**ANKARA BÖLGE İDARE MAHKMESİ BAŞKANLIĞI’ NA**

**Sunulmak Üzere**

**ANKARA (20). İDARE MAHKEMESİ BAŞKANLIĞI’ NA**

**ESAS  NO         : 2018/ …**

**KARAR NO        : 2018/ …**

**KARAR TARİHİ    : … /…/ 2018**

**İSTİNAF YOLUNA BAŞVURAN**

**DAVACI        :** …….. (T.C: …….)

**ADRESİ        : ….**

**DAVALI/LAR    :** .............

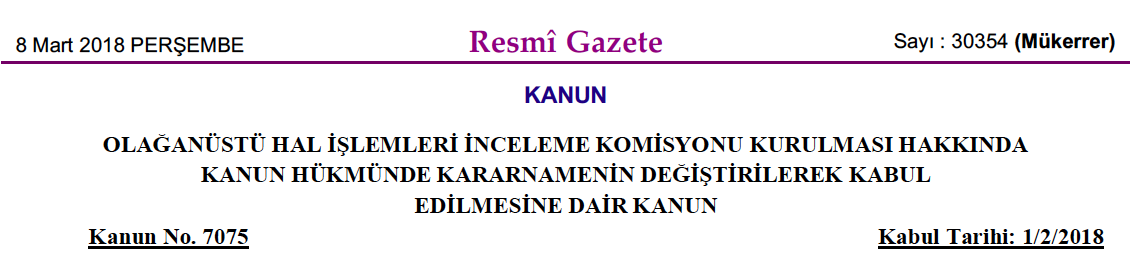
**KONU        :** Ankara (20). İdare Mahkemesi’nin 2018 /… Esas, …/…/ 2018 tarih ve 2018/… Karar Sayılı Davanın Reddi kararının incelenerek KALDIRILMASINA ve … sayılı KHK ile meslekten çıkartılmaya dair işleme ilişkin OHAL Komisyonu’na yapılan başvurunun REDDİ kararının İPTALİNE karar verilmesi talebidir.

**TEBLİĞ TARİHİ    :**  00/ 00 /2016  ( İdare Mah. Kararının Tebliğ Tarihi )

**AÇIKLAMALAR    :** Aşağıda açıklanan nedenlerle istinafa konu idare mahkemesi kararı birçok açıdan hukuka ve maddi gerçeklere aykırıdır. Aşağıda öncelikle kararda yer verilen değerlendirmeler ve gerekçe özet olarak belirtilerek hukuka ve maddi gerçeklere aykırılık hususları açıklanacak, daha sonra da kararın kaldırılıp idari işlemin iptalini gerektiren maddi ve hukuki gerekçelere yer verilecektir.

1. **İstinafa Konu İdare Mahkemesi Kararındaki Değerlendirmeler ve Gerekçe Hususundaki Cevaplarımız**
2. **“*Dava Konusu Uyuşmazlığa İlişkin Mevzuat*” ve Somut Olaya Uygulanması Gereken Yasal Hükümler ve Yargı İçtihatları**
3. **Anayasanın OHAL’e İlişkin Hükümleri (AY m. 15 ve 121)**
4. İdare Mahkemesi kararının ilk bölümünde belirtilen yasal dayanaklar arasında Anayasanın OHAL Hukukuna dair 15 ve 121. Maddeleri bulunmaktadır. Anayasanın 15 ve 121. maddeleri uyarınca OHAL döneminde sadece OHAL’in gerektirdiği ölçüde (AY m. 15), OHAL’e neden olan konularla ve **OHAL süresiyle sınırlı** geçici tedbirler alınabilir (AY m. 121). AİHS’ye göre de OHAL ve benzeri dönemlerde sadece durumun kesinlikle gerektirdiği türden geçici tedbirler alınabilir (AİHS m. 15). Danıştay, 12 Eylül Darbesi sonrası ilan edilen sıkıyönetim döneminde, 1402 sayılı Kanunla öğretim üyeliklerine son verilen akademisyenlere uygulanan tedbirin geçici nitelikte olduğunu, Sıkıyönetim sona erdikten sonra uygulamasının devam ettirilemeyeceğini kararlaştırmış ve 1402 sayılı Kanun ile üniversitelerden uzaklaştırılan öğretim üyelerinin mesleklerine iadesine karar vermiştir. Davacı OHAL döneminde alınan tedbirler çerçevesinde kamu görevinden çıkarılmıştır. 19 Temmuz 2018 tarihinde OHAL uygulamasına son verilmiş olup, davacıya uygulanan kamu görevinden çıkarma işleminin Anayasal dayanağı kalmamıştır. OHAL’e son verildiği için, OHAL süresiyle sınırlı olarak alınabilecek bir tedbir olan kamu görevinden çıkarma işleminin dayanağı KHK ve dava konusu OHAL Komisyonu kararının iptali gerekirken, davanın reddi yönünde verilen idare mahkemesi kararı Anayasanın 15. ve 121. Maddeleri ile AİHS’nin 15. maddesine aykırıdır. Anayasa, AİHS ve Danıştay’ın belirtilen içtihadına aykırı olan idare mahkemesi kararı kaldırılmalı ve söz konusu idari işlem iptal edilmelidir.
5. Ayrıca, Anayasa Mahkemesinin iki üyesinin üyelikten çıkarılmasına ilişkin 04.08.2016 tarihli kararında belirttiği gibi, OHAL döneminde kamu görevinden çıkarma işlemi, “***geçici olmayan ve nihai sonuç doğuran tedbirdir***” (§ 79). Benzer kararlar Danıştay tarafından da 04.10.2016 tarihinde verilmiştir. Oysa Anayasa m. 15 ve 121 ile AİHS m. 15’e göre OHAL döneminde sadece durumun kesinlikle gerektirdiği türden (ölçülü) geçici tedbirler kararlaştırılabilir (ayrıca bkz. 1991/20 sayılı AYM kararı). Somut olayda, ölünceye kadar süreceği için geçici nitelikte olmayan kamu görevinden çıkarma işlemi, darbe girişimiyle ilişkisi olmayan kamu görevlileri açısından “*durumun kesinlikle gerektirdiği türden bir tedbir olmayıp*” Anayasanın 15. ve 121. maddeleri ile AİHS’nin 15. maddesine aykırıdır. Anayasa ve AİHS’nin belirtilen hükümlerine aykırı olduğu için iptali gerekirken, kamu görevinden KHK ile çıkarma işlemine dair davanın idare mahkemesince reddedilmesi hukuka aykırı olup kaldırılmalı ve dava konusu işlemin iptaline karar verilmelidir.
6. Bu husus dava dilekçesinde açıkça ileri sürülmesine ve davanın sonucunu esastan etkileyecek bir argüman olmasına rağmen, ilk derece mahkemesi kararında hiçbir şekilde incelenmeden dava reddedildiği için ***gerekçeli karar hakkı da ihlal edilmiş*** olup, bu nedenle de ilk derece mahkemesi kararı kaldırılmalı ve işlem iptal edilmelidir.
7. Anayasanın 15. maddesine göre, ***masumiyet karinesinden yararlanma hakkı***, OHAL döneminde dahi ihlal edilemeyecek türden bir haktır. Oysa davacının kamu görevinden çıkarılmasına ilişkin OHAL KHK’sı ile davacı yargılanmadan terör örgütü üyesi olmakla suçlanmış, mahkûm edilmiş ve cezalandırılmıştır. Eş ifade ile davacının kamu görevinden çıkarılmasına dayanak yapılan OHAL KHK’sı, masumiyet karinesini açıkça ihlal etmiştir. Oysa *jus cogens* niteliğindeki hukukun bu temel ilkesi OHAL döneminde dahi ihlali mümkün olmayan mutlak haklardandır. Kamu görevinden çıkarılma işlemine dayanak oluşturan OHAL KHK’sı, masumiyet karinesini açıkça ihlal ettiği için, söz konusu KHK Anayasanın 15. maddesine (dolayısıyla OHAL Hukukuna) aykırıdır. İşlemin kaynağı olan KHK Anayasanın 15. maddesine aykırı olduğu için kamu görevinden çıkarma işlemi de Anayasaya aykırıdır. Anayasaya aykırı olduğu için dava konusu işlem ve OHAL Komisyonu kararı iptal edilmesi gerekirken, idare mahkemesince dava reddedilmiş olup, Anayasaya aykırı istinafa konu karar kaldırılmalı ve işlem iptal edilmelidir.
8. Bu husus dava dilekçesinde açıkça ileri sürülmesine ve davanın sonucunu esastan etkileyecek bir argüman olmasına rağmen, ilk derece mahkemesi kararında hiçbir şekilde incelenmeden dava reddedildiği için gerekçeli karar hakkı da ihlal edilmiş olup, bu nedenle de ilk derece mahkemesi kararı kaldırılmalı ve işlem iptal edilmelidir.
9. Anayasanın 121. maddesi ve TBMM İçtüzüğünün 128. maddesine göre, OHAL döneminde çıkarılan kanun hükmünde kararnameler Resmî Gazetede yayınlandıkları gün TBMM’nin onayına sunulmalı ve **30 gün içerisinde TBMM tarafından onanmalıdır**. Oysa OHAL KHK’ların hiçbiri Parlamento tarafından süresinde onanmamış olup, tüm KHK’lar Anayasanın açıkça öngördüğü şekil şartlarına riayet edilmeden uygulanmıştır. Venedik Komisyonunun KHK’lar konusundaki raporunda ifade edildiği gibi, Anayasa ve Meclis İçtüzüğünün açık hükümlerine aykırı olarak süresinde onaylanmayan KHK’lar yok hükmünde olup, kamu görevinden çıkarma işlemine hukuki dayanak olamazlar. İlgili KHK’nın Resmî Gazetede yayınlandığı tarihten itibaren (Meclis tarafından onaylanmadan) 30 gün geçmekle, davacı hakkındaki kamu görevinden çıkarma işleminin hukuki hiçbir dayanağı kalmamıştır. Hukuki dayanağı bulunmadığı için söz konusu işlemin ve OHAL Komisyonu kararının iptal edilmesi gerekirken, açılan davanın reddedilmesi hukuka aykırı olup, idare mahkemesi kararı kaldırılmalı ve istinafa konu işlem iptal edilmelidir.
10. Bu husus da dava dilekçesinde açıkça ileri sürülmesine ve davanın sonucunu esastan etkileyecek bir argüman olmasına rağmen, ilk derece mahkemesi kararında hiçbir şekilde incelenmeden dava reddedildiği için gerekçeli karar hakkı da ihlal edilmiş olup, bu nedenle de ilk derece mahkemesi kararı kaldırılmalı ve işlem iptal edilmelidir.
11. **Anayasanın 6 § 3, 9, 15 ve 38 § 4 Hükümleri ve Fonksiyon Gaspı**
12. AİHM, bir kamu görevlisinin **uzunca bir süre bazı meslekleri** icra etmekten men edilmesini ceza hukuku anlamında bir ceza olarak nitelendirmiş ve bu türden bir cezaya AİHS’nin 6. maddesindeki tüm güvencelerin uygulanacağına hükmetmiştir (*Matyjek v. Poland*, No. 38184/03, 24 Nisan 2007, § 53). Somut olayda ölünceye kadar sürecek olan (sadece “*uzunca bir süre*” değil) ve kamu görevi kapsamındaki tüm meslekleri (sadece “*bazı meslekleri*” değil) icra edememe cezası verilmiş olup, ayrıca 691 sayılı KHK’nın 6, 9 ve 10. Maddeleri ile noterlik, arabuluculuk ve bilirkişilik gibi serbest meslekleri icra etme de yasaklanmıştır. Hukuk fakültesi mezunlarının avukatlık ve benzeri serbest meslekleri icra etmeleri dahi yasaklanmıştır. Suçlamanın niteliği ve cezanın ağırlığı dikkate alındığında, OHAL döneminde uygulanan kamu görevinden çıkarma cezası “ceza hukuku anlamında bir ceza” olup (ayrıca bkz. *Engel and others v. Netherlands*; *Öztürk v. Germany*), bu tür cezalara ceza hukukuna dair tüm güvencelere (AİHS m. 6 §§ 1, 2, 3) saygı gösterilmek kaydıyla hükmedilebilir.
13. Anayasanın 15. maddesine göre OHAL durumunda dahi masumiyet karinesinden yararlanma hakkı askıya alınamaz; yasal düzenleme ve KHK’larla kişiler ya da kişi grupları suçlu ilan edilemeyeceği gibi mahkûm da edilemez. Aksi uygulama fonksiyon gaspına yol açar. Anayasaya göre, “*Hiçbir kimse veya organ kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisi kullanamaz*.” (AY m. 6 § 3). Masumiyet karinesinin gerekleri dikkate alındığında, kişileri suçlu gösterme veya mahkûm etme, sadece bir yargısal işlevdir. “*Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır*.” (AY m. 9). Dolayısıyla yürütme veya yasama organının yargılama ve kişileri suçlu ilan edip cezalandırma yetkisi yoktur. Kişi ya da kişi grupları, MGK, Bakanlar Kurulu veya Yasama organı kararlarıyla suçlu ilan edilemez; mahkûm olmuş gibi gösterilip cezalandırılamaz.
14. Davacının kamu görevinden çıkarılmasına dayanak yapılan KHK’ya göre, “***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*** (ekte yer alan listelerde ismi geçen kamu görevlileri) ***başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın kamu görevinden çıkarılmıştır****.*” KHK’nın ekindeki listelerde davacının ismine yer verilerek, kendisinin bir terör örgütüne üye olduğu şüpheye yer vermeyecek şekilde hükmedilmiş, **yürütme organı** kararıyla yargılanmadan suçlu ilan edilmiş ve cezalandırılmıştır. Ayrıca, bahse konu KHK hükümleri bir süre sonra Yasama organı tarafından aynen yasalaştırılarak, davacı yasama organınca da yargılanmadan suçlu ilan edilmiş ve cezalandırılmıştır. Hiçbir yargılama yapılmadan, davacı yasama ve yürütme organlarınca bir terör örgütüne üye olmakla suçlu bulunmuş, cezalandırılmış ve (OHAL durumunda dahi yasaklanmış olmasına rağmen) masumiyet karinesi açıkça ihlal edilmiştir (AY m. 15 § 2). OHAL döneminde dahi sadece Anayasanın 15. Maddesindeki ilkelere uygun olmak kaydıyla KHK çıkarılabilir. İdarenin, yürütme veya yasama organının bir işlemi ile kişilere ceza hukuku anlamında ceza verilemez. **Yürütme ve yasama organlarının** kişileri yargılama, suçlu ilan etme ve cezalandırma yetkisi bulunmayıp, somut olayda bu iki devlet organı başvurucuyu suçlu ilan edip cezalandırdığı için Anayasanın emredici hükümlerine (AY m. 15, 38 § 4, 6 § 3 ve 9) aykırı olarak karar almışlardır. Anayasadan almadıkları bir devlet yetkisi kullanmışlar (AY m. 6 § 3), fonksiyon gaspı yaparak davacıyı yargılamadan suçlayıp cezalandırmışlardır. Dava konusu işlem Anayasaya açıkça aykırı olup, iptali gerekirken, idare mahkemesi iptal davasını reddederek Anayasaya aykırı bir karar vermiştir. Belirtilen nedenlerle de Anayasanın emredici hükümlerine aykırı olan idare mahkemesi kararı kaldırılmalı ve istinafa konu işlem iptal edilmelidir.
15. Bu husus da dava dilekçesinde açıkça ileri sürülmesine ve davanın sonucunu esastan etkileyecek bir argüman olmasına rağmen, ilk derece mahkemesi kararında hiçbir şekilde incelenmeden dava reddedildiği için gerekçeli karar hakkı da ihlal edilmiş olup, bu nedenle de ilk derece mahkemesi kararı kaldırılmalı ve işlem iptal edilmelidir.
16. **Anayasanın 2, 11, 138 ve 141. Maddeleri**
17. Anayasanın 11. Maddesine göre, “*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.*” Bu hükümden anlaşılacağı gibi, TBMM, Bakanlar Kurulu, MGK, OHAL Komisyonu ve idare mahkemeleri Anayasanın bağlayıcı hükümlerini dikkate alarak karar vermek zorundadırlar. Somut olayda, başvuru ve dava dilekçesinde (bir kısmı yukarıda belirtilen) Anayasaya aykırılıklar açıkça belirtilmesine rağmen ne OHAL Komisyonu ne de idare mahkemesi, kararlarında bu argümanları hiçbir şekilde belirtme, inceleme ve cevap verme ihtiyacı dahi duymadan, başvuruyu ve davayı reddetmişler, Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığını dikkate almamışlardır. Oysa bahse konu tüm Anayasaya aykırılıklar davanın sonucunu esastan etkileme potansiyeli taşıdıkları için incelenmeği ve cevap vermeği gerektiren hususlardır. Adil yargılanma hakkının (AİHS m. 6) bir unsuru olan gerekçeli karar hakkı bunu emreder. AİHM’ye göre, gerekçeli karar hakkının gereği olarak, mahkemeler “*davanın sonucunu esastan etkileyecek olan ve dava dilekçesine açıkça ileri sürülen her türlü talep ve iddiayı kararda belirtip inceleyerek cevap verme yükümlülüğü altındadırlar*” (bkz. *Van De Hurk v. The Netherlands; Ruiz Torija v. Spain; Hiro Balani v. Spain; Higgins and others v. France*). AİHM, insan hakları ihlallerine ilişkin iddialar söz konusu olduğunda ise, ulusal mahkemelerin bu iddiaları tek tek titizlikle inceleyip gerekçeli şekilde karara bağlaması gerektiğine hükmetmiştir (*Jean-Louis Magnin v. France*). Anayasanın 141 § 3 hükmüne göre de “*Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır*.”
18. Anayasanın 138. Maddesine göre, “*Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler*.” Bu madde uyarınca, idare mahkemesi Anayasal hükümleri ve yasaları dikkate alarak karar vermesi gerekirken, MGK’nın 2014 yılından itibaren aldığı kararlara dayanarak davayı reddetmiştir. İdare mahkemesi, “*hiçbir bağlayıcı olmayan, muhatabı sadece Bakanlar Kurulu olan* (MGK kararlarının muhatabı toplum, kişiler ve kamu görevlileri değildir.), *tavsiye niteliğinde olan* (AY m. 118 § 3) *ve ‘gizli’ oldukları için yasal hiçbir niteliği olmayan MGK kararlarına*” dayanarak davayı reddettiği için, Anayasanın 138. Maddesine de açıkça aykırı olarak karar vermiştir.
19. Hiç kimse, içeriğini bilmediği MGK kararlarına uymadığı için suçlanamaz ve cezalandırılamaz. Hukuk devleti ilkesinin gereği olarak, yasalar “erişilebilir (ilan edilmiş) ve uygulaması öngörülebilir” olmak zorundadır; “gizli” olan MGK kararlarının yasal hiçbir niteliği olmadığı için MGK kararlarına dayanılarak suçlama yapılamaz ve kişiler ceza hukuku anlamında yaptırımlara tabi tutulamaz. Bir hukuk devletinde kişilere yönelik yükümlülükler, sadece **Resmî Gazetede** ilan edilmiş Anayasa, yasa, kanun hükmünde kararname, tüzük ve yönetmeliklerle öngörülebilir. Resmî Gazetede ilan dahi edilmemiş MGK kararlarının hukuki hiçbir bağlayıcılığı olmayıp, muhatabı da davacı değildir; muhatap Bakanlar Kurulu’dur (AY m. 118 § 3). Bireylerin ne yaparlarsa hangi sonuçla karışılacaklarını önceden bildikleri veya en azından öngörebildikleri sisteme Hukuk Devleti denir. Bu nedenledir ki, bağlayıcı (mahkemeler önünde hukuki etki doğuran) hukuk normlarının tamamı, Resmî Gazetede ilan edildikten sonra yürürlüğe girer ve kişiler açısından yükümlülük doğurur. “Gizli” olan MGK kararları hukukun kaynakları arasında dahi yoktur; mahkemeler sadece bağlayıcı hukuk normlarına dayanarak davacıyı “sadakat yükümlülüğünü ihlal etmekle” suçlayabilir; Anayasanın 138. Maddesini yok sayarak karar veremez. Hukuk devleti ilkesi, Anayasanın değiştirilmesi dahi teklif edilemeyecek en temel ilkeleri arasındadır (AY m. 2). Somut olayda, idare mahkemesi kararından anlaşıldığına göre, davacı 2014 yılından sonra alınan MGK kararlarına uygun hareket etmediği için ceza hukuku anlamında bir cezaya maruz bırakılmış ve “gizli” nitelikli, “erişilebilir ve öngörülebilir olmayan”, tavsiye niteliğindeki MGK kararları davanın reddine dayanak yapılmıştır. Anayasanın 2, 11, 138 ve 141. Maddelerine aykırı olarak dava reddedildiği için, idare mahkemesi kararı Anayasaya aykırı olup, kaldırılması ve dava konusu işlemin iptali gerekir.
20. Ayrıca, Anayasa ve yasalara değil de, MGK kararlarına dayanarak, MGK’nın kararlarını esas alarak karar veren veya MGK kararlarını uygulayan bir mahkeme zaten bağımsızlığını kaybetmiştir. Yürütme erki içerisindeki bir organın (buna Bakanlar Kurulu da dahildir.) aldığı ve ceza hukuku anlamında mahkûmiyet anlamına gelen bir kararı (terör örgütü ilan etme) aynen uygulayan bir mahkeme, yürütme erkinin aldığı kararları uygulayan bir organ pozisyonuna düşer; bu pozisyona düşen bir organın bağımsızlığından bahsetmek imkânsızdır. Bağımsız olmayan bir mahkemenin verdiği karar kaldırılmalı ve istinafa konu karar iptal edilmelidir.

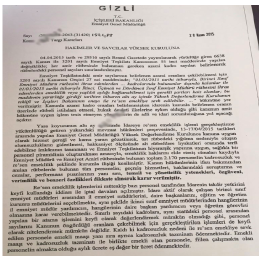
1. **Anayasanın 13, 70, 129 ve 130. Maddeleri**
2. Anayasanın 13. Maddesine göre, “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, … ölçülülük ilkesine aykırı olamaz*”.
3. Anayasanın 70. Maddesine göre, “*Her Türk kamu hizmetine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği niteliklerden başka hiçbir ayrım gözetilemez.*”
4. Anayasanın 129 §§ 1, 2 hükümlerine göre, “*Memurlar ve diğer kamu görevlileri Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlüdür. Memurlar ve diğer kamu görevlileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları mensuplarına savunma hakkı tanınmadıkça disiplin cezası verilemez*.”.
5. Anayasanın 130 § 7 hükmüne göre de “*Üniversite yönetim ve denetim organları ile öğretim elemanları; Yüksek Öğretim Kurulunun veya üniversitelerin yetkili organlarının dışında kalan makamlarca her ne surette olursa olsun görevlerinden uzaklaştırılamazlar.*”
6. Kamu görevine girme ve kamu görevinde çalışma Anayasal bir haktır (AY m. 70). Bu temel hak, “*hakkın özüne dokunulmaması kaydıyla*” sınırlandırılabilir ve bu sınırlandırma “*ölçülü*” olmak zorundadır (AY m. 13). Bir kamu görevlisinin, ömrü boyunca bir daha kamu görevinde çalışamama cezasına çarptırılması, Anayasanın 70. Maddesinde tanınan hakkı tamamen ortadan kaldırmıştır. Eş ifade ile, hakkın özüne dokunmuştur. Anayasanın tanıdığı bir hakkı tamamen ortadan kaldıran bir cezanın “ölçülü” olduğu iddia dahi edilemez. Bu nedenlerle, somut olayda davacıya uygulanan ceza, Anayasanın 13 ve 70. Maddelerine de açıkça aykırıdır. Bu hususlar dava dilekçesinde açıkça belirtilmesine rağmen, idare mahkemesi bahse konu Anayasaya aykırılıkları kararında belirtme gereği dahi duymadan davayı reddettiği için, karar Anayasaya aykırı olup, kaldırılması ve Anayasal bir hakkı tamamen yok eden ve ölçüsüz olan işlemin iptali gerekir.
7. **Anayasanın 37, 138 ve 142. Maddeleri**
8. **23 Ocak 2017** tarih ve 685 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin (KHK) 11 § 1 hükmü ile şu düzenleme getirilmiştir: “*Komisyon kararlarına karşı Hâkimler ve Savcılar Kurulunca belirlenecek Ankara idare mahkemelerinde ilgilinin en son görev yaptığı kurum veya kuruluş aleyhine iptal davası açılabilir. Bu davalarda ayrıca Başbakanlığa ve Komisyona husumet yöneltilemez*.”
9. 685 sayılı KHK’nın yukarıda belirtilen hükmü 1 Şubat 2018 tarih ve 7075 sayılı “*Olağanüstü Hal İşlemleri İnceleme Komisyonu Kurulması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanunun*” 11. Maddesi ile aynen kabul edilmiştir. 1 Şubat 2018 tarih ve 7075 sayılı Kanun **8 Mart 2018 tarihli Resmî Gazetede** yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.



1. Oysa Hakimler Savcılar Kurulu (HSK), 7075 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten 3 aydan fazla bir süre önce, **28 Kasım 2017** tarih ve 1651 sayılı Kararı ile yeni idare mahkemeleri kurarak, bu mahkemeleri OHAL Komisyonu kararlarına karşı açılacak iptal davaları için yetkilendirmiş ve başkan atamıştır.



1. Anlaşılacağı gibi, HSK, 685 sayılı KHK hükümleri TBMM tarafından 7075 sayılı Kanun ile yasalaşmadan 3 ay 10 gün önce, 28 Kasım 2017 tarihinde, 685 sayılı KHK’nın 11. Maddesine dayanarak Ankara’da yeni idare mahkemeleri kurmuş ve bu mahkemeleri OHAL Komisyonu kararlarına karşı açılacak iptal davalarına bakmakla yetkilendirmiştir.
2. Anayasanın 142. Maddesine göre, “*Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri* ***kanunla*** *düzenlenir*.” Davacının davasını inceleyen ve karara bağlayan Ankara İdare Mahkemesi “*kanunla önceden kurulmuş mahkeme ilkesine*” açıkça aykırı olarak, bir KHK hükmüne dayanılarak kurulup yetkilendirildiği için hem Anayasanın 142. Maddesine hem de AİHS’nin 6. Maddesinin koruduğu adil yargılama hakkına açıkça aykırı olarak kurulmuştur. Oysa AİHS’nin 6. Maddesi anlamında adil yargılanma hakkının olmazsa olmaz unsurlarından biri de “*kanunla önceden kurulmuş mahkeme*” önünde yargılanma hakkıdır (*D.N. v. Switzerland* [GC]; *Coeme and others v. Belgium*).
3. Ayrıca, 685 sayılı KHK ve 7075 sayılı Kanunun 11. Maddeleri, OHAL Komisyonu kararlarına karşı açılacak iptal davalarının HSK’nın belirleyeceği **(kuracağı değil)** Ankara idare mahkemelerinde görüleceği öngörülmüştür. Oysa somut olayda, HSK, uyuşmazlık doğduktan sonra yeni mahkemeler kurmuş ve bu mahkemeleri yetkilendirmiştir. Anayasanın 37. Maddesine göre, “*Hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Bir kimseyi kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarma sonucunu doğuran yargı yetkisine sahip olağanüstü merciler kurulamaz*.” Yeni mahkemeler kurup bu mahkemelere yeni üyeler atayarak “*kanunen tabi olunan mahkemeden başka mahkemeler önüne çıkarma*” sonucunu doğuran bu durum *doğal hâkim ilkesini* de ihlal etmiştir.
4. Anayasanın 138. Maddesine göre, “*Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar. … Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz.*”
5. 20.11.2015 tarihinde, “İçişleri Bakanlığı, “Gizli” ibareli bir yazıyı (*Sayı: … -2043.(31420) 152488 – Konu: Yargı kararları*) HSYK’ya göndererek, bakanlık aleyhine karar veren 78 idare mahkemesinde görev yapan hâkimler hakkında işlem yapılmasını istemiştir.



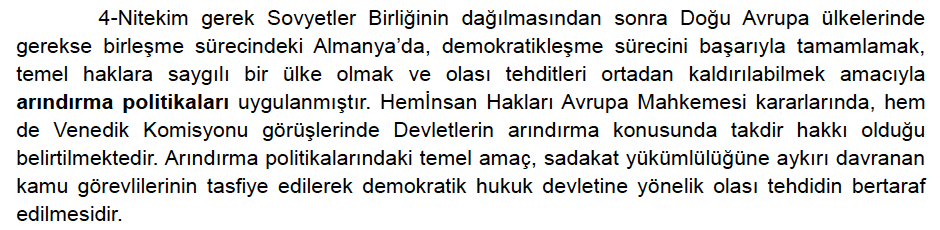
Bu yazı üzerine, HSYK 3. Dairesi söz konusu hâkimler hakkında inceleme kararı almış, 2. Daire ise bu hâkimlerden terfi sırası gelen 12 hâkimin terfi işlemini durdurmuştur. Benzer talepler Diyarbakır, Sakarya ve Siirt Valilikleri tarafından da yapılmış olup, bahse konu valilikler, kendileri aleyhine karar veren mahkemeleri ve kararlarını HSYK’ya göndererek işlem yapılmasını talep etmiştir. Bu örnekler izole birer örnek olmayıp, Anayasanın 138. Maddesinde korunan ve bir “mahkemenin” olmazsa olmaz nitelikleri arasında olan “bağımsızlık ilkesine” aykırıdır.

1. Somut olayda, kanunla önceden kurulmuş, doğal hâkim ve bağımsızlık niteliklerinin gereklerini karşılamayan bir mahkeme tarafından dava reddedildiği için, Anayasanın 37, 138 ve 142. Maddelerine aykırı olarak verilen idare mahkemesi kararı kaldırılmalı ve yeniden yargılama yapılarak istinafa konu işlemin iptaline karar verilmelidir.
2. **“*Olaylar ve Olgular*” Başlığı Altında Belirtilenler Konusundaki Görüşlerimiz**
3. “Olaylar ve Olgular” kısmında hukuki uyuşmazlığın doğuşu, nedenleri ve davanın seyri özetlenmiş olup, bu kısımda belirtildiği gibi, davacı, bir KHK ile “terör örgütü üyesi” ilan edilerek, başkaca hiçbir işleme gerek kalmaksızın (savunması alınıp, hukuk devleti ilkesinin gerektirdiği gibi, önceden öngörülmüş yasalardaki güvencelere uygun olarak olağan disiplin süreci işletilmeksizin), doğrudan kamu görevinden ihraç edilmiştir. Bu ihraca dayanak olarak, sadece “terör örgütü üyeliği” gösterilmiş olup, idarenin iddia ettiği gibi, “Anayasada düzenlenen sadakat yükümlüğünü ihlal” gerekçesi hiçbir karar ya da KHK’da belirtilmemiştir. Davacı kısaca, “terör örgütü üyesi” olduğu gerekçesiyle, bir KHK ile kamu görevinden doğrudan çıkarılmıştır.
4. **“Değerlendirme” Başlığı Altında Belirtilenler Hususundaki Görüşlerimiz**
5. **“*FETÖ/PDY Örgütünün Niteliğine İlişkin Genel Değerlendirme*” Başlığı Altında Belirtilenler Hususundaki Görüşlerimiz**
6. İdare mahkemesi bu başlık altında ilk paragrafta, Anayasa Mahkemesinin *Aydın Yavuz ve diğerleri* kararına atıf yaparak şu değerlendirmede bulunmuştur: “*Kamu makamları, soruşturma mercileri ve yargı organları -olgusal temellere dayanarak- (15 Temmuz darbe) teşebbüsünün arkasında Türkiye’de çok uzun yıllardır faaliyetlerine devam eden ve son yıllarda Fetullahçı Terör Örgütü (FETÖ) ve/veya Paralel Devlet Yapılanması (PDY) olarak isimlendirilen bir yapılanmanın olduğunu değerlendirmişlerdir* (*Anayasa Mahkemesi kararı – Aydın Yavuz ve diğerleri [GK], B. No:2016/22169, 20/6/2017, §§ 12-25*)*.*”
7. İlk olarak, darbe girişimi bir suç olup, bu suçun gerçek aktörünün (instigator, organizatör) kim olduğu ancak adil yargılanma hakkının tüm gereklerine uygun bir ceza yargılaması sonucu ortaya konabilir. Kamu makamlarının veya soruşturma mercilerinin bu konudaki değerlendirmeleri sadece bir “iddiadan” ibarettir.  *Aydın Yavuz ve diğerleri* kararı 20/6/2017 tarihinde verilmiş olup, bu tarihten önce darbe girişimini kimlerin organize ve orkestra ettiği hususunda verilmiş ve kesinleşmiş bir yargı kararı da yoktur. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesinin söz konusu gerekçesi maddi gerçeklikle uyuşmamaktadır. Anayasa Mahkemesi sadece kesin hükme dönüşmüş mahkeme kararlarına dayanırsa, gerekçesi hukuken geçerli olur. Aksi durumda, kararında dayandığı hususlar sadece birer iddiadan ibaret kalır. Anayasa Mahkemesinin, bir uyuşmazlık konusunda, çekişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerine uygun, kamuya açık duruşmalı yargılama yaparak karar vermesi durumunda, bu türden bir kararı “yargı kararı” olarak değerlendirilebilir. Anayasa Mahkemesinin ceza yargılaması yapma yetkisi olmadığı gibi, yukarıdaki değerlendirmesi çekişmeli yargılama ve silahların eşitliği gibi, bir yargılamanın temel ilkelerine saygı gösterilmeden kararda yazılmış iddialar olup, hukuken herhangi bir geçerliliği yoktur. Anayasa Mahkemesinin henüz kesinleşmemiş iddialara, çekişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkeleri gibi temel yargısal güvencelere uymadan kararında yer vermesi, söz konusu kararı (iddiaları) bir yargı kararı yapmaz. Dolayısıyla, idare mahkemesinin referans yaptığı *Aydın Yavuz ve diğerleri* kararındaki bahse konu iddialar, sadece iddiadan ibarettir; bir yargılama sonucu ulaşılmış ve sübuta ermiş gerçeklik değildir.
8. İkinci olarak, Anayasa Mahkemesinin söz konusu kararında işkence altında imzalatılan ifadelere dayanılmış olup, işkence ile imzalatılan ifadeler mutlak delil yasakları arasındadır. Bu husus sadece bir örnekle açıklanmakla yetinilecek olup, işkence altında imzalatıldığı açık olan ifadelere dayalı bir karar, yargı kararı olamaz. 21 Temmuz 2016 tarihinde, Hürriyet Gazetesi tarafından yayınlanan bir haberde Orgeneral Hulusi Akar’ın yaveri Yarbay Levent Türkkan, iki elinin ve vücudunun orta kısmının tamamen beyaz sargı bezleriyle sarılı olduğu, yüz ve baş kısmı dâhil birçok yerde açık darp izlerinin bulunduğu ve işkence gördüğü bir resim yayınlanarak, yaver Türkkan’ın ifadelerine yer verilmiştir. Yaver’e atfen şu ifadeler yayınlanmıştır: “*Özellikle emniyetteki sorgu sırasında bu şeyleri söylemeye ikna edilmediğimi belirtmek istiyorum. Ben emniyette beklerken kâğıt kalem isteyip kendi ifademi yazdım. Bu şekilde ifade vermem yönünde bir telkinde bulunan olmadı*...”. Haberde, iki eli neredeyse tamamen sargılı olan ve ağır işkence gördüğü anlaşılan bir kişinin, hiçbir baskı altında olmadan, ifadesini neredeyse tamamen sargılı olan elleriyle yazdığı belirtilmiştir.



Yarbay Türkkan, yargılandığı davadaki duruşmalarda bahse konu ifadenin işkence altında imzalatıldığını açıklamıştır. Tüm bunlara rağmen Anayasa Mahkemesi, işkence altında alındığı açık olan bu ifadelere dayalı olarak “olgusal temelleri” açıklamıştır.

1. Ayrıca, dava dilekçesinde detaylı olarak açıklandığı gibi, “*Toplumu dehşete düşürecek türden şiddet eylemlerine başvurma, terör örgütü suçunun olmazsa olmaz bir unsurudur.*” Davacının “terör örgütü üyesi” ilan edilerek kamu görevinden çıkarılma cezasına mahkûm edilmesinin ana nedenini, 15 Temmuz Darbe Girişiminin *Paralel Yapı mensuplarınca* organize ve orkestra edildiği iddiası oluşturmaktadır; bu iddia davanın temelini oluşturduğu için bu hususta bazı açıklamalara yer verme zorunluluğu doğmuştur. İdare mahkemesi ve Yargıtay kararlarında da belirtildiği gibi, 15 Temmuz 2016 öncesi, önceki ismiyle Gülen Hareketinin şiddete başvurduğunu gösteren herhangi bir terör eylemi bulunmamaktadır. Eğer olsaydı, özellikle Yargıtay kararlarında açıkça belirtilirdi. Anılan harekete atfedilen ilk şiddet eylemi 15 Temmuz 2016 tarihli darbe girişimi olup, bu girişimin kimler tarafından organize ve orkestra edildiği, hâlâ hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde ortaya konmamıştır. Kuşkuları net şekilde gösteren bazı olgulara dava dilekçesinde yer verilmiş olup, onlara ek olarak aşağıdaki güncel bilgiler de dikkate alındığında, 15 Temmuz Darbe Girişiminin “*Silahlı Kuvvetler içerisindeki Paralel Yapı mensuplarınca*” organize ve orkestra edildiği iddiası gerçekleri yansıtmamaktadır.
2. 15 Temmuz 2016 tarihli darbe girişimin kim ya da kimlerce organize ve orkestra edildiği ve bu girişimin askerî liderinin kim olduğu hususları, aradan geçen 30 aydan fazla süreye rağmen hâlâ aydınlatılmamıştır. Darbe girişimi sonrası tutuklanan ve bu nedenle ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile yargılanan gazeteci yazar Ahmet Altan, 13 Şubat 2018 tarihli duruşmada, “*15 Temmuz’dan en fazla kuşku duyma hakkına sahip insanlardan biri*” olduğunu, bu girişim konusunda “*çok açık kuşkularının*” bulunduğunu, bu kadar ahmakça yapılmış diğer bir darbe girişiminin 1909 yılında yapılan “*31 Mart Vakıası*” olduğunu ifade ettikten sonra, 15 Temmuz 2016 tarihli darbe girişiminin 31 Mart Vakıasıyla benzerliklerini tek tek sıralamıştır. 1909 yılında iktidarda olan ittihatçılara karşı yapılan 31 Mart Askeri Ayaklanması, ittihatçıların iktidarı mutlak şekilde kontrol altına almalarıyla sonuçlanmıştır. “*Hürriyeti getirmek için*” iktidara gelen ittihatçılar, 31 Mart Vakıasından sonra tam bir korku ve istibdat rejimi oluşturmuşlardır.
3. 15 Temmuz 2016 tarihinde Genelkurmay Başkanı Hulusi Akar’ı darbe girişimine ikna etmeye çalışmakla, makam odasında kafasına silah dayayarak onu rehin alıp darbe girişimini başlatmakla suçlanan General Mehmet Dişli, 26 Aralık 2018 tarihinde avukatı aracılığıyla şu açıklamayı yapmıştır: “*Silah dayayan alçaktır.* *Kimsenin başına silah dayamadım. ... Ne yazık ki, gerçeği bilenler sessiz kalmayı tercih etti. Kalmaya da devam ediyorlar. Kazdıkları kuyuya elbet kendileri düşecektir. Gerçekler çok yakında gün yüzüne çıkacaktır. …*”
4. 15 Temmuz 2016 tarihinde, darbe gecesi Genelkurmay Başkanı Hulusi Akar’ın yakın korumalığını yapan Astsubay Abdullah Erdoğan, 9 Mayıs 2018 tarihinde tutuklu yargılandığı duruşmada şu açıklamaları yapmıştır: “*Genelkurmay Başkanı Hulusi Akar zorla Akıncı Üssü’ne götürülmedi. Komutan, (darbe girişiminde bulunduğu iddiasıyla tutuklu yargılanan) Tümgeneral Mehmet Dişli ile birlikte makam odasından çıktı. Akıncı Üssü’nde, Komutanın emriyle makam odasına zaman zaman kahve, kuruyemiş ve su gibi ikram malzemelerini servis ettim. … (*diğer*) Generaller, Komutanın odasına girerken her seferinde tekmil ve selam veriyorlardı. General Mehmet Dişli de komutanın emriyle zaman zaman karargâhla temasa geçiyor, ardından komutana tekmil veriyordu. Orgeneral Hulusi Akar, bir ara konutunu bağlatarak eşiyle telefonda görüştü. Bu şartlar altında bir insanın rehin alındığı iddiası abesle iştigaldir. O gece Karargâhta ve Akıncı Üssü’nde olan her şey Orgeneral Akar’ın emirleri dahilinde gerçekleşmiştir. Bir gün önce de Komutan, MİT Müsteşarı Hakan Fidan ile gece geç saatlere kadar konuşmuştur*.” Darbenin bir numarası olmakla suçlanan eski Hava Kuvvetleri Komutanı Akın Öztürk de tutuklu yargılandığı duruşmada, 7 Ağustos 2017 tarihinde şu açıklamaları yapmıştır: “*Hulusi Akar darbe gecesi rehin alınmadı; Akıncı Üssü’nde yanındayken, Akar’a karşı* (diğer general ve subaylardan) *kesinlikle saygısız bir tavır görmedim. Verdiği emirlerin hepsine* (diğer general ve subaylarca) *“baş üstüne” dendi; bir komutana nasıl davranılırsa aynen öyle ve önceki gibi davranıldı. İstediği zaman telefonla görüşüyordu*.”
5. Alman Dış İstihbarat Servisi (BND) Başkanı Bruno Kahl, Mart 2017’de Der Spiegel Dergisine verdiği bir mülakatta, “*Türkiye'nin, 15 Temmuz darbe girişiminin arkasında Gülen hareketi olduğu konusunda kendilerini* "*çeşitli yollardan ikna etmeye çalıştığını ancak bunun şu ana kadar gerçekleşmediğini*" açıklamıştır. Alman İç İstihbarat (BfV) Başkanı *Hans-Georg Maassen* de*,* 27 Mart 2017 tarihinde yaptığı açıklamada şunları demiştir: *“Türkiye’nin dışarısında, 15 Temmuz darbe girişiminin arkasında Gülen hareketinin olduğuna kimsenin inandığını düşünmüyorum. Hiçbir koşulda, Türkiye'nin dışarısında Türk hükümeti tarafından ikna edilmiş kimseyi tanımıyorum*”.
6. Alman Hür Demokrat Parti FDP, 2018 yılı Aralık ayında MİT’in Almanya’daki faaliyetleri konusunda Federal Hükümete “Soru” sormuştur. Hükümete sorulan sorulardan biri de şudur: “*MİT’in 2016 yılındaki darbe girişiminde ne tür bir rol oynadığı konusunda Federal Hükümetin sahip olduğu bilgiler nelerdir?*” Federal Hükümetin bu soruya cevabı şu olmuştur: “*Almanya’nın çıkarları ve* *ulusal güvenlik nedeniyle bu soruya açık cevap veremeyiz.*” Eş ifade ile, Alman Federal Hükümeti, 15 Temmuz 2016 tarihli darbe girişimi konusunda birincil elden bilgiye sahip olduklarını, ancak ulusal çıkarlar gereği bu konudaki bilgileri açıklayamayacaklarını ifade etmiştir.
7. Prof. Dr. Nurşen Mazıcı, Haber Türk TV’de 15 Şubat 2018 tarihinde katıldığı *Enine Boyuna* isimli programda, kendisinin özellikle Latin Amerika’daki darbeler olmak üzere, yıllarca darbeleri araştırdığını ve darbeler konusunda uzman olduğunu belirttikten sonra, “*15 Temmuz bir askeri darbe değildir; bu olay kimin işine yaradıysa faili de yakınında aramak gerekir*” demiştir.
8. Gazeteci Levent Gültekin, 15 Temmuz 2016 tarihli darbe girişimini, bir yıl sonra, 28 Temmuz 2017 tarihinde paylaştığı tweetle şu şekilde değerlendirmiştir: “*Görünen o ki bütün olay Erdoğan, Fidan ve Akar arasında kurgulanmış****.*** *Binali dâhil geriye kalanların hepsi habersiz figüran*.” Gültekin, bu tweeti kısa bir süre sonra silmiştir.
9. Avrupa Birliği İstihbarat Paylaşım Ünitesi (European Union Intelligence Sharing Unit (Intcen)) tarafından paylaşılan yazılı belgeye dayalı ve 17 Ocak 2017 tarihinde euobserver’da ([www.euobserver.com](http://www.euobserver.com)) yayınlanan “***Gulen did not order Turkey coup, EU spies say***” başlıklı haberde (Brussels, 17. JAN, 15:12) Andrew Rettman şunları yazmıştır: “According to the 6 page-report prepared by European Union Intelligence Sharing Unit with the name of “*Turkey – The Impact of the Gulenist Movement*” on 24 August 2016, “*Exiled cleric Fetullah Gulen did not order the coup in Turkey. … It is likely that a group of officers comprising Gulenists, Kemalists, opponents of the AKP, and opportunists was behind the coup. It is unlikely that Gulen himself played a role*”. According to the news, “*The EU intelligence report said individual Gulenist military officers, who did not rank above lieutenant or captain, might have felt “under pressure” to join to coup attempt in July because they knew that Erdogan had anyway planned to go after them in August* (2016). *…* *The document written by the EU’s intelligence-Sharing Unit, Intcen, also says a post-coup purge of supposed Gulen supporters led by President Recep Tayyip Erdoğan was designed to deepen his grip on power. … “The huge wave of arrests in the days following the coup attempt was just a catalyst for the crackdown prepared in advance”,* the intelligence report said”.
10. NATO kaynaklarından elde ettiği bilgileri 25 Ocak 2017 tarihinde yayınlayan ([www.aldrimerno.com](http://www.aldrimerno.com)) Kjetil Stormak, yayınladığı ifadeler arasında şunlara da yer vermiştir: “*A majority view within NATO is that it is highly likely that the president of Turkey, …, staged the failed coup against himself as a pretext for starting a purge against his critics and opponents.*”
11. 2 Nisan 2017 tarihinde Alman ZDF Televizyonunun canlı yayında konuşan Alman İstihbarat Uzmanı Erich Schmidt-Eenboom şunları ifade etmiştir: “*CIA analizlerine göre, sözde darbe girişimi E. tarafından gerçek bir darbeyi önlemek için yapıldı. BND, CIA ve diğer Batılı İstihbarat Servisleri Gülen’in darbe talimatı verdiğini gösteren en küçük bir delil görmemektedirler. … CIA ve diğer istihbarat servisleri en gizli iletişim sistemlerine dahi sızma yeteneğine sahip olup, onların elde ettiği bilgilere göre, 15 Temmuz çakma bir darbeydi.*”
12. Eski Milletvekili Mehmet Metiner, 27 Eylül 2018 tarihinde TGRT Haber isimli televizyonda, canlı yayında, CIA ve Alman BND gibi Batılı istihbarat örgütlerinin Hükümet tezlerine inanmadıklarını belirtmiş ve bu konudaki eleştirileri ironik olarak şu şekilde özetlemiştir: “*Bu darbenin arkasında kim var? Bu darbeyi kim yaptı Allah aşkına? Uzaydan birileri mi geldi? Korkarım ki, bu sözlerin sahibi (ben) de … kripto FETÖ’cü olarak suçlanabilirim. ‘Bu darbeyi biz kendi kendimize yaptık zaten. Çünkü diktatörlük inşa etmemiz gerekiyordu. Demokrasiyi askıya almamız gerekiyordu. Bunun için biz yaptık, yani yaptırdık*.’” Mehmet Metiner, 19 Temmuz 2018 tarihinde de “*Darbe girişimini 15-20 gün önceden bildiklerini*” açıklamıştır.
13. 5 Temmuz 2018 tarihinde, Türkiye Cumhuriyeti’nin son Başbakanı Binali Yıldırım, başbakanlığının son günlerinde Anadolu Ajansı’na yaptığı ziyarette, Anadolu Ajansı çalışanları ile birlikte oturduğu bir masada, gazeteciler kendisine şu soruyu sormuştur: “*Döneminizde çok proje yapıldı; sizin için özel olan bir tanesi var mı? Yani bakanlığınızı da söyleyebilirsiniz, başbakanlığınızı da; çünkü bir kısmı da sizin bakanlığınız döneminde yapıldı. Sizi çok zorlayan, girmeseydik dediğiniz herhangi bir proje oldu mu?*” Başbakan Binali Yıldırım bu soruya gülerek şu cevabı vermiştir: “*Yani hangi birini söyleyeyim, Hoşuma gitmeyen proje 15 Temmuz…*”
14. İdare Mahkemesi ikinci paragrafta da Anayasa Mahkemesinin *Aydın Yavuz ve diğerleri* kararına atıfla şu ifadelere yer vermiştir: “*FETÖ/PDY’nin ulusal güvenlik üzerinde oluşturduğu tehdit; darbe girişimi öncesinde idari organların karar, açıklama ve uygulamalarına da konu olmuştur. Bu bağlamda devlet yetkilileri sürekli olarak anılan yapılanmanın ülke güvenliği için bir tehdit olduğuna dair açıklamalarda bulunmuşlardır. Bu değerlendirmeler MGK kararlarında da ifade edilmiştir. MGK söz konusu yapılanmayı 2014 yılı başından itibaren sırasıyla; “halkımızın düzenini bozan iç ve dış legal görünüm altında illegal faaliyet yürüten paralel yapılanma, paralel devlet yapılanması, terör örgütleriyle iş birliği içinde hareket eden paralel devlet yapılanması ve nihayetinde bir “terör örgütü” olarak kabul etmiştir. Söz konusu MGK kararlarının her biri basın duyuruları aracılığıyla kamuoyuyla paylaşılmıştır. Yine FETÖ/PDY 2014 yılında, Milli Güvenlik Siyaset Belgesi’nde “Legal Görünümlü İllegal Yapılar” başlığı altında “Paralel Devlet Yapılanması” adıyla yer almış; Jandarma Genel Komutanlığı ise 8/1/2016 tarihinde FETÖ/PDY’yi mevcut terör örgütleri listesine dahil etmiştir* (*Anayasa Mahkemesi kararı – Aydın Yavuz ve diğerleri,* § 33).
15. Yukarıda belirtildiği gibi, Anayasa Mahkemesinin *Aydın Yavuz ve diğerleri* kararındaki değerlendirmeler, çekişmeli yargılama ve silahların eşitliği gibi, bir yargılamanın olmazsa olmaz temel güvencelerine (*Kress v. France* [GC], § 76; *Nideröst-Huber v. Switzerland,* § 30; *Feldbrugge v. the Netherlands*, § 44; *Lobo Machado v. Portugal*, § 31; *Van Orshoven v. Belgium*, § 41; *Göç v. Turkey* [GC], §§ 55-57; *Immeubles Groupe Kosser v. France*, § 26; *Vermeulen v. Belgium*, § 33; *Reinprecht v. Austria*, § 31; *A. and Others v. the United Kingdom* [GC], § 204; *Star Cate Epilekta Gevmata and Others v. Greece*) saygı gösterilerek ulaşılmış sonuçlar (yargı kararı) olmayıp, herhangi bir hukuki değeri yoktur.
16. Ayrıca, 2005 yılında yürürlüğe giren Türk Ceza Kanunu’nu kaleme alan akademisyenler arasında yer alan **Prof. Dr. İzzet Özgenç** 9 Eylül 2015 tarihinde Twitter hesabından (**@*izzetoezgenc***) paylaştığı gibi, “***Bir terör örgütünün ve hatta suç örgütünün varlığı, ancak yargı kararıyla tespit edilebilir****. Bir sosyal veya ekonomik oluşum içinde çeşitli suçlar işlenebilir, işlendiği şüphesiyle soruşturmalar başlatılabilir. Ancak, bünyesi içinde çeşitli suçların işlendiği hususunda zayıf veya kuvvetli şüphenin varlığı, bu oluşumların bir suç ve hatta terör örgütü olduğu sonucuna bizi götürmez*.” Dava dilekçesinde detaylı olarak açıklandığı gibi, yasama ve yürütme organı ya da yürütme içerisindeki organların (MGK, Jandarma, vb.) bir kişi ya da oluşumu suç örgütü ilan etme yetkisi yoktur. Yukarıda da açıklandığı gibi, Anayasanın 6, 9 ve 38 § 4 maddeleri dikkate alındığında farklı sonuca ulaşmak zaten imkânsız olup, Anayasayı korumakla görevli bir mahkemenin bu temel hükümlere aykırı olarak verdiği karar Anayasaya aykırıdır.
17. Aslında Yürütme organı dahil Türkiye’de herkes, bir terör örgütünün sadece kesinleşmiş bir yargı kararı ile tespit edilebileceğini çok iyi bilmektedir. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri **Nils Muiznieks** 7 Ekim 2016 tarihinde yayınladığı *Memorandum on the human rights implications of the measures taken under the state of emergency in Turkey* (CommDH(2016)35) isimli Memorandum’da, bu durumu şu şekilde belirtmiştir:§ 20- “… *Komiser, bu örgütün* (Gülen grubu), *terörizmin tanımının olmazsa olmaz bileşeni olan şiddet kullanma unsurunun darbe girişimi olana kadar Türkiye toplumuna görünür hale gelmediğine dikkat çekmek durumundadır. Dahası, Yargıtay’ın bu örgütü terör örgütü olarak kabul eden nihai bir kararı henüz bulunmamaktadır ki,* ***yetkililere*** *göre,* (bu işlem) *bir örgütün terörist olarak tanımlanması için Türk hukuk sisteminde çok temel bir hukuki işlemdir.*” … “§ 22*-* ***Komiser, yetkilileri, Fetullah Gülen hareketi ile bağlantılı olsa bile yasal olarak kurulmuş ve faaliyet gösteren kuruluşlara sadece üyelik ya da bu kuruluşlarla irtibatın cezai sorumluluk oluşturmak için yeterli olmadığını ve terör suçlamasının 15 Temmuz tarihinden önceki eylemlere geriye dönük olarak uygulanmayacağını sarih biçimde ifade ederek*** *bu korkuları bertaraf etmeye davet etmektedir*”. Anlaşılacağı gibi, bir grubun terör örgütü olup olmadığı kesinleşmiş bir yargı kararı ile tespit edilebilir ve terör suçlaması açısından bireyler sadece 15 Temmuz 2016 tarihi sonrası eylemleri nedeniyle sorumlu tutulabilir. Bu hususta detaylı açıklama için bkz. Dava Dilekçesi, §§ 16-31.
18. Ayrıca, Türk Ceza Kanunu’nda veya cezai hüküm içeren diğer yasaların hiçbirinde “*paralel yapı oluşturma*” veya “*paralel devlet yapılanması*” suç olarak düzenlenmemiştir. Bu nedenledir ki, 24 Haziran 2008 tarihli Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararıyla kesin hükme dönüşen beraat kararında “*devlette kadrolaşma*” (eş ifade ile *paralel yapı oluşturma*) suç olarak kabul edilmemiştir. Davacıya atfedilen suçlama da “*paralel devlet yapılanması kurma ve yönetme veya üye olma suçlaması*” değil, “*terör örgütü üyeliği suçlamasıdır*”. Dolayısıyla, MGK kararlarında veya devlet yetkililerinin açıklamalarında belirtilen “*paralel devlet yapılanması*” ifadesinin ceza hukuka açısından herhangi bir geçerliliği yoktur. Suçlama “terör örgütü üyeliği” suçlaması olduğu için, MGK’nın sadece bu hususta verdiği kararların bir önemi olabilir. Prof. Dr. İzzet Özgenç’in de 10 Temmuz 2015 tarihinde Twitter’dan ifade ettiği gibi, “*legal görünümlü illegal yapı*” nitelendirmesinin de hukuken hiçbir geçerliliği yoktur. Bir hukuk devletinde, mahkeme kararıyla illegal olduğu saptanıncaya kadar herkes/her grup masumdur, legaldir (AİHS m. 6 § 2 ve AY m. 38 § 4).
19. AYM kararında belirtilen “*Bu bağlamda devlet yetkilileri sürekli olarak anılan yapılanmanın ülke güvenliği için bir tehdit olduğuna dair açıklamalarda bulunmuşlardır.*” ibaresi idare mahkemesi kararında da tekrarlanmıştır. Bir mahkeme, Anayasa, kanun ve Resmî Gazetede ilan edilmiş, erişilebilir ve uygulaması öngörülebilir hukuk kurallarına göre değil de siyasilerin her gün değişebilen beyanlarını esas alarak karar veriyor ve bireylere yükümlülükler yüklüyorsa, bağımsızlığını kaybetmiştir. Zira yürütme organının açıklamalarına bağlayıcılık değeri verip, onları talimat olarak dikkate alarak karar veren bir mahkeme, bağımsız olamaz. Bağımsızlık, talimat almamaktır; talimat almadan hukuk normlarını (Anayasa, yasa, tüzük, yönetmelik) yorumlayarak uygulamayı ve buna göre karar vermeği gerektirir. Bağımsız olmayan bir organ, “mahkeme” sıfatının kullanılmasını dahi hak etmez (*Beaumartin v. France*). Bir hukuk devletinde bireyleri hangi kuralların bağladığı açıktır. Resmî Gazetede yayınlanmış Anayasa, kanun, kanun hükmünde kararname, tüzük ve yönetmelikler kişileri bağlar; siyasilerin veya yürütme organı mensuplarının her gün değişebilen (öngörülemez) beyanları “yasa” niteliğinde midir ki, bireyleri bağlasın? Anlaşıldığına göre, idare mahkemesi, bahse konu Anayasa Mahkemesi kararındaki ifadeyi gerekçesinde dikkate alarak davanın reddine karar verdiği için bağımsızlığını kaybetmiştir. Bağımsızlık niteliklerinden yoksun bir mahkemenin verdiği karar adil yargılanma hakkını ihlal ettiği için ilk derece mahkemesi kararı kaldırılmalı ve dava konusu işlem iptal edilmelidir.
20. İdare Mahkemesi ikinci paragrafta Anayasa Mahkemesinin *Aydın Yavuz ve diğerleri* kararına atıfla “*MGK söz konusu yapılanmayı 2014 yılı başından itibaren sırasıyla; “halkımızın düzenini bozan iç ve dış legal görünüm altında illegal faaliyet yürüten paralel yapılanma, paralel devlet yapılanması, terör örgütleriyle iş birliği içinde hareket eden paralel devlet yapılanması ve nihayetinde bir “terör örgütü” olarak kabul etmiştir. Söz konusu MGK kararlarının her biri basın duyuruları aracılığıyla kamuoyuyla paylaşılmıştır.”* değerlendirmesine yer vermiştir. Yukarıda belirtildiği gibi, MGK kararları kişileri değil Bakanlar Kurulunu hedef alır. Bağlayıcı değil, tavsiye niteliğindedir (AY m. 118 § 3); hukukun kaynakları arasında dahi MGK kararları yoktur. Türkiye Cumhuriyeti bir hukuk devleti olup (AY m. 2), bir hukuk devletinde kişileri önceden Resmî Gazetede yayınlanmış Anayasal ve yasal hükümler bağlar; “gizli” ve tavsiye niteliğinde olan ve sadece Bakanlar Kuruluna gönderilmek üzere kabul edilmiş MGK kararları kişileri bağlamaz; kişilere herhangi bir yükümlülük yükleyemez. Yukarıda açıklandığı gibi, bir hukuk devletinde MGK kararları ile kişi ya da kişi grupları suçlu ya da terör örgütü ilan edilemez.
21. Bir an için açıklananların aksinin doğru olduğu dahi varsayılacak olsa, 2014 yılının ilk aylarından 26 Mayıs 2016 tarihli MGK Toplantısına kadar yapılan MGK basın açıklamalarının hiçbirinde, “Gülen Hareketi” isimli oluşum bir terör örgütü olarak gösterilmemiştir. Anayasa Mahkemesinin 4 Ağustos 2016 tarih ve 2016/6E - 2016/12K sayılı kararının 17 ve 18. paragraflarında MGK’nın 2014 yılı Şubat ayından itibaren yapılan toplantılarına ilişkin basın açıklamaları tek tek belirtilmiştir. Bu karar incelendiğinde görüleceği gibi, 26 Mayıs 2016 tarihli MGK Basın Açıklamasından önce, bahse konu yapının terör örgütü ilan edildiğini gösteren hiçbir ibare yoktur. 26 Şubat 2014 tarihli MGK basın açıklamasında “*halkımızın huzurunu ve ulusal güvenliğimizi tehdit eden yapılanmalar”* kavramı kullanılmıştır. 30 Nisan 2014 tarihli basın açılmasında, “*Ulusal güvenliğimizi tehdit eden yapılanmalar*” kavramı kullanılmıştır. 26 Haziran 2014 tarihli basın açıklamasında, “*Devlet içindeki illegal yapılanmalar*” kavramı kullanılmıştır. 30 Ekim 2014 tarihli basın açıklamasında, “*Milli güvenliğimizi tehdit eden ve kamu düzenini bozan iç ve dış legal görünüm altında illegal faaliyet yürüten paralel yapılanmalar ve illegal oluşumlar*” kavramı kullanılmıştır. 30 Aralık 2014 tarihli basın açıklamasında, “*Paralel devlet yapılanması ve illegal oluşumlar*” kavramı kullanılmıştır. 26 Şubat 2015 tarihli MGK basın açıklamasında, “*Paralel devlet yapılanması ve legal görünüm altında faaliyet gösteren illegal oluşumlar*” ifadesi kullanılmıştır. 29 Nisan 2015 tarihli basın açıklamasında,“*Milli güvenliği tehdit eden paralel devlet yapılanması ve illegal oluşumlar*” kavramı kullanılmıştır. 29 Haziran 2015 tarihli basın açıklamasında, “*Milli güvenliğimizi tehdit eden, başta paralel devlet yapılanması olmak üzere, tüm yasadışı oluşumlar*” kavramları kullanılmıştır. 2 Eylül 2015 tarihli MGK basın açıklamasında, “*Paralel devlet yapılanmasıyla, yurt içinde ve yurt dışında, illegal ekonomik boyutu da dâhil olmak üzere sürdürülmekte olan mücadelenin kararlılıkla devam ettirileceği belirtilmiştir.*” ifadeleri kullanılmıştır.21 Ekim 2015 tarihli basın açıklamasında, “… *paralel devlet yapılanmasına karşı yürütülen kararlı mücadelenin çok yönlü olarak sürdürüleceği teyit edilmiştir.*” denmiştir. 18 Aralık 2015 tarihli basın açıklamasında, “*Paralel devlet yapılanmasıyla yurt içinde ve yurt dışında sürdürülmekte olan mücadelenin kararlılıkla devam ettirileceği teyit edilmiştir.*” denmiştir. 27 Ocak 2016 tarihli MGK basın açıklamasında, “*… paralel devlet yapılanmasına … karşı yurt içinde ve yurt dışında sürdürülen mücadele etraflıca değerlendirilmiştir*”. denmiştir. 24 Mart 2016 tarihli basın açıklamasında, “*… paralel devlet yapılanmasına karşı alınan tedbirlerin uygulanması üzerinde durulmuştur.*” denmiştir. Tüm bu basın açıklamalarından anlaşılacağı gibi, “Gülen Hareketi” ismiyle anılan oluşum 24 Mart 2016 tarihine kadar yapılan MGK toplantılarında özellikle “*paralel devlet yapılanması*” ismiyle anılmış olup, bu tarihe kadar “terör örgütü” nitelendirmesi yapılmamıştır.
22. Davacı, bir KHK ile “FETÖ/PDY” ismi verilen örgüte üye olduğu iddiasıyla, başkaca hiçbir işleme gerek kalmaksızın kamu görevinden çıkarıldığı için, kendisine atfedilen tek suçlama terör örgütü üyeliği suçlamasıdır. Bu nedenle, anılan örgütün ne zaman terör örgütü ilan edildiği ve davacının hangi tarihten itibaren sorumlu tutulacağı hususu çözüme kavuşturulması gereken önemli bir sorundur. “Gülen Hareketi” isimli oluşumun Türkiye Cumhuriyeti organlarınca terör örgütü ilan edildiği ilk karar, **26 Mayıs 2016** tarihli Milli Güvenlik Kurulu kararıdır. Bu tarihte yapılan MGK Toplantısı sonrası yayınlanan basın açıklamasında şu ifadeler kullanılmıştır: “*Vatandaşlarımızın huzur ve güvenliği ile kamu düzeninin sağlanması amacıyla yürütülen faaliyetler, terör ve teröristle mücadelede gelinen aşama, millî güvenliğimizi tehdit eden ve* ***bir terör örgütü olan paralel devlet yapılanması****na karşı alınan tedbirler görüşülmüştür.*”
23. Cumhurbaşkanı Sayın Erdoğan, **27 Mayıs 2016** tarihinde Kırşehir’de yaptığı konuşmada, “*Dün (MGK’da) yeni bir karar daha aldık. Legal görünüm altındaki illegal terör örgütü dedik.* ***Fetullahçı Terör Örgütü olarak tavsiye kararını aldık*** *ve Hükümete gönderdik. Şimdi Hükümetten de Bakanlar Kurulu kararı bekliyoruz. Bunların terör örgütü olarak tescilini de gerçekleştireceğiz. PYD ne ise, YPG ne ise, PKK ne ise* ***bunlar da aynı kategoride yargılanma sürecinin içerisine girecekler****.*” demiştir.
24. 30 Mayıs 2016 tarihli **Bakanlar Kurulu Toplantısı** sonrası, o tarihteki Başbakan Yardımcısı ve Hükümet Sözcüsü Sayın Numan Kurtulmuş, “*Paralel Devlet Yapılanmasının (PDY) daha önceki Milli Güvenlik Kurulu (MGK) toplantılarında legal görünümlü illegal bir yapılanma olduğunun altı çizilmiş, yine daha önceki MGK toplantılarında Paralel Devlet Yapılanması ile ilgili olarak, devlet olarak top yekün mücadelenin esas alındığı ifade edilmiştir. MGK’nın tavsiye kararı ile birlikte Paralel Yapı ile mücadelede yeni bir safhaya geçilmiştir. P****DY ilk kez MGK toplantısında tavsiye kararı olarak bir terör örgütü olarak nitelendirilmiş*** *ve bundan sonraki mücadelenin ana çerçevesi de bir terör örgütü ile mücadele şekline getirilmiştir. Dolayısıyla bunun gerektirdiği her şey hem Hükümet tarafından hem gerekli yargı birimleri tarafından yerine getirilecek, uygulama aksatılmadan sürdürülecektir*.” açıklamasını yapmıştır.
25. Yukarıdaki iki siyasi beyan da dikkate alındığında, 26 Mayıs 2016 öncesi ilan edilmiş FETÖ/PDY isminde bir terör örgütü yoktur; eğer olsaydı hem Cumhurbaşkanı hem de Başbakan Yardımcısı ve Hükümet sözcüsü söz konusu iki beyanda bulunur muydu? Tüm bu belirtilenlerden anlaşılacağı gibi, davacının üyesi olmakla suçlandığı oluşum ilk kez **26 Mayıs 2016** tarihli MGK Toplantısı sonrası terör örgütü olarak ilan edilmiştir. Bu kararın hukuken herhangi bir geçerliliği olmadığı bir yana, davacıya atfedilen suçlama terör örgütü üyeliğidir. Davacı, bir KHK ile bahse konu örgüte üye olmakla suçlanıp, kamu görevinden sürekli olarak çıkarılma cezasına çarptırılmıştır. Davacıya uygulanan cezanın gerekçesi, paralel yapı üyesi olma veya legal görünümlü illegal yapı üyesi olma değildir; yukarıda açıklandığı gibi zaten bu türden suçlamaların ceza kanununda herhangi bir yeri de yoktur. Davacı bir terör örgütüne üye olduğu iddiasıyla KHK’da suçlanıp kamu görevinden çıkarıldığı için, dikkate alınacak suçlama “terör örgütü üyeliği” suçlaması olup, “Gülen Hareketi” isimli oluşumun terör örgütü ilan edildiği ilk tarih **26 Mayıs 2016** tarihidir. Bir an için MGK’nın bahse konu kararının hukuken geçerli ve bireyleri bağladığı varsayılacak olsa dahi, davacıya Anayasaya sadakat yükümlülüğü açısından yüklenecek eylemler 26 Mayıs 2016 tarihinden sonrasına ilişkin olmak zorundadır. Bu tarihten önce ilan edilmiş “FETÖ/PDY” isminde bir terör örgütü bulunmadığı için, davacıya olmayan, varlığı ilan edilmemiş bir örgüte üye olduğu gerekçesiyle (geçmişteki faaliyetleri nedeniyle) herhangi bir ceza verilemeyeceği gibi, sadakat yükümlülüğünü ihlal ettiği de ileri sürülemez. Bir hukuk devletinde, bireyler sadece önceden ilan edilmiş kararları dikkate alarak hareketlerine yön verme yükümlülüğü altındadırlar; henüz terör örgütü olup olmadığı ilan edilmemiş bir yapıyla şu ya da bu şekilde ilişkisi olduğu için, kişiler geçmişteki yasal faaliyetleri nedeniyle “terör örgütü üyeliği” suçlamasıyla cezalandırılamaz. İdare mahkemesinin ret kararında dayanılan ve davacıya atfedilen eylemlerin tamamı 26 Mayıs 2016 tarihi öncesine ait olduğu için, bu tarihten önce olmayan (ilan edilmemiş) bir terör örgütüne üyelikten de bahsedilemez. İdare mahkemesi, olaylar ve olguların değerlendirilmesinde yanılgıya düşerek karar verdiği ve bu durum *suç ve cezaların geriye yürümezliği ilkesine* (AY m. 38 § 1; AİHS m. 7) aykırılık oluşturduğu için, Anayasa ve AİHS’ye aykırı olan kararın kaldırılıp dava konusu işlemin iptali gerekir.
26. İdare mahkemesi, Anayasa Mahkemesinin *Aydın Yavuz ve diğerleri* kararına atıfla, “*Milli Güvenlik Siyaset Belgesi*” (*Kırmızı Kitap*) isimli tamamen gizli bir belgeye de kararında dayanmış olup, davacıya tebliğ edilip görüşü alınmadan, gizli bir belgeye dayanılarak verilen bir karar yargı kararı olamaz. Kararda belirtilen ve dayanılan bu ve benzeri belgelerin hiçbiri davacıya tebliğ edilmemiştir; idare mahkemesince bahse konu bilgi ve belgeler davacıya tebliğ edilip, makul süre ve imkân verilerek söz konusu belgeler hakkında görüşleri alınmadan karar verilmiş olup, bu durum çekişmeli yargılama ilkesinin açık ihlalidir. Mahkemeler davacıya tebliğ edip görüşlerini almadığı bilgi ve belgelere dayanarak karar veremez; verirse çekişmeli yargılama ilkesi mutlak şekilde ihlal edilmiş olur. İdare mahkemesi bir yargılamanın olmazsa olmazları arasında olan çekişmeli yargılama ilkesini ihlal ederek karar verdiği için kararı kaldırılmalı ve istinafa konu işlem iptal edilmelidir. Unutulmamalıdır ki, idare mahkemesi, MGK kararları ve Kırmızı Kitap gibi belgelere, davacıyı 2014 yılından bu yana yaptığı (yasal) eylemlerden sorumlu tutmak için dayanmıştır. Eş ifade ile, idare mahkemesi davayı reddederken, davacının “*2014 yılından bu yana, belirtilen hususları bildiğini varsayıp, kararında dayandığı ve 2014 yılından itibaren gerçekleştirilmiş faaliyetlerden davacıyı sorumlu tutmak için*” bu gizli belgelere yer vermiş olup, bu nedenle söz konusu gizli belgeler davanın sonucu (*the result of proceedings*) açısından belirleyicidir (*decisive*). İdare mahkemesi kararındaki gerekçe incelendiğinde görüleceği gibi, mahkeme, neredeyse tamamı 2014 yılından sonraki yasal faaliyetlere dayanarak, davacıyı FETÖ/PDY ismi verilen örgütle ilişkili göstermiş ve bu nedenle davayı reddetmiştir.
27. Oysa davacı, terör örgütü üyeliği suçlaması açısından sorumluluğun başlangıcı olarak, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri **Nils Muiznieks** gibi tüm objektif gözlemcilerin de ifade ettiği gibi (aşağıya bakınız) 15 Temmuz 2016 tarihli darbe girişimini görmektedir. Komiser **Muiznieks,** 7 Ekim 2016 tarihinde yayınladığı *Memorandum on the human rights implications of the measures taken under the state of emergency in Turkey* (CommDH(2016)35) isimli Memorandum’da, belirttiği gibi, :§ 20- “… *Komiser, bu örgütün* (Gülen grubu), *terörizmin tanımının olmazsa olmaz bileşeni olan şiddet kullanma unsurunun darbe girişimi olana kadar Türkiye toplumuna görünür hale gelmediğine dikkat çekmek durumundadır...*” … “§ 22*-* ***Komiser, yetkilileri, Fetullah Gülen hareketi ile bağlantılı olsa bile yasal olarak kurulmuş ve faaliyet gösteren kuruluşlara sadece üyelik ya da bu kuruluşlarla irtibatın cezai sorumluluk oluşturmak için yeterli olmadığını ve terör suçlamasının 15 Temmuz tarihinden önceki eylemlere geriye dönük olarak uygulanmayacağını sarih biçimde ifade eder…***”.
28. İdare Mahkemesi üç ve dördüncü paragraflarda Yargıtay 16. Ceza Dairesinin (CD) sırasıyla **24.04.2017** tarih, E:2015/3, K:2017/3 sayılı kararı (Bu karar 26.7.2017 tarihli Yargıtay CGK kararı ile onanarak kesinleşmiştir.) ile **18.07.2017** tarih ve E:2016/162, K:2017/4786 sayılı kararlarında yapılan “*anılan örgüte ilişkin ve örgütün türü ve niteliği*” hususlarındaki değerlendirmelere yer vermiştir.
29. Hemen belirtelim ki, Yargıtay 16. CD’nin belirtilen kararlarında yer verilen bazı suçlamalar hususunda 18.7.2017 tarihi öncesinde verilmiş ve “kesinleşmiş bir yargı kararı” yoktur. Kesinleşmiş yargı kararı olmadan ve suçlamaların muhataplarının savunmaları ve görüşleri alınmadan (çekişmeli yargılama ilkesine riayet edilmeden) verilen bir karar (ve bu karardaki değerlendirmeler), yargı kararı olamaz. Zira çekişmeli yargılama ve silahların eşitliği gibi yargısal güvenceler, bir yargılamanın olmazsa olmaz (*sine qua non*) unsurları arasındadır (özellikle bkz. AİHM, *Kress v. France* [GC], § 76; *Nideröst-Huber v. Switzerland,* § 30; *Feldbrugge v. the Netherlands*, § 44; *Lobo Machado v. Portugal*, § 31; *Van Orshoven v. Belgium*, § 41; *Göç v. Turkey* [GC], §§ 55-57; *Immeubles Groupe Kosser v. France*, § 26; *Vermeulen v. Belgium*, § 33; *Reinprecht v. Austria*, § 31; *A. and Others v. the United Kingdom* [GC], § 204; *Star Cate Epilekta Gevmata and Others v. Greece*).
30. Örneğin, kararın 4. Paragrafında Yargıtay 16. CD’nin **18.7.2017** tarihli kararına atıfla şu değerlendirmeye yer verilmiştir: “… *Polis ve Jandarma teşkilatı, MİT ve Genel Kurmay Başkanlığı gibi kuvvet kullanma yetkisine haiz kurumlara sızan üyeleri vasıtasıyla, kendisinden olmayan güvenlik güçlerine, kamu görevlilerine, halka, Cumhurbaşkanlığı Külliyesi, Meclis binası gibi simge binalar ve birçok kamu binasına karşı ağır silahlarla saldırıda bulunmak suretiyle amaç suçu gerçekleştirmeye elverişli öldürme, yaralama gibi çok sayıda vahim eylem gerçekleştirildiği*, …”. 15 Temmuz Darbe Girişimini kimlerin organize ve orkestra ettiği ya da planlayıp uyguladığı, çekişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerine uygun, kanunla önceden kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkemede, adil yargılanma hakkının tüm gereklerine uygun bir yargılama sonucu ortaya konmamıştır. Darbe girişimi hakkındaki tutarsızlıkları açıklayan avukatlar tutuklanıp bu davalarda avukatlık yapmaları dahi yasaklanmışken, iddia ve savunma tarafları arasında silahların eşitliği (*equality of arms*) ilkesine uygun bir yargılama yapıldığını iddia etmek mümkün değildir. Yargı bağımsızlığı hususunda ise, yukarıdaki açıklamalara ve referans yapılan kaynağa atıf yapmakla yetiniyoruz. Kısaca, yukarıda belirtildiği gibi, 15 Temmuz Darbe Girişimini kimlerin planlayıp uygulamaya koyduğu hususu tartışmalı bir konudur. İdare mahkemesi kararındaki değerlendirmenin içeriğine gelince, bahse konu eylemler ceza kanunu anlamında suç olup, bu eylemlerin “Gülenist” olduğu iddia olunan kişilerce gerçekleştirildiği, 18.7.2017 tarihinden önce, kesin hükme dönüşmüş bir “mahkeme” kararı ile saptanmamıştır. Yargıtay 16. CD, bu kararı vermeden önce, suçlanan kişileri bizzat dinleyip, silahların eşitliği ve çekişmeli yargılama da yapmadığına göre, 16. CD’nin söz konusu kararında belirtilen değerlendirmelerin hukuken hiçbir değeri yoktur. Bir yargılamanın olmazsa olmaz niteliklerine saygı gösterilmeden verilen bir karar “yargı kararı” olamaz. Kaldı ki, belirtilen yerlerin bombalanması talimatını kimlerin verdiği de en az darbe girişimini kimlerin organize ve orkestra ettiği kadar şüpheli bir konudur. Darbe girişiminin merkezi Akıncı Üssü’nde görevli olan ve darbe girişimine katıldığı gerekçesiyle tutuklu yargılanan Yarbay Hakan Karakuş, 7 Eylül 2017 tarihli duruşmada, 15-16 Temmuz 2016 gecesi “*kalkan ve inen uçakların talimatlarını MİT’te Daire Başkanı K.G. isimli birinden aldıklarını*” ifade etmiştir.
31. İdare Mahkemesi kararının aynı paragrafında “… *itirafçı sanıkların savunmaları, gizli açık tanık anlatımları*, …” gibi delillere de atıfta bulunulmuş olup, 15 Temmuz 2016 sonrası gözaltına alınma işlemlerinde ilk beş gün avukata erişim hakkının yasaklandığı herkesçe malumdur. 15 Temmuz 2016 sonrası, gözaltına alınan neredeyse herkes ilk beş gün “mülakat” adı altında, avukat olmadan, illegal şekilde sorgulanmış, birçok şüpheli kendi seçtiği avukat yerine Barodan çağrılan avukat eşliğinde ifade vermeye zorlanmış ve devletin haber ajansı olan Anadolu Ajansı tarafından gözaltında işkence yapıldığının delilleri yayınlanmıştır. Bu ve benzeri olgular birlikte değerlendirildiğinde, bahse konu itirafçı, gizli açık tanık ifadelerinin de benzer şekilde alındığını düşünmek için yeterli olgusal sebep bulunmaktadır. Bireyin, gözaltının ilk anından itibaren kendi seçtiği avukatın hukuki yardımından yararlanma hakkı (neredeyse) mutlak haklar arasında olup (*Salduz v. Turkey; Dayanan v. Turkey*), en temel sanık haklarına saygı gösterilmeden ve/veya işkence altında alınan ifadelere dayalı verilen kararların hukuken herhangi bir geçerliliği yoktur. Kaldı ki, söz konusu tanık ifadeleri de darbe girişiminin gerçek aktörünü aydınlatmaya yetmemektedir.
32. Kararın 3. Paragrafında yer verilen 24.4.2017 tarihli Yargıtay 16. CD kararındaki “… *şeffaflık ve açıklık yerine büyük bir gizlilik içerisinde olmayı şiar edinen, gizlilikten görünmez bir duvar inşa edip bu duvarın arkasına saklanan*, …” şeklindeki iddialar, 15 Temmuz 2016 sonrası 650 000 kişi hakkında açılan soruşturmalar dikkate alındığında, dayanaksız görünmektedir. “Görünmez bir duvar inşa eden” bir örgütün tüm üyeleri kısa sürede, hatta darbe gecesi dahi binlercesi kolayca tespit edilebilmiştir. Bürokraside özellikle üst makamlara yapılan atamaları, siyasi iradenin bilmeden yaptığı iddiası da hiçbir şekilde inandırıcı değildir. Kaldı ki, Türkiye’de bazı kesimlerin kendi kimliklerini gizlemelerinin nedeni, bir türlü tam demokratik rejime kavuşamayan devlet yapısıdır. Bir kamu görevlisi, Gülenist olduğunu açıkça ifade ettiğinde, 2012 yılında olmasa dahi birkaç yıl sonra başına neler gelebileceğini bildiği için kimse kimliğini açıklamamaktadır. Doğu Perinçek, “*sadece MİT’te değil devletin her kurumunda etkili olduklarını*”açıklamasınarağmen, herhangi bir Perinçekçi kendisinin “Perinçekçi” olduğunu açıklamadığı gibi, kimliğini gizlemekte ve kendisini başka türlü göstermektedir. “Ermeni veya alevi kökenli vatandaşlarımızın en azından bir kısmı kimliklerini açıktan ifade ettiklerinde en hafif ifade ile “toplumsal dışlanmaya” (*social exclusion*) maruz kalacaklarını bildikleri için kimliklerini açıklamaktan çekindikleri herkesin malumudur. Kısaca, sorunun kaynağı bireyler veya sivil toplum örgütlenmeleri ya da etnik gruplar değildir; sorun, “liberal demokrasinin” (idare mahkemesi kararında sıkça vurgu yapılan “hür demokratik rejimin”) tüm gereklerini bir türlü uygulamaya geçiremeyen devlet yapısında ve uygulamalarındadır.
33. Kararın aynı bölümünün dördüncü paragrafında, örgütün “*amacının … demokratik olmayan yöntemlerle, cebir şiddet kullanmak suretiyle Parlamento, Hükümet ve diğer Anayasal kurumları feshedip iktidarı ele geçirmek …*” olduğu ifade edilmiş ise de, bu amaç üçüncü paragrafta belirtilen amaçlarla çelişmektedir. Üçüncü paragrafta örgütün amacı şu şekilde açıklanmıştır: “… *devlete tabandan tavana sızan, … devlet aygıtının bütün alt bileşenlerini ünite ünite kontrol altına almayı ve sisteme sahip olmayı planlayıp, ele geçirdiği kamu gücünü de kullanarak toplumsal dönüşümü sağlamayı amaçlayan sui generis bir suç örgütüdür*”. Devletin tüm kurumlarını ünite ünite ele geçiren bir örgütün, ayrıca cebir ve şiddete başvurarak iktidarı ele geçirmesine gerek yoktur. Bu ve benzeri değerlendirmeler, çekişmeli yargılama ilkesinin (*adversarial proceedings*) gereklerine uygun bir yargılama sonucu yapılmadığı için mantık hatalarıyla doludur. Ancak kararda belirtilen tarif sanki başka bir yapılanmayı tanımlar gibidir. Karardaki tarif sanki, devleti, siyasi partileri ve sivil toplum örgütü görünümlü örgütlenmeleri ünite ünite ele geçirmiş, en az 70 yıllık geçmişi olan “derin devlet yapılanmasına” uymaktadır.
34. **“*FETÖ/PDY ile Bağlantılı Kamu Görevlilerinin İhracına İlişkin Süreç*” Başlığı Altında Belirtilenler Hususundaki Görüşlerimiz**
35. İdare mahkemesi kararında bu başlık altında ilk paragrafta şu değerlendirme yer almıştır: “*FETÖ/PDY, devlet kademelerine son derece sinsi bir şekilde sızarak, bürokrasi içerisinde ve illegal yapıyı destekleyecek şekilde toplumun tüm katmanlarında örgütlenen paralel bir yapı oluşturmuştur*.” Dava dilekçesinde belirtildiği gibi, Türkiye’de bu şekilde hareket etmeyen herhangi bir grup, siyasi parti, loca, kulüp, cemaat, tarikat veya benzeri yapı yoktur. FETÖ/PDY ilk kez 26 Mayıs 2016 tarihinde terör örgütü ilan edilmiş olup, davacıya atfedilen suçlama “paralel yapı üyesi olma” değildir; terör örgütü üyesi olduğu gerekçesiyle kamu görevinden çıkarılmıştır. Yine dava dilekçesinde belirtildiği gibi, 24 Haziran 2008 tarihinde Yargıtay CGK kararıyla (kesin hükümle) sabit olduğu gibi (şiddete başvurmamak kaydıyla) “*devlette kadrolaşma veya güncel ifadesiyle ‘paralel yapı oluşturma’ iddiası*” suç olmayıp herhangi bir suçun kapsamına girmemektedir (Tüm bu hususlarda detaylı bilgi için bkz. Dava Dilekçesi, §§ 8-12). Bu iddia suç ise, bu suçu başta, asgari 70 yıldır kendisini devletin yegâne sahibi olarak gören derin yapı işlemiştir. Dolayısıyla idare mahkemesinin belirtilen değerlendirmesinin terör örgütü suçlamasıyla herhangi bir ilgisi yoktur. Davacıya ceza hukuku anlamında bir ceza verildiği için, kesin hükümle suç olmadığı karara bağlanmış bir iddia, olay, olgu veya eylemi, tekrar gerekçede suçmuş gibi kullanmak, *non bis in idem* ilkesini açıkça ihlal eder (Detay için bkz. Dava Dilekçesi, §§ 8, 12, 15). İdare mahkemesi kararı *non bis in idem* ilkesini (AİHS’ye Ek 7 No.lu Protokol m. 4) ihlal ettiği için kaldırılmalı ve dava konusu işlem iptal edilmelidir.
36. İdare mahkemesi kararında bu başlık altında ikinci paragrafta şu değerlendirme de yer almıştır: “*FETÖ/PDY mensupları kamu bürokrasisi içerisinde önemli görevleri üstlenmişler, aralarında kurdukları hücresel gruplar vasıtalısıyla birlikte hareket ederek terör örgütünün amaçları doğrultusunda kamu iş ve işlemlerini yönlendirmişlerdir. Bu görevliler gizli bilgileri FETÖ/PDY’ye aktarmışlar ve Devlete karşı sadakat yükümlülüklerini ihlal etmişlerdir. Bu nedenlerle, FETÖ/PDY mensuplarının kamu kurumları bünyesinde bulunmaları hukukun üstünlüğü, demokrasi, insan hakları ve Devletin güvenliği açısından büyük bir tehdit oluşturmaktadır*.” Herkesin bildiği gibi, kamu bürokrasisinde üst düzey görevlere atamaları siyasi irade (Cumhurbaşkanı, Bakanlar Kurulu, Bakan veya onların atadıkları ve kontrol ettikleri üst düzey bürokratlar) yapmaktadır. Bir bakanın arzu etmediği bir kararı alan bir bürokratın görevinde bir gün daha kalması imkânsızdır. İlk cümledeki iddia doğru ise, söz konusu atamaları yapanlar da aynı suçla suçlanabilir. Kaldı ki, FETÖ/PDY isimli örgüt ilk kez 26 Mayıs 2016 tarihinde ilan edilmiştir. Bu tarihten önce bahse konu isimde bir terör örgütü olmadığı için bu paragraftaki tüm iddialar da temelsizdir. Ayrıca, suçlamaların tamamı soyut olup, bu hususlarda her bir iddianın sabit olduğu açısından kesinleşmiş mahkeme kararı da gösterilmemiştir. Suç ve cezaların şahsiliği prensibi dikkate alındığında, bu türden genel suçlamalara dayalı olarak davacının “*sadakat yükümlülüğünü ihlal ettiği*” iddiasında bulunmak da hukuken mümkün değildir. Bir an için bahse konu iddiaların gerçek olduğu varsayılsa dahi, suç ve cezaların şahsiliği prensibi gereği, davacının devlete ait “*gizli bilgileri FETÖ/PDY’ye aktardığı ve Devlete karşı sadakat yükümlülüğünü ihlal ettiğini”* gösteren somut kanıtlara dayanılmak zorundadır*.* Başkalarının eylemleri davacıya atfedilip suçlanarak cezalandırılma yoluna gidilirse, hukukun en temel prensipleri arasında olan *suç ve cezaların şahsiliği ilkesi* ihlal edilmiş olur. Ayrıca, yukarıda belirtildiği gibi, BM İnsan Hakları Komitesi’ne göre, “*yaşama hakkından keyfi olarak mahrum etme, işkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleye tabi tutma, rehin alma,* ***kolektif cezalar verme****, keyfi olarak özgürlükten yoksun bırakma, masumiyet karinesi dâhil,**adil yargılanma hakkının temel ilkelerinden sapma*” gibi temel hak ve ilkeler ***jus cogens*** kapsamındadır (bkz. dipnot 2). İdare mahkemesi kararındaki gerekçeden anlaşılacağı gibi, suç ve cezaların şahsiliği ilkesi yok sayılarak açıkça kolektif bir cezalandırma yapılmakta olup, uluslararası hukukun emredici prensiplerini (*jus cogens*) ihlal eden bu uygulama, normlar hiyerarşisinde Anayasalar dahil tüm normların üzerinde olan *jus cogens* ilkelerine aykırıdır. İdare mahkemesi kararında yoruma ihtiyaç bırakmayacak şekilde söz konusu gerekçeye dayanıldığı için, *jus cogens* ve suç ve cezaların şahsiliği ilkesine aykırı istinafa konu karar kaldırılmalı ve işlem iptal edilmelidir.
37. İdare mahkemesi kararının üçüncü paragrafında şu ifadelere yer verilmiştir: “*Demokratik bir ülkede kamuda istihdam edilen görevlilerin, Devletin temeli olan anayasal prensiplere* ***sadakat yükümlülüğü*** *bulunmaktadır. Bu kapsamda Devletler, kamuda gerek göreve kabul, gerekse görevin devamı sürecinde kişilerde anayasal prensiplere yüksek sadakat kriterini aramaktadır. Kamu görevlilerinin bu kriteri taşımadığının herhangi bir şekilde tespit edilmesi halinde, Devletin bu kişilerin kamu görevine son verme hususunda takdir yetkisi bulunmaktadır*.” Bu ifadeler hukuken doğru olsa da uygulamada hukuk devleti ilkesinin gereklerinin tamamı ihlal edilerek karar verilmiştir. Bir hukuk devletinde, “*kamu görevlileri önceden hukuka uygun olarak toplanmış somut delillere dayalı olarak suçlanır, savunması alınır, savunma ikna edici bulunmazsa kamu görevine son verilir. Bu karar yargı denetimine tabi olur ve anayasaya sadakat yükümlülüğünü ihlal eden kişinin kamu görevinden çıkarılması işlemi*” bu şekilde sonuçlanır. Somut olayda, davacı bir KHK ile “sadakat yükümlülüğünü ihlal ettiği için değil”, “terör örgütü üyesi olduğu gerekçesiyle” hiçbir somut delil gösterilmeden, savunması alınmadan, adil bir yargılama süreci işletilmeden ve yürütme organının (ve daha sonra yasama organın) bir işlemi ile suçlu ilan edilmiş, masumiyet karinesi yok sayılmış ve kamu görevinden çıkarılmıştır. İdare mahkemesi kararında dayanılan deliller incelendiğinde görüleceği gibi, davacıya atfedilen ve neredeyse tamamı işlendiği zaman yasal faaliyetler olan tüm deliller, kamu görevinden çıkarıldıktan sonra toplanmış olup, ihraç kararından önce toplanmış herhangi bir somut delil de gösterilmemiştir. Bu nedenle, hukuk devleti ilkesinin tüm gerekleri ihlal edilerek verilen kamu görevinden çıkarma cezası Anayasanın 2. Maddesini ihlal etmiş olup, söz konusu işlemin iptali gerekirken, dava reddedilmiştir. Anayasanın değiştirilmesi dahi teklif edilemeyecek bir ilkesini ihlal edilerek verilen ceza ve aynı ilkeyi ihlal eden ilk derece mahkemesi kararı kaldırılmalıdır.
38. İdare Mahkemesi kararında şu değerlendirme de yer almıştır:

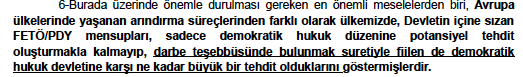


1. İdare mahkemesi kararında *arındırma politikasına* atıfta bulunularak Berlin Duvarı’nın yıkılmasından sonraki (Soğuk Savaş Sonrası) rejim değişiklikleri çerçevesinde uygulanan politikalara vurgu yapılmış ve 15 Temmuz 2016 sonrası Türkiye’de de rejim değişikliği yaşandığı ima edilmiştir. Bugüne kadar gerçekleştirilen arındırma politikalarının (*lustration*) tamamı, diktatörlükten demokratik rejime geçen ülkelerde yaşanmış ve diktatörleri savunan kamu görevlileri kamu yönetiminden arındırılmıştır. Arındırma konusunda diktatörlükten demokratik rejime geçen devletlerin takdir yetkisinin olduğu açıktır. Ancak Venedik Komisyonunun 13 Mart 2017 tarihinde yayınladığı Raporda belirttiği gibi, 15 Temmuz 2016 sonrası ilan edilen OHAL döneminde Türkiye’de kuvvetler ayrılığına son verilmiş ve yasama, yürütme ve yargıya tek kişinin hâkim olduğu bir sistem (kuvvetler birliği) oluşturulmuştur. Dolayısıyla, idare mahkemesi kararındaki, demokratik rejimde sadakat yükümlülüğünü ihlal etme iddiası temelsizdir. Kuvvetler ayrılığı, demokratik rejimin olmazsa olmaz unsurları arasında olup, kuvvetler birliği ile demokratik rejim hiçbir şekilde bağdaşmaz.
2. Ayrıca, arındırma politikalarındaki temel amaç demokratik rejimde “*sadakat yükümlülüğüne aykırı davranan kamu görevlilerini tasfiye etmek*” ise de davacının sadakat yükümlülüğünü ihlal ettiğini veya (genel olarak iddia edildiği gibi) devletin gizli bilgilerini belirtilen örgüte verdiğini gösteren en küçük delil başlangıcı dahi yoktur. İdare mahkemesi kararının gerekçesi incelendiğinde görüleceği gibi, işlendiği zaman tamamen yasal olan faaliyetlere dayanılarak (kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi ihlal edilerek) davacı terör örgütü üyeliği ile suçlanıp, yasal faaliyetler gerekçe gösterilerek sadakat yükümlülüğünü ihlal ettiği iddia edilerek cezalandırılmış ve bu cezanın kaldırılması için açtığı dava reddedilmiştir. Kısaca, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesine aykırı olarak istinafa konu dava reddedildiği için, ilk derece mahkemesi kararı kaldırılarak bahse konu işlemin iptali gerekir.
3. İdare Mahkemesi kararında şu gerekçeye de dayanılmıştır:

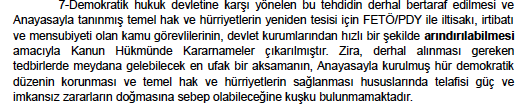
https://lh4.googleusercontent.com/OtVGOXE_D3bfgU0-JfqconzVltAWNTJguSnaw6GnHNknFjOc_leyxNYGirP4Ed7CLL6PLR5dKiTRsWUlxeTVERYd7NcOULH3SOP--5CCAq-NYUbwPBLZU9dZozcjjvgUXs5LnHMJB7W6wIz2sA

https://lh3.googleusercontent.com/pwmWJeCb4ruXDhvJ3qfmNywiL8SjtKYwlxgHpWFIBqoWXbaxWYBloz4CbqLQgI2BmvBkdlAT9MzRYjAKqNS7Q31_fZhppn3wjqckgCgCIO8eTdKOiVf6WjDoOkTBbyDRWdYhYBRx6R3-yQqM4g

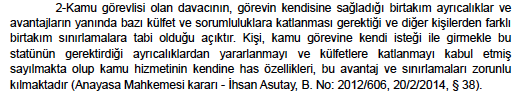
1. Davacının, kamu görevlisi olduğu dönemdeki tüm faaliyetleri yasalara uygun olarak gerçekleşmiş olup, demokratik olarak seçilmiş Hükümete icra işlevinde yardımdan başka yasa dışı hiçbir faaliyeti olmamıştır. Hükümete engel olma gibi bir faaliyeti aklının ucundan dahi geçirmemiştir. Bu durumun aksini gösteren herhangi bir soruşturma dahi geçirmemiştir.
2. İdare Mahkemesi kararında şu ifadelere de yer verilmiştir:

****

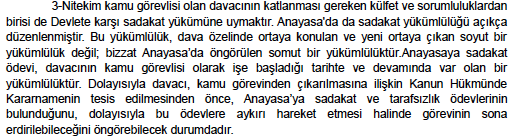
1. Bir an için 15 Temmuz 2016 tarihli darbe girişimini belirtilen örgüte mensup askerlerin organize ve orkestra ettiği varsayılsa dahi, davacının darbe girişimiyle yakından uzaktan hiçbir ilgisi yoktur. Darbe girişiminin yaşandığı tarihe kadar bahse konu oluşumun herhangi bir şiddete başvurduğunu gösteren bir eylemi de bulunmamaktadır. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri **Nils Muiznieks** 7 Ekim 2016 tarihinde yayınladığı *Memorandum on the human rights implications of the measures taken under the state of emergency in Turkey* (CommDH(2016)35) isimli Memorandum’da, belirttiği gibi, :§ 20- “… *Komiser, bu örgütün* (Gülen grubu), *terörizmin tanımının olmazsa olmaz bileşeni olan şiddet kullanma unsurunun darbe girişimi olana kadar Türkiye toplumuna görünür hale gelmediğine dikkat çekmek durumundadır...*” … “§ 22*-* ***Komiser, yetkilileri, Fetullah Gülen hareketi ile bağlantılı olsa bile yasal olarak kurulmuş ve faaliyet gösteren kuruluşlara sadece üyelik ya da bu kuruluşlarla irtibatın cezai sorumluluk oluşturmak için yeterli olmadığını ve terör suçlamasının 15 Temmuz tarihinden önceki eylemlere geriye dönük olarak uygulanmayacağını sarih biçimde ifade eder…***”. Dolayısıyla, davacı darbe girişiminin gerçekleştirildiği tarihten önceki tamamen yasal faaliyetleri nedeniyle sorumlu tutulamaz; terör örgütü üyesi olmakla suçlanamaz. Zira *terörizmin tanımının olmazsa olmaz bileşeni olan şiddet kullanma unsuru darbe girişimi olana kadar* gerçekleşmediği için 15 Temmuz 2016 tarihine kadar bahse konu yapı terör örgütü olarak gösterilemez. Bu nedenledir ki, Sayın Cumhurbaşkanı da, **16 Temmuz 2016 tarihinde** saat 03.21 civarında İstanbul Havaalanında yaptığı açıklamada, darbe girişiminin paralel yapıya mensup askerlerce gerçekleştirildiğini beyan ettikten sonra, “***Bu grubun silahlı terör örgütü olduğu AÇIĞA ÇIKMIŞTIR***” demiştir. Ak Parti kurucularından olan, TBMM eski Başkanı ve Başbakan eski yardımcısı Sayın Bülent Arınç da, **21 Temmuz 2016** tarihinde, “***Silahlı terör örgütünün Fetullahçı olduğunu o gece öğrendim***” açıklamasını yapmıştır. Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreter Yardımcısı ve Sözcüsü İbrahim Kalın da, Türkiye’nin “***15 Temmuz 2016 tarihinden bu yana yeni bir terör örgütü ile*** *karşı karşıya olduğunu*” 19 Ağustos 2016 tarihinde ifade etmiştir.
2. İdare Mahkemesi kararından, davacıya atfedilen eylemin “*terör örgütü üyeliği nedeniyle sadakat yükümlülüğünü ihlal*” olduğu anlaşılmaktadır. Gülen Hareketi isimli oluşumun 15 Temmuz 2016 tarihinde terör örgütüne dönüştüğü, devletin açık ve gizli tüm bilgilerine sahip Sayın Cumhurbaşkanınca beyan edildiğine göre, bu tarihten önce belirtilen isimde bir terör örgütü yoktur. Bir an için yukarıda belirtilen MGK kararının hukuken geçerli ve bağlayıcı olduğu varsayılsa dahi, söz konusu oluşumun terör örgütü ilan edildiği ilk tarih 26 Mayıs 2016 tarihidir. Bu tarihten önce, kesinleşmiş mahkeme kararıyla sabit olmuş ve ilan edilmiş bir örgüt bulunmadığı için, davacıya atfedilecek sorumluluk en erken 26 Mayıs 2016 tarihinden itibaren başlar. Zira bu tarihten önce bahse konu isimde herhangi bir terör örgütü yoktur; eğer olsaydı, MGK ve Bakanlar Kurulu abesle iştigal edip bu oluşumu 26-30 Mayıs 2016 tarihlerinde terör örgütü ilan etmezdi. Dolayısıyla, 26 Mayıs 2016 öncesinde olmayan terör örgütüne üyelikten bahsedilemeyeceği için, bu tarihten önce gerçekleştirilmiş yasal faaliyetler gerekçe gösterilerek davacıya terör örgütü üyesi suçlaması yapılıp sadakat yükümlülüğünü ihlal ettiği iddia edilemez. Davacı, sadece 15 Temmuz 2016 sonrası iradi faaliyetlerinden dolayı sorumlu tutulabilir. Aksi durum suç ve cezaların geçmişe yürümezliği ilkesini ihlal eder.
3. İdare Mahkemesi kararında şu gerekçeye de dayanılmıştır:

****

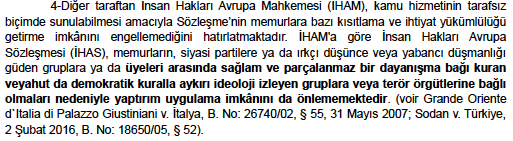
1. Türkiye Cumhuriyeti bir demokratik hukuk devleti ise, 15 Temmuz 2016 sonrası yapılması gereken şuydu: 15 Temmuz 2016 tarihli darbe girişimine fiilen katılan ve bu girişimi planlayıp uygulayan tüm kamu görevlilerinin derhal görevlerine son verilip, bu tarihte bahse konu oluşumun bir terör örgütüne dönüştüğü ilan edilerek, 15 Temmuz 2016 sonrası bu yapıyla herhangi bir şekilde irtibatı olanların kamu görevine son verileceği deklare edilip, bunun gereği yapılmalıydı. Zira “terör örgütü suçu” kasten işlenebilen bir suçtur; kast bu suçun kurucu unsurlarından biridir. Kast olmazsa bu suç oluşmaz. Kişiler sadece bir yapının terör örgütü olduğunu bilerek ve isteyerek, üyelik göstergesi eylemlerde bulunursa, terör örgütü üyeliği ile suçlanabilirler. Söz konusu oluşumun 15 Temmuz 2016 tarihinde şiddete başvurduğu (terör örgütüne dönüştüğü) belirtildiğine göre, bireyler sadece bu tarihten sonraki eylemleriyle sorumlu tutulabilirler. Ancak davacı, tamamı geçmişte gerçekleşmiş yasal faaliyetlere dayalı olarak terör örgütü üyeliği ile suçlanıp cezalandırıldığı için, idare mahkemesi kararında belirtilen gerekçenin, “demokratik hukuk devleti” vurgusunun herhangi bir geçerliliği yoktur. Zira somut olayda, geçmişteki yasal faaliyetler gerekçe gösterilerek davacı cezalandırıldığı için, suç ve cezaların geçmişe yürümezliği, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi ve hukuk devleti ilkesi gibi en temel hukuk ilkeleri ihlal edilmiştir.
2. Ayrıca, davacı silah kullanma yetkisine sahip bir kamu görevlisi değildir; 19 Temmuz 2016 tarihli Genel Kurmay Başkanlığı Açıklamasında belirtildiği gibi, darbe girişimi belirtilen tarihte tamamen bastırılmış, darbeci tüm askerler de Silahlı Kuvvetlerden ihraç edilmiştir. Dolayısıyla, kararda belirtilen “*Anayasayla kurulmuş hür demokratik düzenin (liberal demokratik rejimin) korunması ve temel hak ve hürriyetlerin sağlanması hususlarında telafisi güç ve imkânsız zararların doğacağı*” iddiası temelsizdir. Darbe girişiminde bulunma ihtimali bulunmayan, olsaydı 15 Temmuz darbe girişimine fiilen iştirak ederdi, davacıya uygulanan cezanın darbe girişimini bastırma, temel hak ve hürriyetleri ve liberal demokratik rejimi koruma amacı ile herhangi bir ilişkisi yoktur. Aksine, masumiyet karinesi gibi OHAL döneminde dahi ihlal edilemeyecek bir hak ihlal edilerek davacı cezalandırılmış ve davacının birçok insan hakkı (aşağıya bakınız) ihlal edilmiştir.
3. Uzunca bir süre Ak Partiyi desteklediği bilinen gazeteci Fehmi Koru, 6 Ocak 2019 tarihinde TV5 isimli televizyon kanalında “*Çağlar Cilara ile Gündemdekiler*” programında, Türkiye’nin 2019 yılı başındaki durumunu şu şekilde tarif etmiştir: “*Ak Parti demokrasiden hâlâ bahsediyor ama demokrasinin temel birtakım kuralları var ki, bugün Türkiye’de uygulanmıyor. Hukuk devleti; evet hukuk devleti hâlâ Anayasada Türkiye Cumhuriyetinin sıfat(lar)ı (arasında) duruyor; Ak Parti de hukuk devleti olması iddiasında değil. Ama hukuk devleti ilkelerinin pek fazla söz konusu olmadığı bir Türkiye’de yaşıyoruz bugün. İnsan hakları noktasına gelince, 2000 yılında cezaevlerinde bulunan insan sayısının bugün neredeyse 10 misline yakın insan sayısı karşısında bulunuyoruz. Gazetecilerin cezaevlerinde bulunabildiği bir ülke görüntüsü veriyoruz. Her ne kadar onlara gazeteci demek istemeseler bile, neticede gazeteci oldukları bilinen 100’ün üzerinde insan şu anda cezaevlerinde.*”
4. Gazeteci Nevşin Mengü, 7 Ocak 2019 tarihinde TV5 isimli televizyon kanalında, gazeteci Çağlar Cilara’nın 2018 yılının muhasebesine ilişkin sorusuna şu cevabı vermiştir: 2018’de “*Yeni bir rejime geçildi; başkanlık rejimi. Gelinen nokta da aslında Türkiye’de hiçbir kurumun kalmadığını görüyoruz. Hiçbir kurum yok. Hiçbir kurum çalışmıyor. Türkiye’de her konuda bir kişinin iki dudağının arasından çıkan sözlere göre karar veriliyor. Her konuda. Yani kimin tutuklanacağından kimin serbest bırakılacağına kadar… Türkiye’de her şey bir kişiye ayarlı. Türkiye buna dönüştü. …*”
5. Venedik Komisyonu, 20 Haziran 2015 tarihinde yayınladığı Deklarasyonda, Türkiye’de yargının bağımsızlık açısından yeterli güvencelere sahip olmadığını (… *there are insufficient guarantees for the independence of the judiciary in Turkey.*), HSYK’nın derdest davalara müdahale ettiğini, yürütmenin HSYK üzerindeki etkisinin azaltılması ve hakimlerin rızaları dışında görevlerinden alınamamaları için yasal ve anayasal güvenceler öngörülmesi gerektiğini deklare etmiştir. Venedik Komisyonu 13 Mart 2017 tarihinde yayınladığı Raporda, 15 Temmuz 2016 sonrası ilan edilen OHAL döneminde Türkiye’de kuvvetler ayrılığına son verildiğini ve yasama, yürütme ve yargıya tek kişinin hâkim olduğu bir sistem (kuvvetler birliği) oluşturulduğunu ifade etmiştir. Avrupa Komisyonu (the European Commission) da, “2018 Türkiye Raporu” başlıklı ve 18 Nisan 2018 tarihli (SWD(2018)) genişleme sürecine dair raporda şu hususlara vurgu yapmıştır: “*2016 yılındaki darbe girişimi sonrası yargı mensuplarının % 30’unun meslekten ihraç edildiğini, bu durumun, zaten geçmişte de yeterince bağımsız olmayan Türk yargısının bağımsızlığını bir bütün olarak zayıflattığını, diğer hakimler üzerinde oto sansüre yol açtığını ve olumsuz tesirler oluşturduğunu, yargı bağımsızlığını tekrar yerleştirmek için yasal değişiklikler yapılmadığını, tam tersine 16 Nisan 2017 tarihli Anayasa değişikliği ile HSK’nın yürütme organından bağımsızlığının altının tamamen oyulduğunu tespit eder*.” Avrupa Parlamentosu (the European Parliament) ise 8 Şubat 2018 tarihinde yayınladığı “Türkiye’de İnsan Haklarının Güncel Durumu” isimli raporda şu değerlendirmede bulunmuştur: “*Parlamento, Türkiye’de temel hak ve hürriyetlerin ve hukuk devleti ilkesinin devam ededuran kötüye gidişi ve* ***yargının bağımsız olmayışı*** *(lack of judicial indepence) hususlarında derin kaygı duyduğunu açıklar; keyfi tutuklama uygulamasını ve on binlerce kişinin adli ve idari soruşturmalarla taciz edilmesini kınar.*”
6. Kuvvetler ayrılığına son verilmiş ve yasama, yürütme ve yargıya tek kişinin hâkim olduğu, (Fehmi Koru’nun ifadesiyle) demokrasinin temel kurallarının, hukuk devleti ilkelerinin, insan haklarının ve özellikle de basın özgürlüğünün gereklerinin uygulanmadığı, (Nevşin Mengü ile Avrupa Komisyonu, Avrupa Parlamentosu ve Venedik Komisyonunun değerlendirmelerinde yer verildiği gibi) *yargı bağımsızlığının gereklerine uyulmadığı* bir sisteme idare mahkemesince ***hür demokratik rejim*** (liberal demokrasi) nitelendirilmesi yapılması son derece iddialıdır. Davacının aşağıda sıralanan temel haklarını ihlal eden ve savunması dahi alınmadan mahkûm edildiği “ağırlaştırılmış müebbet” kamu görevinden çıkarılma cezasının bizzat kendisi, liberal demokrasinin gereklerine aykırıdır. Türkiye’de Anayasanın açık hükümleri herkesin gözü önünde uygulanmamaktadır; bunun en açık örneğini, OHAL kalkmış olmasına rağmen, Anayasanın 129 § 2 ve 139. Maddeleri ile Anayasanın üstünlüğünü öngören 11. maddesi oluşturmaktadır. OHAL durumuna 19 Temmuz 2018 tarihinde son verilmiş olmasına rağmen, onlarca kamu görevlisi, hiçbir şekilde savunmaları alınmadan, tek taraflı bir işlemle kamu görevinden çıkarılmıştır; çıkarılmaya devam etmektedir. Kamu görevlilerinin savunmalarını dahi almadan meslekten ihracına devam edilmesi, Anayasanın 129 § 2 hükmünün uygulanmadığının açık kanıtıdır. “*Hakimler ve savcılar azlolunamaz*” (AY m. 139) hükmüne rağmen, 10 Ocak 2019 tarihinde HSK hiçbir savunma almadan ve adil bir yargılama süreci yürütmeden 17 hâkim ve savcıyı, terör örgütü üyesi olarak ilan ederek meslekten ihraç etmiştir. Bu uygulama, Anayasanın 38 § 4 ve 139. maddelerinin ve dolayısıyla yargı bağımsızlığına ilişkin 9. maddenin uygulamada olmadığı anlamına gelmektedir.  Kanunlar Anayasaya aykırı olamayacağına göre (AY m. 11 § 2), 25 Temmuz 2018 tarihli kanun söz konusu uygulamalara bahane yapılamaz. Anayasanın uygulanmayan hükümleri arasında Anayasanın 94. Maddesi de bulunmaktadır. Anayasal hükümleri uygulanmayan bir sisteme “hür demokratik rejim” denemez. Bir hukuk devletinde, önce kamu otoriteleri Anayasa ve yasalara uygun davranacak, sadakat gösterecek, daha sonra vatandaştan Anayasa ve yasalara uygun davranmayı ve sadakat göstermesini bekleyecektir. Anayasaya sadakat yükümlülüğü, öncelikle kamu otoritelerinin ödevidir. Liberal demokrasinin en önemli gereği, Anayasal hükümlerle iktidarın sınırlandırılmasıdır. Anayasal hükümler açıkça uygulanmıyorsa, iktidarın sınırlandırıldığından ve ‘hür demokratik rejim’den bahsedilemez. Liberal demokrasilerde Anayasanın ana varlık nedeni iktidarın faaliyetlerini sınırlandırıp bireylerin temel hak ve hürriyetlerini güvence altına almaktır; insan haklarının ihlal edilmesini önlemektir. İktidarı sınırlandırmanın yöntemlerinden biri de kuvvetler ayrılığı sistemini uygulamaya geçirmektir. Anayasal hükümlere uygun davranmak, kuvvetler ayrılığı, yargı bağımsızlığı, hukuk devleti ve basın özgürlüğü başta olmak üzere insan haklarının etkin olarak korunması, liberal demokrasinin olmazsa olmaz unsurları arasındadır. Yukarıdaki örnekler dikkate alındığında, Anayasal hükümlerin, kuvvetler ayrılığı, yargı bağımsızlığı ve hukuk devletinin temel ilkelerinin uygulanmadığı bir sistem, idare mahkemesi kararında sıkça belirtildiği gibi ‘*hür demokratik rejim*’ olamaz. Olmayan hür demokratik rejime ve uygulanmayan Anayasaya sadakat yükümlülüğü de temelsiz kalmaktadır. Anayasanın öngördüğü hür demokratik rejimin gereklerine aykırı olduğu için davacıya uygulanan “*ağırlaştırılmış* *müebbet kamu görevinden çıkarma cezasının*” iptali gerekirken, davanın reddi yönünde verilen ilk derece mahkemesi kararı kaldırılmalı ve dava konusu işlem iptal edilmelidir.
7. **“*Uyuşmazlık Konusu Olayın Değerlendirilmesi*” Başlığı Altında Belirtilenler Hususundaki Görüşlerimiz**
8. **Bazı Genel Değerlendirmelere Dair Görüşlerimiz**
9. Bu başlık altında, idare mahkemesi ilk olarak şu değerlendirmeye yer vermiştir:



1. AİHM’ye göre, bir kişi “*kamu görevlisi (olmakla), deneme sürecinde olanlar dahil, Sözleşmenin kapsamından çıkmaz; Sözleşmede korunan hak ve özgürlüklerden yararlanmaya devam eder*” (*Leander v. Switzerland*, § 71). Kamu görevlilerinin bazı ödev ve sorumlulukları bulunsa da, kamu görevlileri de AİHS’de korunan haklardan (örneğin 10. maddede korunan ifade özgürlüğünden) yararlanmaya devam ederler (*Vogt v. Germany*, § 53). AİHM’nin bu ve benzeri kararlarından anlaşılacağı gibi, bir kişi kamu görevlisi olmakla, Anayasa ve AİHS’de korunan hak ve özgürlükleri kullanmaktan vazgeçmiş olmaz. Kamu görevlisi de olsa, birey, yaşam hakkına, özgürlük ve güvenlik hakkına, adil yargılanma hakkına, yargılanmadan suçlu ilan edilmeme hakkına (masumiyet karinesi), işkence ve kötü muameleye tabi tutulmama hakkına, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinden yararlanma hakkına, özel hayat, aile hayatı ve iletişim özgürlüğüne saygı hakkına, din ve vicdan özgürlüğüne, ifade özgürlüğüne, dernek (örgütlenme) ve barışçıl toplanma ve gösteri özgürlüğüne, eğitim hakkına, mülkiyet hakkına ve *non bis in idem* ilkesinden yararlanma hakkı gibi hak ve özgürlüklere saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Kamu görevlisinin sadakat yükümlülüğü, temel hak ve özgürlüklerden yararlanmaya engel değildir; sadakat yükümlülüğü ile diğer ödev ve sorumluluklar çerçevesindeki tüm yükümlülükler, temel hakların özüne dokunmamak kaydıyla (AY m. 13), ölçülü olarak (ve genellikle iş yeri ile sınırlı olarak) öngörülebilir. Somut olayda uygulanan ceza (*ağırlaştırılmış müebbet kamu görevinden çıkarılma cezası*), özellikle Anayasanın 70. Maddesinde korunan temel bir hakkı, davacı dahil 150 000’den fazla kişi için tamamen yürürlükten kaldırdığı, hakkı kökten ortadan kaldırdığı ve Anayasa hükmünü 150 000’den fazla bir grup için ilga ettiği için, hakkı tamamen yok etmiştir; dolayısıyla ölçülü olduğunu söylemek akla aykırı bir iddia olur.
2. İdare mahkemesi ayrıca şu değerlendirmeği kararına gerekçe yapmıştır:



1. Davacı, kamu görevlisi olduğu tarihten itibaren sadakat yükümlülüğü altına girdiğinin bilincinde olarak hareket etmiş ise de sadakat yükümlülüğünün içeriğinin zamana göre değişebileceğini öngörememiştir. Aralık 2013 öncesi tüm iktidar mensuplarının desteklediği, teşvik ettiği ve açıktan birlikte hareket ettikleri bir grubun, mahkeme kararı olmadan veya ilan edilmeden terör örgütü olduğunu kestirememiş, sadakat yükümlülüğünün içeriğinin bir gün keyfi olarak yorumlanıp, kendisine yasalarda öngörülmemiş bir cezanın verilebileceğini öngörememiştir. Sadakat yükümlülüğünün bilincinde olsa da bu yükümlülüğünün içeriğinin hukuk devleti ilkesinin gereklerine aykırı şekilde yorumlanarak, tamamen yasal faaliyetlerin bu yükümlülüğü ihlal ettiğine dayanak yapılabileceğini öngörememiştir. Sadakat yükümlülüğü gibi soyut bir kavramın, muğlak ve keyfi yorumlanıp uygulanabileceğini ve yasal faaliyetlerin bu yükümlülüğü ihlal ettiğine hükmedilip, önceden öngörülmemiş bir cezaya maruz kalabileceğini öngörememiştir. Davacı, bir suçlama ile karşılaşırsa savunma hakkının olduğunu, memuriyetten çıkarılırsa mahkemeye başvurabileceğini öngörmüş ise de “*bankaya para yatırma, sendika üyesi olma ve çocuğunu özel bir okula gönderme*” gibi işlendiği zaman tamamen yasal olan faaliyetlerin (geçmişe dönük olarak) terör örgütü suçlamasına dayanak yapılarak cezalandırılabileceğini gerçekten öngörememiştir. Anayasanın 38 § 1 hükmü açıkça yasakladığı için, sonradan çıkarılan KHK ile öngörülen *ağırlaştırılmış müebbet kamu görevinden çıkarma cezası* gibi bir cezaya (yasalarda önceden öngörülmediği için) çarptırılabileceğini gerçekten öngörememiştir. Türkiye’nin hukuk devleti olduğunu düşünerek, bu türden temel Anayasal normların askıya alınabileceğini de öngörememiştir. Esasında, hukuk eğitimi almış insanlar dahil, işlendiği zaman tamamen yasal olan faaliyetlerin bir gün terör örgütü üyeliği suçlamasına dayanak yapılarak, bir KHK ile kişilerin terör örgütü üyesi ilan edilip, yasalarda olmayan bir cezaya çarptırılacağını hiç kimse öngöremezdi. Davacı, savunması alınmadan, önceden yasalara uygun olarak toplanmış deliller gösterilmeden, bir KHK ile, terör örgütü üyesi ilan edilip masumiyet karinesi ihlal edilerek, önceden öngörülmemiş bir cezaya (ağırlaştırılmış müebbet kamu görevinden çıkarma cezasına) çarptırılabileceğini öngörememiş, hukuk devleti olduğu Anayasasında yazılı bir devlette bu durumun yaşanmasının imkânsız olduğunu öngörmüştür. Davacı, başkalarının eylemlerine dayalı olarak kendisinin de suçlanıp, hiçbir işleme gerek kalmadan kamu görevinden sürekli olarak çıkarılabileceğini de öngörememiştir; zira hukukun en temel prensiplerinden biri olan *suç ve cezaların şahsiliği ilkesinin* yürürlükte olduğu bir devlette, bunun mümkün olamayacağını öngörmüştür. Suç ve cezaların şahsiliği ilkesinin ihlalinin en açık delili, istinafa konu idare mahkemesi kararındaki gerekçedir. Ayrıca, yasalarda olmayan ve sonradan çıkarılmış cezalar, sadece KHK’nın çıkarıldığı tarihten sonraki eylemler için uygulanırsa öngörülebilir olur. Bu ceza, geçmişteki faaliyetlere uygulanırsa Anayasa ihlal edilmiş olur. Anayasanın 38 § 1 hükmüne göre, “*Kimse işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz; kimseye suç işlendiği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez*.” Davacının bir an için sadakat yükümlülüğünü ihlal ettiği varsayılsa dahi, bu durumda uygulanacak ceza KHK ile sonradan öngörülmüş olan *ağırlaştırılmış müebbet kamu görevinden çıkarma ve benzer işleri de yapamama cezası* değildir. Devlet Memurları Kanunundaki olağan “*memuriyetten çıkarma cezasıdır*”.  “*Hiç kimse işlendiği zaman ulusal ve uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır olan bir ceza verilemez*.” (AİHS m. 7 § 1). Kısaca, idare mahkemesi kararında, davacının sadakat yükümlülüğünü önceden bildiği için bu yükümlülüğün ihlali durumunda kamu görevinden çıkarılacağını öngörebildiği ima edilmiş ise de ‘dayanılan gerekçeler’ ve ‘uygulanan ceza’ dikkate alındığında, somut olayda “*uygulaması öngörülebilir bir normdan*” bahsetmek imkânsızdır. Kısaca, yaptırıma dayanak yapılan Anayasa hükmü (AY m. 129 § 1), ‘erişilebilir’ olsa da ‘uygulaması öngörülemez’ olduğu için bahse konu cezaya ve insan haklarına müdahaleye yasal dayanak da olamaz.
2. Davacı sadakat yükümlülüğünün olduğunu bilmekte olup, bu yükümlülüğüne aykırı hareket ettiğini gösteren hiçbir somut delil yoktur. Olsaydı, 15 Temmuz 2016 öncesi hakkında soruşturma açılıp disiplin süreci işletilmesi gerekirdi. Sonradan (26 Mayıs 2016) ilan edilmiş bir terör örgütüne, bu tarihten önceki yasal faaliyetleri gerekçe gösterilerek üye olduğu gerekçesiyle sadakat yükümlülüğünü ihlal ettiğini iddia edenler, Anayasanın açık hükümlerine (AY m. 2, 15, 38 § 1, 118, 121, 129, 139 gibi) ve hukukun en temel prensiplerine (suç ve cezaların geriye yürümezliği, şahsiliği, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi, öngörülebilirlik, hukuk devleti ve keyfilik yasağı gibi) aykırı karar vermektedirler. Anayasanın birçok hükmünü ve en temel hukuk normlarını açıkça ihlal eden idare mahkemesi kararı kaldırılmalı ve dava konusu işlem iptal edilmelidir.
3. İdare mahkemesi kararında şu değerlendirme de davanın reddine gerekçe yapılmıştır:



1. Davacıya atfedilen eylemler dikkate alındığında, kamu hizmetini tarafsız biçimde sunmadığına dair herhangi bir suçlama bulunmadığı gibi, kamu görevini yürütürken tarafsızlığa aykırı şekilde davrandığını gösteren en küçük bir delil de yoktur. Olsaydı, 15 Temmuz 2016 öncesi hakkında meşru bir şekilde soruşturma açılır ve cezalandırılırdı. Yukarıdaki değerlendirme doğru olsa da bu suçlamaların her somut olayda, tek tek her davacı açısından, hukuka uygun ve yeterli delille ispatlanması gerekir. Kaldı ki, yukarıda belirtildiği gibi, somut olayda kamu görevinden çıkarmaya gerekçe yapılan eylem, “*terör örgütü üyeliği*” olup, 26 Mayıs 2016 öncesine kadar bahse konu yapılanma terör örgütü ilan edilmemiştir; yasaklanmadığı ve bu tarihten önce mahkeme kararıyla da suç örgütü olduğu saptanmadığı için, 26 Mayıs 2016 tarihine kadar yasal bir oluşumdur; bir an için iddiaların doğru olduğu varsayılsa dahi, (geçmişteki) yasal bir oluşumla irtibat terör örgütü üyeliği suçlamasına dayanak yapılamaz. Sadece 26 Mayıs 2016 tarihi sonrası iradi eylemler bu suçlamaya dayanak yapılabilir.
2. Ayrıca, yaptırım hususuna gelince, söz konusu yaptırım, önceden öngörülmüş bir yaptırım (ceza) olması kaydıyla AİHS’ye uygun olabilir. Sonradan çıkarılan bir KHK ile yeni cezalar öngörüp (ağırlaştırılmış müebbet kamu görevinden çıkarma cezası), bu cezalar geçmişe dönük olarak uygulanamaz. Cezalar geçmişe yürür şekilde uygulanırsa AİHS’nin 7. Maddesi açıkça ihlal edilmiş olur. “*Hiç kimse işlendiği zaman ulusal ve uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır olan bir ceza verilemez*.” (AİHS m. 7 § 1). Anayasanın 38 § 1 hükmüne göre de “*Kimse işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılamaz; kimseye suç işlendiği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.*” Somut olayda ceza hukuku anlamında bir ceza olduğu yukarıda açıklanmış olup, davacıya işlendiği zaman yürürlükte bulunmayan “ağırlaştırılmış müebbet kamu görevinden çıkarma cezası” verilmiştir. Bu uygulama, Anayasanın belirtilen hükmünün ikinci cümlesindeki yasağı da açıkça ihlal etmektedir. Bu ceza, AİHS’nin OHAL döneminde dahi ihlal edilemeyecek hükümlerinden biri olan kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesini (AİHS m. 7) de ihlal etmektedir. Tüm bu nedenlerle, Anayasa ve AİHS’ye açıkça aykırı olan işlemin iptali için açılan davanın reddine dair karar hukuka aykırı olduğu için kaldırılmalı ve anayasa dışı işlem iptal edilmelidir.
3. İdare mahkemesi kararının gerekçesinde şu değerlendirmeye de dayanılmıştır:

https://lh3.googleusercontent.com/z1xD8A_3PZPuXMBczUb72QGHsvPOhzPBRA9WFxGgtSRlf3kbTYuSslHrVQQcFA2z5VhaGhw1RcVOUQWpWaybIO9FEQcJoS_DwNu0YGVIoMMi9apbK7CSBb30KI81AcI2GMz5Ib0FVdwLHKeJzA

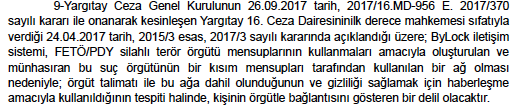
https://lh4.googleusercontent.com/iWe3NwEq-XfH5HAJkklcQafx2sW6YGtsmfwVOYWDikTEHp0Mdru8uDsX0zr4HZ5mqVrgEQ3Uv5gAWHX8yrsf4a2qxDdDBSEEo24BTQTpSzPdccMyEGznncPGVj9lEBM9WOz1iu0KG3PpD2E6Fw

https://lh6.googleusercontent.com/oLkWDjeT4PhHTMDf101i94UCRWjejCVBboe0HG27Xrsx9c3fOd-R0ifz898TiIKSWLoIzUMotL4GF9TNb0YMZIYo9VtLDzNzg6qAZtVX4ugF4Od3_eimBwfrPDqTit5o4aHaGXEuBiekBGIUsQ

1. Hemen belirtilmelidir ki, “kelime oyunlarına” gerek yoktur. Bu kavramların tamamı sonuçta aynı anlama gelmekte, aynı cezalandırmaya yol açmaktadır. Kaldı ki, KHK’da, hangi kamu görevlisinin “üyelikten (mensubiyet)” hangisinin “iltisak” veya “irtibattan” cezalandırıldığı da belirtilmemiş, sonuçta ek listelerde belirtilen herkes aynı zamanda “*terör örgütüne mensubiyetle*” (üyelikle) de suçlanmıştır. Ayrıca, Avrupa Konseyi kurumlarının da belirttiği gibi, bu şekilde muğlak bir kanun yazma tekniği, öngörülebilirlik ilkesini (*foreseeability*) açıkça ihlal etmektedir. Bu durum, KHK hükmünün açıkça muğlak, keyfiliğe açık, net ve belirgin olmadığını (*clear and precise*), öngörülebilir olmadığının idare mahkemesince de kabul edildiğini göstermektedir. Oysa kişilerin temel haklarına müdahale oluşturan yaptırımlar öngören her türlü yasal norm erişilebilir ve öngörülebilir olmak zorundadır. AİHM’ye göre, “ulusal yasalar açık, öngörülebilir ve yeterli şekilde erişilebilir olmak zorundadır” (“*The national law must be clear, foreseeable and adequatly accessible”. Bkz. Silver and Others v. the United Kingdom*, § 87). Bu duruma, “*yeterince öngörülebilirlik*” de dahil olup, kanunlar, bireylerin kanuna uygun olarak hareket etmesine imkân verecek netlikte olmalı ve bireyler idarenin takdir yetkisini dahi öngörebilecek imkâna sahip olmalıdır (*Shimovolos v. Russia*, § 68). Bu nitelikler bir yasanın olmazsa olmaz nitelikleri arasında olup, öngörülebilir olmayan bir düzenleme, AİHS anlamında “*kanun*” olarak nitelendirilemez; bu niteliklerden yoksun bir kanun, temel haklara müdahaleye yasal dayanak olamaz. Somut olaydaki yaptırımın kaynağı olan KHK ve (TBMM tarafından daha sonra yasalaştığı için) onay kanunu, son derece muğlak ve uygulaması öngörülebilir olmadığı için, birçok temel hakka müdahale oluşturan söz konusu yaptırıma dayanak olamaz. Bu nedenle de yasal dayanaktan yoksun olan işlemin iptali gerekirken, davanın reddi yönünde verilen karar kaldırılmalı ve istinafa konu işlem iptal edilmelidir.
2. **Davanın Reddine Dayanak Yapılan “Faaliyetler” Konusundaki Görüşlerimiz**
3. Davacı “FETÖ/PDY” ismi verilen örgüte üyelikle suçlanıp bir KHK’nın ekindeki listede ismine yer verilerek kamu görevinden çıkarılmıştır. Dolayısıyla atılı suç *terör örgütüne üyelik suçu* olup, bu suçun davacı tarafından işlendiğini göstermek için aşağıdaki “*faaliyetler*” ret kararına dayanak yapılmıştır. Eş ifade ile idare mahkemesinin gerekçesinde davacının bahse konu örgütle bağını göstermek için şu faaliyetlere dayanılmıştır:

**Açıklama**: Dilekçenin buradan aşağısını, davacı olarak sizler durumunuza uyarlamalısınız. Yukarıda yazılanların tamamı, tüm davacıları kapsayacak şekilde gerekçeler olup, aşağıdaki hususlar her davacı için değişebilir. Aşağıda yazılan faaliyetlerden durumunuza uymayanları bu dilekçeden çıkarınız; sadece idare mahkemesinin davanın reddine ilişkin kararında dayandığı “faaliyetleri” (ByLock, Bank Asya, sendika üyeliği, vb.) bu dilekçede koruyunuz; ilgisiz olanları siliniz. Örneğin, bir sendika üyeliği veya Bank Asya’ya para yatırmış olma, idare mahkemesinin ret kararındaki gerekçede yer almıyorsa, aşağıda bu başlıklar altında yazılanları ve bu açıklamayı bu dilekçeden çıkarınız. Ancak aşağıda “ayrımcılık yasağı” ve ondan sonra gelen kısımları dilekçenizde aynen koruyunuz.

1. ***ByLock Kullanma***
2. İdare mahkemesinin davanın reddine ilişkin kararında dayanılan faaliyetlerden biri, davacının *ByLock* isimli akıllı telefon (*smart phone*) uygulamasını kullandığı ve/veya bu uygulama (*application*) aracılığıyla yazıştığı iddiasıdır. Kararda, “*davacının yargılandığı ceza davasındaki dosyada yer alan bilgi ve belgelerin incelendiği ve GSM hattı ile kararda belirtilen numaralı ID üzerinden ByLock programını kullandığı, söz konusu ID üzerinden gruba FETÖ/PDY üyesi kişilerin kayıtlı olduğu tespit edilmiştir.*” Bu cümleden sonra, idare mahkemesi şu değerlendirmeye yer vermiştir:



1. İdare mahkemesi kararında belirtilen “*söz konusu ID üzerinden gruba FETÖ/PDY üyesi kişilerin kayıtlı olduğu* *tespit edilmiştir*” cümlesinde, masumiyet karinesini ihlal eden net bir ifade yer almakta olup, davacının yazıştığı iddia olunan kişilerin FETÖ/PDY üyesi oldukları karar tarihine kadar kesinleşmiş hükümle saptanmamıştır. Masumiyet karinesini ihlal eden bir karar yargı kararı olamaz; bu nedenle kaldırılmalı ve işlem iptal edilmelidir.
2. FETÖ/PDY ismi verilen örgütünün varlığını saptayan ilk ve kesinleşmiş yargı kararı yukarıdaki karardır. Ancak bahse konu karar, 30 Nisan 2015 ve 1 Mayıs 2015 tarihlerinde (darbe girişiminden 1 yıl 2 ay 15 gün önce) tutuklanan iki hâkime ilişkin olup, bu kararda dayanılan ve “Gülen Hareketi” isimli oluşumun şiddete başvurduğunu gösteren ilk ve tek delil 15 Temmuz 2016 tarihli darbe girişimidir. İki hâkim, bu girişimin yaşandığı tarihte cezaevinde tutuklu oldukları için, darbe girişimini üstlerine almamışlar ve bu hususta savunma dahi yapmamışlardır; sadece olay tarihinde cezaevinde olduklarını belirtip, bu suçla suçlanmalarının mümkün olmadığını belirtmişlerdir. Zaten, darbe girişimi kendilerine bağlayacak en küçük iddia dahi yapılmamıştır. Kısaca, 24 Nisan 2017 tarihli Yargıtay 16. CD kararı ve bu kararı onayan 26 Eylül 2017 tarihli Yargıtay CGK kararı, darbe girişimini organize ve orkestra edenlerin tespiti açısından “çekişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerine” aykırı olarak verilmiş bir karardır. Zira bahse konu yargılamada, darbe girişiminde bulunanlar yargılanmamış, tüm deliller kendilerine sunularak savunma yapmaları sağlanıp deliller çekişmeli olarak tartışılmamıştır. Bir yargılamanın olmazsa olmazları arasında olan bu iki ilkeye aykırı olarak verilen bir karara yargı kararı denemez (*Kress v. France* [GC], § 76; *Nideröst-Huber v. Switzerland,* § 30; *Feldbrugge v. the Netherlands*, § 44; *Lobo Machado v. Portugal*, § 31; *Van Orshoven v. Belgium*, § 41; *Göç v. Turkey* [GC], §§ 55-57; *Immeubles Groupe Kosser v. France*, § 26; *Vermeulen v. Belgium*, § 33; *Reinprecht v. Austria*, § 31; *A. and Others v. the United Kingdom* [GC], § 204; *Star Cate Epilekta Gevmata and Others v. Greece*). Yukarıda açıklandığı gibi, “toplumu dehşete düşürecek türden şiddete başvurma bir terör örgütünün olmazsa olmaz” nitelikleri arasında olup, şiddet eylemi olmadan, hiçbir grup terör örgütü ilan edilemez. Kısaca, bahse konu Yargıtay kararları, örgütün varlığının tespiti açısından, temel yargısal güvencelere uyulmadan verildiği için “yargı kararı” olarak değerlendirilemez.
3. Yargıtay kararında belirtilen “*ByLock’un* ***münhasıran*** *(sadece) FETÖ/PDY’nin bir kısım mensupları tarafından kullanılan bir ağ olduğu*” iddiası tamamen temelsizdir. İnternet üzerinden 38 ülkeden bu uygulamayı indiren ve kullananın olduğu, 500 000 kez Google Play Store ve 100 000 kez Apple Store’dan indirildiği bilimsel olarak internet üzerindeki araştırmalarda dahi görülmektedir. Hiçbir Gülenist bağı dahi olmayan BM Uluslararası Ceza hakiminin bu uygulamayı Burkino Faso Dışişleri Bakanının tavsiyesi üzerine Play Store’dan indirip kullandığı mahkeme kayıtlarına dahi geçmiş iken ve Ak Partiye yakın bazı kişilerin de bu nedenle gözaltına alınıp serbest bırakıldığı herkesçe bilinmekte iken, hâlâ “*ByLock* **münhasıran** bazı Gülenistlerce kullanılmıştır” iddiasında bulunmak, maddi gerçekleri açıkça çarpıtarak karar vermedir. Olayların nitelendirilmesinde açık bir yanılgıya düşme veya olayları maddi gerçeğe tamamen aykırı şekilde nitelendirme, bir kararın kaldırılması için yeterli nedendir. İdare mahkemesi Yargıtay kararına dayandığı için, Yargıtay içtihadını aynen kabul ettiği sonucu çıkmaktadır. Dolayısıyla maddi olguları nitelendirmede idare mahkemesi de açıkça yanılgıya düşmüştür. Olaylar açıkça maddi gerçeğe aykırı olarak nitelendirilerek karar verildiği için idare mahkemesi kararı kaldırılmalı ve işlem iptal edilmelidir.



1. Ayrıca, her ne kadar kesinleşmiş olsa da idare mahkemesinin yukarıda belirtilen Yargıtay kararına dayanması, yaptığı değerlendirmeyi hukuka uygun hale getirmez. Zira aşağıdaki Anayasaya ve hukuka aykırılıklar Yargıtay kararında da yapılmıştır.

***aa) ByLock Verileri Yasa Dışı Delil Olup, Hiçbir Yargılamada Kullanılamaz***

1. ByLock’a ilişkin veriler her aşamasında kanuna aykırı olarak elde edilmiş olup, Anayasanın 38 § 6 hükmü uyarınca hiçbir yargılamada kullanılamaz. İlk olarak, MİT tarafından yapılan açıklamaya göre, ByLock’a ilişkin tüm veriler, ilk kez MİT tarafından, istihbarat çalışmaları çerçevesinde ele geçirilmiştir. 1983 tarihli MİT Kanununun 6 § 1 hükmünde MİT’in yetkileri belirtilmiş olup, bu kanuna 2005 yılında eklenen 6 § 2 ve devamı maddeleri ile “*telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin tespiti, kaydedilmesi ve veri toplanması*” hususlarında özel hükümler eklenmiştir. ByLock aracılığıyla yapılan iletişimin telekomünikasyon yoluyla yapılan bir iletişim olduğunda en küçük kuşku bulunmayıp, MİT’in ByLock ile yapılan iletişime müdahale edebilmesi için MİT Kanunu 6 § 2 ve devamı hükümleri uyarınca önceden alınmış mahkeme kararı bulunmalıdır. Bugüne kadar, MİT’in *ByLock* verilerini ele geçirmeden önce mahkeme kararı alındığını gösteren tek bir delil ya da iddia yoktur. Dolayısıyla, ByLock verileri ilk ele geçirilme aşamasında tamamen yasa dışı olarak ele geçirilmiş olup, sonradan alınacak bir mahkeme kararı, illegal yapılan işlemi yasal hale getiremez. MİT Kanunu m. 6 § 6 hükmü uyarınca, zaten istihbari veriler delil olarak da kullanılamaz. Yargıtay, yukarıda belirtilen kararında, olaya ilişkin özel kanun hükmü (MİT Kanunu m. 6 § 2) dururken, MİT’in yetkilerini genel olarak düzenleyen 1983 tarihli MİT Kanunu m. 6 § 1 hükmüne (genel kanuna) dayanarak bu yasa dışılığı gidermeye çalışmış olup, Hukuk Fakültelerinin 1. Sınıfında öğretilen bilgelerden bilindiği gibi, özel kanunla genel kanun çatıştığında “özel kanun hükmü” uygulanır (*lex specialis derogat lex generalis*). Ayrıca, iki yasa hükmü çatıştığında, sonradan çıkarılan (2005) kanun hükümleri uygulanır (*lex posterior derogat legi priori*). Yargıtay’ın kanunların nasıl yorumlanacağından habersiz şekilde verdiği karar hukuka aykırıdır; 24 Nisan 2017 tarihli Yargıtay 16. CD kararı ile bu kararı onaylayan 26 Eylül 2017 tarihli Yargıtay CGK kararı hukuk dışı olup, ByLock’u legal delil yapmaya yetmez. Kaldı ki, Yargıtay 16. CD 14 Şubat 2018 tarihli kararında, ByLock’a ilişkin verilerin usule (kanunlarda öngörülen şartlara uyulmadan) ele geçirildiğini zaten kabul etmiştir (Y. 16. CD, 2017/3609E – 2018/335K).
2. İkinci olarak, Yargıtay 16. CD’nin 24 Nisan 2017 tarihli kararında belirtildiği gibi, *ByLock* verileri ilk kez MİT tarafından (Litvanya’dan – eklendi) “*satın alma yoluyla*” ele geçirilmiş ve **MİT tarafından bir hard disk ile flaş belleğe yüklenerek** Emniyet Genel Müdürlüğü ve Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmiştir. MİT tarafından illegal şekilde ele geçirilen delilleri daha sonra legal hale getirmek için savcılığın talebi üzerine Ankara 4. Sulh ceza hâkimliğinden CMK’nın 134. maddesi uyarınca **9 Aralık 2016 tarihinde** inceleme izni alınmıştır. İllegal şekilde ele geçirilen verileri legalleştirmek için (bilgisayar kütüklerine el koyma ve inceleme başlıklı) **CMK m. 134’e** dayanılmıştır. Oysa Yargıtay 16. CD’nin de belirttiği gibi, somut olayda “***telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim***” söz konusu olup, bu konudaki özel kanun (*lex specialis*) CMK’nın 135. maddesidir (*telekomünikasyon yoluyla iletişime müdahale*). Bu kararın verildiği tarihe kadar, Türkiye genelinde tüm mahkemeler (*Whapsapp* ve benzeri uygulamalar dâhil) e-mail yoluyla yapılan iletişime müdahale için CMK’nın 135. maddesine (*lex specialis*) dayanmışken, bu olayda özel yasa hükmü uygulanmayarak CMK’nın 134. Maddesine (*lex generalis*) dayanılması yasaların keyfi yorumlanıp uygulanmasıdır; keyfilik hukukta korunmaz. Yasaların keyfi yorumlanıp uygulanması, kanun önünde eşitlik, hukuk güvenliği ve öngörülebilirlik ve dolayısıyla adil yargılanma hakkını ihlal eder (bkz, *a contrario*, *Garcia Ruiz v. Spain - Teixeira de Castro v. Portugal - Van Mechelen and others v. The Netherlands*).
3. Yargıtay 16. Ceza Dairesi, 24 Nisan 2017 tarihli kararında *ByLock’a* dair verilerin ele geçirilmesi ve ceza soruşturmalarında kullanılması sürecini şu şekilde özetlemiştir: “*MİT, satın alma yoluyla elde ettiği verileri bir hard disk ve flaş belleğe yükleyerek Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı ve Emniyet Genel Müdürlüğüne (Polis) göndermiştir. Başsavcılık da* ***9 Aralık 2016*** *tarihinde, CMK’nın 134. Maddesi uyarınca Ankara 4. Sulh ceza hâkimliğinden inceleme izni talep etmiştir. Aynı gün 4. Sulh ceza hakimliği de CMK m. 134 uyarınca inceleme izni vermiştir. Daha sonra bu izne dayalı olarak ByLock’a ilişkin hard disk ve flaş bellek incelenmiş, kimlerin ByLock kullanıcısı olduğu tespit edilerek listeler oluşturulmuştur*.” Eş ifade ile, Yargıtay 16. Ceza Dairesine göre, *ByLock* verilerinin yer aldığı dijital materyaller yargı kararı alındıktan sonra incelenip tespitler yapıldığı için CMK m. 134 uyarınca yasal delildir. 16. Ceza Dairesinin bu kararı, 26 Eylül 2017 tarihinde Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından onanmış ve kesin hükme dönüşmüş olup, Türkiye’deki tüm mahkemeler de somut olayda olduğu gibi, bu iki karara referans yaparak ByLock’un yasal delil olduğuna hükmetmektedir.
4. Ancak Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 24 Nisan 2017 tarihli kararında belirtilen bilgiler maddi gerçeklere tamamen aykırı olup, *ByLock’a* ilişkin hard disk ve flaş bellek, 9 Aralık 2016 tarihinden çok önce, hiçbir mahkeme kararı olmadan incelenmiş ve soruşturmalarda kullanılmıştır.  Aşağıda, Yargıtay 16. Ceza Dairesi kararındaki bilgileri çürüten ve hâkim kararı olmadan bahse konu dijital materyaller üzerinde inceleme yapıldığını gösteren somut delillerden sadece birkaçına yer verilmiş olup, bu husustaki diğer örnekler ve detaylı bilgi için bkz. <https://drive.google.com/drive/folders/1rB_m0umJCkjok9vfneXtMfrmKq_l51Lx>.
5. **20 Ekim 2016** tarihinde (9 Aralık 2016 tarihli hâkimlik kararından bir ay yirmi gün önce) Adana Cumhuriyet Başsavcılığı, Adana İl Emniyet Müdürlüğü Terörle Mücadele Şube Müdürlüğüne yazdığı bir yazıda (Soruşturma No: 2016/59438-53), şüphelinin “*ByLock isimli programı kullanıp kullanmadığının tespiti, … hususunda araştırma yapılarak düzenlenecek evrakın Başsavcılığa gönderilmesini*” talep etmiştir. **20 Ekim 2016** tarihinde (aynı gün) Adana İl Emniyet Müdürlüğü, Adana Cumhuriyet Başsavcılığına yazdığı “GİZLİ” ibareli yazıda (*Sayı: 75027471-66679.(12210).2016/ - Konu: ByLock*), Başsavcılığın taleplerine şu şekilde cevap vermiştir: “*Konu ile ilgili olarak* ***Terörle Mücadele Dairesi Başkanlığının D Şube Verileri Programı içerisinde*** *şahsın yapılan ByLock sorgulamasında, … ByLock kullanıcısı olduğu, … tarafımızdan tespit edilmiştir*.” Bu yazının ekinde, sanığın *ByLock* kullanıcıları arasında olduğunu ve “*Kırmızı Liste*” olarak adlandırılan listede (yoğun kullanıcı) isminin yer aldığını gösteren bir de belge gönderilmiştir. “Gizli” ibareli bu belge ve ekleri daha sonra sanığın yargılandığı dosyaya eklenmiş ve “209-213” sıra numaraları verilmiştir. İstanbul Üniversitesinde bir araştırma görevlisi hakkında düzenlenen raporda da, “*Terörle Mücadelesi Dairesi Başkanlığının* ***D Şube verileri programında(v.2.2)*** *ByLock işlemleri modülünden yapılan sorgulamada*” ibaresine yer verilmiştir.
6. Adana İl Emniyet Müdürlüğü, Adana Cumhuriyet Başsavcılığına **9 Kasım 2016** tarihinde (9 Aralık 2016 tarihli karardan tam bir ay önce), “GİZLİ” ibareli olarak gönderdiği başka bir yazıda da (*Sayı: 75027471-66679.(12210).2016/4613 - Konu: ByLock*) ise, “*Terörle Mücadele Dairesi Başkanlığının* ***D Şube verileri programı içerisinde******1 Kasım 2016*** *tarihinde yapılan ByLock sorgulamasında … … isimli şahsın ByLock kullanıcısı olduğu … tespit edilmiştir.*” ifadesi kullanılmıştır. “Gizli” ibareli bu belge ve ekleri de bahse konu sanığın yargılandığı dosyaya eklenmiştir.
7. HSYK Başkanvekili Mehmet Yılmaz da, *ByLock’a* dair digital materyallerin incelenmesine izin veren **9 Aralık 2016** tarihli ilk hâkimlik kararından iki ay beş gün önce, **5 Ekim 2016** tarihinde şu açıklamaları yapmıştır: "*ByLock örgütün iletişim yazılımı ve* ***bizim en güçlü delilimiz****. ByLock'un örgüt elemanları dışında başkaları tarafından kullanılabilen bir program olmadığı* ***net****. ByLock çalışmaları da devam ediyor. Elimize gelen listede daha önce* ***ihraç ettiğimiz 1 000 (bin) hâkimin ByLock kullandığı sonradan tespit edildi****. Bu programı kullandığını bilmeden, diğer delillerle ihraç etmişiz bu kişileri. ByLock kullandığı belirlenenler arasında Danıştay, Yargıtay üyeleri de var, eski HSYK üyesi de var. İhraç edilen 5 HSYK üyesi arasında da ByLock kullanıcısı bulunuyor. Eski kurul üyelerinden N.Ö., A.K., K.T.'un da çıktı. Ergenekon hâkimlerinden de ByLock kullananlar olduğu belirlendi*." Bu ifadelerden açıkça anlaşılacağı gibi, *ByLock’a* dair digital materyaller (hard disk ve flaş bellek), Ankara 4. Sulh ceza hâkimliği kararından çok önce incelenmiş, en güçlü delil olduğuna kanaat getirilmiş, bu uygulamanın sadece Gülenistler tarafından kullanıldığı ve onların dışında başka bir kişinin kullanmasının mümkün dahi olmadığı belirtilmiştir. Hiçbir yargı kararı olmadan, kimlerin *ByLock* kullanıcısı olduğu tespit edilmiş, *ByLock* liste(leri) hazırlanmış, bu listelerde 1000 civarında hâkimin de bu uygulamayı kullandığı saptanmış ve bu listeler HSYK Başkanvekiline ulaştırılmıştır.
8. Yukarıda belirtilen somut kanıtlar, *ByLock’a* ilişkin hard disk ve flaş belleğin hiçbir hâkim kararı olmadan incelendiğini ve bu dijital materyallerden elde edilen *ByLock* verilerinin tamamının yasa dışı delil niteliğinde olduğunu gösteren örneklerden sadece birkaçıdır. 15 Temmuz 2016 – 9 Aralık 2016 tarihleri arasında, haklarında soruşturma açılıp tutuklananların dosyaları incelendiğinde, bu hususta sayısız kanıt elde edileceğinde kuşku yoktur. **Yargıtay 16. Ceza Dairesi’nin 24 Nisan 2017 tarihli kararında belirtilenin tamamen aksine**, *ByLock’a* dair dijital materyaller 9 Aralık 2016 tarihli Ankara 4. Sulh ceza hakimliği kararından çok önce hiçbir hâkim kararı olmadan incelenmiştir. Bu inceleme sonucu, tespit ve tasnifler yapılmış, *ByLock* kullanıcılarına dair listeler oluşturulmuş, Polis tarafından bu konuda bir de ‘merkezi veri tabanı’ hazırlanmıştır. Bu veri tabanından yararlanılarak, şüphelilerin *ByLock* kullanıcısı olup olmadığı çok kısa bir süre içinde tespit edilerek Başsavcılıkların yazılarına aynı gün cevap dahi verilebilmiştir. Tüm bu işlemler 9 Aralık 2016 tarihli Ankara 4. Sulh ceza hakimliği kararından aylarca önce yapılmıştır. Kısaca, *ByLock* dijital materyalleri, CMK’nın 134. maddesi uyarınca, önce hâkim kararı alınıp daha sonra incelenmemiştir. İllegal şekilde elde edilen ve kullanılan delilleri legal gösterebilmek için, **sonradan (9 Aralık 2016 tarihli)** hakimlik kararı alınmıştır. Sonradan alınmış bir hakimlik kararı, yasa dışı elde edilen delilleri yasal hale getirmez. *ByLock* konusundaki tüm veriler MİT’in savcılığa ve polise gönderdiği bir hard disk ve flaş bellekte yer almakta olup, bu iki dijital materyal, hiçbir hâkim kararı olmadan incelendiği için, *ByLock*’a ilişkin tüm veriler yasa dışı delil niteliğindedir.
9. Yargıtay 16. CD, 14 Şubat 2018 tarihinde verdiği bir kararda, ByLock’a ilişkin verilerin yasa dışı olarak elde edildiğini şu ifadelerle de açıkça kabul edilmiştir: “*ByLock delili usulüne uygun olarak temin edilmemiş*(tir)” (Y. 16. CD, 2017/3609E – 2018/335K).
10. Anayasanın 38 § 6 hükmüne göre yasa dışı şekilde elde edilen deliller hiçbir yargılamada kullanılamaz. Anayasa Mahkemesi de 10 Nisan 2018 tarihinde verdiği bir kararda (Başvuru No: 2014/4704), hâkim kararı olmadan yapılan arama ile elde edilen delillerin kullanılmasını, yasa dışı delillerin kullanılması olarak nitelendirmiş ve bu durumun adil yargılanma hakkını ihlal ettiğine hükmetmiştir. Yukarıda belirtilenlerden anlaşılacağı gibi, *ByLock* verileri MİT Kanununun 6 § 2 ve CMK’nın 134. ve 135. maddelerine de tamamen aykırı şekilde elde edilmiş olup, bu durum **14 Şubat 2018** tarihli Yargıtay 16. CD kararı ile de açıkça tanınmıştır. Anayasanın amir hükmü dikkate alındığında, yasalara en küçük aykırılık sonucu elde edilen hiçbir bulgu, ceza yargılamaları dahil hiçbir yargılamada (adli, idari, cezai veya disiplin yargılamalarında) delil olarak kullanılamaz. İlk derece mahkemesi, Anayasa m. 38 § 6 hükmünü yok sayarak, yasa dışı elde edildiği sabit olan *ByLock*’a ilişkin verileri delil olarak kullanıp iptal davasını reddettiği için, Anayasanın 38 § 6 hükmüne açıkça aykırı olan bu karar kaldırılmalı ve işlem iptal edilmelidir.

***bb) ByLock ve Çekişmeli Yargılama ve Silahların Eşitliği İlkelerinin İhlali***

1. CMK’nın 134 § 4 maddesine göre, el konulan bilgisayar kütüklerinin birer kopyası yapılarak (talep olmadan) derhal şüpheliye verilir. Yargıtay 16. CD, yasa dışı elde edilip kullanıldığı sabit olan ByLock verilerine yasal kılıf uydurabilmek için CMK’nın 134. Maddesine dayanmasına rağmen, CMK m. 134 § 4’ün amir hükmü bu görüşlerin yazıldığı tarihe kadar hiçbir şekilde uygulanmamıştır. 15 Temmuz 2016 tarihli darbe girişiminin üzerinden 30 aydan fazla bir süre geçmesine ve bugüne kadar binlerce sanık ve avukatlarının talep etmelerine rağmen, “*Ankara Cumhuriyet Başsavcılığında tutulan ByLock’ a ilişkin hard disk ve flaş belleğin*” birer örneği hiçbir sanığa veya vekiline verilmemiştir. Bu hard disk ve flaş bellek birer devlet sırrı gibi herkesten saklanmaktadır. Mahkemeler, sadece MİT, Ankara Başsavcılığı veya Emniyet Genel Müdürlüğü (polis) tarafından yazılan “*Bu kişi ByLock kullanıcısıdır*” şeklindeki yazılara ve/veya “*ekindeki mesajlara*” dayanarak, kişilerin *ByLock* kullanıcısı olduğuna kanaat getirmekte ve karar vermektedirler.
2. AİHS’nin 6. maddesi anlamında bir “mahkemenin” olmazsa olmazları arasında, “*çekişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerine uygun yargılama yapma*” unsuru da vardır. Bu iki ilke “yargılama işlevinin” en önemli nitelikleri arasında olup, yargılamanın tüm aşamalarında saygı gösterilmesi gerekir. Eş ifade ile, bu iki ilke, birinci, ikinci ve üçüncü derece mahkemelerinin tamamının uygun davranması gereken temel yargısal güvenceler (*guarantees of judicial procedure*) arasındadır (*Mantovanelli v. France*, § 33). Bu ilkelere aykırı bir yargılama yapan organ, mahkeme olarak adlandırılamaz. Mahkemeler, yargılanan tarafların talebi olmadan, “mahkeme” olmalarının gereği olarak, çekişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerine uygun şekilde yargılama yapmak zorundadırlar.
3. Yargıtay 16. C.D. ve Yargıtay C.G.K.’nın yukarıda zikredilen kararlarında belirtildiği gibi, *ByLock* verilerin incelenmesine CMK’nın 134. maddesi dayanak yapılmıştır. CMK’nın 134 § 4 maddesine göre, *ByLock’a* ilişkin hard disk ve flaş belleğin birer kopyası, **talep dahi olmadan**, davacı veya avukatına mutlak şekilde verilmek zorundadır. *ByLock* verilerinin yer aldığı hard disk ve flaş bellek Ankara Cumhuriyet Başsavcılığında saklanmakta olup, bu konudaki ana deliller (hard disk ve flaş bellek), CMK’nın 134 § 4 maddesi yok sayılarak, davacı veya avukatına verilmemiştir. Oysa mahkemelerin tek görevi vardır: ‘*yasaları uygulamak*’. Mahkemeler yasaları yok sayamayacakları gibi, değiştirir şekilde yorumlayarak da yargılama yapamazlar; aksi durum mahkemeleri yasama organı yerine geçirir ki, bu da kuvvetler ayrılığını ihlal eder. Yasaları yok saymak veya ilga olmuş gibi davranmak, uygulamamak ya da değiştirmek, değiştirir gibi yorumlamak hiçbir mahkemenin haddine değildir.
4. MİT’in Ankara Cumhuriyet Başsavcılığına gönderdiği *ByLock’a* ilişkin hard disk ve flaş bellek bugüne kadar, **talep etmelerine rağmen** on binlerce sanıktan hiçbirine verilmemiştir. Sadece MİT, Emniyet, BTK ve/veya savcılığın gönderdiği yazılara itibar edilerek, bu yazıların hatasız ve mutlak şekilde maddi gerçeği yansıttığı iddiasıyla kişiler tutuklanmış ve/veya mahkûm edilmiştir. Eğer sanıklardan birine verilmiş olsa, herkesin söz konusu dijital materyallere erişme ve inceletme imkânı olacak ve *ByLock*’un **sadece** “belirli bir grup” tarafından kullanılıp kullanılmadığı iddiası ve bu delilin otantik olup olmadığı, verilerde değişiklik, ekleme, çıkarma ve sahtecilik yapılıp yapılmadığı, şüpheye yer vermeyecek şekilde aydınlatılabilecektir. *ByLock* uygulamasını sadece cep telefonuna indirmenin terör örgütü üyeliğine tek başına delil gösterilmesinin tek nedeni “***münhasıran kullanma***” iddiası olup, bu iddianın doğru olup olmadığını ispatlayabilmek için *ByLock* ile yapılan tüm iletişim bilgilerinin yer aldığı hard disk ve flaş belleğin sanıklara ve davacılara da verilmesi ve onlar tarafından da incelenebilmesi gerekir. Hard disk’te yer alan tüm kullanıcılar tek tek tespit edilip tamamının bahse konu oluşuma üyeolduğu objektif şekilde gösterilmediği sürece, MİT, savcılık, polis ve mahkemelerin, “*münhasıran kullanma*” iddiasını kabul etmek akla ve bilime aykırıdır. Zira hiçbir Gülenist bağı olmayan tek bir *ByLock* kullanıcısının varlığını göstermek, “*münhasıran kullanma*” iddiasını çürütür. Böylece “*münhasıran kullanma*” iddiası temelsiz hale geleceği için, bu iddia ile de terör örgütü üyeliği artık gerekçelendirilemez. Somut olayda mahkeme, hiyerarşiye tabi idari organların (MİT, Emniyet, savcılık) yazdıkları yazılara dayalı ve bu yazılara mutlak doğru muamelesi yaparak, davacı aleyhine kararlar verilmiştir.
5. CMK’nın 134. maddesi emretmesine rağmen, davacı aleyhine verilen karara dayanak gösterilen *ByLock’a* ilişkin hard disk ve flaş bellek ceza yargılamasında kendisine veya avukatına verilmediği gibi, idare mahkemesi tarafından da karardan önce kendisine veya avukatına verilmemiştir. Böylece, ret kararına dayanak yapılan ana delili inceleyip görüşlerini hazırlayarak, mahkemenin kararını etkileyecek şekilde, bu konudaki görüşlerini mahkemeye sunma hakkı davacının elinden alınmıştır. Eş ifade ile, kendisinin gerçekten *ByLock* kullanıcısı olup olmadığını, bu uygulamanın “münhasıran belirli bir grup üyelerince kullanılıp kullanılmadığını” ve verilerde ekleme ya da çıkarma yapılıp yapılmadığını (sahte delil üretilip üretilmediğini), hard disk ve flaş bellekteki verilere dayalı olarak ispatlayabilmesi ve masumiyetini kanıtlayabilmesi mutlak şekilde elinden alınmıştır. Böylece çekişmeli yargılama (*adversarial proceedings*) ilkesi açıkça ihlal edilmiştir. AİHM’ye göre, çekişmeli yargılama ilkesi, kural olarak, dosyaya giren veya yargılamada kullanılan tüm bilgi, belge, delil ve görüşlerin (Hatta bu görüşler bağımsız bir ulusal yargı organının görüşleri de olabilir.), yargılamanın taraflarına tebliğ edilmesini, bir örneğinin verilmesini ve taraflara yeterli süre, imkân ve kolaylık sağlanarak, mahkemenin kararını etkileyecek ölçüde görüşlerini hazırlayıp mahkemeye sunabilmelerini gerektirir (*Ruiz-Mateos v. Spain*, § 63; *McMichael v. the United Kingdom*, § 80; *Vermeulen v. Belgium*, § 33; *Lobo Machado v. Portugal*, § 31;  *Kress v. France*[GC], § 74)). Somut olayda idare mahkemesi, davacının yargılandığı ceza dosyasındaki bilgilere dayalı olarak kendisinin ByLock kullanıcısı olduğunu kabul etmiş, ancak bu husustaki ana delilleri (hard disk ve flaş bellek) isteyip davacıya birer örneğini tebliğ ederek, görüşlerini almadan karar verdiği için çekişmeli yargılama ilkesini ihlal etmiştir.
6. Ayrıca, savcılığın elinde olan *ByLock’a* ilişkin hard disk ve flaş bellek sanığa verilmeyerek (sanığın masumiyetini ispatlama hakkı elinden alınarak), delillere erişim açısından yargılanan kişi ile savcılık (suçlayan kurum, iddia makamı) arasında açık bir eşitsizlik oluşturulmuş ve böylece silahların eşitliği (*equality of arms*) ilkesi de ihlal edilmiştir. Bu ilke, yargılamanın tarafları arasında adil bir denge gözetilmesini, delillere erişim ve mahkemeye sunma dâhil tarafların görüşlerini eşit şartlarda sunabilmelerini ve bir tarafın diğer tarafa nazaran dezavantajlı duruma yerleştirilmemesini gerektirir (*Dombo Beheer B.V. v. the Netherlands*, § 33). Bu konudaki ihlal, idare mahkemesi önündeki yargılamada giderilmediği için, aynı ilke davanın reddine ilişkin yargılamada da ihlal edilmiştir. Çekişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerini ihlal ederek verilen idare mahkemesi kararı kaldırılmalı ve istinafa konu işlem iptal edilmelidir.

***cc) ByLock ve Bağımsızlık İlkesinin İhlali***

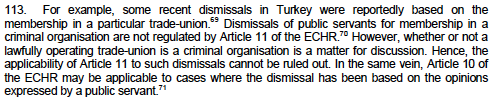
1. Somut olayda olduğu gibi, Türkiye’deki tüm mahkemeler *ByLock* konusunda sadece MİT, Emniyet, BTK ve Cumhuriyet savcılıklarının gönderdiği yazılara dayalı olarak ve bu yazıların mutlak doğruyu yansıttığını değerlendirerek kararlar vermektedirler. Oysa 27 Aralık 2017 tarihinde, 11 486 kişi hakkında hata yapıldığı, bizzat *ByLock*’a ilişkin hard disk ve flaş bellek ellerinde olan Ankara Cumhuriyet Başsavcılığınca açıklanmıştır. Belirtilen kurumlar yürütme erki içerisinde olup, bağımsız ve tarafsız değildirler; yürütmenin talimatlarını harfiyen uygulamak zorundadırlar. Bir mahkeme, ana delili ya da tek delili (hard disk ve flaş bellek) doğrudan incelemeden veya objektif ve bağımsız bilirkişilere inceletmeden, yürütmenin talimatlarını doğrudan uygulayan (talimat alan) idari kurumların bu husustaki yazılarını baz alarak, bu yazıların maddi gerçeği yansıtıp yansıtmadığını hiçbir şekilde tartışmadan, söz konusu yazıların mutlak maddi gerçeği yansıttığını kabul ederek karar verirse bağımsızlığını kaybeder (*Beaumartin v. France*; *Chevrol v. France*). Bağımsızlık talimat almamaktır; talimat alan bir idari kurumun yazısının maddi gerçeği yansıtıp yansıtmadığını araştırmadan, bu yazıyı noter gibi onaylayarak karar veren mahkeme bağımsız olamaz. Bağımsız olmayan bir organ AİHS’nin 6. maddesi anlamında “mahkeme” (*court*) olarak nitelendirilemez; hatta “mahkeme” sıfatının kullanılmasını dahi hak etmez (*Beaumartin v. France*). *ByLock* delili açısından, talimat alan ve bağımsız olmayan idari organların yazılarını noter gibi onaylayan ve böylece bağımsızlığını kaybeden bir organ tarafından verilen karar adil yargılanma hakkının en önemli gereğini (bağımsız mahkeme önünde yargılanma hakkını) ihlal eder. ByLock’a ilişkin ana deliller (hard disk ve flaş bellek) Ankara Cumhuriyet Başsavcılığından istenip bir örneği davacıya tebliğ edilerek görüşleri alınmadığı ve bağımsız bir bilirkişi incelemesi yaptırılarak ana delil bizzat idare mahkemesince de incelenip tartışılmadığı için, Ceza mahkemesi önündeki bahse konu eksiklik idare mahkemesi önündeki yargılamada giderilmediği için, idare mahkemesi de bu açıdan bağımsız olmayıp, istinafa konu idare mahkemesi kararı kaldırılmalı ve işlem iptal edilmelidir.
2. Davacı, ByLock’a ilişkin hard disk ve flaş belleğin, istinaf yargılamasında birer örneğinin Ankara Cumhuriyet Başsavcılığından istenerek dosyaya konmasını, birer örneğinin kendisine verilmesini, yeterli süre ve imkân tanınarak bilirkişi incelemesi yaptırmasına imkân tanınmasını ve bu konuda hazırlayacağı görüşleri istinaf mahkemesine sunabilmesine izin verilmesini, çekişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerinin (AİHS m. 6 §§ 1, 3(b)) gereği olarak talep eder.

***dd) ByLock’a ilişkin Yargıtay kararı diğer mahkeme kararlarına dayanak yapılabilir mi?***

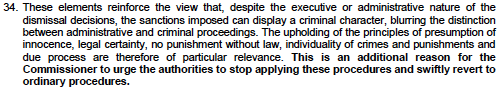
1. Yukarıda belirtildiği gibi, Yargıtay 16. CD’nin 24 Nisan 2017 tarihli kararında dayanılan maddi olgu (olay) (*ByLock verilerinin yer aldığı hard disk ve flaş belleğin CMK m. 134 uyarınca hakimlikten izin alındıktan sonra incelendiği iddiası)* tamamen gerçek dışıdır. Bir yargı kararında dayanılan olaylar maddi gerçeğe aykırı ise, bu olaylara dayanılarak verilen yargı kararı da tamamen çöker, hukuk dışı hale gelir. Bu nedenle, Yargıtay 16. CD’nin belirtilen kararının *ByLock’a* ilişkin kısmı ve bu kararı onayan Yargıtay CGK’nın 26 Eylül 2016 tarihli kararının aynı husustaki bölümü tamamen hukuka aykırı hale gelmiştir; zira dayanılan olay (önce hakimlikten izin alındığı, daha sonra hard disklerin incelendiği iddiası) maddi gerçeğe tamamen aykırıdır. Kısaca, 9 Aralık 2016 tarihinde, Ankara 4. Sulh ceza hakimliğinden CMK m. 134 uyarınca inceleme izni alındıktan çok önce ByLock verilerinin yer aldığı hard disk ve flaş bellek incelenip soruşturmalarda kullanıldığı için ByLock verileri tamamen yasa dışı olup, bu konudaki maddi olguda yanılgıya düşen Yargıtay kararları hukuk dışıdır. Dolayısıyla, Yargıtay 16. CD.’nin bahse konu kararı ve bu kararı onayan Yargıtay CGK kararının ByLock’a ilişkin kısmı hukuken geçersiz bir karar olup, hiçbir mahkemece bu kararlara atıf yapılarak ByLock’un yasal delil olduğu gösterilemez.
2. İkinci olarak, ByLock’a ilişkin verilerin yer aldığı hard disk ve flaş belleğin Yargıtay 16. CD tarafından da Ankara Cumhuriyet Başsavcılığından birer örneği istenip dosyaya konmadan, tutuklu yargılanan iki hâkime ve avukatlarına verilip bu husustaki görüşleri alınmadan, sadece MİT, polis ve savcılık yazılarına dayanılarak bu uygulamanın *münhasıran Gülenistlerce kullanıldığı* kabulüne varılmış ve iki hakimin ByLock kullanıcısı olduklarına hükmedilmiştir. Böylece 16. Ceza Dairesi tarafından da çekişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerine aykırı bir karar verilmiştir. 16. CD, 24 Nisan 2017 tarihli kararında, ByLock’a dair hard disk ve flaş belleği isteyip, bağımsız bilirkişilere inceletmeden, sadece yürütmenin talimatlarını harfiyen uygulayan MİT ve Polis’in yazılarına dayanarak “*ByLock münhasıran Gülenistlerce kullanılmıştır*” sonucuna vararak, bağımsızlığını da kaybetmiştir. ByLock’un terör örgütü üyeliğine suç delili olarak gösterilmesinin tek nedeni, münhasıran Gülenistlerce kullanıldığı iddiası olup, bu durumun ispatı için, söz konusu hard disk ve flaş belleğin istenip dosyaya konarak, çekişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerine uygun olarak, tüm kullanıcıların incelenerek tamamının Gülenist olup olmadığının tespiti gerekir. Bunlar yapılmadan, sadece yürütmeye bağlı MİT ve Polis yazılarına dayalı olarak münhasıran Gülenistlerin kullandığı sonucuna varmak, çekişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerini açıkça ihlal eder. Bu eksiklik, Yargıtay CGK kararıyla da giderilmemiş olup, bir yargılamanın olmazsa olmaz iki ilkesini ihlal ederek verilen karar, yargı kararı olamaz.
3. Bir kararın önüne “*mahkeme kararı*” veya “*Yargıtay kararı*” yazmakla, o karar “*yargı kararı*” olmaz. Bir kararın yargı kararı olabilmesi için, bir yargılamanın olmazsa olmaz ilkeleri arasında olan çekişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerine uygun bir prosedür işletilerek karar verilmesi gerekir. Yargıtay 16. CD’nin 24 Nisan 2017 tarihli ByLock’a ilişkin kararı ve bu kararı onayan Yargıtay CGK’nın 26 Eylül 2017 tarihli kararının “*ByLock’a ilişkin kısmı*”, en temel iki yargısal güvenceye saygı gösterilmeden verildiği için yargı kararı olamaz. Üstelik, Yargıtay da yürütmenin talimatlarını harfiyen uygulayan MİT ve Polisin yazılarını mutlak doğru kabul edip, aynen noter gibi onayarak, *MİT ve Polisin yazılarına dayalı iki hâkimin ByLock kullandığına ve bu uygulamanın münhasıran Gülenistlerce kullanıldığına hükmettiği için* bağımsızlığını da kaybetmiştir (*Beaumartin v. France*). Tüm bu nedenlerle *ByLock’a* ilişkin Yargıtay’ın belirtilen kararları kesinleşmiş bir “*yargı kararı*” olarak nitelendirilip, diğer mahkemelerce kullanılamaz; zira “*ByLock’a ilişkin kısımla*” sınırlı olarak belirtmek isteriz ki, ortada bir “*yargı kararı*” yoktur.
4. Belirtilen nedenlerle, *ByLock* konusunda sadece bahse konu Yargıtay kararlarına dayanarak karar veren mahkemeler de ‘*illegal delile dayalı, çekişmeli yargılama, silahların eşitliği ve bağımsızlık ilkelerini*’ ihlal ederek karar vermiş olurlar.

***ee) BM Keyfi Tutuklamalar Çalışma Grubu Mestan Yayman Kararı ve ByLock***

1. BM Keyfi Tutuklamalar Çalışma Grubu (*UN Working Group on Arbitrary Detention – UN WGAD*), *ByLock* kullandığı iddiasıyla tutuklu yargılanan Antalya eski vali yardımcısı Mestan Yayman hakkında verdiği 21 Ağustos 2018 tarihli kararda (Opinion No. 42/2018)*ByLock’a* ilişkin olarak şu değerlendirmede bulunmuştur:
2. BM Keyfi Tutuklama Çalışma Grubu, Mr. Yayman’ın *ByLock* gibi olağan bir iletişim uygulamasını (*regular communication application*) sadece kullanmasının, ne türden illegal bir suç eylemi oluşturduğunu Hükümetin gösteremediğini not etmiştir. Çalışma Grubuna göre, Hükümet, her ne kadar mahkemenin, sanığın *ByLock* ile yaptığı iletişime dair kayıtları istediğini ve elde ettiğini belirtse de Hükümet, spesifik olarak Mr. Yayman’ın yazışmalarının nasıl bir suç eylemi oluşturduğunu da gösterememiştir. BM Çalışma Grubuna göre, olağan bir iletişim uygulamasını kullanmak tek başına suç delili olamaz; soruşturma ve kovuşturma organlarının (Hükümetin), sanığın bu uygulamayı kullanarak hangi suçların işlenmesinin talimatını verdiğini ve/veya bu uygulamanın hangi suçların işlenmesine aracılık yaptığını göstermesi gerekir. Çalışma Grubu, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri tarafından 7 Ekim 2016 tarihinde yayınlanan Memoranduma atıf yaparak, “*bir Türk vatandaşı için, hayatının herhangi bir aşamasında bu* (Gülen) *Hareketiyle şu ya da bu şekilde iletişime geçmiş olmaması veya ilişki kurmamış olması son derece istisnai bir durumdur.*”
3. BM Çalışma Grubuna göre, Mr. Yayman’ın *ByLock* uygulamasını kullanmış olduğu varsayılsa dahi (Mr. Yayman bu iddiayı reddetmektedir.), “*Mr. Yayman’ın ByLock uygulamasını kullanması, sadece düşünce ve ifade özgürlüğünü kullanmasından ibarettir.*”. Düşünce özgürlüğü ve ifade özgürlüğü, bireyin tam olarak kişiliğini geliştirmesinin olmazsa olmaz koşulları arasında olup bu iki özgürlük her toplum için temel değerinde özgürlüklerdir. Bu özgürlükler, her özgür ve demokratik toplumun temel taşlarındandır.
4. BM Çalışma Grubuna göre, “*ifade özgürlüğü, ülke sınırları gözetilmeksizin, bilgi, haber ve görüş alma, araştırma ve başkalarına iletme hakkını kapsar. İfade özgürlüğü ayrıca, politik görüşler dahil her türlü fikir ve görüşü açıklama ve diğer kişilere iletilecek nitelikte olan her türlü bilgi ve haberleri elde etme hakkını da kapsar. Üstelik BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nin (BM MSHS) 19 § 2 hükmü, her türlü düşünce açıklamasını ve bu açıklamaları yayma yöntemlerini de korur. Buna, görsel ve işitsel, elektronik ve İnternet temelli bilgiyi iletme ve açıklama yöntemleri de dahildir. İfade özgürlüğüne yönelik kısıtlamalar, bu özgürlüğün kendisini kullanılamaz hale getirir nitelikte olamaz*.” BM Çalışma Grubuna göre, Hükümet, Mr. Yayman’ın ifade özgürlüğüne uyguladığı kısıtlamanın, BM MSHS’nin 19 § 3 hükmüyle nasıl bağdaştığını da açıklayamamıştır.
5. BM Çalışma Grubu, ByLock kullanmanın yasa dışı hiçbir niteliğinin olmadığını tespit ettikten sonra, Mr. Yayman’ın gözaltına alınıp tutuklanmasının BM MSHS’nin 19, 21 ve 22. Maddelerinde korunan hakları kullanmaktan ibaret olduğu sonucuna varmıştır. BM Çalışma Grubu, Mestan Yayman hakkında verdiği kararda özetle şu değerlendirmede bulunmuştur: “*ByLock kullanma” ve “2013 yılında Gülen Hareketince organize edilen dini sohbetlere katılma” terör örgütü suçlamasına dayanak yapılamaz. Mr. Yayman’ın bu gerekçelerle tutuklanması ve yargılanması, düşünce özgürlüğü, düşünceyi açıklama özgürlüğü ve barışçıl toplantı yapma ve örgütlenme özgürlüğünü ihlal eder*. *BM KTÇG’ye göre, temel hakların kullanılmasından ibaret olan bu iddialara dayalı olarak bir kişi hakkında dava açılıp yargılama dahi yapılamaz (“the Working Group wishes to emphasize that no trial of Mr. Yayman should have taken place”,* § 94).
6. Olağan bir iletişim uygulamasını kullandığı için bir kişinin terör örgütü üyesi kabul edilip cezalandırılması, AİHM içtihatları ışığında *özel hayata ve iletişim özgürlüğüne saygı hakkına* (AİHS m. 8) da müdahale oluşturur. ByLock verileri tamamen yasa dışı şekilde ele geçirildiği için, yasal dayanaktan yoksun bu müdahale AİHS m. 8’i de ihlal eder. *ByLock* kullanma iddiasının terör örgütü üyeliğine dayanak yapılıp davacının sadakat yükümlüğünü ihlal ettiği iddiasıyla ağırlaştırılmış müebbet kamu görevinde çalışmama cezasına çarptırılması Anayasa, AİHS ve BM MSHS’de korunan birçok hakkı ihlal eder. Bu illegal delile dayalı ve birçok temel insan hakkını ihlal eden idare mahkemesinin ret kararı hukuka aykırı olup kaldırılmalı ve dava konusu işlem iptal edilmelidir.
7. Son olarak, davacının *ByLock* uygulamasını kullandığına dair yazı ve bu hususta mahkemeye sunulan belgelerin tarihi ile davacının kamu görevinden çıkarmaya dair KHK’nın tarihi dikkate alındığında görüleceği gibi, kendisinin *ByLock* kullandığına dair delil, KHK ile kamu görevinden çıkarıldığı tarihten çok sonra tespit edilmiştir. Bir an için davacının *ByLock* kullandığı iddiasının doğru olduğu ve bu delilin yasal delil olduğu varsayılsa dahi (Ki yasa dışı delil olduğu sabittir.), sonradan elde edilen bir delil, daha önce verilen kamu görevinden çıkarma kararını hukuka uygun yapmaz. Bu nedenle de istinafa konu karar kaldırılmalı ve işlem iptal edilmelidir.
8. ***Dernek, Vakıf, Sendika, Federasyon ya da Konfederasyon Üyeliği***
9. İdare mahkemesi kararında dayanılan hususlardan biri de davacının örgütlenme özgürlüğü kapsamındaki bir tüzel kişiliye üye olduğu bilgisidir. İdare mahkemesi kararında şu gerekçe yer almıştır: “*Davacının …-… tarihleri arasında FETÖ/PDY ile iltisaklı … isimli tüzel kişiliğe üye olduğu ve Temmuz 2016’ya kadar aktif üyeliğini sürdürdüğü görülmüştür*”.
10. Venedik Komisyonunun 12.12.2016 tarihli Raporunda belirtildiği gibi, bir kişiyi bir dernek, sendika veya vakıf üyesi olduğu için kamu görevinden çıkarma AİHS m. 11’de korunan hakka açık müdahale oluşturur.

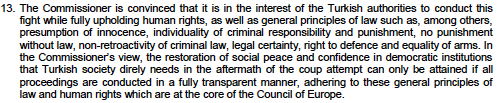


1. İlk olarak, davacının üyesi olduğu belirtilen tüzel kişilik hakkında, terör örgütü üyesi (İltisak da aynı sonucu doğurur; kelime oyunlarına gerek yoktur.) olduğu yönünde verilmiş ve kesinleşmiş herhangi bir yargı kararı yoktur; Temmuz 2016 öncesi yapılmış hiçbir suçlama dahi bulunmamaktadır. Bir mahkeme, hukukun en temel ilkelerinden olan masumiyet karinesini ihlal eden cümleler kurarak karar veremez; aksi durumda verdiği karar hukuka aykırı olur. Davacı bahse konu tüzel kişiliğin üyesi olduğu için, kararda kullanılan cümle davacının da masumiyet karinesini ihlal etmiştir. Anayasa m. 38 § 4, AİHS m. 6 § 2 ve BM MSHS m. 14 § 2 hükümlerine açıkça aykırı olan istinafa konu karar kaldırılmalı ve işlem iptal edilmelidir.
2. İkinci olarak, davacının bir derneğe, sendika veya diğer bir tüzel kişiliğe üye olması, faaliyetlerine katılması ve/veya aktif olarak yöneticiliğin yapması, AİHS’nin 11. Maddesinde korunan örgütlenme özgürlüğünün kapsamı ve koruması altındadır. Bir kişinin örgütlenme özgürlüğünü kullandığı için cezalandırılması bu özgürlüğü açıkça ihlal eder.
3. Üçüncü olarak, örgütlenme özgürlüğü kapsamındaki bir tüzel kişiliğe üyelik, işlendiği zaman tamamen yasal ve Anayasa ile koruma altına alınmış temel bir insan hakkıdır; işlendiği zaman (üye olunduğu ve kalındığı süre boyunca) tamamen yasal bir faaliyettir. Yasal ve insan hakları kapsamındaki bir faaliyeti suç delili olarak kullanıp bireyi cezalandırmak, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesini (AİHS m. 7) ihlal eder.
4. Dördüncü olarak, bir kişinin bir dernek veya herhangi bir tüzel kişilik veya devlet kurumlarındaki verileri ‘kişisel veri’ niteliğinde ve özel hayata saygı hakkının kapsamı ve koruması altındadır. Bu tür kişisel veriler sadece önceden alınmış mahkeme kararıyla elde edilip kullanılabilir. Dosya içeriğinde davacının kişisel verilerinin (dernek üyeliği gibi) önceden alınmış bir mahkeme kararına dayalı olarak elde edildiğine dair herhangi bir belge bulunmadığı için, bahse konu veriler yasa dışı elde edilmiştir; yasa dışı deliller Anayasanın 38 § 6 hükmü uyarınca hiçbir yargılamada kullanılamaz. Tüm bu ve yukarıdaki nedenlerle hukuka açıkça aykırı, temel insan haklarını ihlal eden idare mahkemesi kararı kaldırılmalı ve istinafa konu işlem iptal edilmelidir.
5. Son olarak, bu husustaki bilgiler de davacının KHK ile kamu görevinden çıkarıldığı tarihten sonra elde edilmiş ve dosyaya girmiş olup, sonradan elde edilen bir delil (yasal faaliyet), daha önce verilmiş bir cezayı (ağırlaştırılmış müebbet kamu görevinden çıkarma cezası) hukuka uygun yapmaz. Bu nedenle de istinafa konu karar idare mahkemesi kararı kaldırılmalı ve hukuka aykırı işlem iptal edilmelidir.
6. ***Bank Asya’daki Hesap ve Bu Hesapla Bankacılık İşlemleri Yapma***
7. Bank Asya, 25 Ekim 1996 tarihinde, İstanbul’da açılmıştır. 29 Mayıs 2015 tarihli BDDK kararıyla, Bank Asya’nın yönetimi bir devlet kurumu olan TMSF’ye devredilmiştir. TMSF, 18 Temmuz 2016 tarihinde Bank Asya’nın faaliyetlerini geçici olarak durdurmuş, 22 Temmuz 2016 tarih ve 6947 sayılı BDDK kararıyla da Bank Asya’nın bankacılık faaliyetlerinde bulunma izni tamamen kaldırılmış ve böylece Bank Asya’nın varlığına son verilmiştir. Bank Asya, 25 Ekim 1996 tarihinde, devlet kurumlarının verdiği izne dayalı olarak kurulmuş ve 22 Temmuz 2016 tarihine kadar, yine devlet kurumlarının denetim ve gözetimi altında, yasal olarak bankacılık faaliyetlerinde bulunmuştur.
8. İdare mahkemesinin ret kararında şu gerekçe de yer almıştır: “*Davacının FETÖ/PDY terör örgütüne müzahir Bank Asya isimli bankada hesap açtığı, hesabının olduğu, bu hesaba 2014 yılından itibaren muhtelif tarihlerde muhtelif miktarlarda para yatırdığı, bu hesap aracılığıyla bankacılık işlemleri yaptığı ve/veya vadeli hesaba para yatırdığı ve hesabında artış sağladığı tespit edilmiştir.*”
9. İlk olarak, birçok ceza davası dosyasına girdiği gibi, Bank Asya’nın bir milyondan fazla müşterisine ait kişisel veriler, hiçbir mahkeme kararı olmadan, polis tarafından ele geçirilmiş ve bu konuda Emniyet Genel Müdürlüğü bünyesinde bir de ‘merkezi veri tabanı’ hazırlanıp tüm il emniyet müdürlüklerinin hizmetine sunulmuştur. İllerdeki polisler de bu veri tabanından yararlanarak, savcılıkların taleplerini aynı gün karşılar şekilde cevaplar yazmışlardır. Örneğin, **20 Ekim 2016** tarihinde Adana İl Emniyet Müdürlüğü, Adana Cumhuriyet Başsavcılığına yazdığı “GİZLİ” ibareli  yazıda (*Sayı: 75027471-66679.(12210).2016/ - Konu: ByLock*), Başsavcılığın aynı tarihli taleplerine şu şekilde cevap vermiştir: “*Konu ile ilgili olarak Terörle Mücadele Dairesi Başkanlığının D Şube Verileri Programı içerisinde şahsın yapılan ByLock sorgulamasında, … ByLock kullanıcısı olduğu, ayrıca* ***şubemizde mevcut bulunan sistemde yapılan Bank Asya sorgusunda*** *… … isimli şahsın Bank Asya isimli bankada hesabının bulunduğu tarafımızdan tespit edilmiştir*.” Bu yazının ekinde, Bank Asya hesabından yapılan para hareketlerini gösteren belgeler de ekte Başsavcılığa gönderilmiştir. Bu ekler ana belgeye ekte eklenmiş ve 20.10.2016 tarihli belgenin son kısmında, “*EKLER: 1-Bylock veri çıktısı (1 sayfa); 2-Bank Asya veri çıktısı (4 sayfa)*” şeklinde belirtilmiştir. “Gizli” ibareli bu belge ve ekleri daha sonra sanığın yargılandığı dosyaya eklenmiş ve “209-213” sıra numaraları verilmiştir. Bu örnek izole bir örnek olmayıp, yüzlerce ceza dosyasında benzer yazışmalar mevcuttur. 29 Mayıs 2015 tarihinden bu yana Bank Asya’yı bir devlet kurumu olan TMSF’nin yönettiği dikkate alındığında, bir milyondan fazla banka müşterisinin tüm kişisel verilerinin TMSF tarafından polise verildiği anlaşılmaktadır. Eş ifade ile bir milyondan fazla Bank Asya müşterisinin kişisel verileri “bir bütün olarak” polis tarafından mahkeme kararı alınmadan, illegal şekilde ele geçirilmiş ve bu hususta bir de “merkezi veri tabanı” (***Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele Daire Başkanlığı Bilgi Sistemi***) oluşturulup kullanılmıştır. Bank Asya’ya dair davacının kişisel verileri ilk olarak hiçbir mahkeme kararı olmadan, yasa dışı şekilde polis tarafından ele geçirilmiş ve kullanılmış olup, bu nedenle, söz konusu veriler yasa dışı olduğu gibi, davacının özel hayata saygı hakkını da ihlal etmiştir. Sonradan mahkeme kararıyla aynı verilerin tekrar istenmesi, yasa dışılığı gidermez. Anayasa hükümleri herkesi ve her kurumu bağladığı için, yasa dışı deliller (disiplin yargılamaları dahil) hiçbir yargılamada kullanılamaz (AY m. 38 § 6); özel hayata saygı hakkı ihlal edildiği ve yasa dışı delil kullanıldığı için Anayasa ve AİHS’ye açıkça aykırı olan ilk derece mahkemesi kararı kaldırılmalı ve söz konusu işlem iptal edilmelidir.
10. Prof. Dr. İzzet Özgenç’in <https://twitter.com/izzetoezgenc> Twitter hesabından 18 Şubat 2018 tarihinde paylaştığı bilgilerde belirtildiği gibi, “(*6) … adı geçen Banka, ilgili Kamu Otoritesinin verdiği izne dayalı olarak ve bu Otoritenin gözetim ve denetimi altında 1996 yılından beri Türkiye’de faaliyet icra eden bir banka idi. (9) … BDDK’nın gözetim ve denetimi altında faaliyet icra eden bir bankada hesap sahibi olmak, bu hesapta para bulundurmak, bu banka üzerinden çeşitli para hareketlerinde bulunmak, … (10) … bu işlemler başlı başına bir suç oluşturmadığı takdirde, ilgili kişinin ceza hukuku sorumluluğu bağlamında hiçbir surette değerlendirmeye tabi tutulamaz, başka herhangi bir suçtan dolayı sorumluluğun dayanağını oluşturmaz. (12) Bu finans kuruluşu üzerinden gerçekleştirilen para hareketlerinin, bu işlemler başlı başına suç oluşturmadığı sürece, ilgili kişinin ceza hukuku sorumluluğunu gerektirmediği ve terör örgütü üyeliği ile suçlamanın dayanağını oluşturmayacağı izahtan varestedir. (15) BDDK’nın 22.7.2016 tarihli ve 6947 sayılı Kararı ile söz konusu Bankanın faaliyet izninin kaldırılmasına karar verilmiş olduğuna göre, bu tarihe kadar söz konusu Bankanın Türkiye’de bankacılık faaliyeti icrasında herhangi bir sorun bulunmamaktadır. (18) Faaliyeti durdurulmamış olan banka ile hesap ilişkisinin olması, bu banka üzerinden para transferlerinde bulunması, kişinin ceza hukuku sorumluluğunu doğurmaz ve özellikle terör örgütü üyeliği ile suçlamanın dayanağını asla oluşturmaz. (20) … Herhangi somut bir suçla ilişkilendirilmeksizin, hukuki varlığı devam eden ve faaliyette bulunması ilgili Kamu Otoritesi tarafından engellenmemiş olan bir bankada hesap açılması, … (21) …* ***hangi amaçla olursa olsun****, mevcut hesaba para yatırılması, hesaplar arasında para transferinde bulunulması,* ***asla****, ilgili kişinin terör örgütü üyeliği ile suçlanmasının dayanağını oluşturamaz. (22)* (@izzetoezgenc, 5:11 – Feb 19, 2018) *Bu sebepledir ki, hangi mülahazayla olursa olsun, söz konusu bankaya yatırılan paralarla ilgili olarak uygulamada müsadere hükmü verilmemektedir*.” Anlaşılacağı gibi, yasal bir bankaya para yatırma eylemi, işlendiği zaman tamamen yasal bir faaliyet olup, AİHS m. 7 ve Anayasa m. 38 § 1’e göre, hiç kimse, işlendiği zaman suç oluşturmayan bir eylemden dolayı suçlanamaz ve cezalandırılamaz. Bank Asya’ya para yatırmış olma gibi işlendiği zaman tamamen yasal olan bir faaliyetin suç delili olarak gösterilerek terör örgütü üyeliği suçuna dayanak yapılması ve bu nedenle sadakat yükümlülüğünün ihlal edildiğinin kararlaştırılması AİHS m. 7 ve Anayasa m. 38 § 1’i ihlal etmiştir. Anayasa ve AİHS’yi açıkça ihlal eden idare mahkemesi kararı kaldırılmalı ve işlem iptal edilmelidir.
11. Bir kişinin yatırım amacıyla bir bankaya para yatırması ve bu yatırımdan kâr elde etmesi, mülkiyet hakkının kapsamındadır. Yatırım amacıyla yasal bir bankaya tamamen yasal olarak elde edilmiş bir miktar parayı yatırmanın soruşturma ve kovuşturma işlemlerine, tutuklama ve mahkûmiyet kararlarına ve kamu görevinden çıkarma işlemine dayanak yapılması, mülkiyet hakkına müdahale oluşturur. Yukarıda açıklanan nedenlerle yasal dayanaktan yoksun olduğu için söz konusu müdahale mülkiyet hakkını da ihlal etmiştir. Ayrıca, yasal olarak faaliyette bulunan bir bankaya para yatırma eyleminin, bir gün terör örgütü üyeliği suçuna delil olarak gösterileceğini hiç kimse öngöremez; oysa yasalar öngörülebilir (*foreseeable*) olmak zorundadır. Ceza yasaları mahkemelerce öngörülemez şekilde yorumlanıp uygulandığından, söz konusu yasa hükümleri AİHS anlamında “*kanun*” niteliğine de sahip değildir. Bu nedenle de müdahale yasal dayanaktan yoksun olup, mülkiyet hakkı açıkça ihlal edilmiştir.
12. Kaldı ki, iddia edildiği gibi, Bank Asya’ya para yatırma işleminin örgüt liderinin talimatıyla yapıldığı iddiasının doğru olduğu varsayılsa dahi, işlemin kendisi başlı başına tamamen yasaldır; hiçbir suçun kapsamına girmemektedir. İşlenen eylemin kendisi suç ise, örgüt liderinin talimatının bir değeri olur; icra edilen işlem suç oluşturmuyorsa, hiçbir suça dayanak yapılamaz. Örneğin, Abdullah Öcalan, “*çocuklarınızı X isimli özel okula gönderiniz*” talimatı verse ve birçok insan çocuklarını bu okula gönderse, bu eylem örgüt üyeliğine delil olur mu? Eylemin kendisi yasal olmanın yanında bir temel hakkın (eğitim hakkı) da kapsamında olduğu için tabii ki olmaz. Bank Asya’ya para yatırma eylemi de hem yasal hem de temel iki hakkın kapsamındadır. Bireyler yasal olarak bankacılık faaliyetlerinde bulunmasına devletin izin verdiği bankalardan istediği ile bankacılık işlemleri yapma hakkına sahiptir; bu, kişinin özel hayatının kapsamındadır. Ayrıca, kâr elde etme amaçlı bankacılık işlemlerinin mülkiyet hakkı kapsamında olduğunda da şüphe yoktur. Her iki hakka da yasa dışı (hâkim kararı olmadan) müdahale edildiği için, her ikisi de somut olayda ihlal edilmiş olup, idare mahkemesi kararı bu nedenle de hukuka açıkça aykırıdır; kaldırılarak işlem iptal edilmelidir.
13. Son olarak, Bank Asya’ya para yatırma ve bu hesap aracılığı ile bankacılık işlemleri yapma gibi kişisel veriler, KHK ile kamu görevinden çıkarma işleminden sonra elde edilmiş olup, sonradan ortaya çıkan bir husus, daha önce verilmiş bir cezayı (ağırlaştırılmış müebbet kamu görevinde çalışamama cezası) hukuka uygun yapmaz. Bu nedenle de idare mahkemesi kararı kaldırılmalı ve kararlaştırıldığı anda somut delile dayanmayan işlem iptal edilmelidir.
14. ***Cihan Medya Dağıtım A.Ş.’ye (CMD A.Ş.) Ödemede Bulunma veya Gazete ve Dergi Aboneliği***
15. İdare Mahkemesinin ret kararında dayanılan hususlardan biri de, “*Maliye Bakanlığından temin edilen belgelerden, davacının FETÖ/PDY silahlı terör örgütünün yayın organı olan Cihan Medya Dağıtım A.Ş.’ye … - … tarihleri arasında … TL ödemede bulunduğunun tespit edildiği*” hususudur.
16. İlk olarak, CMD A.Ş.’ye İstanbul 9. Sulh ceza hakimliğinin **11 Mart 2016** tarihli kararıyla CMK m. 133 uyarınca kayyım atanmış ve bu tarihten itibaren şirketin yönetimi tamamen devletin kontrolüne geçmiş, Gülenist bağı ortadan kalkmıştır. Bu dilekçenin sunulduğu tarihe kadar bu şirket bir daha eski sahiplerine iade edilmemiştir. Dolayısıyla bireylerin bu şirkete yaptıkları ödemeler açısından sorumluluk olsa olsa 11 Mart 2016 tarihine kadar söz konusu olabilir. Bu tarihten sonra yapılan ödemeler, örneğin 10 Haziran 2016 tarihli bir ödeme, devletin kontrol ettiği ve yönettiği bir şirkete yapılan ödeme olup, terör örgütünün yayın organına yapılan bir ödeme olarak nitelendirilemez. 15 Temmuz 2016 tarihinden sonra çıkarılan KHK’lar uyarınca da şirketin yönetimi TMSF’ye devredilmiştir.
17. İkinci olarak, söz konusu şirkete kayyım atandığı tarihe kadar “FETÖ/PDY” isminde ilan edilmiş bir terör örgütü yoktur. Yukarıda belirtildiği gibi, bu konudaki ilk karar **26 Mayıs 2016** tarihlidir. Dolayısıyla, 11 Mart 2016 tarihinde, ilan edilmiş bir terör örgütü olmadığı için, olmayan terör örgütünün yayın organı da olamaz. Anayasanın 28-30. Maddeleri basın özgürlüğünü garanti altına alınmıştır. CMD A.Ş. yasalara uygun olarak kurulmuş bir basın şirketi olup, kayyım atandığı tarihe kadar (eski hissedarlarının yönettiği son güne kadar) tamamen yasalar çerçevesinde faaliyet göstermiş yasal bir şirkettir. 11 Mart 2016 tarihine kadar bu şirket hakkında verilmiş ve kesinleşmiş bir yargı kararı (terör örgütü üyesi) da yoktur. Dolayısıyla tamamen yasal bir şirketin yayınlarına abonelik nedeniyle (alınan gazete ve/veya derginin karşılığı) ödenen paranın suç delili olarak gösterilmesi davacının gazete ve dergiye (bilgiye) erişme ve basın özgürlüğünü ihlal eder (AİHS m. 10; AY m. 28-30).
18. Davacının belirtilen tarihlerde yaptığı ödeme, abonesi olduğu bir gazetenin abone bedelini ödemekten ibarettir. Eş ifade ile davacı CMD A.Ş.’ye ödeme yaptığı için değil, bir gazete veya dergiye abone olduğu için cezalandırılmaktadır. Bu durumu kamu otoriteleri de hakimler de çok iyi bilmektedirler. Herkesin bildiği gibi, CMD A.Ş. bir gazete dağıtım şirketi olup, davacı gazete aboneliği karşılığı olarak, satın aldığı gazete veya derginin bedelini bu şirkete ödemiştir. Davacı yasal olarak kurulup el konulduğu tarihe kadar yasal şekilde faaliyette bulunan bir gazete ya da dergiye abone olduğu için, gazete veya dergi okuduğu için cezalandırılmış olup, bu durum Anayasanın 28-30, AİHS’nin 10 ve BM MSHS’nin 19. Maddelerinde korunan ifade ve basın özgürlüğünü ihlal eder.
19. Ayrıca, bir şirket, hastane, dernek, vakıf, sendika veya bakanlıktaki ya da bankadaki bilgiler kişisel veri niteliğinde olup, özel hayatın kapmasında ve koruması altındadır; sadece mahkeme kararı ile elde edilebilir. Aksi durum özel hayata saygı hakkını ihlal eder. Dosyadaki belgeler incelendiğinde görüleceği gibi, davacının kişisel verileri herhangi bir mahkeme kararı olmadan elde edilmiş olup bu bilgiler yasa dışı niteliktedir. Anayasanın 38 § 6 hükmüne göre, kanuna aykırı elde edilen deliller (hiçbir) yargılamada kullanılamaz. Mahkeme kararı alınmadan kişisel veriler ele geçirildiği için özel hayata saygı hakkını da ihlal eden, yasa dışı delil niteliğindeki bu delile dayanılarak dava reddedildiği için ilk derece mahkemesi kararı kaldırılmalı ve işlem iptal edilmelidir.
20. Ayrıca “satın alınan gazete veya derginin karşılığı olarak ödenen para”, işlendiği zaman tamamen yasal bir işlem olup, yasal bir işlem cezaya dayanak yapıldığı için kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi (AİHS m. 7; AY m. 38 § 1) de ihlal edilmiştir.
21. Kararda, *“… FETÖ/PDY silahlı terör örgütünün yayın organı olan Cihan Medya Dağıtım A.Ş.*” ifadeleri kullanılmış olup, CMD A.Ş.’nin terör örgütünün yayın organı olduğu yönünde verilmiş ve kesinleşmiş herhangi bir yargı kararı yoktur. Bu ifade bir yargı kararında kullanıldığı için masumiyet karinesine aykırıdır. Hukukun en temel ilkelerinden biri olan masumiyet karinesini ihlal eden ifadelerin kullanıldığı bir karar yargı kararı olamaz; AİHS m. 6 § 2, BM MSHS m. 14 § 2 ve Anayasa m. 38 § 4’e açıkça aykırı istinafa konu karar kaldırılmalı ve dava konusu işlem iptal edilmelidir.
22. Son olarak, bu husustaki bilgiler davacının KHK ile kamu görevinden çıkarıldığı tarihten sonra elde edilmiş ve dosyaya girmiş olup, sonradan elde edilen bir delil (ifade ve basın özgürlüğü kapsamındaki faaliyet), herhangi bir somut delile dayanmadan daha önce verilmiş bir cezayı (ağırlaştırılmış müebbet kamu görevinde çalışamama cezasını) hukuka uygun yapmaz. Bu nedenle de iptal davasını reddeden idare mahkemesi kararı kaldırılmalı ve hukuka aykırı olan işlem iptal edilmelidir.
23. Kısaca, ifade ve basın özgürlüğü, özel hayata saygı hakkı, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi ve masumiyet karinesi gibi temel insan haklarını ihlal eden, Anayasanın 38 § 6 hükmüne aykırı söz konusu idare mahkemesi kararı kaldırılmalı ve istinafa konu işlem iptal edilmelidir.
24. ***Kimse Yok Mu? Veya Benzeri Bir STK’ya Bağış Yapma veya Faaliyetlerine Katılma ya da Öğrencilere Burs Verme***
25. Davanın reddine gerekçe gösterilen faaliyetlerden biri de davacının geçmişte Gülenist bağı olduğu iddia olunan bir dernek veya benzeri insani yardım kuruluşuna bağış yapması ve/veya bu derneğin bazı faaliyetlerine katılması olup, bu durum ilk olarak örgütlenme özgürlüğünü (AİHS m. 11; AY m. 33) ihlal eder. İhtiyaç sahibi öğrencilere burs verme faaliyeti de hiçbir suçun kapsamına girmeyen, sivil toplum faaliyetlerinin ve dolayısıyla örgütlenme özgürlüğünün kapsamı ve koruması altındadır. Bahse konu STK, yasalara uygun olarak kurulmuş ve kapatıldığı tarihe kadar da kamu makamlarının denetim ve gözetimi altında faaliyette bulunmuştur. Yasal bir STK’ya bağış yapmak veya faaliyetlerine katılmak, burs vermek işlendiği zaman tamamen yasal bir faaliyet olup, bu durumun suç delili olarak gösterilip cezalandırmaya (ağırlaştırılmış müebbet kamu görevinde çalışamama cezası) dayanak yapılması, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesini de ihlal etmiştir (AİHS m. 7; AY m. 38 § 1). Kararda bahse konu STK’ya terör örgütü suçlaması da yapılmış olup, kapatıldığı tarihe kadar ve hatta bu dilekçenin yazıldığı tarihe kadar, söz konusu STK’nın terör örgütü üyesi olduğuna dair kesinleşmiş hiçbir mahkeme kararı yoktur. Karardaki ifadeler masumiyet karinesini (AİHS m. 6 § 2; AY m. 38 § 4) ihlal ettiği için, söz konusu karar açıkça hukuka aykırıdır. Ayrıca davanın reddine dayanak yapılan bilgiler davacının KHK ile kamu görevinden çıkarıldığı tarihten çok sonra elde edilip dosyaya girmiş olup, sonradan elde edilen deliller (yasal faaliyetler) önceki bir işleme hukuki dayanak yapılamaz. Söz konusu bilgiler (kişisel veriler) herhangi bir mahkeme kararı olmadan elde edildiği için yasa dışı delil niteliğinde olup, hiçbir yargılamada kullanılamaz (AY m. 38 § 6). Kişisel veriler yasa dışı şekilde elde edilip mahkemenin ret kararına dayanak yapıldığı için de özel hayata saygı hakkı ihlal edilmiştir (AİHS m. 8; AY m. 20). Tüm bu nedenlerle, Anayasa ve AİHS’nin birçok hükmüne aykırı olan idare mahkemesi kararı kaldırılmalı ve hukuka aykırı işlem iptal edilmelidir.
26. ***Gülenist Bağı Olan Okul, Kreş, Dershane, Okuma Salonu veya Benzeri Eğitim Kuruluşlarına Çocuğunu Gönderme veya Bu Okullardan Mezun Olma, Okulları Ziyaret***
27. Davanın reddine, önceden “Gülen Hareketi” ismiyle bilinen yapıya mensup kişilerce kurulmuş özel bir okula, kreşe ya da dershaneye çocuklarını gönderme, bu kişilerin organize ettiği Türkçe Olimpiyatlarına katılma ve/veya yurt dışında açılan okulları ziyaret etme ya da yurt dışına seyahatte bulunma gibi faaliyetlerden bir ya da birkaçı dayanak yapılmıştır. Tüm bu faaliyetler, işlendiği zaman tamamen yasal olan birer faaliyet olup, eğitim hakkı ve özel hayata saygı hakkının kapsamı ve koruması altındadır. Millî Eğitim Bakanlığının faaliyette bulunmasına izin verdiği bir okula çocuğunu gönderme veya bu okuldan mezun olma tamamen yasal bir faaliyet olduğu gibi, bu ve benzeri yasal faaliyetlerin terör örgütü üyeliği suçlamasına dayanak yapılması ve sadakat yükümlüğünü ihlale gerekçe gösterilip kişinin cezalandırılması bahse konu iki hakkı da ihlal eder. Bu ihlalin ana nedeni, bu hususlardaki bilgilerin de herhangi bir mahkeme kararı olmadan, yasa dışı şekilde elde edilmesi olduğu gibi, aynı zamanda tamamen yasal birer faaliyet olmalarıdır. Yasal faaliyetlerin cezalandırmaya (ağırlaştırılmış müebbet kamu görevinde çalışamama cezası) dayanak yapılması, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesini de (AİHS m. 7; AY m. 38 § 1) ihlal eder. Söz konusu bilgiler (kişisel veriler) herhangi bir mahkeme kararı olmadan elde edildiği için yasa dışı delil niteliğinde olup, hiçbir yargılamada kullanılamaz (AY m. 38 § 6). Kişisel veriler yasa dışı şekilde elde edilip mahkemenin ret kararına dayanak yapıldığı için de özel hayata saygı hakkı ihlal edilmiştir (AİHS m. 8; AY m. 20). Ayrıca davanın reddine dayanak yapılan bilgiler davacının KHK ile kamu görevinden çıkarıldığı tarihten çok sonra elde edilip dosyaya girmiş olup, sonradan elde edilen deliller (yasal faaliyetler) önceden alınmış yasa dışı bir kararı hukuka uygun hale getirmez. Tüm bu nedenlerle, Anayasa ve AİHS’nin birçok hükmüne aykırı olan idare mahkemesi kararı kaldırılmalı ve hukuka aykırı işlem iptal edilmelidir.
28. ***Digitürk veya Benzeri Yayın Platformu Aboneliğine Son Verme***
29. Davanın reddine dayanak yapılan gerekçelerden biri de davacının Digitürk veya benzeri bir yayın platformlarındaki aboneliğine son verme olgusudur. İlk olarak, Tamamen yasal bir faaliyet olan Digitürk veya benzeri abonelikleri sonlandırmanın herhangi bir cezaya gerekçe yapılması, televizyon yayınlarına erişme hakkına müdahale açısından negatif anlamda (bilgiye ve habere dijital yayın platformu aracılığıyla erişmeme hakkına) açık bir müdahaledir. Bu müdahalenin yasal hiçbir dayanağı bulunmayıp, bu nedenle hem ifade ve medya özgürlüğü (BM MSHS m. 19; AİHS m. 10; AY m. 28-30) hem de kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi (AİHS m. 7; AY m. 38 § 1) ihlal edilmiştir. Ayrıca davanın reddine dayanak yapılan bu husustaki bilgiler davacının KHK ile kamu görevinden çıkarıldığı tarihten çok sonra elde edilip dosyaya girmiş olup, sonradan elde edilen deliller (yasal faaliyetler) önceki bir işleme hukuki dayanak yapılamaz. Söz konusu bilgiler (kişisel veriler) herhangi bir mahkeme kararı olmadan elde edildiği için yasa dışı delil niteliğinde olup, hiçbir yargılamada kullanılamaz (AY m. 38 § 6). Kişisel veriler yasa dışı şekilde elde edilip mahkemenin ret kararına dayanak yapıldığı için de özel hayata saygı hakkı ihlal edilmiştir (AİHS m. 8; AY m. 20). Tüm bu nedenlerle, Anayasa ve AİHS’nin birçok hükmüne aykırı olan idare mahkemesi kararı kaldırılmalı ve hukuka aykırı işlem iptal edilmelidir.
30. ***Geçmişte Bazı Dini Sohbetlere Katılmış Olma İddiası***
31. Bir an için bu iddianın doğru olduğu varsayılsa dahi, bir kişinin tamamen barışçıl dini sohbetlere katılması hem barışçıl toplanma özgürlüğünün (AİHS m. 11; AY m. 34) hem de din ve vicdan özgürlüğünün (AİHS m. 9; AY m. 24) kapsamı ve koruması altındadır. BM Keyfi Tutuklamalar Çalışma Grubu’nun (*United Nations Working Group on Arbitrary Detention* - UN WGAD) belirttiği gibi, bu türden bir toplantıdan sonra herhangi bir suçun işlendiği gösterilmedikçe (toplantının bir suçun işlenmesine yol açtığı somut olarak gösterilmedikçe), bahse konu barışçıl toplantıların suç dayanağı olarak gösterilmesi mümkün değildir; bu nedenle herhangi bir soruşturma dahi açılamaz (UN WGAD, *Mestan Yayman* Kararı, Opinion No. 42/2018, 21 Ağustos 2018).
32. BM Keyfi Tutuklamalar Çalışma Grubu, tutuklu yargılanan eski Antalya vali yardımcısı Mestan Yayman kararında özetle şu değerlendirmede bulunmuştur: “*ByLock kullanma” ve “2013 yılında Gülen Hareketince organize edilen dini sohbetlere katılma” terör örgütü suçlamasına dayanak yapılamaz. Mr. Yayman’ın bu gerekçelerle tutuklanması ve yargılanması, düşünce özgürlüğü, düşünceyi açıklama özgürlüğü ve barışçıl toplantı yapma ve örgütlenme özgürlüğünü ihlal eder*. *BM Çalışma Grubuna göre, temel hakların kullanılmasından ibaret olan bu iddialara dayalı olarak bir kişi hakkında dava açılıp yargılama dahi yapılamaz (“the Working Group wishes to emphasize that no trial of Mr. Yayman should have taken place”,* § 94).
33. Davanın reddine bahse konu dini sohbetlere katılma dayanak yapılmış olup, toplantının herhangi bir suçun işlenmesine yol açtığı gösterilmediği için, karar barışçıl toplanma ve örgütlenme özgürlüğüne (AY m. 33 ve 34; AİHS m. 11) aykırı olup, bu temel özgürlüğü ihlal eder. Ayrıca davanın reddine dayanak yapılan bu husustaki bilgiler davacının KHK ile kamu görevinden çıkarıldığı tarihten çok sonra elde edilip dosyaya girmiş olup, sonradan elde edilen deliller (temel bir hakkın kapsamındaki bir faaliyet) önceden alınmış ve hiçbir suç deliline dayanmayan işleme hukuki dayanak yapılamaz. Tüm bu nedenlerle, Anayasa ve AİHS’nin birçok hükmüne aykırı olan idare mahkemesi kararı kaldırılmalı ve dava konusu işlem iptal edilmelidir.
34. ***Evinde Bulunan Bazı Kitap, Gazete Nüshası ve Dergiler***
35. Davanın reddine gerekçe gösterilen faaliyetlerden biri de davacının evinde bulunan bazı kitap, eski tarihli gazete nüshası ve dergiler dayanak yapılmıştır. Söz konusu yayınlar yasalara uygun olarak yayınlanmış ve/veya bandrol almış yazılı eserler olup, bu durum ilk olarak bilgiye erişme (ifade ve basın) özgürlüğünü (AİHS m. 10; AY m. 26-30) ihlal eder. Bahse konu yazılı eserler, yasalara uygun olarak geçmişte yayınlanmış olup, Basın Kanunu’nda yer alan 2-4 aylık zamanaşımı süreleri geçmesine rağmen, haklarında herhangi bir dava dahi açılmamış yasal eserlerdir. Yasal bir eseri evinde bulundurmanın suç olduğunu gösteren hiçbir yasa hükmü yoktur; işlendiği zaman tamamen yasal bir faaliyet olan bu durumun suç delili olarak gösterilip cezalandırmaya (ağırlaştırılmış müebbet kamu görevinde çalışamama cezası) dayanak yapılması, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesini ihlal etmiştir (AİHS m. 7; AY m. 38 § 1). Kararda bahse konu eserleri yayınlayan basın kuruluşlarına terör örgütü suçlaması da yapılmış olup, kapatıldığı tarihe kadar ve hatta bu dilekçenin yazıldığı tarihe kadar, söz konusu kuruluşların terör örgütü üyesi olduğuna dair kesinleşmiş hiçbir mahkeme kararı yoktur. Karardaki ifadeler masumiyet karinesini (AİHS m. 6 § 2; AY m. 38 § 4) ihlal ettiği için, istinafa konu karar açıkça hukuka aykırıdır. Ayrıca davanın reddine dayanak yapılan bilgiler davacının KHK ile kamu görevinden çıkarıldığı tarihten çok sonra elde edilip dosyaya girmiş olup, sonradan elde edilen deliller (yasal yayınlar) önceki bir işleme hukuki dayanak yapılamaz. Tüm bu nedenlerle, Anayasa ve AİHS’nin birçok hükmüne aykırı olan idare mahkemesi kararı kaldırılmalı ve hukuka aykırı işlem iptal edilmelidir.
36. ***Davacının Aynı Suçtan Mahkûm Edildiği Olgusu***
37. İdare mahkemesi kararında, davacının FETÖ/PDY ismi verilen örgütle bağını göstermek için dayanılan hususlardan biri de “*aynı faaliyetlere dayalı olarak davacının Ağır ceza mahkemesince yargılanıp ağır hapis cezasına mahkûm edildiği*” hususuna da dayanılmıştır.
38. İlk olarak, mahkûmiyet kararı da davacının KHK ile kamu görevinden çıkarıldığı tarihten çok sonra ortaya çıkmış bir durum olup, sonradan ortaya çıkan bir husus, daha önce verilmiş bir cezayı (ağırlaştırılmış müebbet kamu görevinde çalışamama cezası) hukuka uygun hale getirmez. Yukarıdaki tüm hususlar için de aynı durumun geçerli olduğu anlaşılmakta olup, idare mahkemesinin ret kararında dayanılan tüm deliller (yasal faaliyetler), davacının KHK ile kamu görevinden çıkarıldığı tarihten sonra elde edilmiştir. Bu nedenle, verildiği tarihte (KHK’nın yayınlandığı tarihte) hiçbir somut suç deliline dayanmayan ceza (ağırlaştırılmış müebbet kamu görevinde çalışamama cezası) hukuka aykırı olup iptal davasının reddine ilişkin idare mahkemesi kararı kaldırılmalı ve ilan tarihinde somut hiçbir delile dayanmayan, hukuka açıkça aykırı işlem iptal edilmelidir.
39. İkinci olarak, Türkiye Cumhuriyeti Devleti 10 Mart 2016 tarih ve 6684 sayılı Onaya Uygun Bulma Kanunu ile (Bu kanun, 25 Mart 2016 tarih ve 29664 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır.) AİHS’ye Ek 7 No.lu Protokol’ü onaylamış olup 7 No.lu Protokol’ün 4. Maddesine göre, bir kişi aynı suçlamaya dayalı olarak iki kez yargılanıp iki ayrı cezaya mahkûm edilemez (*non bis in idem* ilkesi). Davacıya terör örgütü üyeliği suçlaması yapılarak sonuçları ölünceye kadar sürecek kamu görevinde çalışamama (ağırlaştırılmış müebbet kamu görevinde çalışamama cezası) gibi son derece ağır bir ceza verilmiştir. Suçlamaların niteliği (terör örgütü üyeliği) ve cezanın ağırlığı (ölünceye kadar kamu görevinde çalışamama) dikkate alındığında, bu ceza, AİHS’nin 6. maddesi anlamında (ceza hukuku anlamında) bir ceza olup, somut olayda ceza hukukuna ilişkin tüm güvenceler uygulanır (*Engel and others v. The Netherlands*, *Öztürk v. Germany*, *Matyjek v. Poland*). Eş ifade ile, somut olayda idari bir ceza söz konusu olmayıp, davacıya ceza hukuku anlamında bir ceza uygulanmıştır. Venedik Komisyonu ile Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri de, yayınladıkları raporlarda, OHAL döneminde hükmedilen kamu görevinden çıkarma cezasının “ceza hukuku anlamında birer ceza” olarak nitelendirilebileceğini değerlendirmiştir.

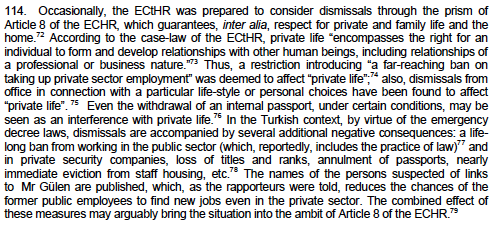


Dolayısıyla, somut olayda davayı inceleyen idare mahkemesi ceza hukukuna dair tüm ilkeleri de (AİHS m. 6, 7 ve Ek 7. Protokol m. 4 gibi) dikkate alarak yargılama yapmak ve *non bis in idem* ilkesine uygun davranılıp davranılmadığını da değerlendirerek karar vermek zorundadır.

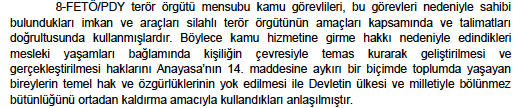
1. AİHS’ye Ek 7. Protokolün 4. maddesine göre aynı eylem ya da suçlamalar nedeniyle bir kişi hakkında iki ayrı yargılama yapılamayacağı gibi iki ayrı cezaya da hükmedilemez. Bu açıdan AİHM atılı suçu ya da suçlamaları değil, suçlamalara dayanak gösterilen eylemleri dikkate almaktadır (*Grande Stevens and others v. Italy* [GC], § 277). Dolayısıyla bir kişi aynı eylem ya da faaliyetler veya aynı suçlama gerekçe gösterilerek iki kez yargılanamaz veya iki ayrı cezaya çarptırılamaz (AİHS’ye Ek 7 No.lu Protokol m. 4; BM MSHS m. 14 § 7). AİHS’ye Ek 7 No.lu Protokolün 4 § 3 hükmüne göre, aynı suçtan iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama hakkı (*non bis in idem* ilkesi) mutlak haklardan olup, OHAL döneminde dahi askıya alınamaz; “*Sözleşmenin 15. maddesi çerçevesinde bu madde ile öngörülen yükümlülüklere aykırı hiçbir tedbir alınamaz*.” Eş ifade ile, OHAL gerekçe gösterilerek *non bis in idem* ilkesi askıya alınamaz.
2. Somut olayda, davacının aynı suçlama ve faaliyetlere dayalı olarak ağır bir hapis cezasına mahkûm edildiği bilinmesine (kararda yazılı) ve dava dilekçesinde *non bis in idem* ilkesinin ihlal edildiğinin açıkça belirtilmesine rağmen, idare mahkemesi bu nedenle dava konusu işlemi iptal etmesi gerekirken davayı reddetmiştir. Üstelik dava dilekçesinde belirtilen bu husus hiçbir şekilde incelenmeden dava reddedildiği için idare mahkemesi, gerekçeli karar hakkını da ihlal ederek karar vermiştir.  AİHS’ye Ek 7 No.lu Protokol’ün 4. Maddesinde öngörülen *non bis in idem* ilkesine açıkça aykırı olarak ve gerekçeli karar hakkını ihlal ederek verilmiş ilk derece mahkemesi kararı kaldırılmalı ve hukukun bu en temel ilkesini ihlal eden işlem iptal edilmelidir.
3. ***OHAL Döneminde Kapatılan Kurumlardan Bir ya da Birkaçında Geçmişte SGK Kaydı ile Çalışmış Olma***
4. İptal davasının reddine, davacının OHAL döneminde kapatılan kurumlarda, geçmişte SGK kaydı ile sigortalı olarak çalıştığı hususu da dayanak yapılmıştır.
5. Öncelikle ‘SGK kaydı ile kapatılan kurumlarda çalışma’ hususundaki delil, polis tarafından, hiçbir mahkeme kararı olmadan ele geçirilen ve ‘Emniyet Genel Müdürlüğünde arşivlendiği’ belirtilen havuzdan elde edilmiştir. Bir kişinin banka, hastane, üniversite, lise, okul, özel şirket veya tüm devlet kurumlarındaki verileri, ‘kişisel veri’ niteliğinde olup, AİHS’nin 8. Maddesi anlamında özel hayata saygı hakkının kapsamı ve koruması altındadır; bu nedenle, belirtilen türden kişisel veriler sadece ‘*önceden alınmış bir mahkeme kararına*’ dayalı olarak elde edilebilir; sadece bu aşamadan sonra yasal delil olarak kullanılabilir. Ayrıca, mahkemeler veya soruşturma organları, ‘şüpheli – şüpheli olmayan’ ayrımı yapmadan, bir kurumdaki tüm kişilere ait tüm kişisel verileri toplu olarak elde edemez; buna mahkeme kararı da dayanak yapılamaz.
6. Dosya içeriği incelendiğinde görüleceği gibi, davacının SGK kaydı ile çalıştığı kurumdaki kişisel verileri, önceden alınmış herhangi bir mahkeme kararı olmadan, şüpheli olsun ya da olmasın, tüm kişisel veriler toplu olarak polis tarafından ele geçirilmiş ve kullanılmıştır. Davacının SGK veya çalıştığı kurumda yer alan verileri **kişisel veri** kapsamında olup, kişisel veriler özel hayata saygı hakkının koruması altındadır; sadece önceden alınmış mahkeme kararı ile elde edilebilir. Önceden alınmış hiçbir mahkeme kararı olmadan polis tarafından ele geçirildiği için bu veriler **yasa dışı delil** niteliğinde olup, CMK m. 217 § 2 ve Anayasa m. 38 § 6 uyarınca hiçbir yargılamada kullanılamaz; yasa dışı delile dayalı olarak mahkûmiyet kararı verilemez. Aksi durum Anayasanın 38 § 6 ve CMK’nın 217 § 2 maddelerini tanımamak anlamına gelir; Anayasa hükümleri yasama, yürütme ve mahkemeleri bağlar (AY m. 11). Hiçbir mahkeme kararı olmadan, yasa dışı şekilde elde edilmiş bir delile dayalı olarak karar verme adil yargılanma hakkını ihlal eder. Anayasa Mahkemesi de 10 Nisan 2018 tarihinde verdiği bir kararda (Başvuru No: 2014/4704), hâkim kararı olmadan yapılan arama ile elde edilen delillerin kullanılmasını, yasa dışı delillerin kullanılması olarak nitelendirmiş ve bu durumun adil yargılanma hakkını ihlal ettiğine hükmetmiştir.
7. Önceden alınmış herhangi bir mahkeme kararı olmadan, kişisel verilerin polis tarafından toplu olarak ele geçirilmesi ile sanığın AİHS m. 8’de korunan **özel hayata saygı hakkı** ihlal edilmiştir. Yasal dayanağı olmadan veya yasal dayanağa aykırı olarak (yasa dışı şekilde) kişisel verileri ele geçirme ve kullanma tek başına özel hayata saygı hakkını ihlal eder.
8. Olay tarihinde (kurumda çalışmaya başlama ve ayrılma tarih aralığında) davacının sigortalı olarak çalıştığı kurumlar yasalara uygun olarak kurulmuş ve faaliyette bulunmuş kurumlar olup, yasalara uygun olarak kurulmuş bir kurumda sigortalı olarak çalışma Anayasanın 48. maddesinde korunan temel bir haktır. “*Herkes dilediği alanda çalışma hürriyetine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir*.” (AY m. 48 § 1). Anayasada korunan temel bir hakkı suç delili olarak göstermek imkânsızdır. Suç, ‘*kanunun açıkça yasakladığı ve müeyyideye bağladığı, tipe uygun hukuka aykırı eylemdir*.’ Bir kişinin yasal olarak faaliyette bulunan bir kurumda çalışması, işlendiği zaman tamamen yasal olan bir faaliyet olup, kanunun suç olarak saydığı eylemlerden olamaz. Hiç kimse sonradan KHK ile kapatılmış bir kurumda, daha önce çalıştığı için suçlanıp cezalandırılamaz. Anayasada korunan temel bir hakkı ve tamamen yasal bir faaliyeti suç delili sayıp sanığın mahkûmiyetine karar verilmesi AİHS m. 7’de korunan kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesini ihlal eder. Üstelik bu delil de (yasal faaliyet) kamu görevinden çıkarma tarihinden sonra elde edilmiş olup, sonradan elde edilen bir delil, önceden alınmış hukuka aykırı kararı hukuka uygun hale getirmez. Tüm bu nedenlerle, istinafa konu karar kaldırılmalı ve hukuka aykırı işlem iptal edilmelidir.
9. ***17-25 Aralık 2013 ve hatta 15 Temmuz 2016 Öncesi Gülenist Olduğu İddia Olunan Kişilerle İletişim Kaydının (HTS kaydı) Bulunması***
10. İptal davasının reddi kararında dayanılan delillerden biri de davacının ‘*Gülenist olduğu belirtilen kişi ya da kişilerle veya bir tepe yöneticisi ile geçmişte iletişim kaydının (HTS kaydı) tespit edildiği*’ iddiasıdır.
11. Bu delilin önceden alınmış bir mahkeme kararı ile elde edilip edilmediği dosya içeriğinden anlaşılmamakla birlikte, bir an için yasal yollara uygun şekilde elde edildiği varsayılsa dahi aşağıdaki gerekçe ile somut olayda ret kararına dayanak yapılamaz. İlk olarak, bahse konu tarihte (örneğin 2010 yılında) FETÖ/PDY isminde bir terör örgütü bulunmamakta olup, bir an için iddia olunan telefon görüşmesinin (HTS kaydının) doğru olduğu varsayılsa dahi, o tarihteki ismiyle “Cemaat” tamamen yasal bir oluşum olarak algılanmakta ve tüm iktidar mensuplarınca da takdir ve teşvik edilmekteydi. Ayrıca olay tarihinde, iletişim kaydı tespit edildiği belirtilen ve Gülenist olduğu bilinen kişi hakkında da herhangi bir soruşturma bulunmamaktaydı. Bir kişinin, 2016 yılında terör örgütü olduğu ilan edilen bir oluşumun mensuplarından biriyle geçmişte iletişim kurduğu iddiasıyla cezalandırılması, suç ve cezaların geçmişe yürümezliği ilkesini ihlal eder.
12. Bu durumun hukuka aykırılığını bir örnekle açıklamakta yarar bulunmaktadır. Örneğin, 1907 yılında kurulan *Kanarya Sevenler Derneği* tamamen hukuka uygun olarak hareket eden yasal bir dernek (örgüt) iken, 2007 yılında aniden şiddete başvurduğunu ve terör örgütüne dönüştüğünü varsayınız. 2007 yılındaki şiddet olaylarından hiçbir haberi ve ilişkisi olmayan ve aynı zamanda dernek üyesi olan *Ahmet Kanaryasever*, derneğin başkanı *Lefter Sarıkanarya* ile 2001 yılında yüzlerce defa iletişim kurmuş olsa, (yüzlerce HTS kaydının varlığına rağmen) bu olay *Ahmet Kanaryasever*’in terör örgütü üyesi olduğunu gösterir mi? Tabii ki göstermez. 2001 yılına ait HTS kayıtları *Ahmet Kanaryasever*’in terör örgütü üyeliği ile suçlanmasına delil olur mu? Hukuki güvenlik ilkesinin gereği olarak, tabii ki olmaz. Aynen bu örnekte olduğu gibi, somut olayda da terör örgütü ilan edilmeden yıllarca veya aylarca öncesine ait bir iletişim kaydı, velev ki bu iddianın gerçek olduğu varsayılsın, davacının terör örgütüne üyeliğine ve dolayısıyla sadakat yükümlülüğünü ihlal ettiğine delil olamaz. Zira iletişim kurulduğu tarihlerde bahse konu oluşum bir terör örgütü olmadığı gibi, aynı tarihte söz konusu kişi hakkında da herhangi bir ceza soruşturması bulunmamaktaydı. Eğer bu şekilde suçlamalar yapılır ve kişiler cezalandırılırsa, gelecekte cezalandırılacağından korkarak, hiç kimse diğer kişiler ile iletişim dahi kuramaz; bireyler kendi benzerleri ile iletişim kurmaktan korkarak yaşamaya itilmiş olur. Bu da insan onuruna uygun (AİHS m. 3) yaşamayı ve özel hayata saygı hakkını (AİHS m. 8) ihlal eder. AİHM kararlarında yer aldığı gibi, her birey, çevresini belirleme ve kişiliğini geliştirme amacıyla kendi benzerleriyle korkmadan, özgürce iletişim kurma ve kişiliğini geliştirme hakkına sahiptir (*Burghartz v. Switzerland*).
13. Yargıtay 16. Ceza Dairesi de 29 Mayıs 2018 tarih ve (2018/106E – 2018/1709K) sayılı kararında “*terör örgütü üyeliği suçlaması açısından 17-25 Aralık 2013 öncesi olayların mahkûmiyete esas alınamayacağına*” hükmetmiştir. 16. Ceza Dairesi bu içtihadını, 3 Temmuz 2018 tarih ve 2018/2995E – 2018/2289K sayılı kararında da tekrarlamıştır. Dolayısıyla davacıya atfedilen geçmişteki telefon görüşmesinin, bir an için doğru olduğu varsayılsa dahi, terör örgütü üyeliğine ve bu nedenle sadakat yükümlülüğünü ihlal ettiğine dayanak yapılması mümkün değildir. Aksi uygulama, suç ve cezaların geçmişe yürümezliği ilkesi (AİHS m. 7), hukuki güvenlik ilkesi ve (toplumun tüm üyelerinin birbirleriyle özgürce iletişim kurmasında her bir bireye korku salacağı için) özel hayata saygı hakkını (AİHS m. 8) ihlal eder. Belirtilen nedenlerle hukuka aykırı olan kaldırılmalı ve istinafa konu işlem iptal edilmelidir.
14. ***Ayrımcılık Yasağının İhlali***
15. Davacı bir KHK hükmü ile hiçbir mahkeme kararı olmadan suçlu ilan edilmiş, bu karar Resmî Gazetede ve internet sitelerinde yayınlanmış, dünyaya duyurulmuş, Avrupa Konseyine ve Birleşmiş Milletlere sunulan KHK eklerinde uluslararası örgütlere ismi terör örgütü üyesi olarak bildirilmiştir. Böylece damgalanmış, masumiyet karinesi, şeref ve itibarı ve lekelenmeme hakkı ihlal edilmiştir. Herhangi bir yargılama yapılmadan ve kesinleşmiş mahkeme kararı olmadan terör örgütü üyesi ilan edilerek, diğer bireylere göre açık bir ayrımcılığa tabi tutulmuştur. Diğer bireylerin suçlu ilan edilebilmesi için kesinleşmiş yargı kararı gerekirken (AY m. 38 § 4), davacı bir yasama işlemi niteliğindeki yürütme organı kararı (KHK) ve bu kararı yasalaştıran bir yasama işlemi ile suçlu ilan edilmiş ve masumiyet karinesinden yararlanmada davacı ile diğer bireyler arasında ayrımcılık yapılmıştır. Bu ayrımcılığın objektif ve makul herhangi bir gerekçesi yoktur.
16. Ayrıca, davanın reddine dayanak yapılan ve yukarıda belirtilen faaliyetlerin birçoğuna başta Ak Parti mensupları olmak üzere toplumun değişik kesimlerinden binlerce insan katılmış olmasına rağmen, aynı faaliyetler Ak Parti mensupları ve diğer insanlar için suç delili olarak kabul edilmemiş, onlar hakkında hiçbir işlem yapılmamış ve böylece ceza kanunlarının uygulanmasında davacı ile diğer bireyler arasında açık bir ayrımcılık yapılmıştır. Tekrar hatırlatalım ki, somut olaydaki yaptırım, olağan bir disiplin cezası değildir; davacıya ceza hukuku anlamında bir ceza (ağırlaştırılmış müebbet kamu görevinde çalışamama cezası) verilmiştir. TCK m. 3 § 2’ye göre, “*Ceza Kanununun uygulamasında kişiler arasında ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefi inanç, millî veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konumları yönünden ayrım yapılamaz ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınamaz*.” Ceza kanununun uygulamasında davacı ile diğer bireyler arasında, “*siyasal veya diğer fikir yahut düşünce farklılığı, bir sosyal gruba üyelik, sosyal köken ve toplumsal konuma*” dayalı olarak açık bir ayrımcılık yapılmıştır. Bir eylem suç ise herkes için suç, değil ise hiç kimse için suç değildir. Bu uygulama nedeniyle “kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesinin uygulanmasında davacı ile diğer bireyler arasında özellikle “sosyal kökene dayalı” olarak ayrımcılık yapıldığı için AİHS m. 7 ile 14 birlikte ihlal edilmiştir.
17. Somut olayda yukarıdaki ihlaller OHAL Komisyonuna ve idare mahkemesine sunulmasına rağmen, Komisyon ve idare mahkemesi bu ihlalleri incelemeden başvuruyu ve davayı reddettiği için, istinafa konu idare mahkemesi kararı kaldırılmalı ve AİHS m. 6 § 2, 7 ve 14’e aykırı olan kamu görevinden KHK ile çıkarma işlemi ve dava konusu OHAL Komisyonu kararı iptal edilmelidir. Bahse konu hususlar davanın sonucunu esastan etkileyecek (*decisive*) türden gerekçeler olmasına rağmen, idare mahkemesi bu hususları incelemeden reddettiği için gerekçeli karar hakkını (AİHS m. 6) da ihlal ederek karar vermiş olup, adil yargılanma hakkına da aykırı olan ilk derece mahkemesi kararı kaldırılmalı ve hukuka aykırı işlem iptal edilmelidir.
18. ***Ret Kararı Gerekçesinin Sonuç Kısmının Değerlendirilmesi***
19. İdare mahkemesi yukarıdaki hususları ret kararına dayanak yaptıktan sonra şu gerekçe ile davayı reddetmiştir: “*… bu eylemlerin mevcut olmasının davacının FETÖ/PDY ile normal bir vatandaşınkinden beklenebilecek olandan daha yoğun bir ilişki içerisine girdiğini ortaya koyduğu, bu durumda davacının FETÖ/PDY ile bağı olduğuna dair tespitin makul ve hakkaniyete uygun düştüğü, böyle bir durumda Anayasa ile kurulmuş hür demokratik düzeni ortadan kaldırmayı amaçlayan terör örgütü ile bağı bulunduğu konusunda somut verilere ulaşılan davacının, Anayasaya sadakat yükümlülüğünü de ihlal ettiği anlaşıldığından, (ilgili) KHK ile hiçbir işleme gerek kalmaksızın kamu görevinden çıkarılması üzerine, kamu görevine iade edilmesi talebiyle OHAL Komisyonuna yaptığı başvurunun reddine ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı sonuç ve kanaatine varılmıştır*.”
20. İlk olarak, “*hür demokratik rejim*” (liberal demokrasi) konusunda yukarıda yaptığımız değerlendirmeleri tekrarlarız.
21. İkinci olarak, davanın reddine dayanak yapılan eylemlerin neredeyse tamamı işlendiği zaman yasal olan faaliyetler olup, faaliyetlerin tamamı **26 Mayıs 2016** tarihinden öncesine aittir; eş ifade ile “Gülen Hareketi” isimli oluşumun “FETÖ/PDY” ismi altında terör örgütü ilan edildiği tarihten öncesine aittir. Kısaca, “*Gülen Hareketi, Cemaat, Hizmet*” veya benzeri isimler altında adlandırıldığı dönemdeki yasal faaliyetler, “FETÖ/PDY” ismi altında terör örgütü ilan edildiği 26 Mayıs 2016 tarihinden sonra, terör örgütüne üyelik suçlamasına gerekçe gösterilemez; terör örgütü suçlaması gibi ağır bir suçlamaya dayanak yapılamaz. Zira suç ve cezaların geçmişe yürümezliği ilkesi, hukuki güvenlik, öngörülebilirlik ve tüm bu ilkeleri kapsayan hukuk devleti ilkesi bu duruma engeldir. **Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Nils Muiznieks**’in 7 Ekim 2016 tarihinde yayınladığı *Memorandum*’da belirttiği gibi, “… *örgüte üyeliği ya da destek vermeyi suç kabul ederken yasa dışı faaliyetlere iştirak edenler ile örgütün şiddet uygulamaya hazır olduğunun farkında olmaksızın Harekete sempati besleyen veya destek verenler ya da Hareket ile bağlantılı yasal olarak kurulmuş tüzel kişiliklere üye olanlar arasında bir ayrım yap*(ılmalıdır).” Ayrıca, “… *Fetullah Gülen hareketi ile bağlantılı olsa bile yasal olarak kurulmuş ve faaliyet gösteren kuruluşlara sadece üyelik ya da bu kuruluşlarla irtibat*(..) *cezai sorumluluk oluşturmak için yeterli olma*(yıp). *…* ***terör suçlamasının 15 Temmuz tarihinden önceki eylemlere geriye dönük olarak uygulanmayacağı(...) sarihtir***”. İdare mahkemesi kararında dayanılan faaliyetler, olsa olsa davacının, “*Gülen Hareketi, Cemaat, Hizmet*” veya benzeri isimlerle adlandırıldığı döneme ilişkin bağını gösterebilir; ilk kez 26 Mayıs 2016 tarihinde ilan edilen FETÖ/PDY isimli örgüt ile bağını göstermez. İdare mahkemesi olaylar ve olguların nitelendirilmesinde açıkça yanılgıya düştüğü ve suç ve cezaların geçmişe yürümezliği ilkesi (AİHS m. 7), hukuki güvenlik, öngörülebilir ve hukuk devleti ilkesini ihlal ederek karar verdiği için istinafa konu karar kaldırılmalı ve hukuka aykırı işlem iptal edilmelidir.
22. Kısaca, mahkeme kararında “somut veri” olarak gösterilen faaliyetlerin tamamı, “FETÖ/PDY” ismiyle terör örgütü ilan edilmeden öncesine ait yasal faaliyetler olup, hukuk devleti ilkesinin gereği olarak, bir faaliyet işlendiği zaman hukuken suç olarak öngörülmemiş ise, sonradan ilan edilmiş bir örgüte üyeliğe delil olamaz. Karardaki gerekçenin akla aykırılığını göstermek için bu hususu da bir örnekle açıklamakta yarar vardır: Örneğin, 2000 yılında kurulmuş bir siyasi partinin A ve B isimli iki üyesi, parti lideri ve yardımcısının talimatı ile 1 Ocak 2015 tarihinde terör amaçlı bir bomba patlatsa ve yüzlerce kişi hayatını kaybetmiş olsa, bu siyasi partinin (yasal dernek) 1 Ocak 2015 tarihinde bir terör örgütüne dönüştüğünde kuşku yoktur. Bu ilk şiddet eyleminden hiçbir haberi olmayan diğer parti üyelerinin, 1 Ocak 2015 tarihinden önceki resmi üyelik kayıtları ve faaliyetlerinin “terör örgütü üyesi” suçlamasına dayanak yapılması akıl dışı ve hatta “absürt” olacaktır. Aynen bu örnekte olduğu gibi, Gülenist olduğu iddia olunanlar açısından da “Gülen Hareketi” veya “Cemaat” isimli oluşumla **26 Mayıs 2016** tarihinden önceki bağlarını gösteren yasal faaliyetler, belirtilen tarihte terör örgütü ilan edilen “FETÖ/PDY” örgütüne üyeliğe dayanak yapılamaz. Somut olayda da davacıya atfedilen faaliyetlerin tamamı 26 Mayıs 2016 öncesine ait olup, 26 Mayıs 2016 tarihi öncesinde yaşanmış faaliyetlere dayalı olarak davacının “*FETÖ/PDY ile bağı olduğuna dair tespitin makul ve hakkaniyete uygun düştüğü,”* gerekçesi de temelsiz, hakkaniyete açıkça aykırı ve makul olmayıp akla aykırıdır*.* Olaylar ve olgulardaki yanılma ve hakkaniyete aykırılık bir kararın hukuka aykırılığına ve kaldırılması gerektiğine yeterli gerekçe olup, bu nedenle de istinafa konu ilk derece mahkemesi kaldırılmalı ve işlem iptal edilmelidir.
23. Sadakat yükümlüğünün ihlali hususuna gelince, atfedilen faaliyetlerin tamamının 26 Mayıs 2016 öncesine ait olması ve yasal ve hatta temel bir hakkın kapsamında kalması dikkate alındığında, davacının sadece bu nedenlerle sadakat yükümlülüğünü ihlal ettiği iddiası gerçeğe aykırıdır. Sadakat yükümlülüğünün ihlal edildiğini gösteren başkaca bir somut eylem de atfedilmemiştir. 26 Mayıs 2016 öncesinde ilan edilmiş bir terör örgütü yoktur ki, bu örgüte üyelik gerekçe gösterilsin ve bu nedenle sadakat yükümlülüğünün ihlaline karar verilsin. Yasal ve temel hakların kapsamında kalan faaliyetleri icra etmek, sadakat yükümlülüğünün ihlaline yol açmaz. Somut olayda davacıya “sadakat yükümlülüğünü ihlal ettiği gerekçesiyle ceza hukuku anlamında bir ceza verildiği” dikkate alındığında, atılı eylem veya suç (sadakat yükümlülüğünü ihlal) öngörülemez şekilde yorumlanıp uygulanmış olup, bu durum da kararın kaldırılmasına ve işlemin iptaline yeterli bir sebeptir. Yasalar öngörülemez şekilde, keyfi yorumlanıp uygulanamaz. Öngörülemez nitelikte olan bir yasal veya anayasal düzenleme, AİHS anlamında “kanun” niteliğine sahip değildir. Yasal dayanaktan yoksun olan ve birçok temel hakkı ihlal eden işlem iptal edilmesi gerekirken, bu yönde açılan dava reddedilmiştir. Dolayısıyla istinafa konu karar kaldırılmalı ve yasal dayanağı bulunmayan işlem iptal edilmelidir.
24. **“*Uyuşmazlık Konusu Olayın İHAS Açısından Değerlendirilmesi*” Başlığı Altında Belirtilenler Hususundaki Görüşlerimiz**
25. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserinin 7 Ekim 2016 tarihinde yayınladığı Memorandumda belirttiği gibi, KHK ile kamu görevinden çıkarma işlemi birçok insan hakkını ihlal etme potansiyeli taşımaktadır. İnsan Hakları Komiseri, Türk Hükümetinin yürüttüğü mücadelede özellikle “*masumiyet karinesi, suç ve cezaların şahsiliği ilkesi, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi, ceza kanunlarının geçmişe yürümezliği ilkesi, hukuki güvenlik, savunma hakkı ve silahların eşitliği ilkesi ve yargılamaların tamamen şeffaf bir şekilde yürütülmesi*” gibi insan hakları ve hukukun genel ilkelerine saygı göstermesinin Türk otoritelerinin çıkarına olacağını belirterek, bahse konu ilkelerin uygulamaya geçirilmesinde sorunlar tespit ettiğini ima etmiştir.



1. Davacı, OHAL Komisyonuna sunduğu başvuru formu ve dava dilekçesinde, KHK ile kamu görevinden çıkarılması ile bazı temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğini açıkça ileri sürmüştür. “Bir KHK ile kamu görevinden çıkarıldığı için mahkemeye erişim hakkı (1), KHK ile, yargılanmadan terör örgütü üyesi ilan edilerek kamu görevinden çıkarıldığı için masumiyet karinesi (2), işlendiği zaman suç olmayan eylemlerle suçlanıp cezalandırıldığı için kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi (3), mahkeme kararı olmadan özel hayatına ilişkin bilgilerin toplandığı ve 15 Temmuz 2016 öncesinde fişlemelere maruz kaldığı için, şeref ve itibarına saldırıda bulunulduğu ve hukuk dışı olarak profesyonel hayatına son verildiği, özel sektörde de iş bulmasının engellendiği, en hafif ifade ile zorlaştırıldığı ve sivil ölüme terk edildiği için özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı (4), bir dernek, sendika veya benzeri bir tüzel kişiliğe üye olma, faaliyetlerine katılma ve/veya bağışta bulunma nedeniyle cezalandırıldığı için örgütlenme özgürlüğü, barışçıl bir sohbete katıldığı iddiasıyla cezalandırıldığı için de barışçıl toplanma özgürlüğü (5), okuduğu, abone olduğu veya evinde bulundurduğu gazete, kitap, dergi veya ziyaret ettiği web siteleri nedeniyle fişlenip cezalandırıldığı için ifade özgürlüğü (bilgiye erişim hakkı) (6), yargılanmadan, sivil ölüme terk edilir şekilde “ağırlaştırılmış müebbet kamu görevinde çalışmama cezasına” çarptırıldığı için AİHS m. 6’daki tüm güvenceler (Ceza hukuku anlamında bir cezaya, sadece adil bir yargılama sonucu hükmedilebilir.) (7), elde ettiği diplomaların verdiği yetkileri kullanamadığı, iş bulamadığı için eğitim hakkı (8), aynı eylemler nedeniyle hem sürekli şekilde kamu görevinden çıkarılma hem de ceza soruşturmasına muhatap olduğu için *non bis in idem* ilkesi (9), hukuk dışı şekilde mesleğine son verildiği için, meşru beklentisi bulunduğu maaşını alamadığı için mülkiyet hakkı (10) ve/veya ayrımcılığa tabi tutulduğu için de AİHS’nin 14. Maddesinin (11) ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Bunlara ek olarak, kamu görevinden çıkarılma tarihinde yasalarla önceden öngörülmemiş (yürürlükte olmayan) bir cezaya (ağırlaştırılmış müebbet kamu görevinde çalışamama cezasına) çarptırıldığı için suç ve cezaların geçmişe yürümezliği ilkesi (AİHS m. 7) ihlal edilmiştir (12).
2. Davacı, dava dilekçesinde de belirtilen haklarının ihlal edildiğini, KHK ile kamu görevinden çıkarılmakla bu ihlallerin yaşandığını, ihlalleri gidermek için 23 Ocak 2017 tarih ve 685 sayılı KHK ile OHAL Komisyonu kurulduğunu, bu ihlallerin giderilmesi için Komisyona başvurduğunu, ancak Komisyonun ihlal iddialarını hiçbir şekilde incelemeden başvurusunu reddettiğini ifade etmiştir. Ancak OHAL Komisyonunun kendisine yüklenen insan hakları ihlallerini inceleme ve giderme görevinin gereklerini yerine getirmediğini ve hukuka aykırı karar verdiğini ve bu nedenle Komisyon kararının iptal edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Avrupa Konseyi Genel Sekreterinin girişimleriyle çıkarılan 685 sayılı KHK’nın tek çıkarılma amacı bulunmakta olup, bu amaç AİHM önündeki başvurularda ileri sürülen insan hakları ihlallerini inceleyip karara bağlayacak bir iç başvuru yolu kurmaktı. OHAL Komisyonu da bu amaçla kurulmuş olup, *Köksal v. Turkey* kararında incelendiği gibi, OHAL Komisyonunun görevlerinden biri de ihlal edildiği ileri sürülen insan hakları ihlallerini inceleyip karara bağlamaktır. Ancak Komisyon, davacının başvurusunda ileri sürdüğü ve KHK’nın yayınlanmasıyla yaşanmış insan hakları ihlallerini hiçbir şekilde incelemeden başvuruyu reddettiği için 685 sayılı KHK ile kendisine yüklenen ödevin gereklerini yerine getirmemiştir. Davacı, idare mahkemesi önünde, Komisyonun insan hakları ihlallerini hiçbir şekilde incelemeden başvurusunu reddettiği için görevinin gereklerini yerine getirmediğini ve bu nedenle Komisyon kararının iptalinin gerektiğini ileri sürmüştür. Ancak idare mahkemesi bu husustaki hukuka aykırılığı incelemeden iptal davasını reddetmiş ve böylece gerekçeli karar hakkı da ihlal edilmiştir. Oysa davacının ileri sürdüğü bu argüman, davanın sonucunu açıkça etkileyecek türden bir argüman olup, idare mahkemesinin bu argümanı inceleyerek, gerekçeli olarak bu hususu karara bağlaması gerekirdi. Bu açıdan da hukuka aykırı olan idare mahkemesi kararı kaldırılmalı ve insan haklarını ihlal eden dava konusu işlem iptal edilmelidir.
3. İdare mahkemesi ileri sürülen insan hakları ihlallerini tek tek incelemeden, sadece özel hayata saygı hakkını tek açıdan (profesyonel hayat) incelemiş ve diğer ihlalleri hiçbir şekilde incelemeden, bazı hak ihlallerinin isimlerini dahi belirtmeden (masumiyet karinesi, *non bis in idem* ilkesi gibi), diğerlerinin ise sadece isimlerine yer vererek, hiçbir inceleme yapmadan, hiçbir hakkın özüne dokunulmadığı sonucuna vararak davayı reddetmiştir.
4. Bu başlık altında, idare mahkemesi şu gerekçeye de yer vermiştir: “*15 Temmuz 2016 tarihli darbe girişimi ile 251 kişinin hayatını kaybettiğini, çok sayıda kişinin yaralandığını, birçok menkul ve gayri menkul malın zarar görmesine neden olan darbe girişiminin FETÖ/PDY tarafından örgüt yöneticilerinin talimatları doğrultusunda kamu hizmetinde bulunan üyeleri eliyle gerçekleştirilmiştir.*” Bir an için bu iddianın doğruluğu varsayılsa dahi, davacının darbe girişimiyle yakından ya da uzaktan en küçük ilişkisi yoktur; suç ve cezaların şahsiliği (kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi) ile kolektif cezalandırma yasağı gibi hukukun en temel ilkelerinin gereği olarak, kendisinin haberinin dahi olmadığı bir darbe girişiminden (dolaylı olarak) sorumlu tutulup cezalandırılması, İnsan Hakları Komiseri Nils Muiznieks’in 7 Ekim 2016 tarihinde yayınladığı *Memorandum*’da belirttiği gibi, açıkça suç ve cezaların şahsiliği ilkesini ihlal eder.
5. Venedik Komisyonu 12.12.2016 tarihli raporunda özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı açısından şu görüşleri belirtmiştir:



1. İdare mahkemesi kararında yer verilen şu ifadeler de suç ve cezaların şahsiliği ilkesinin bariz ihlalini ortaya koymaktadır: “*FETÖ/PDY terör örgütü mensubu kamu görevlilerinin darbe girişimi ile somutlaştığı üzere devlete sadakat yükümlülüklerini çiğnedikleri açıktır*.” Bu gerekçe sadece *darbe girişime herhangi bir şekilde katılan kamu görevlileri* açısından doğru olabilir; davacının kişisel olarak darbe girişimi ve başka türlü “sadakat yükümlülüğünü” ihlal ettiğini gösteren en küçük delil başlangıcı dahi yoktur. Davacıyı başka kişilerin eylemlerinden sorumlu tutup ceza hukuku anlamında bir cezaya (ağırlaştırılmış müebbet kamu görevlisi olamama cezası) mahkûm etmek, suç ve cezaların şahsiliği ilkesini açıkça ihlal eder. İdare mahkemesi kararındaki bu gerekçe nedeniyle hukuka aykırı olan karar kaldırılmalı ve işlem iptal edilmelidir.
2. Ayrıca, bahse konu örgüt, yukarıda açıklandığı gibi, ilk olarak 26 Mayıs 2016 tarihinde ilan edilmiş olup, davacıya atfedilen eylemlerin tamamı yasal faaliyetler olduğu gibi, bu tarihten öncesine aittir. Kaldı ki, MGK’nın 26 Mayıs 2016 tarihli kararı hukuken davacıyı ilgilendirmemekte (Bakanlar Kurulunu ilgilendirmektedir.) olup, yukarıda açıklandığı gibi Anayasanın amir hükümlerine de aykırıdır. Davacı salt sadakat yükümlülüğünü ihlal ettiği iddiasıyla değil, ceza hukuku anlamında suç olan terör örgütü üyeliği suçlaması yapılarak (bu nedenle sadakat yükümlülüğünü ihlal ettiği iddiasıyla) kamu görevinden çıkarılmıştır. Terör örgütü üyeliği açısından sorumluluğun başlangıç tarihi, İnsan Hakları Komiseri Nils Muiznieks’in 7 Ekim 2016 tarihinde yayınladığı *Memorandum*’da belirttiği gibi, 15 Temmuz 2016’dır.
3. İdare mahkemesi kararında AİHM’nin bir kararına (*Sidabras ve Dziautas v. Litvanya*) atıf yapılarak kamu görevlilerinin sadakat yükümlülüğünün bulunduğu ifade edilmiştir. Davacı sadakat yükümlülüğünün farkında olarak kamu görevinde bulunmuş ve görevlerini bu yükümlülüğün gereklerini ihlal etmeden icra etmiştir. Ancak Türk mahkemelerinin, genellikle AİHM kararlarının işlerine gelen kısımlarını cımbızla çekip alarak kararlarında kullandıkları, işlerine gelmeyen kısımlarına yer vermekten özenle kaçındıkları da bilinmektedir. Kamu görevlilerinin sadakat yükümlülüğü olduğu gibi, devletin de suç ve cezaların şahsiliği ilkesine uygun davranma, başkalarının eylemini bahane göstererek ilgisiz kişileri cezalandırmama, yasaları keyfi yorumlamama, kişileri yargılamadan KHK ile terör örgütü ilan etmeme, masumiyet karinesini ihlal etmeme ve kısaca insan haklarını ihlal etmeme yükümlülüğü vardır. Tek yükümlülük kamu görevlilerinde değildir.
4. İdare mahkemesi kararında dayanılan şu gerekçe de davacıyı ilgilendirmemekte olup, bu gerekçe de suç ve cezaların şahsiliği ilkesini ihlal etmiştir:



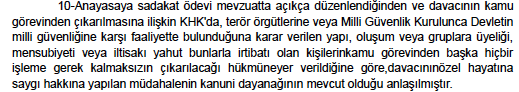
Bu gerekçe sadece “*imkân ve araçları örgütün amaçları kapsamında ve talimatları doğrultusunda kullanan*” kamu görevlilerini ilgilendirir. Davacının bu türden bir faaliyetinin olduğunu gösteren en küçük somut suç delili dahi bulunmamaktadır; eğer olsaydı hem 15 Temmuz 2016 öncesi hakkında işlem yapılır hem de idare mahkemesi kararında yer verilirdi. Yukarıda belirtildiği gibi, davacı sadece geçmişteki yasal faaliyetlerine dayalı olarak terör örgütü üyesi gösterilip, sadakat yükümlülüğünü bu nedenle ihlal ettiği iddia edilmiştir. Kısaca, sadakat yükümlülüğünü ihlal iddiasına “yasal faaliyetler” dayanak yapılmıştır. Davacı, başkalarının gerçekleştirdiği belirtilen eylemler bahane yapılarak cezalandırılmıştır. Bu gerekçe de suç ve cezaların şahsiliği ilkesine (Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi bu ilkeyi de kapsar.) açıkça aykırı olup, bu nedenle de idare mahkemesi kararı kaldırılmalı ve hukuka aykırı işlem iptal edilmelidir.

1. Kararda şu gerekçeye de yer verilmiştir:

https://lh4.googleusercontent.com/QmnXzt7V-TDFFquizKG7Xqk1epEwXDptycsmCWc-ImD0IUAjkbgFNOFklloyrB9N7-v2LYusstMGjGoA7Lt_bMmZrlAsvoY9Kt7Fxy7kBx9J3F6yDRl4N0xXR-drfoxlGZ4oHeso0K-k4BeAUg

Davacı da aynen bu görüştedir; ancak kendisinin darbe girişimiyle uzaktan yakından en küçük ilgisi yoktur. Darbe girişiminde bulunanlar bahane gösterilerek, kendisi ceza hukuku anlamında bir cezaya (ağırlaştırılmış müebbet kamu görevlisi olamama cezası) mahkûm edildiği için, hukukun en temel ilkelerinden biri olan suç ve cezaların şahsiliği ilkesi açıkça ihlal edilmiştir. İstinafa konu karar birçok açıdan hukuka aykırı olup kaldırılmalı ve birçok insan hakkını ihlal eden işlem iptal edilmelidir.

1. Aşağıdaki gerekçe de AİHM kriterleri açısından geçersizdir:



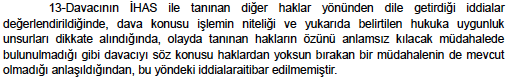
AİHM’ye göre, bir temel hakka yönelik müdahalenin yasal dayanağı olabilmesi için, bu yasanın önceden kabul edilmiş, ilan edilmiş, erişilebilir ve uygulaması öngörülebilir olması gerekir. Sonradan çıkarılan bir KHK ile öngörülen yükümlülük ve yaptırım, erişilebilir olmadığı gibi uygulaması öngörülebilir değildir; bu nedenle temel haklara müdahaleye dayanak yapılamaz. Sonradan öngörülen KHK ile “yeni cezalar” öngören hükümler, ihlal edildiği belirtilen insan haklarına ilişkin müdahalelere yasal dayanak olamaz. Sadakat yükümlülüğüne gelince, bu yükümlülüğün Anayasada önceden öngörülmüş olması, bu durumu değiştirmez. AİHM’ye göre, bir yasanın olmazsa olmaz özellikleri arasında “erişilebilir ve uygulaması öngörülebilir” olma vardır. Yukarıda belirtildiği gibi, “sadakat yükümlülüğü” ihlali iddiasına, tamamı işlendiği zaman yasal olan faaliyetlerin dayanak yapılması nedeniyle, bu yükümlülüğe dair Anayasa hükmü, erişilebilir olsa da “uygulaması kesinlikle öngörülebilir” değildir. Son derece soyut, muğlak ve yargı kararları dikkate alındığında uygulaması hiçbir şekilde öngörülemeyen bu hüküm AİHS anlamında “*kanun*” niteliğinden yoksun olup, müdahaleye yasal dayanak yapılamaz.

1. İhraç tedbirinin ölçülü olduğu iddiasına gelince, örneğin, Anayasanın 70. maddesinde öngörülmüş bir temel hakkı kökünden yok eden, Anayasa hükmünü 150 000’den fazla bir vatandaş grubu için yürürlükten kaldıran, “ağırlaştırılmış müebbet kamu görevinde çalışamama cezası” hiçbir şekilde ölçülü değildir.
2. Birçok örnek göstermektedir ki, idare mahkemesi kararda belirtilen şu gerekçe de maddi gerçekle uyumlu değildir:

https://lh3.googleusercontent.com/1NAzXaFQaqCjeYlim-jxFO9fph5yEjCjbo4-TCVSK-tt0dvp2CD3dWZLEF10a-NpCrjlHfuHo3C1t9djgKP3IFHSr8QWck5ZK9UpD9KKczCPGQ_3lAaNCNkiIfHF23gkeSt6cEoipu9mJ-2i8w

KHK ile kamu görevinden çıkarılanlar SGK kayıtlarında fişlenmiş olup, özel sektörde iş bulan birçok kişi, işverenler ilk SGK primlerini yatırdığında uyarılarak, işlerini kaybetmiştir. Arabulucu, bilirkişi ve noterlik yapmaları dahi 691 sayılı KHK ile yasaklanmış, avukatlık yapmaları fiilen engellenmiştir.

1. İdare mahkemesi kararında, dava dilekçesinde belirtilen ve ihlal edildiği ileri sürülen diğer insan hakları ihlalleri tek tek incelenmeden, şu gerekçe ile hiçbir ihlal olmadığı değerlendirilmiştir:



1. Bu gerekçe gerçek dışıdır. Bir kişinin yargılanmadan, hakkında kesinleşmiş hiçbir hüküm olmadan, bir KHK ile “terör örgütü üyesi” ilan edilmesi masumiyet karinesini açıkça ihlal etmiştir. Aynı suçlama ve eylemlere dayalı olarak hem ağır hapis cezasına hem de ceza hukuku anlamında bir ceza olan ağırlaştırılmış müebbet kamu görevinde çalışamama cezasına mahkûm edilmesi, aynı suçtan iki kez yargılanmama ve cezalandırılmama yasağını (*non bis in idem ilkesi*) açıkça ihlal etmiştir. Kanunla önceden öngörülmemiş bir ceza (ağırlaştırılmış müebbet kamu görevinde çalışamama cezası), sonradan çıkarılan bir KHK ile öngörülerek davacının bu cezaya, yargılanmadan mahkûm edilmesi hem suç ve cezaların geçmişe yürümezliği (AİHS m. 7) hem de adil yargılanma hakkının tüm güvencelerini (AİHS m. 6) ihlal etmiştir. Bu ceza tek başına davacının profesyonel hayatını tamamen yok ettiği için özel hayata saygı hakkını ihlal etmiştir. İdare mahkemesi kararında dayanıldığı gibi, işlendiği zaman tamamen yasal olan faaliyetler cezalandırmaya dayanak yapıldığı için kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi ihlal edilmiştir. Bu nedenle bizzat idare mahkemesinin kararı, birçok insan hakkını ihlal etmiştir. Diğer ihlaller için yukarıdaki açıklamalara gönderme yaparak belirtmek isteriz ki, idare mahkemesi kararında kullanılan gerekçelerin bizzat kendisi (*Bank Asya, ByLock, dernek, sendika üyeliği* gibi) birçok insan hakkını ihlal etmiştir. Bu nedenle de idare mahkemesi kararı AİHS ve Anayasaya aykırı olup kaldırılmalı ve hukuka aykırı işlem iptal edilmelidir.
2. KHK ile kamu görevinden çıkarma işlemi ile birlikte, dava dilekçesi ve bu dilekçede belirtilen hak ve özgürlüklerin ihlali yaşanmış olup, bu ihlaller idare mahkemesi kararıyla da giderilmemiştir. Bu nedenle hem OHAL Komisyonu kararı hem de idare mahkemesi kararı kaldırılmalı ve işlem iptal edilmelidir.
3. İdare mahkemesi kararında “savunma alınmaksızın kamu görevinden çıkarılma” itirazına ilişkin olarak, “… *FETÖ/PDY mensuplarının demokratik hukuk düzenine karşı potansiyel tehdit oluşturduğu ve bu tehdidin derhal bertaraf edilmesi amacıyla olağan yönetmelerin dışına çıkılarak başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın örgütle bağı bulunan kamu görevlilerinin ihraç edildiği, olağanüstü zamanlarda olağan prosedürün uygulanmasının zorunlu olmadığı, … davacıya hakkındaki isnatların bütününe vakıf olarak OHAL Komisyonu’na itiraz edebilme ve Mahkeme’de dava açabilme, Komisyon ve Mahkeme huzurunda iddia ve savunmada bulunabilme imkânının da tanındığı*” belirtilmiştir.
4. Gerekçeden anlaşıldığına göre, davacı “*FETÖ/PDY mensubu ya da bağı olan kamu görevlisi olarak gösterilmiş, demokratik hukuk düzenine “potansiyel tehdit” oluşturduğu*” için kamu görevinden çıkarılmıştır. İlk olarak Anayasal ve yasal bazı hükümlerin açıkça uygulanmadığı ve kuvvetler ayrılığının ilga edildiği bir sisteme (Bu konuda yukarıya bakınız.), uluslararası literatürde “demokratik hukuk düzeni” denemez. Kuvvetler ayrılığı, demokratik rejimlerin olmazsa olmaz unsurlarından biri olup, olmayan düzene “potansiyel tehdit oluşturmaktan” da bahsedilemez. Ayrıca, 1-) Bu ifadeler davacının masumiyet karinesinden yararlanma hakkını ihlal etmiştir. 2-) Davacıya “potansiyel tehdit” oluşturduğu için (ileride gerçekleştirme ihtimali olan eylemler) gerekçe gösterilerek ceza hukuku anlamında bir ceza verilmiştir. Hiç kimseye ileride işleneceği iddia olunan ve henüz işlenmemiş suçlar gerekçe gösterilerek ceza verilemez. 3-) Kararda “*olağanüstü zamanlarda olağan prosedürün uygulanmasının zorunlu olmadığı”* gerekçesine haklı olarak yer verilmiş olmasına rağmen, OHAL’in geçici bir rejim olduğu ve sadece geçici tedbirlerin alınabileceği (AY m. 15 ve 121) görmezden gelinip, davacıya uygulanan cezanın “kalıcı”, ömrü boyunca devam edecek ceza olduğu dikkate dahi alınmamıştır. OHAL döneminde alınan tedbirler sadece OHAL dönemi ile sınırlı olup, OHAL sona erdiğinde geçerlilikleri de ortadan kalkar. Kaldı ki, Genel Kurmay Başkanlığı 19 Temmuz 2016 tarihli açıklamasında “*darbe girişiminin tamamen bastırıldığını*” açıklamış ve darbeci askerlerin tamamı kısa sürede Silahlı Kuvvetlerden uzaklaştırılmış olup, tekrar darbe teşebbüsünde bulunma iddiası da maddi gerçekle uyuşmamaktadır. Venedik Komisyonu ile İnsan Hakları Komiseri de 7 Ekim ve 12 Aralık 2016 tarihlerinde yayınladıkları raporlarda, OHAL’in gerekçesinin kalmadığını ve olağan rejime geçilmesi gerektiği önerisinde bulunmuşlardır. 4-) Davacının “*isnatların bütününe vakıf olarak OHAL Komisyonu’na itiraz edebilme ve Mahkeme’de dava açabilme, Komisyon ve Mahkeme huzurunda iddia ve savunmada bulunabilme imkânının da tanındığı*” iddiası doğru değildir. OHAL Komisyonuna başvurmadan önce, kendisine hangi gerekçe ile kamu görevinden çıkarıldığında dair herhangi bir gerekçe ya da belge verilmemiş, herhangi bir delil gösterilmemiştir. Komisyon sadece idarenin sunduğu bilgi ve belgeler üzerinden başvuruyu inceleyip reddetmiş olup, bu bilgi ve belgeler davacıya sunulup görüşleri alınmadan ret kararı verilmiştir. İdare mahkemesi önünde de kararda dayanılan ve dosyada bulunan tüm bilgi ve belgeler (örneğin ByLock’a ilişkin ana delil olan Hard Disk ve Flaş Bellek) kendisine verilip, tüm bilgi ve belgeler hakkındaki görüşleri alınarak, çekişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerine uygun bir yargılama yapılmadan dava reddedilmiştir. Tüm bu nedenlerle hukuka açıkça aykırı olan idare mahkemesi kararı kaldırılmalı ve istinafa konu işlem iptal edilmelidir.
5. **Kararın hüküm kısmında**, adli yardımdan yararlanan davacıya “*yargılama gideri, posta gideri ile davalı idareye ödenmek üzere avukatlık ücretinin*”, karar kesinleştikten sonra davacıdan tahsil edilmesine hükmedilmiş olup, bu durum mahkemeye erişim hakkını (AİHS m. 6 § 1) ihlal eder. Adli yardımdan yararlanan bir davacıya, davayı kaybetmesi halinde tüm bu masrafları ödetme tehdidi, hiçbir geliri olmayan bireyler açısından mahkemeye başvurma açısından caydırıcı bir etki yapar ve mahkemeye erişim hakkını (*access to a court*) ihlal eder. AİHM içtihatlarına aykırı olan bu gerekçe nedeniyle de karar kaldırılmalı ve hukuka aykırı olan işlem iptal edilmelidir.
6. **İstinafa Konu İdare Mahkemesi Kararının Kaldırılması ve Söz Konusu İdari İşlemin İptalini Gerektiren Diğer Gerekçeler**
7. İlk olarak, OHAL Komisyonu başvuru dilekçesinde ileri sürülen insan hakları ihlalleri giderilmeden reddedilen başvuru, özellikle bu açıdan hukuka aykırı olup, iptali gerekirken, bu yönde açılan iptal davasının reddedilmesi birçok açıdan Anayasa ve AİHS’ye aykırıdır. KHK’nın yayınlanması ile yaşanmış ve tamamlanmış ihlallerin tanınıp giderilmesi, eski hale getirilmesi ve/veya tazmin edilmesi gerekirken, bunların hiçbiri yapılmadığı için Anayasa ve AİHS’de korunan birçok hak ve özgürlük ihlal edilmiştir; ihlaller devam etmesine rağmen idare mahkemesi davayı reddederek bu ihlalleri gidermemiştir.
8. İkinci olarak, sonradan çıkarılan bir KHK ile “önceki yasaların hiçbirinde olmayan”, tamamen yeni ve ceza hukuku anlamında bir ceza (ağırlaştırılmış müebbet kamu görevlisi olamama cezası) öngörüldüğü ve bu ceza davacının geçmişteki faaliyetlerine uygulandığı için, suç ve cezaların geçmişe yürümezliği ilkesi ihlal edilmiş (AİHS m. 7), bu ihlale rağmen dava konusu işlem iptal edilmemiş ve dava reddedilmiştir.
9. Davacıya aynı suçlama ve faaliyetlere dayalı olarak iki ayrı yargılama sonucu iki ayrı ceza uygulanmıştır. Bu durum AİHS’ye Ek 7 No.lu Protokol’ün 4. Maddesinde korunan *non bis in idem* ilkesini ihlal etmesine rağmen, iptal davası idare mahkemesince reddedilmiş ve hukuka açıkça aykırı bir karar verilmiştir.
10. OHAL Komisyonu kararı ile idare mahkemesinin ret kararında, davacının FETÖ/PDY üyesi olduğu sonucu çıkarılacak ifadeler kullanılmış olup, bu ifadeler masumiyet karinesini ihlal etmektedir.
11. İdare mahkemesi kararında dayanılan (bazıları gizli) birçok bilgi, belge ve delil (MGK kararları, Milli Güvenlik Siyaset Belgesi, ByLock’a ilişkin verilerin yer aldığı hard disk ve flaş bellek gibi) davacıya tebliğ edilerek, kendisine makul süre, imkân ve kolaylıklar sağlanıp görüşleri alınmadan karar verildiği için çekişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerine açıkça aykırı bir yargılama yapılarak karar verilmiştir. Bir yargılamanın olmazsa olmazları arasında olan bu iki ilkeye aykırı bir karar yargı kararı olamaz.
12. Mahkeme kararında dayanılan bilgi, belge ve delillerin büyük çoğunluğu (ByLock, Bank Asya, Dernek/sendika üyeliği, gazete aboneliği gibi), hiçbir mahkeme kararı olmadan elde edilip kullanıldığı için yasa dışı delil niteliğindedir. Anayasanın amir hükmü yasaklamasına rağmen (AY m. 38 § 6), bahse konu kanuna aykırı elde edilmiş delil unsurlarına dayalı karar Anayasaya aykırıdır.
13. **GEREKÇELİ KARAR HAKKI İHLALİ**: Dava dilekçesi ile idare mahkemesinin ret kararı karşılaştırıldığında görüleceği gibi, dilekçede ileri sürülen ve davacının sonucunu esastan etkileyecek nitelikte olan birçok iptal nedeni ve argüman, idare mahkemesince hiçbir şekilde incelenmeden dava reddedildiği için somut olayda gerekçeli karar hakkı (AİHS m. 6 § 1) da ihlal edilmiştir. Bir kısmı yukarıda belirtilen argümanlardan bazıları şunlardır: “OHAL dönemindeki işlemler geçici olup, OHAL KHK’ları ile kalıcı tedbirler alınamaz; KHK ile terör örgütü üyesi ilan edilerek kamu görevinden çıkarmanın masumiyet karinesi ihlal ettiği, OHAL durumunda dahi bu hakkın ihlali yasaklandığı için dava konusu işlem Anayasanın 15. Maddesine açıkça aykırıdır. Suç ve cezaların geçmişe yürümezliği ilkesi de Anayasanın 15. Maddesi uyarınca OHAL durumunda dahi ihlali yasaktır; oysa davacıya sonradan çıkarılan KHK ile ceza hukuku anlamında bir ceza (*Matyjek v. Poland*) verilmiş; işlendiği zaman yasal olan faaliyetler bahse konu cezaya dayanak yapılmıştır. Cezalandırmaya dayanak olan KHK 30 gün içerisinde TBMM tarafından onaylanmadığı için, kamu görevinden çıkarma işleminin yasal dayanağı ortadan kalkmıştır. Aynı suçlama ile iki ayrı cezaya mahkûm edilme *non bis in idem* ilkesini ihlal etmiştir. Anayasanın 38 § 3 hükmünde korunan, “*Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur*” ilkesi ihlal edilmiştir. Anayasanın 70. Maddesindeki hüküm 150 000’den fazla kişi için bir KHK ile tamamen yürürlükten kaldırılmış olup, bu durum 70. Maddede korunan hakkın özünü değil, hakkı kökünden yok etmiştir. İşlemin ölçülü olduğu iddiası akla aykırıdır. Kullanılan delillerin tamamı, KHK ile kamu görevinden çıkarıldıktan sonra toplanmış olup, sonradan elde edilen deliller (yasal faaliyetler) önceki kararı hukuka uygun yapmaz; KHK ile kamu görevinden çıkarma işlemi hiçbir somut delile dayanmadan alınmış keyfi bir karardır. Yasa dışı delillere dayalı olarak OHAL Komisyonunca başvuru reddedilmiş olup bu durum Anayasanın 38 § 6 hükmünü yok sayma anlamına gelir. Tüm bu ve yukarıda belirtilen ve davanın sonucunu esastan etkileyecek olan birçok argüman idare mahkemesince incelenmeden dava reddedildiği için, idare mahkemesi kararı gerekçeli karar hakkının gereklerine aykırıdır (AİHS m. 6 § 1).
14. Aynı durum insan hakları ihlalleri açısından da geçerlidir. Dava dilekçesinde detaylı olarak açıklanan insan hakları ihlalleri de idare mahkemesince gerektiği gibi incelenmeden (OHAL Komisyonu ise hiçbir şekilde incelememiştir.) dava reddedilmiştir. Komisyon kararı da bu nedenle iptal edilmesi gerekirken iptal edilmemiş ve bu husus dava dilekçesinde yazılmasına rağmen idare mahkemesince hiçbir şekilde dikkate alınmadan dava reddedildiği için, gerekçeli karar hakkı bu nedenlerle de ihlal edilmiştir.
15. Tüm bu ve yukarıda ayrıca belirtilen nedenlerle Anayasaya, AİHS’ye, BM MSHS’ye, en temel hukuk kurallarına ve hukukun genel ilkeleri ile birçok kanun hükmüne açıkça aykırı olan istinafa konu idare mahkemesi kararı kaldırılmalı ve dava konusu işlem iptal edilmelidir.

**SONUÇ VE TALEP        :** Yukarıda açıklanan gerekçeler ve resen tespit edilecek sair nedenlere dayalı olarak;

1-) Ankara (…).2018 /… Esas, …/…/ 2018 tarih ve 2018/… Karar Sayılı Davanın Reddi kararının KALDIRILMASINA ve … sayılı KHK ile meslekten çıkartılmaya dair işleme ilişkin OHAL Komisyonu’na yapılan başvurunun REDDİ kararının İPTALİNE,

2-) Yargılama giderleri ile, ileride vekil ile temsil edilmem halinde avukatlık ücretinin davalı tarafa yükletilmesine karar verilmesini saygıyla arz ve talep ederim. .../…/ 2019

**İstinaf Yoluna Başvuran Davacı**

**(İmza)**