



Yargı Reformu Paketi: AİHM Yolunda Bir Yeni Engel

13.11.2019

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ DERNEĞİ (İFÖD)

Yargı Reformu Paketi: AİHM Yolunda Bir Yeni Engel

1. Yargı Reformu Strateji Belgesi çerçevesinde hazırlanan 1. yargı paketi, 7188 Sayılı Yasanın Cumhurbaşkanı tarafından onaylanması ile yürürlüğe girdi. Birçok yasada değişiklik getiren bu torba yasanın en çok konuşulan ve en hızlı sonuç veren hükmü ise belirli suçlara temyiz yolunu açan 29. maddesi oldu. Gerçekten de Ceza Muhakemesi Kanununun 286. maddesine ek getiren bu düzenleme “ifade özgürlüğü suçları” olarak tanımlayabileceğimiz¹ bir grup suça temyiz yolunu açtı. Bu grupta yer alan suçlar 7188 Sayılı Yasanın 29. maddesi ile aşağıdaki şekilde belirlendi:

(3) (Ek:17/10/2019-7188/29 md.) İkinci fıkrada belirtilen temyiz edilemeyecek kararlar kapsamında olsa bile aşağıda sayılan suçlar nedeniyle verilen bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kararları temyiz edilebilir: a) Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Hakaret (madde 125, üçüncü fıkra),

2. Halk arasında korku ve panik yaratmak amacıyla tehdit (madde 213),

3. Suç işlemeye tahrik (madde 214),

4. Suçu ve suçluyu övme (madde 215),

5. Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama (madde 216),

6. Kanunlara uymamaya tahrik (madde 217),

7. Cumhurbaşkanı hakaret (madde 299),

8. Devletin egemenlik alametlerini aşağılama (madde 300),

9. Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin kurum ve organlarını aşağılama (madde 301),

10. Silâhlî örgüt (madde 314),

11. Halkı askerlikten soğutma (madde 318), suçları.

b) Terörle Mücadele Kanununun 6 ncı maddesinin ikinci ve dördüncü fıkrası ile 7 nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan suçlar.

c) Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun 28 inci maddesinin birinci fıkrası, 31 inci maddesi ve 32 nci maddesinde yer alan suçlar.

2. Bu kuralın yürürlüğe girmesiyle, 5 yılın altında hapis cezası verildiği için istinaf aşamasında kesinleşen yukarıdaki grupta bulunan bu suçlar için temyiz yolu açılmış oldu. Yasanın 31. maddesi ile CMK’ye eklenen geçici 5. madde ile ilgili değişikliğin sadece bundan sonra işlenecek suçlar için uygulanmasını değil daha önce kesinleşmiş suçlara uygulanmasını da öngörüyor. Bu hükme göre, 286ncı maddenin üçüncü fıkrasında yapılan düzenleme, bu maddenin yayımlandığı tarihten itibaren on beş gün içinde talep etmek koşuluyla aynı suçlarla ilgili olarak bölge adliye mahkemelerince verilmiş kesin nitelikteki kararlar hakkında da uygulanacak. Bu başta Terörle Mücadele Yasasının 7. maddesinin 2. fıkrası ve TCK 314. madde olmak üzere 5 yıldan kısa hapis cezası alan ve fakat hüküm istinafta kesinleştiği için infazına başlanan birçok suç açısından temyiz sırasında tahliye yolunu açtı. Sadece FETÖ ve PKK suçlamalarından toplam 2200 kişinin bu sayede tahliye edildiği basında yer aldı.²

Yargıtay Yolu AYM ve AİHM Yolunu Bir Kez Daha Erteler mi?

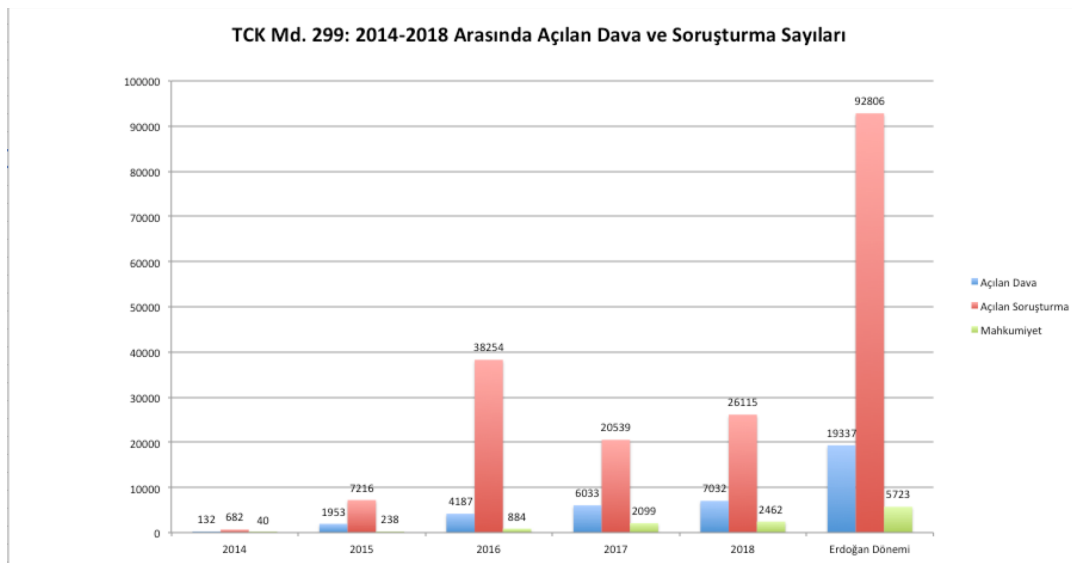
3. Tahliyeler yanında ifade özgürlüğü açısından Yargıtay’ın bölge adliye mahkemelerinden farklı olarak daha net hukuki değerlendirmeler yapacağına ilişkin beklentiler de bu değişikliğin genelde olumlu karşılanması sonucu yaratmış gözüküyor. Bu bir taraftan daha

¹ Yasa teklifinde bu kapsamdaki suçlar için “ifade özgürlüğü ile doğrudan etkili olan suçlar” kavramı kullanılmaktadır. Bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-2215.pdf>

² Bkz. OdaTV, “FETÖ ve PKK’dan ceza alanlara müjde gibi haber,” <https://odatv.com/feto-ve-pkkdan-ceza-alanlara-mujde-gibi-haber-26101921.html>, 26.10.2019.

üçüncü yılında **istinaf sisteminin başarısız olduğunun kabulü anlamına gelirken**, diğer taraftan bu **değişikliğin ilk bakışta fark edilmeyen çok önemli bir sonucu** daha var.

4. Bilindiği gibi hükümet, özellikle son yıllarda ifade ve basın özgürlüğüne yönelik baskı uyguladığı gerekçesiyle hem uluslararası örgütler hem de uluslararası sivil toplum örgütleri tarafından sert bir şekilde eleştiriliyor.³ Yakın zamana kadar bu eleştirileri sert bir şekilde reddeden hükümet, 1. Yargı Paketiyle birlikte, sorun olmadığını söylediği yargılamalara ilişkin bir değişikliğe gitti. Yasanın genel gerekçesi de ifade özgürlüğünün önemine vurgu yapmaktadır.⁴ Bir başka deyişle, çok yakın zamana kadar onbinlerce kişinin keyfi şekilde mahkum edilmesine ilişkin eleştirileri haksızlık olarak niteleyen hükümet birden bire ifade özgürlüğünü savunmak için hem de geriye yürüyecek bir şekilde Yargıtay yolunu açmaya karar verdi.
5. Bu ani U dönüşünün detaylarını değerlendirdiğimizde 286. madde değişikliğinde sayılan suç tiplerinin, Türkiye'nin en çok eleştirilen Cumhurbaşkanlığına hakaret (TCK 299), terör propagandası (TMK 7/2) ve örgüt üyesi olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme veya örgüte yardım (TCK 314 delaletiyle 220/6 ve 7) suçlarını içerdiği görülebiliyor. Bu suçlarda özellikle 2016 sonrasında büyük bir artış olduğu da bilinen başka bir gerçektir.
6. Örneğin, TCK 299 istatistiklerini detaylı bir şekilde incelediğimizde, aşağıdaki tabloda görüleceği üzere 2010-2014 yılları arasında toplam 2136 ceza soruşturması ve 588 ceza davası açılmış ve toplam 155 tane mahkumiyet kararı verilmişken, Cumhurbaşkanı Erdoğan dönemini içeren 2014-2019 yılları arasında ise 92.836 ceza soruşturması ve 19.337 ceza davası açılmış ve toplam 5723 tane mahkumiyet kararı verilmiştir.

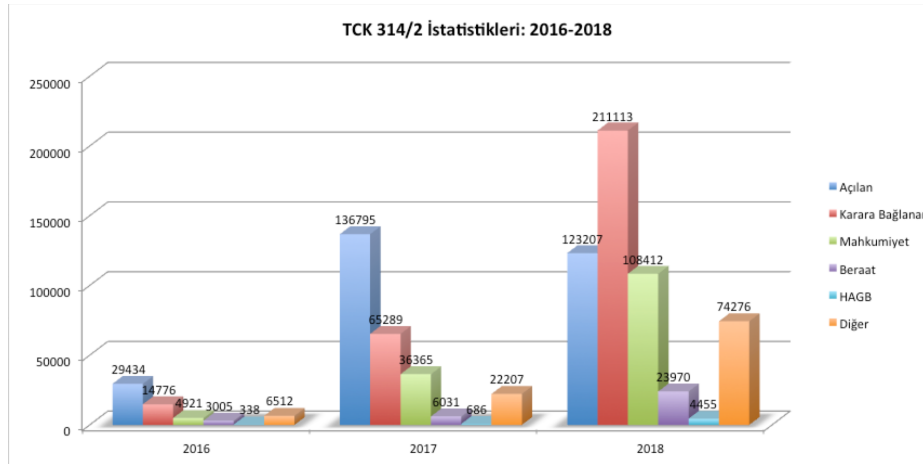
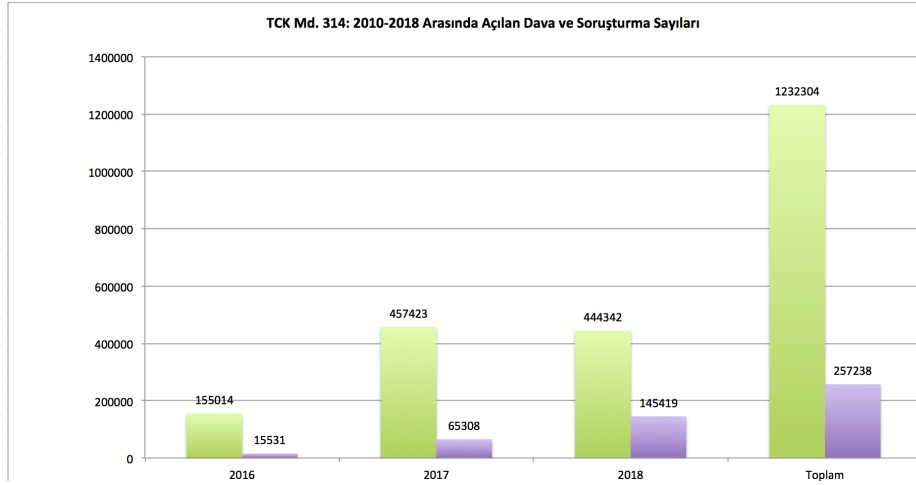


7. Benzer şekilde TCK'nın silahlı örgüt suçları ile ilgili 314'üncü maddesi kapsamında 2016-2019 yılları arasında toplam 1.056.779 ceza soruşturması açılmış ve sadece 226.258 tane kovuşturmayla yer olmadığına dair karar verilmiştir. Aynı dönemde 289.436 ceza

³ Human Rights Watch, *Turkey: Crackdown on Social Media Posts*, 27 March 2018; Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, Memorandum on freedom of expression and media freedom in Turkey, CommDH (2017)5, 15 February 2017; CoE European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), Opinion on Articles 216, 299, 301 and 314 of the Penal Code of Turkey, CDL-AD(2016)002, 11-12 Mar. 2016; AI, *Weathering the Storm, Defending Human Rights in Turkey's Climate of Fear*, 26 Apr. 2018, <https://www.amnesty.org/download/Documents/EUR4482002018ENGLISH.PDF>; ICJ, *Justice Suspended: Access to Justice and the State of Emergency in Turkey*, p.10: <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2018/12/Turkey-Access-to-justice-Publications-Reports-2018-ENG.pdf>; Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression on his mission to Turkey, A/HRC/35/22/Add.3.

⁴ Bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/d27/2/2-2215.pdf>

davası açılmış, karara bağlanan 291.178 davada 149.698 mahkumiyet kararı ve 33.006 beraat kararı verilmiştir. 830.521 dosyanın ise akıbeti işbu raporun hazırlanış tarihi itibarı ile belli değildir.



8. Görüldüğü üzere 7188 Sayılı Yasanın 29. maddesi ile Ceza Muhakemesi Kanununun 286. maddesine ek getiren bu düzenleme “ifade özgürlüğü suçları” kapsamında tanımlayabileceğimiz bir grup suçtan sadece iki tanesi ile ilgili olarak onbinlerce kişinin yargı sürecinin devam ettiği görülmektedir.
9. Bu kapsamda İstinaf Mahkemeleri 20 Temmuz 2016’da göreve başladığı için bu tarihten sonra çok sayıda kişi temyize gidememiş ve “ifade özgürlüğü suçları” nedeniyle İstinafta kesinleşen mahkumiyetlerle ceza almış ve hatta cezaların infazına başlanmıştır.
10. Kararlar istinaf aşamasından kesinleştiği için onbinlerce kişi ifade özgürlüğünün ve Anayasa ile koruma altına alınmış diğer haklarının ihlal edildiği iddiası ile Anayasa Mahkemesine (“AYM”) başvurdu. Ancak AYM bu suç tiplerinin bazılarına ilişkin hiç karar vermezken, bazılarına ilişkinse çok az sayıda karar verdi. Örneğin toplamda binlerce kişinin yargılandığı Cumhurbaşkanına hakaret suçundan dolayı bugüne kadar AYM tarafından sadece bir tane bireysel başvuru karara bağlanmış ve bu başvuru kabul edilemez bulunmuştur.⁵ Eski bir milletvekilinin Cumhurbaşkanına hakaret ettiği gerekçesiyle tutuklandığı vakada da AYM başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.⁶

⁵ Bkz. Umut Kılıç Başvurusu, B. No: 2015/16643, 4.4.2018.

⁶ Feyzi İşbaşaran Başvurusu, B. No: 2014/19529, 21.9.2017.

Propaganda suçundan ise yakın tarihte üç ihlal kararı verilmiştir.⁷ Vicdani retçilerin yargılandığı halkı askerlikten soğutma suçuna ilişkin ise verilmiş hiç karar yoktur.

11. AYM'nin daha önceki başvuruları geciktirmesi OHAL ve sonrasındaki ani iş yükü artışına bağlanmış ve AİHM tarafından da meşru görülmüştür.⁸ Ancak bu gerekçenin artık geçerlilik taşımadığı ortadadır. Gerçekten de, AYM'nin kendi yayımladığı istatistiklere⁹ göre 2016 yılında yapılan başvuruların sadece 1122 tanesi halen derdesttir ve bu o sene yapılan toplam başvuru sayısının %2,4'üne tekabül etmektedir. AYM'nin önünde 31.09.2019 tarihi itibarı ile derdest olan başvuruların 3335'i 2017, 12.011'i 2018, 30.218'i ise 2019/3 esaslıdır. Bu tarihlerde AYM'ye yapılan başvuruların tamamı 2016 Temmuz ayından sonra kesinleştiği ve özellikle 2016 sonrasında bu suçlara ilişkin açılan davalarda büyük artış olduğu için 5 yıl ve altı hapis cezası ile cezalandırılan ifade özgürlüğü suçlarının bu toplam sayıda önemli bir yer tuttuğu varsayılabilir.
12. AYM'nin bu suçlara ilişkin verdiği kararların sayısının azlığı dikkate alındığında bir gerekçeyle **bu nitelikteki başvuruları bugüne kadar beklettiği anlaşılmaktadır**. Ne var ki, mevcut koşullarda artık AYM'nin mevcut "ifade özgürlüğü suçları"na ilişkin başvuruları daha fazla bekletmesi mümkün gözükmemektedir. AYM bu dosyaları daha uzun süre işleme koymazsa, başvuru sahiplerinin AYM'nin etkili bir hukuk yolu olmaktan çıktığını ileri sürmeleri mümkün olabilecektir.¹⁰ AYM bu riskten kaçınmak için bu başvurulara bakıp ve fakat AİHM içtihatlarını uygulamazsa bu kez de başvurular AİHM'e gidecek ve hükümetin AYM ile ilgili sunduğu pozitif imajın bozulması ihtimali ile karşı karşıya kalınacaktır. Örneğin Cumhurbaşkanına hakaret konusunda sistemik bir sorun olduğu ortaya çıkacak, AYM'nin de iyi sicili bozulacaktır. Gerçekten de, tüm bireysel başvurularda AİHM'in ilgili içtihadına atıf yapmaya çalışan AYM, hem Cumhurbaşkanına hakaret suçuyla ilgili iptal/itiraz incelemesinde¹¹ hem de incelediği bireysel başvurularda kasıtlı bir şekilde AİHM içtihadını gözardı etmiştir.¹² Bu yaklaşımın AİHM önünde hoşgörü ile karşılanması mümkün gözükmemektedir.
13. Yargıtay'a temyiz yolunun açılması başta Cumhurbaşkanına hakaret ve terör propagandası olmak üzere 2016'nın ikinci yarısından kesinleşip AYM'ye gelmiş tüm başvuruların Yargıtay'a yönlendirilmesi ihtimalini gündeme getirmiştir. Bu sayede AYM'nin önünde birikmiş ve fakat bir türlü karara bağlanamayan başvurulardan AYM'nin kurtulmasının, AİHM'e yapılacak olası başvurular açısından da iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazının yapılmasının önü açılmıştır.
14. Bu koşullar altında **AYM'de bekleyen ve temyiz yolu açılmış olan başvurulara ne olacağı belli değildir**. Yasa, kesinleşmiş kararlar açısından 15 günlük temyiz süresi öngörürken bu süre 07.11.2019 tarihinde doldu. Eğer bu 15 günlük süre içinde Yargıtay'a temyiz başvurusu yapılırsa AYM, **henüz tüm hukuk yolları tüketilmediği için başvuru yapılan dosyalar hakkında kabul edilemezlik kararı verebilir**. Kararı kesinleşmiş ve infaz edilen başvuru sahiplerinin açısından özgür kalmak için Yargıtay'a başvurmaktan başka yol da yok zaten. Bununla birlikte, eğer başvuru sahipleri tahliye edilmişse veya infaz edilmeyecek kısıllıkta bir ceza almışsa AYM önünde 3 yıl bekledikten sonra hak kaybına uğramamak

⁷ Zübeyde Füsün Üstel ve Diğerleri Başvurusu, B. No: 2018/17635, 26.7.2019; Ayşe Çelik Başvurusu, no. 2017/36722, 9.5.2019; Sırrı Süreyya Önder Başvurusu, B. No: 2018/38143, 3.10.2019.

⁸ Örneğin bkz. Şahin Alpay/Türkiye, no. 16538/17, 20.3.2018, para. 126-139.

⁹ Bkz. <https://anayasa.gov.tr/tr/bireysel-basvuru/istatistikler/>, s. 2.

¹⁰ Nitekim bu nitelikte bir başvuruyu AİHM hükümete bildirmiştir. Bkz. Uğur Ahmet Yaşar/Türkiye, no. 43113/18.

¹¹ E. 2016/25, K. 2016/186, k.t. 14.12.2016.

¹² AİHM içtihadı ve bu içtihadın Türkiye'de uygulanmasına ilişkin zorunluluk için bkz. Yaman Akdeniz ve Kerem Altıparmak, "TCK 299: Olmayan Hükümün Gazabı mı?", Güncel Hukuk, Ekim 2015, s. 42; Yaman Akdeniz ve Kerem Altıparmak, AİHM Artun Güvener/Türkiye Kararı İzleme Raporu, İHOP, Aralık 2016, http://www.aihmiz.org.tr/files/Artun_ve_Guvener.pdf.

için Yargıtay'a başvurmayabilir. Fakat bu kez de AYM'nin Yargıtay yolu tüketilmediği için kabul edilemezlik kararı vermesi mümkündür. Bu riskler dikkate alındığında muhtemelen "ifade özgürlüğü suçları" olarak nitelendirilen suçlardan cezası kesinleşen herkes Yargıtay yolunu denemek zorunda kalacaktır.

15. **Yargıtay'da ise durum ayrıca karışıktır.** Yargıtay, mevcut iş yükünün üstüne 3 yılda birikmiş ve 15 günlük kısa bir süre zarfında gönderilen binlerce davaya da bakmak durumunda kalacaktır. Üstüne üstlük hepsi ifade özgürlüğüne ilişkin olan bu dosyaların tek tek incelenmesi oldukça uzun bir zaman alacak, ilgili Yargıtay dairelerinde beklenmedik yığılmalara yol açacaktır.
16. Hakkının ihlal edildiğini iddia edenler 2-3 yıl Yargıtay, ardından 3-4 yıl AYM bekledikten sonra ancak AİHM'e gidebilecekler. Bu durumda 2016 yılının ikinci yarısı kesinleşip AYM'ye gelmiş bir Cumhurbaşkanı'na hakaret dosyasının AİHM'e gitmesi için en erken 2026 yılını beklemesi gerekecek demektir. Bir 5 yıl da AİHM'in önünde başvurunun değerlendirme sürecinin geçeceğini varsayarsak 2031'e kadar ifade özgürlüğü ihlalleri ile ilgili hükümet ve Anayasa Mahkemesi üzerinde önemli bir baskı kalmamış olacaktır. O tarih itibarıyla normal koşullarda Erdoğan'ın mevcut dönemi üzerine bir dönemi daha bitmiş olacak ki, tekrar Anayasa değişikliği gerçekleşmezse Cumhurbaşkanlığı da sonlanmış olacaktır.¹³

Sonuç

17. Dolayısıyla ilk bakışta çok olumlu gözükken ifade özgürlüğü suçlarına temyiz yolunun açılmasına ilişkin düzenleme aslında orta ve uzun vadede hükümeti Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde sistematik ihlal faili olarak gözükmekten kurtaran ve bu nedenle ifade özgürlüğü açısından negatif sonuç doğuran bir düzenleme olma potansiyeli taşıyor.
18. Oysa 7188 Sayılı Yasada halen Anayasa Mahkemesi nezdinde devam eden başvurular açısından bir düzenleme yapılmış olsaydı veya bu dosyalar açısından Anayasa Mahkemesinin tavrının ne olacağı öngörülebilseydi belki İfade Özgürlüğü Derneği'nin bu öngörüsündeki risklerin bir kısmı hafifletilebilirdi.

¹³ HAGB nedeniyle temyize gidemeyecek bazı dosyaların AİHM'e gitme ihtimali olabilir ama bunların etkisinin de daha sınırlı olacağı öngörülmektedir.