



Başvuru Numarası: 28749/18
Osman Kavala/Türkiye

Üçüncü Taraf Görüşü

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ DERNEĞİ (İFÖD)

Tarafından Sunulmuştur

03 Aralık, 2018

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

Giriş

1. İfade Özgürlüğü Derneği, Osman Kavala başvurusunun Türkiye’deki genel politik bağlamın göz önüne alınmadan anlaşılamayacağı ve değerlendirilemeyeceği görüşündedir. Başvurucunun gözaltı ve tutukluluk durumunun keyfi olup olmadığı ve başvuru AHİM’e başvuru yapmadan iç hukukta tüketmesi gereken bir hukuk yolu olup olmadığını değerlendirebilmek için genel politik durumun, insan haklarının durumunun ve yargı ve yürütme arasındaki ilişkinin açıkça ortaya konulması gerekmektedir. Bu nedenle, İFÖD yorumlarını başvurucunun özgürlüğünden mahrum bırakılmasının Sözleşme’nin 5. maddesinde öngörülen dışında bir amaçla kullanılıp kullanılmadığını ve 18.madde ihlali olup olmadığı yönündeki üçüncü soru ile sınırlı olarak paylaşacaktır (Rasul Jafarov/Türkiye, no. Azerbaycan, No.69981/14, § 153-163, Mart 17, 2016).
2. İFÖD, Türkiye’de insan haklarının, hukukun üstünlüğünün ve yargı bağımsızlığının son dört beş yıl içerisinde sert bir şekilde kötüye gittiğini gözlemlemektedir. Bu husus uluslararası raporlara da yansdığı üzere, Türkiye’yi ifade ve basın özgürlüğünde dünya çapında en kötü performans sergileyen ülkelerden biri durumuna getirmektedir. 2016 yılında Sınır Tanımayan Gazeteciler (RSF), Dünya Basın Özgürlüğü Endeksinde Türkiye 180 ülke arasında 151. sıralamada yer almıştır. 2017’de Türkiye 155., 2018’de 157. sıralamada yer almıştır. Benzer şekilde Freedom House, Türkiye’yi 2016 medya özgürlüğü endeksinde 2010 yılına kıyasla 20 puanlık bir düşüşle 156. sırada olan “kısmen özgür” bir ülke olarak sınıflandırmıştır. Nisan 2017’de Türkiye’nin global endekste 163. sıraya düştüğü açıklanmıştır. Ocak 2018’de açıklanan en güncel rapora göre 154. sıra ile Türkiye ilk defa ‘özgür değil’ olarak sınıflandırılmıştır.
3. Türkiye’deki ifade özgürlüğü krizi yalnızca STK’lar tarafından yayımlanan raporlarda değil ayrıca uluslararası gözetim mekanizmaları tarafından yayımlanan raporlarda da açıktır. Birleşmiş Milletler Basın Özgürlüğü özel raportörü Kadım 2016’daki Türkiye ziyaretinden sonra hazırladığı ön raporunda endişelerini dile getirmiştir.¹ Avrupa Konseyi’nin Gazeteciliğin Korunmasını Destekleme Platformu, Türkiye’nin en fazla sayıda uyarıya sahip olduğunu ve bunların büyük bir kısmının gazetecilerin hapsedilmesini içerdiğini belirtmiştir.² Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri’nin 2017’de yayımlanan *Türkiye’de İfade ve Basın Özgürlüğü Memorandumunda* “gazeteciler Türkiye’deki çeşitli yargı tacizinden en çok etkilenen gruptur” ve “tutuklama en görünür ve caydırıcı yargı tacizi önlemlerinden biridir”³ ifadelerine yer verilmektedir. Memorandum ayrıca, Türkiye’de yargı sisteminde tutuklu yargılanmanın istisnai niteliğinin ve tutuklamanın zorunlu olduğu durumlarda tutuklama gerekçelerinin açık bir şekilde ortaya koyulması ihtiyacının yerleşik bir uygulama olmadığını ortaya koymaktadır. Birçok Türk hâkimi hala tutuklama kararının dayanağı olarak başkaca şartların varlığını incelemeyen Ceza Muhakemesi Kanunu’nda yer alan katalog suçlar listesini kullanmaya devam etmektedir. Venedik Komisyonu bireyselleştirilmiş kararlar ve zamanında yapılan yargısal inceleme imkânı ve terör örgütü ‘üyesi’ ilgili ve yeterli bir

¹ Birleşmiş Milletler ifade ve düşünce özgürlüğü özel raportörünün Türkiye ziyareti sonrası ilk gözlem ve sonuçları, 14-18 Kasım 2016

² 500 uyarıdan 109’u Türkiye’ye ilişkin olup 59 tanesi 1. Seviye uyarı olarak sınıflandırılmıştır. Gazeteciliğin korunmasını destekleme platformu: <https://www.coe.int/en/web/media-freedom/all-charts>

³ CommDH (2017)5, para. 79.

gerekçe olmaksızın yapılan suçlamaların ve tutuklamaların demokrasiyi güçlendirmek yerine daha çok zayıflatabileceğini belirtmektedir.⁴

4. **İFÖD**, tüm bu gözlemlere katılmaktadır. İFÖD, mevcut davaya bu koşullardan yalıtılmış bir yaklaşımın başvuru makamının kamu makamlarınca suçlanması ve tutuklanmasının **arka planının göz ardı edilmesi sonucunu doğuracağını vurgulamak istemektedir**. Bu sebeple, İFÖD bu görüşünde ifade özgürlüğünün korunması ve geliştirilmesinde uzmanlaşmış bir kurum olarak genel bir çerçeve çizmek ve Mahkemeye izleyen hususları belirtmek istemektedir:
- Başvurucunun gözaltı ve tutukluluk durumunun keyfi olup olmadığı ve başvuru AIHM'e başvuru yapmadan iç hukukta tüketmesi gereken bir hukuk yolu olup olmadığını, başvuru özgürlüğünden mahrum bırakılmasının Sözleşme'nin 5. maddesinde öngörülen dışında bir amaçla kullanılıp kullanılmadığını ve bu nedenle 18. madde ihlali olup olmadığı değerlendirilirken daha geniş bir siyasi bağlam dikkate alınmalıdır.
 - Hukukun üstünlüğünde ve insan haklarında kötüye gitmenin en önemli faktörü Türkiye'de yargı bağımsızlığının olmamasıdır. Son yıllarda yargı bağımsızlığı önemli derecede zayıflamış, yargı yürütme kontrolüne geçmiştir.
 - Terörle Mücadele yasaları sivil toplumu ve muhalifleri susturmak için geniş ve belirsiz bir biçimde yorumlanmaktadır.

Bağlama Göre Bir Yaklaşım Neden Gereklidir?

5. İFÖD, Mahkemeyi başvuru makamının tutuklanmasına yol açan daha geniş bir siyasi bağlamı dikkate almaya davet etmektedir. **Mahkemenin, AIHS'nin 18. maddesi ve Türkiye'deki son siyasi gelişmeler hakkındaki kendi içtihatlarını dikkate alarak bağlamsal bir yaklaşım benimsemesini istemektedir**.
6. Sözleşme'nin 18. maddesi, Yüksek Taraf Devletlerin, Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlüklerin Sözleşme tarafından öngörülmemiş amaçlar için kısıtlanmasını açıkça yasaklamaktadır. Sözleşme'de tanımlanan bir hak veya özgürlük sınırlanırken, madde metni uyarınca tüm gerekliliklerin karşılanmaması salt olarak 18. madde ihlali incelemesine neden olmayacaktır. 18. madde kapsamındaki bir şikâyetin ayrıca incelenmesi için, sınırlamanın Sözleşmede öngörülmemiş bir amaç ile yapılmış olmasının davanın temel yanlarından biri olması gerekmektedir.
7. Gazetecilerin, sivil toplum aktivistlerinin, insan hakları savunucularının, muhalefet partisi üyeleri ile muhaliflerin göz altına alınması ve cezalandırılmasını ilgilendiren davalarda kamu makamlarının eleştirel sesleri susturma ve cezalandırma amacı her zaman problemlidir. Çoğu davada, kamu makamlarının amacı meşru faaliyetleri nedeniyle eleştirel sesleri cezalandırmak olmasına rağmen onları terör örgütü üyeliği, terör destekçiliği, hatta bazen yabancı bir ülke ya da dış güçler adına ajanlıkla suçlamaktadırlar.
8. Bu gibi davalarda, her zaman başvuru için kendi göz altı veya mahkumiyetinin direkt yürütmenin talimatı olduğunu ispatlamak zordur. Bu gibi davalarda siyasal bağlama göre bir yaklaşımın ele alınması ifade özgürlüğü, toplanma ve örgütlenme özgürlüğü gibi bireysel insan hakları ile Avrupa Konseyinin kurucu ilkeleri olan demokratik değerlerin ve hukukun üstünlüğünün korunması için kritik önemdedir. Özellikle, yargının etkili bir şekilde yürütme ya da politik organlar eliyle yürütüldüğü ülkelerde, ceza hukuku ve ceza yargılamaları kendi

⁴ Venedik Komisyonu, CDL-AD(2017)007.

güçlerini sürdürmek adına iktidarda olanlar tarafından eleştirel sesleri susturmak ve muhalifleri bastırmak için araç olarak kullanılmaktadır. Bu nedenle bağlamsal bir yaklaşım yalnızca Sözleşmede öngörülen amaçların dışında bir amaç olup olmadığını belirlemek için değil, aynı zamanda göz altı veya mahkumiyetin keyfi olup olmadığı ve tutukluluğun ve mahkumiyetin yasallığını sorgulayabilecek etkili bir hukuk yolu olup olmadığını değerlendirebilmek için de önemlidir.

Sözleşmenin 18. Maddesi ve İspat Külfeti

9. Mahkeme 18. Maddeye ilişkin içtihadını yakın tarihli bir kararında gözden geçirmiştir (*Merabishvili/Gürcistan* (GK), no. 72508/13, 28.11.2017). Mahkeme bir sınırlamanın Sözleşmedeki bir hükümde izin verilmiş bir amaçla uyumlu olabileceğini belirtmektedir. Ancak bu sınırlama yine de Sözleşmede öngörülen amacın dışında başka bir amaca hizmet ediyorsa 18. maddeyi ihlal edebilecektir. Başka bir deyişle, gizli amaç hâkim olan amaçsa 18. madde ihlali gündeme gelebilecektir. Buna karşılık eğer hakim olan amaç Sözleşmede öngörülen amaç ise o zaman başka bir gizli amaç bulursa dahi, sınırlama 18. maddeyi ihlal etmeyecektir (para. 305). Hangi amacın hâkim amaç olduğu davanın şartlarına göre değişmektedir. Bu hususu değerlendirirken, Mahkeme iddia edilen gizli amacın anlaşılabilirliğini ve niteliğini göz önünde bulunduracak ve Sözleşmenin hukukun üstünlüğü tarafından yönetilen demokratik bir toplumun ideallerini ve değerlerini korumak ve geliştirmek için tasarlandığını akılda tutacaktır (para 307).
10. *Merabishvili* kararında, Mahkeme ayrıca standart ve ispat yükü açısından görüşünü açıklığa kavuşturmuştur: “Fakat iki nokta açıkça ayırt edilmişse, delile ilişkin sorular gizli bir amaç olup olmadığı ve bunun baskın olan olup olmadığını belirlemek üzerine olacaktır.” (para 309). Mahkeme böylece bu durumda, ayrı bir yaklaşım yerine her zamanki ispat yükü yaklaşımına bağlı kalacağını belirtmiştir (para. 310).
11. Bu yaklaşımın ilk yönü, ilk olarak *İrlanda/Birleşik Krallık* Başvurusunda (para. 160-61) ortaya konmuş ve daha yakın tarihli *Kıbrıs/Türkiye* (para. 112-13 ve 115) ile *Gürcistan/Rusya* (I) (para. 93, 95) doğrulanmıştır. Buna göre, kural olarak, ispat yükü her iki tarafta da değildir, Mahkemenin tüm delilleri kaynağına bakmaksızın değerlendirir ve gerekirse re’sen delil elde edebilir (para. 311). Mahkemenin yaklaşımının ikinci yönü ise, standart ispat yükünün “makul şüpheye yer bırakmamak”tır. Bununla birlikte, bu ölçüt aynı ölçütü kullanan ulusal hukuk sistemleri ile aynı anlama gelmemektedir. İlk olarak, söz konusu ispat; yeterince güçlü, açık ve uyumlu çıkarımların veya aksi ispat edilemeyen karinelerin bir arada bulunmasından çıkarılabilir. İkinci olarak ise, bir sonuca ulaşmak için gereken kanı; olguların belirliliğine, ileri sürülen iddianın niteliğine ve Sözleşme’de tanımlanan ilgili hakka bağlıdır (para. 314) Mahkeme’nin yaklaşımının üçüncü yönü, Mahkeme’nin yalnızca kabul edilebilirlik ve ilgililik bağlamında değil, aynı zamanda her bir delilin ispat değerini de değerlendirmekte serbest olması sonucunu doğurmaktadır (para. 315). Dolayısıyla, Mahkemenin incelemesinde, AİHS’nin 18. maddesine ilişkin iddialar ile ilgili olarak kesin delillerle sınırlı olması veya bu iddialara özel bir delil standardı uygulaması için herhangi bir gerekçe bulunmamaktadır (para. 316). Bununla birlikte, bu bağlamda emarelerin ana olaylar, ana olaylar hakkında çıkarım sağlayacak temelleri sunacak bağlamsal olgular veya olay örgüsüne dair bilgiler anlamına geldiği vurgulanmalıdır. Uluslararası gözlemciler, sivil toplum kuruluşları veya basın organları tarafından hazırlanan raporlar veya açıklamalar ile

ulusal veya uluslararası mahkemelerin kararları da somut olaya ilişkin olguları veya Mahkemenin bulgularını aydınlatmak için sıklıkla dikkate alınmaktadır. (para 317).

12. Bu karar ek olarak, 18. maddenin birlikte değerlendirildiği diğer maddelere ilişkin bir ihlal olmasa da ihlal edilebileceğinin yerleşik içtihatla yer aldığını göstermektedir (para. 288).
13. Mahkeme, *Selahattin Demirtaş/Türkiye (2)* (no. 14305/17, 20.11.2018) kararında, Sözleşme'nin 18. maddesinin 5. maddeyle birlikte ihlal edildiği sonucuna ulaşırken aşağıdaki gözlemlere dayanmıştır: Başvurucunun tutuklanmasına yol açan makul bir şüphe bulunmasına rağmen, tutukluluğunun uzatılması kararını veren mahkemelerin, sürenin uzunluğunu meşru kılacak “yeterli” olarak değerlendirilebilecek gerekçeler sunmamıştır. Mahkeme ayrıca, tutukluluğun devamının arkasında başvurucunun Meclis'te ikinci büyük muhalefet partisi eş başkanı olduğunu da dikkate alarak arka planda siyasi nedenler olduğunu tespit etmiştir. Bu kanıya ulaşırken Mahkeme, dönemin siyasi ve sosyal arka planının bağlamsal analizine ve somut olaya ilişkin olay sıralamasını göz önünde bulundurmıştır. Mahkeme; İnsan Hakları Komiseri, Venedik Komisyonu, Uluslararası Af Örgütü ve üçüncü taraf müdahaleleri tarafından ortaya konan başvurucunun durumu, Türkiye'de siyasetin o sıradaki durumu, 2014 yılından beri süregelen siyasi gerilim iklimi, başvurucunun Cumhurbaşkanı Erdoğan da dahil olmak üzere siyasi rakiplerinin açıklamaları gibi bilgileri göz önünde bulundurmıştır. Bu bağlamda, tarafsız bir gözlemcinin tutukluluk süresinin uzatılmasının siyasi nedenlere dayandığından şüphelenmesi de anlaşılır niteliktedir. Mahkeme, İnsan Hakları Komiserinin yerel mevzuatın muhalif görüşleri susturmak için kullanıldığı şeklindeki görüşünü de dikkate almıştır (para. 263-267).
14. Böylece Mahkeme, başvurucunun tutukluluğunun sürekli olarak uzatılmasının arkasındaki baskın nedenin siyasi nitelikli olduğuna karar vermiştir. Mahkeme bu sonuca ulaşırken İnsan Hakları Komiserinin son yıllarda Türkiye'deki gergin siyasi iklimin, özellikle acil durumlarda, ulusal mahkemeler tarafından belirli kararları etkileyebilecek bir ortam yarattığı şeklindeki gözlemlerine atıfta bulunmuştur (para. 270). Mahkeme ek olarak, başvuru hakkındaki soruşturmanın Cumhurbaşkanı Erdoğan'ın “*o partinin (HDP) milletvekilleri bedel ödeyecek*” şeklindeki konuşması sonrasında açılmadığını ancak bu konuşmaları yaptıktan sonra en azından hızlandırıldığını gözlemlemiştir. Mahkeme, özellikle yetkililerin, başvurucunun tutukluluk süresinin sadece yasanın öngördüğü gözaltı gerekçelerinin alt alta sıralayarak yetersiz gerekçelerle sürekli olarak ve özellikle referandum ve cumhurbaşkanlığı seçimi gibi iki önemli seçim sırasında uzatıldığına dikkat ederek; makul şüphenin ötesinde baskın ve asıl amacın çoğulculuğun bastırılması ile demokratik toplum kavramının tam merkezinde bulunan siyasi tartışma özgürlüğünün sınırlandırılmasının olduğu kanısına varmıştır (para. 272).
15. *Selahattin Demirtaş* kararında, Mahkemenin 18. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmasında etkili nokta, yürütme tarafından yargıya uygulanan baskı olmuştur. Bu bilgiler ışığında, İFÖD, hükümetin her başvuruda ileri sürdüğü tüm davaların tarafsız ve bağımsız yargı organları tarafından yürütüldüğünü iddiasına rağmen yukarıda açıklanan gözlemleri tekrarlamak istemektedir. Muhalefet milletvekillerinin, gazetecilerin, sivil toplum aktivistlerinin, insan hakları savunucularının ve muhaliflerin tutuklanması ve gözaltına alınması ile ilgili tüm kararların iyi niyetle bağımsız ve tarafsız yetkililer tarafından verildiği varsayımı, Türkiye'deki son gelişmeler dikkate alındığında gerçekçi gözükmemektedir ve kişisel hak ve özgürlükleri, demokratik değerleri ve hukukun üstünlüğü ilkesini korumasız bırakmaktadır.

Türkiye’de Yargı Bağımsızlığı

16. Yetkin, tarafsız ve bağımsız yargı, özellikle adil bir adalet sistemi ve insan haklarının korunması bağlamında hukukun üstünlüğünün temelini oluşturmaktadır. Bu nedenle yargı sisteminin mahkemelerin ve hakimlerin bağımsızlığına ve etkin olduğuna dair bir güvence sunması zorunludur. Yargı bağımsızlığı Türkiye’de her zaman sorun teşkil etmiştir. Ancak son yıllarda yürütmenin yargı üzerine yapmış olduğu baskı çoğalarak artmış ve oluşturduğu yapısal sorunlar gittikçe belirgin hale gelmiştir.
17. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun yapısını değiştiren 2010 yılındaki Anayasa değişiklikleri ile birlikte kısmi bir seçim sistemi başlatılmış ve Adalet Bakanlığı tarafından desteklenen adayların iki katı 2010 ve 2014’te yapılan seçimleri iki kez kazanmıştır. Bu durum HSYK üyelerinin çoğunun yürütme organının desteğine sahip olduğu ve yürütme organının taleplerine yatkın olduğu anlamına gelmektedir. Beklendiği üzere, her seçimden sonra, meclis, Yargıtay ve Danıştay’ın yapısını değiştiren ve üye sayısını artıran yeni yasalar hazırlamıştır. 2011 yılında 6110 sayılı Kanun⁵ ile Danıştay üye sayısı 95’den 156’ya, Yargıtay üye sayısı 250’den 387’ye çıkarılmıştır. Bu durumun arkasındaki temel neden ise hükümete yakın yeni üyeler atayarak üyelerin yapısını değiştirmektir. Daha sonra, yeni HSYK tarafından seçilen üyelerin çoğunun o dönem AKP ile müttefik olan “Gülenciler” olduğu ortaya çıkmıştır. 17-25 Aralık 2013 tarihli soruşturmalar ile AKP ve Gülenciler arasındaki koalisyonun sona ermesinin ardından Adalet Bakanlığı, 2014 HSYK seçimlerinde Yargıda Birlik Platformu adaylarını desteklemiş ve bu adaylar seçimi kazanmıştır. 2014 yılındaki seçimlerden sonra yüksek mahkeme üye sayılarına yapılan müdahaleler artmış ve 6572 sayılı Kanun ile Yargıtay üye sayısı 387’den 516’ya ve Danıştay üye sayısı 156’dan 195’e çıkartılmıştır. Bu kanun ile yüksek mahkemelerin işleyişinde de yapısal değişiklikler yapılmış olup yine bu değişikliğin arkasındaki temel gerekçe bir önceki değişiklikteki gerekçe ile aynı kalmıştır.⁶
18. 2016 yılında yüksek mahkemelerin yapısına bir müdahale daha yapılmış; bu defa üye sayısı azaltılmıştır.⁷ 6723 sayılı Kanun ile Yargıtay üye sayısı 516’dan kademeli olarak 300’e ve sonrasında 200’e, Danıştay üyelerini ise 195’den 116’ya ve kademeli olarak 90’a düşürülmüştür.⁸ Amaç, yüksek mahkemelerde olması istenmeyen hakimlerden arındırılmasıdır.⁹
19. 2017 yılında Hakimler Yüksek Kurulunun yapısı ve adı Anayasa değişikliği (6771 sayılı Kanun) ile değiştirilmiştir. Böylece HSK’nın yeni üyelerinin atanmasından sonra, yüksek mahkemelerin yapısı ve işleyişi tekrar değişmiş ve Yargıtay’a 100 yeni üye ve Danıştay’a 16 yeni üye atanmıştır.
20. Yukarıda belirtilen müdahalelerin her birinde, hükümet söz konusu değişiklikler için birtakım gerekçeler göstermiştir, ancak gerekçelerden hiçbiri altı yıl içinde yüksek mahkemelerin şekli ve işleyişinde dört yapısal reformu meşru kılmamaktadır. Bu reformların her biri ile iktidar partisine yakın olan kişilerin hâkim olarak atanmasını sağlamak için seçilme koşulları da

⁵ Bkz. <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/yargitay-ve-danistayda-daire-sayilarini-attiran-tasari-yasalasti-16982030> (26.11.2018).

⁶ Bkz. <http://www.aljazeera.com.tr/haber/yuksek-yargida-cemaate-fren> (26.11.2018)

⁷ Bkz. https://www.ntv.com.tr/turkiye/yargitay-ve-danistay-uyeleri-yeni-yargi-paketini-protosto-etti.OQGgmDIUVEyiXe-AR39izQ?_ref=infinite (26.11.2018)

⁸ Bkz. <https://www.bloomberght.com/haberler/haber/1899437-cumhurbaskani-erdogan-yargitay-ve-danistay-kanununu-onayladi> (26.11.2018)

⁹ Bkz. <http://www.diken.com.tr/ne-yeni-yargi-ne-de-yargiya-son-darbe/> (26.11.2018)

kolaylaştırılmıştır. HSYK'daki her seçimden sonra, hakimlerin neredeyse yarısı başka bir mahkemeye veya başka bir şehre atanmıştır.

21. Siyasetin yargı üzerindeki etkisi, 15 Temmuz 2016'daki başarısız darbe girişiminin ardından artmıştır. Mevcut hâkimlerin ve savcılarının üçte biri (4250'den fazla), o dönemde HSYK tarafından herhangi bir soruşturma yapılmaksızın ve savunma hakkı verilmeksizin görevden alınmıştır. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri bu durumun “*diğer hâkimler ve savcılar arasında bir korku atmosferi*” yarattığını belirtmiştir.¹⁰ Avrupa Komisyonu ayrıca, “*görevden alınmaların bir bütün olarak yargı üzerinde dondurucu bir etkisi olduğunu ve hâkim ve savcılar arasında yaygın oto sansür riskiyle karşı karşıya olduğunu; yargının bağımsızlığının güvencesi olan yasal garantileri geri getirmek için herhangi bir önlem alınmadığını*” açıklamıştır.¹¹
22. Yargı bağımsızlığını tehlikeye sokan ve uluslararası incelemelere ve eleştirilere neden olan son adım, 16 Nisan 2017'de referandum ile kabul edilen Anayasa değişikliği olmuştur. Değişiklik, denetime tabii olmayan bir başkanlık sistemi kurulmasının yanı sıra, Hâkimler ve Savcılar Kurulunun (HSK-öncesinde “HSYK”) yapısını ve atama sistemini de değiştirilmiştir. Anayasal değişiklikte birlikte Hâkimler ve Savcılar Kurulu üyeleri yeniden atanmıştır. On üç üyeden altısı, direkt olarak Cumhurbaşkanı tarafından, dört olağan üye ise Adalet Bakanı (Kurul Başkanı olarak görev yapmakta olan) ve Adalet Bakanlığı Müsteşarı tarafından atanmaktadır. Kalan yedi üye, Cumhurbaşkanının başkanlık yaptığı ve çoğunluğa sahip olunan Meclis tarafından atanacaktır. Ancak, Kurul üyelerinin hiçbiri hâkim veya savcılar tarafından atanmayacaktır. Son olarak, yeni anayasal düzenlemeler ile birlikte, Cumhurbaşkanının tarafsızlığı son bulmuş, parti ile olan ilişkilerini sürdürebilir hale gelmiştir.
23. Venedik Komisyonu, bu duruma ilişkin olarak “*HSK'nın yapısının ... yargının bağımsızlığını ciddi bir tehlikeye sokacağı kanısındadır. Bu kurum üzerinde kontrol sahibi olmak, özellikle hâkimlerin sıklıkla görevden alındığı ve atanmalarının yerleşik bir uygulama oluşturduğu bir ülkede hâkimler ve savcılar üzerinde kontrol sahibi olmak anlamına gelmektedir*” şeklinde bulgularını paylaşmıştır.¹² Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri de ayrıca yeni düzenlemenin “*yargı bağımsızlığı için yeterli güvenceleri sağlamadığını ve siyasi müdahaleye maruz kalma riskinin oldukça arttığını*”¹³ belirtmiştir. Birleşmiş Milletler Yüksek Komiserliği “*Hakimler ve Savcılar Kurulu üyeleri için benimsenen yeni atama sistemi Yargı Bağımsızlığı gibi basit uluslararası standartlara dahi uymamaktadır. Kurulun hâkim ve savcılarının atamalarının, terfilerinin, ihraçlarının denetlenmesindeki kilit rolü nedeniyle devlet başkanının kontrol gücü tüm yargıyı kapsayacak şekilde genişlemiştir.*” şeklinde bulgularını paylaşmıştır.¹⁴
24. Son yıllarda Türk yargısının nasıl siyasi müdahaleye maruz kaldığını gösteren çok sayıda izleme raporu mevcuttur.¹⁵ Birçoğunun yanında, şunlar sayılabilir: Avrupa Konseyi

¹⁰ Abdullah Zeydan ve Diğerleri/Türkiye, AİHM, B.No. 25453/17, Avrupa Komisyonu İnsan Hakları Komiseri üçüncü taraf müdahalesi, Doc. CommDH(2017)33, 2 Kasım 2017, para. 35

¹¹ Avrupa Komisyonu, Türkiye 2018 Raporu, Doc. No. SWD(2018) 153 son, 17 Nisan 2018, para.23.

¹² Venedik Komisyonu, TBMM tarafından 21 Ocak 2017'de onaylanan ve 16 Nisan 2017'de Referandumla Sunulan Anayasa Değişikliğine İlişkin Görüş, 10- 11 Mart 2017 tarihli genel oturumda hazırlanmıştır, Doc. CDL-AD(2017)005-e, para. 119

¹³ Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, Üçüncü Taraf Görüşü, adı geçen., para. 37

¹⁴ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, Güneydoğu'daki Şubat Aralık 2017 gelişmelerini de içeren Olağanüstü Halin Türkiye'de insan hakları üzerindeki etkisi üzerine rapor, Mart 2018, para. 34.

¹⁵ 2014 ve 2015 Avrupa Komisyonu'nun Türkiye Kalkınma Raporu, Avrupa Parlamentosu Raporu, Dışişleri

Parlamentar Meclis'inin 22 Haziran 2016 tarihli, "Türkiye'deki demokratik kurumların fonksiyonu" başlıklı rapor; Avrupa Komisyonu'nun 2018 Kalkınma Raporu¹⁶, Dünya Adalet Projesi Hukukun Üstünlüğü Endeksi¹⁷ raporlarında Türkiye 113 ülke arasında 101. sıralamada olup, alt kategori olan ceza davalarında hükümet müdahalesi olmayan ülkeler sıralamasında da 1 üzerinden 0.15 ile en düşük puanı almıştır. "Türkiye: Uluslararası Hukukçular Komisyonu'nun (ICJ) iki ayrı raporu, "Tehlikedeki Yargı Sistemi" ve "Askıya Alınmış Adalet: Adalet erişim ve Türkiye'de Olağanüstü Hal"¹⁸; Barış ve Çatışma Araştırmaları Enstitüsü raporunda¹⁹ başarısız darbe girişiminden sonra yargı alanındaki ihraçlar değerlendirilmiştir ve son olarak Yolsuzluğa Karşı Devletler Grubu'nun (GRECO) uyumluluk raporu²⁰.

25. Ayrıca, Anayasa Mahkemesi üyelerinin çoğunluğunun Cumhurbaşkanı tarafından atandığı ve iki üyesinin Anayasa Mahkemesi kararı olmaksızın göz altına alındığı ve tutuklandığı göz önünde bulundurulduğunda Anayasa Mahkemesinin de yürütmeden ve siyasi müdahaleden bağışık olduğu söylenemez. Normalde, Anayasa Mahkemesi üyelerinin suçüstü durumları hariç olmak üzere Mahkemenin izni olmadan yargılanmaları mümkün olmamasına rağmen bu durum gerçekleşmiştir.
26. Yürütmenin yargıya doğrudan müdahale ettiğini gösteren pek çok örnek vardır. Diğer pek çok örneğin yanında, Büyük Ada davası, Deniz Yücel davası, Rahip Bronson davası yargı makamlarının yürütmenin talimat ve açıklamalarını takip ettiği yönündeki izlenime örnek olarak gösterilebilir. Muhalefet partisi lideri, Adalet Bakanlığının cumhuriyet başsavcılıklarına tutuklu bulunan hâkim ve savcılarının HSK bilgilendirilmeden salı verilmemesi yönünde bir genelge gönderdiğini iddia etmiştir.²¹ HSK, 21 gazetecinin salı verilmesinden²² sonra İstanbul 25. Asliye Ceza Mahkemesi hakimlerinin ve savcılarının görevden uzaklaştırılmasına ve 17 avukatın tahliyesinden²³ sonra 37. Asliye Ceza Mahkemesi hakimlerinin nakline ve HDP milletvekili İdris Baluken'in tahliyesinden sonra²⁴ Diyarbakır 8. Asliye Ceza Mahkemesi başkanının sürülmesine doğrudan dahil olmuştur.
27. Sulh ceza hakimliklerinin yargı yetkisi göz önüne alındığında, 2014 yılında 6545 sayılı Kanunla kurulan bu kuruma özel dikkat gösterilmelidir.²⁵ Sulh ceza hakimlikleri önceki ceza

Bakanlığı tarafından düzenlenen Türkiye İnsan Hakları Uygulamasına İlişkin 2014 Yıllık Raporu, İnsan Hakları İzleme Örgütünün Raporu

¹⁶ Avrupa Komisyonu, Türkiye 2018 Raporu, Dosya. No. SWD (2018) 153 final, 17 Nisan 2018, p. 6

¹⁷ Bkz. <http://data.worldjusticeproject.org/#/groups/TUR>

¹⁸ Bkz. <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2018/07/Turkey-Access-to-justice-Publications-Reports-2018-ENG.pdf>

¹⁹ Bkz. <http://www.ipcs.org/article/military-and-defence/post-coup-turkey-implications-for-judicial-independence-5103.html>

²⁰ GRECO, Uyumluluk Raporu: Türkiye'de Parlamento üyeleri, Hakimler ve Savcılar açısından Yolsuzluğun Önlenmesi, 15 Mart 2018, (GrecoRC4(2017)16 buradan ulaşabilirsiniz: <https://rm.coe.int/fourthevaluation-round-corruption-prevention-in-respect-of-members-of-1680792de8> (erişim tarihi: 26 Kasım 2018).

²¹ Bkz. <https://www.ntv.com.tr/turkiye/adalet-bakani-gulden-kilicdaroglunayani.Q3UWyuR3mkaGPfat3JNRVQ> (erişim tarihi: 26 Kasım 2018)

²² Gazetecilerin davasına ilişkin üçüncü taraf görüşü, para. 39.

²³ "Türkiye'nin konuştuğu kararı veren hakimler sürüldü mü", 20 Eylül 2018, <https://odatv.com/turkiyenin-konustugu-karari-veren-hakimler-suruldu-mu-20091802.html> adresinden ulaşılabilir.

²⁴ "HDP'li İdris Baluken'i tahliye eden Mahkeme Başkanı, düz hakim yapıldı", 6 Nisan 2017, http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/turkiye/714883/HDP_li_idris_Baluken_i_tahliye_eden_Mahkeme_Baskani_duz_hakim_yapildi.html adresinden ulaşılabilir.

²⁵ Venedik Komisyonu, Türkiye, Sulh Ceza Hakimliklerinin Görev Yetki ve İşleyişleri Hakkındaki Görüş, Venedik Komisyonu tarafından 110. Genel Kurul toplantısında kabul edilmiştir, 10-11 Mart, 2017, para.16

mahkemelerin imtiyazlarına sahip olmadan onların yerine getirilmiştir. Mevcut durumda, soruşturmaların denetlenmesi, arama emri, göz altı ve tutukluluk kararları gibi koruma tedbirlerini alma yetkileri sulh ceza hakimliklerinin yetki alanı içerisindedir.²⁶ Ayrıca savcılar tarafından verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararlarını denetleme yetkisine de sahiptirler. Sulh ceza hakimliklerinin yetkileri, URL erişim engellemesi ve İnternet web sitelerinin kapatılması²⁷, 667 sayılı Kanun Hükmünde Kararname²⁸ uyarınca bir avukatın savunma hakkının kaldırılması ve trafik cezalarının esası hakkında karar verme şeklinde genişletilmiştir.

28. Bu hakimliklerin kararlarına karşı tek itiraz yolu aynı bölge içindeki bir başka sulh ceza hakimliğine başvurmaktır. Bu ceza yargılamalarında bir kapalı devre sistemi yaratmakta ve yargılama öncesi tüm süreci kontrol etmeyi kolaylaştırmaktadır. Bu yargıçlar diğer yargıçlar gibi HSK tarafından atanırlar. HSK'nın bağımsızlığı ile ilgili sorunlar göz önüne alındığında, sulh ceza hakimlerinin bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusunda endişe verici işaretler bulunmaktadır. Venedik Komisyonu "*sulh ceza hakimlikleri kararlarına karşı yatay itiraz sistemi itirazların tarafsız ve anlamlı bir şekilde incelenmesi için yeterli olanak sunamamaktadır.*"²⁹ gözleminde bulunmuştur. Venedik Komisyonu ayrıca, bu yargıçların seçiminde siyasi bir "tarama" sürecinin uygulandığı ve bunun seçim yönteminin tarafsızlığı konusunda kuşku uyandırdığı ve sonuç olarak tarafsızlıklarını sorgulamaya çağırdığını belirtmiştir.

Terörle Mücadele Kanunu'nun Geniş ve Muğlak Yorumlanması

29. Terörle Mücadele Kanunu'nun, muhalif sesleri susturmak ve sivil toplum kuruluşlarına baskı uygulamak için kullanıldığı; ifade, toplanma ve örgütlenme özgürlüğü konusunda endişe verici bir sorun olduğu da dikkate alınmalıdır. Gazeteciler, sivil toplum aktivistleri, insan hakları savunucuları ve muhalif politikacılar genellikle bir terör örgütünün üyesi olma veya bir terör örgütüne yardım etme, hatta hükümeti cebren devirmeye teşebbüs suçları ile suçlanmakta; meşru faaliyetleri veya görüşleri nedeniyle tutuklanma ve gözaltına alınmaktadır.
30. AİHM'in içtihatlarına göre, gazetecilerin ifade özgürlüğüne yönelik müdahalelerde hapis cezası; nefret söylemi ya da şiddete teşvik etmek gibi temel haklara ciddi saldırılar olduğu istisnai durumlarda uygulanabilir (Cumpana ve Mazare / Romanya, no. 33348/96, 17.12.2004, paragraf 115). İç hukuka göre, terörizmle ilgili ifadelerin suç olarak kabul edilmesi için şiddet unsuru içeriyor olması zorunludur. Ancak, hükümet politikalarına veya kolluk güçlerinin operasyonlarına karşı her türlü eleştiri, şüphelinin şiddete başvurduğu veya şiddete teşvik ettiğine dair hiçbir kanıt sağlamaksızın terörist propaganda, hatta terör örgütüne üyelik olarak yorumlanmaktadır. Yargı makamları, hükümete yönelik meşru eleştirel içerikler ile terör örgütünün amaçlarına hizmet ettiği iddia edilen içerikler arasında ayırım yapmamaktadır. Çoğu durumda, terör örgütünün seçilmiş hükümeti devirme iddiası ile şüphelilerin hükümeti eleştirmesi arasında bir ilişki kurulmakta ve şüpheliler terörle ilgili suçlarla itham edilmektedir. Bu yaklaşım, hükümete yönelik eleştirileri terörist faaliyet olarak tanımlamakta ve demokratik, eleştirel muhalif seslere yer bırakmamaktadır.

²⁶ A.g.e, para.17.

²⁷ A.g.e. para 19.

²⁸ A.g.e. para 21.

²⁹ A.g.e. para 86.

31. Yakın tarihte AİHM, *Işıkırık/Türkiye, Bakır ve Diğerleri/Türkiye ve İmret/Türkiye* davalarında Türk Ceza Kanunu'nun 220/6 ve 220/7. maddelerinin uygulanmasını öngörülemez bulmuş ve Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.
32. İnsan Hakları Komiseri, bu başvuruyu “yargısal taciz” olarak tanımlamış ve son zamanlarda, özellikle de başarısız darbe girişiminden sonra Türkiye'deki farklı grup ve sektörlerle karşı yargı taciz uygulandığını belirtmiştir.³⁰
33. Venedik Komisyonu, Yargıtay'ın yerleşik içtihadı olan bir terör örgütü ile olan ilişkinin belirlenmesinde aranan “süreklilik, çeşitlilik ve yoğunluk”, örgütle “organik ilişki” ve örgütün “hiyerarşik yapısı” içinde bilerek ve isteyerek hareket etme kriterlerini katı bir şekilde uygulanmasını tavsiye etmiştir. Bu kriterlerin gevşek uygulanması, özellikle AİHS'nin 7. maddesi kapsamında yasallık ilkesine ilişkin sorunlara neden olmaktadır. İkinci olarak da bir görüşün her ne şekilde olursa olsun ifade edilmesi, kişilerin yerel mahkemeler önünde silahlı bir örgüte üye olduğuna dair kanıt teşkil etmemelidir.³¹
34. Mevcut davada, başvuran aleyhindeki iddialar Gezi Protestolarını organize etme rolünü de içermektedir. İFÖD, Gezi Protestolarının İstanbul'un merkezindeki bir kamu parkının yıkılmasına karşı toplumsal bir çevre duyarlılığı tepkisi olduğunu Mahkeme'nin dikkatine sunar. Genç çevreciler, Belediye tarafından parkın yıkılmasını önlemek için parkı işgal etti ve polis onların çadırlarına müdahale edip yakana kadar gösteriler barışçıldı. Ardından polis müdahalelerin zalimliğine tepki olarak gösteriler ülke çapına kendiliğinden yayıldı. Sonrasında, eski Başbakan bu protestoları hükümete karşı bir darbe olarak tanımladı.
35. Gezi Protestolarından dört yıl sonra, başvuran protestoları organize ve finanse etmekten gözaltına alındı ve tutuklandı. Cumhurbaşkanı'nın genel olarak Gezi Protestolarını ve özellikle başvurunu, protestoları organize ve finanse etmekle suçladığı çok sayıda konuşması vardır. Başvuranın tutuklanmasından bu yana bir yıldan fazla bir süre geçmesine rağmen, henüz bir iddianame hazırlanmamıştır ve başvuru tam olarak ne ile suçlandığını öğrenmesine ilişkin başvurusu hala açıklığa kavuşturulmamıştır. Ancak, hükümet yanlısı medya yayınlarından, başvuranın esas olarak Gezi protestolarını organize ve finanse etmekle suçlandığı anlaşılmaktadır. Diğer birçok örnekte olduğu gibi, Cumhurbaşkanı'nın kişileri hedef alan ısrarlı konuşmaları, mevcut davadaki süreç üzerindeki en önemli etkenlerden biridir. Sulh ceza hakimleri tarafından tutukluluğun devamına yönelik kararlar ile başvuru tutukluluğunun uzatılması bu bağlamda değerlendirilmelidir.

Sonuç

36. Yukarıda belirtildiği gibi, İFÖD, Sözleşme'nin 5, 10, 11 ve 18. maddelerinde güvence altına alınan haklara ilişkin davalarda uygulanacak yasal ilkelere genel bir bakış sunmaktadır. Bu ilkelerin doğru uygulanması; ifade, toplanma ve örgütlenme özgürlüğü gibi demokratik bir toplumun temel bileşenlerinin tehdit altında olduğu dönemlerde kritik öneme sahiptir. Mevcut dava gibi davalar, Mahkeme'nin sivil toplum aktivistleri, gazeteciler ve hükümeti açık bir şekilde eleştirilenlere karşı siyasi nitelikli, gereksiz ve Sözleşme ile ortaya konulmuş yükümlülüklerle aykırı kararların en katı şekilde denetlenebileceği önemli bir fırsat sunmaktadır.
37. Bu tür uygulamaların AİHM tarafından incelenmesi zaman alsa da bu gelişmeler AİHM tarafından göz ardı edilemeyecek bir düzeye ulaşmıştır. AİHM, Türkiye'de ve diğer ülkelerde

³⁰ Türkiye'de İfade ve Medya Özgürlüğü Hakkında Memorandum, CommDH (2017) 5, 15.2.2017.

³¹ Venedik Komisyonu, Türk Ceza Kanunu'nun 216, 299, 301 ve 314. Maddeleri Üzerine Görüş, Venedik Komisyonu tarafından 106. Genel Kurul'da kabul edilmiştir (Venedik, 11-12 Mart 2016), para. 106-107.



muhlifleri susturmak için tutuklama tedbirinin sistematik ve yaygın bir araç olarak kullanılmasına karşı bir önlem olarak, 22 Mayıs 2017 tarihinden itibaren geçerli olacak şekilde öncelik politikalarında, bu tür davaların görülmesini hızlandırmaya yönelik değişiklikler kabul etmiştir.³² Böylece, AİHM daha önce başvuruçuların yaşamı veya sağlığı için riskli başvuruları içeren 'acil' başvurular kategorisini bu yeni başvuruları içerecek şekilde genişletmiştir.

38. Acil başvurular kategorisi artık Sözleşme’de öngörülen hakların doğrudan ihlali anlamına gelen başvuruçuların özgürlüğünden yoksun bırakıldığı durumları içermektedir. İFÖD, Osman Kavala başvurusunun bu kategoriye girdiğine ve başvuruçunun süratli bir şekilde gözetim altına alınması, birbirini tekrar eden kararlarla tutukluluk halinin devam ettirilmesi ve bununla bağlantılı olarak iddianamenin hazırlanmasına ilişkin gecikmelerin siyasi olduğuna ve bu durumda Sözleşme’nin 18. maddesinin 5, 10 ve 11. maddeler ile birlikte ele alınması gerektiği kanaatinde.

03.12.2018

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. Yeni Dernek, herkesin düşünce ve ifade özgürlüğünden ve bilgi ve bilgiye erişim ve bilgi yayma hakkında yararlandığı bir toplum öngörmektedir.

³² Bkz. http://www.echr.coe.int/Documents/Priority_policy_ENG.pdf