



KAMU GÖREVLİLERİ AÇISINDAN ÖZEL HAYATA SAYGI HAKKI VE KAMUDAN İHRAÇLAR

Prof. Dr. Ali D. ULUSOY*

Özel hayata saygı hakkı hem Anayasa’da (mad. 20) hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde (AİHS) (mad. 8) güvenceye alınmış bir temel haktır. Kamuda çalışanlar dâhil herkese tanınmış olan bu hak, devletlerce bazı sınırlamalara tabi tutulabilmekle birlikte bu sınırlamaların, diğer temel hak ve özgürlükler gibi, gerek “kanunilik” gerek “meşru amaç”, gerek “demokratik bir toplumda gerekli olma” gerekse “ölçülülük” kriterlerine uygun olması gerekmektedir. Aksi hâlde anılan Anayasa ve AİHS hükmü ihlal edilmiş olacaktır.

Özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), kişilerin meslek yaşamlarına ilişkin olarak üye devletlerce yapılan ciddi müdahaleleri *özel hayata saygı hakkı* kapsamında görmekte ve bu müdahaleleri bu hak açısından denetlemektedir. AİHM’in bu yöndeki içtihadının tam olarak yerleştiği ve istikrar kazandığı söylenebilir.

Bu bağlamda Mahkeme, *mesleki yaşam* ile *özel yaşamı* birbiriyle sıkı sıkıya ilişkili görmekte ve mesleki yaşama müdahalenin kaçınılmaz olarak özel yaşamı da etkileyeceğini varsaymaktadır. Bu itibarla AİHM, kişilerin çeşitli nedenlerle gerek kamudaki gerek özel sektördeki iş, görev ve mesleklerinden toplu biçimde çıkarılmalarına, bu iş ve görevlere alınmamalarına veya tekrar alınmamalarına ya da daha alt seviyedeki iş ve görevlere *tenzili rütbe*ye tabi tutulmalarına dair başvuruları esasa ilişkin olarak *özel hayata saygı hakkı* (AİHS mad. 8) kapsamında değerlendirmektedir¹.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, ulusoydlaw@gmail.com, ORCID: 0000-0001-5899-6005.

¹ *Polyakh ve diğerleri/Ukrayna*, B. No: 8812/15, 53217/16..., 17/10/2019; *Denisov/Ukrayna*, B. No: 76639/11, 25/10/2018; *Sodan/Türkiye*, B. No: 18650/05, 2/2/2016; *F. Martinez/İspanya* [BD], B. No: 56030/07, 12/6/2014; *Zickus/Litvanya*, B. No: 22652/02, 07/4/2009; *Sidabras ve Dziautas/Litvanya*, B. No: 55480/00- 59330/00, 27/7/2004; *C./Belçika*, B. No: 21794/93, 07/8/1996; *Niemietz/Almanya*, B. No: 13710/88, 16/12/1992.

Aynı yaklaşımın Anayasa Mahkemesi (AYM) tarafından da benimsendiği görülmekte olup² Danıştayın da son zamanlarda benzer bir yaklaşım içinde olduğuna tanık olunmaktadır³.

Esasen kamu hizmetlerine girme ve kamu görevlerinde çalışma hakkı AİHS kapsamında güvenceye alınan temel hak ve özgürlükler arasında bulunmadığı için gerek AİHM gerek AYM tarafından konunun esas olarak *özel hayata saygı hakkı* kapsamında değerlendirilmesinden başka bir seçenek kalmamaktadır.

Diğer bir ifadeyle konunun esas olarak ve hatta yalnızca bu temel hak kapsamında değerlendirilmesi dışında başka bir yol bulunmamaktadır. Aksi hâlde devletlerin bu konudaki müdahalelerinin ulusalüstü hukuk açısından hiçbir hukuksallık denetimi yapılamayacaktır. Bu olgu ve sonucun ise hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü prensibi ile bağdaştırılması mümkün olmayacaktır. Nitekim bilindiği üzere bir temel hak ve özgürlüğün ihlal edildiği iddiasıyla AİHM'e gidebilmek için ihlal edildiği iddia edilen temel hak ve özgürlüğün Avrupa Konseyi üyesi ilgili devletin anayasasında güvenceye alınmış olması yanında AİHS (ve ek protokolleri) tarafından da güvenceye alınmış olması zorunludur⁴.

O hâlde kamu hizmetlerine girme hakkı T.C. Anayasas'ında "kamu hizmetlerine girme hakkı" her vatandaşa ayrıca anayasal düzeyde tanınmış bir hak (mad. 70) olmasına karşın AİHS tarafından böyle bir temel hak öngörülmediğinden kamudan ihraçlara ilişkin olarak AYM bireysel başvuru ve AİHM'e yapılan başvurularda bu hak açısından bir ihlal iddiasında bulunulmasının teknik açıdan anlamı ve pratik sonucu bulunmayacaktır.

O hâlde kamudan toplu çıkarmalarda (ihraçlarda) iç hukuk açısından yargı mercilerinin özel hayata saygı hakkına ilave olarak bu anayasal hak (kamu hizmetlerine girme hakkı) açısından da ayrıca hukuksallık ve yargı denetimi icra edebilecekleri söylenebilir. Ne var ki AİHS/AİHM/AYM bireysel başvuru açısından hukuksallık denetimi yapılabilmesi için

² Mehmet Çetinkaya [GK], B. No: 2018/27392, 15.04.2021; Tamer Mahmutoğlu [GK], B. No: 2017/38953, 23.07.2020; C.A. [GK], B. No: 2018/10286, 2/7/2020; Ayla Demir İşat [GK], B. No: 2018/24245, 8/10/2020.

³ Danıştay Beşinci Dairesinin 1/4/2021 tarihli kararı (*Karar künyesine ulaşılammış olup karardan 5. Daire Başkanı Fethi Aslan 28 Haziran 2021 tarihli Anayasa Mahkemesi Sempozyumu'nda bahsetmiştir.*).

⁴ Ekinci, Hüseyin (2013). "Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Kriterleri ve İnceleme Yöntemi", *Anayasa Yargısı*, S. 30, s. 181-182.

ihlali iddia edilebilecek temel hak ve özgürlüğün hem Anayasa'da hem de AİHS'te güvenceye alınmış ve öngörülmüş olması zorunlu olduğundan bu açıdan denetimin işbu konu açısından esastan sadece *özel hayata saygı hakkı* kapsamında irdelenmesi ve değerlendirilmesi zorunlu görünmektedir.

Öte yandan kamu görevlileri açısından özel hayata saygı hakkı sadece kamu görevlerine son vermeler (ihraçlar), kamuya alınmamalar veya tekrar alınmamalar ve *tenzili rütbelere* hususlarıyla sınırlı olmayıp kamu çalışanlarının örneğin **eş durumu tayinleri ve aile birleşimlerine dair ihtilaflar** veya **mesai dışında ulaşılamama hakkı** (*right to disconnect*) gibi konular da aslında özel hayata saygı hakkı kapsamında değerlendirilmesi gereken konular olup uygulamada da önemli sorunlar doğurmaktadır.

Bununla birlikte işbu çalışma konusu sadece kamu görevlilerinin kamudan ihraçlarının özel hayata saygı hakkı kapsamında değerlendirilmesi ile sınırlanmıştır.

Bilindiği üzere 15 Temmuz 2016 tarihindeki darbe girişimi akabinde ilan edilen OHAL döneminde çıkarılan birçok KHK ile gerek askerî birimlerden gerek emniyet ve diğer güvenlik birimlerinden gerek yargı mercilerinden gerek üniversitelerden (devlet veya vakıf) ve gerek bakanlıklar, yerel idareler veya diğer idari birimlerden toplamda 100 binin üzerindeki kamu görevlisi kamudan ihraç edilmiştir. Bu ihraçların çok büyük kısmı, ihraç edilenlerin savunmaları alınmadan ve ayrıca bir idari soruşturma veya inceleme sonucu idari işlem tesis edilmeden kişilerin isimleri doğrudan ilgili KHK'lerin eki listelere dercedilmek suretiyle gerçekleştirilmiştir.

İlk aşamada bu ihraçlara karşı kişilere ayrıca bir itiraz (idari veya yargısal) olanağı tanınmamış olup; sonrasında yapılan yasal düzenleme ile bu şekilde ihraç edilen kamu görevlilerinin özel olarak oluşturulan bir İdari Komisyona (*Olağanüstü Hal İşlemlerini İnceleme Komisyonu*) itiraz edebilmeleri ve bu Komisyonun olumsuz kararına karşı da genel görevli idari yargı mercilerine dava açma olanağı tanınmıştır. Bu Komisyon (Eylül 2021 itibarıyla) halen çalışmaya devam etmektedir ve yapılan itirazların tamamı henüz sonuçlandırılmamıştır.

Komisyonun idari nitelikte verdiği itiraz ret kararına karşı yargısal süreç ise ilk derecede (Ankara) idare mahkemesine dava yolu, Ankara Bölge İdare Mahkemesi (BİM) önünde istinaf yolu; Danıştay önünde temyiz yolu, sonrasında AYM'ye bireysel başvuru yolu ve AİHM'e başvuru yolu

şeklinde sıralanacak olup belli bir aşamada sonuç alınamaması hâlinde tüm bu aşamaların 10 yıldan önce tamamlanması güç görünmektedir.

İşbu darbe girişimi kapsamında ihraç edilen kamu görevlilerinin büyük kısmının iç hukukta yargı mercilerince “terör örgütü” olarak nitelenmiş (FETÖ/PYD) olan ve anılan darbe girişiminin baş sorumlusu olarak görülen *Fethullah Gülen cemaatine* mensup veya “iltisaklı” (“bitişik”, doğrudan bağlantılı) oldukları iddiasıyla ihraç edildikleri söylenebilir⁵. Diğer kısmının ise PKK veya DHKP-C gibi terör örgütleri ile bağlantılı veya destekçi oldukları iddia edilen kişiler olduğu ve hatta radikal sol eğilimdeki veya diğer hükûmet muhaliflerinden de listelere dâhil edilenler bulunduğu ileri sürülmektedir⁶. Bunlar arasında darbe girişimi öncesinde Güneydoğu Anadolu’da güvenlik kuvvetleri ile PKK arasındaki geniş çaplı çatışmalara karşı çıkan bir “Barış Bildirisi”ne imza atmış bir grup akademisyen de bulunmaktadır⁷.

Bu noktada ayrıca bahsi geçen OHAL KHK’leri ile yapılan ihraçların sadece OHAL dönemi ile sınırlı etki doğurmadığına ve bu KHK’lerin daha sonra TBMM tarafından kabul edilerek yasalaştığına ve kamudan ihraçların geçici nitelikte olmayıp süresiz ve ömür boyu nitelik taşıdığına ve bu şekilde ihraç edilenlerin bundan böyle de süresiz olarak kamuda başka her tür iş ve görevlere girmesine de ayrıca yasak getirilmiş olduğuna da dikkat çekmek gerekir.

Bahsi geçen “FETÖ” yapılanmasının ise kamu kurum ve kuruluşlarında (yargı mercileri, askerî birimler, güvenlik birimleri dâhil) son derece organize ve tam gizlilik içinde uzun yıllardır örgütlendiği ve nihai hedefinin doğrudan veya dolaylı biçimde tüm devlet yapılanmasını kontrol ve domine etmek olduğu ve sonuçta cemaatin/örgütün kendi düşünce temelleri çerçevesinde işleyecek dinsel bazlı bir devlet yapılanması amaçladığı özellikle söz konusu darbe girişimi sonrasında açık ve bariz biçimde ortaya çıkmıştır.

Devrim, savaş, köklü rejim değişikliği, olağanüstü hâller gibi olağan dışı durumlar sonrasında toplu olarak kamu görevlerinden çıkarmalara

⁵ Tol, G., Mainzer M., Ekmekci Z., “Unpacking Turkey’s Failed Coup: Causes and Consequences”, <https://www.mei.edu/publications/unpacking-turkeys-failed-coup-causes-and-consequences> August 17, 2016 (Erişim Tarihi: 12/9/2021).

⁶ Bkz. <https://www.dw.com/tr/15-temmuz-khkl%C4%B1-olmak-topyek%C3%BCn-bir-zul%C3%BCmd%C3%BCr/a-54179137> (Erişim Tarihi: 12/9/2021).

⁷ Bkz. Altıparmak, K., Akdeniz, Y. (2017). *Barış İçin Akademisyenler Olağanüstü Zamanlarda Akademiyi Savunmak*, 2. Baskı, İstanbul: İletişim Yay.

“arındırma” (*lustration, government cleansing*) adı verilmektedir. Bu konu özellikle komünist rejimler sonrasında eski Doğu Bloku ülkelerinde gündeme gelmiş ve konu AİHM önüne de intikal etmiştir.

AİHM eski komünist rejimler sonrasındaki “arındırmalar” hakkında, genel olarak bu genç demokrasilere daha toleranslı bir yaklaşım sergilemiş ve özellikle eski Sovyet gizli servisi KGB bağlantılı kamu görevlilerinin kamudan çıkarılmalarında devletlerin geniş takdir yetkisi olduğunu kabul etmiştir. Buna karşın bu konuda devletlere tamamen “açık çek” vermemiş ve kamudan bu şekilde *toptan* çıkarmaların olabildiğince dar kapsamlı kalması gerektiğinden bahisle *amaçla orantılılık* yönünden hukuksallık denetimi icra etmeyi de ihmal etmemiştir⁸.

Türkiye’de 2016 yılında yaşanan darbe girişimi sonrasındaki OHAL KHK’leri ile yapılan kamudan toplu ihraçların da her ne kadar diğer ülkelerde bire bir örneği bulunmasa da bu şekilde bir “arındırma” örneği olarak görülmesi mümkündür.

AYM (*Eylül 2021 itibarıyla*) henüz bireysel başvuru kapsamında esasa ilişkin olarak söz konusu kamu görevinden çıkarmalar hakkındaki içtihadını ortaya koymamıştır. Bu konuyla bağlantılı olarak yakın tarihli bazı kararlarında, darbe girişimi sonrasında kamudan ihraç edilen bazı hukukçuların baro levhasına yazılma taleplerinin barolar birliğince kabulü sonrasında Adalet Bakanlığı tarafından açılan iptal davalarının kabulü üzerine baro levhasına yazılamayan bazı kişilerin yaptığı bireysel başvuruda AYM, konuyu esastan *özel hayata saygı hakkı* bağlamında değerlendirmiş ve avukatlığın kamu görevinden ziyade serbest meslek niteliğinde olduğundan hareketle bu konudaki yasal dayanak eksikliğine de dikkat çekerek söz konusu “tedbirin” amaçla orantılı olmadığına ve özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir⁹.

“FETÖ” mensubu olduğuna dair somut veriler bulunan ve mensubiyeti kendisince de ikrar edilen bir belediye işçisinin iş akdinin haklı nedenle feshine ilişkin bir başvuruda ise özel hayata saygı hakkının ihlal edilmediği sonucuna varıp kişinin bireysel başvuru talebinin reddine karar vermiştir¹⁰.

⁸ C./Belçika; Niemietz/Almanya.

⁹ Bkz. Mehmet Çetinkaya [GK], B. No: 2018/27392, 15/4/2021.

¹⁰ C.A. [GK], B. No: 2018/10286, 2/7/2020.

Şu ana kadar verilen kararların hiçbirisi doğrudan kamu görevlilerinin ihracına ilişkin olmamakla birlikte AYM'nin yakında kamu görevlerinden çıkarmalar hakkındaki içtihadını ortaya koyması beklenmekte olup akabinde AİHM tarafından da söz konusu ihraçlar esastan değerlendirilecektir.

1) Kamudan Toplu Çıkarmalarda AİHM Kriterleri

AİHM, kamudan toplu çıkarmalar (arındırma) konusunda öncelikle komünizm sonrası demokrasiye geçiş sürecindeki eski Doğu Bloku ülkelerinde özellikle eski SSCB gizli servisi KGB ile bağlantılı kamu görevlilerinin toptan ihracı ile daha sonraki ve daha yakın tarihli kamudan toplu ihraçlar arasında bir ayırım yapma eğilimindedir. Komünizm sonrası toplu ihraçlara, yeni genç demokrasilerin kurulup gelişebilmesi adına belli bir *tolerans* gösterdiği söylenebilir.

Buna karşın bir şekilde demokrasiye geçildikten sonra daha yakın tarihli ve güncel demokrasilerdeki kamudan toplu ihraçlarda, her ne kadar bu “arındırmalar” bir devrim, iç karışıklık veya olağanüstü hâl akabinde gerçekleşse bile o kadar da *toleranslı* davranmamakta ve toplu ihraçları “demokratik bir toplumda gerekli olma” ve özellikle “amaçla orantılılık/ölçülülük” açısından çok daha sıkı bir denetime tabi tutmaktadır.

AİHM, bu tür toplu ihraçların (arındırma tedbirleri) *özel hayata saygı hakkı* (mad. 8) ile bağlantısını kurarken ihraç edilen kimselerin sosyal ve mesleki itibarının zedelenmesi ve yakın çevre ve başkaları ile ilişki kurma ve geliştirme imkânlarının ortadan kalkması olguları üzerinde durmaktadır.

Özel hayata saygı hakkına devletin müdahalesi hakkında yapılan değerlendirmede Mahkeme genel ve olağan biçimde öncelikle “*sebep temelli yaklaşımı*” dikkate almakta ve örneğin kamudan ihracın nedeni kişinin gerek dinsel veya felsefi inancı gerekse cinsel kimliği gibi doğrudan özel yaşamına ilişkin ise yürüttüğü kamu görevinde somut olarak o kişinin tarafsızlığını, güvenilirliğini ve objektifliğini kaybettiğine dair somut kanıt ortaya konulamadıkça, kamudan ihraç tedbirinin kural olarak özel hayata saygı hakkını ihlal ettiğini varsaymaktadır.

Bu bağlamda AİHM, *Sodan/Türkiye* kararında, bir kamu görevlisinin eşinin başörtüsü takması ve kendisinin bir İslami tarikata/cemaate mensubiyeti nedeniyle bakanlık merkez biriminden taşrada *kızak* bir

göreve atanmasını, “sebeptemelli yaklaşımla” inceleyerek kişinin özel hayata saygı hakkının (mad. 8) ihlal edildiği sonucuna varmıştır¹¹. Kararda, anılan tedbirin kişinin dinsel inancı nedeniyle alındığını tespit ederek ve kişinin bu inancını ve tarikat/cemaat mensubiyetini kamu görevine karıştırdığına, tarafsızlığını zedelediğine ve tarikat/cemaatten gelen talimatları işinde uyguladığına dair hiçbir somut veri bulunmamasını dikkate alarak uygulanan tedbirin “ölçsüz” olduğu sonucuna varmıştır.

Başka bir kararında ise AİHM, ilerici bir Katolik rahibin Kilisenin evlenme yasağına uymayıp evlenmesi ve çocuk sahibi olması üzerine Katolik kilisesi ile yaşadığı sorunların bir sonucu olarak lisede sözleşmeli olarak verdiği din bilgisi dersine son verilmesini¹² özel hayata saygı hakkına ölçsüz bir müdahale olarak değerlendirmemiş ve 8. madde yönünden ihlal bulmamıştır¹³. Büyük Dairede 9/8 şeklinde *bıçak sırtı* çoğunlukla alınan ve Avrupa hukuk kamuoyunda çok eleştirilen¹⁴ bu tartışmalı karar¹⁵, AİHM’in Katolik kilisesinin iç işlerine ve dinsel tartışmalara müdahil olmama iradesinin ve tercihinin bir yansıması olarak görülebilir.

Buna karşın AİHM, kamuda göreve son vermenin nedeninin siyasi, ideolojik ve idari rejime dayalı olması durumunda bu “arındırmayı” *sebeptemelli* olarak görmemektedir ve özel hayata saygı hakkı (mad. 8) açısından sebeptemelli yaklaşım yerine -sadece koşulları varsa- “*sonuçtemelli*” yaklaşım açısından değerlendirmeye almaktadır.

Örneğin *Polyakh/Ukrayna* kararında AİHM, bu değerlendirmemizi açıkça teyit etmiş ve Ukrayna’da 2010 yılında iktidara gelen (başkan seçilen) ve 2014 yılındaki “devrim” sonucunda parlamento tarafından otoriter ve demokrasi ve hukuk devleti karşıtı yönetim anlayışı ve yolsuzlukları nedeniyle görevinden el çektilen *Yanukovych* yanlısı kamu görevlilerinin bir kanunla toplu olarak kamu görevlerinden çıkarılması ve 10 yıl süreyle tekrar kamu görevlerine girmelerinin yasaklanmasında ihraç tedbirinin bu kişilerin özel hayatları nedeniyle değil kamu idaresinde sahip oldukları konumları nedeniyle olduğunu vurgulayarak “sebeptemelli” yaklaşımı

¹¹ *Sodan/Türkiye*.

¹² İspanya’nın iç mevzuatına göre okullarda din bilgisi dersi verecek kişilere o bölgenin Katolik kilisesi yönetiminin onay vermesi gerekmektedir ve başvuru için bu onay çıkmamıştır.

¹³ *F. Martinez/İspanya*.

¹⁴ Bkz. <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/fernandez-martinez-v-spain/> (Erişim Tarihi: 12/9/2021).

¹⁵ Bkz. Ayrıca, Peat, D. (2019). *Consensus Doctrine in the European Court of Human Rights, in Comparative Reasoning in International Courts and Tribunals, Cambridge Studies in International and Comparative Law* (pp. 140-177). Cambridge: Cambridge University Press.

uygulamayı reddetmiş, sadece “sonuç temelli” yaklaşım yönünden ve daha istisnai bir denetim uygulamıştır.

“Sonuç temelli” yaklaşımda AİHM, özel hayata saygı hakkının ihlali için kamu görevine son verilen kişinin bu nedenle sosyal ve mesleki açıdan çok ciddi bir itibar kaybına uğradığını ve başkaları ile ilişki kurma, geliştirme imkânının ağır biçimde sekteye uğradığını kendisinin ortaya koyması gerektiğini ve mağduriyetin özel (spesifik) ağırlığını aramaktadır. Dahası ihlal sonucuna varılması için uygulanan *arındırma* tedbirinin meşru amaç taşımaması, demokratik bir toplumda gerekli olmaması ve amaçla orantılı olmaması da gerekmektedir.

Bahsi geçen Polyakh/Ukrayna kararında AİHM, siyasi nedenlerle önceki rejim (*Yanukovych*) yanlılarına yapılan kamudan toplu ihracının “sonuç temelli yaklaşımda”, aşağıdaki nedenlerle özel hayata saygı hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir:

- Bu kişilere itiraz imkânı verilmeden veya itirazları incelenmeden, isimlerinin kamuya açık biçimde açıklanması.
- Kişisel bazda irdeleme/inceleme yapılmaksızın toptancı bir yaklaşımla listeye dâhil edilen herkesin peşinen suçlu varsayılması ve listeye alınanların peşinen “damgalanmış” olması.
- Bu kişilerin kamuda daha üst ve önemli görevlerden daha alt ve önemsiz görevlere kaydırılması olanağı varken bunun yapılmayıp doğrudan ihraca karar verilmesi ve çok uzun bir süre (10 yıl) kamuya tekrar girişlerinin yasaklanması.
- Arındırmanın kapsamının fazla geniş tutulması ve yeterince daraltılmaması ve bu bağlamda örneğin ilçe tarım idaresinde veya vergi idaresinde çalışan büro memurları gibi alt düzey kamu görevlilerinin bile niçin arındırma kapsamına alındığının anlaşılamaması.

Bu bağlamda AİHM’in *Polyakh/Ukrayna* içtihadında geliştirdiği ölçüte göre köklü bir rejim değişikliği veya olağanüstü bir durum sonrasında devlet idaresinde geniş bir reform yapılması kapsamında kamu görevlilerinde genel ve toplu bir “arındırma” yapılması prensipte mümkün olmakla birlikte böyle bir “arındırma”nın AİHS’in 8. maddesi hükmüne (özel hayata saygı hakkı) uygun olabilmesi için şu iki seçenekten birinin tercih edilmesi gerekmektedir:

Üye devletin **ilk seçeneği**, tamamen kişiselleştirerek “arındırma” yapması yani her sorumlu memurun durumunu somut olarak irdeleyerek ve değerlendirerek ve savunmasını da alarak arındırma sebebi (önceki otokrat rejime hizmet etmek, iç karışıklığa veya olağanüstü duruma sebebiyet vermek vs.) açısından gerçekten kişisel olarak sorumluluğu bulunanları tespit etmesidir. Bu tespiti ise objektif ve adil biçimde yapması gerekir.

Devletin **ikinci seçeneği** ise arındırmayı bir kanunla¹⁶ yaparak kamudan toplu ihraç yapmaktır. Fakat bu durumda arındırmanın kapsamının yani arındırmaya tabi tutulacak kişi sayısının son derece dar tutulması ve kanunla toplu ihracın sadece arındırmaya sebebiyet veren illegal veya demokrasi karşıtı eski rejim, yapı veya örgütün ileri gelenleri, üst düzeyi ve asli sorumluları ve ayrıca kamudaki nispeten önemli görev ve konumlarla sınırlı tutulması zorunludur.

Polyakh içtihadında AİHM, Ukrayna’daki iç karışıklık sonrasında yeni gelen rejimin *otokrat* eski rejim yanlıları kamu görevlilerini bu şekilde bir kanunla toplu arındırmaya tabi tutmasında kapsamı yeterince “dar” tutmadığı için, AİHS’in 8. maddesinin yani özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Mahkemenin bu ihlal tespitini yaparken kullandığı bazı argümanlar ve verdiği örnekler özellikle ilginçtir.

Bu bağlamda Mahkeme, daha alt ve önemsiz görevlerdeki çok sayıda memurun arındırma kapsamında kamudan ihraç edilmesine karşın önceki *otokratik* rejimde bir süre bakanlık dahi yapmış en üst düzey bazı kişilere dokunulmamış olmasını ciddi bir tutarsızlık ve orantısızlık kanıtı olarak görmüştür.

Bu noktada AİHM, örneğin vergi idaresinde alt düzeyde çalışan veya ilçe tarım müdürlüğünde büro memuru olarak çalışan başvuruçuların “arındırma”ya sebep olarak gösterilen önceki otokratik rejimde salt bu konumlarda görev yapmaları nedeniyle demokrasiyi nasıl tehdit etmiş olabileceklerinin anlaşılamadığını ifade etmiştir.

Diğer yandan Mahkeme, Ukrayna devletinin bahsi geçen iç karışıklık ve olağanüstü durum nedeniyle söz konusu arındırmanın hemen acilen yapılması gerektiğinden bahisle arındırmaya tabi tutulan her memur için

¹⁶ “Government Cleansing Act”.

ayrı spesifik değerlendirme yapılmasının aciliyet nedeniyle mümkün olmadığı ve bu nedenle kanunla acilen toplu arındırmaya gidilmek zorunda kalındığı savunmasını da değerlendirmiştir.

Bu savunmaya, arındırma tedbirinin sadece olağanüstü durum süresiyle sınırlı tutulmayıp arındırmaya tabi tutulan memurlar için toptancı biçimde 10 yıl gibi uzun bir süre tekrar kamuya giriş yasağı konulması nedeniyle itibar etmemiştir.

Bu bağlamda AİHM'in kanunla yapılacak geniş kapsamlı toplu arındırmanın ancak olağanüstü durum süresince etkili olacak biçimde yani "geçici" nitelikte mümkün olabileceği ve bu şekildeki toplu ve geniş kapsamlı arındırmanın etkisinin 10 yıl gibi uzun süre sürmesinin mümkün olamayacağı kanısında olduğu söylenebilir.

Kararda bu hususun ayrıntısı açıklanmasa da AİHM'in bu noktadaki kastının aciliyet hâlinde kanunla geniş kapsamlı toplu arındırmanın önce sadece olağanüstü durum süresiyle sınırlı biçimde "geçici" olarak yapılması, akabinde de her memur açısından objektif ve adil biçimde kişiselleştirilmiş değerlendirme yapılarak arındırmanın daha makul ölçülere ve kapsama indirgenmesi gerektiği yönünde olduğu söylenebilir.

Bu konuda emsal olarak gösterilebilecek diğer bir içtihadında ise AİHM, komünist rejim sonrasında demokrasiye geçildiğinde *Litvanya*'da bir kanun çıkarılarak önceki rejimde eski Sovyet gizli servisi KGB ile bağlantısı tespit edilmiş olan 395 kamu görevlisinin kamudan ihraç edilip özel sektörde de bazı işlerde çalışamayacaklarına karar verilmesinde benzer şekilde özel hayata saygı hakkına aykırılık bulmuştur¹⁷. Mahkeme ILO Sözleşmelerine de atıf yaparak yukarıda da belirtilen çerçevede devletlerin rejim değişikliği, iç karışıklık vb. nedenlerle zorunlu hâllerde bu tür tedbirlere başvurmalarını mümkün görmekle birlikte buradaki tedbiri de "ölçülü" bulmamıştır ve AİHS'in hem mad. 8 (*özel hayata saygı hakkı*) hem de mad. 14 (*ayırıcılık yasağı*) hükmü açısından ihlali tespitinde bulunmuştur.

Karardaki dikkat çekici bir başka husus ise kamu görevlileri açısından "*devlete sadakat yükümlülüğü*"ne dikkat çekmesi ve ilke olarak kamu görevlileri için böyle bir yükümlülük bulunduğunu kabul etmesidir. Ancak Mahkemenin devlete sadakat yükümlülüğünden kastı, iktidardaki

¹⁷ *Sidabras ve Dziautas/Litvanya*.

parti veya hükümetin siyasi taraftarı ya da destekçisi olmak ya da siyaseten iktidara *muhalif* olmamak değil devletin temel anayasal ilke ve kurallarına (katılımcı demokrasi, hukukun üstünlüğü, laiklik, sosyal devlet vs.) karşı tavır takınmamaktır. Bu bağlamda mahkemenin devlete sadakat yükümlülüğü ile özel hayata saygı hakkı arasında birincisi lehine bir tavır takındığını söylemek mümkün değildir.

Diğer yandan AİHM'in anılan *Polyakh* içtihadı ile öngörülen kriterlerin insan haklarını ve hukukun üstünlüğünü göz ardı eden başka otokrat siyasi rejimlerin değişmesi durumunda bu rejim yandaşları kamu görevlilerinin kamudan toptan “arındırılması” bağlamında da yol gösterici olması tabiidir.

2) AİHM Kriterleri Işığında Türkiye’deki Darbe Girişimi Sonrasındaki Kamudan Toplu İhraçların Değerlendirilmesi

Türkiye’de 2016 darbe girişimi sonrası KHK’lerle yapılan kamudan toplu ihraçlar ile Ukrayna’daki 2014 yılındaki iç karışıklık ve “Turuncu Devrim” sonrası önceki rejim yanlısı kamu görevlilerinin kanunla toplu ihracı arasında önemli bir benzerlik bulunmaktadır.

Her ne kadar Ukrayna örneğindeki toplu ihraçlar, sonuçta seçimle işbaşına gelmiş bir iktidarın olağandışı bir yolla (“devrim”) iktidardan düşmesi sonrasında gerçekleşti ve Türkiye örneğinde toplu ihraçlar esas olarak hiçbir demokratik meşru temeli olmayan ve devlet yönetimini doğrudan kontrol etmeye yeltenen dinsel bir cemaat mensuplarına karşı gerçekleşti ise de Ukrayna’daki *Yanukovych* rejiminin sonradan demokrasi/hukuk devleti/insan hakları karşıtı otokrat bir yönetim anlayışı sergilediği ve sonuçta ülkenin parlamentosu tarafından görevinden alınmasının uluslararası toplum tarafından hukuken meşru kabul edildiği söylenebilir¹⁸.

Bu açıdan her iki ülke örneğinde de toplu ihraçlarla kamudan arındırmanın özgürlükçü ve katılımcı demokratik rejime karşı açık tehdit oluşturan bir yapıya/örgüte karşı yapılması ve bu yönüyle arındırmanın “meşru amaç” ölçütünü karşılaması bağlamında açık ve yakın benzerlik bulunmaktadır.

Bu bağlamda ayrıca Ukrayna’daki arındırma örneğinde toplu ihraçlara önceki otokrat rejim taraftarlarının yanı sıra eski komünist sistem

¹⁸ <https://www.loc.gov/law/foreign-news/article/ukraine-lustration-of-government-officials-started/> (Erişim: Tarihi: 22/6/2021).

yanlılarının da dâhil edilmesi ile Türkiye'deki arındırma örneğinde toplu ihraçlara FETÖ mensupları yanında etnik ayrılıkçı ve hatta radikal sol kesimler dâhil hükûmete siyaseten muhalif bazı çevrelerin de dâhil edilmesi olgusu dahi benzerlik taşımaktadır.

Bu noktada her ne kadar Türkiye'deki darbe girişiminin devletin asker ve güvenlik kuvvetleri ile yargı mercileri dâhil hemen her kademesine sızmış bir dinsel cemaatin devlet yönetimini doğrudan ele geçirme girişimi olarak dünyada en azından modern zamanlarda emsaline rastlanmayan türden farklı bir boyutu bulunsa da sonuçta hukuksal yönden yapılacak değerlendirme, bu girişim sonrasındaki kamudan toplu ihraçların AİHS'in 8. maddesi ile güvenceye alınan *özel hayata saygı* hakkını ihlal edip etmediği noktasında düğümlenmekte olup bu açıdan, hukuksal etki ve sonucu itibarıyla Ukrayna örneği ile benzeşmektedir.

Bu kapsamda kamudan toplu olarak ihraç edilen kişi sayısı açısından ise net ve kesin sayılara ulaşmak mümkün olamamış olmakla birlikte Ukrayna'daki sayının 10 bin civarında¹⁹, Türkiye'deki sayının ise 100 bin civarında²⁰ olduğu anlaşılmaktadır.

Sonuç itibarıyla AİHM'in Ukrayna'daki adı geçen arındırma kapsamındaki kamudan toplu ihraçlara dair *Polyakh* içtihadının prensip olarak Türkiye'deki darbe girişimi sonrasındaki kamudan toplu ihraçlar için de doğrudan *emsal* teşkil edeceği söylenebilir.

AİHM'in konuya ilişkin olarak *Polyakh* içtihadındaki kriterler uygulandığında ise Türkiye'deki arındırma/toplu ihraç uygulamasında öncelikle kişiler bazında gerçek anlamda kişiselleştirme yapılmadan yani ihraçtan önce kişiye özgü bir objektif ve adil idari soruşturma/inceleme yapılmadan toptancı bir anlayışla kanunla doğrudan toplu ihraçlar yapılması ve işbu ihraçların dar kapsamlı değil bilakis çok geniş kapsamlı olması (100 bin civarında kamu görevlisi) olgusu, özel hayata saygı hakkı açısından benzer bir ihlalin bulunduğu anlamına gelmektedir.

¹⁹ Yukarıda anılan *Polyakh* kararında Ukrayna'da bu kapsamda 2014 yılında arındırmaya tabi tutulan kamu görevlisi sayısı tam olarak verilmemle birlikte örnek olarak İçişleri Bakanlığı bünyesinde 1.488, vergi idareleri bünyesinde 1.340 ve savcılıklar-adliyeler bünyesinde 1.348 kamu görevlisinin ihraç edilmiş olduğundan bahsedilmektedir. Ukrayna örneğinde Arındırma Kanunu ihraç edilen kişilerin listesini eki listede belirtmemiş olup her kurumdan ihraç edilecek kadrolar/pozisyonlar ve konumlar sayma yoluyla belirlenmiştir. Kanunla tarif edilen bu kadro/pozisyon ve konumlara göre ihraç edilecek kişiler idarece belirlenmiş ve Adalet Bakanlığı tarafından kamuya duyurulan listelere dercedilmiştir.

²⁰ Bkz. <https://tr.euronews.com/2020/07/15/verilerle-15-temmuz-sonras-ve-ohal-sureci> (Erişim Tarihi: 22/6/2021).

Nitekim anılan Polyakh içtihadına göre kamudan toplu arındırmanın ya kişiselleştirilerek yani savunma hakkına da riayet edilerek kişiye özgü objektif, adil bir inceleme ve değerlendirme sonucunda yapılması ya da kanunla yapılacak acele bir toplu ihracın son derece dar kapsamlı olması ve sadece gayrimeşru yapının/örgütün üst düzeyiyle ve/veya kamudaki önemli görev ve konumda olanlarla sınırlı olması gerekirdi.

Bu noktada olağanüstü durumda kanunla yapılacak bu kadar geniş kapsamlı toplu ihraç ancak ve ancak “geçici” nitelikte olması durumunda AİHS normlarına uygun olabilirdi. Oysa Türkiye’deki söz konusu ihraçların etkisi geçici değil süresiz hatta ömür boyudur (Tekrar kamuya giriş olanağı hiçbir zaman mümkün değildir.).

Bu durumda Türkiye’deki darbe girişimi sonrası kamudan toplu ihraçlar açısından gayrimeşru yapı/örgütün “üst düzey”inde olduğu ya da bu yapı/örgütü mensubiyeti veya somut desteği olduğu tespit edilenlerden kamuda *önemli görevlerde* bulunanlar yönünden özel hayata saygı hakkının (AİHS mad. 8) sınırlandırılmasında meşru amaç, demokratik toplumda gereklilik ve ölçülülük unsurları yönünden AİHM kriterlerine göre ihlal bulunmadığı söylenebilir.

Buna karşın gerek yapının/örgütün üst düzey ve karar alıcı konumlarında olmayanlar gerekse (darbe girişimine fiilen katılmamış veya doğrudan yardım-yataklık etmemiş olmak ve kamu görevinde bulunmaya engel ceza mahkumiyeti almamak kaydıyla) yapıya/örgüte mensup ya da doğrudan destekçisi olmakla birlikte kamuda önemli görevlerde bulunmayanlar açısından icra edilen toplu ihraçların “ölçülülük” unsuruna uygun olmadığından AİHS’in 8. maddesi ile güvenceye alınan özel hayata saygı hakkını ihlal ettiği sonucuna varılması AİHM’in kriterleri gereğidir.

Burada bahsi geçen “önemli görevler”in hangileri olacağı tartışılabilir olmakla birlikte bürokraside karar alıcı mevkide olanlar (daire başkanı ve üstü görevler), hâkim-savcılar, vali ve kaymakamlar ve subaylar ve polisler gibi asli ve sürekli konumda güvenlik ve savunma görevleri icra edenlerin “önemli görevler” kapsamına gireceği söylenebilir.

Bu noktada ayrıca işaret etmek gerekir ki Türkiye’nin darbe girişimi sonrasında ilan ettiği OHAL uyarınca AİHS’in 15. maddesi hükmüne göre *derogasyon* bildiriminde bulunmuş olması ve 8. maddesi ile öngörülen “özel hayata saygı hakkı”nın 15. madde uyarınca derogasyona konu

edilemeyecek haklardan olmamasından bahisle söz konusu hakkın ihlalinin 15. madde kapsamında AİHS'e aykırı görülemeyeceği iddia edilemeyecektir. Çünkü bu derogasyon sadece OHAL süresi ile sınırlı olup buradaki toplu ihraçlarda olduğu gibi etkisi ve sonucu OHAL'den sonra da devam eden tedbir ve yaptırımlar açısından 15. maddenin istisnasının uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır. Danıştay 5. Dairesinin bu konuda aksi yöndeki karar gerekçesi bu noktadan teknik açıdan sorunlu görünmektedir²¹.

SONUÇ

AİHM'in özellikle *Polyakh/Ukrayna* ve *Sidabras ve Dziautas* içtihadıyla öngörülen kriterler uygulandığında Türkiye'de 2016 yılındaki darbe girişimi sonrasında icra edilen kamudan toplu ihraçlar açısından gayrimeşru yapı/örgütün "üst düzey"inde veya karar verici konumlarında olan ya da bu yapı/örgüte mensubiyeti veya yakın doğrudan bağlantısı²² olduğu somut verilerle tespit edilenlerden kamuda önemli görevlerde bulunanlar yönünden özel hayata saygı hakkının (AİHS mad. 8) ihlal edilmediği, buna karşın gerek yapının/örgütün üst düzey ve karar alıcı konumlarında olmayanlar gerekse (darbe girişimine fiilen katılmamış veya doğrudan yardım-yataklık etmemiş olmak ve ceza yargılaması sonucunda kamu görevi icra etmesine engel mahkumiyet almamak kaydıyla) yapıya/örgüte mensup ya da destekçisi olmakla birlikte kamuda önemli görevlerde bulunmayanlar yönünden özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmaktadır.

²¹ Danıştay Beşinci Dairesinin 1/4/2021 tarihli kararı (bkz. dn. 3).

²² Bu bağlamda idari ve yargı birimlerince kullanılan "iltisaklı" kavramının fazla muğlak ve geniş olduğu ve yeterli somut içerikten yoksun bulunduğu dikkat çekmektedir.