı yasanın disiplin hükümlerinin uygulanması bölümünün yürütmesini durdurmamıştır. Fakat, Danıştay 8. Dairesi, Yükseköğretim Genel Kurulu kararında öngörülen "*her iki kanunda bulunmayan usul kuralları açısından Yüksek Öğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliğinde yer alan usule ilişkin hükümlerin*" uygulanmasının hukuken mümkün olmadığına karar vermiş ve kararın bu kısmının yürütmesini dava sonuçlanana kadar durdurmuştur. Bu kararı verirken Danıştay, Anayasa Mahkemesinin kararında belirtildiği gibi "*disiplin cezası vermeye yetkili amir ve kurullar, disiplin cezalarının verilmesinde zamanaşımı ve karar verme süreleri, yüksek disiplin kurulunun çalışma usul ve yöntemleri, kurul kararlarına itiraz ve savunma hakkı başta olmak üzere kamu görevlilerinin hakları, cezaların tatbik edilme şekli ve disiplin cezalarının hangi hâllerde özlük dosyasından silinebileceği gibi konular*"ın da ancak yasayla düzenlenebileceğini belirttikten sonra, yönetmeliğin usul ile ilgili hükümlerinin yasa olmaksızın yürürlükte kalmasının imkansız olduğuna karar vermiştir.

O halde, Danıştay'a göre üniversitede çalışan öğretim üyelerine ilişkin olarak 657 sayılı yasada memurlar için öngörülen cezalar verilebilir. Ancak, bu soruşturmaları kimin hangi usule göre yürüteceği ve kimin nasıl ceza tesis edip bu cezayı nasıl infaz edeceği gibi konuların da yasayla düzenlenme-

si gerektiği ve böyle bir yasal düzenleme olmadığı için üniversitelerde 30.11.2015 tarihinden sonra açılmış olan disiplin soruşturmalarında **Yüksek Öğretim Kurumları Yönetici, Öğretim elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği'ndeki usul ile ilgili hükümler uygulanamaz.** 30.11.2015 tarihi itibarı ile **açılmış olan disiplin soruşturmaları ve bu soruşturmalara istinaden verilen cezalar veya ceza teklifleri de bu nedenle hukuka aykırıdır.**

Biraz daha açık bir dille ifade etmek için ceza hukukundan kıyasen bir örnek verilebilir. Bir ceza yargılaması yapılıp ilgililerin cezalandırılması için sadece bir ceza kanunun varlığı yeterli değildir. Bu yargılamanın nasıl gerçekleşeceğinin gösterilmesi; davanın taraflarının hak ve yetkilerinin ve tabii ki cezanın kim tarafından hangi usullere göre verileceğinin de yasayla belirlenmesi gerekir. Muhakeme yasası hiç yokken salt ceza yasasına göre ceza verilmesi mümkün değildir. Çünkü en başta kimin ceza veren hukuki işlemi yapmaya ya da bu konuda irade beyanında bulunmaya yetkisi olduğu belirsizdir. Yetkili olmayan bir merciinin açıkladığı irade beyanı da hukuken hiçbir sonuç doğuramaz.

Dolayısıyla disiplin makamları bizzat yönetmelik tarafından tanımlandığı ve bu tanım artık hukuken mevcut olmadığı için "idarenin yasallığı" ilkesi gereğince, **bu disiplin makamları artık yoktur.** Olmayan bir makamın açıkladığı irade beyanı sadece yetki bakımından sakatlık yaratmakla kalmaz, bu beyanın hiç açıklanmamış gibi sonuç doğurması gerekir. Dolayısıyla 30.11.2015 tarihinden sonra açılmış olan ve usulen **Yüksek Öğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği'ndeki ilgili hükümleri kullanan** bütün disiplin soruşturmalarında irade açıklayan disiplin makamları hukuken mevcut olmadığı için **açıklanan iradelerin de hukuken yok sayılması gerekir.**

Bu kapsamda, Yükseköğretim Kurulu Yüksek Disiplin Kurulu tarafından çeşitli üniversitelerde BAK metnini imzalayan öğretim elemanları hakkında usule aykırı yapılmış olan soruşturmalar sonucunda teklif edilen "**kamu görevinden çıkarma**" cezalarına ilişkin olarak **yapılabilecek tek şey "yetkisizlik kararı" alınarak ceza tekliflerinin reddedilmesidir.**

Nitekim, Ankara Bölge İdare Mahkemesi (BİM) 4. İdari Dava Dairesi'nin yakın tarihli bir kararı da bu iddiamızı teyit eder niteliktedir.[40] Anılan davada, davacı hakkında, AYM'nin kararı sonrasında ve fakat AYM'nin kararı uyarınca TBMM'ye verilen 9 aylık süre dolmadan önce, 02.09.2015 tarihinde Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği uyarınca kınama cezası verilmiştir. Kınama cezası aleyhine açılan iptal davası 2. İdare Mahkemesi tarafından, 24.05.2016 tarihinde reddedilmiştir. BİM, **iptal edilmiş bir kuralın olayda uygulanmasının iki nedenle kabul edilemeyecek olduğu sonucuna ulaşmıştır. İlk olarak**, mahkemeye göre eğer bir kişi dava açtığında o sırada iptal edilen bir kural kendisine uygulanırsa, bu kişinin, dava yoluna başvuran herkes için anayasa ile tanınmış olan itiraz hakkının fiilen kullanamaması gibi bir sonuç ortaya çıkacaktır. **İkinci olarak** BİM'e göre:

> "Anayasa Mahkemesinin sözü edilen iptal kararının gerekçesi karşısında usul ve esasları kanunda belirlenmeyen disiplin cezalarını gerektiren fiil ve durumlar, disiplin cezası vermeye yetkili amir ve kurullar, disiplin cezalarının verilmesinde zamanaşımı ve karar verme süreleri, yüksek disiplin kurulunun çalışma usul ve yöntemleri, kurul kararlarına itiraz ve savunma hakkı başta olmak üzere yükseköğretim perso-

40 Ankara Bölge İdare Mahkemesi, 4. idari Dava Dairesi, E: 2016/219, K: 2016/247.

nelinin hakları, cezaların tatbik edilme şekli ve disiplin cezalarının hangi hallerde özlük dosyasından silinebileceği gibi hususların Kanun ile düzenlenmesi gerektiği anlaşılmakta olup, işleme dayanak oluşturan Yükseköğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği'nin dayanağı olan 2547 sayılı Yasanın 53. maddesinin (b) fıkrasının ikinci cümlesinin Anayasa Mahkemesinin yukarıda yer verilen kararıyla iptal edilmesi nedeniyle, dava konusu işlemin de yasal dayanağı kalmamıştır."

Her ne kadar karar, 657 sayılı yasanın olaya uygulanma ihtimalini tartışmamaktaysa da, karardan artık bunun mümkün olmadığı sonucunu çıkarmak mümkündür. Öncelikle, karar sadece esasa ilişkin değil ve fakat usul kuralları nedeniyle de idari işlemin iptal edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Açıkçası, yönetmeliğin geçersiz kalması sonrasında, hangi usul izlenerek ceza verilebileceği belirsizdir. İkinci olarak, karar işlemin "yasal dayanağı değişmiştir" demektedir "yasal dayanağı kalmamıştır" demektedir. Bu durum karşısında iptal sonrasında başka bir yasa dayanak gösterilerek aynı hukuk işlem devam ettirilemez. Üçüncüsü, iptal kararının sonucu olarak işlem hiç yapılmamış gibi bir sonuç ortaya çıkacağından, aynı eylem nedeniyle başlatılacak soruşturmalar için suç zamanaşımı da dolmuş olacaktır.

Bu nedenledir ki; başta BAK soruşturmaları olmak üzere **30.11.2015 tarihinden sonra açılan disiplin soruşturmaları hiç açılmamış hale geldiği** için bu soruşturmalar şu an itibariyle zamanaşımına uğramış ve düşmüştür. Bu soruşturmaların yeniden canlandırılmaları da, daha sonra başlatılacak soruşturmalarda uygulanacak suç ve ceza hükümleriyle yaptırım uygulanması da söz konusu olamaz.

657 Sayılı Yasa Usul Açısından da Uygulanabilir mi?

Bu aşamada, cevaplanması gereken bir soru da 657 sayılı kanunun üniversitelerde yürütülen disiplin soruşturmalarında uygulanabilir olup olmadığıdır. Çok yanlış olmakla birlikte, bir an için Danıştay'ın 657 sayılı yasanın suç ve ceza tanımlarının öğretim üyelerine de uygulanabileceğine ilişkin kararının usul kuralları açısından da geçerli olabileceği düşünülebilir. Bununla birlikte, **iptal edilen yönetmelik hükümleriyle, 657 sayılı yasa hükümleri karşılaştırıldığında bunun en azından bazı hükümler açısından tamamen imkansız olduğu açıkça görülecektir.**

Danıştay, 657 sayılı yasadaki suçlarla yönetmelikteki suçların birebir aynı olmasını 657 sayılı yasanın yükseköğretim üyelerine de uygulanabilmesinin gerekçesi olarak kabul etmiştir. **Oysa usul kuralları açısından böyle bir benzerlikten söz edilemez.** Yükseköğretim Genel Kurulu da bunun farkında olduğu için esas bakımından 657 sayılı yasa hükümlerinin uygulanmasını ama usul bakımından boşluğun yönetmelik hükümleri ile doldurulmasını istemiştir.

Çok ayrıntıya girmeden belirtmek gerekir ki, yönetmelikle 657 sayılı yasa arasındaki bu uyumsuzluk, üniversitelerin yukarıda bahsedilen özerkliğinin doğal bir gereğidir. Anayasa, bilim özgürlüğü yanında yükseköğretim kurumlarının özerkliğini güvence altına almak için bu kurumları, yönetimini ve çalışanlarının statüsünü diğer kamu görevlilerinden ayrı olarak düzenlemiştir. Gerçekten de **anayasanın 128. maddesi kamu görevlileriyle ilgili genel kurallara yer verirken, 130. madde hem yükseköğretim kurumlarını hem de bu kurumlarda çalışan öğretim elemanlarını özel olarak düzenlemektedir.** Bunun sonucu olarak, üniversitelerin disiplin organlarının da yine bizzat öğretim üyelerinden oluşacak şekilde yapılandırılması gerekmektedir. Aksi takdirde,

Anayasada öngörülen özerklik ilkesinin hayata geçirilmesi söz konusu olamaz. Örneğin, 657 sayılı yasada öngörüldüğü gibi bazı disiplin cezaları ile ilgili olarak Valiye öğretim üyeleri üzerinde disiplin yetkileri verilemez.

İşte bu nedenle, 657 sayılı yasa yükseköğretim kurumlarında yürütülecek soruşturmalar konusunda sessizdir ve esasa ilişkin kurallardan farklı olarak, Yüksek Öğretim Kurumları Yönetici, Öğretim Elemanı ve Memurları Disiplin Yönetmeliği'nde yer alan usul kuralları 657 sayılı yasadaki kurallarla "birebir" aynı olmak bir yana, tamamen ilgisizdir.

Konuyu daha da somutlaştırmak için BAK metnini imzalayan öğretim elemanları hakkında usule aykırı yapılmış olan soruşturmalar sonucunda teklif edilen "**kamu görevinden çıkarma**" cezalarını değerlendirecek olan Yüksek Disiplin Kurulu'nun yapısına bakmak yeterli olacaktır. İptal edilen ve Danıştay 8. Dairesi tarafından uygulanması mümkün olmadığı söylenen yönetmeliğin 3. maddesinde Yüksek Disiplin Kurulu, "Yükseköğretim Genel Kurulunu" ifade eder denilmektedir. Bu kural, 2014 yılında, 28897 sayılı kararla değiştirilmiştir. Daha önceki kurala göre ise Yüksek Disiplin Kurulu, "Yükseköğretim Yürütme Kurulu" ve Yükseköğretim Kurulu üyelerinin, rektörlerin ve dekanların disiplin işlerinde "Genel Kurul" olarak tanımlanmıştı. Görüldüğü gibi Yüksek Disiplin Kurulu ne olduğu, kimlerden oluşacağı tanımlanmaya muhtaçtır.

Her iki farklı yapılanmanın da 657 sayılı yasada hiçbir karşılığı yoktur. Nitekim, 657 sayılı yasanın disiplin kurul ve amirlerine ilişkin hükümleri bir Bakanlar Kurulu Yönetmeliği ile somutlaştırılmıştır. Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Hakkında Yönetmelik'te[41] **"üniversite" veya "yükseköğretim" kavramları bir kez bile geçmemektedir.** Çünkü **657 sayılı yasanın disiplin mekanizmaları Yasanın 1.**

41 R.G. 17848, t. 24.10.1982.

maddesi uyarınca üniversiteleri kapsamamaktadır. Dolayısıyla, kıyas yoluyla usul açısından ne 657 sayılı yasa hükümlerinin ne de Disiplin Kurulları ve Disiplin Amirleri Hakkında Yönetmelik hükümlerinin YÖK ve üniversite soruşturmalarına uygulanması mümkün değildir.

Disiplin Yönetmeliği yürürlükten kalktığına göre, 657 sayılı yasaya bakarak üniversiteler açısından kamu görevinden çıkarma cezasını değerlendirecek Yüksek Disiplin Kurulunun nasıl oluşacağını anlamak imkansızdır. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının açık bir şekilde ortaya koyduğu ve Danıştay'ın da kabul ettiği üzere bu konu 657 sayılı yasada düzenlenmemiştir ve özel bir kanunla ayrıca düzenlenmelidir.

Bu görüşümüzü destekleyecek benzer bir görüş Danıştay 8. Dairesi anılan kararında yer alan gerekçeli karşı oyda bulunmaktadır. Karşı oy gerekçesinde

> "657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda öngörülen kurallar, bütün kamu personeli için uygulanacak genel kural niteliğinde olmayıp, Kanun'un 1. maddesinin birinci fıkrası uyarınca kamu personelinin yalnızca bir bölümünü oluşturan ve "memur" sıfatını taşıyan personel için geçerlidir. Nitekim, 657 sayılı Kanun'un 1. maddesinin üçüncü fıkrası, öğretim elemanlarını özel kanunları hükümlerine tabi olan ve Devlet Memurları Kanunu'nun kapsamı dışında kalan kamu görevlileri arasında zikretmektedir. Bu anlamda, bir kanunun açıkça kapsamı dışında bıraktığı personel hakkında (yorum yoluyla) uygulanacak genel kurallar içerdiğini savunmak hukuken mümkün değildir. Bir kamu görevlisine (kapsamı dışında kalması nedeniyle) tabi olmadığı mevzuatta yer alan bir fiil nedeniyle disiplin cezasının verilemeyeceği izahtan varestedir."

denilmiştir.

Bu koşullar altında, şu sonuca ulaşılması zorunludur. Nasıl savcı, yargıç, avukat ve sanığın tanımlandığı bir muhakeme yasasının olmadığı durumda salt suçların tanımlanması hukuki bir cezalandırmayı yapmaya yeterli olmayacaksa, yetkili soruşturmacı, disiplin kurulu ve itiraz mekanizmalarının öngörülmediği durumda da disiplin cezası verilemez. Disiplin konularında öğretim elemanları hakkında hiç uygulanmamış bir yasa olan 657 sayılı yasanın öngördüğü suç ve cezaların Danıştay tarafından kabul edildiği gibi yükseköğretim personeline uygulanabileceği varsayılsa bile aynı yasanın usule ilişkin hükümlerinin üniversiteler açısından uygulanması mümkün olmadığı için mevcut disiplin kurulları ve özellikle de Yükseköğretim Yüksek Disiplin Kurulu'nun kamu görevinden çıkarma cezası vermesi imkansız olmakla birlikte "*ilgili Anayasal ve yasal düzenlemeler ile hukukun genel ilkeleri ve yargı kararları karşısında*"[42] mümkün de değildir.

Bu bölümde açıklanan nedenlerle şu ana kadar üniversitelerde disiplin soruşturmalarına ilişkin yürütülen tüm işlemler hukuksuz olduğu için ilgili disiplin suçlarının zamanaşımı nedeniyle düşürülmesi hukuki bir zorunluluk haline gelmiştir.

Üniversitelerde tamamlanmış olan disiplin soruşturmaları sonucunda Yükseköğretim Kurulu Yüksek Disiplin Kurulu'nun değerlendirmesine sunulan "kamu görevinden çıkarma" talepleri ile ilgili olarak da Yüksek Disiplin Kurulu olarak toplanacak olan Yükseköğretim Genel Kurulu üyelerinin yetkisizlik kararı vermesi gerekir.

---

42 Danıştay 8. Dairesi, E: 2016/1221, T: Gerekçeli Karşı Oy.

6764 Sayılı Yasayla Yükseköğretim Disiplin Kurallarının Değiştirilmesi

Bu kitabın tamamlandığı günlerde, TBMM 6764 sayılı Milli Eğitim Bakanlığı'mn Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'u[43] kabul etti. Değişiklikleri içeren 6764 sayılı kanun Cumhurbaşkanı tarafından onaylanıp 9 Aralık 2016 tarih ve 29913 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girdi.

6764 sayılı yasa, AYM'nin öngördüğü üzere yükseköğretim kurumlarında disiplin suç ve cezalarının ve disiplin usulünün yasayla düzenlenmesini öngörüyor. Yasanın 26-34. maddeleri yeni suç ve cezaları ve disiplin soruşturmalarında izlenecek usulü düzenliyor. Buna göre ilgili maddeler 2547 Sayılı Yasaya 53 ila 53/G hükümleri olarak eklendi. Akademik özgürlük, ifade ve örgütlenme özgürlükleri açısından son derece sorunlu hükümler içeren bu değişikliğin incelenmesi bu çalışmanın sınırlarını aşıyor. Biz bu nedenle, değişiklikleri sadece bu kitabın konusunu oluşturan BAK soruşturmaları bağlamında değerlendireceğiz. Bu bağlamda, üç önemli hususun altını çizmek gerekir.

6764 sayılı yasa, Anayasa Mahkemesi'nin TBMM'ye tanıdığı yeni düzenleme yapma süresinin dolmasından, yani Ocak 2016'dan, 11 ay sonra kanunlaşmıştır. Yeni hükümlerin 11 aylık boşluk dönemine geriye yönelik olarak uygulanması mümkün değildir. Dolayısıyla, 6764 sayılı yasa değişikliklerinin ve 2547 sayılı kanunda yer alan yeni hükümlerin geriye dönük olarak Barış İçin Akademisyenler metnine ve imzacılarına uygulanması mümkün değildir.

Düzenlemeye ilişkin ikinci bir önemli saptama daha yapmak gerekmektedir. Yeni düzenlemedeki tüm suç ve yap-

43 https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k6764.html, kabul tarihi 2.12.2016.

tırım tiplerinin başına "657 sayılı kanundaki fiillere ilave olarak" koşulu getirilmiştir. İlgili Danıştay kararını incelerken belirttiğimiz üzere, 657 sayılı yasanın yükseköğretim personeline uygulanamayacağı açıktır. Nitekim, 6764 sayılı yasa değişikliklerinden önce hiçbir hukuk metninde 657 sayılı yasanın yükseköğretim çalışanlarına uygulanacağına dair bir kural da yoktur. Görünen odur ki, siyasi iktidar, bu ibareyi eklemek suretiyle bu düzenlemenin öncesinde de 657 sayılı yasanın akademisyenlere uygulanabileceğine dair bir intiba uyandırmak istemiştir. Ancak, sonradan çıkarılan bir yasayla geriye yürüyecek şekilde böyle bir düzenleme yapılamayacağı tartışmadan varestedir.

Nihayet, 6764 sayılı yasa daha önce mevcut olmayan ve BAK'ı ilgilendiren iki farklı kural getirmektedir. Buna göre; 2547 sayılı kanunun yeni 53/b(2) maddesinde yer alan kınama cezası kapsamındaki eylemlere "*içeriği itibarıyla şiddet, terör ve nefret amaçlı bildiri, afiş, pankart, bant ve benzerlerini basmak, çoğaltmak, dağıtmak veya bunları kurumların herhangi bir yerine asmak veya teşhir etmek*" ve yeni 53/b(6) maddesinde yer alan kamu görevinden çıkarma cezası kapsamındaki eylemlere "*terör niteliğinde eylemlerde bulunmak veya bu eylemleri desteklemek*" eklenmiştir. Bu eylemlerden özellikle ikincisinin ne kadar muğlak olduğu açıktır. Türkiye'de ceza hukuku anlamında bile terör propagandası suçunun ne derece muğlak ve insan hakları hukuku açısından sorunlu olduğu bu çalışmanın 3. bölümünde incelenecektir.

Bununla birlikte, yeni hükümler bir şeyi açık ve net bir şekilde ortaya koymaktadır. İlk defa 6764 Sayılı KHK ile gelen bu iki idari suç tipi, daha öncesinde ve doğal olarak BAK metni kamuoyuna açıklandığında 657 sayılı yasada bile mevcut değildir. Gerçekten de, eğer mevcut olsaydı "657 sayılı kanundaki fiillere ilave olarak" bu düzenlemelerin yapılmasının bir anlamı olmazdı. Bu durumda, bir an

için bu yeni hükümlerin Barış İçin Akademisyenler'in eylemine tipiklik açısından uygun olduğu varsayılsa bile, bunların 657 sayılı kanunda bulunmadığı açıkça kabul edildiğine göre geriye yönelik olarak uygulanmaları mümkün değildir. Kaldı ki; yukarıda açıkladığımız gibi bu fiiller 657 sayılı yasada önceden mevcut olsalardı bile bunların BAK soruşturmalarında kullanılması akademik özerkliğe ve anayasanın ve uluslararası düzenlemelerin ilgili hükümlerine aykırı olurdu. Bu nedenle, bizzat yeni yasa metni, BAK metni ve imzacıları hakkında hiçbir idari soruşturma yürütülemeyeceğinin açık itirafı olarak değerlendirilebilir.

OLAĞANÜSTÜ HAL DÖNEMİNDE KAMU GÖREVİNDEN ÇIKARTILAN BAK İMZACILARI HAKKINDA HUKUKİ DEĞERLENDİRME

Bu kitabın girişinde de belirttiğimiz gibi 15 Temmuz 2016 akşamı Türk Silahlı Kuvvetleri'ne mensup bazı subaylar hükümet aleyhine askeri bir müdahale gerçekleştirmek istemiştir. Sabahın erken saatlerine kadar devam eden girişim sırasında 240 kişi ölmüş, binlerce kişi de yaralanmıştır. 15 Temmuz 2016 akşamı gerçekleşen darbe girişimi sonrasında Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti 21 Temmuz 2016 günü Olağanüstü Hal ilan edilmesine karar vermiştir.[1] Cumhurbaşkanı'nın başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu 2016/9064 sayılı kararıyla 21.7.2016 tarihinden itibaren 90 gün süreyle olağanüstü hal ilan etmiştir. Bu süre 19.10.2016 tarihinden başlamak üzere 90 gün uzatılmıştır. Hükümet Avrupa Konseyi'ne 21 Temmuz 2016 tarihinde olağanüstü hal ilanı ile ilgili olarak bildirimde bulunmuştur.

Olağanüstü hal döneminde 1 Eylül 2016 gün ve 29818 (Mükerrer) sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 672 Sayılı

1 Cumhurbaşkam'nın başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu'nun 2016/9064 sayılı kararıyla ilan edilen olağanüstü hal tekrar uzatılmazsa 21.7.2016 tarihinden itibaren 90 gün devam edecektir.

KHK'nin 2. maddesi uyarınca 2346 öğretim elemanı kamu görevinden çıkarıldı. Bu maddeye göre:

> MADDE 2- (1) Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olan;
>
> a) Ekli (1) sayılı listede yer alan kişiler kamu görevinden,
>
> b) Ekli (2) sayılı listede yer alan kişiler Emniyet Genel Müdürlüğü teşkilatından,
>
> c) Ekli (3) sayılı listede yer alan kişiler Jandarma Genel Komutanlığı teşkilatından,
>
> ç) Ekli (4) sayılı listede yer alan kişiler Sahil Güvenlik Komutanlığı teşkilatından,
>
> başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın çıkarılmıştır. Bu kişilere ayrıca herhangi bir tebligat yapılmaz. Haklarında ayrıca özel kanun hükümlerine göre işlem tesis edilir.

Benzer şekilde 29 Ekim 2016 gün ve 29872 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 675 Sayılı KHK'nin 1. maddesi uyarınca da 1267 öğretim elemanı kamu görevinden çıkarıldı. Bu maddeye göre:

> MADDE 1- (1) Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olan ve ekli (1) sayılı listede yer alan kişiler kamu görevinden başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın çıkarılmıştır. Bu kişilere ayrıca herhangi bir tebligat yapılmaz. Haklarında ayrıca özel kanun hükümlerine göre işlem tesis edilir.

Ayrıca, 22 Kasım 2016 gün ve 29896 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 677 Sayılı KHK'nin 1. maddesi uyarınca 242 akademisyen kamu görevinden çıkarıldı.

Nihayet, 6 Ocak 2017 gün ve 29940 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 679 sayılı KHK'nin 1. maddesi uyarınca 631 akademisyen daha kamu görevinden çıkarıldı.

Elimizde 672, 675, 677 ve 679 Sayılı KHK'ler **hazırlanırken nasıl bir yöntem izlendiğine dair hiçbir veri mevcut değildir.** Bu kadar çok sayıda kamu görevlisinin, hangi ölçüte göre seçildiği, seçici kurulun kimlerden oluştuğu, hangi delillerin dikkate alındığı, bu delillerin nasıl değerlendirildiği kimse tarafından bilinmemektedir. Olağanüstü Hal, askeri müdahale nedeniyle ilan edilmiş, Avrupa Konseyi'ne de bu gerekçeyle bildirim yapılmıştır.

100 bine yakın kamu görevlisinin nasıl olup da darbe girişimi ile ilişkilendirilebildiği ise tamamen bir muammadır. Toplamda 40 bini aşkın öğretmenin hangi şiddet aracım kullanarak darbeye katkı sunduğu da bilinememektedir. Kamudan arındırma ve temizleme işleminin bir intikama dönüştüğü ve sadece darbe girişiminde bulunduğu iddia edilen örgütle sınırlı kalmadığı açıktır.

Kamu görevinden çıkarılan bu kadar çok sayıda insana hiçbir savunma hakkı verilmediği ve hatta kamu hizmetinden çıkarılma gerekçeleri de açıklanmadığı için darbeyle OHAL KHK'leri ve kamu hizmetinden çıkarma yaptırımı arasında nasıl bir illiyet bağı kurulduğunu da bilmiyoruz.

672 Sayılı KHK ile hiçbir soruşturma yapılmaksızın, alelacele hazırlanan listelerle kamu görevinden çıkartılan ve doğrudan veya dolaylı olarak kamu hizmetinde çalışmaları engellenen öğretim elemanları arasında 19'u Kocaeli Üniversitesi'nden, 7'si Ankara Üniversitesi'nden, 4'ü Adıyaman Üniversitesi'nden, 4'ü Niğde Üniversitesi'nden, 2'si Gazi Üniversitesi'nden, 1'i Anadolu Üniversitesi'nden, 1'i Celal Bayar Üniversitesi'nden, 1'i İstanbul Teknik Üniversitesi'nden, 1'i Muş Alparslan Üniversitesi'nden ve 1'i de Tunceli Üniversitesi'nden olmak üzere 41 BAK metni imzacısı öğretim ela-

manı da bulunmaktadır. Benzer şekilde 675 Sayılı KHK ile kamu görevinden çıkartılan öğretim elemanları arasında Batman Üniversitesi'nden 1, Cumhuriyet Üniversitesi'nden 2, Düzce Üniversitesi'nden 1, Erzincan Üniversitesi'nden 1, Fırat Üniversitesi'nden 1, Gaziantep Üniversitesi'nden 5, İstanbul Üniversitesi'nden 5, Mardin Artuklu Üniversitesi'nden 1, Tunceli Üniversitesi'nden 1, Türk-Alman Üniversitesi'nden 1, Yalova Üniversitesi'nden 3, olmak üzere 22 imzacı öğretim elamanı bulunmaktadır.[2] Ayrıca 677 sayılı KHK ile ise Akdeniz Üniversitesi'nden 8, Ondokuz Mayıs Üniversitesi'nden 6 ve Kastamonu Üniversitesi'nden 1 olmak üzere 15 imzacı akademisyen kamu görevinden çıkarılmıştır. Son olarak 679 sayılı KHK ile Adnan Menderes Üniversitesi'nden 1, Ankara Üniversitesi'nden 9, Ege Üniversitesi'nden 9, Gazi Üniversitesi'nden 1, Mardin Artuklu Üniversitesi'nden 9, Munzur Üniversitesi'nden 11 ve Muş Alparslan Üniversitesi'nden 2 olmak üzere 42 imzacı akademisyen kamu görevinden çıkartılmıştır. Bu KHK'lerle toplamda da 120 BAK metni imzacısı öğretim elemanı kamudan ihraç edilmiştir.

Bu 120 öğretim elemanının kamu görevinden çıkartılma gerekçesinin BAK'ın "Bu Suça Ortak Olmayacağız" bildirisini imzalamaları olduğu anlaşılmaktadır. Örneğin, Kocaeli Üniversitesinde kamu hizmetinden çıkarılan 19 imzacının darbe girişiminde bulunduğu iddia edilen örgüte veya oluşuma "*üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı*" olmadığına göre kamu görevinden neden çıkartıldıklarını tahmin etmek güç değildir. Haklarında soruşturma tamamlanmayan, savunma hakkı verilmeyen 19 akademisyen hakkında, OHAL KHK'si ile kamu hizmetinden çıkarma cezası verilmiştir. Darbe girişimini ve OHAL'i fırsat gören bazı üni-

2 Ayrıca, Bilim Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı'nda çalışan 1 imzacı ile Milli Eğitim Bakanlığı'nda öğretmen olarak görevli bir diğer imzacı da kamu görevinden 675 Sayılı KHK ile ihraç edilmiştir. Bkz. https://barisicinakademisyenler.net/node/338

versite rektörlükleri, darbe girişimi ile ilgili hiçbir faaliyetleri olmadığı gibi suçlanan örgütle de bir ilgileri veya herhangi bir bağları bulunmayan bu akademisyenlerin, kamu hizmetinden çıkarılmaları için hazırladıkları listeleri Yükseköğretim Kurulu'na yollamış ve kurul da bu listeleri Bakanlar Kurulu'na sunmuştur. Bakanlar Kurulu da, bu listelere dayanarak söz konusu akademisyenlerin savunmasını almadan onları kamu görevinden çıkarmıştır.

Görüldüğü gibi, bir grup akademisyenin kamu hizmetinden çıkarılmalarının tek nedeni imzacısı oldukları Barış Bildirgesidir. Bu durum AİHS'in 10. maddesi ile koruma altına alınmış olan ifade özgürlüklerinin ihlali niteliğindedir. İfade özgürlüğüne ilişkin değerlendirme kitabın 3. bölümünde yapılacaktır. Bununla birlikte, bu düzenlemenin ihlal ettiği tek hak ifade özgürlüğü değildir. KHK ile görevlerinden ihraç edilen BAK imzacılarının adil yargılanma hakkı ve özel hayatın korunması hakları da ihlal edilmiştir. Bu bölümde önce bu hak ihlalleri değerlendirilecektir.

AİHS'in 6. Maddesinin İhlali Değerlendirmesi

1 Eylül 2016 gün ve 29818 (Mükerrer) sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 672 Sayılı KHK'nin 2. maddesi, 29 Ekim 2016 gün ve 29872 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 675 Sayılı KHK'nin 1. maddesi, 22 Kasım 2016 gün ve 29896 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 677 Sayılı KHK'nin 1. maddesi ve 6 Ocak 2016 gün ve 29940 (Mükerrer) sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 679 Sayılı KHK'nin 1. maddesi uyarınca 120 BAK imzacısı akademisyen kamu görevinden çıkarılmıştır. 672 sayılı KHK'nin 2. maddesi, 675, 677 ve 679 sayılı KHK'lerin 1. maddesi,"*Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya grup-*

lara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olan"ların kamu hizmetinden çıkarıldığını belirtmekle birlikte "üyelik, mensubiyet, iltisak ve irtibat" kavramlarının ne anlama geldiği belirsiz olduğu gibi kamu görevinden çıkartılan akademisyenlerin hangi eylemleri nedeniyle bu kategoriye girdiği de bilinmemektedir.

Kaldı ki; kamu görevinden çıkartılan akademisyenlere somut bir suçlama yöneltilmemiş, haklarında bir ceza soruşturması veya davası açılmamış, dolayısıyla hiçbir şekilde savunma hakkı verilmemiş, aleyhe deliller kendilerine gösterilmediği gibi bu delilleri tartışmak veya lehe deliller sunmak imkanı da sunulmamıştır.

Bu uygulamanın AİHS'in 6. maddesi anlamında bir ceza isnadı (*criminal limb*) olduğu ortadadır. Önce bunun gerekçeleri açıklanacaktır. Daha sonra ise bu iddianın kabul edilmemesi halinde imzacı akademisyenlerin kamu görevinden çıkartılmalarının neden 6. maddenin hukuk bölümü (*civil limb*) açısından ihlal oluşturduğuna değinilecektir.

Ceza İsnadı Açısından Değerlendirme

Sözleşme'nin 6. maddesinde düzenlenen "cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar" kavramı sözleşmenin özerk kavramlarından biridir. Bunun anlamı, iç hukukun bir yaptırımı ceza hukuku kapsamında görmesinden bağımsız olarak AİHM'in, sözleşme açısından yaptırımı ceza hukuku kapsamında görebileceğidir.

İhlalin kaynağı olan KHK'nin 2. maddesinin 2. fıkrası kamu görevinden çıkarılan kişiler hakkındaki yaptırımların "mahkûmiyet kararı aranmaksızın" uygulanacağını belirtmektedir. Bununla birlikte, mahkumiyet kararının olması, AİHS anlamında bir cezai isnadın olmadığı anlamına gelmeyecektir.

AİHS anlamında bir yaptırımın "cezai" sayılması için 3 unsura bakılması gerekmektedir: (i) muhakeme usulünün iç hukukta nasıl sınıflandırıldığı, (ii) suçun niteliği ve (iii) başvurucunun çarptırılması olası cezanın niteliği ve ağırlığı.[3] Bununla birlikte, AİHM iç hukuktaki sınıflandırma ile bağlı olmadığı gibi suçun ve cezanın niteliği ölçütleri kümülatif değil alternatif ölçütlerdir.[4] Bununla birlikte, herhangi bir unsurla kesin bir sonuca ulaşılamadığı durumlarda unsurların kümülatif olarak değerlendirilmesi yoluna da gidilebilir.[5]

AİHM, imzacı akademisyenlerin kamu görevinden çıkartılmalarına benzer Doğu Avrupa ülkelerindeki arındırma (*lustration*) uygulamalarını incelediği bazı davalarda başvuruları 6. maddenin "medeni hak ve ödev" kavramı çerçevesinde incelerken,[6] bazı başvuruları aynı maddenin "cezai isnat" kavramı kapsamında değerlendirmiştir.

İmzacı akademisyenlerin KHK yolu ile kamu görevinden çıkartılmaları olayı ise AİHM'in cezai isnad kapsamında gördüğü Polonya arındırma vakalarına daha yakındır. Mahkemenin bu sonuca ulaşmasında uygulanan muhakeme usulünün, ceza muhakemesine çok yakın olması yanında, işlenen suçun niteliği ve verilen cezanın ağırlığı dikkate alınmıştır. Bu davalarda, başvurucular, hapis cezası almadığı gibi para cezasına da çarptırılmamıştır. Ne var ki, komünist geçmişi ile ilgili yalan söylediği saptanan kişiler 10 yıla kadar kamu hizmetinde çalışma ve siyasete katılma hakkından mahrum bırakılmıştır. AİHM'e göre bu unsur, diğer unsurlarla birlik-

---

3 *Phillips/Birleşik Krallık*, no. 41087/98, 05.07.2011, para. 31, *Garyfallou AEBE/ Yunanistan*, 24.9.1997, Reports of Judgments and Decisions 1997-V, para. 32.

4 *Lutz/Almanya*, no. 9912/82, 25.8.1987, para. 55

5 *Bendenoun/Fransa*, 24.2.1994, Series A no. 284, para. 47.

6 *Sidabras ve Džiautas/Litvanya* (dec.), no. 55480/00 ve 59330/00, 21.10. 2003; *Rainys ve Gasparavičius/Litvanya* (dec.), no. 70665/01 ve 74345/01, 22.1. 2004; *Ivanovski/Makedonya*, no. 29908/11, 21.1.2016, para. 117-122.

te değerlendirildiğinde bu davalardaki başvuruculara yönelik cezai bir isnat olduğu anlamına gelmektedir.[7]

Türkiye'de ise OHAL kararnamelerine bakıldığında hem benzerlikler hem de farklılıklar görülmektedir. Polonya örneğinden farklı olarak Türkiye'de kararlar hiçbir muhakeme işlemi yapılmadan uygulanmıştır. Bu nedenle, bir ceza muhakemesinden bahsedilmesi mümkün değildir. Ancak bu hükümetin lehine değil tam tersine aleyhine uygulanması gereken bir husustur. Ceza muhakemesi işletilmesi gereken bir süreçte, hiçbir muhakeme yoluna başvurulmamış olması, hükümetin yükümlülüklerinden kurtulması sonucunu doğuramaz. Suçun ve cezanın niteliği açısındansa, yaptırımın cezai niteliği Polonya'daki uygulamadan çok daha ağır ve açıktır.

Yaptırıma neden olan eylem (ya da suç) "*Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olmak*"tır. Terör örgütü üyeliği Ceza Kanunu'nda ağır bir suç olarak düzenlenmiştir. Bu suç bir disiplin suçu niteliğinde olmayıp, sadece belirli görevleri yerine getirenler tarafından değil toplumun her kesimi tarafından işlenebilen bir suçtur. Bu nedenle, suçun sadece bir çalışma alanını düzenleyen disiplin suçu olduğunu söylemek mümkün değildir.

Üyelik, mensubiyet, iltisak veya irtibat eylemlerinden birini gerçekleştiren kişiye uygulanacak yaptırım da Polonya'dakinden çok daha ağırdır. Bu eylemi gerçekleştiren kişiler süresiz olarak kamu görevinden çıkarılmakta ve açıkça terörist olarak damgalanmaktadır. Dahası, KHK bu kişiler hakkında "*bir daha kamu hizmetinde istihdam edilemez-*

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

ler, doğrudan veya dolaylı olarak görevlendirilemezler" demiş ve bunun yanında kamu hizmetinden çıkarılma yaptırımına birçok başka hukuki sonuç bağlanmıştır.

657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu, bir disiplin cezası olarak memurluktan çıkarma cezası yanında, memurluğun sona ereceği durumları da düzenlemektedir. Yasanın 98. maddesine göre "*Memurluğa alınma şartlarından her hangi birini taşımadığının sonradan anlaşılması veya memurlukları sırasında bu şartlardan her hangi birini kaybetmesi*" halinde kişinin memuriyeti sona erer. Bu koşullar arasında 48. maddenin 5. fıkrası uyarınca bir yıldan fazla hapis cezası almamak da vardır. Bir başka deyişle 672, 675, 677 ve 679 Sayılı KHK'ler, disiplin soruşturmasının olmadığı bir durumda ancak bir ceza mahkemesi tarafından mahkumiyet halinde verilebilecek olan memurluktan çıkarma cezasını uygulamaktadır. **Bu da yaptırımın AİHS anlamında cezai bir nitelik taşıdığını göstermektedir.**

Ceza İsnadı Bakımından Adil Yargılanma İlkesinin Uygulanması

Her ne kadar delilleri ve bu delillerin konuyla ne kadar ilgili olduğunu değerlendirme yetkisi ulusal mercilerinse de, bir bütün halinde yürütülen usulün 6. madde anlamında adil olup olmadığını değerlendirme yetkisi AİHM'dedir.[8] Ceza davalarında savunma haklarının güvence altına alınması demokratik bir toplumun temel ilkelerinden biridir ve 6. maddedeki bu güvencenin sadece teorik ve kağıt üstünde değil ve fakat pratik ve etkin şekilde kullanılacak şekilde yorumlanması gerekir.[9]

---

8 *Mantovanelli/Fransa*, 18.3.1997, Reports 1997-II, para. 34; *Elsholz/Almanya* [BD], no. 25735/94, 13.07.2000, para. 66, ECHR 2000-VIII.

9 *Artico/Italya*, no. 6694/74, 13.5.1980, para. 33.

Özellikle sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrası, tarafların sunduğu argüman ve delilleri tam bir şekilde değerlendirme ödevini mahkemeye yükler.[10] Mahkeme, önündeki ciddi şikayetleri veya çürütülmesi mümkün olmayan delilleri dikkate almazsa, keyfi nitelik taşıyan bu yargılama adil yargılanma ilkesini ihlal edecektir.[11]

AİHM'in çok kez vurguladığı üzere, kamu yararı ne kadar güçlü olursa olsun, adil yargılanma hakkından feragat edilemez. Bu nedenle 6. maddede düzenlenen adil yargılama güvenceleri, en basit suçlarda da örgütlü suçlar gibi en zor ve karmaşık suçlarda da uygulanır.[12] AİHM, bu nedenle bazı davalarda, 6. maddenin spesifik bir ihlalini saptamadan usulün bütün halinde adillik ilkesine (principle of fairness) aykırı olduğunu tespit etmiştir.[13]

İmzacı akademisyenlerin kamu görevinden çıkartılmalarına sebep olan KHK, akademisyenlerin hiç yargılanmadan cezalandırılmasına yol açtığı için bütün olarak 6. maddeyi ihlal etmektedir. Bununla birlikte, somut olarak hangi güvencelerin ihlal edildiğini kısaca vurgulamakta da fayda vardır.

6. maddenin özünü oluşturan adil yargılanma ilkesi öncelikle tarafsız ve bağımsız bir yargı merciinin yapacağı değerlendirmeyi gerektirir. Kamu görevinden çıkartma olayının ve bunu mümkün kılan hukukun incelenmesi için mahkemeye başvurma hakkı, milli güvenlik kaygıları olsa bile yürütmenin tek taraflı değerlendirmeleriyle (ipse dixit) sınırlandırılamaz.[14]

Adil bir yargılanmanın ön koşulu ceza usul kurallarının yasayla düzenlenmiş olmasıdır. Bu ilke, yargılamanın nasıl

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

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

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

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

14 *Tinnely ve Diğerleri/BK*, no. 20390/92, 10.7.1998, para. 77.

yapılması gerektiğine dair belirli koşullar getirmek suretiyle adil bir yargılanmayı güvence altına alır ve *silahların eşitliği ilkesine* saygıyı zorunlu kılar. Silahların eşitliği ilkesi, taraflara karşı taraf karşısında ciddi bir dezavantaja uğramaksızın davasını ileri sürme konusunda makul bir imkanın verilmesini gerektirir. AİHM, usul kurallarının birincil amacının sanığı otoritenin kötüye kullanılmasına karşı korumak olduğunu belirtmektedir.[15] Bunun yanında, yargılama hem hukuk hem de ceza davalarında *çekişmeli* olarak yürütülmeli ve taraflara karşı tarafın sunduğu delil ve argümanlara cevap verme imkanı sunulmalıdır.[16]

AİHS 6. madde aynı zamanda dinlenilme hakkını da içerir. İlgili kişi kendi görüşünü doğrudan ya da yasal temsilcisi aracılığıyla açıklamalıdır. İddia makamı da suçlanan kişiyle ilgili elindeki tüm verileri ortaya koymalıdır ki, buna karşı savunma yapılabilsin.[17] Nihayet, dinlenilme hakkının doğal bir uzantısı da gerekçeli karar hakkıdır. Gerekçeli karar, neden kişi aleyhine karar verildiğinin anlaşılmasını sağlamasının yanında ceza hukukunun temel ilkelerinden olan masumiyet karinesinin güvence altına alınmasını da sağlayacaktır.[18]

İmzacı akademisyenlerin kamu hizmetinden çıkarılmasına ilişkin kararda, yukarıda sayılan ve 6. maddenin ve daha önemlisi **demokratik bir hukuk devletinin temelini oluşturan adil yargılanma ilkelerinin hiçbirine riayet edilmemiştir.** Kamu görevinden çıkartılan akademisyenlere açık hiçbir suçlama yöneltilmemiş, savunma hakkı verilmemiş, iddia makamının argüman ve delillerini tartışma imkanı sunulmamıştır. **Akademisyenler haklarında iş-**

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

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

17 *Dowsett/BK*, no. 39482/98, 24.06.2003, para. 41 vd.

18 *Adjaric/Hırvatistan*, no. 20883/09, 13.12.2011, para. 51.

lem yapıldıktan sonra bile neyle suçlandıklarını bilememektedir.

Bazı ihlallerin, giderilmesi için sonradan hukuki yollar öngörülmesi halinde sona ermesi mümkün olabilirse de[19] 672, 675, 677 ve 679 Sayılı KHK'ler bunu da imkansız kılmaktadır. Çünkü akademisyenlerin haklarındaki suçlamayı yargı önüne götürme imkanı yoktur. Bu nedenle adli bir mekanizmayla keyfi uygulamanın sonuçlarının giderilmesi imkanı da bulunmamaktadır. Bu yönüyle, imzacı akademisyenler hakkında şüpheye yer bırakmayacak şekilde kanıtlanmış hiçbir suçlama söz konusu olmadığı için masumiyet karinesi de ihlal edilmiştir.

Bu durumun, bir bütün halinde 6. maddenin adil yargılanmayı düzenleyen bölümünü ihlal ettiği şüphesizdir.

AİHS'in 6. Maddesini Hukuk Yönü Açısından Değerlendirme

Akademisyenlerin kamu görevinden 672, 675, 677 ve 679 sayılı KHK'ler ile çıkartılmaları olayının 6. maddenin ceza bölümünde incelenmemesi halinde, başvurucunun medeni hakkıyla ilgili olduğu için aynı maddenin "medeni hak ile ilgili uyuşmazlıklar" kapsamında görülüp değerlendirilmesi gerektiğine şüphe bulunmamaktadır.

AİHM içtihadının ilk döneminden itibaren profesyonel mesleğin devamını engelleyen kararlara yapılan itirazlar medeni hak ile ilgili uyuşmazlık kapsamında değerlendirilmektedir.[20] AİHM ayrıca, bu davalarda 6. maddenin ceza bölümünün uygulanması gerekip gerekmediği konusunun cevaplanmasına gerek olmadığını, çünkü ceza muhakemesi

19 *Edwards/Birleşik Krallık*, 16.12.1992, Series A no. 247-B.

20 *Le Compte, Van Leuven ve De Meyere/Belçika*, no. 6878/75, 23.6.1981, para. 44-51.

için yukarıda sayılan ilkelerin medeni haklarla ilgili uyuşmazlıklarda da uygulanacağını belirtmiştir.[21]

Bununla birlikte, akademisyenler aynı zamanda kamu görevlisi olduğu için kamu hizmetinden çıkarılma cezasının 6. madde kapsamında olup olmadığı tartışma konusudur. AİHM'e göre, *Eskelinen kriterleri* bağlamında bir kamu görevlisinin 6. madde kapsamındaki korumadan hariç tutulabilmesi için iki kriterin karşılanması gerekir. Buna göre iç hukukta yargı yolunun açıkça kapalı olması ve bunun haklı gerekçelere dayanması gerekir. Haklı gerekçelerin varlığı da kendi içinde iki koşulun gerçekleşmesine bağlıdır.[22] Birincisi, kamu görevlisinin kamu gücü ayrıcalığı kullanıyor olması ya da Pellegrin davasında mahkemenin ifade ettiği gibi devletle arasında "özel bir güven ve sadakat" ilişkisinin bulunması gerekir.[23] Bunun yanında, ikinci olarak davalı devletin uyuşmazlığın bu bağa ilişkin olduğunu da göstermesi gerekir. Bu nedenle, 6. maddenin uygulanması yönünde bir karine vardır. Hükümetin, önce başvurucunun iç hukukta mahkemeye başvuru hakkının olmadığını, ardından da iç hukuktaki bu dışlamanın meşru sebeplere dayandığını göstermesi gerekir. Eskelineni takip eden içtihatta da, bu karine kamu hizmetinden çıkarma da dahil olmak üzere kamu görevlilerine ilişkin çok sayıda davada aynen uygulanmıştır.[24]

Baka/Macaristan davasında, AİHM Eskelinen ölçütünü güçlendirmiştir. Buna göre, **kamu görevlisine iç hukukta yargı yolunu kapayan kuralın, müdahaleyi yapan işlemle birlikte olmaması, daha öncesinde mevcut olması gerekmektedir.** Aksi takdirde, taraf devletler, kamu hizmetinden çıkarmak istedikleri kişinin yargı yoluna başvurma-

21 *Diennet/Fransa*, no. 18160/91, 26.9.1995, para. 28.

22 *Vilho Eskelinen ve Diğerleri/Finlandiya* [BD], no. 63235/00, 19.04.2007, para. 62 ECHR 2007-II.

23 *Pellegrin/Fransa* [BD], no. 28541/95, 08.12.1999, para. 66, ECHR 1999-VIII.

24 *Baka/Macaristan* [BD], no. 20261/12, 23.6.2016, para. 105.

ması için ad hoc düzenlemeler yaparak, bu yetkiyi kötüye kullanabilirler.[25] Bu durumda, sonradan çıkarılan kurallarla yargı yolunun kapanması Eskelinen testinin birinci unsuru olan yargı yolunun "açıkça" kapalı olması unsurunu karşılamamaktadır.

Kamu görevinden çıkartılan akademisyenler açısından Eskelinen testindeki her iki unsur da karşılanmamıştır. Üniversitede öğretim elemanı olan akademisyenlerin idari ve adli kararlarla kamu hizmetinden nasıl çıkarılacağı 2547 Sayılı Yükseköğretim Kanunu ile 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bu yaptırım karşısında da idari yargı yolu açıktır. Anayasanın 129. maddesine göre "*Memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemez*" ve "*Disiplin kararları yargı denetimi dışında bırakılamaz*". Anılan düzenlemelerde bir kamu görevlisinin "*Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı*" nedeniyle, herhangi açık bir soruşturma yürütülmeden ve savunması alınmadan ebedi olarak görevinden çıkarılması gibi bir yaptırım öngörülmemiştir. Bu yaptırım, 672, 675, 677 ve 679 Sayılı OHAL KHK'leri ile getirilmiş, uygulanmış ve yargı yolu da kapatılmıştır. Bu yönüyle düzenlemenin Eskelinen testinde öngörülen "yargı yolunun açıkça kapalı olması" unsurunu taşımadığı açıktır.

Akademisyenlerin anılan OHAL KHK'leri ile kamu görevinden çıkarılması işleminin, akademisyenlerle devlet arasında Pellegrin'de belirtilen "özel bir güven ve sadakat" ilişkisi olmaması nedeniyle Eskelinen testinin 2. unsurunu da taşımadığı ortadadır. Üniversitede öğretim üyesi olan bir ki-

25 *Baka/Macaristan*, para. 116.

şinin, hiçbir somut delile dayanmaksızın bir darbe girişimiyle ilişkilendirilip kamu görevinden çıkartılmasının bu açıdan da haklı çıkarılabilir bir yanı bulunmamaktadır.

Bu nedenlerle, Baka/Macaristan kararında tespit edildiği gibi hem kamu görevinden çıkartılan akademisyenlerin mahkemeye başvuru hakkı hem de adil yargılanma hakkı güvenceleri ceza isnadı ve medeni hak bağlamında olmak üzere açıkça ihlal edilmiştir.

AİHS'in 8. Maddesi ve 14. Maddesi Açısından Değerlendirme

Kamu hizmetine giriş hakkıyla bağlantılı başvurular sözleşme kapsamında olmadığı gerekçesiyle AİHM tarafından reddedilmiştir. AİHM'e göre, demokratik bir devletin kamu görevlilerinin toplumu kuran anayasal ilkelere bağlılık göstermesinde meşru bir yararı vardır.

Bununla birlikte, mahkemeye göre özel hayat kavramı, kişinin moral ve fizik bütünlüğünü korumakta ve kişinin kişiliğini geliştirmesi ve gerçekleştirmesiyle ilgili bir alanı güvence altına almaktadır. Buna göre, özel hayat kavramının dış dünya kavramından soyutlanmış bir iç dünya şeklinde tanımlanması çok kısıtlayıcı bir yaklaşım olacaktır. Özel hayata saygı, bir ölçüye kadar diğer insanlarla ilişki kurma ve geliştirme hakkını da içermektedir. Birçok insanın dış dünya ile ilişkilerinin geliştirilmesinde çok önemli bir yere sahip olan meslek ve iş hayatının "özel hayat" kavramının dışında tutulmasını açıklayacak makul bir gerekçe yoktur.

Bir başka deyişle, her ne kadar çalışma hakkı veya kamu hizmetine girme hakkı AİHS'de düzenlenmemiş olsa da kişinin çalışma hayatına orantısız müdahaleler, dış dünya ile sağlıklı ilişkiler geliştirmeyi engellediği için 8. maddede düzenlenen özel hayat güvencesini ve diğer kişiler karşısın-

da ayrımcılığa uğramama hakkını (AİHS, md. 14) ihlal etmektedir.

Komünist rejim sonrası kamudan arındırma işlemlerinin hukuk devleti ilkelerine uygun bir şekilde yürütülmesini sağlamak amacıyla Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi tarafında hazırlanan ve hem AİHM hem de Venedik Komisyonu[26] tarafından esas alınan AKPM Rehber İlkeleri,[27] bu nedenle arındırmanın insan hakları ve demokrasiye tehdit teşkil eden pozisyonlarla sınırlı olması gerektiğini belirtmektedir.

AKPM Rehber İlkeleri, arındırma sürecinde şu ilkelere uyulması gerektiğini vurgulamaktadır:

> "Para. 4: Demokratik bir hukuk devleti, adaletin sağlanması ve suçluların cezalandırılması için yeterli araca sahiptir, adalet yerine intikam duygusuna hizmet etmemelidir. Hukuk sistemi, adil yargılanma ve dinlenme hakkı gibi insan hakları ve temel özgürlüklere saygı göstermeli ve bu hakları kendileri iktidardayken bu kurallara riayet etmeyenlere bile uygulamalıdır.
>
> Para 12: Bu önlemler ancak belli ölçütlere uydukları takdirde demokratik bir devletle uyumlu olabilir. Birinci ola-

26 Venedik Komisyonu CDL-AD(2012)028, "Eski Yugoslavya Cumhuriyeti Makedonya"nın Kamu Hizmetinin Uygulanması, Belgelere Ulaşma ve Yayın, Devlet Güvenlik Birimleriyle İşbirliğinde ("Arındırma Yasası") Sınırlandırmaya İlişkin bir Ölçüt Belirlenmesine Dair Amicus Curie Görüş, Görüş no. 694/2012, 17 Aralık 2012; Venedik Komisyonu, CDL-AD(2015)012 Ukrayna'nın, Verkhovna Rada'ya 21 Nisan 2015'te sunulan değişiklikler sonucu oluşan hükümet temizliğine (arındırma yasası) ilişkin yasasına dair nihai görüş, Görüş no. 788/2014, 19-20 Haziran 2015; Venedik Komisyonu CDL-AD(2009)044, Arnavutluk'ta Kamu Yönetimi Üst Düzey Bürokratları ve Seçilmiş Kişilerin Temizliğine İlişkin Yasaya Dair Amicus Curie Görüş, Görüş no. 524/2009, 13 Ekim 2009).

27 Eski totaliter komünist sistemlerin mirasının kaldırılmasına ilişkin önlemler ve arındırma yasaları ve benzer idari önlemlerin hukukun üstünlüğüne dayanan bir devletin gerekliliklerine uyumluluğunu sağlayan Rehber Kurallara ilişkin Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi 1096 Sayılı Kararı, (doc. 7568), 3 Haziran 1996.

rak, kolektif değil bireysel olan suç her bireysel vakada ayrıca kamtlanmalıdır. Bu arındırma kanunlarının kolektif değil, bireysel uygulanmasını gerektirir. İkinci olarak, savunma hakkı, masumiyet karinesi ve mahkemeye ulaşma hakkı garanti altına alınmalıdır. İntikam asla bu tedbirlerin amacı olmamalı, arındırma önlemleri siyasi ve sosyal açıdan kötüye kullanılmamalıdır."

Bunun yanında şu ilkelere de riayet edilmelidir:

"a. Arındırma özel kurulan bağımsız komisyonlar eliyle yürütülmelidir;

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

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

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

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

m. Hiçbir şekilde bir kişi, avukata erişim hakkı (kişinin durumunun elvermediği durumlarda adli yardımla), kendisi aleyhine sunulan delillere karşı çıkma hakkı, tüm suçlayıcı delillere ulaşma hakkı, kendi delillerini sunma hakkı, kendi istediği takdirde açık yargılanma hakkı ve tarafsız bir

mahkemeye başvurma hakkı dahil olmak ve bunlarla kısıtlı olmamak üzere tüm adil yargılanma güvencelerinden yararlandırılmadan arındırma sürecine tabi kılınmamalıdır."

Görüldüğü gibi **arındırma önlemi, sadece kamu gücü ayrıcalığı kullanan, insan hakları ihlaline neden olabilecek kişilerle sınırlı tutulmalıdır.** Polis, asker, hakim, savcı gibi meslek kategorileri bu kapsamda görülebilir. Ancak kamu gücünü kullandığına, darbeye doğrudan katıldığına dair kanıt olmayan BAK imzacılarının bu kapsamda kamu hizmetinden çıkarılması demokratik bir toplumda zorunlu olarak değerlendirilemez. Bir kişinin görevini, kendi kişisel kusurunu, çalıştığı dönemi dikkate alıp bireyselleştirme yapmadan uygulanan hizmetten çıkarma yaptırımlarının da sözleşmeye aykırı olduğu tespit edilmektedir.[28] **AİHM, KGB ile hangi düzeyde bağı olduğuna bakmaksızın herkesi kapsayan düzenlemelerin sözleşmeye aykırı olduğuna karar vermiştir.**[29]

Ayrıca, bir kişi eğer açıkça suç ve insan hakları ihlali niteliğinde değilse, salt bir derneğe üye olduğu için kamu hizmetinden çıkarılma işleminin muhatabı olmamalıdır.[30] Aynı şekilde bir kişinin kanaat ve düşünceleri de tek başına meslekten çıkarma için yeterli olamaz. Kamudan arındırma işlemleri, ceza hukuku ile benzerlik gösterdiği için kişinin kusurunun mutlaka değerlendirilmesi gerekir. AİHM, AKPM kararını hatırlatarak, hakkında işlem yapılan kişinin zorla mı yoksa kendi iradesiyle mi eski rejimle işbirliği yaptığının araştırılması gerektiğini belirtmiştir.[31] Var olan koşullar-

28 *Adamsons/Letonya*, no. 3669/03, 24.6.2008, para. 125.

29 *Žičkus/Litvanya*, no. 26652/02, 7.4. 2009, para. 33; Soro/Estonya, no. 22588/08, 3.9.2015.

30 Venedik Komisyonu, CDL-AD(2009)044, Arnavutluk'ta Kamu Yönetimi Üst Düzey Bürokratları ve Seçilmiş Kişilerin Temizliğine İlişkin Yasaya Dair Amicus Curie Görüş, Görüş no. 524/2009, 13 Ekim 2009.

31 *Ivanovski/Makedonya*, no. 29908/11, 21.1.2016, para. 182.

da, kusurlu sayılamayacak kişilerin salt bir görevde olmaları haklarında işlem yapılmasını meşru gösteremez.[32]

Zaman bakımından da kamu hizmetinden yasaklanma işlemi ile söz konusu tehlike arasında bağlantı olması gerekir. Tehlikenin kalkmasından sonra, yasaklılığın devam etmesi demokratik bir toplumda gereklilik ilkesiyle açıklanamaz.[33] AKPM ilkelerinde açıkça ortaya koyulduğu gibi, arındırmaya ilişkin işlemin demokratik bir toplumda zorunlu olduğunu kanıtlamanın yolu, her türlü adil yargılanma güvencesinin sağlandığı tarafsız ve adil bir yargılamadan geçer. Bu usule uygun olmayan kamu hizmetinden çıkarma işleminin demokratik bir toplumda zorunlu olduğu söylenemez.

Akademisyenlerin kamu görevinden çıkartılması olayında, bu akademisyenlerin darbe girişimiyle, darbe girişimi yaptığı söylenen dini cemaatle veya örgütle hiçbir ilgisi bulunmamaktadır. Kişisel kusurları kanıtlanmadığı gibi, herhangi bir şiddet aracına başvurmaları da mümkün değildir. Bu nedenle, kamu görevinden çıkarılmalarını meşru kılacak hiçbir gerekçe bulunmamaktadır.

Kamu görevinden çıkartılan akademisyenler hakkında yürütülmüş bir ceza soruşturması, suçlama, kendisi aleyhine sunulmuş bir suçlama ve delil yoktur. Kamu hizmetinden çıkarılma yaptırımı öncesi savunmaları alınmadığı gibi suçlama karşıtı delil sunma imkanı da verilmemiştir. Bu nedenlerle, akademisyenler hakkındaki uygulamanın demokratik bir toplumda zorunlu olduğunu söylemek mümkün değildir.

Bunun yanında, darbeyle hiçbir illiyet bağı bulunmayan akademisyenlerin kamu hizmetinden çıkarılması aynı za-

---

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

33 *Adamsons/Letonya*, no. 3669/03, 24.6.2008, para. 116.

manda ölçüsüz bir yaptırım niteliğindedir. Çünkü akademisyenler, kamu hizmetinden bir daha dönememek üzere çıkarılmış, dahası doğrudan veya dolaylı her türlü kamu hizmetine girmeleri yasaklanmış ve pasaportları dahi iptal edilmiştir. Bu koşullar altında, akademisyenler ne kamu üniversitelerinde ne de özel üniversitelerde çalışabilecek ne de yurtdışına çıkarak başka ülke üniversitelerinde iş bulabilecektir. Bu şekilde akademisyenlerin çalışma hayatına ilişkin orantısız müdahalelerle AİHS 8. maddede düzenlenen özel hayat güvencesinin ve kişilerin ayrımcılığa uğramama hakkının (AİHS, md. 14) ihlal edildiği de açıktır.

İhraç Edilen Akademisyenler İç Hukuk Yolları Kapalı Olduğundan AİHM'e Başvurmak Durumundadır

Türkiye'de kamu hizmetinden çıkarılma cezası bir idari işlem olduğu için normal koşullarda, bu işleme karşı idari yargıda iptal davası açılması mümkündür. Bununla birlikte, 672, 675, 677 ve 679 Sayılı OHAL KHK'leri bu imkanı engellemek için sadece kimlerin kamu hizmetinden çıkarılacağını gösterip, uygulamasını idari mercilere bırakmak yerine doğrudan tek tek isimleri sayarak aralarında 120 BAK metni imzacısının da bulunduğu 76 bini aşkın kamu görevlisini görevden çıkarmıştır.

Anayasanın 148. maddesi uyarınca KHK'lerin iptaline idari yargı değil AYM karar verebilir. Bu nedenle, kişinin kendisi hakkında tesis edilen işlemin iptali için dava açması halinde, KHK'yi iptal etme yetkisi olmayan idari yargının ayrı bir işlem niteliğinde olmadığı için bireysel işlemi iptal etmesi de mümkün olamayacaktır. Olağan dönemde açılan bir davada Danıştay 5. Dairesi, doğrudan KHK'lerden kaynaklanan işlemleri neden inceleyemeyeceğini şu şekilde ifade etmiştir:

"Kanun Hükmünde Kararnameler, yürütme organının bir işlemi olmakla birlikte, fonksiyonel açıdan kanun niteliğini taşıyan hukuki düzenlemelerdir. Dolayısıyla, idari işlemlere karşı açılan davaların çözümüyle görevli İdari Yargıda, KHK hükümlerinin iptali için açılmış bir davanın incelenmesi hukuken olanaksızdır.

Davacı, 662 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 90. maddesi uyarınca şube müdürü görevinden alınmış sayılmış, KHK'de atama yapma konusunda İdareye herhangi bir değerlendirme yapma ya da başka yönde işlem tesis etme olanağı tanınmamıştır. Bu nedenle, kanun niteliğini taşıyan hukuki bir düzenleme ile görevinden alınmış sayılan davacı hakkında, davalı İdarece kurulmuş, idari davaya konu olabilecek bir işlemin varlığından söz edilmesine olanak bulunmamaktadır."[34]

Görüldüğü gibi Danıştay'a göre, doğrudan KHK'de düzenlenen bir konu eğer idareye başka yönde işlem tesis etme imkanı vermiyorsa, idari yargı tarafından incelenemez. Hemen belirtelim ki, Danıştay'ın bu kararı anayasa denetimine açık bir olağan dönem KHK'si hakkında olup, anılan davada davacının adı açıkça sayılmamış, sadece şube müdürlerinin görevden alındığı belirtilmiştir.

672, 675,677 ve 679 Sayılı KHK'ler açısından ise bu konu çok daha nettir. 672, 675,677 ve 679 Sayılı KHK'ler bir OHAL KHK'sidir; bu nedenle anayasaya aykırılığı anayasanın 148. maddesi uyarınca ileri sürülemez. Ayrıca, Danıştay kararına konu 662 sayılı KHK'den farklı olarak 672, 675,677 ve 679 sayılı KHK'ler, 120 BAK imzacısı dahil 84 bin kamu görevlisinin adını tek tek saymaktadır. İdarenin fonksiyonel açıdan kanun niteliği taşıyan bu işlemin aleyhine hareket ederek, isimleri KHK'lerde sayılanları kamu görevinden

34 Danıştay 5 D., E: 2014/1845, K: 2016/1931, T: 04.04.2016.

ihraç etmemesi mümkün değildir. Bu nedenle, Danıştay veya diğer idari yargı yerlerinin de bu yönde karar vermesi olası değildir. Nitekim OHAL sonrası verilen ilk kararlar da bu yöndedir.[35] **Bu nedenle ihraç edilenlerin idari yargı yoluna gitmesinin hiçbir anlamı olmayacaktır.**

Adalet Bakanlığı da KHK'ler ile kamu hizmetinden çıkarılanlara ilişkin olarak her türlü yargı yolunun kapalı olduğunu açıkça ifade etmektedir. Nitekim, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri de 7 Ekim 2016 tarihinde yayınladığı memorandumda, Adalet Bakanlığı yetkililerinin kendisine KHK ile kamu görevinden çıkarılanlar hakkında yargı yolunun kapalı olduğunu belirttiğini ifade etmiştir.[36]

Kaldı ki; hukuksal olarak yukarıda açıklananların yanında, hükümetin darbe girişimi sonrasında aldığı önlemler sonucu idari yargıdan sonuç almak imkansız hale gelmiştir. Normalde, Danıştay'ın kamu görevlileriyle ilgili davalara bakan 5. Dairesine yıllık 7 ila 9 bin yeni dosya kaydedilirken, bu sayı Kasım 2016 ilk haftası itibariyle 45 bini bulmuştur. Bu sayının yıl sonuna kadar da 60 bini bulması beklenmektedir. Bu sayı kadar yeni dava da ilk derece idari yargı yerlerinde açılmıştır. OHAL boyunca, KHK'ler uyarınca bu davalarda yürütmeyi durdurma kararı da verilemeyecektir.

Önünde halen 45 bin başvuru bulanan Danıştay 5. Dairesi; 4 Ekim 2016 tarihli E. 2016/8136, K. 2016/4076 sayılı kararıyla 672 Sayılı KHK kapsamında açılan davaya idare mahkemelerinin bakmakla görevli olduğunu belirterek, görevsizlik kararı vermiştir. Danıştay 5. Dairesine göre

35 Trabzon İdare Mahkemesi, E: 2016/1113 ve K: 2016/1046; Kastamonu İdare Mahkemesi, E: 2016/1155, K: 2016/1149, 27.10.2016; Antalya 3. İdare Mahkemesi, E: 2016/1219, K: 2016/946. Metnin yazılmasından sonra yazarların ulaştığı 49 farklı idare mahkemesi kararı da aynı yöndedir. Bu mahkeme kararları Türkiye'nin farklı illerindeki idare mahkemeleri tarafından verilmiş olmakla birlikte, aynı kalemden çıkmış gibidir.

36 Türkiye'de Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlerin İnsan Haklarına Etkilerine İlişkin Memorandum, CommDH (2016)35, para. 43.

uyuşmazlık "*Anayasa'nın 121.maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak Cumhurbaşkanı'nın başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu'nca çıkartılan, yasa gücünde ve düzeyinde olan Kanun Hükmünde Kararname'den kaynaklanmaktadır. Böyle bir uyuşmazlığın da 2575 sayılı Yasa'nın 24. maddesinde sayılan Bakanlar Kurulu Kararlarından kaynaklanan uyuşmazlıklardan olmadığı açıktır.*"[37]

İdare mahkemeleri de yukarıda belirtildiği üzere bu davalarda yetkisiz olduklarını belirtmektedirler.

Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu da Kapalıdır

Anayasanın 148. maddesi uyarınca "*Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.*" Bununla birlikte, **BAK imzacıları bakımından bu yolun da tüketilmesine gerek yoktur.** AYM'ye bireysel başvuru yolu da onlar açısından etkili bir hukuk yolu sayılamaz. 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunu'nun 45. maddesinin 3. fıkrası uyarınca "Yasama işlemleri ile düzenleyici idari işlemler aleyhine doğrudan bireysel başvuru yapılamayacağı gibi Anayasa Mahkemesi kararları ile Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemler de bireysel başvurunun konusu olamaz."

672, 675, 677 ve 679 Sayılı KHK'ler maddi olarak bir idari düzenleyici işlem olmakla birlikte fonksiyonel olarak bir yasama işlemidir. Gerçekten de, OHAL ilanından sonra çıkarılan KHK'lere bakıldığında, birçok teşkilat yasasının kalıcı şekilde değiştiği görülebilecektir. Örneğin, 669 Sayılı

37 Benzer kararlar için bkz. Danıştay 5. Dairesi, E: 2016/7983, K: 2016/4079, T: 04.10.2016, Danıştay 5. Dairesi, E: 2016/8196, K: 2016/4066, T: 04.10.2016.

KHK ile bütün askeri okullar kapatılmış, yeni bir üniversite kurulmuştur ki; normalde bu işlemler ancak bir kanunla yapılabilir. Aynı şekilde, 676 Sayılı KHK ile Ceza Muhakemesi Yasası'nın birçok hükmünde değişiklik yapılmıştır. KHK'ler ile temel yasalarda bile değişiklik yapılacağı böylece kabul edilmiştir.

Nitekim AYM de, **doğrudan yasama işlemi niteliğindeki işlemler aleyhine yapılan başvuruları kabul edilemez bulmaktadır.**[38]

672, 675,677 ve 679 Sayılı KHK'ler diğer örneklerden farklı olarak, sadece soyut kurallar getirmemiş ve fakat tek tek isim saymak suretiyle, her bir kişi hakkında somut işlem de yapmıştır. **Bu açıdan maddi anlamda bir yasama işleminden ve hatta düzenleyici işlemden değil, bireysel işlemden bahsedilebilir.** Ancak bu halde dahi AYM'nin bireysel başvuruları konu bakımından incelemesi mümkün değildir. Çünkü bizzat anayasa, AYM'nin OHAL KHK'lerinin Anayasaya uygunluğunu denetlemesini yasaklamıştır.

Yukarıda belirtildiği gibi anayasanın 148. maddesi "olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan **kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılamaz**" demektedir. AYM, ana muhalefet partisinin iki OHAL KHK'si için yaptığı başvuruyu yetki bakımından reddetmiş; "*Anayasa'nın 121. maddesi uyarınca çıkarılan dava konusu KHK hükümlerinin, Anayasa'nın 148. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan "... olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılamaz." hükmü karşısında, esasa geçilerek yargısal denetim ya-*

38 *Umut Oran Başvurusu*, B. No. 2014/18926, 22.1.2015; *Arif Güneş Başvurusu*, B. No. 2012/837, 5.3.2013.

pılması mümkün değildir" demiştir. Bir başka deyişle AYM'ye göre, bir OHAL KHK'si ne kadar ağır ihlallere vücut verirse versin, AYM tarafından denetlenemez.[39] AYM, bu içtihadını daha sonra açılan 2 KHK hakkında da devam ettirmiştir.[40] Olağanüstü hal devam ettiği sürece, ki buna yargısal bir denetim olmaksızın hükümet karar vermektedir, Türkiye'de herkes hukuksal korumanın dışında kalmaktadır.

AYM'nin OHAL KHK'lerinin; yer, zaman ve konu bakımından OHAL KHK'si niteliği taşımaması halinde incelenebileceği ve iptal edilebileceğine ilişkin açık içtihadından[41] hiçbir gerekçe göstermeksizin dönmesi kanımızca kabul edilebilir olmadığı gibi hukuken de yanlıştır.[42] Mahkeme, konuya ilişkin ikna edici bir açıklama yapmadığı gibi hiçbir üyenin eski içtihat yönünde oy kullanmaması da dikkat çekicidir. Bununla birlikte, mevcut hukuki durum budur.

KHK yolu ile ihraç yönteminde işlemin hukuki dayanağı KHK'dir ve AYM bu KHK'lerin içeriğinin denetlenemeyeceğini düşünmektedir. İçeriği denetlenemeyen bir KHK'nin içinde yer alan ihraç kararının bireysel başvuru yoluyla incelenmesinin de mümkün olmaması gerekmektedir. Aksi takdirde, AYM'nin 2016/159 sayılı kararda belirttiği durum ortaya çıkacaktır. Nitekim anılan kararda AYM "*Olağanüstü hal KHK'larının Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilmesi için bu yöndeki bir anayasal yetkinin açıkça tanınması gerekir. Anayasa'nın 148. maddesinin lafzı, Anayasa koyucunun amacı ve ilgili yasama belgeleri göz önünde bulundurulduğunda, olağanüstü dönem KHK'larının herhangi bir ad altında yargısal denetime tabi tutulamayacağı açıktır. Anılan hük-*

39 AYM, E: 2016/166, K: 2016/159; E: 2016/167, K: 2016/160, T: 12.10.2016.

40 AYM, E: 2016/171, K: 2016/164; 2016/172, K: 2016/165, T: 2.11.2016.

41 AYM, E: 1990/25, K: 1991/1; E: 1991/6, K: 1991/20; E: 1992/30, K: 1992/36; E: 2003/28, K: 2003/42.

42 Kerem Altıparmak, "AYM, artık bir anayasamız olmadığını ilan etti!", http://t24.com.tr/haber/aym-artik-bir-anayasamiz-olmadigini-ilan-etti,369214

me rağmen yapılacak yargısal denetim, Anayasa'nın bağlayıcılığı ve üstünlüğünü düzenleyen Anayasa'nın 11. maddesiyle ve hiçbir kimse veya organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağına ilişkin Anayasa'nın 6. maddesiyle bağdaşmaz" demektedir.[43]

Denetim hiçbir ad altında yapılamayacağına göre bireysel başvuru yoluyla da yapılamayacağı açıktır. AYM'nin gecikmeksizin bu hususu açıklığa kavuşturmasında fayda vardır.

AYM, ayrıca anayasanın yargı yolunu kapattığı durumlarda 6216 sayılı yasanın 3. fıkrası uyarınca inceleme yapamayacağını belirtmektedir. Buna göre, örneğin Yüksek Seçim Kurulu kararlarına karşı yapılan başvurularda AYM kendisini konu bakımından yetkisiz görmüştür.[44] AYM'ye göre Anayasa'nın 79. maddesindeki "**Yüksek Seçim Kurulunun kararları aleyhine başka bir mercie başvurulamaz**" hükmü AYM'yi de bağlamaktadır ve bu konuda bireysel başvuru yapılması mümkün değildir.

Kaldı ki, **AYM bizzat kendi üyelerinin kamu görevinden çıkarılmasına ilişkin verdiği kararda, etkili bir hukuki denetim yapmayacağını çok açık bir şekilde göstermiştir.** 667 Sayılı KHK'nin 3. maddesi uyarınca "*Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olduğu değerlendirilen Anayasa Mahkemesi üyeleri hakkında Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunun salt çoğunluğunca*" karar verilebilecektir. AYM iki üyesinin bu hüküm uyarınca ihracına karar verirken, **KHK'ye göre adil yargılama ilkelerine uygun davranmanın gerekmediğini saptamıştır.**[45]

---

43 AYM, E. 2016/166, K. 2016/159, § 23.

44 *Atila Sertel Başvurusu* [GK], B. No: 2015/6723, 14.7.2015, para. 39; *Oğuz Oyan Başvurusu* [GK], B. No: 2015/8818, 14.7.2015, 27.

45 AYM, Genel Kurul, 2016/6 (Değişik İş), K: 2016/12, T: 4.8.2016.

AYM'ye göre bir yüksek yargıcın kamu hizmetinden çıkarılması için aşağıda belirtilen unsurların oluşması yeterli olacaktır:

"83. KHK'nın 3. maddesinde genel olarak "terör örgütlerine veya MGK'ca devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplar"dan söz edilmişse de madde gerekçesi dikkate alındığında FETÖ/PDY'nin bunların başında geldiği anlaşılmaktadır.

84. Tedbirin uygulanması için mutlaka terör örgütüyle, terör faaliyetleriyle ve bu arada darbe teşebbüsüyle Anayasa Mahkemesi Üyeleri arasında bağ kurulması aranmamış; MGK'ca devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen "yapı", "oluşum" veya "gruplar"la bağ kurulması yeterli görülmüştür.

85. Diğer taraftan maddeye göre meslekten çıkarma tedbirinin uygulanabilmesi için söz konusu bağın yapıya, oluşuma veya gruba "üyelik" veya "mensubiyet" şeklinde olması zorunlu olmayıp "iltisak" ya da "irtibat" şeklinde olması da yeterlidir.

86. Son olarak maddede, terör örgütleri veya MGK'ca devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplar ile üyeler arasındaki bağın "sübut" derecesinde ortaya konulması aranmamıştır. Böyle bir bağın Anayasa Mahkemesi Genel Kurulunca "değerlendirilmesi" yeterli görülmüştür. Buradaki değerlendirme Genel Kurulun salt çoğunluğunda oluşacak bir "kanaati" ifade etmektedir. Kuşkusuz bu kanaat cezai sorumluluğun bulunup bulunmadığından bağımsız olarak sadece meslekte kalmanın uygun olup olmadığı yönünde bir değerlendirmeden ibarettir.

87. KHK'nın 3. maddesinde bu kanaate varılabilmesi için belli bir tür delile dayanma zorunluluğu öngörülme-

miştir. Bu kanaatin hangi hususlara dayanılarak oluşacağı Genel Kurulun salt çoğunluğunun takdirine bırakılmıştır."

Görüldüğü gibi AYM'ye göre ihraç için bir kişinin terör örgütü üyesi olmasına gerek yoktur. MGK'ca devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunan bir yapıyla irtibatta olması yeterlidir. Bu irtibatı kanıtlamak için de idarenin çaba harcamasına gerek yoktur, bu yönde bir "kanaat" oluşması ortada somut hiçbir delil olmasa bile yeterli olacaktır. Bunun cezai sorumluluk olmadığını AYM belirtmekle birlikte, ne tür bir sorumluluk olduğu ifade edilmemiştir. Nitekim AYM, iki üyesini hiçbir somut delile dayanmadan "*anılan yapı ile ilgileri olduğuna dair sosyal çevre bilgisi ve Anayasa Mahkemesi Üyelerinin zaman içinde oluşan ortak kanaatleri birlikte dikkate alınarak*" kamu görevinden çıkarmıştır.

Dolayısıyla, OHAL KHK'leri ile kamu hizmetinden çıkarılma vakalarında, adil yargılanma hakkının hiçbir şekilde dikkate alınmasına gerek olmadığı yönünde karar veren AYM'ye yapılacak bireysel başvurunun hiçbir anlam taşımayacağı çok açıktır.

AYM'nin 15 Temmuz 2016 sonrasında yapılan başvurulara cevap vermesi fiili olarak da imkansızdır. Sadece 15 Temmuzla ilgili olarak AYM'ye 3 ay içerisinde 40 bin başvuru yapılmıştır. Yıl sonuna kadar hükümetin ağır ve yaygın müdahaleleri nedeniyle bu sayının 100 bine yaklaşması beklenmektedir.[46] AYM, temel kuralı iptal etmediği için tek tek her bir başvurucunun haklı bir şekilde kamu görevinden çıkarılıp çıkarılmadığını incelemeye kalkarsa bu incelemenin 10 yıllarca süreceği açıktır.

Sonuç olarak, kamu görevinden ihraç edilen BAK imzacısı akademisyenlerin AİHM'e doğrudan başvuru yapması için tüketilmesi gereken herhangi bir iç hukuk yolu yok-

46 "AYM Başkanvekili: Kara kara düşünüyoruz," http://www.gercekgundem.com/guncel/244650/aym-baskanvekili-kara-kara-dusunuyoruz

tur. Aksine, yukarıda açıklandığı üzere idari yargı yolu ve AYM'ye bireysel başvuru yolu **hukuki ve fiili olarak kapalıdır.**

AİHM'in Zihni/Türkiye Kararı'nın Değerlendirilmesi

Bu çalışmanın tamamlanmasından hemen sonra AİHM, Zihni/Türkiye davasında 672 sayılı KHK ile ihraç edilen bir başvurucunun davasında, başvurunun kabul edilemez olduğuna karar verdi. Yukarıda yaptığımız açıklamalarla çelişen bu kararın da değerlendirilmesi zorunluluğu doğmuştur.

AİHM, öncelikle Danıştay'ın KHK'ye dayanarak bir hakim ihracında verdiği görevsizlik kararına değinmiş; ancak ilk derece mahkemesine yollanan bu davanın halen devam ettiğini not etmiştir.[47] AİHM, AYM'ye başvuru hakkına ilişkin içtihadını da hatırlatmıştır.[48] AİHM'e göre, AYM'nin KHK'lerin anayasaya uygunluğunu denetleyemeyeceğine ilişkin yeni 4 kararı, bireysel başvuruları da incelemeyeceği şeklinde anlaşılamaz.[49]

Zihni/Türkiye kararının yukarıda sunduğumuz bir çok hususu değerlendirmediği ya da hatalı değerlendirdiği görülmektedir. Bu hususlar şu şekilde sıralanabilir:

a. AİHM, AYM'nin KHK'leri inceleyemeyeceğine ilişkin iptal ret kararlarının bireysel başvuruyu etkilemeyeceğini varsaymaktadır. Kural olarak iptal/itiraz yolu ile bireysel başvuru birbirinden bağımsız usullerdir. **Bir yasanın iptalinin incelenmemesi, uygulanmasında ihlal bulunmayacağı anlamına gelmez.** Ancak bu temel kuralın istisnaları vardır. **İhraç kararı, bu istisnalar-**

47 *Zihni/Türkiye*, no. 59061/16, 29.11.2016, para. 24.

48 *Zihni/Türkiye*, para. 25-27.

49 *Zihni/Türkiye*, para. 28.

dan biridir. AYM, OHAL KHK'lerinin hiçbir şekilde denetlenemeyeceğini belirtmiştir. İhraç edilen kamu görevlilerinin ihracına dayanak olan hukuksal işlem KHK'dir ve bunun anayasaya uygunluğu denetlenemeyecektir. Bir başka deyişle, AİHM başvuruculari açısından ihracın nedeni KHK'nin uygulanması değil bizzat KHK'dir. Bu durumda, AYM'nin kendi kararıyla çelişmeden bir bireysel başvuruyu incelemesi mümkün değildir. Dahası, AYM yukarıda açıklandığı gibi fonksiyonel olarak bir yasayı bireysel başvuru yolu ile denetleyemeyeceğini defalarca belirtmiştir. Bu içtihadından, anayasallık denetimi yapılamayan KHK'ler bakımından nasıl döneceğinin hiçbir açıklaması yapılmamıştır.

b. AİHM, AYM'ye güven konusunda, başvurucunun endişelerinin tek başına yeterli olmadığını belirtmektedir. Bir kişinin kişisel endişelerinin o hukuk yolunun yeterliliğine ilişkin yeterli bir ölçüt olmadığı açıktır. Bununla birlikte, bu endişeyi destekleyecek somut verilerin bulunması halinde, bu verilerin hukuki denetime tabii tutulması gerekir. Yukarıda bahsedildiği gibi AYM bizzat kendi üyelerini ihraç ederken, son derece keyfi bir yöntem geliştirmiştir. AİHM kararında bu ihraç kararından hiç söz edilmemektedir. AYM, kendi ihraç kararında, hiçbir delil olmaksızın salt kanılara dayanılarak ihraç kararı verilebileceğini, bunun da KHK'nin gereği olduğunu belirtmişti. Bunu belirten AYM'nin, kanılarla ihraç kararı veren kurumların işlemlerini hangi hukuki kritere göre Anayasaya aykırı bulacağını anlamak mümkün değildir. AYM'nin kanısını, herhangi bir idari birimden üstün kılan hukuki bir ölçüt olmadığına göre, AYM'nin bu gerekçeyle ihraç eden Bakanlar Kurulu kararını da hukuken denetleyememesi gerekir.

c. Kaldı ki, Türkiye'de yargının durumuna ilişkin endişelerin yine yukarıda değerlendirildiği gibi salt öznel bir endişe olmadığı açıktır. Türkiye'de son yıllarda yargının siyasi etki altına girdiğine dair çok sayıda bağımsız gözlem raporu vardır.[50] 2016 yılında bu kaygılar artarak sürmüştür. Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi, 2121 (2016) sayılı kararında[51] 2014 HSYK Yasası değişikliği sonrasında, yargıya müdahalenin arttığını not etmiş, Avrupa Konseyi Yolsuzluğa Karşı Devletler Grubu (GRECO) Türkiye'ye ilişkin değerlendirme raporunda[52] Türkiye'de anayasal güvencelere rağmen yargının bağımsız olmadığını belirtmiştir. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri de benzer bir değerlendirmeyi aynı yıl içerisinde yapmıştır.[53] Nihayet, Venedik Komisyonu çok yakın tarihli milletvekillerinin dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin raporunda 15 Temmuz sonrası gelişmeleri dikkate almıştır. Komisyon AYM'yi de hesaba katarak 2 üyesinin ihraç edildiğini ve 3000'den fazla yargıç ve savcının ihraç edildiğini saptamıştır.[54] **Tüm bu bilgiler ışığında, başvurucunun öznel bir endişe içinde olduğunu söylemek imkansızdır.**

d. AİHM kararı, Danıştay'ın bir hakimi ihraç nedeniyle verdiği görevsizlik kararından bahsetmekte ve sürecin

50 Avrupa Komisyonu 2014 ve 2015 yılı Türkiye İlerleme Raporları, Avrupa Parlamentosu Raporu, ABD Dış İşleri Bakanlığı'nca düzenlen 2014 Yılı İnsan Hakları Uygulamalarına İlişkin Türkiye Raporu, İnsan Hakları İzleme Örgütü Raporu.

51 Türkiye'de demokratik kurumların işleyişine ilişkin karar, para. 29.

52 Avrupa Konseyi Yolsuzluğa Karşı Devletler Grubu (YKDG) IV Değerlendirme Raporu (2015) 3E, YKDG'nin 69. Genel Toplantısı'nda karara bağlanmıştır. (Strasbourg, 12-16 Ekim, 2015).

53 Türkiye: Güvenlik insan haklarının önüne geçiyor, özgür ifade tehdit altında. (http://www.coe.int/nl/web/commissioner/-/turkey-security-trumping-human-rights-free-expression-under-threat)

54 CDL-AD(2016)027, Anayasanın 83. Maddesinin 2. Fıkrasının Askıya Alınmasına İlişkin Görüş (Yasama Dokunulmazlığı), para. 59-60.

henüz idari yargıda devam ettiğini belirtmektedir. Oysa bu karar sonrasında, yukarıda aktarıldığı gibi çok sayıda idari yargı kararı çıkmış, tamamı, hiç istisnaya yer vermeyecek şekilde fonksiyonel anlamda bir yasa niteliğinde olan KHK'nin idari işlem sayılamayacağını belirterek, davaları esasa girmeden reddetmiştir. Türkiye'nin çok farklı yerlerinden verilen kararların tamamının aynı ifadelerle yazılmış olması dikkat çekmektedir. Bu durumda, kaç karar çıkınca başvuruculaların artık umudunun kalmadığının kabul edilmesi gerektiği sorulabilir. Kanımızca, idari yargının işlemediğine dair yeterli sayıda örnek mevcuttur.

AİHM'in Zihni/Türkiye kararından sonra, bir süre benzer başvuruları reddetme olasılığı yüksektir. Bununla birlikte, mevcut hukuksal durum, iç hukukta KHK ile ihraç edilenlerin etkili bir hukuksal giderime ulaşmasını imkansız kıldığı için sonucun bir şekilde yine AİHM'in dahli ile sağlanacağını söylemek gereklidir. AİHM'in Zihni/Türkiye kararı sadece bu kaçınılmaz sonu geciktirme rolü oynayacak, mağdurların sonuca ulaşmasını uzun bir süre için erteleyecektir.

BAK İMZACILARI HAKKINDAKİ CEZA SORUŞTURMALARI VE KOVUŞTURMALARI

İnsan Hakları Hukuku Açısından Değerlendirme

Kitabın birinci bölümünde BAK metnine ilişkin açılan ve yürütülen idari soruşturmaların hukuki dayanaktan yoksun olduğunu ortaya koyduk. Ayrıca, 15 Temmuz 2016 darbe girişimi sonrasında ilan edilen Olağanüstü Hal sürecinde bir dizi KHK ile kamu görevinden çıkartılan imzacı akademisyenlerin AİHS'e kadar uzanacak olan durumlarının hukuki değerlendirmesini yaptık.

Bu gelişmelerle eş zamanlı olarak, bir yandan da çeşitli illerde Cumhuriyet Savcıları açılan ceza soruşturmaları kapsamında BAK imzacılarının ifadelerini aldı. 4 BAK imzacısı, imzalarının arkasında olduğuna ilişkin yaptıkları açıklama nedeniyle tutuklandı, haklarında dava açıldı. Bu dava iddianamesinde, imzacı akademisyenler şu şekilde suçlanmıştır:

> "'Sözde barış bildirisinin PKK/KCK Terör Örgütü'nün alenen propagandası mahiyetinde olduğu' ve BAK bildirisinin esas amacının, 'PKK/KCK Terör Örgütü' tarafından söz-

de 'öz yönetim' ilan edilen bölgelerde, güvenlik güçleri tarafından bölgelerin teröristlerden temizlenmesi ve bölge halkının huzur ve refahının sağlanması için yürütülen operasyonların durdurulması için kamuoyu oluşturmak olduğu ve

Yapılan tespitlerden anlaşıldığı üzere;

Şüphelilerin eyleminin, PKK/KCK Terör örgütü sözde Yürütme Konseyi Eş Başkanı Bese Hozat'ın talimatları doğrultusunda PKK/KCK Terör Örgütü'ne destek mahiyetinde olduğu, 'barış bildirisi' adı altında PKK/KCK Terör Örgütünün meşrulaştırılmaya çalışılarak Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ni katliam yapmakla itham edildiği, şüphelilerin kastının PKK/KCK Terör Örgütü ve mensupları tarafından sözde öz yönetim/özerk yönetim ilan edilen Türkiye Cumhuriyeti Devleti topraklarına Birleşmiş Milletler'in gözlemci statüsüyle görevli göndermesine zemin hazırlamak olduğu, şüphelilerin ve PKK/KCK Terör Örgütü'nün 'yerel bağımsızlık' anlamında kullandığı ve ilan ettiği sözde öz yönetimlere meşruiyet sağlamaya çalıştıkları,

Şırnak'ın Silopi, Cizre ilçeleri, Mardin'in Nusaybin İlçesi, Hakkari'nin Yüksekova ilçesi, Muş'un Varto ve Bulanık ilçelerinde ilan edilen özyönetim ile yerel halk kendi meclislerini oluşturacağı, bu ilçelerdeki halkın devlet kurumlarını tanımayacakları ve onlarla hiçbir işlem yapmayacakları, kendi işlerini kendilerinin yapacakları, özyönetimlere herhangi bir saldırı olduğunda ise öz savunma haklarını kullanabilecekleri" şeklindeki sözde öz yönetim pratiklerine PKK/KCK Terör Örgütü'nün 12 Ağustos 2015 tarihinde yaptığı "halkın kendi kendini yönetmesinden başka bir çare kalınmadığı" şeklindeki açıklamanın ışık tuttuğu, bu şekilde şüphelilerin...."

3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesinin 2. fıkrası uyarınca "**PKK/KCK terör örgütünün propaganda-**

sını yapmak" suçlamasıyla İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi'nde yargılama başlatılmıştır. Fakat ilk duruşma sonunda, dava savcısının talebi üzerine isnatta değişikliğe gidilmiş olup halen Türk Ceza Kanunu'nun 301. maddesi uyarınca yargılama devam etmektedir. Diğer imzacılar da savcılık soruşturmalarında Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesinin 2. fıkrası uyarınca ifade vermiştir ve bu soruşturma süreçleri devam etmektedir.

Dolayısıyla, kitabın üçüncü bölümünde bu kez insan hakları hukuku açısından bir değerlendirme yapmayı gerekli görüyoruz. Bu gerekliliğin birinci nedeni, sorunun Türkiye'deki genel ifade özgürlüğü sorunundan bağımsız düşünülemeyecek olmasıdır. Gerçekten de, Türkiye bir yandan Avrupa Konseyi'ne üye devletler arasında AİHS'in 10. maddesini en çok ihlal eden olma konumunu büyük bir farkla devam ettirmektedir.[1] Öte yandan, Türkiye bir süredir kısmen az uygulanan TMK ve TCK'nin ifade özgürlüğü açısından sorunlu hükümlerini son 3 yılda artan bir şekilde etkin hale getirmiştir.

Gerekliliğin ikinci nedeni ise, insan hakları hukuku standartlarının hem ceza hem idare hukukuna da ışık tutacak bir üst değere sahip olmasıdır. Gerek BAK imzacıları gerekse görüşlerini ifade eden diğer kişiler hakkında yürütülecek idari ve ceza soruşturmalarının sonucunun ifade özgürlüğünü ihlal etmemesi gerekir. O halde, ifade özgürlüğünün sınırları belirlendiğinde, hangi hükmün uygulanacağından bağımsız olarak yaptırım uygulamanın meşru olup olmadığı sorusu da cevaplandırılabilecektir. Dolayısıyla, eğer BAK imzacılarının açıklamasının ifade özgürlüğü kapsamında korunması gerektiği sonucunu ulaşılırsa, ceza hukuku açı-

1 AİHM önünde bugüne kadarki sicili incelenirse, 1959 ile 2016 yılları arasında AİHS'in ifade özgürlüğüyle ilgili 10. maddesine yönelik ihlal tespitinde bulunan toplam 610 karardan 258'i Türkiye aleyhinde verilmiştir. Bu sayıyla Türkiye, hakkında 34'er ihlal kararı verilmiş olan Avusturya ve Fransa'yı geride bırakarak açık arayla birinci gelmektedir.

sından bir yaptırım uygulanması meşru olmayacağı için ilgili suç tipinin unsurlarının oluşup oluşmadığına da bakmak gerekmeyecektir.

Bu nedenle, kitabın üçüncü bölümünde Anayasa ve uluslararası insan hakları hukuku açısından bir ifade özgürlüğü değerlendirmesi kaleme alınacak ve BAK imzacılarının idari veya cezai bir yaptırıma tutulmasının anayasa ve insan hakları sözleşmelerinde korunan ifade özgürlüğüne aykırı olup olmadığı değerlendirilecektir.

Terörle İlgili İfadenin Sınırlandırılması Sorunu

Her siyasi kriz döneminde olduğu gibi Türkiye'de ifade özgürlüğü bir kez daha keyfi sınırlandırmaların hedefi haline gelmiş durumda. 24 Temmuz 2015'te çözüm sürecinin sona ermesiyle başlayan çatışmalarla birlikte, ifade özgürlüğüne müdahalenin en temel gerekçesi olarak terörle mücadele gösteriliyor. Terör kelimesi öylesine büyüleyici bir anlam taşıyor ki, üniversite hocasından milletvekiline, sanatçıdan gazeteciye hemen herkes kolayca terör propagandası yaptığı gerekçesiyle sorgulanıp cezalandırılabiliyor. Ne var ki, bu cezalandırmayı mümkün kılan hukuksal bir alt yapı mevcut değil. Yasalar benzer bir yaklaşımın kol gezdiği 1990'lardan çok daha özgürlükçü. Çünkü 1990'lar ve 2000'lerde AİHM'e giden yüzlerce ifade özgürlüğü davası Devletin aleyhine sonuçlandığı için, yasaların bu ihlal kararlarına uyum için defalarca değiştirildiği herkesin malumu.

Ne yazık ki tüm bu iyileştirici düzenlemeler, kriz döneminde aynı sorunların yaşanmasına engel olmuyor. Bu bölümde, terörle ilgili ifadenin insan hakları hukukundaki sınırlarını göstererek, halen yürütülmekte olan BAK soruşturmalarının hemen tamamının hukuka aykırı olduğunu ortaya koymaya çalışacağız.

İfade özgürlüğüne ilişkin anayasa ve uluslararası sözleşme içtihadının en temel sorunlarından biri, bu özgürlüğün şiddetle olan bağının nasıl değerlendirileceğidir. Bu tartışmanın, ABD anayasası tarihinde 100 yıla yaklaşan bir geçmişi, AİHS kapsamında da on yılları bulan bir tarihi vardır. Hem bu iki mekanizma hem de diğer anayasal ve uluslararası denetim sistemlerinin esasen amacı çok basittir. Lakin bu amaca ulaşmak ifadenin ve araçlarının çeşitliliği nedeniyle bir o kadar zordur. Bu zorluk, sorunun uluslararası bir tanımı yapılamayan "terör" kavramına ilişkin olması, teknolojinin sağladığı yeni ifade yöntemlerinin en çok etkilediği alanlardan birinin şiddetle ilgili olması ve özellikle Batı'da 11 Eylül 2001 New York ve 7 Temmuz 2005 Londra saldırıları sonrasında çoğalan hassasiyetler nedeniyle daha da artmaktadır.

Yukarıda basit olarak sıfatlandırdığımız denklemi şu şekilde tarif etmek mümkündür: **Terörle mücadele düzenlemelerinin amacı olası şiddet eylemlerinin engellenmesi yoluyla kamu düzeninin sağlanmasıdır ama bu amaçla yapılacak sınırlandırmaların en geniş özgürlükten faydalanması gereken siyasi ifade özgürlüğünü ihlal etme potansiyeli çok yüksektir.** Çünkü, terör olarak nitelenen suç tipi, doğrudan siyasi taleplerle ilgilidir. Bu nedenle, sorun siyasi talepte bulunmak değil bu talebin yerine getirilmesi için şiddet ve tehdidin kullanılması olarak görülmelidir. Ancak bu yola başvurulduğu her yerde, doğal olarak aynı siyasal hedefe şiddet kullanmaksızın ulaşmak isteyen gruplar da vardır. Hatta yine çoğu durumda, kaçınılmaz olarak, aynı siyasi talepte bulunanlar arasında şiddeti meşru görenlerle görmeyenler arasında bir iletişim de mevcut olacaktır.

Bazı grupların aynı hedefe ulaşmak için şiddet kullanmayı istiyor olması, meşru taleplerin kısıtlanmasını haklı kılamaz. **Bu meşru taleplerin en sık kullanılanı da devlet şiddetine karşı çıkmaktır.** Şüphesiz devlet şiddetine kar-

şı ancak şiddetle karşı koyulabileceğini düşünenler de bunu meşru göstermek için devletin kullandığı şiddeti eleştirebilirler ama buradan zorunlu olarak devletin şiddetini veya terörle mücadele yöntemlerini eleştiren herkesin terör propagandası yaptığı sonucuna ulaşılamaz. Siyasi eleştiri ve özellikle de devlete yönelik eleştiri, ifade özgürlüğünün en titiz korunması gereken alanı olduğu için siyasi ifade ile şiddeti özendirecek ifadeyi birbirinden ayırmak gerekir.[2]

O halde, uluslararası insan hakları sözleşmelerindeki standartları esas alan bir hukuk sisteminin, bu standartlarla uyumlu bir şekilde, kamu düzenini bozacak şiddet çağrısını engellerken, siyasi ifade özgürlüğüne en geniş özgürlük alanını verme yükümlülüğünü ihlal etmemesi gerekir. Bu nedenle, çeşitli hukuk sistemlerinde bu amacı gerçekleştirecek yorum metotları geliştirilmiştir. Bu ölçütleri hiçe sayarak, salt terör örgütüyle aynı taleplerin dillendirildiği gerekçesiyle ifadenin kısıtlanması başta AİHS olmak üzere tüm insan hakları sözleşmelerine ve anayasaya aykırı olacaktır.

Aşağıda yürütülecek tartışma bir ceza hukuku değerlendirmesi değil insan hakları hukuku değerlendirmesidir. Dolayısıyla, Türk hukuk sistemindeki herhangi bir hükmü esas almamaktadır. Bununla birlikte, tüm ilgili hükümlere uygulanacak genel bir değerlendirme şeklinde okunmalıdır. Burada tarif edildiği şekilde, ifade özgürlüğünü ihlal eden bir müdahalenin dayanağının Türk Ceza Kanunu'nun 215., 216. veya 301. maddesi veya Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesi olmasının çok büyük bir önemi yoktur. Aynı gerekçeyle, burada sunulan ifade özgürlüğü ölçütünü ihlal eder nitelikteki disiplin işlemleri de anayasal düzey-

2 C. Walker (2002), Blackstone's Guide to Anti-Terrorism Legislation (Blackstone, London), s. 18-19.

de korunan bir insan hakları kuralını ihlal ettiği için geçersiz sayılmalıdır.

Terörle İlgili İfadenin Kapsamı

Terörle ilgili ifadenin suç olarak sınıflandırılması, sözün kendisinin değil ve fakat yol açtığı etkinin yasaklanması gerektiği iddiasına dayanır. Bir ifadenin sınırlandırılması, anayasa ve uluslararası insan hakları sözleşmelerinde düzenlenen ifade özgürlüğü açısından sorun yaratacağı için terörle ilgili bir ifadenin hangi koşullarda yasaklanabileceğinin belirlenmesi zorunluluğu vardır.

Öncelikle "ilgili" ifadesinin neleri kapsayabileceğinin belirlenmesi gerekir; çünkü terörü kınayan bir ifade de bir şekilde ilgilidir. Burada "ilgili"den kasıt bir şekilde terör eylemi veya amacını onaylayan ifadedir; çünkü suç olarak düzenlenen ve tartışma konusu olan ifade budur. Bununla birlikte, bu çok geniş bir alana tekabül ettiği için ifadenin sınırlandırılması bu tür ifadeler için de kural olarak istisnadır. Terörizm olarak ifade edilen eylem nihayetinde siyasi bir hedefi gerçekleştirmek için kullanılan bir araçtır. Yasak olan davranış; siyasi hedef veya bunu çeşitli şekillerde savunmak değil bunu hayata geçirmek için şiddet ve tehdit kullanmaktır. Nefret söyleminden farklı olarak, terörle ilgili ifade içeriğinden değil zararla olan illiyet bağından dolayı cezalandırılmaktadır. Bu nedenle, suç olan davranış örneğin federalizmi istemek değil bu sonuca ulaşmak için şiddet kullanmaktır. O halde, terörle "ilgili" ifadenin cezalandırılması için federalizmi istemek yeterli değildir, cezalandırma için kullanılan şiddet eylemiyle ifade arasında bir illiyet bağı kurulması gerekir.

Bu değerlendirme de iki farklı unsura bakmayı gerektirir:

a. İlliyet Bağı (*Casuality Link*): Eylemle ilişkinin doğrudan mı dolaylı mı olduğu sorunu.
b. Süre Bağı (*Temporal Connection*): İfadenin eylemin öncesinde (*ex ante*) mi yoksa sonrasında (ex post) mı söylendiği sorunu.

İlk bağ, sözün eyleme sebep olma derecesiyle ilgilidir. İkincisi ise sözün zamanlamasıyla ilgilidir. Her bir ifadenin, şiddetle bağının anlaşılabilmesi için bu iki unsur açısından değerlendirilmesi gerekir.

Bir suçun işlenmesine neden olacak şekilde bir ifadede bulunmak genel olarak tüm ceza hukuklarında suça iştirak anlamına geldiği için ayrı bir düzenleme olmasa bile cezalandırılabilirliğe ilişkin çok ciddi bir hukuki sorun yaratmaz. Doğrudan bir suçun işlenmesinin tahrik edilmesi de somut olarak bir eylemin yapılmasını istemek, yönlendirmek şeklinde gündeme gelir ve birçok ülkede yasaklanmıştır. Bunun aksine suça dolaylı tahrik birçok hukukta cezalandırılabilir nitelikte görülmemiştir.[3] Terörizmle ilgili suçlar söz konusu olduğunda iki temel sorun gündeme gelmektedir. Birinci sorun somut bir suça ilişkin olmayan genel ifadeler, ikincisi ise dolaylı yoldan terörü tahrik eden ifadeler sorunudur.

Ancak her ihtimalde bu iki kategorideki ifadelerin ceza yaptırımına çarptırılmasının ifade özgürlüğünü ihlal etmemesi için şiddet eylemiyle arasında bağ bulunması gerekir. Terör propagandası, terör tahriki gibi suçlar tehlike suçları oldukları için şiddetle kurulan bağ, mutlaka zararın doğmasını gerektirmez ve fakat gelecekte olası şiddet olaylarını teşvik edecek, cesaretlendirecek nitelikte olmaları gerekir. O halde, ifade özgürlüğü açısından denetim, ifade ile ey-

3 Avrupa Konseyi Terörüzmi Önleme Sözleşmesi'nin Gerekçeli Açıklaması, para. 97.

lem arasındaki mesafenin ne kadar uzaklaşabildiğine ilişkin bir denetimdir. Devletlerin, bu konuyu düzenleme ve ceza hukuku kapsamına alma konusundaki takdirleri sınırsız değildir. Bu sınırları, başta insan hakları sözleşmeleri ve bu sözleşmelerin yorum organlarının içtihadı çizmektedir.

Terörle İlgili İfadenin Sınırlandırılmasında Kullanılan Uluslararası Hukuk Çerçevesi

Anayasanın 90. maddesi uyarınca temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların çatışması halinde insan hakları antlaşmalarının esas alınacağı açıktır. Özellikle ifade özgürlüğü gibi sınırlandırma rejiminin büyük ölçüde bu özgürlüğün yetkili merciiler tarafından nasıl yorumlandığına bağlı olduğu haklar açısından anayasanın 90. maddesinin anlam taşıyabilmesi, sadece bu hakkı güvence altına alan metnin kendisinin değil o metne verilen anlamın da milletlerarası antlaşma kavramı içinde görülmesine bağlıdır. Bu gereklilik, terör propagandası suçunda yasa koyucu tarafından da açıkça kabul edilmiştir.

Nitekim 3713 sayılı kanunun 7/2. maddesini değiştiren 6459 sayılı kanunun 8. maddesinin gerekçesinde; "*AİHM şiddete teşvik edici nitelikte olmayan açıklamaların ifade özgürlüğü kapsamında olduğunu belirterek, içeriğinde şiddete başvurmayı cesaretlendirici ifadeler yer almayan, ya da kişiler" silahlı isyana teşvik edici nitelikte olmayan açıklamalar nedeniyle bireylerin TMK'nın 7. maddesi 2. fıkrası çerçevesinde cezalandırılmasını ifade özgürlüğüne aykırı bulmaktadır*" denilmiştir. Bu sebeple yasaya "*cebir şiddet ve ya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemleri başvurmayı teşvik edecek şekilde*" ibaresi eklenerek suçun standartlarının AİHM kararlarına uygun hale getirildiği ifade edilmiştir.

Bunun yanında, 2000'lerin ortasında şiddeti tahrik eden ifadenin mevcut yasalar ve sözleşmelerle yeterince kısıtlanmadığı düşüncesinden hareketle hazırlanan bazı hukuksal metinlerde terör propagandası suçu yeniden tanımlanmıştır. Bu hukuksal metinler bir yandan devletlere bu tür ifadelerin kısıtlanması yönünde imkan sağlar ve hatta ödev yüklerken, bir yandan da bu tür düzenlemelerin insan hakları hukuku açısından sınırını göstermiştir. BM şartının 6. bölümü uyarınca çıkarıldığı için hukuki bağlayıcılığı olmayan BM Genel Konseyi'nin 1624 sayılı kararı[4] yanında, bu boşluğu doldurmayı amaçlayarak hazırlanan ve Türkiye tarafından da onaylanan Avrupa Konseyi Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi (TÖS),[5] bu kapsamda dikkate alınmalıdır.

Nitekim AİHM de yakın tarihli kararlarında, değerlendirmesini TÖS'e ilişkin gelişmeleri de dikkate alarak yapmıştır.[6] Bununla birlikte, TÖS'ün yürürlüğe girmesinden sonra verilen kararlarda da AİHM Türkiye'nin 10. maddeyi ihlal ettiğine karar vermiştir.

TÖS kapsamında da AİHS ve diğer uluslararası insan hakları ölçütleriyle uyum zorunluluğu aranmıştır. Her ne kadar Sözleşme hazırlanırken AİHS ve AİHM içtihatları dikkate alınmışsa da, bununla yetinilmemiş Sözleşme hükümlerinin insan haklarıyla uyumlu yorumlanması yükümlülüğü ayrıca TÖS'e eklenmiştir.[7] Bu nedenle, sözleşmeyi terör propagandası suçunun da olası sınırı olarak görmek mümkündür:

---

4 S/RES/1624 (2005), 14.9.2005.

5 RG: 13.1.2012, S. 28172.

6 *Yavuz ve Yaylalı/Türkiye*, no. 12606/11, 17.12.2013; *Güler ve Uğur/Türkiye*, no. 31706/10, 2.12.2014; *Herri Batasuna ve Batasuna/İspanya*, no. 25803/04, 30.06.2009.

7 Aynı koşul, konuya ilişkin BM Genel Konseyi'nin 1624 sayılı kararında da mevcuttur. Karar, bir yandan teröre tahrikin yasaklanmasına ilişkin düzenleme getirirken bir yandan da sınırlamanın İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 19. maddesine aykırı olmaması için gerekli uyarıyı yapmaktadır. S/RES/1624 (2005), 14.9.2005.

"1) Her bir Taraf, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına dair Sözleşme, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ve uluslararası hukuk uyarınca diğer yükümlülüklerinde yer aldığı şekilde ve o Tarafa uygulanabildiği durumlarda, insan hakları yükümlülüklerine, özellikle ifade özgürlüğü, dernek kurma özgürlüğü ve din özgürlüğüne saygı göstererek bu Sözleşmenin 5 ila 7 ve 9. maddelerde yer alan konuların suç haline getirilmesinin ihdasını, uygulanmasını ve yerine getirilmesi sağlayacaktır.

2) Bu Sözleşmenin 5 ila 7 ve 9. maddelerde yer alan konuların suç haline getirilmesinin ihdası, uygulanması ve yerine getirilmesinde ayrıca, izlenen meşru amaçlar ve demokratik toplum açısından gereklilik göz önünde bulundurularak oransallık ilkesine bağlı kalınacak ve her türlü keyfilik, ayrımcılık veya ırkçı muamele dışında tutulacaktır."[8]

Dolayısıyla, terörle mücadele kapsamında propaganda faaliyetlerinin yasaklanması meşru görülebilirse de, bunu bahane edilerek yapılacak keyfi, ayrımcı, ırkçı ve ölçüsüz sınırlamaların uluslararası hukuku ihlal edeceği açıktır.

Propaganda Suçlarında İki Farklı Test

Yukarıda açıklandığı gibi ifade özgürlüğüne saygılı bir hukuk sistemi içerisinde, ifade ile şiddet arasındaki bağın çözümlenmesi için iki farklı bağlantıya bakmak gerekecektir: İlliyet ve zaman. Ancak aşağıda görüleceği gibi zaman bakımından kurulacak bağ da bir istisna dışında aslında illiyet bağının ortaya çıkarılması için bir araç olmaktan fazlasını sağlamamaktadır.

8 Sözleşmenin başlangıcında da sözleşmenin mevcut ifade özgürlüğü ve dernek kurma özgürlüğüne ilişkin ilkeleri değiştirme niyetinde olmadığı kabul edilerek hazırlandığı belirtilmektedir.

İlliyet Bağı

İlliyet bağında bakılacak husus, doğrudan bir kişiyi şiddete yönelten ifadeler değildir. Bu doğrudan tahrik yöntemi, Türk hukuku da dahil olmak üzere bir çok hukuk düzeninde yasaklanmıştır. Asıl sorun, dolaylı olduğu söylenen tahrik eyleminin cezalandırılıp cezalandırılamayacağıdır. Bu konuda ABD Yüksek Mahkemesi'nin geliştirdiği katı testle, AİHM'in geliştirdiği ve taraf devletlere daha geniş bir hareket alanı bırakan esnek testi ayrı ayrı incelemek gerekmektedir. Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi içtihadı AİHM testine yakın olmakla birlikte, gerek ulusal mevzuattaki kimi hükümlerin ABD Yüksek Mahkemesi ölçütüne gönderme yapması gerekse birçok vakada iki testin aynı sonuca götürmesi bu testin de kısa bir açıklamasını gerekli kılıyor. Her iki testin de meşru kılmadığı sınırlandırmaların kesin olarak uluslararası ölçütlere ve Anayasaya aykırı olduğu sonucuna ulaşabiliriz.

Açık ve Yakın Tehlike Testi

Şiddet-ifade ilişkisi açısından geliştirilen iki modelden daha katı olan ABD Yüksek Mahkemesi'nin zaman içerisinde şekillenen "açık ve yakın tehlike" testidir. Şüphesiz yabancı bir ülkenin mahkemesi ceza hukuku anlamında doğrudan dayanak alınamaz. Bununla birlikte, Türk hukukunda birden fazla hükme eklenmiş olan bu ölçütün Türkiye'de yasa koyucu açısından da tercih edildiği söylenebilir. Bu testin incelenmesi sadece, AİHM testinin alternatifi olması bakımından değil Türk ve AİHS hukukuna etkileri bakımından da önemlidir.

"Açık ve yakın tehlike" testi Türkiye mevzuatında üç ayrı hükümde yer almaktadır. Bu ölçüt, hukukumuza ilk ola-

rak 2911 sayılı yasanın 17. maddesini değiştiren 4748 sayılı yasanın 6. maddesi ile girmiştir.[9] TCK'nin 215[10] ve 216.[11] maddelerinin değişik halleri **suçun oluşabilmesi için ifadenin "açık ve yakın tehlike" yaratmasını kurucu bir unsur olarak saymıştır.** Hükümlerin getiriliş gerekçesi, AİHM içtihadına uymaktır.[12] Dolayısıyla yasa koyucu "açık ve yakın tehlike" ölçütünün AİHS içtihadına uyum için yerine getirilmesi gerekli bir koşul olarak görmektedir.

"Açık ve yakın tehlike" ölçütünün sadece açıkça yazılan hükümler için değil **ifade/şiddet ilişkisinin tartışıldığı diğer kararlarda da arandığı görülmektedir.** Yargıtay kimi kararlarında, terör propagandası suçlarında "açık ve yakın tehlike" ölçütünün uygulanmasını istemektedir:

> "Toplantı veya gösteri yürüyüşünde olsun veya olmasın; yazı veya sözler (atılan slogan, taşınan pankart veya giyilen üniforma) ile verilen mesajın şiddete çağrı, tahrik ve teşvik edici ya da silahlı direnişe ve isyana davet şeklinde veya insanda saldırgan duygular oluşturacak biçimde anlamsız bir nefret yaratarak şiddetin doğmasına uygun bir ortamı kışkırtacak nefret söylemi olup olmadığı değerlendirilmeli,

9 "Bölge valisi, vali veya kaymakam, millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlığın ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla belirli bir toplantıyı bir ayı aşmamak üzere erteleyebilir veya suç işleneceğine dair açık ve yakın tehlike mevcut olması hâlinde yasaklayabilir."

10 215. maddenin 6459 sayılı yasanın 10. maddesi ile değişik hali "İşlenmiş olan bir suçu veya işlemiş olduğu suçtan dolayı bir kişiyi alenen öven kimse, bu nedenle kamu düzeni açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması hâlinde, iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır" demektedir.

11 Yasanın 216. maddesinin 1. fıkrası "Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimse, bu nedenle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır" hükmünü içermektedir.

12 Bkz. "İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Gerekçesi", http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0748.pdf.

doğrudan veya dolaylı şiddete çağrı var ise sanığın kimliği, konumu, konuşulan yer ve zamanı gibi açık ve yakın tehlike testi bakımından analize tabi tutulmalıdır."[13]

Hatta Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na göre "*'açık ve yakın tehlike' oluşturan, ulusal güvenliği bozan ifadelerin yasaklanması da evrensel kurallardandır*".[14] Yakın tarihli bir kararda Yargıtay 8. Ceza Dairesi, dava konusu içerik ile ilgili olarak TCK 216/3 değerlendirilmesi yaparken **kamu güvenliği** açısından **"açık, yakın ve ciddi bir tehlike"nin somut olarak ortaya çıkıp çıkmadığını** da değerlendirmiştir.[15]

AİHM, bu standardı açık bir şekilde kabul etmese de, önceleri farklı gerekçelerde yer verilen ölçütün,[16] özellikle yakın tarihli bazı kararlarda çoğunluk tarafından da kabul edildiği bilinmektedir.[17] Bazı kararlarda ise "açık ve mevcut tehlike" ölçütü kullanılmıştır.[18]

Ölçüt, yaklaşık yüzyıllık bir kökene sahiptir ancak zaman içinde orijinal testten farklılık göstermiştir.[19] Ölçütü ilk kez,

13 Yargıtay 16 CD., E: 2015/2742, K: 2015/2316, T: 17.7.2015; Yargıtay 16 CD., E: 2015/1843, K: 2015/3918, T: 10.11.2015; Yargıtay 16 CD., E: 2015/3635, K: 2015/4310, T: 23.11.2015; Yargıtay 16 CD., E: 2015/2032, K: 2015/4019, T: 5.11.2015

14 Yargıtay Ceza GK, E: 2007/244, K: 2008/92, T: 29.4.2008.

15 Yargıtay 8. CD, E: 2014/35434, K: 2015/22535, T: 12.10.2015 (Fazıl Say kararı).

16 Yargıç Bonello ünlü 8 Temmuz 1999 Türkiye kararlarında, tutarlı bir ölçüt olarak "açık ve yakın tehlike" ölçütünün kullanılmasını önermiştir. Örn. *Ceylan/Türkiye*, no. 23556/94, 08.07.1999.

17 "Ayrıca, ne yerel mahkeme kararlarında ne de Hükümet'in görüşlerinde, başvuranların karşı karşıya kaldıkları uzun ceza yargılaması gibi bir müdahaleyi gerektiren açık ve yakın bir tehlike (clear and imminent danger) bulunduğuna dair herhangi bir işaret bulunmamaktadır." *Gül ve Diğerleri/Türkiye*, no. 4870/02, 08.06.2010, para. 42; *Kılıç ve Eren/Türkiye*, no. 43807/07, 29.11.2011, para. 29; *Biblical Centre of the Chuvash Republic/Rusya*, no. 33203/08, 12.6.2014, para. 57.

18 *Vajnai/Macaristan*, no. 33629/06, 08.07.2008, para. 49.

19 Konuya ilişkin çok zengin bir literatür mevcuttur. Burada bunun ayrıntılarına girilmeyecektir. Bununla birlikte, şu eserlere bakılabilir: G. Edward White (1996) "The First Amendment Comes of Age: The Emergence of Free Speech

Schenck v United States[20] davasında yargıç Holmes kullanmıştır. Ancak bu kullanım, analizin ağırlığını söylenen sözden ve söyleyen kişinin iradesinden çok sözün olası sonuçlarına odaklamıştır. Daha sonra, *Dennis v. United States* kararında ölçüt, Yargıç Vinson tarafından bir tartı ölçütüne dönüştürülmüştür.[21] Buna göre, ifadenin yaratacağı kötülüğün derecesi ile bu kötülüğün gerçekleşme ihtimali birlikte dikkate alınarak karar verilecektir. Ancak bu kararda öngörülen kümülatif bir test değildir. Ölçütlerden biri kuvvetlendiği ölçüde, diğerinin değeri azalmaktadır. Bir başka deyişle, sözün kötülüğü arttıkça gerçekleşme ihtimali düşük olsa bile cezalandırma meşru hale gelecektir. Bu da "açık ve yakın tehlike" ölçütünün daha esnek ve özgürlüğü daha kısıtlayıcı bir hale gelmesine neden olmuştur.[22]

Ölçütün son hali, testin üçüncü ve son kez yorumlanmasıyla geliştirilmiştir. Orijinal halinde sadece ifadenin yaratacağı sonucu esas alan "açık ve yakın" tehlike ölçütü, Yüksek Mahkeme'nin *Brandenburg v. Ohio* kararından beri hem içeriğin hem de sonucun denetlendiği üçlü bir teste dönüşmüştür. Bu son test, Dennis testinden de ayrılmaktadır. Çünkü Dennis testi bir tartı testiyken, Brandenburg kümülatif bir test olup her iki unsurun da var olup olmadığının araştırılmasını gerektirir. Bu kararda geliştirilen ünlü ilke şu şekildedir:

> "Özgür ifade ve özgür basma ilişkin anayasal güvenceler; şiddeti savunmak yakın bir hukuka aykırı eyleme neden

---

in Twentieth-Century America", 95 Michigan Law Review 299; Martin H. Redish (1982), "Advocacy of Unlawful Conduct and the First Amendment: In Defense of Clear and Present Danger" 70 California Law Review 1159.

20 *Schenck v United States* (1919), 249 U.S. 47 (1919). Aynı çizgide *Debs v. United States*, (1919) 249 US 211, *Frohwerk v. United States* (1919) 249 US 204.

21 *Dennis v. United States* (1951), 341 US 494.

22 Stefan Sottiaux (2008), Terrorism and the Limitation of Rights: The ECHR and the US Constitution, (Hart Publishing: Oxford), s. 85.

olmayı veya bu eylemi tahrik etmeyi hedeflemiyorsa ve bu hukuka aykırı eylemin veya tahrikin gerçekleşme ihtimali yoksa, şiddet kullanılmasının savunulmasının yasaklanmasına veya engel olunmasına izin vermez."[23]

Bu ifadeden anlaşılabileceği üzere "açık ve yakın" tehlike ölçütünün 1974 yılından sonra uygulanması, salt şiddetin savunulmasının cezayı gerektirmeyeceği şeklinde gelişmiştir. Bunun tek istisnası söylemden ziyade eylemle ilişkili ve örneğin bilerek PKK veya benzer yabancı terör örgütlerine maddi destek, yardım veya kaynak sağlandığı durumlarda terör saldırılarını "önleyici bir tedbir" olarak cezalandırmanın söz konusu olmasıdır.[24]

Bunun yanında; a. İfadenin sahibinin hukuka aykırı bir eylemin gerçekleşmesini veya bunu tahrik etmeyi istemesi, b. İçinde bulunulan bağlamda, kullanılan ifadenin yakında hukuka aykırı bir eylemin gerçekleşmesine neden olma ihtimalinin olması, c. Nesnel olarak bakıldığında ifade sahibinin eylemi cesaretlendirdiği ve tahrik ettiğinin söylenebilmesi gerekir. Test, sınırlandırma için "tahrik etme" ve "yakın hukuka aykırı eyleme neden olma" şeklinde iki eylem saydığı için ikinci eylem açısından dolaylı ifadelerin de yasaklanması mümkünse de bunun Branderburg testine göre kanıtlanması çok zordur.

BAK Metninin Açık ve Yakın Tehlike Testi Açısından Değerlendirilmesi

BAK metninin hiçbir yerinde açıkça şiddetin savunusu yapılmamaktadır. Tam tersine metin "*Devletin vatandaşlarına uyguladığı şiddete hemen şimdi son vermesini talep*

23 *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969), s. 447.

24 *Holder, Attorney General, Et Al. v. Humanitarian Law Project Et Al.*, 561 U.S. 1 (2010), 130 S.Ct. 2705.

etmekte"dir. Metin aynı zamanda "*Müzakere koşullarının hazırlanmasını ve kalıcı bir barış için çözüm yollarının kurulmasını, hükümetin Kürt siyasi iradesinin taleplerini içeren bir yol haritasını oluşturmasını talep etmekte*"dir.

Metnin şiddete tahrik etmese bile "yakın hukuka aykırı eyleme neden olma" amacı taşıdığı ileri sürülebilir. Ne var ki, devleti uluslararası hukuka uygun davranmaya davet eden bu metnin, saptadığı hukuka aykırılıkları gidermek üzere bir grubu şiddete davet ettiğini kanıtlayacak bir tek kelime bile mevcut değildir. Metnin en çok sorun edilen "*Devletin başta Kürt halkı olmak üzere tüm bölge halklarına karşı gerçekleştirdiği katliam ve uyguladığı bilinçli sürgün politikası*" ifadesinin de katliam olarak ifade edilen eylemlere şiddetle karşı koyulmasını meşru kabul ettiğini gösteren hiçbir yanı yoktur. Tam tersine, metin devletin bu politikasından derhal vazgeçmesini talep etmekte ve bu davranış karşısında "*Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası antlaşmaların, uluslararası teamül hukukunun ve uluslararası hukukun emredici kurallarını*" hatırlatmaktadır. Dahası, bu ihlallerin giderilmesi için "*sokağa çıkma yasaklarının kaldırılmasını, gerçekleşen insan hakları ihlallerinin sorumlularının tespit edilerek cezalandırılmasını, yasağın uygulandığı yerde yaşayan vatandaşların uğradığı maddi ve manevi zararların tespit edilerek tazmin edilmesini, bu amaçla ulusal ve uluslararası bağımsız gözlemcilerin yıkım bölgelerinde giriş, gözlem ve raporlama yapmasına izin verilmesini talep*" etmektedir. BAK metni tarafından önerilen yöntemlerin tamamı hukuk içerisinde tarif edilmiştir.

Hal böyleyken; metnin kimi, nasıl "eyleme cesaretlendirdiği ve tahrik ettiği" anlaşılamamaktadır. Bu metni okuduğu için şiddete başvurmaya karar verdiğini veya bu kararının güçlendiğini ileri süren kimse de doğal olarak yoktur. Gerçekten de, metni kınayanlar "nasıl olur da bir Türk aka-

demisyen bunu kaleme alır" demiştir ama kimse de bu ifadenin "açık ve yakın tehlike" oluşturacak şekilde insanları şiddete davet ettiğini ileri sürmemiştir. **Bir akademisyenin böyle bir metni imzalayıp imzalamaması gerektiği konusu etik bir tartışma konusu olabilir ama bu metnin hukuki yaptırıma tabi olmasının gerekçesi olamaz.**

Bu nedenle, BAK metni açık ve yakın tehlike ölçütünün "şiddeti savunma", "yakın bir hukuka aykırı eyleme neden olma veya bu eylemi tahrik etmeyi hedefleme" ve "bu hukuka aykırı eylemin veya tahrikin gerçekleşme ihtimalinin olması" unsurlarından hiçbirine uygun olmadığı için çok açık bir şekilde ifade özgürlüğü kapsamında kalmaktadır, sınırlandırılması da meşru görülemez.

AİHM'in Çok Unsurlu Tahrik Testi

AİHM, Yüksek Mahkeme'nin "açık ve yakın tehlike" testinden daha karmaşık bir denge testini tercih etmektedir. Çok farklı hukuk düzenlerinin, farklı ihtiyaçlarını dikkate alarak, hem AİHM'e hem de taraf devletlere kısmi bir takdir marjı bırakan bu yaklaşımın belirsizliğe yol açtığına dair eleştiriler olmakla birlikte, AİHM'in uyguladığı denge testinin de çoğu durumda "açık ve yakın tehlike" testine yakın bir sonuç verdiği söylenebilir.

AİHM'in şiddet ve ifade arasındaki dengeyi kurduğu 1999 Türkiye kararları ve onu izleyen içtihat, sözü söyleyen kişi ve kullanılan aracı da dikkate alan "şiddete tahrik ettiği söylenemeyeceği gibi şiddete tahrik eder şekilde de yorumlanamaz" formülüyle üçlü kümülatif bir testi zorunlu kılmıştır:[25]

25 David G. Barnum, "Indirect incitement and freedom of speech in Anglo-American law", 3 E.H.R.L.R. 258, 269.

i. Sözün kim tarafından, hangi konuda ve hangi araçla söylendiği dikkate alınmış mı?
ii. Şiddete tahrik var mı?
iii. Sözün şiddete yol açma ihtimali var mı?

Bir başka deyişle, AİHS uyarınca bir ifadenin sınırlandırılabilmesi için ifade hem şiddete tahrik etmeli hem de bu tahrik sonucu şiddetin gerçekleşme ihtimali olmalıdır. Bu iki unsurun gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit etmek için AİHM, bir dizi unsura bakmaktadır.

Sözün Kim Tarafından, Hangi Konuda ve Ne Şekilde Söylendiği

Türk yargısında çok fazla alıntılanan ancak AİHM'in çok eleştirilen kararlarından biri Zana/Türkiye kararıdır.[26] Aşağıda ayrıntıları verilecek bir çok vaka, bu içtihadın etkisinin çok sınırlı olduğunu göstermektedir. AİHM'in Türkiye'nin terörle ilgili ifade konusunda ifade özgürlüğünü ihlal etmediğini saptadığı az sayıda vakadan biri olan bu kararda, Başvurucunun ifadesinin belirsizliği kadar Diyarbakır'ın eski belediye başkanı olması ve mülakatın ulusal bir gazetede verilmiş olması da dikkate alınmıştır.[27] Zana kararından beri, AİHM'in daha nesnel olan demokratik zorunluluk testinden, fail merkezli tahrik testine geçtiği ifade edilebilir.[28]

Bu önemli istisna dışında, aşağıda açıklanan tüm hususlar ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasının sınırı olarak dikkate alınmalıdır. Savcı soruşturma açarken, hakim de hüküm kurarken bu unsurları dikkate almalı ve şidde-

26 *Zana/Türkiye*, no. 18954/91, 25.11.1997.

27 *Zana/Türkiye*, para. 60.

28 Stefan Sottiaux (2009), "Leroy v France: apology of terrorism and the malaise of the European Court of Human Rights' free speech jurisprudence", 3 EHRLR 415, 419.

tin yarattığı tehlike ile bu haklar arasında bir denge gözetmelidir.

a. Kamusal faydayı ilgilendiren konular hakkındaki tartışma ve siyasi ifade söz konusu olduğunda 10. maddenin 2. fıkrası uyarınca kısıtlama için çok sınırlı bir alan vardır (para. 50). Hükümete yönelik eleştiride, izin verilen eleştiri alanı bir kişiye ve hatta bir politikacıya yönelik olandan çok daha geniştir. Bu kapsamda, özellikle muhalefette yer alan siyasetçilerin ifade özgürlüğü açıkça korunma altına alınmıştır.[29] Hükümetin toplum üzerindeki baskın pozisyonu, muarızlarının meşru olmayan eleştiri ve saldırılarına karşı, özellikle başka yollarla cevap vermek mümkünse, ceza hukuku araçlarına daha az başvurmasını gerektirir.[30] *Castells* kararının ortaya koyduğu üzere ulusal mahkemeler devlet otoritelerine yönelik eleştirileri cezalandırmaktan kaçınmalıdır.[31] Bu tür eleştiriler, sert bile olsa, siyasi çoğulculuğun ve kanaat çoğulculuğunun bir parçası olarak değerlendirilmelidir.
b. Demokratik bir sistemdeki hareketler veya hükümetin ihmalleri sadece yasama ve adli otoritelerin değil, aynı zamanda kamuoyunun da yakın takibinde olmalıdır. Toplumun konuya ilişkin bilgiye ve farklı görüşlere ulaşma hakkı vardır.[32] Türkiye açısından Güneydo-

29 *Castells/İspanya*, no. 11798/85, 23.4.1992, para. 42; *Jerusalem/Avusturya*, no. 26958/95, 27.2.2001, para. 36.

30 *Erdoğdu ve İnce/Türkiye*, no. 25067/94, 8.7.1999, para. 50; *Başkaya ve Okçuoğlu/Türkiye*, no. 23536/94, 08.7.1999, para. 62; *Sürek/Türkiye (no. 4)*, no. 24762/94, 08.7.1999, para. 57; *Sürek/Türkiye (no.2)*, no. 24122/94, 8.7.1999, para. 34; *Yalçın Küçük/Türkiye*, no. 28493/95, 5.12.2002, para. 38, *Erdoğdu/Türkiye*, no. 25723/94, 15.6.2000, para. 61-62.

31 *Castells*, para. 46.

32 *Şener/Türkiye*, no. 26680/95, 18.7.2000, para. 40, *Ceylan/Türkiye*, no. 23566/94, 8.7.1999, para. 34; *Sürek/Türkiye (no.1)* [BD], no. 26682/95,

ğu'da ne olup bittiğini, buna ilişkin bilgi ne kadar rahatsız edici olursa olsun bilme hakkı tüm topluma ait bir haktır ve ifade özgürlüğü kısıtlanırken bu hakkın ihlali de hesaba katılmalıdır.[33]

c. Basının toplumun bilgi alma hakkı açısından önemi dikkate alınmalıdır.[34] Basının, şiddet tehdidine karşı veya kamu düzeninin sağlanması veya suçun önlenmesi amacıyla milli güvenlik ve toprak bütünlüğü gibi devletin çıkarlarının korunmasını sağlamak için belirlenen sınırları aşmaması gerekmesine rağmen, bölücü olanlar da dahil olmak üzere siyasi konular hakkında bilgi verme sorumluluğu vardır.[35] Bu kapsamda, basının kamuya açık tartışma alanında var olan ve varlığı inkar edilemeyecek bir eleştiriyi açıkça anlatması sınırlandırılamaz.[36] Bir basın mensubunun ifade özgürlüğünü sadece genelde kabul görmüş, takdirle karşılanmış veya saldırgan ya da farklı olarak değerlendirilmeyen fikirlerin açıklanmasıyla sınırlamak aşırı ve sözleşmeye aykırı olacaktır.[37]

d. Sözü söyleyen kişinin sıfatı ve hangi nitelikte olduğu da önemlidir. Örneğin, söyleyen kişinin siyasetçi olması, onun daha geniş bir ifade özgürlüğünden yararlanmasını gerektirecektir.[38] Bilimsel çalışmalar ve akademik özgürlük de önemli unsurlardır. Bir uzmanlık

---

08.7.1999, para. 61; *Sürek (no. 3)*, no. 24735/94. 8.7.1999, para. 37; *Gerger/Türkiye*, no. 24919/94, 8.7.1999, para. 48.

33 *Erdoğdu ve İnce*, para. 52; *Sürek (no. 4)*, para. 58.

34 *Sürek/Türkiye no.4*, para. 55; *Sürek (no. 1)*, para. 59; *Sürek ve Özdemir*, para. 58; *Şener*, para. 41; *Sürek (no. 2)*, para. 35; *Sürek (no. 3)*, para. 38.

35 *Şener*, para. 41.

36 *Hertel/Isviçre*, no. 25181/94, 25.8.1998, para. 50, ve *Erdoğdu*, para. 72.

37 *Ayşe Öztürk/Türkiye*, no. 24914/94, 15.10.2002, para 85.

38 *İbrahim Aksoy/Türkiye*, no. 28635/95, 10.10.2000, para. 59. Hem siyasetçi hem sendikacı olan başvurucu hakkında bkz. Ceylan/Türkiye, no. 23566/94, 8.7.1999

bilgisine dayanarak yapılan bir çalışmanın aktarılması söz konusu olduğunda bu hususun dikkate alınması gerekir. Bir sosyoloğun PKK'nın toplum içerisindeki etkisini ve bir Kürt devletinin temellerinin atılışına ilişkin tarafsız değerlendirmeleri daha kısıtlı sınırlandırılabilir.[39] Keza, ifadenin Türkiye'nin tarihi perspektiften sosyo-ekonomik gelişimine ilişkin bir akademik çalışmada yer alması dikkate alınmalıdır.[40]

e. Dolayısıyla, herhangi bir kimsenin yalnızca kişiliğine bağlı olarak düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğüne müdahale edilmesi haklı kılınamayacağı gibi yasaklanmış bir örgütün bir mensubunun veya yöneticisinin görüş ve düşüncelerini açıklaması da tek başına düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğüne müdahale edilmesini haklı kılmaz.[41]

Şiddete Tahrik Unsuru

Doğrudan Tahrik

Salt Sözün Yeterli Olmaması

AİHM önüne 10. madde kapsamında Türkiye'den giden davalar farklı ceza hükümlerine dayanmakla birlikte, konusu itibarıyla ağırlıklı olarak devletin ve toplumun geniş kesimlerinin rahatsız olduğu çoğu kez devletin terörle mücadele ve Kürt siyasetine ilişkin eleştiriler getiren, bazen de bir örgütü, faaliyetlerini veya liderini öven, meşru gören ifadelerdir.

AİHM, bu davalarda salt kullanılan ifadeye bakarak ceza verilmesini uygun görmemektedir. Hatta özellikle 2005 son-

39 *Erdoğdu ve İnce*, para. 51.

40 *Başkaya ve Okçuoğlu/Türkiye*, no. 23536/94, 08.7.1999, para. 65. *Karataş/Türkiye*, no. 23168/94, 8.7.1999.

41 *Abdullah Öcalan Başvurusu* [GK], B. No: 2013/409, 25/6/2014, para. 101.

rasındaki çok sayıda kararda, ulusal yargı mercilerinin hiçbir inceleme yapmaksızın sadece hoşa gitmeyen bir ifade nedeniyle propaganda, kin ve nefrete tahrik gerekçesiyle mahkumiyet kararları vermesini, çok derin bir inceleme yapmaya bile gerek duymadan daha önceki kararlarına atıfla sözleşmeye aykırı bulmuştur.[42]

Şüphesiz, bir ifadenin tahrik edici nitelikte olup olmadığını saptamak için ilk önce ifadeye bakmak gerekir. Ancak bir ifadenin salt ağır olması, hükümeti eleştirmesi ve hatta tek taraflı olması şiddete tahrik ettiği anlamına gelmez. Bu nedenle, Kürdistan'ın Türk Devleti'ne ekli bir koloni olması, Türk Devleti'nin Kürdistan'ı "*siyasi, askeri, kültürel ve ideolojik*" açıdan ezen zalim olması, "*faşist hareketin*" gelişmesinde Kürtlere karşı "*ırkçı inkar politikasına sahip olmasının*" bir araç olması;[43] Kürt hareketinin hedeflerini romantize etmek, hatta "*hesaplaşma zamanı*" ve "*asıl terörist Türkiye Cumhuriyetidir*" demek[44]; Devletin "*gerillalara yönelik kirli savaşını*" ve hatta "*Kürt halkına karşı açık savaşını*" içeren "*askeri çözüm*" yöntemini kınamak;[45] "*Kürdistan'ın yandığını*" söylemek ve olanları "*soykırım olarak nitelemek*";[46] devletin "*katliam*" gerçekleştirdiğini söylemek veya çatışmayı "*savaş*" olarak tanımlamak[47] AİHM tarafından ifade özgürlüğü sınırları içinde değerlendirilmiştir.

---

42 Bu kapsamda verilen kararlar halen Bakanlar Komitesi tarafından *Gözel ve Özer/Türkiye* ve *İncal/Türkiye* grubu kararlar altında izlenmektedir. 100'ü aşkın kararın listesine şu bağlantıdan ulaşılabilir: https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&Ref=CM/Del/OJ/DH(2014)1230&Language=lanFrench&Ver=prel0002&Site=CM&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864&direct=true

43 *Başkaya ve Okçuoğlu*, para. 64.

44 *Sürek (no. 4)*, para. 56

45 *Erdoğdu*, para. 62.

46 *Şener*, para. 44.

47 *Karkın/Türkiye*, no. 43928/98, 23.9.2003.

Bilindiği gibi Türkiye'de devleti eleştirenlerin terör örgütünü eleştirmediği ve bu nedenle hukuki ve ahlaki sorumluluklarının bulunduğu ileri sürülmektedir. Halbuki AİHM'e göre, her ne kadar her iki tarafa yönelik eleştiri tahrik olmadığının bir göstergesi olarak kabul edilse de, ifadenin sahibinin tek taraflı olması kendi başına cezalandırılmasına neden olamaz. Tam tersine, ulusal yetkililer, ne kadar rahatsız edici olursa olsun, Güneydoğu'daki duruma değişik bir açıdan bakma konusunda halkın bilgilendirilmesi gerekliliğine önem verme yükümlülüğü altındadır.[48] Yakın tarihli Yavuz ve Yaylalı kararında AİHM, bilgilerin tek yönlü olmasının, ifade özgürlüğünü sınırlandırmak için tek başına bir neden olamayacağını belirtmiştir.[49] Anayasa Mahkemesi de AİHM kararlarını Abdullah Öcalan'ın "*Kürdistan Devrim Manifestosu, Kürt Sorunu ve Demokratik Ulus Çözümü (Kültürel Soykırım Kıskacında Kürtleri Savunma)*" adlı kitabı ile ilgili kararında benimsemiş ve anayasanın 26. ve 28. maddeleri bağlamında, "*kamunun çıkarlarına ilişkin siyasi konuşmalar veya toplumsal sorunlara ilişkin tartışmaların sınırlanmasında kamusal yetki kullanan makamların çok dar bir takdir marjı olduğuna işaret*" etmiştir. Öte yandan düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ve bu kapsamda basın özgürlüğüne içerik bakımından bir sınırlama getirilmemiş olmakla birlikte "*ırkçılık, nefret söylemi, savaş propagandası, şiddete teşvik ve tahrik, ayaklanmaya çağrı veya terör eylemlerini haklı göstermek*" gibi bu özgürlüklerin sınır bölgeleri olan alanlarda ise devlet otoritelerinin müdahalelerinde daha geniş bir takdir yetkisine sahip olduğu belirtilmiştir.[50]

48 *Şener*, para. 45.

49 *Yavuz ve Yaylalı/Türkiye*, no. 12606/11, 17.12.2013, para. 51; *Güler ve Uğur/Türkiye*, no. 31706/10, 2.12.2014, para. 52. Aynı yönde bkz. *Yağmurdereli/Türkiye*, no. 29590/96, 04.06.2002, para. 52.

50 *Abdullah Öcalan Başvurusu* [GK], B. No: 2013/409, 25/6/2014, para. 99.

Konuşmanın Tonu, Hakikatle İlişkisi

Görüşün taraflı olması gibi hakikati saptırması, abartması hatta provoke etmesi ve devlete hakaret şeklinde dile getirilmesi de[51] tek başına cezalandırma sebebi sayılamaz. Bununla birlikte, tarafsız, ifade sahibinin her iki tarafı da eleştirdiğini gösteren görüşlerin bulunması gibi söylenenlerin hakikati yansıttığı hallerde, tahrikin kesinlikle olmadığı söylenebilir. Aynı durum barış ve eşitlik çağrısı yapan konuşmalar için de geçerlidir.

Abdullah Aydın vakasında, "barış, eşitlik ve özgürlük" için harekete geçme konusunda mesaj veren başvurucu PKK'nın eylemlerini kınamadığı ve eleştirmediği için mahkum edilmiştir. AİHM, bu gerekçenin ifade özgürlüğünü sınırlandırmak için yeterli olmadığı sonucuna ulaşmıştır.[52] DTP davasında, parti eşbaşkanlarının "*Biz ayrıca şiddetin bir çözüm olmadığı görüşünü savunuyoruz. Silahlar susmalı ve PKK silah bırakmalıdır (...) 21. asrın ilk çeyreğinde, silahlı mücadele dönemi bitmiştir!" (A. Tuğluk) ve "Biz silahlara başvurmayı kesinlikle önermiyoruz (...)" (E. Ayna)*" şeklindeki ifade edilen barışçıl amaçlara herhangi bir önem atfetmemesi AİHM tarafından üzücü bulunmuştur.[53]

Devletin işlediği iddia edilen suçlar açısından hakikatin ortaya çıkarılmasının önemi düşünüldüğünde, bu hakikati açıklayan veya ortaya çıkmasına katkı sunacak ifadelerin ayrıca dikkate alınması gerekir.

i. Aktarılan bilgi hakikatin ifadesiyse, suç işlediği iddia edilen kişi açısından tehlike yaratıyorsa bile bu tahrik sayılamaz. Ya da daha doğru bir ifadeyle, tahrike yol açıyorsa bile hakikati aktardığı için bu bir hukuka uygunluk sebebidir.

---

51 *Özgür Gündem/Türkiye*, no. 23144/93, 16.3.2000, para. 60.

52 *Abdullah Aydın/Türkiye*, no. 42435/98, 9.3.2004, para. 33.

53 *Demokratik Toplum Partisi ve Diğerleri/Türkiye*, no. 3840/10, 12.1.2016, para. 77.

Ancak, söylenenin mutlaka kanıtlanmış olmasına da gerek yoktur. Castells/İspanya davasında, başvurucu Bask bölgesinde işlenen cinayetlerden, bu cinayetlerde hükümetin sorumluluğundan bahsettiği için hükümete hakaret ettiği gerekçesiyle mahkum olmuştur. **Ulusal mahkemeler önünde iddiasını kanıtlamak isteyen başvurucuya bu imkanın verilmemesi, mahkumiyetin 10. maddeyi ihlal etmesi sonucunu doğurmuştur.**[54] Terörle ilgili, kamu görevlilerine yöneltilen suçlamalar genelde çok ciddi sorumluluk gerektiren davranışlardır. Sürek (2) davasında, kamu görevlilerinin görevleriyle ilgili ağır ihlallerini haberleştiren başvurucunun, iddialarının doğruluğunu kanıtlamasına imkan tanınmamıştır. İddiayı kanıtlama ve kamusal fayda argümanlarını incelemeden verilen mahkumiyet sözleşmeyi ihlal etmektedir.[55]

ii. Sözleşmenin bir bütün olarak okunmasının doğal sonucu olarak, yaşam hakkı ve işkence yasağı gibi temel ilke ve kuralların korunmasını sağlayacak nitelikteki ağır ifadelere daha fazla hoşgörü gösterilmesi gerekecektir. **Devlet ajanlarının bu hakları ihlal eden eylemlerinin ortaya çıkarılması, baskı ortamında hakikatin ortaya çıkarılmasının ne kadar zor olduğu düşünüldüğünde daha da özel bir önem kazanmaktadır.** Bu ihlallerin ortaya çıkarılması ve yayılmasının cezai yaptırıma tabii tutulması, etkili soruşturma imkanını ortadan kaldıracağı için sözleşmenin ruhuna aykırı olacaktır. Bu nedenle, özellikle yaşam hakkını veya işkence yasağını ihlal eden davranışların bulunduğuna dair güçlü verilerin olduğu bir durumda bunu dile getiren kişinin şiddete tahrik ettiğini söylemek mümkün olmayacaktır. **Ulusal mahkemeler siyasi ifade veya açıklamaların sözleşmenin 2. maddesi ile korunan yaşam hakkıyla ilgili olması durumunda resmi otoriteler tarafından işlenen eylemlere dair eleştiriye hoş-**

54 *Castells/İspanya*, para. 47-48.

55 *Sürek (no. 2)*, para 39.

görü göstermelidir.[56] Aksi takdirde, yaşam hakkı ihlalleriyle etkili bir şekilde mücadele edilmesi imkansız hale gelecektir.

Dolaylı Tahrik

Türkiye'deki terör soruşturmalarında devleti eleştirenlerin asıl amacının terör örgütüne destek olduğu, bu nedenle açıkça terör örgütünün adı geçmese veya ona destek verilmese bile dolaylı olarak bu desteğin amaçlandığı ve bu nedenle ifade sahibinin cezalandırılması gerektiği ileri sürülmektedir. Fakat, BM Güvenlik Konseyi'nin ilgili kararında meşru sınırlamaların dolaylı tahriki içermemesi için özel bir çaba gösterildiği görülebilmektedir.[57] BM Güvenlik Konseyi kararının giriş bölümü sadece eylemin gelecekte tekrar edilmesini tahrik edecek ifadeleri reddetmektedir. Ancak Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği[58] açısından durum farklıdır. Avrupa Konseyi tarafından TÖS hazırlığı sırasında yapılan bir araştırmada 3 ülke dışında dolaylı tahrikin Avrupa Konseyi üyesi ülkelerde suç olarak düzenlenmediği saptanmış[59] ve bu nedenle bir boşluk olduğu düşünülerek dolaylı tahrikin de yaptırıma tabii tutulması istenmiştir. Bu şekilde, sözleşmenin doğrudan tahrik gibi dolaylı tahrik kavramını da içerdiği görülebilmektedir.[60]

---

56 *Yavuz ve Yaylalı/Türkiye*, para 54.

57 BM Genel Sekreteri'nin konuya ilişkin Raporu için bkz. Terörizmle mücadelede insan hakları ve temel özgürlüklerin korunmasına ilişkin Rapor, UN Doc. A/63/337.

58 Terörle Mücadeleye İlişkin 2002/475/JHA Sayılı Çerçeve Kararı değiştiren Terörle Mücadeleye İlişki Çerçevere Karar AB Konseyi Kararı 2008/919/JHA, 28 Kasım 2008, Official Journal of the European Communities (OJ) L 330/21, 9 Aralık 2008.

59 Olivier Ribbelink (2004), "Apologie du terrorisme" and "incitement to terrorism" (Council of Europe Publishing, Strasbourg), 44-45.

60 Her üç örgütteki tartışmalar için bkz. Yael Ronen (2010), "Incitement to Terrorist Acts and International Law", 23 Leiden Journal of International Law 645, 664 vd.

Sözleşmenin "Terör Suçunun İşlenmesine Alenen Teşvik" başlığını taşıyan 5. maddesine göre:

> "Bu Sözleşmenin amaçları açısından, "bir terör eylemini işlemeye alenen teşvik", terör suçunun işlenmesini kışkırtmak niyetiyle, böyle bir eylemin dolaylı olsun veya olmasın terör suçlarını savunarak, bir veya birden fazla suçun işlenmesi tehlikesine yol açacak bir mesajın kamuoyuna yayılması veya başka bir şekilde erişilebilir hale getirilmesi anlamına gelir."

Terörizm Uzmanlar Komitesi bu hükmü kaleme alırken Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi'nin[61] ve Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri'nin[62] görüşlerini dikkate almıştır. Komiser görüşünde, bu hükmün terör şiddetini dolaylı yönden teşvik eden eylemleri oluşturabilecek nitelikte "*saldırının failini öven mesajların yayılması, mağdurların aşağılanması, terör örgütlerine mali kaynak sağlanması yönündeki çağrıyı ve diğer benzer davranışları*" kapsadığını ileri sürmüştür.

Bu hükmün önemi şudur; sözleşme hazırlanırken bir yandan terörizme yönelik doğrudan olmayan teşvik edici ifadelerin yasaklanması hedeflenirken, bir yandan da AİHM içtihatlarına uygun bir yükümlülük tanımlanmaya çalışılmıştır. Görüldüğü gibi bu hüküm, kümülatif üç şartın birlikte gerçekleşmesini gerektirmektedir:[63]

i. Mesaj doğrudan veya dolaylı bir şekilde terörist suçları savunmalı,
ii. Bu mesaj bu tür suçların işlenmesi tehlikesini oluşturmalı,

---

61 Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi Taslağına İlişkin Parlamenterler Meclisinin 255 Nolu Görüşü (2005), paragraf 3 vii ve devamı.

62 Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri'nin Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi Taslağına İlişkin Görüşü, BcommDH (2005) 1, 30.

63 David G. Barnum, "Indirect incitement and freedom of speech in Anglo-American law", 3 E.H.R.L.R. 258, 261.

iii. Mesajı yayan kişi bu mesajı terör suçunun işlenmesini kışkırtmak için yaymalıdır.

Sözleşmenin hazırlanmasında büyük çabası olan Birleşik Krallık'ta 2006 yılında çıkarılan Terörizm Yasası, ifade özgürlüğü açısından çok sorunlu bulunmakla birlikte,[64] terörü övme eyleminin ancak mevcut şartlarda toplum tarafından tekrar edilmesi isteniyorsa cezalandırılabileceğini söylemektedir.[65] Bu yönüyle yasaklanan ifadenin hala şiddetle bir illiyet bağı olan ifade olduğu söylenebilir.

Bununla birlikte, AİHM'in açıkça doğrudan ve dolaylı tahrik konusunda bir ayrım yapmadığı görülmektedir.[66] Ancak ifadenin açıkça şiddeti tahrik etmediği durumlarda AİHM'in geliştirdiği testin koşullarını yerine getirmek çok zordur. Özellikle, bir kişinin açıkça söylemediği bir amacının olduğu iddia ediliyorsa yetkili mercilerin bunu somut olarak ortaya koyma yükümlülüğü vardır.[67] Salt terör örgütünün de benzer görüşleri dile getirmiş olması bu somut delil koşulunu sağlamaz. Dolayısıyla, AYM'nin de belirttiği ve aşağıda detaylandırılacağı üzere "*kamu otoriteleri veya toplumun bir kesimi için hoş olmayan düşüncelere, şiddeti teşvik etmediği, terör eylemlerini haklı göstermediği ve nefret duygusunun oluşmasını desteklemediği sürece sınırlama getirilemez*".[68]

---

64 Yasanın yarattığı sorunlarla ilgili bkz. Daragh Murray (2009), "Freedom of Expression, Counter-Terrorism and Internet in the Light of the UK Terrorist Act 2006 and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights", 27 Neth. Q. Hum. Rts. 331., 341; *R v Gul* [2013] UKSC 64, [2014] A.C. 1260 [2014] 1 CrAppR 14, 26-41.

65 Terörizm Yasası 2006, 20. madde.

66 Howard Davis, "Lessons from Turkey: Anti-Terrorism Legislation and the Protection of Free Speech" [2005] E.H.R.L.R. 75.

67 *Yağmurdereli/Türkiye*, para. 53.

68 *Mehmet Ali Aydın Başvurusu*, [GK], B. No: 2013/9343, 4.6.2015, para. 84.

Sözün Şiddete Yol Açma İhtimali

AİHM içtihadında, sözün yaratacağı tehlikenin ölçülmesi ABD Yüksek Mahkemesi'nde olduğundan daha az rol oynamaktadır. **Analizin büyük bölümü tahrik olup olmadığı konusundadır.** Nitekim, Yargıç Palm 9 Temmuz 1999'da ilgili dava grubu içinde ihlal bulunan tek karar olan Sürek 1 vakasına yazdığı karşıoyda ve 4 ayrı yargıçla birlikte diğer 7 davaya yazdığı farklı gerekçeli oylarında[69] sadece ifadede kullanılan sözlere bakılmakla yetinilemeyeceğini, illiyet bağı için şu koşulların da aranması gerektiğini belirtmiştir: **İfadenin gerçekten şiddete yol açma riski var mı? İfadenin yazarının toplumda bir ağırlığı var mı? Yazı önemli bir gazetede veya etkisi yüksek olan başka bir kaynakta yayınlandığı için etkisi artmış mı? Kelimeler şiddetin merkezinden uzak mı, yoksa yakında mı söylenmiş?**

AİHM'in *Gözel ve Özer* yarı-pilot kararında özetlediği temel formül, tahrik yanında şiddete yol açma ihtimalinin de gözetilmesi gerektiğini açıkça ortaya koymaktadır: "Şiddete tahrik içermediği sürece, yani şiddet eylemlerine ya da kanlı bir intikama başvurmayı savunmuyor, destekçilerinin hedeflerini gerçekleştirmesi amacıyla terör eylemlerini haklı göstermiyor ve ***belli kişilere karşı derin ve mantıksız bir nefret duygusunun oluşmasına neden olarak şiddeti yüreklendirdiği şeklinde yorumlanamıyorsa***, herhangi bir ifade salt terör örgütünün açıklaması olduğu için veya terör örgütü ile ilgili olduğu için yasaklanamaz."[70]

---

69 Örneğin bkz. *Sürek (no.4)* ve *Başkaya ve Okçuoğlu*.

70 Altıparmak, Kerem ve Hüsnü Öndül (2013), Gözel ve Özer/Türkiye Kararının Uygulaması, İzleme Raporu, İHOP, 2013, 6 ve ayrıca bkz. *Sürek/Türkiye (no. 1)*; *Gözel ve Özer/Türkiye*, no. 43453/04 ve 31098/05, 06.07.2010; *Faruk Temel/Türkiye*, no. 16853/05, 01.02.2011; *Öner ve Türk/Türkiye*, no. 51962/12, 31.03.2015; *Gül ve Diğerleri*/Türkiye, para. 41-45.

AİHM'in çeşitli kararlarında Yargıç Palm'ın talep ettiği soruların sorulduğu görülmektedir. Örneğin, Sürek (1) davasında mahkeme ihlal bulmazken, yargılama konusu mektupların 1985'ten bu yana Türkiye'nin güneydoğusunda güvenlik kuvvetleri ile PKK kuvvetleri arasında, çok sayıda can kaybına ve bölgenin büyük bir kısmında olağanüstü hal ilan edilmesine sebebiyet verecek şekilde devam eden şiddetli çatışmalar bağlamında yayınlanmış olduğunu dikkate almıştır.[71] Bazı davalarda da Körfez Savaşı'nın etkisine değinildiği anlaşılmaktadır.[72] Bir kararda, mektuplardan birinde kişilerin kimliklerinin verilmesinin onlara yönelik saldırı ihtimalini yükselttiği dikkate alınmıştır. Metinde yer alan "*katliam*", "*zulüm*" ve "*cinayet*" gibi göndermelerin yanı sıra, "*Faşist Türk ordusu*", "*TC cinayet çetesi*" ve "*emperyalizmin kiralık katilleri*" gibi ifadeler tek başına alındığında değil belirli kişiler hakkında tehlike yarattığı için müdahale meşru görülmüştür. Bu nedenle, başvurucuya verilen düşük para cezasının ölçülü bir müdahale olduğu kabul edilmiştir.[73]

Her ne kadar AİHM, Yüksek Mahkeme'nin açık ve yakın tehlike ifadesini çok yeni kararlarında kullanmaya başlamışsa da, hem eski kararlarından hem de yeni kararlarından olası tehlikenin yakın olması gerektiği sonucu kolayca çıkartılabilir.

İlk dönem kararlarından Erdoğdu'da hükümet, dava konusu ifadenin uzun vadede kamu düzeninin bozulmasına, gençlerin örgüte katılmasına neden olacağını iddia etmişse de, AİHM böylesi uzak bir sonucu gösterecek ve başvu-

---

71 Aynı gün ihlal bulunmayan diğer karar olan *Sürek (no.3)*'te de bu unsur dikkate alınmıştır. Bu ölçüt diğer kararlarda da tekrar edilmekte ama tek başına ihlale yol açmamaktadır. Bu da sadece diğer unsurlarla birlikte dikkate alınması gereken bir unsur olduğunu göstermektedir. Örn. *Sürek ve Özdemir*, para. 61.

72 *Ceylan/Türkiye*, no. 23566/94, 8.7.1999, para. 32.

73 *Sürek (no. 1)*, para. 62-64.

rucuyu Güneydoğu'da artan huzursuzluktan sorumlu kılacak hiçbir veri olmadığını belirtmiştir.[74] Örneğin, Gül/Türkiye kararında AİHM, "*'İktidar namlunun ucundadır', 'Bizde hesapları namlular sorar' gibi sloganların şiddet içerikli olduğunu gözlemlemektedir. Bununla birlikte, bu sloganların bilinen ve kalıplaşmış solcu sloganlar olduğu ve izinli gösterilerde atıldığı –böylelikle sloganların "ulusal güvenlik" ve "kamu düzeni" üzerindeki potansiyel etkisi kısıtlanmıştır– göz önünde bulundurulduğunda, sloganların şiddete veya ayaklanmaya çağrıda bulunduğu düşünülemez*" sonucuna ulaşmıştır.[75] Yağmurdereli vakasında[76] da, başvurucunun kullandığı sert ifadeleri çatışma alanından kilometrelerce uzakta İstanbul'daki bir konuşmada söylemiş olması ifade özgürlüğünün ihlal edildiğinin saptanmasında önemli bir rol oynamıştır.

Aynı zamanda, bir eserin niteliği de tehlike riskini azaltabilir. Arslan ve Polat davalarında,[77] sanatsal ifadenin potansiyel etkisini azalttığı saptandığı için testin bu yönü açısından 10. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.

Görüldüğü gibi, AİHM'in esnek testi, bir çok unsurun dikkate alınmasını gerektirmekte ama özünde "şiddete tahrik" ve bu tahrikin "şiddete yol açma potansiyeli"ni dikkate aldığı için büyük ölçüde "açık ve yakın tehlike" ölçütüyle aynı sonucu vermektedir.

---

74 *Erdoğdu*, para. 69.

75 *Gül ve Diğerleri/Türkiye*, para. 41. Aynı yönde *Kılıç ve Eren/Türkiye*, para. 28.

76 *Yağmurdereli*, para. 54.

77 *Arslan/Türkiye*, no. 23462/94, 8.7.1999; Polat/Türkiye, no. 23500/94, 8.7.1999.

BAK Metninin AİHM'in Çok Unsurlu Tahrik Testi Açısından Değerlendirilmesi

Sözün Kim Tarafından, Hangi Konuda ve Ne Şekilde Söylendiği

BAK metni, Türkiye'de çatışmaların çok yoğunlaştığı, sivil yerleşim yerlerinde ağır silahların kullanıldığı ve bizzat resmi makamların açıklamalarına göre yüzlerce kişinin öldüğü bir dönemde yayımlandı. Metin, devleti ve hükümetin ülkedeki en ağır siyasi soruna ilişkin aldığı önlemleri eleştirdiği için yukarıda aktarılan içtihadın gösterdiği gibi en geniş siyasi ifade özgürlüğü ölçütlerine göre değerlendirilmelidir. Metne konu olan olaylar, hükümetin güdümündeki medya tarafından tek taraflı olarak aktarıldığı, ve alternatif görüş ve haberler hukuki ve fiili baskılarla engellendiği için önde gelen akademisyenlerin toplu bir açıklama yapması, toplumun geniş kesimlerinin çatışma bölgelerinde neler olduğunu öğrenmesi ve sorgulaması açısından hayati öneme sahiptir.

Şiddete Tahrik Unsuru

Bir metnin içerisinde salt "katliam", "savaş" gibi kavramların kullanılması, metnin şiddete tahrik ettiği sonucunu doğurmayacaktır. Yukarıda verilen bir çok örnekte görüldüğü üzere, devletin çok daha ağır ifade ve sıfatlarla suçlanması hali bile şiddete tahrik olarak görülmemiştir. Dahası, BAK metni şiddete şiddetle cevap vermeyi değil tam tersine, hukukla cevap vermeyi teklif etmektedir. Metne göre, uluslararası hukuka aykırı olarak işlenen suçların bağımsız bir şekilde araştırılıp sonlandırılması gerekmektedir. Bu davetin, şiddete tahrik konusunda delil gösterilmesinin mümkün olmadığı açıktır.

Metnin tonunun da yine tek başına belirleyici olamayacağı, hatta devlete yönelik hakaretlerin suç olarak tanımlanamayacağı açıktır. Aynı şekilde özellikle "barış, çözüm" gibi kavramların özgürlük lehine dikkate alınması gerektiği açıktır. Metin "*Müzakere koşullarının hazırlanmasını ve kalıcı bir barış için çözüm yollarının kurulmasını, hükümetin Kürt siyasi iradesinin taleplerini içeren bir yol haritasını oluşturmasını talep*" ederken **hükümeti rahatsız etmiş olsa bile kullandığı dil itibarıyla daha güçlü bir ifade özgürlüğü korumasından yararlanmalıdır.**

Tahrik unsurunun değerlendirilmesinde dikkate alınması gereken bir diğer unsur, ifadenin hakikatle ilişkisidir. Son bir yıl içinde Türkiye'deki çatışmalarda çeşitli suçların işlendiği veya hukuka aykırılıkların bulunduğuna dair BM İnsan Hakları Komiseri,[78] Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri,[79] Venedik Komisyonu,[80] Uluslararası Af Örgütü[81] ve İnsan Hakları İzleme Örgütü gibi saygın uluslararası makamların, kuruluşların ve STK'ların güvenilir açıklamaları mevcuttur. Dahası, AİHM tedbir talepli yapılan bazı başvurularda tedbir kararı verirken diğer başvurularda da konunun önemine binaen öncelik kararı vermiştir.[82] Son olarak, çok yakın bir ta-

78 "Güneydoğu Türkiye'de ağır ihlallere ilişkin 'endişe verici' raporlar ışığında şeffaflık, soruşturma ihtiyacı".

79 Türkiye: Güvenlik insan haklarının önüne geçiyor, özgür ifade tehdit altında. (https://www.coe.int/nl/web/commissioner/-/turkey-security-trumping-human-rights-free-expression-under-threat)

80 Venedik Komisyonu'nun sokağa çıkma yasaklarının hukuka aykırılığı ile ilgili raporu için bkz. Opinion No. 842 / 2016, CDL-AD(2016)010, 13.6.2016. Venedik Komisyonunun bu raporuna AİHM de Dolan ve Diğerleri/Türkiye başvuruları ile ilgili ara kararında yer vermiştir: *Dolan ve Diğerleri/Türkiye*, no. 9414/16, 15.12.2016, para. 38.

81 Türkiye'deki durumun 1990'lardaki ağır insan hakları ihlalleri düzeyine geldiğini belirten Uluslararası Af Örgütü yorumu için bkz. Türkiye: Güneydoğu Türkiye'deki güvenlik operasyonları 1990'larda görülen yaygın insan hakları ihlallerine dönüş riski oluşturuyor, EUR 44/4366/2016, 30.6.2016.

82 Güneydoğu Türkiye'de Sokağa Çıkma Yasakları: Mahkeme bir grup şikayete öncelikli muamele kararı verdi, ECHR 054 (2016), 5.2.2016

rihte, anılan dönemde işlendiği iddia edilen insan hakları ihlallerini inceleyen Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, Türkiye'nin Güneydoğu Anadolu Bölgesi'nde sokağa çıkma yasaklarından ve güvenlik güçlerinin tutumlarından kaynaklanan ciddi insan hakları ihlallerinin gerçekleştiğini ve bu eylemlerle ilgili etkili soruşturma yürütülmediği için yapısal bir cezasızlık sorununun bulunduğunu saptamıştır.[83] Bu koşullar altında; bir grup akademisyenin "suç" ve "katliam" kelimelerini kullanmalarının ceza yaptırımına tabii tutulması sadece ifade özgürlüğünü ihlal etmez, aynı zamanda devletin yaşam hakkını korumaya yönelik pozitif ödevlerini de yerine getirmediği şeklinde yorumlanabilir. Bu nedenle, bu tür ifadelerin ne devlete yönelik hakaret ne de şiddete tahrik şeklinde yorumlanması mümkündür.

Dolaylı Tahrik

Yukarıda da detaylandırılan Avrupa Konseyi Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi uyarınca getirilen dolaylı tahrik hükmünden görülebileceği üzere bir ifadenin dolaylı tahrik olarak görülüp cezalandırılması için üçlü bir testin dikkate alınması gerekmektedir.[84] Buna göre; örneğin, daha önce işlenmiş bir terör suçunu övmek suretiyle gelecekte de bu tür bir eylemin tekrar edilmesi yönünde mesaj veriliyorsa ve bu ifade gerçekten böyle bir tehlikenin oluşması için yeterliyse dolaylı bir tahrikten söz etmek mümkün olacaktır. Oysa BAK metninin hiçbir bölümünde bir terör eylemi övülmemekte, tam tersine devletten kaynaklandığı belirtilen şiddet ve suçların önlenmesi talep edilmektedir.

---

83 Türkiye'nin Güneydoğu Bölgesindeki Terörle Mücadele Operasyonlarının İnsan Haklarına Etkilerine İlişkin Memorandum, CommDH (2016)39, 2.12.2016. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri'nin bu raporuna AİHM de Dolan ve Diğerleri/Türkiye başvuruları ile ilgili ara kararında yer vermiştir: *Dolan ve Diğerleri/Türkiye*, no. 9414/16, 15.12.2016, para. 36.

84 Bkz. yukarıda 166 nolu not ve ilgili metin.

Şüphesiz dolaylı tahrik, doğrudan tahrikten farklı olarak uygulayıcılara bir ölçüde ifadeye ilişkin çıkarımda bulunma imkanı vermektedir. Ne var ki bu çıkarım şiddetle hiç ilişkisi olmayan bir ifadeyi salt şiddete başvuranların ideallerini savunduğu için cezalandırılabilir kılmamaktadır. Bu nedenle, şiddete başvuranlar şiddete devletin işlediği suçları önlemek için başvurduklarını söylerlerse artık devletin şiddetini başka kimsenin eleştiremeyeceği gibi bir sonuç ortaya çıkmaz. Dolaylı tahrik, ifade ile şiddet arasında hiç bağ olmaması anlamına gelmemektedir. Bu ifade türünde de ifade ile olası şiddetin yaratacağı tehlike arasında bir illiyet bağının bulunması gerekir.

Nitekim, AİHM önünde dolaylı tahrik nedeniyle cezalandırmanın ihlal oluşturmadığının tespit edildiği belki de tek karar olan Leroy/Fransa'da[85] mahkeme, başvurucunun mahkumiyetini devletin tutumunu eleştirdiği için değil, binlerce kişinin öldüğü 11 Eylül saldırısını övdüğü için meşru görmüştür. Mahkeme, binlerce kişinin öldüğü bir olayın mizah konusu yapılmasını ölenlerin onuruna bir saldırı olarak değerlendirmiştir ve bu nedenle[86] başvurucunun cezalandırılmasını Amerikan emperyalizmini eleştirmenin ötesinde onun şiddet yolu ile yok edilmesi fikrini desteklediği ve bu fikri yücelttiği için sorun olarak görmemiştir. Oysa, BAK metni kimsenin ölümünü övmemekte, terör mağdurlarını hiçbir şekilde aşağılamamaktadır.

Sözün Şiddete Yol Açma İhtimali

AİHM testinde en önemli unsuru sözün şiddete yol açma potansiyeli oluşturmaktadır. Bu unsur ışığında değerlendirildiğinde BAK metninin "şiddet eylemlerine ya da kanlı

85 *Leroy/Fransa*, no. 36109/03, 2.10.2008

86 *Leroy*, para. 43.

bir intikama başvurmayı savunduğu, terör eylemlerini haklı gösterdiği ve belli kişilere karşı derin ve mantıksız bir nefret duygusunun oluşmasına neden olarak şiddeti yüreklendirdiği şeklinde" yorumlanmasına imkan yoktur. Metin, devletin faaliyetini suç olarak nitelemekte ama bunun engellenmesi için şiddete başvurulmasıyla ilgili hiçbir şey söylememekte; hiçbir şekilde şiddete başvurulmasını savunmamaktadır. Nitekim, imzacılara yönelik suçlamaların hiçbirinde "neden insanları şiddete çağırdınız" sorusu sorulmamıştır. Sorular "katliam derken kimi kast ettiniz?", "sizce PKK bir terör örgütü müdür?" gibi metnin iradesiyle hiç ilgisi olmayan hususlara hasredilmiştir. Bu sorular, metinde yer almayan şiddet unsurunu, soruşturma aracıyla dahil etme çabası olarak değerlendirilmelidir.

Görüldüğü gibi BAK metninin AİHM'in çok unsurlu tahrik testi açısından da cezalandırılması mümkün değildir. O kadar mümkün değildir ki, akademisyenler hakkında başlatılan soruşturmalar bu testin bir tek unsurunu bile sağlayamamaktadır. Haliyle bu ölçüte göre de BAK metninin ceza ve/veya idari yaptırımın konusu olması mümkün değildir.

Zaman Bağı

Kural olarak, terörle ilgili ifadenin cezalandırılması gelecekte oluşma ihtimali olan bir tehlikeyi ortadan kaldırmaya yönelik olduğu için zaman bakımından henüz gerçekleşmemiş bir eylemle ilgilidir. Yukarıda çerçevesini çizdiğimiz her iki test de **zaman bakımından, henüz gerçekleşmemiş ancak ifadenin gerçekleşmesi tehlikesini yarattığı eylemlerle ilgilidir**. Bununla birlikte, istisnai geçmişte gerçekleşmiş bir eylemle ilgili bir ifadenin de iki farklı olasılıkla sınırlandırılması mümkün olabilir.

Birinci olasılık, **geçmişte gerçekleşmiş bir eylemin övül-**

mesinin (*"glorification"*) benzer bir eylemin gerçekleşmesinin önünü açması halidir. Yukarıda ifade edildiği gibi Birleşik Krallık'ta yürürlüğe giren 2006 Terörizm Yasasının öngördüğü suç tipi budur. Bu halde, uygulanacak ölçüt yukarıda açıklanan ölçütün aynısıdır. Bir başka deyişle geçmişteki bir eylemin övülmesi gelecekte bunun tekrarlanması yönünde tehlike doğuran bir tahrik niteliğinde değilse, salt suçun ve suçlunun övülmesi ifade özgürlüğünün sınırlandırılması için yeterli olmayacaktır.[87] Türk Ceza Kanunundaki suçu ve suçluyu övme hükmüne ilişkin olarak verilen ünlü "Sayın Öcalan" kararlarında AİHM, bu hususu net bir şekilde ortaya koymuştur.[88] Gerçekten de, geçmişi övmek suretiyle gelecekte benzer bir eylemin gerçekleşmesine neden olma yoluyla suç işleme ihtimali Sözleşme standartları içerisinde son derece düşüktür. Örneğin, İngiltere'de bu suçtan 2006-2016 Eylül arasında sadece 7 kişi yargılanmış ve 4 kişi ceza almıştır.[89]

İkinci olasılık ise geçmişte gerçekleşmiş bir eylemin mağdurlarının aşağılanması yoluyla bir zarara yol açılmasında gündeme gelmektedir. AİHM, bu kapsamdaki sınırlandırmaların meşru görülebileceğini belirtmektedir.[90] Az sayıda Avrupa ülkesinde mevcut olan terörün övülmesi (*l'apologie du terrorism*) suçunun, terörle mücadelenin sadece doğrudan tahrikle mümkün olmadığına dair iddia ile genişlemeye başladığı da görülmektedir.[91]

---

87 Bkz. örneğin İbrahim Kaypakkaya'nın övüldüğü *Öztürk/Türkiye* kararı. No. 22749/93, 28.9.1999.

88 *Yalçınkaya ve Diğerleri/Türkiye*, no. 25764/09, 1.10.2013, para. 35-36.

89 Terörizm Yasası 2000'e göre polis yetkilerinin uygulanmasını gösterir Eylül 2016 güncellemesi, veri tabloları.

90 *Yavuz ve Yaylalı/Türkiye*, no. 12606/11, 17.12.2013, para. 51; *Güler ve Uğur/Türkiye*, no. 31706/10, 2.12.2014, para. 52.

91 Önde gelen örnekler için bkz. Daphne Barak-Erez ve David Scharia (2011), "Freedom of Speech, Support for Terrorism, and the Challenge of Global Constitutional Law", 2 Harv. Nat'l Sec. J. 1, 6 vd.

Yukarıda bahsedilen Leroy/Fransa kararı, bu ikinci kategori için önemli bir vakadır. Bu davada, **AİHM yukarıda ayrıntılı şekilde açıkladığımız çok unsurlu tahrik testini uygulamamıştır.** Bask Bölgesi'nde basılan haftalık dergi Ekaitza'da çıkan bir karikatürde, Dünya Ticaret Merkezi'ne yapılan saldırı resmedilmiş ve ünlü bir markanın sloganı kullanılarak "*Hepimiz hayal ettik ... Hamas yaptı*" ifadesine yer verilmiştir. Sottiaux'un saptadığı gibi[92] Leroy kararı, şiddetle ilgili temel testin değiştiğini göstermemektedir. Mahkemeye göre, bu tip davalarda "*esas güçlük, ifade özgürlüğü gibi temel özgürlüklere aykırı hareket etmeden, terörizmin övülmesini cezalandırma imkanı*" olup olmadığının değerlendirilmesidir. Bir başka deyişle, bu davadaki soru, **söz konusu karikatürün benzer eylemlere yol açıp açmayacağı değil,** mağdurların bu çizim dolayısıyla insan onuruna aykırı bir şekilde aşağılanıp aşağılanmadığıdır.

AİHS Testinin Türk Hukukuna Yansıması

Yukarıda anlatılan AİHM içtihadı yasa koyucuyu, tüm ilgili yasa hükümlerini AİHS'le uyumlu olacak şekilde değiştirmeye sevk etmiştir. Bu değişikliklerin en önemlisi ve sonuncusu 6459 sayılı İnsan Hakları ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'dur. 3713 sayılı kanunun 7/2. maddesini değiştiren 6459 sayılı kanunun 8. maddesinin gerekçesinde; "*AİHM şiddete teşvik edici nitelikte olmayan açıklamaların ifade özgürlüğü kapsamında olduğunu belirterek, içeriğinde şiddete başvurmayı cesaretlendirici ifadeler yer almayan, ya da kişileri silahlı isyana teşvik edici nitelikte olmayan açıklamalar nedeniyle bireylerin TMK'nın 7 maddesi 2. fıkrası çerçevesinde cezalandırılmasını ifade özgürlüğüne aykırı bulmaktadır*" denilmiştir. Bu sebeple

92 Sottiaux, s. 424.

yasaya "*cebir şiddet ve ya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemleri başvurmayı teşvik edecek şekilde*" ibaresi eklenerek suçun standartlarının AİHM kararlarına uygun hale getirildiği ifade edilmiştir.

Yargıtay'ın bu değişiklik sonrasında AİHM'in "çok unsurlu tahrik" testiyle "açık ve yakın tehlike" testini beraber uyguladığı görülmektedir. Bu yeni yaklaşım, daha önceleri kolaylıkla cezayla sonuçlanan davalarda beraat kararı verilmesini zorunlu kılmaktadır.

Yargıtay'a göre "*Toplantı veya gösteri yürüyüşünde olsun veya olmasın; yazı veya sözler (atılan slogan, taşınan pankart veya giyilen üniforma) ile verilen mesajın şiddete çağrı, tahrik ve teşvik edici ya da silahlı direnişe ve isyana davet şeklinde veya insanda saldırgan duygular oluşturacak biçimde anlamsız bir nefret yaratarak şiddetin doğmasına uygun bir ortamı kışkırtacak nefret söylemi olup olmadığı değerlendirilmeli, doğrudan veya dolaylı şiddete çağrı var ise sanığın kimliği, konumu, konuşulan yer ve zamanı gibi açık ve yakın tehlike testi bakımından analize tabi tutulmalıdır.*"[93]

Bu yeni değerlendirme ölçütünün bir sonucu olarak; cebir ve şiddet unsurları içermediği için salt terör örgütünün sloganını atmak,[94] örgüt lideri lehine slogan atıp "*Askeri ve Siyasi Operasyonlar Durdurulsun*" şeklinde pankart asmak,[95] örgüt üyesi mahkumlara tecridin kaldırılmasının talep edildiği toplantıya örgütün adının yazılı olduğu kolye ile katılmak,[96] örgütün ve liderinin resmini taşıyan bayrak taşımak[97] suç olarak nitelendirilmemiştir.

AYM de AİHM kararlarını Abdullah Öcalan kararında be-

93 Yargıtay 16 CD, E. 2015/3635, K. 2015/4310, T. 23.11.2015.
94 Yargıtay 16 CD, E. 2015 / 2742, K. 2015 / 2316T. 17.07.2015.
95 Yargıtay 16 CD, E. 2015/1843, K. 2015/3918, T. 10.11.2015.
96 Yargıtay 16 CD, E. 2015/2032, K. 2015/4019, T. 5.11.2015.
97 Yargıtay 16 CD, E. 2015/5601, K. 2015/4209, T. 4.11.2015.

nimsemiş ve anayasanın 26. ve 28. maddeleri bağlamında, "*kamunun çıkarlarına ilişkin siyasi konuşmalar veya toplumsal sorunlara ilişkin tartışmaların sınırlanmasında kamusal yetki kullanan makamların çok dar bir takdir marjı olduğuna işaret*" etmiştir. Mahkeme öte yandan, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ve bu kapsamda basın özgürlüklerine içerik bakımından bir sınırlama getirilmemiş olmakla birlikte ırkçılık, nefret söylemi, savaş propagandası, şiddete teşvik ve tahrik, ayaklanmaya çağrı veya terör eylemlerini haklı göstermek gibi bu özgürlüklerin sınır bölgeleri olan alanlarda ise devlet otoritelerinin müdahalelerinde daha geniş bir takdir yetkisine sahip olduğunu belirtmiştir.[98] AYM, "*Türkiye Devleti'nin siyasi, askeri, kültürel ve ideolojik politikalarıyla varlık olarak Kürtlüğün tasfiyesini hedeflediğini iddia eden*", "terör örgütü PKK ile güvenlik güçleri arasındaki çatışmayı '*özgürlük savaşı*'" olarak tanımlayan ve "aynı zamanda Kürt sorununun karmaşık olduğunu ve süreç içerisinde PKK'nın da dönüşümler geçirdiğini" açıklayan başvuru konusu kitap ile ilgili olarak anayasanın 26. ve 28. maddelerinde güvence altına alınan düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ile basın özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.

AYM, ihlal kararı verirken, başvuru konusu kitabın "*Türkiye'nin Kürt politikası ile bilhassa güneydoğusundaki faaliyetlerini sert bir üslupla*" eleştirdiğini, "*Türkiye Cumhuriyeti Devleti ve özellikle güvenlik güçleri hakkında kötü bir tablo*" çizdiğini belirtmiştir. Fakat, buna karşın Başvurucu, "*kendi ifadesiyle 'Kürt gerçeğinin' tanınmasını ve silahlı yöntemlere başvurmak yerine Kürt sorununun çözülmesi için barışçıl yöntemlerin kullanılmasını da talep etmektedir.*" Dolayısıyla, AYM'ye göre "*söz konusu kitabın bazı bölümlerinin 'şiddet çağrısı', 'silahlı ayaklanma çağrısı' ve 'isyan çağrısı' içerip içermediğinin, bölümdeki ifadelerin 'derin ve mantıkdışı bir ki-*

98 *Abdullah Öcalan Başvurusu* [GK], B. No: 2013/409, 25.6.2014, para. 99.

ni aşılayarak şiddetin artmasına yol açacak nitelikte olup olmadığının'" bir bütün olarak birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir.[99]

AYM, başvuru konusu kitabı bir bütün olarak incelediğinde kitabın "*şiddeti övdüğü; başvurucunun kavramsallaştırmasına göre 'önümüzdeki süreçte' kişileri terör yöntemlerini benimsemeye başka bir deyişle şiddet kullanmaya, nefrete, intikam almaya veya silahlı direnişe tahrik ve teşvik ettiği yönünde*" değerlendirmemiştir.[100]

Benzer şekilde Fatih Taş başvurusu ile ilgili kararında bir şiir kitabını TMK 7/2 bakımından değerlendiren AYM, kitabın bir bütün olarak incelendiğinde, "*şiddeti övdüğü, kişileri terör yöntemlerini benimsemeye başka bir deyişle şiddet kullanmaya, nefrete, intikam almaya veya silahlı direnişe tahrik ve teşvik ettiği" sonucuna ulaşılamayacağını ifade etmiştir.* Aksine, başvurucunun yayınladığı kitaplardaki "*mahkûmiyetine dayanak yapılan şiirlerde genel olarak PKK terör örgütünün kurucusu ve yöneticisinin cezaevine kapatılmış olmasından duyulan rahatsızlık, silahlı çatışmalarda ölen kişilerin ardından duyulan hüzün şiir diliyle ve oldukça soyut bir biçimde anlatılmış; Kürdistan olarak tanımlanan coğrafyada ölen kişilerin özgürlük için öldükleri*" belirtilmiştir.[101]

AYM, Mehmet Ali Aydın başvurusu[102] ile ilgili kararında ise siyasetçi ve **Diyarbakır BDP il başkanı** olan başvurucunun yaptığı bir basın açıklamasında kullandığı sözlerden dolayı tutuklanması ve TMK'nin 7/2 maddesinden yargılanması nedeniyle ifade özgürlüğü ile kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği iddialarını değerlendirmiştir. Başvuruya konu basın açıklaması nedeniyle başvurucunun yar-

99 *Abdullah Öcalan Başvurusu*, para. 105.

100 *Abdullah Öcalan Başvurusu*, para. 108.

101 *Fatih Taş Başvurusu* [GK], B. No: 2013/1461, 12.11.2014, para.106.

102 *Mehmet Ali Aydın Başvurusu* [GK], B. No: 2013/9343, 4.6.2015.

gılanması, basın açıklamasında yer alan ve yasadışı silahlı terör örgütü PKK'nın ve onun kurucusu ve yöneticisi olan Abdullah Öcalan'ın övülmesi, terör eylemlerinin özgürlük mücadelesi olarak gösterilerek yüceltilmesi ve bu suretle terör örgütünün propagandasının yapılarak örgüte yardım edilmesi iddialarına dayanmaktadır. Mahkemeye göre, başvurucunun Diyarbakır BDP il başkanı olduğunun ve basın açıklamasında dile getirdiği konuların toplumun bir kesimini ilgilendiren toplumsal meselelerle ilgisinin göz önüne alınması gerekir. Mahkeme, PKK terör örgütünün eylemlerinin propagandasının yapılıp yapılmadığının değerlendirilmesine ilişkin olarak "*PKK terör örgütüne ve Abdullah Öcalan'a ilişkin ifadeler ile bunların ifade edildiği bağlam, konuşmacının kimliği, başvuruya konu sözlerin söylenme zamanı, amacı, hitap ettiği kişilerin kimlikleri, muhtemel etkileri ve basın açıklamasındaki diğer ifadelerin tamamı(nın) bir bütün olarak ele alınma*"sı gerektiğini belirtmiştir.[103]

AYM'ye göre, ilk derece mahkemesi, başvurucunun hangi ifadeleriyle şiddeti övdüğünü, kişileri terör yöntemlerini benimsemeye başka bir deyişle şiddet kullanmaya, nefrete, intikam almaya veya silahlı direnişe tahrik ve teşvik ettiğini göstermemiş; sadece başvurucunun sözleri ile PKK terör örgütünü ve Abdullah Öcalan'ı desteklediğine karar vermiştir. Bununla birlikte, mahkemeye göre başvurucunun konuşması bir bütün olarak incelendiğinde, "*şiddeti ve terör eylemlerini övdüğü, kişileri ve toplulukları terör yöntemlerini benimsemeye, şiddet kullanmaya tahrik ve teşvik ettiği, sözlerinde ırkçılık, nefret, intikam alma veya silahlı direniş çağrısının bulunduğu söylenemez*".[104] Aksine, mahkemeye göre başvurucu söz konusu basın açıklamasında "Kürt sorunu"nun

103 *Özgür Gündem/Türkiye*, B. No: 23144/93, 16.3.2000, para. 63; *Sürek/Türkiye*, B. No: 24762/94, 8.7.1999, para. 12, 58.

104 *Mehmet Ali Aydın Başvurusu*, para 82.

çözümünde hükümet politikalarını eleştirmesinin yanı sıra "*demokratik usuller yerine şiddete dayalı yöntemlerin benimsenmesine karşı çıkmakta, siyasi yasakların kaldırılmasını, silahlı çatışmaların durmasını ve Öcalan'ın serbest bırakılmasını talep etmektedir*".[105]

Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi'nin Genel Kurulu tarafından oybirliği ile verilen karara göre de "*kamu otoriteleri veya toplumun bir kesimi için hoş olmayan düşüncelere, şiddeti teşvik etmediği, terör eylemlerini haklı göstermediği ve nefret duygusunun oluşmasını desteklemediği sürece sınırlama getirilemez*".[106]

105 *Mehmet Ali Aydın Başvurusu*, para. 83.

106 *Mehmet Ali Aydın Başvurusu*, para. 84.

SONUÇ

Görüldüğü gibi yasal değişiklikler sonrasında, hem Yargıtay hem de AYM ağırlıklı olarak AİHM'in çok unsurlu tahrik testini benimsemişler ama özellikle Yargıtay, ABD Yüksek Mahkemesi'nin açık ve yakın tehlike ölçütüne de açıkça gönderme yapmıştır. Bu gelişmeleri dikkate alan bir kişinin 2016 Ocak ayında, BAK metninin Türkiye'de suç olarak nitelendirileceğini öngörmesi mümkün değildir. Türkiye'de gerek mevzuat gerekse yüksek yargı içtihadı uluslararası içtihatla uyumlu bir şekilde şiddetle illiyet bağı olmayan, salt kutsallara yönelik ifadelerin cezalandırılmasını hukuka aykırı bulurken, birden bire siyasi bir manevrayla bu durum hiçe sayılmıştır. Cezalandırmanın içeriğinden bağımsız olarak bu yöntemin hukuka güveni sıfıra indireceği şüphesizdir.

Bugün Türkiye'de ifade özgürlüğü ve insan hakları alanında çalışan hiç kimse BAK metninin cezalandırılmasının meşru olabileceğini ileri sürememektedir. Korku ortamının yarattığı sessizliğin ötesinde, yukarıdaki değerlendirmenin ortaya koyduğu üzere, BAK metni imzacılarının uluslararası

insan hakları hukuku ve anayasaya uygun bir şekilde yaptırıma tabi tutulmaları mümkün değildir. Bununla birlikte, Türkiye akademisinin dünyadan tamamen kopmasına yol açacak bu kadar radikal bir yanlışın önünde durmak insan hakları alanında çalışan tüm akademisyenlerin ve hukukun üstünlüğüne inanan tüm hukukçuların etik ödevidir.

Türkiye'nin güneydoğusunda silahlı çatışmanın yoğunlaşmasıyla birlikte, başta bölgede olmak üzere ülkenin her yerinde şiddetle ilişkili ifadelerin hızla hem adli hem de idari soruşturmaların konusu olduğu görülmektedir. Oysa, Türkiye'nin özellikle AİHM önünde yüzlerce kez mahkum olmasına neden olan mevzuatta esaslı değişiklik yapılmış, Türkiye yüksek yargısı da ABD Yüksek Mahkemesi ve AİHM içtihatlarında geliştirilen ölçütleri uygulayarak siyasi ifade özgürlüğüne ilişkin alanı önemli ölçüde geliştirmiştir.

Ne var ki, kriz dönemiyle birlikte siyasi iktidarın müdahalesinin de etkisiyle ulusal ve uluslararası mevzuatı hiçe sayar şekilde ülkenin her yerinde haksız ve mesnetsiz soruşturmalar açılmaya, mahkumiyetler verilmeye başlanmıştır.

İnsan hakları hukuku, dayanağını anayasa ve uluslararası insan hakları manzumesinden almaktadır. Ceza kanunlarının insan hakları hukukuna aykırı sonuçlar doğuracak şekilde yorumlanması, hiçbir koşulda kabul edilemez. Bu nedenle, yukarıda çerçevesini çizdiğimiz insan hakları standartları sadece Terörle Mücadele Kanunu ve propaganda suçu açısından değil Türk Ceza Kanunu'ndaki ilgili tüm suç tipleri açısından da geçerli olacaktır.

Çatışmaların artmış olması bu ölçütleri değil, sadece her bir somut olayda uygulanmasını değiştirebilir. Bir başka deyişle, çatışmaların artması, ifade özgürlüğünün keyfi olarak sınırlandırılabileceği anlamına gelmez, sadece koşulları varsa ifadenin somut şiddet olaylarıyla bağının kurulabilmesini mümkün kılar. Bu hususta da çok dikkatli davranmak gere-

kir. Çünkü, insan hakları ihlallerinin en yoğun işlendiği dönemler çatışma dönemleridir. Bu dönemde, hakikatin gizlenmesi için ifade özgürlüğü üzerindeki baskı artacak, bunun en kolay gerekçesi de terörizm kavramı olacaktır. Görünen odur ki, savcılıklar ve yargı mercileri olayın koşulları bakımından değerlendirmelerini değil bizzat ölçütü değiştirmekte ve tüm yasal değişiklikleri ve içtihadı hiçe sayacak şekilde 1990'lı yıllar ölçütüne geri dönmektedir. Bu gidişe güçlü bir şekilde karşı çıkmak gerekmektedir.

Türkiye'de yargının bağımsızlığına ilişkin çok ciddi yapısal sorunların açığa çıktığı bir süreçte bunu talep etmenin zorluğunun farkındayız. Bununla birlikte; hukuku, adaleti, akademik özgürlükleri ve insan haklarını savunmaktan başka bir yolumuzun olmadığı da açık.

SONUÇ DEĞERLENDİRMESİ

Geldiğimiz nokta itibarı ile bu kitapta Ocak 2016 içinde Barış İçin Akademisyenler metninin imzalanması ve yayınlanması ile başlayan ve ancak cadı avı olarak nitelendirilebilecek sürecin tüm hukuki boyutunu değerlendirdik. Bu 10 aylık süreç öncelikli olarak üniversitelerde idari soruşturmalar, görevden uzaklaştırmalar, işten çıkartmalarla başladıktan sonra yurdun dört bir yanında cumhuriyet başsavcılıklarında imzacı akademisyenler hakkında "terör propagandası" suçuna istinaden başlatılan ceza soruşturmaları ve 4 akademisyenin yargılanmasına başlanması ile devam etti. En son 15 Temmuz 2016 darbe girişimi sonrasında ise Olağanüstü Hal ilan edilmesi ve 672 sayılı KHK'nin 2., 675, 677 ve 679 sayılı KHK'lerin 1. maddelerinde yer alan "*Terör örgütlerine veya Milli Güvenlik Kurulunca Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğuna karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olan*"larm kamu hizmetinden çıkartılması hükmüne istinaden 120 imzacı akademisyenin kamu görevinden çıkartılması ile devam edildi ve bu süreç halen devam etmektedir.

Demokratik sistemlerde, hükümetlerin eylemleri, ihmal ve hatta hataları sadece yasama ve yargı organlarının değil aynı zamanda kamuoyunun da sıkı denetimi altındadır.[1] Bu denetim, hükümetlerin veya organlarının siyasi ifade özgürlüğü kapsamında sert dille eleştirilmesini de kapsar. Bu kitapta detaylı ve çok yönlü olarak değerlendirildiği üzere Barış İçin Akademisyenler metninin de terörü övdüğü, şiddete teşvik ettiği veya bir terör örgütünün propagandasını yaptığı söylenemez. Özellikle, terörle mücadelede bulunan hükümet politikalarının ve uygulamalarının olumsuz yönlerini ortaya koyan ve Güneydoğu Anadolu bölgesinde ortaya çıkan olumsuz tablonun sert dille eleştirilmesi, şiddet kullanımının ve silahlı mücadelenin teşvik edildiği anlamına gelmez.[2] Aksine, bir bütün olarak değerlendirildiğinde, metnin amacının hükümete ve organlarına Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesi ile korunan yaşam hakkıyla ilgili yükümlülüklerinin sert bir dille hatırlatılması olduğu görülecektir.

Barış İçin Akademisyenler metninin içeriğinin veya üslubunun kaba veya sert olması veya hükümeti ve Cumhurbaşkanı'nı oldukça rahatsız etmiş olması, ifade özgürlüğünün sınırlarının aşıldığı anlamına gelmez. Böyle bir metin hoşgörü ile karşılanmalı, karşılanmasa bile tahammül edilmelidir. Kaldı ki; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları çerçevesinde yapılacak olan hukuki değerlendirme bakımından esas olan Cumhurbaşkanı veya hükümet yetkililerinin tahammül sınırları değil, siyasi ifade özgürlüğü için belirlenmiş sınırlardır. Yapılan eleştiriler sert de olsa gösterilen tepki rahatsız edici de olsa bunlar şiddet kullanımına, silahlı direnişe veya ayaklanmaya teşvik etmediği ve nefret söy-

1 Bkz. *Yavuz ve Yaylalı/Türkiye*, no. 12606/11, 17.12.2013, para 52.

2 Bkz. *Kalın/Türkiye*, no. 31236/96, 10.11.2004, *Özkaya/Türkiye*, no. 42119/98, 30.11.2004.

lemi oluşturmadığı sürece mahkeme tarafından ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilecektir.[3] Aksi düşünülemez.

Fakat, içinde bulunduğumuz dönemde ifade ve söylemlerle ilgili binlerce ceza soruşturması ve yargılaması, gazete, dergi, televizyon ve radyo kanallarının kapatılması, yayın öncesi yasaklar, sırf karşı tarafa zarar verme amacıyla açılan hukuk davaları, kanuni cevap hakkının kötüye kullanılması, internet içeriğinin zorla kaldırılması, internet sitelerinin ve sosyal medya platformlarının erişime engellenmesi, medya sahiplerine ve şirketlerine yönelik idari yaptırımlar ve vergi soruşturmaları ve bu şirketlerin hükümeti ve hükümet politikalarını eleştiren gazetecileri işten çıkarmaya zorlanması gibi Adalet ve Kalkınma Partisi hükümetinin yakın tarihte imza attığı birçok hukuka aykırı işleme "Bu suça ortak olmayacağız" metnini imzalayan akademisyenlerin zulme maruz kalması da eklenmiştir. Aslında amaç muhalif görüşlü herkesi susturmaktır ve tüm bu yapılanların toplumun genelinde çok ciddi bir susturucu etki yarattığı da şüphesizdir.

Bu kitap ve çalışma "Bu suça ortak olmayacağız" derken hukuka aykırı idari soruşturmalara maruz kalan, görevlerinden uzaklaştırılan, aylardır savcılıklar tarafından soruşturulan ve 15 Temmuz 2016 sonrasında hiçbir yargılama yapılmadan kamu görevinden çıkartılan imzacı akademisyenlere atfedilmiştir.

3 *Savgın/Türkiye*, no. 13304/03, § 45, 02.02.2010 ve *Gerger/Türkiye* [BD], no. 24919/94, 8.07.1999, para. 50.



"Barış İçin Akademisyenler" girişimi adına, "Kürt sorununda barışçı çözüm" talebiyle yayımlanan "Bu suça ortak olmayacağız" başlıklı bildiri, Türkiye tarihinde akademi üzerindeki belki en kapsamlı baskı uygulamasına vesile oldu. Cumhurbaşkanı Erdoğan'ın şiddetli suçlamalarla yetkilileri göreve çağırması üzerine, çok sayıda akademisyen soruşturmaya uğradı, işinden atıldı. 11 Ocak 2016'da yayımlanan bildirinin üzerinden bir yıl geçtikten sonra, takibat, cezalandırma ve göreve son vermeler hâlâ sürmekteydi.

Bildiriye imza atan üniversite mensubu sayısının 2.212 gibi hiç küçümsenmeyecek bir rakam olması, bu baskıların akademide geniş bir kesimi doğrudan etkilediğini ortaya koyar. Aşikâr dolaylı etki ise akademik özgürlüğün ve düşünce özgürlüğünün ezilmesi olmuştur.

İnsan hakları ve düşünce özgürlüğü alanındaki ön açıcı çalışmalarıyla bilinen Kerem Altıparmak ve Yaman Akdeniz, bu soruşturma ve suçlandırmaların hukukî açıdan sorgulamasını yapıyorlar. Son derece geniş bir sorgulama bu: Süreci sadece genel hukuk ilkeleri bakımından değil, mevcut yasalar ve disiplin yönetmelikleri bakımından da inceliyorlar. Vardıkları sonuç, söz konusu bildiriyi imzalamış akademisyenlere dönük disiplin ve ceza uygulamalarının her bakımdan hukuksuz olduğudur.

THG
0521758
GDY

iletişim

ISBN 13: 978-975-05-2144-7
9 789750 521447