



Selahattin Demirtaş / Türkiye (No. 13609/20) Başvurusu

Üçüncü Taraf Görüşü
İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ DERNEĞİ (İFÖD)
Tarafından Sunulmuştur

İFÖD, ifade özgürlüğünü savunan ve destekleyen bağımsız bir sivil toplum kuruluşudur

I. Giriş

1. İFÖD, bu bildiriminde Selahattin Demirtaş/Türkiye (No. 13609/20) başvurusu kapsamında Türkiye'deki muhalif siyasetçilerin ifade özgürlüğü üzerine değerlendirmede bulunacaktır. Dosyadan anlaşıldığı üzere, başvuru, Kürt siyasetine yakın sol görüşlü bir parti olan Halkların Demokratik Partisi'nin (HDP) eski başkan vekilidir. 04.11.2016 tarihinde, başvuru polis tarafından yakalanmış ve gözaltına alınmıştır. Başvuru aynı gün kendisinin tutukluluğuna hükmeden Diyarbakır 2. Sulh Ceza Hakimliği'nin önüne çıkarılmıştır. 11.01.2017 tarihinde Diyarbakır Cumhuriyet Savcısı, Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesi'ne hazırlamış olduğu iddianameyi sunmuş ve başvurunun 43 yıldan 142 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmasını talep etmiştir. Cumhuriyet savcısı, diğer suçlamaların yanı sıra başvurunun 6-8 Ekim 2014 tarihlerinde meydana gelen ve şiddet içeren gösterilere yönelik olarak provoke edici şekilde hareket ettiğini belirterek başvurunun cezalandırılmasını talep etmiştir. İddianamenin düzenlenmesini takiben, dava kamu güvenliği gerekçesiyle Ankara 19. Ağır Ceza Mahkemesi'ne nakledilmiştir. 02.09.2019 tarihinde, Ankara Ağır Ceza Mahkemesi, başvurunun savunmasını tamamladığı gerekçesiyle ve aynı zamanda başka bir suçtan dolayı tutuklanmamış ve mahkûm edilmemiş olması şartıyla başvurunun tutukluluğunu sona erdirmiştir. Ancak, başvuru, İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi tarafından 17.03.2013 tarihinde İstanbul seçimlerinde yapmış olduğu açıklamaların terör örgütü propagandası teşkil ettiği gerekçesiyle çarptırıldığı dört yıl sekiz aylık hapis cezası infaz edildiği için serbest bırakılmamıştır. Ceza yargılaması Ankara 19. Ağır Ceza Mahkemesi önünde derdesttir. Başvuru, Ankara 19. Ağır Ceza Mahkemesi önündeki ceza yargılaması kapsamındaki tutukluluk hali ile ilgili olarak AİHM'e bireysel başvuruda bulunmuştur ve Büyük Daire 22.12.2020 tarihinde başvuruyu karara bağlamıştır.¹
2. Ankara 19. Ağır Ceza Mahkemesi'nin başvurunun serbest bırakılması yönünde vermiş olduğu kararı takiben, başvurunun avukatları İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi'ne başvurarak başvurunun Ankara Ağır Ceza Mahkemesi tarafından yürütülen ceza yargılaması kapsamında tutuklu bulunduğu sürenin İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi tarafından verilen nihai mahkûmiyet kararından mahsup edilmesini talep etmiştir. 20.09.2019 tarihinde, İstanbul 26. Ağır Ceza Mahkemesi talebi kabul etmiştir. Aynı gün, Ankara Ağır Ceza Mahkemesi nezdindeki yargılamalar devam ederken Ankara Cumhuriyet Başsavcısı, Ankara Sulh Ceza Hakimliği'nden talepte bulunarak 6-8 Ekim 2014 olayları kapsamında 2014 yılında başlatılan ayrı bir soruşturma kapsamında başvurunun ve eski HDP başkanvekili Figen Yüksekdağ'ın aşağıda belirtilen suçlardan dolayı tutuklanmasını talep etmiştir : (i) devletin birliğini ülkenin bütünlüğünü bozma; (ii) bir suçu gizlemek veya başka bir suçun delillerini gizlemek ya da yakalanmamak amacıyla öldürmeye azmettirme; (iii) birden fazla kişi ile birlikte gece vaktinde suç örgütüne yarar sağlamak amacıyla yağmaya azmettirme; (iv) cebir tehdit ve hile kullanarak kişiyi hürriyetinde yoksul kılmaya azmettirme; ve (v) bir suçu gizlemek veya başka bir suçun delillerini gizlemek ya da yakalanmamak amacıyla öldürmeye teşebbüse

¹ Selahattin Demirtaş v. Türkiye (no. 2) [GC], no. 14305/17, 22.12.2020.

azmettirme. Ayrıca, 20.09.2019 tarihinde, Ankara 1. Sulh Ceza Hakimliği, suçlamaların niteliğini, şüphelilerin söz konusu suçları işlediği yönünde kuvvetli şüphe bulunduğunu, söz konusu suçlamaların gerektirdiği cezaların ciddiyetini ve Anayasa'nın 19. maddesi ile birlikte Sözleşme'nin 5. maddesi uyarınca ilgili kişilerin tutuklu yargılanması gerektiren koşulların varlığını; ve tutuklu yargılamaya alternatif tedbirlerin yetersiz kalacağını dikkate alarak başvurunun ve Figen Yüksekdağ'ın tutuklu yargılanmasına karar vermiştir.

3. Başvurucunun tutukluluğunu takiben, 24.10.2019 tarihinde, 7188 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Resmî Gazetede yayınlanmıştır. Söz konusu Kanunun 29. maddesi, 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesi kapsamında düzenlenen terör örgütü propagandası yapmak suçu dahil olmak üzere ifade özgürlüğü ile ilgili suçlar kapsamında verilen mahkûmiyet kararlarına karşı Yargıtay nezdinde temyiz imkânı getirilmiştir. Halihazırda kesinleşen mahkûmiyet kararları ile ilgili olarak yasa, söz konusu kanunun yürürlüğe girmesini takiben 15 gün içerisinde bu kararlara karşı temyiz yoluna başvurma bulunabilme imkânı sağlamıştır. 31.10.2019 tarihinde, başvurunun talebi üzerine, İstanbul Ağır Ceza Mahkemesi, başvuru hakkında vermiş olduğu dört yıl sekiz aylık cezanın infazını durdurmuş, başvurunun herhangi bir muhakeme usulü kapsamında tutuklu olmaması şartıyla serbest bırakılmasına karar vermiştir. Ancak, başvuru, 20.09.2019 tarihinde hakkında verilen tutukluluk kararı sebebiyle cezaevinde tutulmaya devam etmiştir.
4. 07.11.2019 tarihinde, başvuru tutukluk hali ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuştur. 09.06.2020 tarihinde Anayasa Mahkemesi, başvuru tarafından yapılan beş ayrı başvuruyu birlikte değerlendirerek başvuruları karara bağlamıştır. Ancak, Anayasa Mahkemesi, başvurunun mevcut tutukluluk hali ile ilgili herhangi bir karar vermiştir (bkz. Anayasa Mahkemesi, B. No: 2017/38610, § 238). 07.11.2019 tarihli Anayasa şikâyeti Anayasa Mahkemesi önünde derdesttir.
5. **Mevcut başvuru**, esas olarak başvurunun 20.09.2019 tarihinde hakkında verilen tutukluluk kararı ile ilgilidir. Her ne kadar, Mahkeme, başvurunun 20.09.2019 tarihli tutukluluk kararı ile ilgili Sözleşme'nin 5, 10 ve 18. Maddeleri kapsamında birtakım sorular yöneltmiş ise de **İFÖD bildiri** Mahkeme'nin başvurunun ifade özgürlüğü hakkının ihlal edilip edilmediği ve Sözleşme'nin 10. Maddesi ile bağlantılı olarak 18. Maddenin ihlal edilip edilmediği sorularına yönelik olacaktır. İFÖD'ün müdahalesi esasen ceza hukukunun yerel yargı mercileri tarafından yorumu ve öngörülebilirliği üzerine olacaktır.
6. İFÖD'ün bildiri üç bölümden oluşmaktadır. **Birinci bölümde**, bildirim Mahkeme tarafından milletvekillerinin yasama dokunulmazlığı üzerine yapılan yakın tarihli tespitlerin etkisini değerlendirecektir. Başvurucunun milletvekili dokunulmazlığından yararlandığı bir dönemde yapmış olduğu açıklamalar ve eylemler sebebiyle yargılanması üzerine Mahkeme'nin diğer yargılamalar kapsamında yapmış olduğu tespitlerin mevcut kanunilik problemine ışık tutabileceği düşünülmektedir. Türkiye aleyhinde tutukluluk

süreçleri ile ilgili olarak yapılan diğer başvurularda da ortak bir sorun olarak dikkate çeken öngörülemezlik, terörle mücadele kanununun kaleme alınış biçimindeki belirsizlikten ve adli mercilerin uygulamasından kaynaklanmaktadır. Bildirimin **ikinci bölümünde**, Mahkeme'nin bu konudaki tespitlerine ve mahkemenin tespitlerine karşı hükümet tarafından verilen cevaplar tartışılacaktır. Son olarak, bildirim **üçüncü bölümünde**, cevapta bulunan hükümetin Sözleşme'nin 18. Maddesini ihlal ettiği yönünde verilen yakın tarihli iki AİHM kararına dikkat çekilecektir.

II. Milletvekili Dokunulmazlığı

7. 20.05.2016 tarihinde, TBMM, 1982 Anayasası'na geçici bir madde eklenmesini öngören bir anayasa değişikliğini kabul etmiştir. Değişikliği takiben, 83. Maddesinin 2. paragrafında düzenlenen yasama başışıklığı, değişikliğin kabul edildiği tarihten önce yasama dokunulmazlığının kaldırılması talebi ile TBMM'ye gönderilen bütün dosyalar bakımından kaldırılmıştır. 20.05.2016 tarihli Anayasa'nın Geçici 20. Maddesi aşağıdaki gibidir.

“Bu maddenin Türkiye Büyük Millet Meclisinde kabul edildiği tarihte; soruşturmaya veya soruşturma ya da kovuşturma izni vermeye yetkili mercilerden, Cumhuriyet başsavcılıklarından ve mahkemelerden; Adalet Bakanlığına, Başbakanlığa, Türkiye Büyük Millet Meclis Başkanlığına veya Anayasa ve Adalet komisyonları üyelerinden kurulu Karma Komisyon Başkanlığına intikal etmiş yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin dosyaları bulunan milletvekilleri hakkında, bu dosyalar bakımından, Anayasanın 83 üncü maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi hükmü uygulanmaz.

Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren on beş gün içinde; Anayasa ve Adalet komisyonları üyelerinden kurulu Karma Komisyon Başkanlığında, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığında, Başbakanlıkta ve Adalet Bakanlığında bulunan yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin dosyalar, gereğinin yapılması amacıyla, yetkili merciine iade edilir.’

8. Venedik Komisyonu, raporunda, değişikliğin kişilere özel (*ad hominem*) bir mahiyeti olduğuna dikkat çekmiştir:

“İncelenmekte olan Anayasa değişikliği kişiye özel (*ad homines*) bir anayasa değişikliği olarak nitelendirilebilir. Her ne kadar, değişiklik genel ifadeler kullanılarak kaleme alınmış dahi olsa da aslında kim oldukları tespit edilebilecek 139 milletvekilinin hedef alındığı görülmektedir. Bu durum ise anayasa değişikliği usulünün kötüye kullanılması anlamına gelmektedir: söz konusu değişiklik esasen, kimlikleri bilinen belirli milletvekillerinin dokunulmazlıklarının kaldırılmasına yönelik toplu bir karar alınması anlamına gelmektedir; aslında bu kararlar askıya alınan 83. maddeye göre, tek tek alınmalıdır ve belirli güvencelere tabi olması gerekmektedir”. Venedik Komisyonu'na göre ayrıca “Kişilere yönelik (*ad homines*) olarak hazırlanan her türlü mevzuatta olduğu üzere, değişiklik eşitlik ilkesi bakımından da sorunludur. 139 milletvekili ve eski tarihli dosyalar ile birlikte değişikliğin

yapılmasını takiben ortaya çıkan dosyalar arasında yapılan bu türden bir ayrıma Meclis'in iş yükü gerekçe gösterilemez. Bu nedenle, değişiklik eşitlik ilkesini ihlal etmektedir".²

9. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Dairesi, *Selahattin Demirtaş (2)/Türkiye* kararında,³ Anayasa değişikliklerinin öngörülebilirliği üzerine ayrıntılı bir değerlendirme yapmıştır. Büyük Daire, ilk olarak, birçok üye devlet tarafından benimsendiği gibi Türkiye'de de milletvekillerinin yasama sorumsuzluğu ve dokunulmazlığı olmak üzere iki tür yasama bağımsızlığı olduğunu belirtmiştir.⁴ Bu sebeple, Anayasa değişikliğinin Mahkeme'nin her iki yasama bağımsızlığı üzerindeki etkisini ayrı ayrı incelemek gerekmektedir.
10. Birinci kategori ile ilgili olarak Mahkeme, yasama sorumsuzluğunun mutlak olduğunu belirtmiş, istisnasının bulunmadığı ve bu kapsamda herhangi bir şekilde soruşturma yürütülemeyeceğini tespit etmiştir. Mahkeme aynı zamanda "Her iki tarafın da duruşmada belirttiği üzere, **Türkiye Büyük Millet Meclisi dışında tekrar edilen siyasi ifadeler, Meclis'te söylenen aynı kelimelerin tekrarlanması olarak kabul edilemez**"⁵ değerlendirmesinde bulunmuştur. Anayasa'nın Geçici 20. Maddesi, Anayasa'nın 83. Maddesinin ilk paragrafında değişiklik yapmamıştır.
11. Büyük Daire, tarafların iddialarını detaylı bir şekilde inceledikten sonra, başvuru tarafından makul bir şekilde ileri sürüldüğü üzere başvurunun hükümetin atıfta bulunduğu ifadelerinin **içerik bakımından TBMM'deki açıklamaları ile benzer nitelikte olduğuna** ve Anayasa'nın 83. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen güvenceye rağmen **yargı mercilerinin başvurunun açıklamalarının yasama sorumsuzluğu kapsamında korunduğuna dair herhangi bir inceleme yapmaksızın başvuru tutukladığına ve siyasi açıklamaları sebebiyle yargıladığına karar vermiştir**.⁶ Mahkeme'nin tespitlerinin de huzurdaki başvuru ile ilgili olduğu görülmektedir.
12. Ayrıca, Mahkeme, Anayasa'nın 83. Maddesi'nin 2. fıkrası kapsamında yasama dokunulmazlığı ile ilgili olarak Venedik Komisyonu ile aynı görüştedir. Mahkeme, ihtilaf konusu olan açıklamalara Anayasa'nın 83. Maddesinin 1. fıkrası kapsamında koruma sağlanmadığı yönünde bir varsayımda bulunulması halinde dahi 20.05.2016 tarihli Anayasa değişikliğinin öngörülebilirlik şartını sağlamadığına hükmetmiştir. Mahkeme, "Bu değişikliğin sonucunda, Meclis Genel Kurulu'nun artık ilgili milletvekillerinin her birinin durumu için bireysel değerlendirme yapma zorunluluğu bulunmamaktadır, bu durum milletvekillerinin Anayasa altında güvenceye alınan hakları pahasına da olsa

² Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu) Türkiye Anayasa'nın 83. Maddesinin İkinci Fıkrasının Askıya Alınması Hakkında Görüş (Yasama Dokunulmazlığı) Venedik Komisyonu 108. Genel Oturum (Venedik, 14-15 Ekim 2016) Görüş No. 858/2016, CDL-AD(2016)027, § 75.

³ *Selahattin Demirtaş (No.2) v. Türkiye*, no. 140305/17, 22.12.2020.

⁴ *Ibid*, § 257.

⁵ *Ibid*, § 259.

⁶ *Ibid*, § 263.

yürütülmemektedir. Mahkeme'nin görüşüne göre, bu değişiklik ilgili milletvekillerinin öngöremeyeceği bir durum yaratmıştır.” şeklinde bir değerlendirmede bulunmuştur.⁷

13. Mahkeme'ye göre, belirli kişileri açıkça hedef alan bir anayasa değişikliği ancak kişilere özel (ad homines) bir değişiklik olarak nitelendirilebilir. Dolayısıyla, Mahkeme, Venedik Komisyonu'nun açıkça ortaya koyduğu şekilde bu durumu 'anayasa değişikliği usulünün kötüye kullanılması' olarak değerlendirmiştir. Mahkeme, bu sebeple dokunulmazlık ilkesi ile ilgili aşağıdaki tespitte bulunmuştur.

“Mahkeme'nin içtihadı, öngörülebilirlik şartının sağlanmasıyla ilgili olarak, mevzuatın lafzından, bir bireyin hareket ve ihmalleri sebebiyle ceza sorumluluğunun doğup doğmayacağını, gerektiği takdirde yardım alırsa mahkemelerin bu hususu nasıl yorumlayacağını bilip bilemeyeceği üzerine bir kriter geliştirmiştir (bakınız, diğer kararların yanı sıra, Güler ve Uğur, yukarıda anılan, § 50 ve Kudrevičius ve Diğerleri, yukarıda anılan, § 108).⁸ Mevcut davada, Anayasa'nın 83. maddesinin ilk iki paragrafının lafzı ve yerel mahkemelerin ilgili maddeyi yorumlaması ya da yorumlama eksikliği göz önüne alındığında, Mahkeme başvuruçunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin “kanunla öngörülmediğini”, nitekim müdahalenin öngörülebilirlik şartını sağlamadığını ve siyasi bir bakışta savunmada bulunan başvuruçunun mevcut anayasal korumadan meşru bir şekilde yararlanmayı bekleyeceğini, bu korumanın siyasi konuşmalar için yasama dokunulmazlığı ve anayasal usuli güvenceler olduğu görüşündedir (bakınız, mutatis mutandis, Lykourazos v. Yunanistan, no. 33554/03, §§ 54-56, ECHR 2006-VIII).”⁹

14. *Kerestecioğlu Demir v. Türkiye*,¹⁰ kararında Mahkeme'nin İkinci Dairesi, milletvekillerinin ifade özgürlüğü ile ilgili olarak Selahattin Demirtaş (no. 2) kararında belirlenen ilkelere dikkat çekerek anayasa değişikliğinin amacının milletvekillerinin siyasi açıklamalarının sınırlandırılması olduğunu **kabul etmiştir**. Mahkeme, aynı kararda 20.05.2016 tarihli anayasa değişikliği kapsamında yasama dokunulmazlığının kaldırılması dahil olmak üzere bütün önlemlerin bir bütün olarak Sözleşme'nin 10. maddesine göre ifade özgürlüğü hakkının kullanılmasına yönelik müdahale teşkil ettiğine karar vermiştir. İchtihat ışığında, Mahkeme, anayasa değişikliği ile milletvekili dokunulmazlığının kaldırılmasının tek başına başvuruçunun Sözleşme'nin 10. Maddesi kapsamında düzenlenen ifade özgürlüğü hakkına yönelik bir müdahale oluşturduğu sonucuna ulaşmıştır.

15. İFÖD, *Encü ve 39 Diğer Başvurucu/Türkiye*¹¹ dosyasına sunmuş olduğu üçüncü taraf görüşünde milletvekillerinin dokunulmazlığının kaldırılmasını düzenleyen anayasa değişikliğini değerlendirme imkânı bulmuştur. Mahkeme tarafından İFÖD'e gönderilen

⁷ *Ibid*, § 268.

⁸ *Güler ve Uğur v. Türkiye*, nos. 31706/10 ve 33088/10, 02.12.2014; *Kudrevičius ve Diğerleri v. Litvanya* [GC], no. 37553/05, ECHR 2015.

⁹ *Demirtaş (2)*, § 270.

¹⁰ *Kerestecioğlu Demir v. Türkiye*, no. 68136/16, 04.05.2021, §§ 69-72.

¹¹ Bkz. İFÖD'ün *Encü ve 39 diğer başvuru/Türkiye Üçüncü Taraf Görüşü* (no. 56543/16), https://ifode.org.tr/reports/IFOD_ECtHR_Ferhat_Encu_Third_Party_Intervention.pdf

Encü ve 39 Diğer Başvurucu/Türkiye başvurusu 40 başvuru hakkında yürütülen 549 soruşturma dosyasını içermektedir. Bir başka deyişle, 40 milletvekilinin dokunulmazlığı, Anayasa'nın Geçici 20. Maddesi uyarınca 549 soruşturma dosyası bakımından kaldırılmıştır.

16. Başvurucuların dosyaları incelendiğinde savcılarının ve ceza mahkemelerinin ihtilafli siyasi açıklamaların yasama sorumsuzluğu kapsamında kalıp kalmadığına yönelik bir değerlendirme yapmadığı görülmektedir. Bu sebeple, Anayasa'da yapılan geçici değişikliğin milletvekillerinin yasama sorumsuzluğunu nasıl etkilediğine dair bir tartışma yürütmek güçtür.
17. İFÖD, daha önce benzeri olmayan, bir kereye mahsus ve milletvekillerinin yaklaşık 10 yıllık bir süreye yayılan açıklamaları dikkate alınarak geriye dönük olarak etki doğuran Anayasa değişikliğinin Büyük Daire'nin Demirtaş (2) kararında vardığı sonuca uygun olarak düzenlemenin öngörülemez olduğu kanaatindedir.
18. **Türk yargı mercilerin pozisyonu Büyük Daire'nin Selahattin Demirtaş/Türkiye (2) kararından bu yana değişmemiştir.** Yukarıda açıklandığı üzere, eski ve yeni HDP milletvekillerine karşı birçok ceza mahkemesi önünde bekleyen, 500'den fazla suç isnadı bulunmaktadır. Devam eden bu yargılamaların hiçbirinde **ceza mahkemeleri**, AİHM'in anayasa değişikliğinin öngörülemez olduğu yönündeki tespitini dikkate alarak **sanıklar hakkındaki suçlamaları düşürmemiş veya sanıkların tutukluluklarını sona erdirmemiştir.**
19. Mahkeme'nin tespitlerinin yerine getirilebilmesi amacıyla, İFÖD, milletvekillerinin yasama bağımsızlığının söz konusu olduğu bu durumda iki sorunun cevaplanması gerektiği görüşündedir: **(i)** İlk olarak, Büyük Daire tarafından Selahattin Demirtaş (2) kararında değerlendirildiği üzere milletvekilleri tarafından yapılan açıklamalar mutlak yasama bağımsızlığı kapsamında mıdır? **(ii)** Eğer değilse, tutukluluk hali milletvekillerinin yasama bağımsızlığı devam ederken mi gerçekleşmiştir? İFÖD, milletvekillerinin meclisteki görev süreleri dolmadan önce alınan bütün yargı kararlarının geçersiz olması gerektiği görüşündedir. Sonuç olarak, bir milletvekilinin yasama bağımsızlığı 2018 seçimlerinde tekrar seçilmesi itibariyle devam ediyorsa, bu kişi hakkındaki ceza yargılamaları devam etmemelidir. Ancak, en son gerçekleşen meclis oturumunun sona ermesiyle birlikte bu kişinin milletvekilliği sona ermiş ise, bu durumda, seçimlerden sonra verilen yargı kararları geçerli kabul edilebilir. Dolayısıyla, mahkemeler, sanıkların cezai süreçlerine dair herhangi bir eylemde bulunmadan önce bu alternatifler üzerine değerlendirmede bulunmalıdır.
20. İFÖD, Mahkeme'yi başvuruçunun tutuklanmasına ve suçlanmasına sebep olan siyasi açıklamaların yasama sorumsuzluğu kapsamında kalıp kalmadığı ve başvuruçunun tutukluluk halinin başvuruçunun yasama dokunulmazlığına sahip olduğu bir dönemde hakkında başlatılan soruşturmalardan kaynaklanıp kaynaklanmadığını **değerlendirmeye davet eder.**

III. Terörle Mücadele Mevzuatının Öngörülemez ve Geniş Yorumu ve Uygulaması

21. Halihazırda birçok uluslararası gözlemci, terörle mücadele mevzuatının, Türk adli otoriteleri tarafından öngörülemez bir biçimde ve kapsamı geniş tutularak uygulandığını belirtmiştir. Venedik Komisyonu, 2016 yılında Türk Ceza Kanunu'nun çeşitli maddelerini incelemiştir.¹² Venedik Komisyonu görüşünde, söz konusu maddelerin metnindeki olumlu değişikliklere ve Yargıtay'ın uygulama alanını sınırlama girişimlerine karşı, ilerlemenin açıkça yetersiz olduğu ve bütün bu maddelerin aşırı yaptırımlara imkan tanımaya devam ettiği, maddelerin fazlasıyla geniş bir biçimde uygulandığı, Avrupa Sözleşmesi ve Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi tarafından koruma altında olan davranışların cezalandırıldığı sonucuna ulaşmıştır. Venedik Komisyonu, özellikle, *“ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı etkiye sebep olan bireylerin kovuşturulması ve ilk derece mahkemeleri tarafından cezalandırılması sona ermelidir. Kimi davalar bakımından, bireyler uzun yıllar adli süreçlere maruz bırakıldıktan sonra en sonunda Yargıtay tarafından beraat etmeleri halinde de bu durumun yetersiz olduğunun”* altını çizmiştir.¹³

22. Bununla beraber, Venedik Komisyonu'nun Türk Ceza Kanunu hakkındaki yukarıda anılan görüşünü kabul etmesi sonrasında 2016 yılındaki darbe teşebbüsü sonrasında Türkiye'deki durum daha kötü bir hal almıştır. Başvurucunun da aralarında bulunduğu birçok gazeteci veya muhalif kişi terör ile ilgili suçlardan dolayı tutuklanmış ve yargılanmıştır. Venedik Komisyonu, Olağanüstü Hal Kararnameleri kapsamında konuyu tekrar incelemiştir. Komisyon, Mart 2017'de 110. Toplantısında **“Son Dönemde Çıkarılan Kanun Hükmünde Kararnamelerde Yer Alan Medya Özgürlüğüne İlişkin Tedbirler Hakkında Görüş”** metnini kabul etmiştir.¹⁴ Komisyon Ceza Kanunu ile ilgili tespitlerini tekrar ederek ‘sözlü eylem suçları’nın ‘Avrupa Sözleşmesi’nin 7. Maddesi anlamında sorun yaratabilecek’ şekilde tehlikeli bir belirsizlik taşıdığına işaret etmiştir. Komisyon ayrıca

“Ancak mevcut bağlamda basın özgürlüğüyle ilgili durumu düzeltmek için atılabilecek ilk adım, “üyelik” kavramını çok dar bir şekilde tanımlamaktır. Radikal muhaliflere ve yönetimi acımasızca eleştirenlere Sözleşmenin 10. Maddesinin ikinci fıkrası kapsamında siyasi tartışmalara getirilen sınırlamaya rağmen kabul edilebilir ifade sınırlarını aştıkları için yaptırım uygulanabilir ancak bu kişilerin en azından terörist grupların üyeleriyle aynı temelde değerlendirilmemeleri gerekir. Venedik Komisyonu, bu nedenle atfedilen tek fiil yayınlarının içeriği olan gazeteciler için “üyelik” kavramının (ve benzerlerinin) kullanılmaması gerektiğini düşünmektedir.”¹⁵

sonucuna ulaşmıştır.

¹² 3713 ve 6415 Sayılı Kanun’lar kapsamında çoğunlukla terör suçu olarak değerlendirilen 216, 220, 299, 301 ve 314. Maddeler

¹³ Venedik Komisyonu, Türk Ceza Kanunu'nun 216, 299, 301 ve 314 Maddeleri Hakkında Görüş, CDL-AD (2016)002, 11-12 Mart 2016, §§ 123-124.

¹⁴ Venedik Komisyonu, Son Dönemde Çıkarılan Kanun Hükmünde Kararnamelerde Yer Alan Medya Özgürlüğüne İlişkin Tedbirler Hakkında Görüş, CDL-AD (2017)007, 10-11 Mart 2017.

¹⁵ *Ibid.*, § 72.

23. **Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri** ayrıca, yıllar boyunca yapılan bütün değişikliklere rağmen Türk yargı mercilerinin neyin terör veya silahlı suç örgütüne üyelik teşkil ettiği noktasında aşırı geniş yorumlamalarda bulunmasını kaygı verici olarak nitelendirmiştir.¹⁶ Komiser, Türkiye’deki ceza adalet sistemi üzerine kaygı verici gözlemlerde bulunmuştur. Komiser,

“ceza kanunu hükümlerinin uygulanmasına ilişkin müzmin birçok sorun devam etmekte olsa da, durum son yıllarda ciddi biçimde kötüye gitmiştir. ... Hukuk devleti olmak için gerekli olan, masumiyet karinesi, suçların geriye yürümezliği, aynı suçtan iki kere yargılama yapılamayacağı, ayrıca hukuk güvenliği ve suç teşkil eden eylemlerin öngörülebilir olması gibi hukukun en temel ilkelerinin yargı içinde göz ardı edilmesi öyle bir seviyeye varmıştır ki, siyasi otoriteye yönelik muhalif bir yorum veya eleştirinin, Türk savcı ve mahkemeleri tarafından suç faaliyeti olarak yorumlanıp yorumlanmayacağını iyi niyetle ve objektif olarak kestirebilmek neredeyse imkansız hale gelmiştir.”¹⁷

sonucuna ulaşmıştır.

24. Gazetecilerin yargılamaları ile ilgili öngörülemezliğin sebeplerinden birinin terör örgütü mensubu olmak veya terör örgütüne veya teröriste yardım ve/veya yataklık etmek benzeri suçlamaların, fiil işlendiği zaman suç teşkil etmeyen eylemler bakımından ileri sürülmesi olduğu unutulmamalıdır. Nitekim, bu yöndeki bir uygulama **Sözleşme’nin 7. maddesine** aykırıdır. Avrupa Mahkemesi’nin yerleşmiş içtihadına göre Sözleşme’nin 7. maddesinin birinci fıkrası ceza kanunlarının sanığın aleyhine geriye dönük uygulanmamasının ötesine geçer. Ayrıca, daha genel ifadeler ile ilkesel olarak sadece hukuken tanımlanmış suçlar bakımından ceza öngörülmesini düzenlemektedir (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Kural bir yandan **özellikle mevcut suçlar bakımından kapsamın önceden suç olmayan eylemleri kapsayacak şekilde genişletilmesi yasaklarken bir yandan da** ceza kanunlarının kapsamının genişletilerek, örneğin kıyas yoluyla, sanığın aleyhine uygulanamaması ilkesini ortaya koyar. Bununla beraber, suçlar ve cezaları kanunda açıkça tanımlanmalıdır. Söz konusu gereklilik bireylerin ilgili hükmün metninden ve gerekli olduğu takdirde, mahkemelerin yorumlamaları sayesinde hangi eylemlerin ve ihmallerin kişinin cezai sorumluluğunu gündeme getireceğini anlayabilmesi ile yerine getirilir.¹⁸

25. Mahkeme, terörle mücadelenin meşruiyetinin “terör suçlarının kovuşturulması ve cezalandırılması söz konusu olduğunda, Sözleşme’nin 7. maddesinde yer alan ve ceza hukuku alanında yeni veya genişletici yargısal yorumlara ilişkin makul sınırlar içeren temel güvencelerin uygulanmasından vazgeçileceği anlamına gelmediğini”¹⁹ belirtmektedir.

¹⁶ Dunja Mijatovic, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, 1-5 Temmuz 2019 Türkiye Ziyaretini Müteakip Rapor, § 36, <https://rm.coe.int/report-on-the-visit-to-turkey-by-dunja-mijatovic-council-of-europecom/168099823e>

¹⁷ *Ibid.*, § 50.

¹⁸ *G.I.E.M. S.R.L. ve Diğerleri/ İtalya* [BD], no. 1828/06 ve diğer iki başvuru, § 242, 28.06.2018.

¹⁹ *Parmak ve Bakır v. Türkiye*, no. 22429/07 25195/07, 03.12.2019, § 77.

26. Avrupa Mahkemesi de Terörle Mücadele mevzuatının fazlasıyla geniş bir şekilde yorumlandığının ve adli merciler tarafından öngörülemez bir şekilde uygulandığını tespit etmiştir. Mahkeme, birçok kararında Ceza Kanunu'nun 220. maddesinin altıncı ve yedinci fıkralarını ve 314. maddesini öngörülemez bulmuş ve Sözleşme'nin çeşitli maddelerinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Işıkırık davasında²⁰ Mahkeme, Ceza Kanunu'nun 220. maddesinin altıncı fıkrasında düzenlenen terör örgütü 'mensubu olmak' kavramının yerel mahkemeler tarafından çok geniş yorumlandığını belirtmiştir. Başvurucu, ilk derece mahkemesine göre PKK tarafından verilen talimat doğrultusunda düzenlenen iki toplu gösteriye katıldığı ve ifade edildiği şekliyle, cenaze sırasında tabutların yakınında bulunmak, zafer işareti yapmak ve gösteri sırasında alkışlamak eylemlerinde bulunması sebebi ile silahlı terör örgütü mensubu olmak suçundan mahkûm edilmiştir. Dolayısıyla, Mahkeme, 220. maddenin altıncı fıkrası ile bağlantılı olarak Ceza Kanunu'nun 314. Maddesinin ikinci fıkrası üzerinden kurulan mahkûmiyet kararında kriterlerin Başvurucu aleyhine geniş bir şekilde uygulandığına karar vermiştir. Mahkeme, Başvurucunun Sözleşme'nin 11. Maddesi kapsamındaki hakları bakımından keyfi müdahalelere karşı yeterli hukuki koruma sağlamaması itibariyle, Ceza Kanunu'nun 220. maddesinin altıncı fıkrasının öngörülemez olduğu sonucuna ulaşmıştır.²¹ Mahkeme, birçok kararında Ceza Kanunu'nun 220. Maddesinin altıncı ve yedinci fıkraları bakımından benzer sonuca ulaşmıştır.²²
27. Büyük Daire, Demirtaş (2) kararında²³, ceza yargılamasını başlatan ve başvurucuya suç isnadında bulunan savcılar, başvurucunun ilk ve/veya devam eden tutukluluk kararlarını veren hâkimliklerin, tutukluluğun devamına karar veren ağır ceza mahkemesi hâkimlerinin ve son olarak Anayasa Mahkemesi hâkimleri de dâhil olmak üzere ulusal yargı mercilerinin, Ceza Kanunu'nun 314. Maddesinin birinci ve ikinci fıkralarına ilişkin geniş bir yorum benimsediğine karar vermiştir. Mahkeme, Başvurucunun hükümet politikalarına muhalif olduğuna yönelik açıklamaları veya yasal bir örgüt olan Demokratik Toplum Kongresi'ne katılmasının, başvurucu ile silahlı örgüt arasında aktif bir bağlantının bulunduğuna karar verilmesi için yeterli görüldüğünü belirtmiştir²⁴ Mahkeme'ye göre başvurucunun tutuklanmasına dayanak gösterilebilecek eylemler ile bağlantılı olarak Türk Ceza Kanununun 314. maddesi uyarınca ceza verilmesini gerektiren ciddi suçların kapsamı öyle geniştir ki bu maddenin içeriği ile birlikte ulusal mahkemelerin yorumları bir araya geldiğinde ilgili hükmün ulusal makamların keyfi müdahalesine karşı yeterli koruma sağlamadığı görülmektedir. Mahkeme, terör örgütü ile bir bağlantılı olduğuna dair somut delillerin yokluğunda; ifade özgürlüğü hakkının kullanımı ile silahlı terör örgütü kurma, yönetme ve örgüte üye olma suçlarını bağdaştıran ceza kanunun ilgili hükmünün

²⁰ *Işıkırık v. Türkiye*, no. 41226/09, 14.11.2017.

²¹ *Ibid.*, §§ 63-68.

²² *Bakır ve Diğerleri v. Türkiye*, no. 46713/10, 10.7.2018; *İmret v. Türkiye* (no 2), no. 57316/10, 10.7.2018; *Zülküf Murat Kahraman v. Türkiye*, no. 65808/10, 16.7.2019; *Daş v. Türkiye*, no. 36909/07, 2.7.2019.

²³ *Selahattin Demirtaş v. Türkiye* (no.2) [GC], no. 14305/17, 22.12.2020.

²⁴ *Ibid.*, § 278.

bu şekilde geniş yorumlanmasın meşru görülemeyeceği kanaatindedir.²⁵ Mahkeme, Başvurucunun ifade özgürlüğü hakkına yönelik yapılan müdahalenin, Başvurucunun davasında dayanak olan terör ile bağlantılı suçlar hakkındaki hükümlerin uygulanması ve yorumu itibarıyla yasa kalitesi şartı ile bağdaşmaması nedeniyle Sözleşme'nin 10. Maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.

28. Son olarak, Avrupa Komisyonu, 2020 Türkiye Raporu'nda, Türk Ceza Kanunu ve Terörle Mücadele Kanunu'nu ve bunların yorumlanma biçiminin, Avrupa standartları ile AİHS, AİHM içtihadı ve Venedik Komisyonu tavsiyeleri ile uyumlu hâle getirilmesi tavsiyesinde bulunmuştur.²⁶
29. Huzurdaki başvuruya konu ceza yargılamasında başvuru ile birlikte 107 sanığın sadece görüş açıklamalarında bulunmaları sebebiyle geniş kapsamlı suçlamalar ile karşı karşıya kaldıkları dikkate alındığında Sözleşme'nin 10. Maddesine uygun olarak müdahalenin yasal dayanağının incelenmesi gerekmektedir. Yukarıdaki açıklamalar ışığında, İFÖD başvuru davasının bu geniş arka plan bilgisi dahilinde değerlendirilmesi gerektiğini düşünmektedir.

IV. 10. Madde ile Bağlantılı Olarak 18. Madde

30. *Selahattin Demirtaş (2/Türkiye kararında Mahkeme, 5. Madde ile bağlantılı olarak 18. Maddenin ihlal edildiği tespit etmiştir. Bu kapsamda, Demirtaş'ın tutukluluğunun 'demokratik toplum kavramının temelini oluşturan çoğulculuk ve siyasal tartışma ortamını sınırlamak şeklinde gizli bir amaç' taşıdığına dair makul şüphenin ötesinde delillerin bulunduğu gösterir altı etmen bulunduğunu belirtmiştir. AİHM'in şüpheye mahal bırakmayan tespitlerine ve Selahattin Demirtaş'ın ivedilikle serbest bırakılması yönündeki kararına rağmen Demirtaş işbu bildirim tarihi itibarıyla Edirne F Tipi Cezaevinde tutulmaya devam etmektedir.*
31. **Türkiye Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan**, mahkemenin konu ile ilgili hükmünü açıkladığı gün Adalet ve Kalkınma Partisi'nin Merkez Yürütme Kurulu toplantısında karara cevaben açıklamalarda bulunmuştur. Erdoğan, '... burada verilen kararlar mahkemelerimiz tarafından değerlendirilir. AİHM bu kararı iç hukuk yolları tüketilmeden alarak istisnai bir uygulama yapmıştır. Türkiye aleyhine hareket ediliyor. Kendi adamlarını koruyorlar. Bu karar bizi bağlamaz.'²⁷ açıklamasında bulunmuştur. Cumhurbaşkanı'nın bu açıklamasından bir gün sonra AKP meclis grup toplantısında benzer açıklamalarını tekrarlamıştır ve AİHM'i özellikle Türkiye'nin güneydoğusunda 6-

²⁵ *Ibid*, § 280.

²⁶ Avrupa Komisyonu, 2020 Türkiye Raporu, p. 28, https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/turkey_report_2020.pdf

²⁷ Bkz. Hürriyet, "Erdoğan'dan Demirtaş açıklaması: 'Bu karar bizi bağlamaz,'" at <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/erdogandan-demirtas-aciklamasi-bu-karar-bizi-baglamaz-41695902>; Gazete Duvar, "Turkish President Recep Tayyip Erdoğan dismisses European Court of Human Rights' Selahattin Demirtaş ruling, says it doesn't bind Turkey," at <https://www.duvarenglish.com/turkish-president-recep-tayyip-erdogan-dismisses-european-court-of-human-rights-selahattin-demirtas-ruling-says-it-doesnt-bind-turkey-news-55586>.

8 Ekim 2014 tarihlerinde meydana gelen şiddetli gösteriler sırasında ‘39 kişinin ölümüne sebep olan’ bir ‘terörist’i serbest bıraktırmaya çalışmakla suçlamıştır.²⁸

32. 24.12.2020 tarihinde **İçişleri Bakanı** Süleyman Soylu il emniyet müdürleri ile gerçekleştirdiği bir toplantıda ‘Demirtaş teröristtir. AİHM’in, hangi sebeple olursa olsun, aldığı karar boşlukta bir karardır, hiçbir anlamı yoktur’ açıklamasında bulunmuştur.²⁹ Aynı gün, Cumhurbaşkanı Erdoğan’ın partisi AKP ile koalisyon ortağı olan **Milliyetçi Hareket Partisi lideri** “AİHM’in Demirtaş’ın serbest bırakılmasını dayatan kararını tanımıyoruz, takmıyoruz, milli vicdanda hükümsüz olduğunu buradan haykırıyoruz.”³⁰ şeklinde yorum yapmıştır.
33. 28.12.2020 tarihinde, Cumhurbaşkanı Erdoğan’ın Başdanışmanı ve Cumhurbaşkanlığı Hukuk Politikaları Kurulu Başkanvekili Mehmet Uçum bir röportajında uzun uzun Türkiye’nin Demirtaş kararını uygulamak zorunda olmadığını savunmuştur. Mehmet Uçum, huzurdaki başvuruyu kastederek iç hukuk yollarının tüketilmediğini ve kararın Türkiye’ye yönelik siyasi bir saldırı olduğunu belirtmiştir.
34. İFÖD, Sözleşme’ye taraf olunması itibariyle AİHM’in otoritesinin kabul edilmiş olmasına karşılık, Türkiye’nin Cumhurbaşkanı, İçişleri Bakanı, hükümetin koalisyon ortağı olan parti lideri ve Cumhurbaşkanı’nın Başdanışmanı olmak üzere Büyük Daire kararı özelinde ve genel olarak bütün AİHM kararları bakımından kararların Türkiye’yi bağlamadığına yönelik olarak yapılan açıklamalar ile Avrupa Mahkemesi’nin otoritesinin alenen sorgulanmasını Mahkeme için ciddi şekilde kaygı duyulması gereken bir konu olarak görmektedir.
35. Bakanlar Komitesi, Selahattin Demirtaş (2) kararının uygulanması ile ilgili olarak vermiş olduğu kararda ‘yetkililerin başvuruçunun mevcut tutukluluk halinin 4 Kasım 2016 ile 7 Aralık 2018 tarihleri arasındaki tutukluluk halinden ve suçlamaların da ilk tutukluluk kararından farklı olması itibariyle Büyük Daire’nin vermiş olduğu kararın kapsamına girmediği yönündeki bildirimini ile ilgili olarak söz konusu iddiaların Mahkeme tarafından halihazırda incelendiği ve reddedildiği değerlendirilmesinde bulunmuştur.

Sonuç

36. İFÖD, huzurdaki başvurunun Türkiye’deki muhalif görüşte olan HDP mensuplarına yönelik sistematik eziyet ve milletvekili dokunulmazlığına yönelik genel problemlerden ayrı tutulamayacağı görüşündedir. Büyük Daire, Selahattin Demirtaş (2)

²⁸ Reuters, “Erdoğan: European court ruling on jailed Kurdish politician ‘hypocritical’,”; at <https://www.reuters.com/article/turkey-security-demirtas-int/erdogan-european-court-ruling-on-jailed-kurdish-politician-hypocritical-idUSKBN28X160>; Bianet, “Erdoğan slams ECtHR over Demirtaş verdict, says it can’t replace Turkey’s courts,” at <https://bianet.org/english/politics/236482-erdogan-slams-ecthr-over-demirtas-verdict-says-it-can-t-replace-turkey-s-courts>.

²⁹ Anadolu Ajansı, “ECHR ruling on ‘terrorist’ HDP leader ‘meaningless’,” 24.12.2020, at <https://www.aa.com.tr/en/turkey/echr-ruling-on-terrorist-hdp-leader-is-meaningless/2087175>.

³⁰ Hürriyet Daily News, MHP leader, interior minister slam ECHR’s ruling on Demirtaş,” at <https://www.hurriyetaidailynews.com/mhp-leader-interior-minister-slam-echrs-ruling-on-demirtas-161118>.



kararında, mevcut başvuruya konu hususları ayrıntılı bir şekilde incelemiştir. Ancak, Bakanlar Komitesi tarafından tespit edildiği üzere, Mahkeme'nin karar verdiği tarihten bu yana yetkililer mahkemenin tespitlerini yerine getirmemiştir. İFÖD, başvurucu tarafından 10. ve 18. Madde kapsamında yapılan şikayetleri incelerken Selahattin Demirtaş/Türkiye (2) kararında Büyük Daire tarafından geliştirilen ilkelerin takip edilmesi gerektiği görüşündedir.

11.05.2021

İfade Özgürlüğü Derneği-İFÖD (Türkiye)

Web: <https://ifade.org.tr> Twitter: @ifadeorgtr

İfade Özgürlüğü Derneği resmi olarak ifade ve düşünce özgürlüğünün korunması ve geliştirilmesi için Ağustos 2017'de kurulmuştur. Dernek, herkesin düşünce ve ifade özgürlüğünden ve bilgi ve bilgiye erişim ve bilgi yayma hakkından yararlandığı bir toplum öngörmektedir.