



Venedik, 14 Ekim 2016

858 / 2016 Sayılı Görüş

CDL-AD(2016)027

Orijinal: İngilizce

AVRUPA HUKUK YOLUYLA DEMOKRASİ KOMİSYONU

(VENEDİK KOMİSYONU)

TÜRKİYE

**ANAYASA'NIN 83. MADDESİNİN İKİNCİ FIKRASININ ASKIYA ALINMASI HAKKINDA
GÖRÜŞ**

(YASAMA DOKUNULMAZLIĞI)

Venedik Komisyonu tarafından 108. Genel Oturumunda kabul edilmiştir

(Venedik, 14-15 Ekim 2016)

Görüş bildiren üyeler:

Bay Michael Frenco (Üye, Malta)☞

Bay Dan Meridor (Üye, İsrail)☞

Bayan Jasna Omejec (Üye, Hırvatistan)☞

Bay Jean-Claude Scholsem (Yedek Üye, Belçika)

Bay Kaarlo Tuori (Üye, Finlandiya)

İHOP'un notu: Bu görüşün gayri resmi çevirisi İnsan Hakları Ortak Platformu için Ayşegül Bahcivan tarafından yapılmıştır.

İçindekiler

I. Giriş.....	3
II. Genel	3
III. Yasama Dokunulmazlığının Kapsamı ve Kaldırılması ile ilgili Rapor	4
IV. Türkiye’de yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına yönelik standart prosedür6	
A. Anayasal dayanak.....	6
B. Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğünde yer alan usul ve güvenceler	7
V. 12 Nisan 2016 tarihli Anayasa Değişikliği	8
VI. 3 Haziran 2016 Tarih ve 2016/117 Sayılı anayasa Mahkemesi Kararı	9
VII. Analiz	11
A. Türkiye’de mevcut durumda dokunulmazlık ve ifade özgürlüğü	11
B. Yargının işleyişi.....	13
C. Orantılılık.....	14
D. Dokunulmazlıkların geçici bir Anayasa değişikliğiyle kaldırılmasının doğan geçici niteliği	15
E. Kişisel kapsam – Şahsa yönelik mevzuat	16
F. Eşitlik.....	16
VIII. Sonuçlar☐	17

I. Giriş

1. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin 'Milletvekili dokunulmazlığı: Parlamenterler Meclisi üyelerine tanınan ayrıcalık ve dokunulmazlıkların kapsamı ile ilgili karşılaşılan zorluklar' başlıklı 2127 (2016)1 Sayılı Kararına dayanarak¹, Meclisi Başkanı Sayın Pedro Agramunt, 1 Temmuz 2016 tarihli yazısıyla, Türkiye Büyük Millet Meclisi (bundan böyle Meclis veya Parlamento) üyelerinin dokunulmazlığını güvence altına alan Anayasa'nın 83. Maddesinin geçici bir hükümlerle askıya alınması ile ilgili Venedik Komisyonu'nun görüşünü talep etmiştir.

2. Komisyon, bu görüşün hazırlanmasında raportör olarak Sayın Michael Frenco, Sayın Dan Meridor, Sayın Jasna Omejec, Sayın Jean- Claude Scholsem ve Sayın Kaarlo Tuori'yi davet etmiştir.

3. Sayın Meridor ve Sayın Omejec'ten oluşan ve Sayın Markert ve Sayın Dürr'ün eşlik ettiği Venedik Komisyonu heyeti 19 Eylül 2016 tarihinde Ankara'yı ziyaret etmiş ve sırasıyla Adalet Bakanlığı, Anayasa Mahkemesi ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde temsil edilen dört siyasi partiyle görüşmüştür. Venedik Komisyonu, bu ziyaretin düzenlenmesinden dolayı Adalet Bakanlığı'na şükranlarını sunar.

4. Raportörler, Türk makamları tarafından kendilerine verilen Anayasa değişikliği hükmünün İngilizce çevirisine ve Ankara ziyaretinden çıkan sonuçlara dayanarak yorumlarını hazırlamışlardır. Çeviri, her hususta orijinal metni doğru bir şekilde yansıtmayabilir. Dolayısıyla burada ele alınan bazı sorunların kaynağı, ilgili hükümden ziyade çeviri metin olabilir.

5. T.C. Adalet Bakanlığı Müsteşar Yardımcısı Sayın Mustafa Erol ile yapılan görüş alışverişini takiben işbu görüş Venedik Komisyonu'nun 108. Genel oturumunda kabul edilmiştir (Venedik, 14-15 Ekim 2016).

II. Genel

6. Bu görüş, 15 Temmuz 2016 tarihindeki darbe girişimi sonrasında kabul edilen ilk görüştür. Venedik Komisyonu bu darbeyi şiddetli kınar² ve hayatını kaybeden çok sayıda insanın ailelerine taziyelerini sunar. Demokratik kurumları askeri güçle kaldırmak Avrupa Konseyi'nin demokrasi, insan hakları ve hukukun üstünlüğü değerlerinin mutlak bir şekilde inkarıdır.

7. Bu görüş, yasama dokunulmazlığı ilkesinin, değişikliğin kabul edildiği tarihte dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin dosyaları bulunan milletvekilleri hakkında bu dosyalar bakımından uygulanamayacağını öngören 12 Nisan 2016 tarihli Anayasa Değişikliği ile ilgilidir (bundan böyle 'Değişiklik'). Aşağıda yer alan V. Bölümde daha fazla ayrıntı verilmiştir. Değişiklik darbeden önce

¹<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=22971&lang=en>.

²Venedik Komisyonu Başkanı 18 Temmuz 2016 tarihinde yaptığı açıklamada darbeyi şiddetle kınamıştır. <http://www.venice.coe.int/webforms/events/?id=2266>.

kabul edilmiş olmakla birlikte, Türkiye’de darbe sonrası durum da bu görüşle bağıntılıdır.

8. 20 Temmuz 2016 tarihinde Türkiye Hükümeti, Anayasa’nın 120. Maddesi ile 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu’na (Madde 3/1b) dayanarak üç ay süreyle Olağanüstü Hal ilan etmiştir. Karar 21 Temmuz 2016 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanmış ve Meclis tarafından onaylanmıştır. Böylece 21 Temmuz 2016 tarihi itibarıyla Olağanüstü Hal yürürlüğe girmiştir.

9. Avrupa Konseyi Genel Sekreteri 21 Temmuz 2016 tarihinde Türkiye Daimi Temsilcisinden İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına Dair Sözleşmeden (bundan böyle ‘Sözleşme’) doğan yükümlülükler Sözleşmenin 15. Maddesi uyarınca derogasyon uygulanacağına dair beyan içeren aynı tarihli bir yazı almıştır.

III. Yasama Dokunulmazlığının Kapsamı ve Kaldırılması ile ilgili Rapor

10. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Kart – Türkiye kararında³ şu ifadeler yer vermiştir: “Mahkeme, dokunulmazlığın bu bakımdan Milletvekili yararına kişisel bir ayrıcalık olmadığını, daha ziyade vekilin statüsüyle bağlantılı bir ayrıcalık olduğunu ve bu nedenle de imtiyaz sahibi tarafından feragat yoluyla kaldırılmayacağını yineler”. Yasama Dokunulmazlığının Kapsamı ve Kaldırılmasına ilişkin Raporunda, (CDL-AD(2014)011, bundan böyle ‘Rapor’) Venedik Komisyonu, yasama dokunulmazlığının Milletvekilleri için kişisel bir imtiyaz olmadığını ancak kurum olarak parlamentoyu koruduğunu ifade eder. Raporun 35. Paragrafındaki açıklamaya göre “yasama dokunulmazlığı ile ilgili kuralların varlığı her şeyden önce temsili demokrasi ilkesini koruma ihtiyacına dayanmaktadır. Bu türden bir dokunulmazlık, halkın seçilmiş temsilcilerinin, yürütmeden, mahkemelerden ve siyasi muhaliflerden gelebilecek taciz veya gereksiz müdahalelerden korkmaksızın demokratik işlevlerini fiilen yerine getirebilmelerini sağlamak için uygun ve gerekli olduğu ölçüde haklı gösterilebilir. Bu durum meclisteki muhalefet ve siyasi azınlıklar bakımından özellikle önemlidir.”

11. Venedik Komisyonu, raporunda Milletvekilinin yasama sorumsuzluğu ile dokunulmazlığı arasında ayırım yapar.⁴ ‘Sorumsuzluk’ “milletvekilliği görevinin icrası ile ilişkili olarak kullanılan oylar, bildirilen görüşler ve söylenen sözlere karşı her türlü adli işlem karşısındaki dokunulmazlık, diğer bir deyişle, sıradan vatandaşların sahip olduğundan daha geniş bir ifade özgürlüğü anlamına gelir”. Öte yandan ‘dokunulmazlık’ kanunu ihlal etmekle itham edilen milletvekillerinin, üyesi buldukları meclisin rızası olmadantutuklanamayacakları, gözaltına alınamayacakları ve yargılanamayacakları anlamına gelir. Her durumda, dokunulmazlık geçicidir ve Milletvekilinin görevi sona erdikten sonra adli süreç başlatılabilir.

12. Sorumsuzluğun tam kapsamı ülkeden ülkeye farklılık gösterir. Raporun 64. Paragrafına göre:

³AIHM, Kart – Türkiye davası, Başvuru no. 8917/05, par. 97.

⁴Diğer ilgili çalışmalar: ‘Milletvekili dokunulmazlığı: Parlamenterler Meclisi üyelerine tanınan ayrıcalık ve dokunulmazlıkların kapsamı ile ilgili karşılaşılan zorluklar’ başlıklı 2127 (2016)1 Sayılı Kararı (<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=22971&lang=en>), AB Parlamentosu araştırması: “Non-labile? Inviolable? Untouchable?” (www.agora-parl.org/sites/default/files/parliamentary_immunities_final_web.pdf) veParlamentolararasıBirliğinDünyaÇapındayürüttüğüMeclisYetkileriBaşlıklıÇalışma;(Inter-Parliamentary Union Study on the Parliamentary Mandate throughout the World of 2000) (www.ipu.org/english/pressdoc/gen94.htm).

“genel bir kural olarak sorumsuzluk sadece yasama görevinin icrası sırasında ifade edilen görüş ve açıklamalar için geçerli olmakla birlikte bu sınırlamanın kapsamı değişkenlik gösterir. Pek çok ülkede, ihtilafli ifadelerin kullanıldığı mekanın bir önemi yoktur, ifadenin yasama faaliyeti bağlamında gerçekleşmesi yeterlidir. Dolayısıyla, özel ifade özgürlüğü imtiyazı mekanla sınırlı değildir ve gerek mecliste gerekse meclis dışında, medyada veya kamuya açık miting ve tartışmalar dahil, milletvekilinin yasama göreviyle bir şekilde ilişkili her türlü sözü için geçerlidir. Bunun aksine başka ülkelerde, fikirlerin, komisyonlar dahil, Mecliste ifade edilmesi gerekir.”

13. Sorumsuzluk, Milletvekillerinin fikir ve konuşma özgürlüğünün güvence altına alınmasına odaklanır ve böylece meclis tartışmalarının özgürce yapılmasını kolaylaştırır.⁵ Çoğu anayasada sorumsuzlukla ilgili hükümlere yer verilmiştir. Venedik Komisyonu, ulusal anayasalarda ve uluslararası insan hakları belgelerinde ifade özgürlüğü ile ilgili genel hükümlerin yer almasına rağmen, “milletvekili sorumsuzluğu ile ilgili ulusal kuralların anayasa hukukunun meşru öğeleri olduğunu ve bunun demokratik yollarla seçilmiş temsili bir mecliste siyasi tartışma yürütme özgürlüğüne duyulan özel ihtiyacın etkili bir şekilde karşılanması gerekçesine dayandığını” ve “günümüzde korumanın esas kapsamının çoğunlukla AİHS’in 10. Maddesinde yer almasına rağmen, milletvekili sorumsuzluğu ile ilgili ulusal kurallara hala ihtiyaç olduğunu” ileri sürmüştür.⁶

14. Raporda yer alan karşılaştırmalı anayasa analizi,⁷ yasama dokunulmazlığının yasama sorumsuzluğuna kıyasla daha az yaygın olduğunu göstermektedir. Köklü demokrasilerde yürütme erkinden -savcılar dahil- gelebilecek olası tacizler eski önemini kısmen kaybetmiş olup dokunulmazlığın kaçınılmaz olarak beraberinde getirdiği eşitlik ilkesinden muaf tutulma haline gerekçe olarak görülmemektedir. Her durumda dokunulmazlık geçidir ve Milletvekilinin görevi sona erdikten sonra adli süreç devam edebilir.

15. Raporda işaret edildiği üzere (par. 152), “yasama dokunulmazlığı ile ilgili kuralların konmasının temel tarihsel gerekçesi, bir kurum olarak parlamentonun çalışmalarını, yürütme erkini bir parçası olan savcı dahil, yürütmeden (Kral) gelebilecek gereksiz baskıya karşı korumaktır. Bu gerekçe aynı zamanda, genellikle azınlıkta olan, parlamentodaki muhalefetin, iktidardaki çoğunluktan gelebilecek gereksiz baskılara karşı korunmasını da kapsamaktadır. Ayrıca, milletvekillerinin başka siyasi partilerden gelebilecek, örneğin, siyasi muhaliflerden gelebilecek asılsız suç iddiaları şeklindeki tacizlere karşı korur.” Bu temelde, “Venedik Komisyonu, çoğu modern Avrupa demokrasisinde dokunulmazlığa ilişkin bu gerekçelerin sorunlardan arı olmadığını belirtmiştir.”

16. Venedik Komisyonu şu halde, yargıya ve savcılık hizmetlerine güven duyulan köklü demokrasilerde yasama dokunulmazlığına duyulan ihtiyaç konusunda ikna olmamış olsa dahi, bazı ülkelerde bu korumaya ihtiyaç duyulduğunu kabul etmektedir: “bazı ülkelerde, hukuk sisteminin kötüye kullanılmasına karşı yasama dokunulmazlığına ilişkin kuralların sağladığı korumaya halen esaslı bir ihtiyaç duyulabilir. Gerçek demokrasiye geçiş sürecinde olan bazı ülkelerde veya demokrasinin hala nispeten yeni ve kırılabilir olduğu ülkelerde, milletvekilleri dahil olmak üzere siyasi muhalifleri itibarsızlaştırmak, cezalandırmak veya yok etmek için polis veya savcılık yetkilerinin kullanıldığı olaylara ilişkin deneyimler vardır. Ayrıca, yargı erkini bağımsız

⁵CDL-AD(2014)011, par. 12.

⁶CDL-AD(2014)011, par. 89.

⁷CDL-AD(2014)011, par. 14.

davranacağı ve yürütmeden uygunsuz şekilde etkilenmeyeceğine her devlette güven duyulmayabilmektedir. Bazı ülkelerde, muhalefet başta olmak üzere milletvekilleri, asılsız hukuki iddialar şeklinde yöneltilen siyasi tacizler karşısında sıradan vatandaşların olmadığı bir şekilde savunmasız kalabilmektedir.” (par. 154).

17. Bu nedenlerle, Haziran 2015’te kabul edilen Ukrayna Milletvekili ve Hakimlerin Dokunulmazlığı hakkındaki anayasa değişikliği taslağı üzerine sunduğu Görüş’te, Venedik Komisyonu, ülkede dokunulmazlığın korunması yolunda tavsiyede bulunmuştur.⁸

IV. Türkiye’de yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına yönelik standart prosedür

A. Anayasal dayanak

18. Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 83. Maddesi Türkiye Büyük Meclisi üyeleri için, Raporda tanımlandığı şekliyle her iki dokunulmazlık türünü de içermektedir: milletvekili sorumsuzluğu ve yasama dokunulmazlığı.

19. Milletvekilleri Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden sorumlu tutulamazlar. Buna göre, Meclis Üyeleri (veya vekiller) Meclis’te ifade ettikleri görüşlerle ilgili tam bir sorumsuzluktan yararlınsalar dahi, Meclisin karar vermesi halinde, aynı görüşleri Meclis dışında ifade ettikleri veya tekrarladıkları için yargılanabilirler (geriye dönük olarak). Bu nedenle, Türkiye sorumsuzluğun kapsamının oldukça sınırlı tutulduğu ülkeler grubunda yer almaktadır.

20. Anayasa değişikliği kabul edilmeden önce, bahsi geçen sınırlı kapsamlı sorumsuzluk o kadar önemli değildi zira TC anayasası sorumsuzluğun yanı sıra yasama dokunulmazlığını da getirmektedir. TC Anayasası’nın 83. Maddesinin 2. Paragrafına göre, Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Bu hüküm Meclis üyelerinin yasama dokunulmazlığı ilkesine iki istisna getirir: 1) Milletvekilinin suçüstü hali; 2) seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14. Maddesi kapsamında yer alan suçlar. Değişiklikle birlikte 83. Maddenin ikinci paragrafı geçici olarak askıya alınmıştır.

21. Anayasa’nın 83/3. Maddesine göre⁹, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyesi hakkında, seçiminden

⁸CDL-AD(2015)013, par. 31.

⁹**Yasama dokunulmazlığı**

MADDE 83. – Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, Meclis çalışmalarındaki oy ve sözlerinden, Mecliste ileri sürdükleri düşüncelerden, o oturumdaki Başkanlık Divanının teklifi üzerine Meclisce başka bir karar alınmadıkça bunları Meclis dışında tekrarlamak ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamazlar.

Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ve seçimden önce soruşturmasına başlanılmış olmak kaydıyla Anayasanın 14 üncü maddesindeki durumlar bu hükmün dışındadır. Ancak, bu halde yetkili makam, durumu hemen ve doğrudan doğruya Türkiye Büyük Millet Meclisine bildirmek zorundadır.

Türkiye Büyük Millet Meclisi üyesi hakkında, seçiminden önce veya sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesi, üyelik sıfatının sona ermesine bırakılır; üyelik süresince zamanaşımı işlemez.

Tekrar seçilen milletvekili hakkında soruşturma ve kovuşturma, Meclisin yeniden dokunulmazlığını kaldırmasına bağlıdır.

Türkiye Büyük Millet Meclisindeki siyasî parti gruplarınca, yasama dokunulmazlığı ile ilgili görüşme yapılamaz ve karar alınmaz.

önce veya sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesi, üyelik sıfatının sona ermesine bırakılır. Anayasanın 76. Maddesi Milletvekili seçilme yeterliliğini düzenler: “kamu hizmetinden yasaklılar, taksirli suçlar hariç toplam bir yıl veya daha fazla hapis ile ağır hapis cezasına hüküm giymiş olanlar; zimmet, ihtilâs, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlarla, kaçakçılık, resmî ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma, terör eylemlerine katılma ve bu gibi eylemleri tahrik ve teşvik suçlarından biriyle hüküm giymiş olanlar, affa uğramış olsalar bile milletvekili seçilemezler.”

22. TBMM İçtüzüğü'nün 135. Maddesine göre (bundan böyle İçtüzük)¹⁰ göre, Anayasanın 76. Maddesinde belirtilen bir suçtan dolayı hüküm giyen milletvekilinin üyeliği düşer. Böyle bir durumda üyeliğin düşmesi için TBMM'nin oylama yapmasına gerek görülmediği anlaşılmaktadır; zira, İçtüzüğü'nün 136. Maddesine göre milletvekili hakkındaki kesinleşmiş mahkeme kararının Genel Kurulun bilgisine sunulmasıyla üyelik sıfatı sona ermektedir.

23. Anayasanın 85. Maddesine göre¹¹ ilgili milletvekili (veya bir diğer milletvekili), kararın iptali için kararın alındığı tarihten başlayarak yedi gün içerisinde Anayasa Mahkemesine başvurabilmektedir. Anayasa Mahkemesi kararın, Anayasaya, kanuna veya İçtüzüğe aykırı olduğu gerekçesiyle Meclis kararını iptal edebilir.

24. Bu hükümler, Türkiye'nin yasama dokunulmazlığının Anayasayla güvence altına alındığı ülkelerden biri olduğunu göstermektedir. Anayasa değişikliğiyle bu hükümler kaldırılmadığı için, Türkiye'deki kurucu iktidarın buradaki belirgin teminatın, ülkesindeki demokrasinin ve yargının bağımsızlığına ve tarafsızlığına duyulan güvenin derecesini dikkate alarak, ülkede hala geçerli ve gerekli olduğu varsayımından yola çıktığı sonucuna varılabilir.

B. Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nde yer alan usul ve güvenceler

25. Yasama dokunulmazlığının kaldırılması için izlenmesi gereken usul Anayasanın 83 ve 85. Maddelerine dayanmaktadır. İçtüzükte ayrıntılı kurallara yer verilmiştir.

26. Bir milletvekilinin suç işlediği iddia edildiğinde, savcı ve mahkemeler dokunulmazlığının kaldırılması talebinde bulunabilmektedir. Bu talep Adalet Bakanlığı tarafından, Meclis Başkanlığına sunulmak üzere Başbakanlığa iletilir.

27. Meclis Başkanlığı bu talebi, Anayasa ve Adalet komisyonları üyelerinden kurulu Karma Komisyona havale eder. Karma Komisyona Anayasa Komisyonu Başkanı başkanlık eder. Anayasa Komisyonun başkanvekili, sözcüsü ve katibi aynı görevleri Karma Komisyonda sürdürürler. (İçtüzük 131. Madde). Karma Komisyon başkanı, dokunulmazlık dosyalarını incelemek üzere ad çekme suretiyle beş üyeli bir hazırlık komisyonu teşkil eder.

¹⁰https://global.tbmm.gov.tr/docs/rules_of_procedure_en.pdf.

¹¹**İptal istemi**

MADDE 85. –Yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına veya milletvekilliğinin düşmesine 84 üncü maddenin birinci, üçüncü veya dördüncü fıkralarına göre karar verilmiş olması hallerinde, Meclis Genel Kurulu kararının alındığı tarihten başlayarak yedi gün içerisinde ilgili milletvekili veya bir diğer milletvekili, kararın, Anayasaya, kanuna veya İçtüzüğe aykırılığı iddiasıyla iptali için Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Anayasa Mahkemesi, iptal istemini onbeş gün içerisinde kesin karara bağlar.

28. Beş kişiden oluşan Hazırlık komisyonu, göreve başlamasından itibaren en geç bir ay içinde Karma Komisyona bir rapor sunar. Komisyon ilgili milletvekilini dinleyebilir ancak tanık dinleyemez (İçtüzük 132. Madde).

29. Karma Komisyon, Hazırlık Komisyonu tarafından hazırlanan raporu görüşür ve bir ayda sonuçlandırır. Karma Komisyon dokunulmazlığın kaldırılmasına veya kovuşturmanın milletvekilliği veya bakanlık sıfatının sona ermesine kadar ertelenmesine karar verir (İçtüzük 133. Madde).

30. Karma Komisyon raporu, kovuşturmanın ertelenmesi şeklinde ise Genel Kurulda okunur. On gün zarfında bu rapora yazılı olarak itiraz edilmezse kesinleşir (asgari itiraz sayısı belirtilmemiştir) (İçtüzük 133/3. Madde. Rapor, dokunulmazlığın kaldırılması şeklinde ise veya itiraz edilmişse Genel Kurulda görüşülür ve oylanır.

31. Dokunulmazlığının kaldırılması istenen milletvekili isterse hazırlık komisyonunda, Karma Komisyonda ve Genel Kurulda kendini sözlü olarak savunabilir veya bir üyeye savundurabilir. Genel Kuruldan önceki son söz savunmanıdır (ilgili milletvekili).

V. 12 Nisan 2016 tarihli Anayasa Değişikliği

32. 12 Nisan 2016 tarihinde Millet Meclisi, Anayasa'ya geçici 20. Maddeyi ekleyen bir anayasa değişikliğini kabul etmiştir. Geçici 20. Madde şöyledir: *"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 Meclisi 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."

33. Anayasa'nın geçici 20. Maddesi 20 Mayıs 2016 tarihinde yürürlüğe girmiş ve 15 gün içinde tamamen "tüketilmiştir"; 4 Haziran 2016 tarihinde bekleyen bütün dosyalar 'gereğinin yapılması' amacıyla ilgili yetkili mercide iade edilmiştir.

34. Buna göre, Değişikliğin yayınlandığı tarihe kadar Millet Meclisine dokunulmazlığın kaldırılması için havale edilen bütün talepler bakımından dokunulmazlıklar kaldırılmıştır. Buna karşın, bu tarihten sonra gelen dosyalar Anayasanın 83. Ve 85. Maddesinde düzenlenen usule ve TBMM İçtüzüğüne göre işlem görmüştür.

35. Venedik Komisyonu heyetine, Değişikliğin 139 milletvekili hakkında yaklaşık 800¹² suç dosyası

¹²Anayasa Değişikliğinin giriş bölümünde kabul tarihinde 562 dosyanın beklediği ifade edilmektedir. Değişikliğin yürürlüğe girdiği tarihteki dosya sayısı çok daha yüksek görünmektedir ancak Komisyon heyeti nihai dosya sayısı ile ilgili bilgi alamamıştır.

ile ilgili olduğu bildirilmiştir:

- ☐ Adalet ve Kalkınma Partisinden (AKP) 317 milletvekilinden 27'si – çoğunluk
 - ☐ Cumhuriyet Halk Partisinden (CHP) 133 milletvekilinden 51'i – muhalefet
 - ☐ Halkların Demokratik Partisinden (HDP)59 milletvekilinden 51'i – muhalefet
 - ☐ Milliyetçi Hareket Partisinden (MHP) 40 milletvekilinden 9'u – muhalefet 9
- ☐ 1 bağımsız milletvekilinden 1'i. Heyetin muhataplarından bazıları, biraz daha farklı rakamlar vermişlerdir ancak bunlar genel tabloyu etkilememektedir. Özellikle HDP temsilcileri, dokunulmazlıkların kaldırılmasının 59 milletvekilinden 55'i ile ilgili olduğunu belirtmiştir. ☐

36. Değişiklik, en fazla etkilenen siyasi parti olan HDP'nin oylarına karşı yüksek bir anayasal çoğunlukla kabul edilmiştir. Heyet'e Anayasa değişikliğini Anayasaya aykırı gördüğü halde, ana muhalefet partisi CHP'nin terör faaliyetlerini destekleyen kişileri korumak istemekle suçlanmamak için kabul oyu verdiği yolunda bilgi verilmiştir.

37. Komisyon heyetine,Değişikliğin kabulünden sonra dokunulmazlığı kaldırılan çoğu Meclis üyesinin savcılık tarafından çağrıldığı ve sorgulandığı bildirilmiştir. Muhalefetteki HDP milletvekillerinin Değişikliğin geçerliliğine itiraz ettikleri için bu çağrılara uymamışlardır. Diğer partilere mensup milletvekillerinin çağrılara uyduğu anlaşılmaktadır. Bu tarihe kadar 139 milletvekilinden hiçbiri gözaltına alınmamıştır ancak HDP milletvekilleri partilerine mensup milletvekillerinin yakında gözaltına alınmasını beklemektedir.

VI. 3 Haziran 2016 Tarih ve 2016/117 Sayılı anayasa Mahkemesi Kararı

38. 3 Haziran 2016 tarih ve 2016/117 sayılı kararında anayasa Mahkemesi 12 Nisan 2016 tarihli Anayasa Değişikliğinin, Anayasa Mahkemesinin 85. madde kapsamında denetleyebileceği ve anayasanın 83. Maddesi kapsamında dokunulmazlığın kaldırılmasına yönelik bir meclis kararı olarak görülmesine talebiyle yapılan bir başvuru üzerine görüş bildirmiştir. Bu gerekçeyle başvurucular Anayasanın 83. Maddesi ve TBMM'nin İçtüzüğünde öngörüldüğü şekilde dokunulmazlıkların kaldırılması usulünde dinlenmedikleri için savunma haklarına saygı gösterilmediğini ileri sürmüşlerdir.

39. Anayasa Mahkemesi, oybirliğiyle verdiği kararında, 12 Nisan 2016 tarihinde TBMM tarafından kabul edilen kararın Anayasanın 85. Maddesi kapsamında denetlenemeyeceğini çünkü Anayasa Değişikliğinde olması gereken usule ilişkin unsurları taşıdığını ifade etmiştir (başlık: 'Türkiye Cumhuriyeti anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı', nitelikli çoğunluk oyu gerekmektedir).

40. Anayasa mahkemesine göre: “Anayasada değişiklik yapan bir kanunun Anayasa Mahkemesince denetimi ancak anayasanın 148. Maddesinin ikinci fıkrası uyarınca açılan bir iptal davası ile mümkün olup söz konusu kanunun anayasanın 85. Maddesi çerçevesinde denetlenebilmesi olanaklı değildir”.

41. anayasa Mahkemesi ayrıca şöyle belirtmiştir: “Anayasada açıkça öngörülmuş bir dava yolu kapsamında denetim olanağı bulunan ve özel koşullara tabi tutulan Anayasaya aykırılık iddiasının, iptali talep edilen kuralın parlamento kararı niteliğinde olduğu ileri sürülerek Anayasanın 85. Maddesine göre milletvekillerinin münferit iptal taleplerine konu edilmesi, anayasanın 148. Maddesi¹³ hükmünün anlamsız ve işlevsiz hale gelmesi sonucunu doğurur”.

42. Anayasanın 148. maddesi, Anayasa değişikliklerinde denetlemenin, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı olduğunu ifade eder. 148. Madde kapsamında yapılacak şekil bakımından denetlemenin, Cumhurbaşkanınca veya Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin beşte biri tarafından kanunun yayımlandığı tarihten itibaren on gün içinde istenebileceği belirtilmiştir.

43. Venedik Komisyonu, 148. Maddesi kapsamında Anayasa Mahkemesi’ne başvuracak yeterlilikte destek olmadığını öğrenmiştir. Muhalefet partisi CHP, değişikliğin Anayasa’ya aykırı olduğunu düşünmekte ancak terörü desteklemekle suçlanmamak için siyasi nedenlerle Değişiklik lehine oy kullanmaya karar vermiş (bkz. Bölüm V), bu nedenle de anayasaya aykırılığı gerekçesiyle itirazda bulunmamıştır.

44. Sonuç olarak, Değişikliğin kabul edilmesinde uygulanan usul Anayasa Mahkemesi

¹³Görev ve yetkileri

MADDE 148. – (Değişik: 12/9/2010-5982/18 md.) Anayasa Mahkemesi, kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü’nün Anayasaya şekil ve esas bakımlarından uygunluğunu denetler ve bireysel başvuruları karara bağlar. Anayasa değişikliklerini ise sadece şekil bakımından inceler ve denetler. Ancak, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim ve savaş hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla, Anayasa Mahkemesinde dava açılmaz.

Kanunların şekil bakımından denetlenmesi, son oylamanın, öngörülen çoğunlukla yapılıp yapılmadığı; Anayasa değişikliklerinde ise, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlıdır. Şekil bakımından denetleme, Cumhurbaşkanınca veya Türkiye Büyük Millet Meclisi üyelerinin beşte biri tarafından istenebilir. Kanunun yayımlandığı tarihten itibaren on gün geçtikten sonra, şekil bozukluğuna dayalı iptal davası açılmaz; def’i yoluyla da ileri sürülemez.

(Ek fıkra: 12/9/2010-5982/18 md.) Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.

(Ek fıkra: 12/9/2010-5982/18 md.) Bireysel başvuruda, kanun yolunda gözetilmesi gereken hususlarda inceleme yapılamaz.

(Ek fıkra: 12/9/2010-5982/18 md.) Bireysel başvuruya ilişkin usul ve esaslar kanunla düzenlenir.

(Değişik: 12/9/2010-5982/18 md.) Anayasa Mahkemesi Cumhurbaşkanını, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanını, Bakanlar Kurulu üyelerini, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay, Askerî Yargıtay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Başkan ve üyelerini, Başsavcılarını, Cumhuriyet Başsavcivekilini, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu ve Sayıştay Başkan ve üyelerini görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divan sıfatıyla yargılar.

(Ek fıkra: 12/9/2010-5982/18 md.) Genelkurmay Başkanı, Kara, Deniz ve Hava Kuvvetleri Komutanları ile Jandarma Genel Komutanı da görevleriyle ilgili suçlardan dolayı Yüce Divanda yargılanırlar.

Yüce Divanda, savcılık görevini Cumhuriyet Başsavcısı veya Cumhuriyet Başsavcivekili yapar.

(Değişik: 12/9/2010-5982/18 md.) Yüce Divan kararlarına karşı yeniden inceleme başvurusu yapılabilir. Genel Kurulun yeniden inceleme sonucunda verdiği kararlar kesindir.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa ile verilen diğer görevleri de yerine getirir.

tarafından denetlenmemiştir.

VII. Analiz

45. Yasama dokunulmazlığı konusunda iki önemli değer arasında bir rekabet vardır: bir yandan tüm vatandaşların kanun önünde eşitliği ilkesi, diğer yandan Meclis Üyelerine özel koruma getirilmesi. Bu iki değer arasındaki denge devletten devlete ve zamandan zamana değişiklik gösterebilir ve göstermektedir.

46. Yukarıda ifade edildiği üzere, Venedik Komisyonu, milletvekili sorumsuzluğu ilkesinin korunmasından yanadır. Bu nedenle Komisyon, Değişikliğin milletvekili sorumsuzluğunu etkilememiş olmasından dolayı memnundur.

47. Yasama dokunulmazlığı konusuna gelince, yukarıda ifade edildiği üzere, Komisyon'un görüşüne göre, bu ayrıcalığın korunmasının gerekli ve haklı olup olmadığı ilgili ülkenin özel durumuna bağlıdır. Bu nedenle, Komisyon mevcut durumda Türkiye'de yasama dokunulmazlığının kaldırılmasının haklı gösterilip gösterilemeyeceğini inceleyecektir. Ayrıca, Komisyon, seçilen yöntemin –belirgin güvenceler sağlayan bir Anayasa maddesinin geçici olarak askıya alınması- Avrupa'nın anayasal mirasından gelen ilkeler ve hukukun üstünlüğü ilkesi ile bağdaşıp bağdaşmadığını inceleyecektir¹⁴.

A. Türkiye'de mevcut durumda dokunulmazlık ve ifade özgürlüğü

48. Anayasa Değişikliği teklifinin genel gerekçesinde "bazı milletvekillerinin seçilmeden önce ya da seçildikten sonra yapmış oldukları teröre manevi ve moral destek manasındaki açıklamaları, bazı milletvekillerinin teröre ve teröristlere fiili manada destek ve yardımları, bazı milletvekillerinin ise şiddet çağrıları kamuoyunda büyük infial" meydana getirdiğini ve değişikliğin amacının bu konulara cevap vermek olduğu ifade edilmiştir. Milletvekillerinin teröre destek olarak yorumlanabilecek ifadeleri gerçekten ceza hukuku kapsamında cezalandırılabilir ancak bu türden ifadeler normalde siyasi nitelikte olduğundan yasama dokunulmazlığı kapsamında yer alıp almayacakları sorusu özellikle önemlidir.

49. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre: "İfade özgürlüğü herkes için önemli olmakla birlikte halkın seçilmiş temsilcileri için özellikle önemlidir. Milletvekili seçmenlerini temsil eder, onların kaygılarına dikkat çeker ve menfaatlerini savunur. Bu doğrultuda, başvuru gibi bir muhalefet milletvekilinin ifade özgürlüğüne yapılan müdahalelerin Mahkeme tarafından dikkatlice incelenmesini gerektirir."¹⁵ Yasama dokunulmazlığı ile ilgili olarak, Mahkeme şöyle demiştir: "yasama dokunulmazlığı sisteminin özünde olan nitelikler ve olağan hukuktan istisna tutulmanın amacı halkın temsilcilerine özgür ifade olanağı sağlamak ve yandaş partililerce yapılacak şikayetlerin meclis işlevlerini engellemesini önlemektir"¹⁶

¹⁴CDL-AD(2016)007, Hukukun Üstünlüğü Kontrol Listesi, bölüm II.E.

¹⁵AİHM, Castells – İspanya davası, Başvuru no. 11798/85, par. 42.

¹⁶AİHM, Kart – Türkiye davası, Başvuru no. 8917/05, par. 88.

50. Genel olarak, bazı dosyalar kaçakçılık, zimmete para geçirme gibi adi suçlarla ilgili olsa da, 12 Nisan 2016 tarihli Kararla dokunulmazlığın kaldırıldığı dosyaların çoğu ifadeyle ilgili suçlara ilişkindir; örneğin, Cumhurbaşkanına hakaret etmek, kamu görevlisine hakaret etmek, terör propagandası yapmak veya kine tahrik etmek. Özgür ifadenin güvence altına alınmasının önemi düşünüldüğünde, Milletvekillerinin doğası gereği görevlerinin icrasıyla ilişkili olan Meclis dışındaki söylemleri dahil siyasi söylemlerinden ötürü yaptırıma tabi tutulmaları sorunlu hale gelmektedir. Savcılık dahil yargı sisteminin yeterince bağımsız olduğu ülkelerde adi suçlar için dokunulmazlığın kaldırılması için geçerli nedenler olabildiği halde, siyasi nedenlerlegirişilenfiillereve özellikle de siyasi söylem konusunda son derece dikkatli bir yaklaşım benimsenmelidir. Mevcut durumda, bir muhalefet partisinin neredeyse bütün milletvekillerinin bu tedbirden etkilenmeleri durumu daha da sorunlu hale getirmektedir.

51. Dikkatli davranılması için bir diğer neden, Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından ifade özgürlüğü konusunda hakkında en çok ihlal kararı verilen ülkelerden biri olmasıdır. Şu anda Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi nezdinde, çoğu terör propagandası ile ilişkili ifade özgürlüğünün ihlal edildiği 104 kararın (Incal grubu davaları) uygulanması beklenmektedir¹⁷. Bu davalara, Cumhurbaşkanına ve diğer kamu görevlilerine hakaret davaları da eklenmelidir.

52. Venedik Komisyonu, kişilerin ifadelerinden dolayı yargılanmalarına yol açan Türk Ceza Kanunu maddelerinin de geniş yorumlanmasına ilişkin kaygılarını ifade etmiştir. Türk Ceza Kanunu'nun 216, 299, 301 ve 314. Maddeleriyle ilgili Mart 2016'da yayınladığı Görüş'te Komisyon ifade özgürlüğü ile ilgili ceza kanunu hükümlerini incelemiş ve bu maddelerin "aşırı yaptırımlara neden olduğu ve fazlasıyla geniş uygulandığı, 10. Madde ilgili içtihat başta olmak üzere Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklara Dair Sözleşmenin 19. Maddesi kapsamında koruma altına alınan davranışları cezalandırdığı" sonucuna varmıştır.¹⁸

53. Özellikle Ceza Kanunu'nun 216. Maddesi (Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik ve Aşağılama) "hükümet politikalarına karşı sert eleştirileri cezalandırmak için kullanılmamalıdır." (par. 124). Aşırı derecede kullanılmasından dolayı, 229. Madde (Cumhurbaşkanına Hakaret) tamamen kaldırılmalıdır (par. 126). 301, madde, Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama) muğlak ifadelerin doğurduğu sorunları ortadan kaldırmak için değiştirilmelidir (par. 127). 314. Madde dar yorumlanmalıdır ve 220. Maddede (Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurmak) "Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca örgüte üye olmak suçundan da cezalandırılır" hükmü kaldırılmalıdır. Görüş'te ayrıca, bu hükümleri uygulayan mahkemelerin uygulamalarının bu sorunları yeterince hafifletmediği sonucuna varılmıştır.

54. İfade özgürlüğü ile ilgili bu türden sınırlamalar söz konusu hükümler kapsamında yargılanan herkes açısından sorunlu olmakla birlikte, ceza yargılamasına maruz kalmaktan korkmadan Meclis dışında siyasi görüşlerini ifade edemeyen milletvekilleri üzerinde özellikle olumsuz etkisi vardır. 139 Milletvekilinin dokunulmazlığının kaldırılmasıyla 12 Nisan 2016 tarihli değişiklik, milletvekillerini Meclis üyesi olarak faaliyetleriyle ilişkili söylemlerinden dolayı aşırı ceza alma

¹⁷Avrupa Konseyi, Bakanlar Komitesi, AİHM Kararlarının Uygulanmasının İzlenmesi, 13 Eylül 2016 tarihli CM/Notes/1265/H46-29-rev (özel), 1265. Oturum, 20-22 Eylül 2016, H46-29 Incal ve Gözel ve Özer grubu – Türkiye, (Başvuru No. 22678/93, 43453/04), Referans belgeler:: ResDH(2004)38, ResDH(2001)106, CM/Inf(2003)43; CM/Inf/DH(2008)26, DH-DD(2016)842, DH-DD(2015)447-rev, DH-DD(2014)502, CM/Del/Dec(2015)1230/22

¹⁸CDL-AD(2016)002, par. 123

riskine maruz bırakmaktadır.

B. Yargının İşleyişi

55. Bir ülkede yasama dokunulmazlığını ihtiyaç duyulup duyulmadığı en nihayetinde savcılık dahil yargı sisteminin bağımsızlığına ve tarafsızlığına bağlıdır. Ancak, Türkiye yargısının mevcut işleyişiyle ilgili ciddi kuşkular bulunmaktadır.

56. *“Türkiye’de demokratik kurumların işleyişi”* başlıklı 2121 Sayılı Kararında (2016), Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi şöyle demiştir: *“Yargı bağımsızlığı Anayasa’da güvence altına alınmıştır. 2010 yılındaki anayasa referandumundan bu yana çok sayıda yargı paketi kabul edilmiştir. Bu paketler, seçilmiş hakimlerin Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu’nda daha güçlü bir şekilde yer almalarına imkan tanımıştır ki bunlar olumlu gelişmelerdir. Ancak, yakın zamanda meydana gelen olaylar ve 2014 yılında HSYK kanununda yapılan değişiklikler yargının bağımsız olmaması ve yürütmenin yersiz müdahalesi sorununu gündeme getirmiştir”*.¹⁹

57. 16 Ekim 2015 tarihli Türkiye Değerlendirme Raporunda, Avrupa Konseyi Yolsuzluğa Karşı Devletler Grubu (GRECO) şu sonuca yer vermiştir: *“Türkiye’de yargı, anayasal güvencelere rağmen, ülkenin yürütme erkinden yeterince bağımsız olarak algılanmamaktadır. Yargı bağımsızlığının güçlendirilmesi, yıllardır Türkiye’deki yargı reformunun ana hedeflerinden biri olmuştur. Hakimler Savcılar Yüksek Kurulu’nun (HSYK) yargının kendi kendini yöneten bir organı olarak kurulması böyle bir bağımsızlığı sağlamanın unsurlarından biriydi ve hakim ve savcılarının bu organda daha güçlü bir şekilde yer almalarını sağlayan 2010 yılındaki anayasa reformu aynı zamanda olumlu bir adımdı. Ancak, Türkiye’de 2014/2015 yıllarında çok sayıda yargı mensubu hakkında disiplin soruşturması başlatılması ve görevden alınmaları üzerine kamuoyundan ve uluslararası kuruluşlardan gelen eleştiriler HSYK’nın rolü ve bağımsızlığı ile ilgili tartışmaları daha da fazla tetiklemiştir. Raporla yürütmenin bu organ üzerindeki potansiyel etkisini azaltarak HSYK’nın bağımsızlığının artırılmasına hala ihtiyaç duyulduğu kabul edilmektedir.”*²⁰

58. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Mart 2016’da yaptığı Türkiye ziyareti sonrasında aynı sonuca varmıştır: *“yürütmenin ve yargının meşru eleştiriler karşısındaki hoşgörüsüzlüğü somut bir dondurucu etkiye ve otosansüre yol açmış, ülkedeki demokratik tartışmaların kapsamını daraltmıştır.”* Komiser ayrıca, *“Avrupa Konseyi’nin diğer organlarının, Venedik Komisyonu’nun ve Yolsuzluğa Karşı Ülkeler Grubunun (GRECO) yargıda örgütlendiği farz edilen bir terör örgütüyle mücadelenin yargı bağımsızlığını zayıflatmış olabileceği yolundaki görüşlerini paylaşmaktadır. ‘Türkiye Cumhurbaşkanı’nın Anayasa Mahkemesi’yle ilgili kısa süre önce söylediği sözler ve diğer siyasetçilerin beyanatları da halkın yargının bağımsızlığına olan güvenini zedelemiştir”*²¹

59. Değişikliğin kabul edildiği tarihte bile yargı sisteminin milletvekili dokunulmazlıklarının kaldırılmasına izin verecek derecede istikrarlı olup olmadığı yolunda ciddi şüpheler bulunmaktaydı. Siyasal açıdan son derece önemli bazı davalara ilişkin kararlar büyük çaplı usulsüzlüklerin ortaya çıkmasından sonra Türkiye mahkemeleri tarafından iptal edilmiştir

¹⁹Par 29, <http://website-pace.net/documents/19895/2436341/20160523-TurkishInstitutions-EN.pdf/cc4c76b9-1602-4d77-9038-e79aec4f9484>

²⁰GrecoEval IV Rep (2015) 3E, GRECO tarafından 69. Genel Oturumda kabul edilmiştir. (Strazburg, 12-16 Ekim 2015), [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round4/Eval%20IV/GrecoEval4Rep\(2015\)3_Turkey_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round4/Eval%20IV/GrecoEval4Rep(2015)3_Turkey_EN.pdf).

²¹<http://www.coe.int/en/web/commissioner/-/turkey-security-trumping-human-rights-free-expression-under-threat?inheritRedirect=true&redirect=%2Fen%2Fweb%2Fcommissioner%2Fcountry-report%2FTurkey>.

(Ergenekon²² /Balyoz²³ adıyla bilinen davalar).

60. Darbe girişiminden bu yana Türkiye yargısı daha da büyük bir sıkıntı içindedir. En yüksek mahkemelerin hakimleri dahil olmak üzere, 3000'den fazla hakim ve savcı yargılanmaksızın görevden alınmıştır. Anayasa Mahkemesi bile doğrudan etkilenmiş ve iki üyesinin görevden alınmasına yol açan bir karar almıştır.²⁴ Bu hakim ve savcıların büyük kısmı şu anda tutukludur.

61. Son olarak, Venedik Komisyonu heyetine 139 milletvekili ile ilgili dosyaların önemli bir kısmının 15 Temmuz 2016 tarihindeki darbe girişiminden sonra hapsedilen ve/veya görevden alınan savcılar tarafından hazırlandığı bildirilmiştir. Venedik Komisyonu bu bilgiyi teyit edememiştir. Bu bilgi doğru ise, söz konusu savcılar tarafından oluşturulan dosyalar kapatılmalı ve yeni soruşturma başlatılmalıdır. Yeni savcılar da ceza yargılaması yapılması gerektiği yolunda aynı sonuca varırsa ilgili milletvekillerinin dokunulmazlıkları Anayasa'nın 83. Maddesine göre kaldırılmalıdır.

62. Türkiye'de yargının bugün geçmişe göre daha da kırılğan hale gelen durumu gözetildiğinde, milletvekilleri Anayasa'nın 83. ve 85. Maddelerinin ve Meclis Tüzüğü'nün sağladığı usul güvenceleri olmadan olası keyfi yargılamalara maruz kalmamalıdır. Mevcut durumu dikkate alındığında, Milletvekillerinin dokunulmazlıklarının kaldırılması için olabilecek en kötü zaman seçilmiş gibi görünmektedir.

C. Orantılılık

63. Anayasa Değişikliği Kanunu'nun genel gerekçesinde dokunulmazlıkların tamamının kaldırılması ve aynı zamanda Meclis çalışmalarının tıkanmasına da fırsat verilmemesi dikkate alındığında Anayasaya geçici bir madde eklemek suretiyle bir çözüm düşünüldüğü ifade edilmiştir. Mecliste bekleyen çok sayıda fezleke olduğundan, bu süreçlere çok fazla zaman ayrılmış olacak ve uzun bir süreç sebebiyle Meclis çalışmaları tıkanmış olacaktır.

64. Dokunulmazlıkların geçici bir düzenlemeyle kaldırılmasına alternatif olarak Meclis İçtüzüğü'ndeki karmaşık prosedürü basitleştirmenin mümkün olup olmayacağını sorulması üzerine, iktidar partisi heyete bunun mümkün olmayacağını zira usulün Anayasa'da belirlendiğini ve İçtüzüğü'nün Anayasa'ya aykırı olamayacağını söylemiştir. Muhalefet partileri CHP ve HDP bu görüşe katılmamışlar ve Meclisin dosya sayısı ile başa çıkabileceğini belirtmişlerdir.

65. Komisyon'un görüşüne göre, Anayasa'nın 83 ve 85. Maddeleri Meclisin çalışma usulünü sadeleştirmeye yeterince imkan tanımaktadır. Aslında, bu maddeler detaylı bir prosedür dayatmamaktadır. Hazırlık Komisyonu'nun Karma Komisyon'a, Karma Komisyon'un da Genel Kurul'a rapor vermesini öngören usul Meclis İçtüzüğü'nden doğmaktadır. Böyle bir prosedür elbette dokunulmazlıktan yana işlemektedir ve ilgili milletvekilleri için çok sayıda güvence getirmektedir; ancak karmaşıklığından dolayı genellikle pratikte uygulanmaması sonucunu doğurmuş ve TBMM bu süreci işletmek yerine milletvekillerinin görev süresinin dolmasını beklemeyi tercih etmiştir. Milletvekilleri için tek bir savunmanın olduğu basitleştirilmiş bir prosedür öngörülebilir ve 83. Maddenin çerçevesine bağlı kalındığı takdirde anayasaya aykırı olmayacaktır.

²²Bkz. AİHM, Mergen ve Diğerleri – Türkiye (başvuru no. 44062/09, 55832/09, 55834/09, 55841/09 ve 55844/09) ve Ayşe Yüksel ve Diğerleri - Türkiye (no. 55835/09, 55836/09 ve 55839/09)

²³ <http://aa.com.tr/en/turkey/turkish-court-acquits-hundreds-in-sledgehammer-case/61933>.

²⁴ TC anayasa Mahkemesi, 2016/12 Sayı ve 4 Ağustos 2016 tarihli karar.

66. Dokunulmazlıkların kaldırılması ile ilgili prosedürün basitleştirilemeyeceği varsayılsa bile, ilgili milletvekillerinin dokunulmazlıklarının topyekün kaldırılmasına gerek yoktu. En azından, aynı anayasa değişikliği kapsamında vekillerin yargılamaya karşı Anayasa Mahkemesi'ne itirazda bulunma hakları korunabilirdi. Meclisin iş yükü Anayasa Mahkemesine itirazı kaldırmak için gerekçe gösterilemez.

67. Daha hafif bir çözüm aramak yerine Meclis 139 milletvekilinin dokunulmazlıklarının tamamen kaldırılması gibi radikal bir tedbire başvurmuştur. Bu nedenle Venedik Komisyonu 139 Milletvekili için yasama dokunulmazlığının kaldırılması bağlamında bütün güvencelerin topyekün kaldırılmasının orantılılık ilkesine aykırı olduğu sonucuna varmıştır.

D. Dokunulmazlıkların geçici bir Anayasa değişikliğiyle kaldırılmasının doğan geçici niteliği

68. Türkiye'de yasama dokunulmazlığın korunması lehine temel bir tercih yapıldığı, TBMM'nin 12 Nisan 2016'da kurucu iktidar olarak görevini icra ettiği sırada Anayasa'nın 83. ve 85. Maddelerini gelecekteki tüm dosyalar için muhafaza etmesinden anlaşılmaktadır.

69. Geçici 20. Maddenin geçici olduğu aşikardır. Bu hüküm Anayasa'da 'Geçici Hükümler'in toplandığı Altıncı Kısım'da yer almaktadır. Geçici 20. Maddenin yürürlüğe girdiği tarihte hazır olmayan fezlekeler bu maddenin kapsamı dışında kalmakta ve olağan sistem kapsamında yer almaktadır. Bu durumda 20. Madde 'tek seferlik' bir istisnadır. Bunun sonucunda, Geçici 20. Madde (soyut unsurları barındıran) genel bir kural olmayıp geçici bir çözümdür.

70. Komisyon heyetine Türkiye'de geçmişte de Anayasa değişikliği yoluyla Anayasa'ya geçici maddelerin eklendiği bildirilmiştir. Bu durum özellikle 27 Aralık 2002 tarih ve 4777 Sayılı Kanun'un Geçici 1. Maddesi ile ilgilidir²⁵. Bu maddeye göre, Anayasa'nın 67. Maddesinin son fıkrası TBMM'nin 22. Döneminde yapılacak ilk ara seçimlerde uygulanmayacaktır. Anayasa'nın 67. Maddesinin son fıkrasına göre, seçim kanunlarında yapılan değişiklikler, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapılacak seçimlerde uygulanmaz. Bu güvence, 2 Ekim 2001 tarihli Anayasa değişikliğiyle eklenmiştir.²⁶ Aynı istisna, Geçici 17. Maddenin getirildiği 10 Mayıs 2007 tarih ve 5659 sayılı Kanunla da gerçekleşmiştir.²⁷

71. Bu düzenleme, 27 Aralık 2002 tarih ve 4777 Sayılı Kanun ile 10 Mayıs 2007 tarih ve 5659 Sayılı Kanunun yürürlüğe girdikleri tarihten sonra yapılan ara seçimlerde, seçimlerden önceki bir yıl içinde kabul edilen seçim kanunu değişikliklerinin uygulanabildiği anlamına gelmektedir. Bu düzenlemeler gerçekten de bir anayasa hükmüne getirilen geçici istisnalara örnektir. Ancak, nitelikleri bakımından 12 Nisan 2016 tarihinde yapılan değişikliklerle karşılaştırılmazlar; önceki düzenlemeler bireylerin hukuki durumlarına müdahale eder nitelikte değildir ve aynı şahsi özelliklere sahip değildir. (aşağıda E Bölümüne bakınız).Esas bakımından farklı olmasının yanı

²⁵31 Aralık 2002 tarihli Resmi Gazete

²⁶11 Ekim 2001 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

²⁷Bağımsız adayların birleştirilmiş oy pusulalarına dahil edilmesi ile ilgili bu istisna Anayasa'nın 67 maddesinin son fıkrasının 10 Haziran 1983 tarih ve 2839 Sayılı Milletvekili Seçimleri Kanunu hükümlerine uygulanmasını hariç bırakmıştır.

sıra, 2002 ve 2007 tarihli değişiklikler seçim sistemine getirilecek değişikliklerin seçimlerden hemen önce yapılmaması yönündeki 2001 tarihli anayasal güvenceyi tek bir seçim için kaldırmıştır. 4777 Sayılı Kanun'un Geçici 1. Maddesiyle 10 Mayıs 2007 tarihli 5659 sayılı Kanun'un geçici 17. Maddesini, bugünkü Değişiklik bakımından olumlu bir örnek olarak göstermek zordur.

72. Anayasa'ya geçici nitelikte bir istisna getirmek, Anayasa değişikliği yoluyla olsa dahi, özellikle anayasal güvencelerin azaltıldığı veya kaldırıldığı durumlar söz konusu olduğunu sorunludur.

E. Kişisel kapsam – Şahsa yönelik mevzuat

73. İncelenen Anayasa değişikliği şahsa yönelik anayasal mevzuat olarak nitelendirilebilir. Değişiklik genel tabirler kullanılarak hazırlanmış olsa da, gerçekte tek tek kim oldukları bilinen 139 milletvekili ile ilgilidir. Bu durum, anayasa değişikliği prosedürünün kötüye kullanılması anlamına gelir: esas bakımından değişiklik, kimlikleri bilinen milletvekillerinin dokunulmazlıklarının kaldırılmasına yönelik toplu bir kararanlamına gelmektedir; bu kararlar, askıya alınan 83. Maddeye göre, tek tek alınmış olmalıydı ve belli güvencelere tabi olmalıydı.

74. Anayasa Mahkemesi'nin 2016/117 Sayılı kararı bu değerlendirmeye ters düşmemektedir. Mahkeme, Anayasa'nın 85. Maddesi kapsamında yapılan başvuruyu reddetmek zorunda olduğunu zira 12 Nisan 2016 tarihinde kabul edilen kanunu şekil itibarıyla Anayasa'nın 148. Maddesi kapsamında denetlenemeyecek bir anayasa değişikliği olarak ele alması gerektiğini ileri sürmüştür. Anayasa'nın 148. Maddesi kapsamında bir denetim Mahkemeye başvuru yapılmadığı için yürütülmemiştir.

F. Eşitlik

75. Şahsa yönelik her türlü mevzuatta olduğu gibi, Değişiklik eşitlik ilkesi açısından da sorunludur. 139 milletvekiliyle bundan önce gündeme gelen tüm dosyaların yanı sıra Değişikliğin kabul edilmesinden bu güne çıkarılan fezlekeler arasında bu türden bir ayırım yapmak için Meclis'in iş yükü gerekçe gösterilemez. Bu nedenle Değişiklik eşitlik ilkesini ihlal etmektedir.

76. Çoğunluk partisine dokunulmazlıkların geçici usulle kaldırılmasından sonra yeni dosyalar için normal usulün uygulanıp uygulanmayacağıın sorulması üzerine, heyete yeni fezlekeler bakılmayacağını, milletvekillerinin görev süresi bittikten sonra yargılama yapılabileceği söylenmiştir. Bu durumda, Değişiklikle dokunulmazlıkları kaldırılan milletvekilleriyle davaları sonra görülecek milletvekillerine yapılan muameledeki fark fiilen daha da büyüktür. 139 milletvekili için dokunulmazlıklar bireysel prosedür uygulanmadan kaldırılırken yeni dosyalarda dokunulmazlıkların kaldırılması konusu büyük ihtimalle hiç ele alınmayacaktır ve ilgili milletvekilleri görev süreleri boyunca koruma kalkanından tamamen yararlanacaktır.

VIII. Sonuçlar

77. Venedik Komisyonu Değişikliğin yasama dokunulmazlığının temel unsurlarından biri olan yasama sorumsuzluğunu kaldırmamış olmasından dolayı memnuniyetini bildirmektedir.

78. Ancak, söz konusu Milletvekillerinin dokunulmazlıkları iade edilmelidir. Venedik Komisyonu'na göre, Türkiye'deki mevcut durumda yasama dokunulmazlığı meclisin işleminin temel güvencesidir. Türkiye Büyük Millet Meclisi, bir kurucu iktidar olarak, dokunulmazlığın gelecekteki dosyalara ilişkin koruyarak bu durumu teyit etmiştir. Türkiye yargısındaki mevcut durum gözetildiğinde, dokunulmazlıkların kaldırılması için olabilecek en kötü zaman seçilmiştir.

79. Ayrıca, bu istisna ile ilişkili fezlekelerin çoğu milletvekillerinin ifade özgürlüğü ile ilgilidir. Milletvekillerinin ifade özgürlüğü demokrasinin temel unsurudur. Milletvekillerinin ifade özgürlüğünün geniş tutulması gerekir ve Meclis dışında konuştuklarında da bu korumadan yararlanmalıdırlar Bölgesel özyönetim gibi şiddet içermeyen siyasi amaçlara şiddet içermeyen yollarla ulaşmaya çalışmak ceza yargılamasının konusu olamaz. Rahatsız edici ifadelerin (Cumhurbaşkanına, kamu görevlilerine, Millete, Cumhuriyete vb. karşı söylemler) genel olarak hoş görülmesi gerekir ancak özellikle Milletvekilleri tarafından ifade edildiğinde hoşgörüle ele alınmalıdır. İfade özgürlüğüne getirilecek kısıtlamaların dar yorumlanması gerekir. Ancak şiddet çağrılarını içeren veya şiddetin faillerini doğrudan destekleyen ifadeler ceza yargılamasına yol açabilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihadı Türkiye'nin ifade özgürlüğünü güvence altına alma konusunda problemli olduğunu göstermektedir, özellikle de terör propagandası olarak görülen davalarda. Bunun nedeni kısmen, Türk Ceza Kanunu'nun 216, 299, 301 ve 314. Maddeleri ile ilgili Mart 2016 tarihli CDL-AD(2016)002 Sayılı Görüş'te de açıklandığı üzere, Ceza Kanunu'nun bazı hükümlerinin kapsamının fazla geniş olmasıdır. Bu durum ifade özgürlüğünü genel olarak tehdit ederken özel olarak Milletvekillerinin de ifade özgürlüğünü görünür şekilde tehlikeye atmaktadır.

80. 12 Nisan 2016 tarihli Anayasa Değişikliği Meclis'te halihazırda bekleyen fezlekelerle ilgili 139 milletvekili hakkında 'tek seferlik' geçici ve şahsa yönelik bir düzenlemedir. Kurucu iktidar yetkisini kullanarak TBMM Anayasa'nın 83 ve 85. Maddelerinde yer alan dokunulmazlık rejimini gelecekteki dosyalar bakımından muhafaza etmiş, ancak genel bir dil kullanmakla birlikte kimlikleri bilinen kişilerle ilgili belli fezlekeler bakımından bu rejime istisna getirmiştir. Bu durum anayasa değişikliği prosedürünün kötüye kullanılmasıdır.

81. Söz konusu milletvekilleri hakkındaki fezlekelerin tek tek ele alınmasının fazla uzun süreceği ve TBMM'nin gündemini gereksiz yere işgal edeceği argümanı ikna edici değildir. Dokunulmazlıkların kaldırılması usulünü basitleştirmek yerine, mevcut karmaşık sistem muhafaza edilmiş ancak 139 milletvekili bakımından istisna uygulanmıştır. TBMM'nin iş yükü, bu milletvekilleri hakkındaki fezlekelerin Değişikliğin kabulünden önce ve sonra Meclise gelen tüm dosyalardan ayrı tutulmasına gerekçe gösterilemez. Bu uygulama eşitlik ilkesini ihlal etmektedir. Komisyon'a göre, Türkiye'de yasama dokunulmazlığı sistemi, zayıflatılmamalı, aksine, özellikle Milletvekillerinin ifade özgürlüğünü güvence altına alacak şekilde güçlendirilmelidir.

82. Venedik Komisyonu, özellikle Anayasa reformu ile ilgili devam eden çalışmalar bakımından Türkiye Cumhuriyeti yetkililerinin gelecekteki destek talepleri karşısında bu makamların emrine amade çalışmaya devam edecektir.