

AIHM, AYM VE
YARGITAY KARARLARI IŒIĞINDA
**CUMHURBAŒKANINA
HAKARET SUÇU**

Vedat Œorli v. Türkiye Kararı
İncelemesi



TÜRKİYE
BAROLAR
BİRLİĞİ
YAYINLARI



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ
İNSAN HAKLARI MERKEZİ

AIHM, AYM ve
YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA
**CUMHURBAŞKANINA
HAKARET SUÇU**

*Vedat Şorli v. Türkiye Kararı
İncelemesi*

*Hazırlayan
Av. Fikret İLKİZ*

Ankara/2022

Türkiye Barolar Birliği Yayınları : 406

*AIHM, AYM ve Yargıtay Kararları Işığında
Cumhurbaşkanına Hakaret Suçu*

© Türkiye Barolar Birliği
Ekim 2022, Ankara

Türkiye Barolar Birliği
Oğuzlar Mah. Barış Manço Cad.
Av. Özdemir Özok Sokağı No: 8
06520 Balgat - ANKARA
Tel: (312) 292 59 00 (pbx)
Faks: 312 286 55 65
www.barobirlik.org.tr
yayin@barobirlik.org.tr

Baskı
Dizgi Ofset Matbaacılık
F. Çakmak Mah.
Matbaacılar Sitesi 10451 Sk No: 4
Karatay/Konya
Sertifika No: 48060

İÇİNDEKİLER

| | |
|--|-----------|
| SUNUŞ..... | 9 |
| 1. GİRİŞ..... | 13 |
| 1.1. Cumhurbaşkanına Hakaret Suçu (TCK 299. Madde)..... | 14 |
| 1.2. AİHM Kararlarında Devlet Başkanına ve Cumhurbaşkanına Hakaret Suçu | 15 |
| 1.2.1. Otegi Modragon v. İspanya..... | 16 |
| 1.2.2. Artun ve Güvener v. Türkiye | 21 |
| 1.2.3. Pakdemirli v. Türkiye | 24 |
| 1.2.4. Önal v. Türkiye Kararı (No. 2) | 28 |
| 1.2.5. Önal v. Türkiye - Farklı Gerekçe (Hâkim Darian Pavli) | 35 |
| 1.2.6. Eon v. Fransa | 38 |
| 1.2.7. Dickinson v. Türkiye..... | 39 |
| 2. VEDAT ŞORLİ v. TÜRKİYE KARARI İNCELEMESİ..... | 45 |
| 2.1. AİHM Kararına Konu Ceza Davası ve Aşamaları | 45 |
| 2.2. AİHM Kararı ve Avrupa Konseyi Bildiri ve Belgeleri | 48 |
| 2.3. Avrupa İnsan Hakları Komiserinin Türkiye’de İfade Özgürlüğü ve Medya Özgürlüğüne İlişkin Memorandumu | 51 |
| 2.4. AİHM Kararı ve İfade Özgürlüğünün İhlaline Yönelik Tespit..... | 53 |
| 2.5. AİHM Kararında Sözleşme’nin 41. ve 46. Maddelerinin Uygulanması Hakkındaki Değerlendirme | 60 |
| 3. TCK 299. MADDE HAKKINDA ANAYASAYA AYKIRILIK İDDİASI | 65 |

| | |
|--|------------|
| 4. ANAYASA MAHKEMESİ BİREYSEL BAŞVURU KARARLARINDA CUMHURBAŞKANINA HAKARET SUÇU | 70 |
| 4.1. Feyzi İşbaşaran (Başv. no. 2014/195529) (Bölüm Kararı - <i>Kabul Edilmezlik</i>) | 70 |
| 4.2. Umut Kılıç (Başv. no. 2015/16643) (Bölüm Kararı - <i>Kabul Edilemezlik</i>) | 72 |
| 4.3. Ömür Çağdaş Ersoy (Başv. no. 2015/16643) (Bölüm Kararı - <i>Kabul Edilemezlik</i>) | 73 |
| 4.4. Deniz Karadeniz ve diğerleri (Başv. no. 2014/18001) (Genel Kurul Kararı - <i>İhlal</i>) | 78 |
| 4.5. Hüsnü Mahalli (Başv. no: 2017/4934) (Bölüm Kararı - <i>Kabul Edilemezlik</i>) | 85 |
| 4.6. Şaban Sevinç (2) (Başv. no. 2016/36777) (Bölüm Kararı - <i>İhlal</i>) | 87 |
| 4.7. Diren Taşkiran (Başv. no. 2017/26466) (Bölüm Kararı - <i>İhlal</i>) | 92 |
| 4.8. Onur Kılıç (Başv. no. 2015/3213) (Bölüm Kararı - <i>Kabul Edilemezlik</i>) | 96 |
| 4.9. Yaşar Gökoğlu (Başv. no. 2017/6162) (Bölüm Kararı - <i>İhlal</i>) | 98 |
| 5. YARGITAY KARARLARINDA CUMHURBAŞKANINA HAKARET SUÇU..... | 100 |
| 5.1. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Atıf Yapılan Yargıtay Kararları..... | 100 |
| 5.2. Yargıtay 16. Ceza Dairesi 22.06.2016 tarih 2016/1783 E. ve 2016/4413 K. sayılı kararı - Karşı Oy | 103 |
| 6. SONUÇ | 107 |
| EKLER..... | 113 |
| 1. AİHM'in Vedat Şorli / Türkiye Davası | 115 |
| 2. AİHM'in Otegi Mondragon v. İspanya Davası..... | 137 |
| 3. AİHM'in Artun Ve Güvener v. Türkiye Davası..... | 163 |

| | |
|--|-----|
| 4. AİHM'in Pakdemirli v. Türkiye Davası | 171 |
| 5. AİHM'in Dickinson v. Türkiye Davası | 187 |
| 6. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Medyada Siyasi Tartışma Özgürlüğü Deklarasyonu | 211 |
| 7. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserinin 15 Şubat 2017 tarihli "Türkiye'de ifade özgürlüğü ve medya özgürlüğüne ilişkin Memorandum" | 217 |
| 8. Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu'nun TCK'nun 216., 299., 301., ve 314. Maddeleri Hakkında Görüşü | 263 |

KISALTMALAR

| | |
|-----------|-----------------------------------|
| AİHM | : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi |
| AİHS | : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi |
| AYM | : Anayasa Mahkemesi |
| Başv. no. | : Başvuru Numarası |
| Bkz. | : Bakınız |
| CMK | : Ceza Muhakemesi Kanunu |
| E.T. | : Erişim Tarihi |
| İHM | : İnsan Hakları Merkezi |
| K.T. | : Karar Tarihi |
| R.G. | : Resmî Gazete |
| s. | : Sayfa |
| TCK | : Türk Ceza Kanunu |
| TBB | : Türkiye Barolar Birliği |
| vd. | : Ve Devamı |
| YK | : Yürütme Kurulu |

Av. Ercan DEMİR
Koordinatör - TBB Yönetim Kurulu Üyesi

**TBB İNSAN HAKLARI MERKEZİ
YÜRÜTME KURULU**

Av.Rıza Türmen
Av.Fikret İlkiz
Av.Revşan Deniz Çobanoğlu
Prof.Dr.İoanna Kuçuradi
Prof.Dr.Ece Göztepe
Prof.Dr.Tuğrul Katoğlu
Doç.Dr.Ozan Ergül
Doç.Dr.Ulaş Karan
Av.Serkan Cengiz
Av.Hasan Fehmi Demir
Av.Gülendam Şan Karabulutlar
Av.Serhan Özbek
Av.Bariş Yavuz

SUNUŞ

Demokrasiyi ve ona içkin değerleri esas alarak siyasal sistemleri tipleştirmek siyaset bilimcilerin, siyaset felsefecilerinin ve anayasa hukukçularının öteden beri giriştiği bir faaliyet olmuştur. Siyasal sistem tipolojileri denince, uzunca bir süre, bugün de belli yönlerden geçerliliğini koruyan ama belli yönlerden de yetersiz kalan, ünlü siyaset bilimci Juan Linz'in dörtlü tipolojisi üzerinde durulmuştur. "Geleneksel sistemler, totaliter sistemler, otoriter sistemler ve demokrasiler" biçimindeki bu tipleştirme özellikle seksenli yıllardan itibaren sorgulanmaya ve yeterliliği tartışılmaya başlanmıştır. Esasen amprik yöntemi benimseyen siyaset bilimi alanında çalışanlar, dünyada giderek artan sayıda somut örneği ne tam olarak demokrasi ne de otoriter sistem saymanın olanaksızlığından hareketle, bu ikisi arasında kalan "melez" ya da "gri" bir alandan söz etmeye başlamışlardır. "İlliberal demokrasiler", "seçimsel demokrasiler", "delegasyoncu demokrasiler", "yarışmacı otoriterizm", "popülist sistemler" gibi isimlerle yaratılan tipler (melez rejimler) alanda çalışanları daha çok meşgul etmeye başlamıştır. Her biri yeni ve bambaşka tartışmaları tetikleyen ve bir kısmı da geçici bir moda olarak tarih sahnesine karışan bu tipleştirmelerde ortak özellik, bu sistemler özelinde "olması gereken demokrasiden" (normatif demokrasi), nasıl ve hangi ölçüde uzaklaşıldığını ortaya koymak olmuştur. Bu tipleştirmelerde temel hak ve özgürlüklerin güvencesiz oluşu, azınlık haklarına saygı gösterilmemesi, yargı bağımsızlığı ve hukukun üstünlüğü alanındaki zaafiyetlerin varlığı, hesap sorulabilirliğin olmaması gibi niteliklerden bahsedilse de, genellikle bunlarla ilgili betimlemeler soyut kalmış, diğer bir deyişle bu olumsuzluklar ruha dokunan, akılda iz bırakan somut bir veri sağlamaktan uzak kalmışlardır. İşte elinizdeki bu çalışma, demokrasiden uzaklaşmanın, temel hak ve özgürlükler alanında yarattığı somut ve kapsamlı (hem nicel hem de nitel yönden) bir sorunu ete kemiğe büründürmekte, ifade özgürlüğü alanında somut ve bunaltacak kadar ruha dokunan bir örneğe ışık tutmaktadır.

Türkiye demokrasisi de uzun bir süredir birkaç boyutlu derin bir krizin içindedir. Yönetim krizi, ülkeyi giderek otoriter yüzü bir melez rejime doğru yönlendirir ve demokrasi krizine savururken, hukuk krizi temel hak ve özgürlükler başta olmak üzere anayasal devlet kazanımlarını hoyratça törpülemeye devam etmektedir. Bu derin krizin farklı boyutlarından birinin diğerini tetiklediğini söylemek, birisine "neden" diğerine ise "sonuç" demek

çok mümkün görünmemektedir. Bunun yerine, bunların etkileşim halinde olduklarını ve birbirlerini sürekli beslediklerini teslim etmek gerekiyor. Hukuk krizi, anayasal devletten uzaklaştırırken (sınırlı iktidar, hukukun üstünlüğü, kuvvetler ayrılığı), yönetim krizi anayasal demokrasiden (temel hak ve özgürlüklerin güvence altında olması) uzaklaşılmasına sebep olmaktadır. Böyle bir ortamda, temel hakların ve özgürlüklerin açık hedef haline gelmesi de kaçınılmazdır. Başta kişi güvenliği, adil yargılanma hakkı, ifade özgürlüğü, toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü olmak üzere birçok temel hak ve özgürlük böyle ortamlarda sürekli mevzi kaybetmektedir.

Demokratik yönetimin temellerinin sarsılması Türkiye'yi hiçbir zaman ait olmadığı pekişmiş demokrasiler liginden daha da uzağa atmış ve melez rejimler denen gri alana hapsedmiş görünmektedir.¹ İşte bu demokrasi eksikliği, kendisini kurumsal yapıdaki erozyon biçiminde kanıtladığı gibi, temel hak ve özgürlükler alanında da derinden hissettirmektedir. Meclisin yetkilerinde ve etkinliğindeki azalma ve yargı üzerindeki yürütme kontrolü kurumsal yapının ve dolayısıyla kuvvetler ayrılığının kaybettiği mevziyi, önüne perde inmemiş her gözün görebileceği açıklıkta önümüze sermektedir. Temel hak ve özgürlükler alanındaki daralma ve yoksunluklar ise çok farklı biçimlerde karşımıza çıkıyor. Basın hürriyeti, ifade özgürlüğü, kişi özgürlüğü ve güvenliği, toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü, adil yargılanma hakkı gibi pek çok hak ve özgürlükle ilgili sorunlar bulunmaktadır. İfade özgürlüğü alanındaki sorunların en can yakıcı olanlarından bir tanesi ise kaçınılmaz biçimde sistemin demokrasiden uzaklaşması ile yakından ilişkili bulunuyor: Türk Ceza Kanunu'nun 299. maddesinde düzenlenen "Cumhurbaşkanına hakaret" suçu. Böyle bir suç tipinin kanunda düzenlenmesinin yerindeliği ve hukukiliği kadar, uygulamanın ve özellikle de yargının bu suçun soruşturulması ve kovuşturulması sırasında gösterdiği tutum da, siyasal sistem (hatta rejim) sorunu ile özgürlük sorunsalının yakın ilişkisini çarpıcı bir biçimde ete kemiğe büründürmektedir.

1 Bazı yazarlar Türkiye'yi çoğunlukçu yönetim tarzının somutlaşmış hali olarak gördükleri "popülist rejimler" arasında sayıyor. Bkz. Jan Werner Müller, *Popülizm Nedir?*, İletişim Yayınları, 2017." Bazı başka yazarlar ise, Türkiye'yi yine melez rejimler arasında sayılan "delegasyoncu demokrasi", ya da "yarışmacı otoriter sistem" olarak görüyor. Bkz. Ergun Özbudun, "Başkanlık Sistemi ve Türkiye", *Liberal Perspektif: Analiz* (Özgürlük Araştırmaları Derneği), Sayı 1, Mayıs 2015, https://oad.org.tr/wp-content/uploads/2021/06/Analyses_2090_201992414137200Liberal-Perspektif-Analiz-Sayi-1-Baskanlik-Sistemi-ve-Turkiye-Ergun-Ozbudun-Kopya.pdf. Ergun Özbudun, *Anayasalcılık ve Demokrasi*, Yetkin Yayınları, 2019, s. 143.

Yüzbinlerle ifade edilen sayıda kişi bu suçtan dolayı soruşturma geçirmiş, onbinlerce kişi yargılanmış, binlerce kişi de mahkûm edilmiştir.² Soruşturmaya ve yargılamaya maruz kalanların sayıca büyüklüğü yanında, farklı toplum kesimlerinden olmaları da dikkat çekmektedir. Aralarında ilköğretim öğrencileri de vardır, seksenli yaşlarındaki kişiler de, eski siyasal yol arkadaşları da vardır, öteden beri muhalifliğiyle tanınan kişiler de, sanatçılar, akademisyenler ve toplumun her kesiminden insanlar bu suçtan soruşturma geçirmiştir. Böyle bir suç tipinin geniş toplum kesimleri nezdinde ifade özgürlüğünü boğacak kadar kapsamlı uygulanması zaten baştan bir soru işareti doğurmaktadır ve sanırım sorunun can alıcı kısmı da burada yatmaktadır. Aslında siyasal iktidarın bizzat kendisi haline gelmiş bir cumhurbaşkanlığı makamını bu şekilde korumak bir hukuk sisteminin görevi midir?

Bu sorular yetkin hukukçular tarafından dile getirilmiş, hatta bazı mahkemeler bu soruyu Anayasa Mahkemesine taşımıştır, ne var ki Anayasa Mahkemesi bu suç tipinde anayasaya aykırılık görmemiştir.³ Eleştiriye sıradan insanlardan daha fazla tahammül göstermesi gereken bir şahsiyetin, ifade özgürlüğü kapsamındaki sözlerden ve düşünce açıklamalarından dolayı hakarete uğradığını ileri süren savcılar durumun subjektif ağırlığına (kim söyledi, nerede söyledi, nasıl söyledi vb.) göre tutuklama talep etmekten de geri durmamaktadırlar. Bu talepleri ise hâkimler genellikle kabul ederek aslında suç oluşturduğu (hakaret etmek kastı ile söylendiği) dahi iddia edilemeyecek ifadelerden dolayı kişileri özgürlüğünden mahrum bırakmışlardır. Onca soruşturma, dava ve yargılama sonucunda beraat etmek ise ağızda kekremsi bir tat bırakmakta, emsalleri gören aydın ve halk kesimlerinin ister istemez radyasyon etkisinde kalarak oto-sansür uygulaması sonucu doğmaktadır. Böyle bir ortamda, ifade özgürlüğünden bahsetmek zorlaşmakta, demokrasi ise giderek uzaklaşan bir serap haline gelmektedir.

Sonuç olarak, Türkiye'yi demokrasiden uzaklaştıran sistem sorunu, kapsamlı bir özgürlük sorununa dönüşmüştür. Bu sorun, yakıcı ve can acıtıcı bir halde üzerimizdeki gökyüzünü ağırlaştırmakta, nefes almayı zorlaştırmaktadır.

2 Ulusal basına yansıyan haberlere göre, TCK 299'dan dolayı, 2014-2020 yılları arasında toplamda 160.165 soruşturma ve 35 bin 507 kamu davası açılmış olup, bu davalarda 38.608 kişi yargılanmıştır. Bkz. "Adalet İçin Hukukçular: Cumhurbaşkanına Hakaretten Yargılananları Sayısı Üç Yılda Yüzde 35 Arttı", 10 Aralık 2021, <https://m.bianet.org/bianet/insan-haklari/254600-cumhurbaskanina-hakaretten-yargilananlari-sayisi-uc-yilda-yuzde-35-artti> (E. T.: 15.06.2022).

3 Anayasa Mahkemesinin 14/12/2016 tarih ve E. 2016/25, K. 2016/186 sayılı kararı için bkz. R.G. Tarih-Sayı: 3/1/2017 - 29937. Elinizdeki çalışmada, Anayasa Mahkemesinin bu kararı verirken konuya ilişkin AİHM içtihadını da dikkate almadığı gösterilmektedir.

Elinizdeki eseri kaleme hazırlayan Av. Fikret İlkiz, hak ve özgürlük alanındaki mücadele ve çalışmaları ile tanınan bir meslek üstadıdır. İfade özgürlüğü ise Sayın İlkiz'in özel ilgi alanını oluşturmaktadır. Nitekim, o da pek çok meslektaşısı gibi, ifade özgürlüğü açısından TCK'nın 299. maddesi uygulamaları ile ilgili itirazlarını hem adli makamlara iletmış hem de bu konudaki görüşlerini kamuoyu ile paylaşmıştır. Ancak, yakınlarda meydana gelen bir gelişme, artık iktidar çevrelerinde öteden beri var olan konuya ilişkin sessizliği ve biganeliği tamamen devre dışı bırakan bir gerçeği ortaya çıkarmıştır ("ortaya çıkarmıştır" diyorum, çünkü bu gerçek zaten samimi hukukçuların "var olduğunu" bildiği bir bilgiydi). AİHM, başvuru Vedat Şorli'nin Türkiye aleyhine yaptığı başvuru vesilesiyle hukukçularımızın sürekli gündemde tuttuğu konuya ilişkin geçmiş içtihadını teyit etmekle kalmamış, TCK'nın 299. maddesinin değiştirilmesi gerektiğini de açıkça belirtmiştir.⁴ Şimdi top, geçmiş bireysel başvurularda hak ihlali bulmayarak kusurlu hareket ettiğini iddia edebileceğimiz Anayasa Mahkemesinde ve sorunun radikal bir çözümünü sağlamak üzere TCK'nın 299. maddesini yürürlükten kaldırması gereken TBMM'dedir. Tabii, Türkiye'deki siyasal sistem (rejim) sorunu giderilmeden, Türkiye gerçek anlamda bir demokratik düzene kavuşmadan, yargı bağımsızlığı ve hukukun üstünlüğü standartları yeniden sağlanmadan, "katlanılması gereken eleştiri ile hakaret arasında" sağlıklı ve hukuki zemine oturan bir özgürlük eksenli yaklaşım hayata geçirilebilir mi sorusu, ne yazık ki geçerliliğini korumaktadır.

Sayın Fikret İlkiz'e değerli eserinden dolayı teşekkür eder, nice çalışmalarda birlikte olmayı ümit ettiğimizi belirtmek isterim.

Doç. Dr. Ozan Ergül

TBB İHM YK Üyesi

4 Vedat Şorli v. Türkiye Kararı (Başv. no. 42048/19, K.T. 19 Ekim 2021).

1. GİRİŞ

Hukuk düzeni, toplumsal yaşamın sürdürülmesinde bireysel ve toplumsal değerleri korur. Ceza hukuku politikasına bağlı olarak “hakaret” ve “sövme” fiillerinin suç olarak kabul edilmesi veya hakaret fiilinin suç olmaktan çıkarılması mümkündür. Devletler ceza kanunlarında özel tahkir suçları, yani kişinin aşağılanması, onurunun kırılması veya onuruna dokunulması hallerinde “özel hakaret” suçları da kabul edebilirler.

Hakaret fiillerinin suç olmaktan çıkarılmasını savunan görüşe göre; ceza hukuku tedbirlerine başvurulmadan özel hukuka ilişkin hukuki düzenleme ve kurullarla tatmin edici sonuç alınabilir, kişilerin mağduriyetleri önlenir. Çünkü ceza hukuku cezalandıran değil, son çare olma yani “*ultima ratio*” özelliğinden dolayı toplum için “*elzem olan*” hukuksal değerleri koruma işlevine sahiptir. Bundan dolayı toplumsal bir yarar sağlamaktan ziyade bireysel bir mahiyet taşıyan kişi şeref ve haysiyetinin korunması, ceza hukukunun işlevi dışında kalmaktadır. Bu gerekçeye göre kişinin şeref ve haysiyetine yönelen fiillerin hukuk düzeni içinde bir haksız fiil olarak düzenlenmesi ve özel hukuk yaptırımlarına konu olması gerekli ve yeterli bir uygulama olarak kabul edilmelidir.

Bu görüşe ilişkin en önemli temel gerekçe ise hakaret fiilinin bir suç olarak düzenlenmesinin günümüz şartlarında artık meşru bir amaca hizmet etmediği düşüncesidir. Buna göre, modern çağda bireysel şeref ve haysiyeti ihlal eden fiillerin suç olarak düzenlenmesine gerek yoktur.

Türk Ceza Kanunu’nda “*Cumhurbaşkanına Hakaret*” (TCK madde 299), “*Devletin egemenlik alametlerini aşağılama*” (TCK madde 300), “*Türk Milletini ve anayasal kurumları aşağılama*” (TCK madde 301), “*Yabancı devlet bayrağına karşı hakaret*” (TCK madde 341) özel tahkir suçları olarak kabul edilmiştir.

Türk Ceza Kanunu’nun “*Devletin Egemenlik Alametlerine ve Organlarının Saygınlığına Karşı Suçlar*” bölümünde Cumhurbaşkanına hakaret suçu “özel” olarak yer almıştır. Maddeye göre Cumhurbaşkanına hakaret eden kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Suçun alenen işlenmesi hâlinde, verilecek ceza altıda biri oranında artırılır. Bu suçtan dolayı kovuşturma yapılması, Adalet Bakanının iznine bağlıdır (TCK, madde 299).

1.1. CUMHURBAŞKANINA HAKARET SUÇU (TCK 299. MADDE)

5237 sayılı ve 26.9.2004 kabul tarihli Türk Ceza Kanunu 12.10.2004 tarih-25611 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap, Dördüncü Kısım, “Devletin Egemenlik Alametlerine ve Organlarının Saygınlığına Karşı Suçlar” Üçüncü Bölümünde 299. maddede “Cumhurbaşkanına Hakaret” suçu düzenlenmiştir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Devletin Egemenlik Alametlerine ve Organlarının Saygınlığına Karşı Suçlar
Cumhurbaşkanına hakaret

Madde 299- (1) Cumhurbaşkanına hakaret eden kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) (Değişik: 29/6/2005 – 5377/35 md.) Suçun alenen işlenmesi hâlinde, verilecek ceza altıda biri oranında artırılır.

(3) Bu suçtan dolayı kovuşturma yapılması, Adalet Bakanının iznine bağlıdır.

Bu suçun koruduğu hukuksal değer devleti temsil eden, yürütme organının başı olan Cumhurbaşkanının şahsında devletin saygınlığıdır. Yasa koyucu bu hükümlerle, Cumhurbaşkanına olan saygının korunmasını amaçlamıştır. Cumhurbaşkanına yöneltilen hakareti, onun temsil ettiği devletin manevi şahsiyetine yönelmiş sayarak bağımsız bir suç olarak düzenlemiştir.

Bu suçun faili Cumhurbaşkanına alenen veya gıyabında ya da yüzüne karşı hakaret eden herhangi bir kimse olabilir.

Anayasal olarak Cumhurbaşkanı hem bir kişi ve hem bir kurum olarak diğer kurumlardan farklıdır. Kişi ile kurum bütünleşmiştir. Bu nedenle suçun pasif süjesi devletin kişiliği olarak kabul görmektedir. Hakaret fiili ile kişiye de saldırı olduğundan suçun ikinci pasif süjesi Cumhurbaşkanıdır.

Suçun maddi unsuru, Cumhurbaşkanına hakaret ile oluşmaktadır. TCK'nın 299. maddesi Cumhurbaşkanının fonksiyonlarını değil şahsını korumaktadır. Dolayısıyla Cumhurbaşkanına hakaret fiilinin Cumhurbaşkanının görevi ile ilgili veya görev nedeniyle olması zorunlu değildir. Hakaret suçunun Cumhurbaşkanının şahsına karşı işlenmiş olması suçun oluşumu için yeterli görülmektedir. Suçun oluşması için Cumhurbaşkanına somut bir fiil veya olgu isnadı gerekir. Bu fiil veya isnat Cumhurbaşkanıyı küçük düşürmeye yönelik olmalıdır.

Cumhurbaşkanı muhatap alınarak huzurda veya gıyabında söz yazı, işaret, karikatür, mektup, telgraf, telefon, twittter, basın yayın ve/veya benzeri araçlar yoluyla hakaret suçu işlenebilir. Suçun alenen işlenmesi TCK'nın 299. maddesinin 2. fıkrasında bu suçun nitelikle hali olarak kabul edilmektedir. Suç failinde kast bulunması yeterlidir, failin saiki önemli sayılmaz. Fiilin, eleştiri veya savunma hakkı ya da hiciv, şaka, mizah maksadıyla işlendiğinin ileri sürülmesi halinde; suça konu olan söz, yazı, işaretin anlam ve yoğunluğunun bir bütün halinde değerlendirilmesi, fiilin yer ve zamanı ve sanığın kişiliğinin göz önünde bulundurulması failin kastının belirlenmesi şarttır.

Bu suçun soruşturması resen yapılır. Kamu davasının açılması için yeterli kanıt yoksa kovuşturmayla yer olmadığı kararı verilir.

Ancak kovuşturma yapılması Adalet Bakanının iznine bağlıdır. Savcılık soruşturmayı tamamladıktan sonra soruşturma dosyasını Adalet Bakanlığına göndererek Adalet Bakanından izin talebinde bulunması gerekir. İzin yoksa, mahkeme tarafından "durma" kararı verilir.

Cumhurbaşkanına hakaret suçunun cezai yaptırımını bir yıldan dört yıla kadar hapis cezasıdır. Hâkim TCK'nın 61. maddesinin 1. fıkrasına göre suçun işleniş biçimini gözeterek alt ve üst sınır arasındaki temel cezayı takdir edecektir. Suçun işlenmesi nitelikli hal sayıldığından bu durumda verilecek ceza altıda bir oranında artırılabilir. Bu suçun dava zamanaşımı süresi sekiz yıllık süreye tabidir.⁵

1.2. AİHM KARARLARINDA CUMHURBAŞKANINA HAKARET SUÇU

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) İkinci Bölümü tarafından Vedat Şorli v. Türkiye davasında verilen karar doğrudan TCK'nın 299. maddesi ve uygulaması ile ilgilidir. Ancak, bu karardan önce AİHM tarafından verilmiş kararlar bulunmaktadır. Burada bu davalar ve ilgili AİHM kararları ele alınacaktır.

Konuya ilişkin davaların bazı ortak özellikleri bulunmaktadır. AİHM bu davalarda benzer referanslar yapmış ve Avrupa Konseyinin konuyla ilişkili belgelerini dikkate alarak bunlara kararlarında yer vermiştir.

5 A. Parlar, M. Öztürk, H. Salihoğlu, *Terör Suçları/Devlete ve Anayasal Düzene Karşı Suçlar*. Bilge Yayınevi Ocak 2018. s. 39 vd.

1.2.1. Otegi Modragon v. İspanya

(Başv. no. 2034/07, K.T. 15.3.2011),

AİHM'in Otegi Modragon v. İspanya davasına ilişkin kararı konuya ilişkin ilk karar olarak dikkat çekmektedir.

21 Şubat 2003 tarihinde, *Audiencia Nacional*'in 6 numaralı merkez sorgu hâkimi tarafından verilen bir emir uyarınca, günlük bir gazete olan *Euskaldunon Egunkaria*'nın ofisi bu gazetenin ETA ile bağlantıları olduğu iddiasıyla aranmış ve sonra da kapatılmıştır. Gazetenin üst düzey yöneticileri (yönetim kurulu üyeleri ve yazı işleri müdürü dâhil) on kişi tutuklanmıştır. Tutuklanan kişiler beş gün gizli gözaltında kalmıştır. Daha sonra polis gözetimi altında kötü muameleyle maruz kaldıkları şikâyetinde bulunmuşlardır.

26 Şubat 2003'te Bask Bölgesi Özerk Bölgesi Başkanı Biscay ilindeki bir elektrik santralının açılışında İspanya Kralı'nı konuk etmiştir. Aynı gün San Sebastián'da yapılan bir basın konferansında başvuru sahibi Otegi Mondragon "Sozialista Abertzaleak" parlamento grubunun" sözcüsü olarak *Egunkaria* gazetesinin durumunu politik olarak özetlemiştir.

Bir gazeteciye cevap verirken, Kral'ın Bask Bölgesine yaptığı ziyaretin "acınası (patetik)" olduğunu söylemiştir. Bask Bölgesi Başkanının projenin açılışını Juan Carlos Bourbon ile birlikte yapması "gerçek bir utanç" ve "fotoğraflarının binlerce kelimeye bedel" olduğunu eleştiri olarak konuşmasına eklemiştir. Milli Muhafızların (*Guardia Civil*) başkanı ve İspanyol silahlı kuvvetlerinin başkomutanı olan İspanya Kralı ile birlikte bir projenin açılışını yapmanın kesinlikle acınacak bir durum olduğunu söylemiştir. *Egunkaria*'ya karşı yapılan polis operasyonu hakkında ise Kral'ın bu operasyonla bağlantılı olarak tutuklananlara işkence edenlerin komutanı olduğunu da eklemiş ve şu şekilde konuşmuştur:

"Kral İspanyol ordusunun başkomutanıyken, başka bir deyişle işkencecilerin şefiyken, işkenceyi savunurken ve monarşi rejimini işkence ve şiddetle halkımıza kabul ettirmeye çalışırken, nasıl oluyor da bugün Bilbao'da İspanya Kralı ile fotoğraf çektirebiliyorlar?"

İspanya'da Yüksek Mahkemesi Kral'a karşı ciddi hakaret saldırısı nedeniyle Mondragon'u bir yıl hapse mahkûm etmiş ve hüküm süresi boyunca seçime katılma hakkını askıya almıştır.

Otegi Mondragon, AİHM'e bireysel başvuruda bulunarak Kral hakkındaki sözleri nedeniyle verilen mahkûmiyet kararı ile ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

AİHM bu davada yapmış olduğu inceleme sırasında ilk olarak Bakanlar Komitesi tarafından 12 Şubat 2004 tarihinde kabul edilen “Medyada Politik Tartışma Özgürlüğü Deklarasyonuna” atıfta bulunmuş ve Deklarasyon’dan bazı maddeleri kararına taşımıştır.

AİHM aynı yöntemi Vedat Şorli v. Türkiye davasında uygulamış ve aynı bildirinin bazı maddelerini kararına taşımıştır.

Başvuru sahibi Mondragon ifade özgürlüğü hakkının ihlali iddiasında Kralın kanunla korunmasına karşı çıkmıştır.

Başvuru sahibi bir devlet başkanına karşı hakaret etme konusunda AİHM’nin *Colombani ve Diğerleri v. Fransa* (Başv. no. 51279/99) ve *Pakdemirli v. Türkiye* (Başv. no. 35839/97) davalarını örnek göstermiştir.

Başvurucu, İspanya Ceza Yasası kapsamında Kraliyete sağlanan aşırı korumanın Sözleşme’nin 10. maddesiyle uyumsuz olduğunu ileri sürmüştür.

Başvurucuya göre;

“Sıradan bireyler ve diğer kurumlar söz konusu olduğunda, ilgili kişinin hüküm giymesini için bir hakaretin ciddi olarak nitelendirilmesi gerekirken, Kraliyet söz konusu olduğunda, her türlü hakaret yeterli bulunmakta ve cezalandırılmaktadır. Kraliyete karşı ciddi hakaret suçu hapis cezası gerektirme konusunda tektir (altı ay ila iki yıl), sıradan mevzuatta ve diğer kurumlar söz konusu olduğunda ciddi hakaretin cezası para cezasıdır. Bu nedenle, söz konusu hükümler Kraliyete “çağdaş uygulama ve politik kavramlarla [çözümlemeyecek] özel bir ayrıcalık vermektedir (*başvuru sahibi yukarıda belirtilen Colombani v. Diğerleri, paragraf 68’e atıfta bulunmaktadır*)”.

Başvuru sahibi Avrupa Konseyi üye devletlerindeki, çoğu sıradan hukuk kapsamında egemene yöneltilen saldırılarla ilgili yasal eğilimleri ima etmiştir. AİHM kararında belirtildiği üzere; “Dolayısıyla, Kral’a hakaret etmenin bir suç olması demokratik bir toplumda, özellikle de cezai hakaret ve iftira suçları devlet başkanlarına ya da krallara saygınlıklarına zarar veren beyanlara karşı yeterli çare sağlarken, gerekli değildir.”

Bu görüşten hareketle Devlet Başkanları, Krallar veya Cumhurbaşkanlarının kanunla böyle bir korumaya mazhar olmaları gerekli değildir.

AİHM ileri sürülen görüşlerin değerlendirilmesinde örnek nitelikteki bu kararında şu sonuçlara ulaşmıştır:

1. İfadelerin kendilerine dönülürse, Mahkeme başvuru sahibinin kullandığı dilin provokatif olarak nitelendirilebileceğini kabul etmektedir. Bununla birlikte, genel kaygı konusu olan bir politik tartışmada yer alan herhangi bir birey – elimizdeki davada başvuru sahibi gibi – bazı sınırları, özellikle başkalarının saygınlığı ve hakları açısından bazı sınırları aşmamalıysa da bir dereceye kadar abartma ya da hatta provokasyona izin verilebilir, bir başka deyişle, belirli bir dereceye kadar aşırılığa izin verilebilir (bkz. yukarıda sözü edilen *Mamère*, paragraf 25). Mahkeme, başvuru sahibinin konuşmasındaki bazı sözlerin Kral tarafından simgelenen kurumunu çok olumsuz bir ışık altında göstermekteyse de şiddet kullanımını içermediğini ve nefret söylemi anlamına gelmediğini tespit etmiştir ki Mahkemenin görüşüne göre dikkate alınması gereken temel unsur bunlardır (bakınız, aksi yönde, *Sürek v. Türkiye (no. 1) [GC], no. 26682/95, paragraf 62, ECHR 1999IV*). Mahkeme ayrıca ne ulusal mahkemelerin ne de Hükümetin başvuru sahibinin mahkûmiyetini şiddete tahrik ya da nefret söylemiyle gerekçelendirdiğine dikkat çeker.

Mahkeme aynı zamanda beyanların bir basın toplantısı sırasında sözlü olarak yapılmış olduklarını da dikkate almaktadır, dolayısıyla, başvuru sahibinin bu beyanları halka açıklanmadan önce yeniden formüle etme, düzeltme ya da geri alma olanağı olmamıştır (bakınız *Fuentes Bobo v. İspanya, no. 39293/98, paragraf 46, 29 Şubat 2000, ve Birol v. Türkiye, no. 44104/98, paragraf 30, 1 Mart 2005*).

2. Mahkeme bundan sonra ulusal mahkemelerin başvuru sahibini mahkûm ederken, devletin başına kendisiyle ilgili bilgilerin ya da görüşlerin açıklanmasına ilişkin olarak başka insanlardan (hakaret konusunda sıradan yasa ile korunan) ya da kurumlardan (örneğin Hükümet ve Parlamento) daha fazla koruma sağlayan ve hakaretimiz beyanlar için daha ağır cezalar öngören Ceza Yasası, madde 490 paragraf 3'e dayandıklarına dikkat çeker (bkz. yukarıda paragraf 27-29). Bu bağlamda, Mahkeme, hakaret konusunda özel bir yasayla daha fazla koruma sağlamanın kural olarak Sözleşmenin ruhuna uygun olmadığını zaten belirtmiştir.

Mahkeme, yukarıda sözü edilen *Colombani ve diğerleri* davasındaki hükmünde, 29 Temmuz 1881 tarihli Fransa Yasası'nın 36. bölümünü incelemiştir, o tarihten bu yana yasadaki yabancı devlet başkanlarına ve diplomatlara karşı suçlar açısından feshedilmiştir.

Mahkeme, 1881 Yasası'nın 36. bölümünün yabancı devlet başkanlarına sadece fonksiyonları ya da statülerine dayanarak onları eleştiriye karşı

koruyan özel bir ayrıcalık tanıdığını gözlemiştir; bu, Mahkemenin gözünde çağdaş uygulamalar ve politik kavramlar ile bağdaşmamaktadır.

Bu nedenle, Mahkeme, ifade özgürlüğünü bozanın saygınlıklarına bir saldırıda bulunulduğunda herkesin kullanacağı standart prosedürü kullanma hakkı değil, 36. bölümle yabancı devlet başkanlarına sağlanan özel koruma olduğu kararını vermiştir (bakınız yukarıda sözü edilen *Colombani ve diğerleri*, paragraf 69).

Yukarıda sözü edilen *Artun ve Güvener* davasında, *Colombani ve diğerleri* davasında yabancı devlet başkanları konusundaki bulgularının bir devletin kendi devlet başkanının saygınlığını korumadaki çıkarına daha da kuvvetle uygulandığı görüşüne varmıştır.

Mahkemenin görüşüne göre bu çıkar devlet başkanıyla ilgili bilgileri ve görüşleri aktarma hakkı ile kıyaslandığında devlet başkanına ayrıcalıklı bir statü ya da özel koruma vermenin gerekçesi olamaz (bkz. yukarıda sözü edilen *Artun ve Güvener*, paragraf 31; ayrıca hukuk davalarında Cumhurbaşkanının statüsünün aşırı korunması açısından bkz., yukarıda sözü edilen *Pakdemirli*, paragraf 52).

3. Mahkeme, Türkiye gibi bir cumhuriyet sistemi ile karşılaştırıldığında görülen farklılıklara karşın, bu açıdan kendi içtihadında koyduğu ilkelerin, Hükümet tarafından işaret edildiği üzere eşsiz bir kurumsal konumda bulunan Kral'ın İspanya gibi bir monarşide de geçerli olduğunu düşünmektedir.

Yukarıda sözü edilen *Pakdemirli* davasında Cumhurbaşkanına verilen aşırı koruma bu makamda bulunan kişinin politikacı statüsünü bıraktığı ve bir devlet adamı statüsünü kazandığı gerçeğinden yola çıkmaktaydı (bkz. yukarıda sözü edilen *Pakdemirli*, paragraf 51).

Mahkemenin görüşüne göre Kral'ın politik tartışmalarda yansız bir konumda bulunduğu ve devletin bütünlüğünün bir simgesi ve bir arabulucu olduğu gerçeği, Kral'ı resmi görevlerini yerine getirirken ya da –elimizdeki davada olduğu gibi– simgelediği devletin bir temsilcisi olma yetkisinde bütün eleştirilere karşı, özellikle de monarşi dahil devletin yasal yapılarını yasal yolla sorgulayan kişilerden korumamalıdır.

Bu bağlamda, Mahkeme, ilk davada başvuru sahibini beraat ettiren Bask Bölgesi Yüksek Adalet Mahkemesinin anayasal bir kurumun eleştirisininin

ifade özgürlüğü hakkı kapsamı dışında olmadığını gözlemlediğine dikkat çeker (bkz. yukarıda paragraf 13).

Mahkeme, kurulu düzene saldıran, şoke eden ya da reddeden fikirlerin aktarılmasına gelindiğinde, ifade özgürlüğünün daha da önemli olduğunu vurgular (bkz. *Dalgalar üzerindeki Kadınlar ve Diğerleri v. Portekiz*, (Başv. no. 31276/05, paragraf 42, 3 Şubat 2009). Ayrıca, Kral'ın İspanya Anayasası kapsamında özellikle cezai hukuk açısından "sorumlu olmadığı" gerçeği, Kral'ın kişisel saygınlığına tabi olan, Devletin en tepesindeki konumunda olası kurumsal ya da hatta sembolik yükümlülüğü ile ilgili özgür tartışmaya bir engel olmamalıdır."

AİHM Otegi Mondragon v. İspanya Davası Kararına Göre:

1. Kral veya devlet başkanlarının eleştirisinde, haklarında görüş açıklanmasında şiddet, nefret ve tahrik içermedikçe abartmaya izin verilebilir ve provakatif dil kullanılabilir.
2. Hükümete, Parlamento, Devlet Başkanlarına, Devlete ait bilgilerin ya da görüşlerin açıklanması hakkına ilişkin olarak hakaret konusunda sıradan yasa ile korunan başka insanlardan daha fazla koruma sağlayan ve hakaretimiz beyanlar için daha ağır cezalar öngören ceza yasası düzenlemeleri kabul edilemez. Bu bağlamda, hakaret konusunda özel bir yasayla Devlet Başkanlarına, daha fazla koruma sağlamak kural olarak AİHS'nin ruhuna uygun değildir.
3. Devlet başkanlarına sadece fonksiyonları ya da statülerine dayanarak onları eleştiriye karşı koruyan özel ayrıcalık tanınmaz, Devlet başkanlarına ayrıcalıklı bir statü ya da özel koruma vermenin hiçbir hukuki gerekçesi olamaz.
4. Çünkü AİHM kurulu düzene saldıran, şoke eden ya da reddeden fikirlerin aktarılmasında ifade özgürlüğünün daha da önemli olduğunu ve üstün değer olduğunu kabul etmiştir. Devlet Başkanları, Kral ya da Cumhurbaşkanı devlete ve topluma karşı olan sembolik yükümlülükleri özgür tartışmaya bir engel olmamalıdır.

1.2.2. Artun ve Güvener v. Türkiye

(Başv. no. 75510/01, K.T. 26.6.2007)

Konuya ilişkin ele alacağımız ikinci AİHM kararı gazeteciler Meral Tamer Artun ve Eren Güvener'in başvurusu üzerine verilen karardır.

Başvurucu, Meral Tamer Artun tarafından yazılan "Enkazın baş sorumlusu kim?" ve "7.4'lük deprem Demirel'i sarsmaz!" başlıklı yazılar sırasıyla 20 Ağustos 1999 ve 24 Ağustos 1999 tarihlerinde *Milliyet* gazetesinde yayımlanmışlardır. Söz konusu yazılar genel olarak, on binlerce vatandaşın ölümüne neden olan 17 Ağustos 1999 depreminin öncesinde ve sonrasında gerekli önlemleri almayan yetkililerin özellikle de Cumhurbaşkanı Süleyman Demirel'in ihmeline yönelik bir eleştiri içermektedir.

16 Kasım 1999 tarihli iddianame ile Bakırköy Başsavcılığı, Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 158. maddesi uyarınca başvuru hakkında basın yoluyla Cumhurbaşkanı'na hakaret suçundan dolayı ceza davası açmıştır. 27 Eylül 2000 tarihli kararlar Asliye Ceza Mahkemesi, başvurucuları TCK'nın 158. maddesini ihlal ettikleri gerekçesiyle bir yıl dört ay hapis cezasına çarptırmıştır. Başvuruculardan Meral Tamer Artun'un cezası ertelenmiş ve Güvener'in cezası 970.000.000 TL¹ para cezasına çevrilmiştir. Yargıtay, 2 Nisan 2001 tarihinde, ilk derece mahkemesi tarafından alınan kararı onamıştır.

AİHM yapılan başvuru üzerine Cumhurbaşkanı'na hakaret fiili ile ilgili olarak diğer tüm kararlarında olduğu gibi *Avrupa Konseyi çalışmaları ürünü olan* belgelere değinmeyi ihmal etmemiştir.

Bu çerçevede, öncelikle 12 Şubat 2004 tarihinde kabul edilen "Medyadaki Politik Tartışma Özgürlüğü Üzerine Deklarasyon"a gönderme yapılmıştır. Avrupa Konseyi Parlamenterler Asamblesinin AİHS'in 10. maddesine uygun olarak demokratik bir toplumda ifade özgürlüğüne verdiği önemi belirten 1506 (2001) ve 1589 (2003) sayılı Tavsiye Kararlarına da değinilmiştir.

Ayrıca Mahkeme kararında özellikle Türkiye ile ilgili olarak, AİHM kararlarının uygulanması hakkındaki 1297(2002) İlke Kararında, Parlamenterler Asamblesi tarafından dikkat çekilen "özellikle Türk Ceza Kanunu'nun ve terörle mücadele yasalarının uygulanmasında ifade özgürlüğüne aşırı müdahalenin de bulunduğu birtakım sorunların henüz çözülmemiş olduğuna" dair tespitine yer vermiştir.

¹ Olayların meydana geldiği dönemde 665 Euro'ya karşılık gelmektedir.

“Türkiye’nin Yükümlülük ve Vaatlerini Yerine Getirmesi” 1380 (2004) İlke Kararında, (aynı anlamda, bkz. 1381 (2004) İlke Kararında) Parlamenter Asamblesi o yıllarda Türkiye’deki ifade özgürlüğü sorununu ele almıştır. Ceza yasalarına getirilen önemli eksikliklere değinilmiş ve Asamble, “bundan böyle hapis cezası gerektirmeyen iftira, karalama, hakaret suçlarında da bir gelişme” beklediğini ifade etmiştir.

AİHM başvuruyu kabul edilebilir bulmuştur.

Ardından, AİHS’in 10. maddesinin ihlal edildiği iddiasına ilişkin olarak yapılan incelemede verilmiş olan böyle bir mahkûmiyet kararının bir müdahale olarak “demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı” sorunu tartışılmıştır.

AİHM ayrıca Cumhurbaşkanı hakkındaki kabul edilebilir eleştiri sınırlarının ne olduğunu tartışmıştır. AİHM, sınırların halka mal olmuş bir kişi olarak hareket eden siyaset adamları için daha geniş olduğunu birçok kararında kabul etmiştir. Benzer biçimde Cumhurbaşkanı’nın sıradan bir kimse ile karşılaştırıldığında kabul edilebilir eleştiri sınırlarının daha geniş olduğunu belirtmiştir.

Mahkemeye göre, siyasetçilerin fiil ve davranışları kaçınılmaz olarak ve bilinçli bir şekilde, gazetecilerin olduğu kadar vatandaşların da sıkı denetimine tabidir. Bir siyaset adamı, özellikle de kendisi eleştiriye yol açabilecek halka açık konuşmalar yaptığı cihetle hakkında yapılan eleştirilere ve görüş açıklamalarına daha fazla hoşgörü göstermelidir. Elbette siyaset adamının namını, şöhretini sadece özel hayatıyla sınırlı kalmayacak şekilde, koruma hakkı vardır.

Bu korumanın şartları ile siyasi sorunların özgürce tartışılmasının getirdiği yararlar denge içinde olmalı ve bu çerçevede ifade özgürlüğüne getirilecek istisnalar için dar yorum yapılmalıdır. AİHM bu görüşüne dayanak olarak özellikle, *Oberschlick v. Avusturya* *Lingens v. Avusturya* ve *Pakdemirli v. Türkiye* kararını göstermiştir.

AİHM kuşkusuz dava konusu yazıların, 1999 yılında meydana gelen depremin öncesinde ve sonrasında gerekli önlemleri almayan yetkililere ve ülkenin kötü yönetiminden sorumlu tutulan dönemin Cumhurbaşkanı’na yönelik şiddetli bir eleştiri içerdiğini kabul etmiştir.

AİHM kararında kamu yararına ilişkin olarak eleştiri özgürlüğünün belli bir düzeyde abartıya hatta provokasyona imkân tanıdığını kabul etmektedir.

O halde *Erdoğdu v. Türkiye* (Başv. no: 25723/94) kararına atıf yapan AİHM, Cumhurbaşkanının çok sert eleştirilebileceğini Pakdemirli v. AİHM kararına atıf yaparak kabul etmiştir.

Mahkemeye göre, devlet başkanlarına onlarla ilgili bilgilerin ve fikirlerin gündeme getirilmesi sırasında diğer kişilere göre daha fazla koruma sağlanamaz.

AİHM, öncelikle yasal düzenleme bakımından, TCK'nın 158. maddesinin Cumhurbaşkanına koruma sağladığını tespit etmektedir. Söz konusu bu hüküm, "tahkir" veya "tezyif" olarak getirilebilecek yorumlara bağlı olarak, Cumhurbaşkanını hakarete karşı korumaktadır.

Bu bağlamda AİHM, *Colombani ve Diğerleri v. Fransa* kararında yabancı devlet başkanlarına ilişkin olarak verilen kararın, daha ziyade bir devletin kendi başkanının itibarını koruma hususundaki menfaati ile ilgili olduğu kanaatindedir.

Böyle bir menfaat, kendisi ile ilgili bilgilendirme ve fikirler ifade etme hakkı karşısında, bir devlet başkanına ayrıcalık veya özel bir koruma tanımayı haklı çıkarmamaktadır. *Colombani ve diğerleri v. Fransa* (Başv. no: 51279/99) ve *Pakdemirli v. Türkiye* davalarının özü de budur. Aksini düşünmek, bugünkü siyasi uygulama ve kavramlarla bağdaşmamaktadır.

AİHM, Parlamenter Asamble'nin çalışmalarının yönelimini ve Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerde söz konusu konudaki uygulama ve yaptırıma ilişkin gelişimi hatırlatmaktadır. Ayrıca, basın alanında işlenen bir ihlal için hapis cezası verilmesinin gazetecilerin ifade özgürlüğü ile ancak, istisnai hallerde, özellikle de örneğin, nefret veya şiddete teşvik söylemi hipotezinde (Sürek ve Özdemir v. Türkiye, (Başv no:23927/94 ve 24277/94) olduğu gibi diğer temel haklara ciddi saldırı olması durumlarında çelişmez.

Önceden de belirtildiği gibi, mevcut dava koşullarında hiçbir şey hapis cezası verilmesini haklı çıkaracak nitelikte değildi. Başvuruculardan Artun'un cezasının ertelenmiş ve Güvener'in cezasının para cezasına çevrilmiş olmasına karşın, doğası gereği böyle cezalar kaçınılmaz olarak caydırıcı bir etki yaratmaktadır. Böyle bağışlayıcı hareketler, hiç kuşkusuz, başvuranların durumunu hafifletmeyi amaçlasa da başvuranlarının mahkumiyetlerini, adli sicil kaydının medyada çalışanların özellikle de gazetecilerin çalışma tarzları üzerinde olabilecek uzun süreli, iz bırakan ve cesaret kırıcı olumsuz etkilerini silmemektedir (*mutatis mutandis, Cumpănă ve Mazăre, Scharsach ve New Verlagsgesellschaft v. Avusturya*, (Başv. no: 39394/98).

Özetle, AİHM, mevcut durumda, yerel mahkemelerin, başvuruların ifade özgürlüğüne “zorunlu” kısıtlama getirilmesinin ötesine geçtiklerini düşünmektedir.

Bu nedenle AİHS'nin 10. maddesi ihlal edilmiştir.

1.2.3. Pakdemirli v. Türkiye

(Başv. no. 35839/97 K.T. 22.2.2005)

Başvurucu, bir siyaset adamı hakkında küçük düşürücü ifadeler kullandığı gerekçesiyle fahiş tutarda tazminat ödemeye mahkûm edilmesi üzerine AİHS'in 6. maddesi ile 1 No'lu Ek Protokol'un 1. maddesinin ihlal edildiği iddiasıyla AİHM'ye başvuruda bulunmuştur. (Uyuşmazlık konusu olan ifadelerden hakaret kabul edilenler; “yalancı”, “iftiracı”, “Çankaya'nın şişmanı”, “dar kafalı”, “lastikleri patlasın”, “öbür dünyaya gidince Allah affetmez”).

Başvuran Ekrem Pakdemirli ANAP (Anavatan Partisi) Genel Başkan Vekili olan siyasetçidir.

Başvuran 14 Nisan 1995 tarihinde yapılan bir basın toplantısında konuşma yaparak, Cumhurbaşkanı Süleyman Demirel'i ANAP'tan iki bakanın milletvekili dokunulmazlığını'nın kaldırılması nedeniyle eleştirmiştir. 21 Nisan 1995 tarihinde Demirel, şahsına ve Cumhurbaşkanlığı makamına karşı iftira ve hakarete bulunulduğu gerekçesiyle başvuran hakkında, tazminat davası açmıştır. Demirel başvuranın, nezaketten yoksun, küçültücü, aşağılayıcı, hakaret dolu ve iftira niteliğinde sözler sarf ettiğini iddia etmiştir.

Başvuran Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinde öngörülen kriterler uyarınca mahkûm edilmesinin, Anayasa'nın 10. maddesince güvence altına alınan kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olmadığını ifade etmiştir.

12 Temmuz 1995 tarihinde, Ankara Asliye Hukuk Mahkemesi başvuranı, Sn. Demirel'in şikayetinde yer alan söz konusu konuşmadan yapılmış alıntılara dayanarak, beş milyar Türk lirası tazminat ödemeye mahkûm etmiştir. 3 Haziran 1996 tarihinde Yargıtay, ilk derece mahkemesinin bu kararını onanmıştır.

Başvuran, dönemin Cumhurbaşkanı Sn. Demirel hakkındaki sözlerinden ötürü büyük miktarda tazminat ödemeye mahkûm edilmesi nedeniyle, AİHS'nin 10. maddesine aykırı olarak ifade özgürlüğü hakkının ihlal edildiğinden şikayetçi olmuş ve AİHM'ye başvurmuştur.

AİHM bu kararında “ifade özgürlüğü, demokratik bir toplumun en önemli temellerinden birisi olup, toplumsal ilerlemenin ve her kişinin gelişiminin başlıca koşullarından birini teşkil etmektedir. AİHS’nin 10. maddesinin 2. fıkrası saklı kalmak koşuluyla, ifade özgürlüğü, yalnızca iyi karşılanan ya da zararsız veya önemsiz olduğu düşünülen değil, aynı zamanda kırıncı, hoş karşılanmayan ya da kaygı uyandıran ‘bilgiler’ ya da ‘düşünceler’ için de geçerlidir: çoğulculuk, hoşgörü ve açık düşünce bunu gerektirir ve bunlar olmaksızın ‘demokratik bir toplum’ olamaz. 10. maddede benimsenen ifade özgürlüğü bu şekilde olmakla birlikte, yine de bu, dar bir yorum gerektiren istisnalar içermektedir ve bu hakkı kısıtlama ihtiyacının ikna edici bir biçimde ortaya konması” gerektiğinin altını çizmektedir.

“Herkes için değerli olan ifade özgürlüğü, seçmenlerini temsil eden, onların kaygılarına işaret eden ve çıkarlarını savunan halk tarafından seçilmiş bir kimse için özellikle değerlidir. Sonuç olarak, başvuran gibi, muhalefet partisinden bir milletvekilinin ifade özgürlüğüne yönelik müdahaleler, AİHM’yi daha sıkı bir denetim gerçekleştirmeye sevk etmektedir” görüşüyle incelemesini tamamlamıştır.

AİHM’nin bu içtihadı önemini hala korumaktadır.

AİHM bu davada bir müdahalenin varlığı konusunda, hakareten ötürü bir hukuk davasında hükmedilen tazminatın AİHS’in 10. maddesinin alanına giren bir müdahale olarak kabul ederek incelemesini tamamlamıştır.

AİHM bu davada demokratik bir toplumda bu müdahale gerekli miydi sorunu da şöyle yanıtlamıştır:

“AİHM, olayların meydana geldiği dönemde iki tarafın konumunun, değerlendirilecek unsurlar arasında ilk sırada yer aldığını not eder: bir yanda milletvekili ve eski bir bakan olan başvuran, diğer yanda ise Cumhurbaşkanı Sn. Demirel vardır. Ayrıca başvuran, olaylardan önce iktidarda olan Anavatan Partisi’nin Genel Başkan yardımcısıdır ve aynı dönemde Sn. Demirel ana muhalefet partisi lideri olarak politik arenada daha aktif bir konuma sahiptir. Sonuçta her iki isim de siyaseten çekişmeli uzun bir geçmişe sahiptir. İkinci olarak AİHM, davaya ait olayların da siyasi bağlamda yer aldığını tespit eder.

Kabul edilebilir eleştiri sınırları hususunda ise AİHM, sıradan bir kimse ile karşılaştırıldığında bu sınırların, halka mal olmuş bir kişi olarak hareket eden siyaset adamları için daha geniş olduğunu birçok kez kabul etmiştir. Siyasetçilerin fiil ve davranışları, kaçınılmaz olarak ve bilinçli bir şekilde, gaze-

tecilerin olduğu kadar vatandaşların, hepsinden çok da siyasi rakibinin sıkı bir denetimine tabidir. Bir siyaset adamı, özellikle de kendisi eleştiriye yol açabilecek halka açık konuşmalar yaptığı zaman daha fazla hoşgörü göstermelidir. Elbette siyaset adamının namını koruma hakkı vardır, hatta özel yaşamının dışında bile, fakat ifade özgürlüğüne getirilen istisnalar dar bir yorumu zorunlu kıldığından, bu korumanın gerektirdikleri ile siyasi sorunların özgürce tartışılmasının getirdiği yararlar denge içinde olmalıdır (Bkz., özellikle, *Oberschlick v. Avusturya* (no:2), 1 Temmuz 1997 tarihli karar, *Derleme 1997-IV*, ss. 1274-1275, § 29 ve adı geçen *Lingens*, s. 26, § 42).

Bu durumda AİHM, sözkonusu konuşmanın içeriği ile ilgili olarak, başvuranın kullanmış olduğu bazı kelimelerin (“yalancı”, “iftiracı”, “Çankaya’nın şişmanı”, “dar kafalı”, “lastikleri patlasın”, “öbür dünyaya gidince Allah affetmez”), siyasi bir eleştiri olmaktan çok bir hakaret ve beddua tufanı olduğunu gözlemlemektedir. Polemik gibi görünen ve belli ölçüde asılsız bir kişisel saldırı içeren bu sözlerin, ilgili kişiler ve konuşmanın çerçevesi politik alanda yer alsın bile siyasi bir tartışma içindeki bir görüş kapsamında çözümlenebilmesi zordur (Bkz., *a contrario*, *Oberschlick* (no:2), adı geçen karar, s. 1276, § 33).

Diğer yandan AİHM, başvuranın yerel mahkemeler ve AİHM önünde, Sn. Demirel’in rakip parti yöneticilerine karşı kullanmış olduğu sözlere gönderme yaptığını gözlemlemektedir. AİHM, siyaset adamlarının birbirlerine karşı kullandıkları bu sözlerin açıkça şiddetli tepkiler yaratmaya yönelik olduğunu belirtir.

(...) AİHM diğer yandan, başvuranın toplumdaki yerinin, özellikle eğitim seviyesi ile üniversite profesörü olarak statüsünün ilgili kişinin aleyhine işleyen etkenler olarak belirlediğini tespit etmektedir: “*Davalının sosyal durumu itibariyle üst düzeyde bulunması nedeniyle topluma örnek davranışlarının kendisinden beklenmesi gerekir. Aksine davalının olayımızda, toplum huzurunda davacının kişilik haklarına ağır şekilde ihlalde bulunduğu görülmektedir*”. Bunun ardından hukuk mahkemesi hâkimi, başvuranın milletvekili dokunulmazlığından yararlanamamış olması halinde hakkında uygulanacak olan ceza yasasından bahsetmektedir: “*Ceza Kanunumuzda Cumhurbaşkanına hakaret başlığını taşıyan bölüm hakaret suçunun en ağır hükmünü ihtiva etmektedir. Davalının, Cumhurbaşkanına hakaret suçundan dolayı dokunulmazlığının kaldırılması için Cumhuriyet Başsavcılığı’nın hazırlık evrakı fezlekeye bağlanarak TBMM başkanlığına gönderilmiştir. Fakat TBMM tarafından başvuran hakkında herhangi bir hukuki işlem başlatılmamıştır. Eğer bu suçu herhangi bir Türk vatandaşısı işlemiş olsaydı, CMUK ilgili hükümleri gereğince Suçüstü Hükümlerine*

göre yargılanıp TCK'nın ilgili maddesi gereğince tutuklanarak, tecil ve para cezasına çevrilmeksizin [hapis cezasına] mahkûm olması gerekirdi. Davalı bu eylemi ile dokunulmazlığından yararlanarak bu işlemle karşılaşmamıştır. Bu durum kendisini eyleminden dolayı haklı duruma getirmez.”

AİHM, hukuki cezanın keyfi bir biçimde değerlendirilmiş olduğu görüntüsünü veren bir diğer kaygı verici unsur daha inceleyecektir: söz konusu değerlendirme, davacının şahsiyetine yönelik zararın dikkate alınmasıyla değil, Cumhurbaşkanının statüsünün aşırı ölçüde korunması yoluyla yapılmıştır:

“Siyasetçiler arasında sert sözlerin söylenmesi bir derece makul ve siyasetin gereği kabul edilirse de, Devlet Başkanlığı makamında bulunan kişinin bu makama gelmekle politikacılık sıfatından arınıp, Devlet Adamlığı sıfatını kazandığından bu kişiye karşı suç teşkil edecek davranışları makul görmek mümkün değildir(...)Davacı, Devletimizin içte ve dış ülkelerde temsilcisidir. Onun kişiliğine karşı sarf olunan ağır sözler, aynı zamanda Cumhurbaşkanlığı makamının manevi şahsiyetini zedelediği gibi temsil ettiği Türkiye Cumhuriyeti'nin kanı, teri, şehitleri ve gazileri ile kurulmuş, kurucusu ulu Atatürk tarafından Türk milletine emanet edilmiştir. Herkesin emanet edilen Türkiye Cumhuriyeti'ni korumak ve kollamak görevidir. Bu durum karşısında, davalının ağır hakaretinin vahameti açık ve seçik görülmektedir, içeride ve dışarıda Türkiye'yi parçalamak isteyenler varken, Cumhurbaşkanlığı makamının zaafa uğratılması bu güçlere cesaret verir.”

AİHM daha önce de suç alanında özel bir yasa ile artırılan korumanın ilkesel olarak AİHS'nin ruhuna aykırı olduğunu ifade etmiştir. AİHM, *Colombani ve diğerleri v. Fransa* kararında (Başv. no. 51279/99, §§66-69, CEDH 2002-V) devlet adalarına ve yabancı diplomatlara karşı işlenen suçlara ilişkin yürürlükten kaldırılan 29 Temmuz 1881 tarihli Fransız yasasını incelemiş ve güdülen amaçla orantılı olarak karaçalma ve hakaretin yasayla suç sayılmasının, herkes için olduğu gibi devlet başkanları için de, şeref ve haysiyetlerine yönelik bir saldırı ya da hakaret dolu sözlerin cezalandırılmasını sağlamaları açısından yeterli olduğunu hatırlatmıştır (Bkz., adı geçen *Colombani* kararı, 67. Paragraf). AİHM ancak, ilgili yasa hakkındaki görüşünü, daha doğrusu hâkimin kişisel kanaatini açığa vuracak şekilde yasayı yorumladığı ve bu yasayla öngörülen “ tarafların durumu” kriterinin bir ayrıcalığı belirtmek için desteğe dönüştürüldüğü keyfi takdir konusundaki düşüncesini yineleyebilir.”

Son olarak AİHM, hâkimin, Cumhurbaşkanının maruz kaldığı manevi zarar konusundaki son derece katı anlayışına dikkat çekerek ulusal mevzuat ve içtihatlardaki orantılılık ilkesine aykırı olarak hâkimin cezalandırıcı düşünme biçimi nedeniyle tazminatın hukuki bir cezaya dönüştürüldüğü fikrindedir.

Sonuç olarak AİHM uyuşmazlık bir tazminat davası olsa bile cezaya dönüşüğünü kabul etmektedir. AİHM, başvuranın tazminat ödemeye mahkûm edilmesinin “kanunla öngörüldüğü” ve AİHS’nin 10§2 maddesi uyarınca “meşru bir amaç” güttüğü kanaatindedir.

AİHM kararına göre; “Bununla birlikte mevcut davada yasanın uygulanış biçimi şüphelidir. Sonuç olarak, verilen tazminat cezasının miktarı, bu tür davalarda genellikle verilen tutarlarla ve söz konusu konuşmanın ağırlığıyla karşılaştırıldığında, ulusal yasalarla gözetilen amaç ile makul bir orantılılık ilişkisi kesin olarak bulunmadığı için, bu kadar büyük bir miktarda tazminat cezası verilmesinin “demokratik bir toplumda gerekli” olduğu kabul edilemez.”

Dolayısıyla AİHS’nin 10. maddesi ihlal edilmiştir.

1.2.4. Önal v. Türkiye Kararı (No. 2)

(Başv. no. 44982/07, K.T. 2.07.2019 Kesinleşme 2 Ekim 2019)

AİHM’nin bu kararı içerik olarak eski TCK’nın 158. ve 159. maddeleri ile yeni TCK’nın 299. maddede yer alan hakaret/ anayasal devlet kurumlarının tahkir ve tezyifi/ cumhurbaşkanına hakaret suçu bakımından en önemli ve dikkat çekici kararlardan birisidir. Bu karar daha sonra verilen birçok kararda tekrarlanmış ve halen aynı gerekçeler ifade özgürlüğü ihlali kararlarında yer almaktadır.

AİHM Cumhurbaşkanına hakaret için öngörülen cezai yaptırımla ilgili olarak, Devlet kurumlarını temsil eden kişilerin, devlet organlarındaki işgal ettiği baskın konumdan dolayı ceza yolunu kullanmalarının kısıtlanması gerektiği görüşündedir. Açılan ceza davalarında verilen cezalar ağırdır. Sadece “sembolik” ceza bile olsa bir mahkûmiyet kararıdır ve önlenmelidir. Cezalar caydırıcıdır ve adil bir dengeye sahip değildir. AİHM bu davada da Sözleşme’nin 10. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Başvuran Ahmet Önal 28 Eylül 2007 tarihinde AİHM’ye bireysel başvuruda bulunmuştur. Başvuran, Cumhurbaşkanına hakaret, Cumhuriyeti ve Devlet’in güvenlik güçlerini tahkir suçlarından cezaya mahkûm edilmiş olması sebebiyle, ifade özgürlüğü hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

Başvuranın Pêri Yayınevi, 1999 yılının aralık ayında, “Teyrê Baz [kartal] ya da bir Kürt iş adamı: Hüseyin Baybaşın” başlıklı bir kitap yayınlamıştır. Bu

kitap, Kürt asıllı bir iş adamı olan ve uyuşturucu madde taşıyıcılığından ve PKK (Kürdistan İşçi Partisi, yasa dışı silahlı bir örgüt) üyeliğinden suçlanan sanık Hüseyin Baybaşın'ın biyografisidir. (Kitap içeriği için bkz. Önal v. Türkiye, (Başv. no. 41445/04 ve 41453/04, § 6, K.T. 2 Ekim 2012)

Beyoğlu Cumhuriyet Savcısı, 22 Mart 2000 tarihli iddianameyle, başvuranı, söz konusu kitabın içeriği sebebiyle, Cumhurbaşkanına hakaret, Cumhuriyet'i ve Devletin güvenlik güçlerini tahkir fiillerinden suçlamıştır. Cumhuriyet Savcısı, olayların meydana geldiği tarihte yürürlükte olan eski TCK 158. maddesinin 1. fıkrası ve 159. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, ilgilinin cezalandırılmasını talep etmiştir.

Beyoğlu Ağır Ceza Mahkemesi 7 Şubat 2006 tarihli kararla yeni Türk Ceza Kanunu (yeni TCK) hükümlerine göre TCK'nın 158. maddesinin 1. fıkrası ve 159. maddesinin 1. fıkrasının, başvuran açısından daha olumlu olduğuna hükmederek, bu hükümler uyarınca, ilgiliyi, atılı fiillerden suçlu bulmuş ve toplam 1.690 Türk lirası adli para cezası ödemeye mahkûm etmiştir.

Ağır Ceza Mahkemesi, kararının gerekçe kısmında, kitabın bazı kısımlarında, eleştiri sınırlarının aşıldığı, söz konusu kısımlarda bir mafya gibi ve mafya gruplarının yöneticisi gibi davrandığı belirtilen, dolayısıyla mafya olarak nitelendirilen Devlet'i tahkir ve yine Cumhuriyet'i tahkir suçlarının işlendiği kanaatine varmıştır.

Ağır Ceza Mahkemesi ayrıca, aşağıda belirtilen kısımlarda, eleştiri sınırlarının aşıldığı ve dönemin Cumhurbaşkanı Süleyman Demirel'e hakaret edildiği kanaatine varmıştır:

“Genelkurmay Süleyman Demirel (...) Birçok bürokratla birlikte uyuşturucu işinde nasıl çalıştıklarını belgeleriyle açıklıyordu.”

“Türkiye’de devlet bir çeteden ibarettir. Çetenin başında da Süleyman Demirel vardı.”

“Kürt savaşından rant sağlayan Demirel’in başını çektiği çetenin dışında kalan herkes çözümden [Kürt sorununun çözümünden] yanaydı.”

Demirel Özal’ı bertaraf etmek için tüm gücünü kullandı. Özal’ı kurşunladılar. Ölmedi (...) Demirel çetesiyle birlikte devlete yeniden topyekûn hâkim oldu.”

“Çete bu dönemde devlet eliyle cinayeti meşrulaştırdı.”

Son olarak Ağır Ceza Mahkemesi, kitabın bazı kısımlarının basit eleştiriler olarak değerlendirilemeyeceği ve Devletin güvenlik güçlerini tahkir niteliği taşıdığı kanaatine varmıştır.

Yargıtay, 3 Nisan 2007 tarihinde, başvuranın temyiz başvurusunu reddetmiş ve Ağır Ceza Mahkemesinin kararını onamıştır.

AİHM Avrupa Konseyi'nin metinlerinden 16. Bakanlar Komitesi tarafından 12 Şubat 2004 tarihinde kabul edilen Medyada Siyasi Tartışma Özgürlüğü Bildirisi'nin bazı bölümlerine ve Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin "Hakaretin Suç Olmaktan Çıkarılmasına Doğru" başlıklı, 1577 (2007) sayılı kararının bazı maddelerine atfı yapmıştır. AİHM Venedik Komisyonu'nun 106. Genel Kurul toplantısında (Venedik 11-12 Mart 2016, CDL-AD (2016)002) kabul ettiği, 831/2015 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 216, 299, 301 ve 314. maddeleri hakkında görüşünün ilgili kısmını kararına aktarmıştır.

Başvurucu cezaya mahkûm edilmiş olması sebebiyle, Sözleşme'nin 10. maddesinde yer alan ifade özgürlüğü hakkının ihlal edildiği demokratik bir toplumda gerekli müdahalenin gerekli olmadığını ve bu cezanın Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlali olduğunu ileri sürmektedir. Hükümet ise söz konusu kitabın içerdiği ihtilaf konusu kısımların, şiddete teşvik eder nitelikte olduğunu ve nefret söylemi teşkil ettiğini, bu unsurların Sözleşme'nin 10. maddesi tarafından korunmadığını savunmuştur.

AİHM Sözleşme'nin 10. maddesine ilişkin şikâyetin kabul edilebilirlik yönünden değil, esas yönünden incelenmesini gerektiren hususlar içerdiği kanaatindedir.

Mahkeme, başvuranın cezaya mahkûm edilmiş olmasının, ifade özgürlüğü hakkının kullanımına bir müdahale olduğu kanaatinde olup *Fatih Taş v. Türkiye* (No. 5), (B. Numarası: 6810/09, § 37, K.T. 4 Eylül 2018) kararına referans vermiştir.

Mahkeme, başvuranın TCK'nın 159. maddesi uyarınca cezalandırılmasının, bu hükümde kullanılan ifadelerin geniş kapsamı sebebiyle, başvuran için öngörülebilirliği hakkında şüphe duymakla birlikte müdahalenin gerekliliği hakkında varmış olduğu sonuç bakımından bu konunun incelenmesine gerek olmadığına hükmetmiştir. Mahkeme ayrıca, ihtilaf konusu müdahalenin Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrası, yani kamu güvenliğinin ve milli güvenliğin korunması bakımından meşru amaçlar izlediğinin kabul edilebilir olduğu kanaatindedir.

Mahkeme, başvuranın Cumhuriyeti ve devletin güvenlik güçlerini tahkir suçlarından mahkûm edilmesinin dışında ilgilinin Cumhurbaşkanı'na hakaret suçundan mahkûm edilmesini ise; "kamu meşru menfaatine ilişkin konular hakkında çıkan tartışmalar kapsamında bir siyasetçiye hakaret edilmesiyle ilgili açılan klasik bir davayı içermekte" olduğu kanısındadır ve *Artun ve Güven v. Türkiye* (Başv. no. 75510/01) kararına atıfla bu davada başvuranın ifade özgürlüğü hakkı ile Cumhurbaşkanı'nın itibarının korunması hakkı arasında bir denge kurulmasını gerektirdiği kanaatindedir.

Mahkeme dolayısıyla, bu iki mahkûmiyet kararının ayrı hukuki konular teşkil ettiğini ve ayrı incelemelere tabi tutulması gerektiğini gözlemlemektedir.

Mahkeme sonuç olarak, başvuranın, Cumhuriyeti ve Devletin güvenlik güçlerini tahkir suçlarından cezaya mahkûm edilmesinin ve diğer taraftan, ilgilinin Cumhurbaşkanı'na hakaret suçundan cezaya mahkûm edilmesinin demokratik bir toplumda gerekliliğini ayrı ayrı ve ard arda incelemenin uygun olduğu kanaatindedir.

Başvuranın Cumhuriyeti ve Devletin güvenlik güçlerini tahkir suçlarından cezaya mahkûm edilmesi hakkındaki konumuz dışındaki değerlendirmesine kısaca değinmek gerekebilir.

Mahkeme, müdahalenin gerekliliğiyle ilgili olarak, ifade özgürlüğü konusundaki içtihatlarından doğan ve bilhassa *Bédat v. İsviçre* ([BD], No. 56925/08, § 48, 29 Mart 2016) kararında özetlenen ilkeleri hatırlatmaktadır. Mahkeme özellikle *Fatih Taş* (No. 5) (yukarıda anılan, §§ 29-35) kararında açıklanan, TCK'nın 159. maddesi veya yeni TCK'nın 301. maddesine dayanılarak başlatılan ceza kovuşturmalarına ilişkin içtihatlarından doğan ilkeleri hatırlatmaktadır.

Mahkeme, başvuranın Cumhuriyeti ve Devletin güvenlik güçlerini tahkir suçlarından cezaya mahkûm edilmesine dayanak gösterilen kitabın ihtilaf konusu kısımlarını inceleyerek, bu kısımların, düşmanca çağrışım yapan bir yazı içerisinde Türk Devletinin olumsuz bir tablosunu çizdiğini ve özellikle mafya olarak nitelendirilen ve birçok suç teşkil eden fiilin isnat edildiği Devlet makamlarına karşı sert ve abartılı eleştiriler içerdiğini tespit etmiştir:

"Mahkeme bununla birlikte, şiddetin meşrulaştırılması olarak yorumlanabilecek "Türkiye'de Kürtlük ve Kürtçe yasaklandığı için halkımız devletle savaşıyor." ifadesi dışında, kitabın söz konusu kısımlarının "gereksiz yere rahatsız edici" veya hakaret edici her türlü nitelikten yoksun olduğu ve şiddete veya nefrete teşvik edici olmadığı kanaatindedir".

Ağır Ceza Mahkemesi gerekçesinde bu yönde bir açıklama da yer almamıştır.

Mahkeme, ulusal makamların, somut olayın koşullarında başvuranı, Cumhuriyeti ve Devlet'in güvenlik güçlerini tahkir suçlarından cezaya mahkûm ederken, ilgilinin ifade özgürlüğü ile izlenen meşru amaçlar arasında adil ve içtihatlarıyla belirlenen ilkelere uygun bir denge gözetmediğı sonucuna varmıştır.

Mahkeme sonuç olarak, başvuranın adli para cezasına mahkûm edilmesinin, ilgilinin kamu menfaatini ilgilendiren konularda kendisini ifade etme isteğı üzerinde caydırıcı bir etki yaratmış olabileceğı ve bu cezanın, zorunlu bir sosyal ihtiyacı karşılamadığı, her hâlükârda, izlenen meşru amaçlarla orantılı olmadığı ve bu sebeple demokratik bir toplumda gerekli olmadığı kanaatinde dir.

AİHM Cumhurbaşkanına hakaret suçundan yaptığı incelemede ise şu sonuca ulaşmıştır:

Mahkeme, özel hayatın korunması ve ifade özgürlüğü konularında oluşturduğu içtihatlardan doğan ilkeleri hatırlatmıştır.

Mahkeme, somut olayda başvuranın, ihtilaf konusu kitabın eski cumhurbaşkanı Süleyman Demirel'e, uyuşturucu madde taşıyıcılığı, Devlet bünyesinde kurulan bir mafyayı yönetme, Kürtlere karşı açılan savaştan çıkar sağlama, kendisinden önceki Cumhurbaşkanı Turgut Özal'ı ortadan kaldırma girişimi ve Devlet tarafından işlenen bazı cinayetleri meşrulaştırma gibi ciddi suçların isnat edildiğı, Ağır Ceza Mahkemesi kararında belirtilen paragrafları sebebiyle, Cumhurbaşkanına hakaret suçundan cezaya mahkûm edildiğini kaydetmektedir.

Mahkeme, "öncelikle bu noktada, iddiaların, eski Cumhurbaşkanının temsil ettiği kurumu değil, doğrudan siyasetçi olarak şahsını hedef aldığı gözlemlenmektedir. Bu bağlamda Mahkeme, bir siyasetçi bakımından kabul edilebilir eleştirinin sınırlarının özel bir şahsa göre daha geniş olduğunu hatırlatmaktadır. Birincisinin eylemleri, kaçınılmaz ve bilinçli bir şekilde hem gazetecilerin hem de vatandaş kitlesinin dikkatli bir kontrolüne maruz kalır; dolayısıyla eleştirilere daha fazla hoşgörü göstermelidir (*Uzan v. Türkiye*, (Başv. no. 569/09, § 40, K.T. 20 Mart 2018).

Mahkeme ardından, kitabın ihtilaf konusu kısımlarında eski Cumhurbaşkanının özel hayatının veya onurunun söz konusu edilmediğini ve açıkça şahsına karşı kişisel bir saldırı bulunmadığını gözlemlemiştir.

Mahkeme, bu durumda söz konusu iddiaların, Süleyman Demirel hakkındaki olaylara ilişkin açıklamalar niteliğini taşıdığını tespit etmektedir. Mahkeme, bu iddiaların yeterli olgusal dayanakları bulunup bulunmadığının dosya içeriğinden anlaşılmadığını gözlemlemektedir.

Mahkeme bütün bu olguların tespitinden sonra mülga 765 sayılı eski TCK'da düzenlenmiş 158. madde ile 5237 sayılı yeni TCK'nun 299. maddesini ve öngörülen cezaları karşılaştırmıştır.

Mahkemeye göre; "Yürürlükte olan yeni TCK'nın 299. maddesi gibi olayların meydana geldiği tarihte yürürlükte olan bu hüküm de, Cumhurbaşkanına, bilgilerin veya bu bilgileri içeren görüşlerin ifşa edilmesi bakımından -ortak hakaret rejimi tarafından korunan- diğer kişilere göre daha yüksek seviyede bir koruma sağlamaktaydı ve hakaret içeren açıklamalarda bulunan kişiler için daha ağır yaptırımlar öngörüyordu (hakaretle ilgili ortak hukukun ceza hükümleri ile Cumhurbaşkanına hakarete ilişkin özel ceza hükümlerini, yani TCK'nın 158 ve 480. maddeleri ile yeni TCK'nın 125 ve 299. maddelerini karşılaştırmak için bkz. Yukarıdaki 10, 12, 13 ve 14. Paragraflar). Bu bağlamda Mahkeme, daha önce, hakaret konusunda özel bir kanunla sağlanan bir korumanın, ilke olarak, Sözleşme'nin niteliğine uygun olmadığına karar vermiştir" (*Colombani ve diğerleri v. Fransa*, No. 51279/99, § 69, AİHM 2002V ve yukarıda belirtilen *Otegi Mondragon*, § 55).

Bununla yetinmeyen AİHM ayrıca, daha önce somut olaya benzer şekilde, başvuranın açıkça TCK'nın 158. maddesi uyarınca cezaya mahkûm edilmesiyle ilgili bir dava olan *Artun ve Güvener* (yukarıda anılan) kararında, bir Devletin, Başkanının itibarının korunmasına ilişkin menfaatinin, kendisi hakkında bilgi edinilmesi ve düşüncelerin ifade edilmesi hakkı karşısında, Başkanına bir ayrıcalık tanınmasını veya özel bir koruma sağlanmasını haklı gösteremeyeceğine hükmettiğini hatırlatmaktadır (yukarıda anılan *Artun ve Güvener*, § 31, ayrıca Cumhurbaşkanı statüsünün medeni alanda aşırı korunmasıyla ilgili olarak bk. *Pakdemirli v. Türkiye*, (Başv. no. 35839/97, § 52, 22 Şubat 2005).

Mahkeme, özellikle Cumhurbaşkanına hakaret için öngörülen cezai yaptırımla ilgili olarak, Devlet kurumlarını temsil eden kişilerin, yetkili makamlar tarafından kurumsal kamu düzenini sağlayıcı sıfatıyla korunmaları, tamamen meşru olsa da bu kurumların işgal ettiği baskın konumun, makamların ceza yolunu kullanmalarını kısıtlamalarını gerektirdiği kanaatindedir. Bu bağlamda Mahkeme, bir müdahalenin orantılılığının ölçülmesi söz konusu olduğunda, verilen cezaların niteliğinin ve ağırlığının da dikkate alınması gereken unsurlar olduğunu hatırlatmaktadır.

Sözleşme'nin 10. maddesiyle korunan haklara yapılan bir müdahalenin orantılılığının değerlendirilmesinde Mahkeme ayrıca, ceza hukuku düzeyinde cezadan yoksun olmakla birlikte tazminat olarak sadece "sembolik 1 avro" ödenmesi yükümlülüğüne hükmedilen bir mahkûmiyet kararı gibi, cezanın mümkün olduğu kadar makul olduğu durumlarda bile bu türden bir ceza yine de cezai bir yaptırımdır ve her hâlükârda, başvuranın ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin haklı gösterilmesi için tek başına yeterli olmadığını hatırlatmıştır.

AİHM bu müdahale ile ifade özgürlüğünün ihlalinin, bu özgürlüğün kullanımına ilişkin olarak caydırıcı bir etkisi olabileceğinin zira verilen para cezalarının nispeten ılımlı niteliğinin, ihlali ortadan kaldıramayabileceğinin birçok defa altını çizmiştir.

Mahkeme, yukarıda belirtilenleri dikkate alarak, mevcut davanın koşullarında hiçbir unsurun, somut olaydaki gibi adli para cezasına hükmedilmesi söz konusu olsa bile, cezai bir yaptırımı haklı gösterebilecek nitelikte olmadığı kanaatine varmaktadır. Bu türden bir ceza, fıtratı gereği, makul miktarına rağmen, özellikle mahkûmiyet kararının ve herhangi bir sabıka kaydının kalıcı etkileri dikkate alındığında, kaçınılmaz olarak caydırıcı bir etki yaratmaktadır.

Mahkeme son olarak, somut olayda Ağır Ceza Mahkemesi tarafından verilen kararı incelemiş ve bu mahkemenin, başvuranın Cumhurbaşkanına hakaret suçundan cezaya mahkûm edilmesi için kitabın ihtilaf konusu paragraflarının, eleştiri sınırlarını aştığı ve Cumhurbaşkanına hakaret edildiği kanaatine vardığını tespit etmiştir. Ağır Ceza Mahkemesinin AİHM tarafından belirlenen değerlendirmelerden hiçbirisinin dikkate alınmadığı, kısa bir gerekçelendirmeyle karar verdiği kanaatindedir. Bu yüzden Mahkemenin, somut olayda; Ağır Ceza Mahkemesi tarafından verilen mahkûmiyet hükmü başvuranın ifade özgürlüğü hakkı ile izlenen meşru amaçlar arasında içtihatlarıyla oluşturulan kriterlere uygun olarak adil bir denge gözetildiği sonucuna varılmasına imkân vermemektedir.

Açıklanan nedenlerle AİHM adil ve Mahkeme içtihatlarına uygun bir denge gözetilmediği ve özellikle hakaret konusunda Cumhurbaşkanına ayrıcalıklı bir koruma sağlanmasını öngören özel hüküm uyarınca başvurana verilmesine hükmedilen, cezai bir niteliğe sahip olan yaptırımın orantılılığının incelenmediği dikkate alındığında, ihtilaf konusu tedbirin, izlenen meşru amaçlarla orantılı olduğunun ve Sözleşme'nin 10. maddesi anlamında demokratik bir toplumda gerekli olduğunun kanıtlanmadığı kanaatindedir.

Mahkeme, yukarıda belirtilenler ışığında, somut olayda Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Bu içtihat diğer AİHM kararlarında tekrarlanacaktır.

1.2.5. Önal v. Türkiye - Farklı Gerekçe (Hâkim Darian Pavli)

AİHM'nin bu kararında yer alan "Hâkim Pavli'nin Sunduğu Farklı Gerekçe" (2019 yılı Ekim ayı) konu bakımından çok önemli bir uyarıya sahiptir.

Buna göre, TCK 299. ve 301. maddelerinde yer alan suçlar bakımından Türkiye'de iç hukuk mevzuatının ve ceza kanunlarının AİHS ve ifade özgürlüğü ile uyumlu hale getirilmesi gerektiğine dikkat çekilmiştir.

Farklı gerekçesinde Hâkim Pavli, başvuran A. Önal'ın Cumhurbaşkanına hakaret suçundan cezaya mahkûm edilmiş olmasıyla ilgili olarak kararda açıklanan sonuç ve gerekçeye katılmaktadır. Başvuranın Cumhuriyeti ve Devletin güvenlik güçlerini tahkir suçlarından cezaya mahkûm edilmesiyle ilgili olarak, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiği yönündeki çoğunluk tarafından bildirilenlerden farklı gerekçelerle kullandığını belirtmiştir.

Bu görüşe göre, eski TCK'nın 159. maddesine ve yeni TCK'nın 301. maddesine dayanılarak açılan ceza davaları AİHM içtihatlarıyla uyumsuzdur.

Hâkim Pavli, AİHM'nin Altuğ Taner Akçam kararını örneklemektedir.

Hâkim, "Başvuranın 'Türklüğü' aşağıladığı gerekçesiyle kovuşturulduğu *Altuğ Taner Akçam v. Türkiye* davasında (Başv. no. 27520/07, §§ 93-96, K.T. 25 Ekim 2011), Mahkeme, 301. maddenin, '**aşırı geniş ve belirsiz olması ve ifade özgürlüğü kullanımına kalıcı bir tehdit getirmesi**' sebebiyle, 'kanunun niteliği' gerekliliğini karşılamadığını" belirtmiştir.

Hâkim Pavli'ye göre, Mahkeme, *Fatih Taş v. Türkiye* (No. 5) (Başv. no. 6810/09, § 45, K.T. 4 Eylül 2018) kararında, TCK'nın 159 ve 301. maddelerine ilişkin "kanunun niteliği" sorusunu yeniden cevaplamaya çalışmıştır. Mahkeme, daha önce, bu iki hükme dayanılarak başlatılan kovuşturmalara ilişkin davalarda en az on üç karar verdiğini ve *Altuğ Taner Akçam*'dan sonraki içtihatlarının gelişimini özetlediğini tespit etmiştir. Mahkeme ardından kararın hüküm kısmında Sözleşme'nin 46. maddesi bağlamında aşağıdaki sonuca dayanan istisnai bir girişimde bulunmuştur:

“Mahkeme diğer taraftan, somut olayda TCK’nın 159 ve yeni TCK’nın 301. maddelerinin uygulanmasından kaynaklanan ihtilaf konusu ceza davasının, ifade özgürlüğüne uygun olmadığına hükmettiğini gözlemlemektedir. (...) Mahkemenin, (...) bu davada ve benzer yargılamalara ilişkin davalarda varmış olduğu sonuçlar (...), TCK’nın 159 ve yeni TCK’nın 301. maddelerine dayanılarak başlatılan kovuşturmalara ilişkin davalarda Sözleşme’nin 10. maddesiyle güvence altına alınan hakkın ihlal edildiğinin tespit edildiği durumların, söz konusu hükümlerin Mahkeme içtihadında belirlenen kriterlere uygun olmayan bir şekilde uygulanmasıyla ilgili bir sorundan kaynaklandığını belirtmektedir. Bu bağlamda Mahkeme, ilgili ulusal hukukun Sözleşme’nin yukarıda belirtilen hükmüne ve Mahkeme içtihatlarına uygun hale getirilmesinin, tespit edilen ihlallere son verilmesine imkân verecek, uygun bir icra şekli teşkil edeceği kanaatine varmaktadır” (italik kısımlar eklenmiştir).

Diğer bir deyişle, Mahkeme, ulusal mahkemelerin, sistematik olarak bu maddelerin kötüye kullanımına karşı yeterli güvenceleri vermemeleri hususuyla birlikte, söz konusu maddelerin açık niteliğinin, bu Sözleşme’nin 10. maddesine uygun olmayan bir hale getirdiği kanaatine varmıştır. Mahkeme, davalı Devleti, iç hukukunu Sözleşme’nin 10. maddesine uygun olarak düzenlemeye davet etmiştir.

Fatih Taş (No. 5) kararında Sözleşme’nin 46. maddesi açısından varılan bu sonuç açıklanmaksızın veya bu sonuca atıfta bulunulmaksızın verilen bu karar, kanunun niteliği konusunda basit “şüpheler” ifade ederek geriye doğru gitmektedir (28. paragraf). Bu aşamada, Sözleşme’nin 10. maddesine ilişkin içtihatlarımızı dikkatli bir biçimde takip eden bir kişinin, bu şaşırtıcı yön değişiklikleri karşısında biraz kafasının karışmış olmasını hoş görmeliyiz. Ve tüm bu süreç boyunca, iç hukuk değişmemiştir. Dağ peygambere gitmezse, peygamber dağa gitmeli midir?

Türk Ceza Kanunu’nun 159. ve 301. maddeleri gibi kanun hükümleri, uygulamadaki gerekçeleriyle düşünce suçuna dönüştürmektedir.

“Aşağılama” kelimesi sadece “haksız veya sert eleştirinin” veya “itibara zarar vermenin” eş anlamlısıdır ve devlet kurumlarının, itibarlı mücadelelerini, ceza mahkemesi hâkimleri önünde değil, normal olarak kamuoyu hâkimlerinin önünde vermesi beklenir. Belki de hala çemberin kuadra türünü çözenin bir yolu vardır, ancak bugün önümüzde bulunan bu dosyada hiçbir unsur, yetkili ulusal makamların ve özellikle ulusal mahkemelerin, böyle bir

başarı gösterdiklerini belirtmemektedir. Yine şu görüşlere yer verildiği görülmektedir:

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin talebi üzerine, Venedik Komisyonu, yakın bir tarihte, 2016 yılında yapılan, söz konusu Türk mevzuatına ilişkin bir incelemede bu konuyu ele almıştır. Komisyon, biraz uzun şekilde alıntılanmayı hak eden ifadelerle görüşünü açıklamıştır:

“Avrupa Mahkemesinin varmış olduğu sonuçlar doğrultusunda, Venedik Komisyonu, yerleşik içtihatların bulunmaması sebebiyle, 301. maddenin birinci paragrafının, öngörülebilirlik kriterlerini karşılayabilmesi için yeterince açık olmadığı kanaatine varmaktadır. Aşağılamanın kamusal bir niteliğe sahip olması gerektiğinin yanı sıra, ‘aşağılama’ ifadesi de açık değildir. Aşağılamanın, söz konusu kanun hükmünde belirtilen değerlere duyulan saygıya zarar vermeyi amaçlayan fiil ve eylemlere dayandığına ilişkin olarak makamlar tarafından (...) yapılan tanım, öngörülebilirlik sorununu da çözmemektedir, zira öncesinde bu hükmün pratikte nasıl uygulanması gerektiğini belirtmeden, sadece tanımda ‘aşağılama’ ifadesi, ‘saygıya zarar verme’ ifadesiyle yer değiştirir. Söz konusu maddenin 3. Paragrafının eleştiri amaçlı bir düşüncenin ifade edilmesinin suç teşkil etmediği hususunun belirtilmesiyle, sorun, tamamen olmasa da kısmen çözülmüştür. ‘Aşağılama’ ve ‘eleştiri’ arasındaki ayrım çizgisi, açık değildir ve bu ayrımın, tamamen mahkemelerin takdirine bırakıldığı görülmektedir. ‘Aşağılama’ ifadesini açıkça tanımlayan yerleşik içtihatlar bulunmadığı sürece, muhtemel kovuşturma ve mahkûmiyet kararları öngörülebilir değildir. Hâlbuki, bu maddede öngörülen cezanın ağırlığı, yani altı aydan iki yıla kadar hapis cezası dikkate alındığında, madde bu yönden özellikle sorunludur.”

Venedik Komisyonu, görüşün sonuç kısmında, 301. maddeyle ilgili olarak, “bu hükmün yeniden gözden geçirilmesini ve barındırdığı bütün kavramları daha açık belirtecek şekilde değiştirilmesini, ayrıca bu hükmün uygulamasının, şiddeti ve nefreti teşvik eden konuşmalarla sınırlandırılmasını” tavsiye etmektedir.

Tartışmanın bu aşamasında, AİHM’in, ulusal yasaları yürürlükten kaldırma yetkisi olan ulusal bir anayasa mahkemesi olmadığı her zaman hatırlatılır. Buna cevabım basit olacaktır: İlk olarak, görülmeyen bir müdahale, Sözleşme’nin 10. maddesine aykırı bir müdahaledir. İkinci olarak, söz konusu

müdahalenin kendisi de 10. maddeye uygun olmayan bir hukuki çerçeve tarafından öngörülmesi durumunda, bu konu bir durumdan diğerine göre çözülemez. Bu türden bir müdahalenin meşru bir konuşma üzerindeki caydırıcı etkisi, ulusal makamlar, bu sansür etkisini sistematik olarak etkisiz hale getirmenin yollarını buldukları konusunda bu Mahkemeyi ikna edene kadar, 10. madde bakımından hoş görülemez.

Sonuç olarak, bu türden bir müdahalenin meşru bir amaç izleyip izlemediğini veya demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını incelemek gerekli değildir ve hatta güncel bağlamda bence haksızdır. Sözleşme’de veya genel olarak “temel hak ve özgürlükleri tanıma” faaliyetinde, bu Mahkemenin yedi başlı Hidra’ya karşı sonsuz bir mücadeleye girmesini gerektiren hiçbir şey yoktur.”

1.2.6. Eon v. Fransa

(Başv. no. 26118/10 K.T. 14.3.2013)

2008 yılında Fransa Cumhurbaşkanı’nın bir ziyareti sırasında, Cumhurbaşkanı’nı korteji geçmek üzereyken, üzerinde “*Casse toi pov’con*” (Kaybol, seni beş para etmez dingil) yazılı bir pankart sallandırılmıştır. Bu, Cumhurbaşkanı’nın kendisi tarafından dile getirilen ve medyada çok sık kullanılarak eleştirilen kendisine ait ifadesini ima etmektedir. Söz konusu ifade, yaygın bir biçimde yorumlara neden olmuş ve medyada geniş yer almış, internette çokça dolaşmış ve gösterilerde slogan olarak kullanılmıştır. Bu pankartı sallandıran kişi hakkında savcı tarafından, Cumhurbaşkanı’na hakaret etmekten soruşturma yapılmış, suçlu bulunmuş ve kendisine otuz avro para cezası verilmiş, bu ceza ertelenmiştir. Başvuranın temyiz başvurusu reddedilmiştir. Konu AİHM önüne taşınmış ve başvuru ifade özgürlüğü hakkının ihlalinin şikâyetçi olmuştur.

AİHM kararına yansıyan tartışmalar bakımından Fransa’da devlet başkanına hakaretin, cezaî bir suç olarak kalmaya devam etmesinin gerekli gerekmediği sorusunu yakından ilgilendirmekteydi ki; bu, Parlamento’da düzenli olarak tartışılan bir konuydu.

AİHM Cumhurbaşkanı’nın korteji halka açık yoldan geçtiği sırada başvuru tarafından sallanan pankart üzerinde yazılı “Kaybol, seni beş para etmez dingil” ifadesi, kelimenin tam anlamıyla, Cumhurbaşkanı’na saldırı olarak görüldü. Bununla birlikte, söz konusu ifadenin, özellikle hitap edilen kişinin statüsü,

başvuranın kendi konumu, geçmişte kullanılan bir cümlenin tekrarlanma biçimi ve bağlamı dikkate alınarak, dava kendi genel bağlamı içerisinde incelendi ve karara bağlandı.

Mahkeme Cumhurbaşkanının kendisinin kullandığı ve medyada geniş yer bulan ve halkın, çoğu alaycı bir tonda yaygın yorumunu çeken kaba bir ifadeyi tekrarlayarak, başvuranın, eleştirisini, saygısız bir yergi yoluyla ifade etmeyi seçmiş olduğuna dikkat çekmiştir. Mahkeme, yerginin, pek çok kez, özünde var olan abartma ve saptırma vasıfları yoluyla, doğal olarak kışkırtmayı ve galeyana getirmeyi amaçlayan bir sanatsal ifade ve toplumsal eleştiri biçimi olduğunu gözlemlemiştir.

Dolayısıyla, bir sanatçının –veya başka herhangi bir kimsenin– bu ifade yolunu kullanma hakkına her tür müdahalenin, özel bir dikkatle incelenmesi gerekmektedir. İşbu davada başvuranın gibi bir davranışa ceza verilmesinin, güncel konular hakkında yergi niteliğinde ortaya konulan ifade biçimleri üzerinde bir soğutma etkisi yapması mümkündür. Bu tür ifade biçimlerinin kendisi, kamu menfaatini ilgilien sorunların serbestçe tartışılmasında oldukça önemli bir rol oynayabilmektedir ki, serbest tartışma olmadan demokratik toplum olmazdı. Buna göre, yetkili makamların, para cezasına başvurması, güdülen amaçla orantısız ve demokratik bir toplumda gereksiz olmuştur.

1.2.7. Dickinson v. Türkiye

(Başv. no. 25200/11. K.T. 2.2.2021)

AİHM'nin 2.2.2021 tarihli bu kararı Başbakan hakkındaki hakaret davası ile ilgilidir.

Davaya konu olan olay bir kolaj çalışmasıdır. Başvurucu Türkiye'de yaşayan bilim insanıdır.

AİHM'ye Başvuran tarafından gerçekleştirilen kolaj çalışması, 16 Mart 2006 tarihinde, Kadıköy'de (İstanbul) Beşiktaş İskelesinde düzenlenen "Barış Fuarı" isimli bir etkinlik kapsamında kurulan bir çadırda sergilenmiştir.

AİHM kararında açıklandığı üzere, Bir kartonun üzerine yapıştırılan resimlerden oluşan bu çalışmada, Amerikan bayrağı şeklindeki tasmayla tutulan bir köpeğin vücuduna, o tarihteki Başbakan Recep Tayyip Erdoğan'ın başının yapıştırıldığı yarı hayvan yarı insan bir figür temsil edilmiştir. Bu figür, zemini Amerikan dolarları ile kaplı bir yerde tutulmakta ve ağzında 20 Amerikan do-

ları bir banknot, önünde Türk lirası desteleri, kuyruk yerine bir füze ve arkasında bir dünya küresi bulunmaktadır. Figürün üzerinde aşağıdaki cümlelerin yazılı olduğu bir örtü bulunmaktadır: “Bush’un köpeği olmayacağız.”

Bu kolaj çalışmasının sergilenmesi sebebiyle, Başvurucu hakkında Başbakanı hakaret suçundan ceza davası açılmıştır.

Kadıköy Sulh 2. Ceza Mahkemesi 25.09.2008 tarihli 2006/958 Esas ve 2008/1062 Karar sayılı kararı ile Michael Dickinson hakkında beraat kararı vermiştir.

Beraat kararı Kadıköy Cumhuriyet Savcılığı tarafından temyiz edilmiştir.

Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 2009/10444 Esas, 2009/10167 Karar ve 25.05.2009 tarihli kararı ile beraat kararının bozulmasına karar vermiştir.

Kadıköy Sulh Ceza Mahkemesi, Yargıtayın bozma kararından sonra 9 Mart 2010 tarihinde, davayı yeniden incelemiştir. Başvuran suçlu bulunmuştur. Türk Ceza Kanunu’nun 125. maddesi uyarınca, 7.080 Türk lirası adli para cezası ödemeye mahkûm edilmiş ve ardından Türk Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 231. maddesi gereğince, beş yıl süre ile hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiştir.

Mahkeme gerekçesinde;

1. Sanığın hakaret içerikli resimlerinin bir olgusal temele dayanmadığı, dayandığı iddia edilen olgusal temelle resim arasında herhangi bir bağın bulunmadığı dolayısıyla AİHM ve Yargıtay’ın belirlemiş olduğu ifade özgürlüğü sınırlarının aşıldığı,
2. Sanığın bugüne kadar benimsemediği ve kullanmadığı bir eleştiri tarzını kullanarak ve anlatmak istediğini iddia ettiği hususu yine eleştirel tarzda birçok şekilde yine kullandığı yöntemle kamuoyuyla paylaşma imkânı varken, T.C. Başbakanını Bush’un köpeği şeklinde resmetmek suretiyle ölçüyü aştığı,
3. Sanığın eyleminin saldıran, kavgaya neden olabilecek nitelikte olduğu dolayısıyla eylemle açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıktığı bu yönüyle de ölçünün aşıldığı anlaşılmış,

Bu nedenlerle eleştiri sınırlarının aşıldığı, müştekinin şeref ve saygınlığının rencide edildiği ve sanığın cezalandırılmasının temel haklardan biri olan şeref ve haysiyetin korunması yönüyle demokratik toplum için zorunlu olduğu

kanaatine varılmış, dolayısıyla sanığın eyleminin AİHS ve T.C. Anayasası'nın belirlediği ifade özgürlüğü kapsamında kalmadığı ve sanığın eyleminde hakaret suçunun hukuka aykırılık unsurunun olduğu ve sanığın üzerine atılı hakaret suçunu işlediği kanaatine varılarak hüküm kurulmuştur.

Kadıköy Asliye Ceza Mahkemesi, 14 Temmuz 2010 tarihinde, Sulh Ceza Mahkemesi tarafından verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı başvuran tarafından yapılan itirazı reddetmiştir.

AİHM Dickinson kararında; Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin 1577 (2007) sayılı "Hakaretin Suç Olmaktan Çıkarılmasına Doğru" başlıklı kararından alıntı yapmış ve Türkiye'yi Türk Ceza Kanunu'nun 125. maddesinin 3. fıkrasını değiştirmeye davet etmiştir.

Mahkeme, başvuran aleyhine açılan ve yaklaşık üç yıl on ay süren ihtilaf konusu ceza davasının caydırıcı etkisi üzerinde durmuştur. Bu dava sonunda verilen ve ilgiliyi beş yıl erteleme süresine maruz bırakan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı ve başvuranın cezaya mahkûm edilmesi göz önünde bulundurulduğunda; bunların, başvuranın ifade özgürlüğü hakkının kullanımına yönelik bir müdahale olarak değerlendirilmiş ve hak ihlali kabul etmiştir.

Sözleşme'nin 10. maddesinin ve bilhassa haber ve görüş alma ve verme özgürlüğü çerçevesinde- her türlü kültürel, siyasi ve sosyal haber ve görüşlerin değiş tokuşuna katılma fırsatı sağlayan sanatsal ifade özgürlüğünün içerdiğini hatırlatmaktadır.

Mahkeme ayrıca, *Lingens v. Avusturya* (1986), ve *Oberschlick v. Avusturya* (1991) kararlarını referans göstermektedir. Olaya ilişkin açıklamalarda değer yargıları arasında bir ayırım yaptığını hatırlatmaktadır.

Mahkeme, başvuranın Türkiye'de yaşayan bir akademisyen olduğunu ve olayların meydana geldiği dönemde, yirmi yıldan bu yana Türk üniversitelerinde ders verdiğini gözlemlemektedir.

Mahkeme, söz konusu kolaj çalışmasında, dönemin Başbakanının başının, kuyruk yerine bir füzenin olduğu bir köpek vücuduna yapıştırıldığını; bu köpeğin, Amerikan dolarları ve Türk liralari sembolleriyle çepeçevre sarıldığını; Amerikan bayrağındaki desenlerin bulunduğu bir tasma ile tutulduğunu ve üzerinde "Bush'un köpeği olmayacağız" yazılı bir örtü taşıdığını saptamaktadır. Bu bağlamda, kolajda, köpek tarafından taşınan füze sembolünün, bu

çalışmanın, hedef aldığı kişiler ve ülkelerle yapılan askeri faaliyetlere atıfta bulunduğunu düşündüğüünün altını çizmektedir.

Bu faaliyetlerin, muhtemelen, diğerlerinin yanı sıra, Amerika Birleşik Devletleri tarafından yürütülen uluslararası bir koalisyon ile Irak'ın işgalinin yanı sıra olayların meydana geldiği dönemde Irak'ta, işgal güçleri ile bazı yerel milisler arasında devam eden düşük yoğunluklu bir çatışma durumu ile bağlantılı olduğunu tespit etmektedir. Ayrıca, o tarihteki Türk Başbakanının başının, Amerikan ve Türk kâğıt paralarının ortasında, askeri bir füze ve Amerikan bayrağını temsil eden tasmalı bu köpeğin vücuduna özellikle ve sembolik olarak yerleştirilmiş olarak görüldüğünü ve köpeğin vücuduna yazılı olan, kolajın ana mesajının açıkça ve en başta Başbakanla ilgili olduğunu kaydetmektedir.

AİHM benzer politik ifade biçimlerini referans göstermiştir.

“Mahkeme dolayısıyla, söz konusu çalışmanın, şüphesiz, ülkenin dış politikasına ilişkin bir kamu yararı tartışmasının parçası olduğu kanısındadır. Mahkeme bu bağlamda, Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrasının, siyasi söylem ya da kamu yararı sorunlarıyla ilgili alanda, ifade özgürlüğüne sınırlamalar getirilmesine izin vermediğini hatırlatmaktadır”

Somut olayda, doğrudan, ön planda bir siyasetçi olan Başbakanın şahsına yönelik bir eleştiri söz konusudur. Mahkeme bu konuyla ilgili olarak, bir siyasetçiye karşı yapılan kabul edilebilir eleştirinin sınırlarının, sıradan bir kişiye karşı yapılan eleştirinin sınırlarından daha geniş olduğunu hatırlatmaktadır: Sıradan kişiden farklı olarak, siyasetçinin eylem ve hareketleri, kaçınılmaz ve bilinçli bir şekilde hem gazetecilerin hem de vatandaş kitlesinin dikkatli bir kontrolüne maruz kalır; dolayısıyla, siyasetçi eleştirilere daha fazla hoşgörü göstermelidir

Mahkeme, daha sonra, ihtilaf konusu kolaj çalışmasını analiz ederek, bunun, kolaj sanatı yoluyla kaba ve imalı şekilde ifade edilmiş olan, o tarihteki Başbakanıya yönelik alaycı bir eleştiriden ibaret olduğunu gözlemlemektedir.

AİHM bu kolaj çalışmasının siyasi eleştiri alanında değer yargısı niteliği taşıdığı kanaatine varmıştır. Başvuranın değer yargısının yeterli olgusal verilere sahip olduğu kanaatindedir.

Öte yandan, Mahkeme, ulusal makamların, bir kolajda Başbakanın köpek şeklinde tasvir edilmesinin, Türk toplumunun bir kesimi ya da çoğunluğu tarafından aşağılayıcı ve küçük düşürücü olarak algılanabileceğine ve vatan-

daşlar arasında belli bir rahatsızlık yaratabileceği yönündeki iddiasına itibar etmeye hazırdır.

Mahkeme, bu bağlamda, kamu menfaatini ilgilendiren bir kamu tartışmasında yer alan bireylerin, özellikle başkalarının şöhret ve haklarına saygı gösterilmesine ilişkin bazı sınırları aşmamaları gerekse de belirli bir derecede mübalağaya, hatta kışkırtmaya başvurmalarına, yani az derecede ölçüsüz ifadeler kullanmalarına izin verildiğini hatırlatmaktadır.

Mahkeme ayrıca bir sanat eserini yaratanların, yorumlayan veya yayımlayanların hiciv gibi sanatsal ifade ve sosyal yorum biçimlerinin abartılması ve çarpıtılması yoluyla ve ironik ve alaycı bir ton kullanmaları kabul edilebilir sınırlara sahiptir.

Mahkemeye göre örneğin incitici sözler sebepsiz yere aşağılama anlamına gelirse veya örneğin bunların tek amacının hakaret olması halinde, ifade özgürlüğünün korunması altında kabul edilmeyebilir. Ancak kaba ifadelerin kullanılmasının tek başına, incitici bir sözün değerlendirilmesinde belirleyici olmadığını; zira tamamen stilistik bir amaç da taşıyabileceğini AİHM kabul etmektedir.

Mahkeme somut olayda, başvuranın sanatsal çalışmasının konusu olan bu kolajın kışkırtıcı, huzursuz edici ve biraz da saldırgan tarz ve içeriğinin, ifade edildiği kamu tartışması kapsamında, sebepsiz yere hareket edici olarak değerlendirilemeyeceği kanısına varmıştır.

AİHM bu noktada *Eon v. Fransa*, (Başv. no. 26118/10) kararına referans vermiş ve Fransız Cumhuriyeti Cumhurbaşkanına yönelik, Cumhurbaşkanlığı kortejinin halka açık bir yoldan geçtiği sırada başvuranın elinde salladığı pankart üzerinde yazılı olan “Casse toi pov’con” ile birlikte *Oberschlick* (no 2) kararına yaptığı atıfla bir gazeteci tarafından bir siyasetçiyi nitelemek için kullanılan “aptal” kelimesi ile ilgili olarak her halükarda, bir siyasetçinin eleştiriye, bilhassa eleştiri hiciv şeklini aldığı anda, daha fazla tolerans göstermesi gerektiğini hatırlatmıştır.

AİHM devlet yetkililerinin sahip oldukları baskın konumları nedeniyle hemen ceza davası yoluna başvurmamaları gerektiğinin altını çizmektedir. Mahkeme, özellikle Başbakanı hakaret nedeniyle başvuran hakkında açılan ceza davasında başvurucunun çarpıtıldığı cezai yaptırımla ilgili olarak, devlet kurumlarını temsil eden kişilerin, “yetkili makamlar tarafından kurumsal kamu düzenini sağlayıcı sıfatıyla korunmaları, tamamen meşru olsa da” bu

kurumların işgal ettiği baskın konumundan dolayı; makamların ceza davası ve cezalandırma yolunu kullanmalarının kısıtlanması ve önlenmesi gerektiği kanaatindedir AİHM bu görüşünü *Otegi Mondragon* kararına referans verecek açıklamıştır.

AİHM diğer kararlarındaki gibi “sembolik ceza” bakımından ve cezanın oranı bakımından görüşünü değiştirmemiştir.

Mahkeme mahkûm edilme ve “sembolik olarak bir (1) avro” ödemeye mahkûm edilme gibi bir ceza verilerek cezanın mümkün olduğunca hafifletilmiş olması durumunu kabul etmemektedir. Bu ceza yine de cezai bir yaptırımdır. Her hâlükârda, bu durumun ifade özgürlüğü hakkının kullanılmasına yönelik müdahaledir ve cezanın sembolik olduğu savunmasını haklı göstermeyeceği gibi bu savunma tek başına yeterli olmayacaktır.

Mahkeme, ifade özgürlüğünün ihlalinin, bu özgürlüğün kullanımına ilişkin olarak caydırıcı bir etkisi olabileceğinin ve verilen para cezalarının nispeten hafif niteliğinin, ihlali ortadan kaldırmak için yeterli olamayacağı tehlikesi doğurduğunun birçok defa altını çizmiştir

Mahkemeye göre ceza, doğası gereği, makul miktarına rağmen, özellikle mahkûmiyet kararının etkileri dikkate alındığında, kaçınılmaz olarak caydırıcı bir etki yaratmaktadır

Öte yandan, AİHM başvuranın mahkûmiyet hükmünün açıklanması geri bırakılmış ve beş yıllık erteleme süresi sonunda, söz konusu karar nihayetinde tüm sonuçları ile ortadan kalkmış olmasına rağmen ilgilinin, kamu yararını ilgilendiren konular hakkında görüş bildirme isteği üzerinde caydırıcı bir etkiye neden olduğu görüşündedir.

AİHM’in diğer kararlarında atıf yaptığı 12 Ocak 2004 tarihli Bakan Yardımcıları Toplantısı’nda kabul edilmiş olan Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Medyadaki Politik Tartışma Özgürlüğü Üzerine Deklarasyonu’nu İnsan Hak ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşmenin (AİHS) “özgürlüklerin ve hakların korunmasına ilişkin temel enstrümanı” olarak görmektedir.

Mahkeme verilen cezanın, ilgilinin ifade özgürlüğü üzerinde yaratabileceği caydırıcı etkiye değinmekte ve bu etkinin hiç değerlendirilmediği görüşündedir.

Dolayısıyla, somut olayda Sözleşme’nin 10. maddesi ihlal edilmiştir.

2. Vedat Şorli v. Türkiye Kararı İncelemesi

(Başv. no. 42048/19, Tarih 19 Ekim 2021)

AİHM İkinci Bölüm Vedat Şorli v. Türkiye Kararının konusu Türk Ceza Kanununun 299. maddesinde yer alan Cumhurbaşkanına hakaret suçudur.

AİHM İkinci Bölüm Vedat Şorli v. Türkiye Davası (Başv. no. 42048/19 19 Ekim 2021) Türk Ceza Kanunu'nun 299. maddesinde yer alan Cumhurbaşkanına hakaret davası sonucunda verilen ceza mahkumiyetini ifade özgürlüğünün ihlali olduğuna karar verilmiş ve bu karar 28 Şubat 2022 tarihinde kesinleşmiştir.

AİHM'e başvuru 10 Temmuz 2019 tarihinde yapılmış ve Mahkeme başvurusu 14 Eylül 2021 tarihli kapalı oturumda karara bağlanmıştır.

AİHM, Sözleşme'nin 10. maddesinde düzenlenmiş olan "İfade özgürlüğü" hakkının ihlal edildiği kanaatindedir. Zararın karşılanması için tazminata hükmedilmiştir. AİHM ayrıca Sözleşme'nin 46. maddesi gereğince verilen bu karardan sonra genel tedbirler bağlamında uygun bir telafi şeklini teşkil eden değerlendirmesine göre TCK'nın 299. maddesinin Sözleşme'nin 10. maddesiyle uyumlu hale getirilmesi gerektiği görüşündedir.

2.1. AİHM KARARINA KONU CEZA DAVASI VE AŞAMALARI

AİHM kararına konu olan dava, başvuran (Vedat Şorli) tarafından Facebook hesabında paylaşılan iki içerik nedeniyle Cumhurbaşkanına hakaret suçundan, ilgilinin on bir ay, yirmi gün hapis cezasına mahkûm edilmesi hakkındadır. Ulusal Mahkeme verilmiş olan mahkûmiyet kararının ardından "Hükûmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasına" karar vermiştir.

2.1.1 SORUŞTURMA

Başvuranın facebook hesabında paylaşılan içerikler nedeniyle hakkında soruşturma açılmıştır. İstanbul Emniyet Müdürlüğü Muhabere Elektronik Şube Müdürlüğü, 20 Aralık 2016 tarihinde başvuranın Facebook hesabında paylaşılan içeriklerle ilgili bir şikâyet almıştır.

Terörle Mücadele Şube Müdürlüğü'nün açık kaynaklara dayalı bir soruşturma yürütmesinin ardından, 31 Ocak 2017 tarihinde soruşturma raporu düzenlenmiştir.

Bu raporda, diğerlerinin yanı sıra, başvuranın Facebook hesabında paylaşılan aşağıdaki iki içerik soruşturma konusudur:

- i. 10 Ekim 2014 tarihinde paylaşılan birinci içerik, eski ABD Başkanı Barack Obama'nın kadın kıyafetleri içinde resmedilen Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı'nı öperken görüldüğü bir karikatürden oluşmaktaydı. Cumhurbaşkanı'nın resminin üzerine yerleştirilen konuşma baloncuğunda, Kürtçe olarak "Suriye'nin tapusunu benim adıma yapacan mı kocacım?" yazılıydı.
- ii. 15 Mart 2016 tarihinde paylaşılan ikinci içerikte, Cumhurbaşkanı'nın ve eski Türkiye Cumhuriyeti Başbakanının fotoğrafları yer almaktaydı ve bu fotoğrafların altında şu yorum yazılıydı: "Kandan beslenen iktidarınız yerin dibine batsın / Can aldıkça sağlamaştırdığınız koltuklarınız yerin dibine batsın / Çaldığınız hayallerle yaşadığınız lüks hayatlarınız yerin dibine batsın / Başkanlığınız da iktidarınız da hırslarınız da yerin dibine batsın."

Cumhurbaşkanı'na hakaret etmek ve Facebook hesabı üzerinde paylaşılan diğer içeriklerle terör örgütü lehine propaganda yapmak suçlarını işlediğine dair şüphelenilen Başvurucu 18 Mayıs 2017 tarihinde gözaltına alınmıştır. Ertesi gün, Bakırköy Sulh Ceza Hâkimliği, bu iki suça ilişkin olarak iki ayrı dosya üzerinden başvuranın iki kez tutuklanmasına karar vermiştir.

Bakırköy Cumhuriyet Savcısı tarafından hazırlanan 11 Temmuz 2017 tarihli iddianamede, başvuran hakkında yukarıda belirtilen iki Facebook içeriği nedeniyle Cumhurbaşkanı'na hakaret suçundan kamu davası açılmıştır.

2.1.2 MAHKÛMİYET VE HÜKMÜN AÇIKLANMASININ GERİ BIRAKILMASI KARARI (HAGB)

Cumhurbaşkanı'na hakaret suçuna ilişkin yargılama kapsamında Bakırköy Asliye Ceza Mahkemesi 21 Temmuz 2017 tarihinde yapılan duruşmada başvuranın serbest bırakılmasına karar vermiştir. Bununla birlikte, ilgili hakkında terör örgütü lehine propaganda yapmak suçuna ilişkin ayrıca başka bir tutuklama kararından dolayı tutuklu bulunması nedeniyle, Vedat Şorli serbest bırakılmamıştır.

Asliye Ceza Mahkemesi, başvuruca'yı Cumhurbaşkanı'na hakaret suçundan suçlu bulmuş ve Türk Ceza Kanunu'nun 299. maddesinin 1. fıkrası uyarınca on bir ay, yirmi gün hapis cezasına mahkûm etmiştir. Asliye Ceza Mahkemesi, bununla birlikte, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesi uyarınca beş yıl boyunca başvurana herhangi bir yükümlülüğün getirilmemesi ge-

rektiğine karar vermiştir. Bu süre zarfında kasıtlı olarak bir suç işlememesi halinde, hükmün öngördüğü cezanın kaldırılmasına ve davanın düşürülmesi gerektiğini belirterek, beş yıl süreyle hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının uygun olduğu kanaatine varmıştır. Sonuç olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiştir.

Bu kararın gerekçesi, aşağıdaki gibidir:

"(...) Sanık ve avukatının, Facebook üzerinde paylaşılan söz konusu içeriklerin hakaret suçunu oluşturan unsurları bir araya getirmediğini, bunların ifade özgürlüğünün kapsamına girdiğini ve [yalnızca] sert ve yaralayıcı eleştiriler teşkil ettiğini belirtmesine rağmen, mahkememiz, bu içeriklerin şikâyetçinin onurunu, haysiyetini ve itibarını zedelemeyi amaçladığı kanısına varmaktadır (...). Sanığın Facebook hesabında paylaştığı içerikler, Cumhurbaşkanı'nın onuruna, haysiyetine ve itibarına zarar verecek niteliktedir. Bu içeriklerin sanığın ifade özgürlüğü kapsamında korunduğu kanaatine varılması mümkün değildir (...). İçeriklerin genel menfaati ilgilendiren bir konuyla ilgili fikir alışverişini teşkil etmemesi ve herkes tarafından görülebilir bir sosyal ağ üzerinde paylaşılması nedeniyle, bunların eleştiri sınırlarını aştığı ve ifade özgürlüğü kapsamına girdiğinin değerlendirilemeyeceği kanısına varılmaktadır. (...)"

Bu karara başvuru itiraz etmiştir. Bakırköy Ağır Ceza Mahkemesi, 20 Eylül 2017 tarihinde, başvuran hakkında verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının usul ve kanuna uygun olduğu, bu kararın gerekçesinin dosyanın içeriğiyle uyumlu olduğu, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinde belirtilen koşullar bakımından bu kararda herhangi bir uygunsuzluğun bulunmadığı kanaatine vararak, Asliye Ceza Mahkemesinin kararına karşı başvuran tarafından yapılan itirazı reddetmiştir.

2.1.3. BAŞVURUCU TARAFINDAN ANAYASA MAHKEMESİNE YAPILAN BİREYSEL BAŞVURU KABUL EDİLEMEZ BULUNMUŞTUR

Başvurucu, 3 Kasım 2017 tarihinde, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur. Başvuran, iki ay, iki gün boyunca tutuklu bulunmasının, on bir ay, yirmi gün hapis cezasına mahkûm edilmesinin ve kendi ifadesine göre, güncel siyasi konular hakkında görüşlerinin bir ifadesini teşkil eden, Facebook hesabında paylaşılan içerikler nedeniyle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı gereğince beş yıl boyunca denetim altında tutulmasının, ifade özgürlüğü hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi; Birinci Bölüm İkinci Komisyon 2017/37028 Başvuru Numaralı bireysel başvuruda "ihlal iddiasına ilişkin delilleri sunma ve temel hak ve özgürlüğün ihlal edildiğine ilişkin açıklamalarda bulunma yönündeki yü-

kümlülüğün yerine getirilmediği, dolayısıyla iddiaların temellendirilmediği sonucuna ulaşılmıştır” kararını vermiştir.

Anayasa Mahkemesi, 21 Mart 2019 tarihinde, başvuranın iddialarının mesnetsiz olduğu kanısına vararak, başvuranın bireysel başvurusunun açıkça dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

2.2. AİHM KARARI VE AVRUPA KONSEYİ BİLDİRİ VE BELGELERİ

AİHM İkinci Bölüm Vedat Şorli v. Türkiye Davası (Başv. no. 42048/19 19 Ekim 2021) Türk Ceza Kanunu'nun 299. maddesinde yer alan Cumhurbaşkanına hakaret davası sonucunda verilen ceza mahkumiyetini ifade özgürlüğünün ihlali olduğuna karar vermiş ve bu kararın 28 Şubat 2022 tarihinde kesinleştiğini belirtmiştir.

AİHM, Sözleşme'nin 10. maddesinde düzenlenmiş olan “ifade özgürlüğü” hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle tazminata hükmetmiştir. AİHM ayrıca Sözleşmenin 46. maddesi gereğince verilen bu karardan sonra TCK'nın 299. maddesinin Sözleşme'nin 10. maddesiyle uyumlu hale getirilmesi gerektiği görüşündedir.

AİHM kararında ifade özgürlüğü ile ilgili değinilen ve atıf yapılan kararlara, bazı bildiri ve belgelere ve Venedik Komisyonu kararlarına değinmek gerekmektedir.

AİHM üç önemli hatırlatmada bulunmaktadır.

(1) AVRUPA KONSEYİ BAKANLAR KOMİTESİ TAVSİYE KARARI VE MEDYADAKİ POLİTİK TARTIŞMA ÖZGÜRLÜĞÜ BİLDİRİSİ

12 Ocak 2004 tarihli 872. Bakan Yardımcıları Toplantısında kabul edilmiş olan “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi. Medyadaki Politik Tartışma Özgürlüğü Deklarasyonu” İnsan Hak ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin (AİHS) “özgürlüklerin ve hakların korunmasına ilişkin en temel enstrümanı” olarak kabul edilmektedir. Tüm üye ülkelerin çoğulcu demokrasilerinin temel prensibidir. Bildiriye göre; “AİHS'nin 10. maddesinde belirtildiği üzere her bireyin gelişmesi için temel olan ifade ve bilgi özgürlüğü, 1982 tarihli İfade ve Bilgi Özgürlüğü üzerine Deklarasyonda tekrar temel haklar hatırlatılmıştır. 15 ve 16 Haziran 2000 tarihinde Krakow'da Bildiride yer alan temel haklarla geleceğin medya politikası Avrupa Bakanlar Konferansı'nda benimsenmiştir.”

AİHM, Vedat Şorli kararında, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 12 Şubat 2004 tarihinde kabul edilen, Medyada Siyasi Tartışma Özgürlüğü Bildirisi'ne atfı yapmıştır.

Bildiriye göre; eleştiri özgürlüğü, nüktedan ve ağır eleştiri, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin 10. maddesinde korunur. Politikacılar kendileri hakkında yapılan eleştirilere tahammüllü olmalıdır. Ağır eleştiri Sözleşme'nin 10. maddesiyle korunduğu gibi, bu eleştiriler bir abartıya ve hatta provokasyona kadar varılabilir. Tek istisna bu abartı ve provokasyonun kamuoyunu yanlış yönlendirmemesidir.

Devlet, hükümet, genel olarak yürütme, yasama veya yargının herhangi bir organı medya kuruluşlarında eleştiri konusu yapılabilir. Güçlü konumlarına bağlı olarak bu kurumlar, ceza hukuku tarafından koruma altına alınmamalıdır. Böyle bir korumadan yararlanma dahi "çok sınırlı" olmalı ve eleştiri özgürlüğünü kısıtlamak amacıyla kullanılmasına mahal verilmemelidir. Siyasal kişiler birey olarak zaten koruma altında bulunmaktadır.

Siyasi şahsiyetler kişisel itibarlarının ve haklarının korunması için diğer kimselerden daha geniş haklara sahip bulunmamalıdır. Siyasal şahsiyetleri eleştiren medya kuruluşlarına karşı daha ağır cezalar öngörülmemelidir. Bu ilke kamu görevlilerine de uygulanır. Bu ilkeye istisnalar, sadece kamu görevlilerinin görevlerini iyi yapmalarını sağlamak bakımından sadece zorunlu hallerde kabul edilebilir. Bu koruma herhangi bir itibar zedelemesi veya hapis cezasına yol açmamalıdır.

(II) HAKARETİN SUÇ OLMAKTAN ÇIKARILMASI

AVRUPA KONSEYİ PARLAMENTER MECLİSİNİN 1577 (2007) SAYILI KARARI

AİHM Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisinin "Hakaretin Suç Olmaktan Çıkarılmasına Doğru" başlıklı 1577 (2007) sayılı Kararında işaret edilen somut olayla ilgili bölümleri kararına şöylece aktarmaktadır:

"11. [Meclis], birçok üye ülkenin, hakaret için hapis cezası öngördüğünü ve örneğin Azerbaycan ve Türkiye gibi bazı ülkelerde, bunun halen uygulanmakta olduğunu büyük bir endişeyle tespit etmektedir. (...)

13. Bu nedenle, Meclis, hakaret için hapis cezalarının daha fazla gecikmesizin kaldırılması gerektiği kanaatindedir. Meclis, bilhassa ulusal mevzuatlarında halen bu fiiller için hapis cezası öngören devletlerin -bu cezaları uygulamamalarına rağmen-, her ne kadar geçersiz olsa da herhangi bir mazeret öne sürmeye ve kamusal özgürlüklerin zedelenmesine yol açmaya devam

etmemeleri için söz konusu devletleri, gecikmeksizin söz konusu yasaları yürürlükten kaldırmaya teşvik etmektedir. (...)

17. Sonuç olarak, Meclis, üye devletleri şu hususları yerine getirmeye davet etmektedir:

17. 1. Hakaret için hapis cezalarının gecikmeksizin kaldırılmasına,

17. 2. Ceza kovuşturmalarına usulsüz şekilde başvurulmamasının sağlanmasına (...);

17. 3. Kanunun keyfi olarak uygulanmasından kaçınılmasını ve medeni hukukun, hakareten etkilenen kişinin saygınlığının etkin olarak korunmasını sağlamak amacıyla hakaret kavramının tanımının mevzuatlarında açık olarak yapılmasına; (...)

17. 6. Mahkeme içtihatlarına uygun olarak, hakarete ilişkin mevzuatlarında, kamuya mâl olmuş kişilerin daha iyi korunmasına yönelik bütün hükümlerin bertaraf edilmesine ve özellikle;

17. 6. 1. Türkiye'yi, Türk Ceza Kanunu'nun 125. maddesinin 3. fıkrasını değiştirmeye davet etmektedir. (...)"

(III). KONUYA İLİŞKİN VENEDİK KOMİSYONU KARARI 831/2015 SAYILI VENEDİK KOMİSYONU GÖRÜŞÜ

AİHM, hakaretin suç olmaktan çıkarılması hakkındaki tavsiye kararından sonra Venedik Komisyonu kararını da hatırlatmaktadır.

Venedik Komisyonunun (Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu) 106. Genel Kurul Toplantısı sırasında (*Venedik 11-12 Mart 2016, CDL-AD (2016)002*) kabul ettiği, Türk Ceza Kanunu'nun 216, 299, 301. Ve 314. Maddeleri hakkındaki 831/2015 sayılı Görüşün ilgili kısmı karara alınmıştır.

Venedik Komisyonu (2016) kararından yapılan alıntılara göre;

"57. Avrupa'daki gelişmeler, devletlerin cezalar yelpazesini herhangi bir hapis cezasını hariç tutan cezalarla sınırlandırarak, Devlet Başkanı'na hakareti suç olmaktan çıkarmalarını veya bu suçu devlet başkanlarına yönelik en ciddi sözlü saldırı biçimleriyle sınırlandırmalarını isteyen bir anlaşmaya yönelmektedirler. Türk Ceza Kanunu'nun 299. Maddesinin metni, en az bir yıldan dört yıla kadar hapis cezasını öngörmesi nedeniyle, ortaya çıkan bu Avrupa anlaşmasıyla uyumlu değildir; ayrıca söz konusu maddenin 2. Fıkrasına göre, suçun alenen işlenmesi durumunda, ceza azaltılabilir, para cezasına çevrilebilir veya hâkim tarafından ertelenebilir bile, altıda bir oranında artırılmaktadır. (...)

66. Venedik Komisyonu, Cumhurbaşkanı'na hakaret nedeniyle, basında yer alan çok sayıda soruşturma, kovuşturma veya mahkûmiyeti endişeyle dikkate almaktadır. Venedik Komisyonu, Avrupa Komisyonunun Türkiye hakkındaki 2015 tarihli raporunda, Cumhurbaşkanı'na hakaret iddiaları nedeniyle

gazeteciler, yazarlar, sosyal ağ kullanıcıları ve toplumun diğer üyeleri hakkında pek çok davanın açıldığını ve bu davaların hapis cezalarıyla, ertelenmiş cezalarla ya da para cezalarıyla sonuçlanabileceğini vurguladığını hatırlatmaktadır. Söz konusu rapora göre, bu yıldırma ortamı, oto sansürün artmasına neden olmaktadır. Ayrıca, basında yer alan son yazılara göre, 6 Ocak 2016 tarihinde, Ulusal Emniyet Genel Müdürlüğü, bütün emniyet birimlerinden, devletin üst düzey temsilcilerine, özellikle de Cumhurbaşkanı'na hakaret eden herhangi bir kişi hakkında derhal soruşturmaların başlatılmasını talep eden bir genelge yayımlamıştır. (...)

70. Cumhurbaşkanı'na karşı haksız yere saldırı olması durumunda, hukuk davalarına veya yalnızca en ciddi durumlarda hakarete ilişkin Türk Ceza Kanunu'nun genel hükümlerine dayanan ceza davalarına (Türk Ceza Kanunu'nun 125. maddesi), 299. maddeyi ileri süren ceza yargılamalarına nazaran öncelik verilmelidir. Bu türden durumlarda, söz konusu hukuk davaları kapsamında hükmedilen tazminatların ya da hakarete ilişkin genel hükme dayanan cezai yaptırımların orantılılığı, sınırlandırmaların Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrasına uygunluğu dikkate alındığında, son derece önemli olmaya devam etmektedir. (...)

75. Sonuç olarak Komisyon, Avrupa düzeyinde ortaya çıkan anlaşmayı ve uluslararası normları dikkate aldığına, devletlerin, devlet başkanına hakareti suç olmaktan çıkarmaları ya da en azından cezalar yelpazesini herhangi bir hapis cezasını hariç tutan cezalarla sınırlandırarak, bu suçu en ciddi sözlü saldırı biçimleriyle sınırlandırmaları gerektiğini yeniden belirtmektedir. Komisyon, aksine Türkiye'deki uygulamanın, Sözleşme'nin 10. maddesiyle korunan konuşma durumları da dâhil olmak üzere, bu hükmün kullanımının arttığını ortaya koyduğunu tespit etmektedir. Uygulanan cezalar, özellikle de hapis cezası aynı zamanda, açıkça aşırı niteliktedir. Her ne kadar bu hükmün aşırı kullanımını sınırlandırmak için Yargıtay ve Cumhuriyet Savcısı tarafından girişimlerde bulunulsa da bu girişimler yetersizdir. Bu koşullarda Komisyon, Sözleşme'nin 10. maddesinin diğer her türlü ihlalini önlemek için tek çözümün, bu maddenin tamamen yürürlükten kaldırılmasından ibaret olacağı kanaatine varmaktadır. Bu türden bir tedbir, özellikle tanınmış kişilere ilişkin ifade özgürlüğüyle ilgili ilkeleri ve siyasi konuları dikkate alarak, bütün vatandaşları koruyan hukuk ve ceza yargılamaları yoluyla, her türlü aşırı hakaret şekline karşı devlet başkanının korunmasına yine imkân verecektir. Orantılılık ilkesi ve cezalar yelpazesini her türlü hapis cezasını hariç tutan cezalarla sınırlandırma gerekliliği, bu yargılamalarda da uygulanmaktadır.”

2.3. AVRUPA İNSAN HAKLARI KOMİSERİNİN TÜRKİYE'DE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ VE MEDYA ÖZGÜRLÜĞÜNE İLİŞKİN MEMORANDUMU

Kararda yer alan bir diğer belge önemlidir. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserinin 2016 yılında Türkiye'ye gerçekleştirdiği ziyaretlerin ardından bir memorandum yayımlanmıştır.

17 Şubat 2017 tarihinde yayımlanan Türkiye’de İfade Özgürlüğü ve Medya Özgürlüğüne İlişkin Memorandumun AİHM kararını ilgilendiren “hakarete” ilişkin kısmı, aşağıdaki gibidir:

“54. Bir yıldan dört yıla kadar hapis cezasını öngören 299. maddeye ilişkin olarak, Komiser, Nisan ayındaki ziyaretinin ardından, benzer hükümlerin uygulanmasının, Cumhurbaşkanı’na hakaretin yine ayrı bir suç olarak değerlendirildiği Devletler de dâhil olmak üzere, Avrupa Konseyine üye olan diğer 46 Devlette bir örneğinin bulunmadığını vurgulamıştır. Bu hükmün kullanılmasının, Cumhurbaşkanı’na ve buna bağlı olarak, kendisinin desteklediği herhangi bir politikaya yönelik her türlü eleştirinin bastırılmasına imkân veren bir araç haline geldiği görülmektedir ve [bu hüküm], herhangi bir fark gözetilmeksizin ve bütün kişi kategorilerine, özellikle gazeteciler, karikatüristler, öğretim görevlileri, ünlüler, üniversite öğrencileri ve çoğu reşit olmayan diğer öğrencilere karşı eşit olmayan bir düzeyde kullanılmaktadır. İhtilaf konusu eylemler, birçok durumda, yeniden yapılan paylaşımlar veya yeniden atılan tweetler de dâhil olmak üzere, sosyal ağlar aracılığıyla paylaşılan açıklamaları kapsamaktadır. 18 kişi, 2016 yılının haziran ayında, bu suç nedeniyle cezaevinde bulunmaktaydı.

55. Komiser, bu hükmün kullanılmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile son derece uyumsuz olduğu ve adli bir baskıya benzediği konusunda ikna olmuştur, zira Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yalnızca görevleri ya da statüleri nedeniyle kendilerini her türlü eleştiriden koruyarak, Devlet başkanlarına bir ayrıcalık ya da özel bir koruma verilmesi hususunun modern siyasi uygulama ve anlayışlarla bağdaşamayacağı kanısına varmaktadır. Komiser, Sözleşme’nin 10. maddesine ilişkin bu açık ihlallerin tek çözümünün 299. maddenin yürürlükten kaldırılması olduğu yönünde Venedik Komisyonunun görüşünü paylaşmaktadır. Komisere göre, Cumhurbaşkanı’nın bu maddeye ilişkin davaları tek bir jest olarak geri çekebileceği yönünde 15 Temmuz tarihli darbe girişiminin ardından yaptığı açıklama, bu hükmün Türkiye’de yaratmaya devam ettiği son derece caydırıcı etki bakımından önemsizdir. Dolayısıyla Komiser, Türk Anayasa Mahkemesinin 2016 yılının aralık ayında, Türk Ceza Kanunu’nun 299. maddesinin ifade özgürlüğü hakkının özüne zarar vermediğini ileri sürerek, Anayasa’ya uygun olduğu kanısına vardığını üzüntüyle kaydetmektedir. (...)

58. Her ne kadar 299. maddeye ve genel olarak hakarete ilişkin hükümlere başvurulması, Türk yetkililerin ve yargı gücünün siyasi görevde bulunanlara yönelik eleştiriye karşı artan hoşgörüsüzlüğün bir belirtisi olsa da yalnızca adli baskının neden olduğu belirgin caydırıcı etkinin bir kısmı söz konusudur ve bu adli baskı, Türk toplumunun tüm kesimlerini etkilemekte, kamusal tartışmayı bastırmakta, demokratik tartışmanın kapsamını azaltmakta ve böylelikle ülkenin kutuplaşmasını artırmaktadır.”

2.4. AİHM KARARI ve İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN İHLALİNE YÖNELİK TESPİT

2.4.1. AİHM KABUL EDİLEBİLİRLİK İNCELEMESİ

Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiği iddiası ve kabul edilebilirlik:

“20. Başvuran, kendi ifadesine göre, siyasi gündeme ilişkin eleştirel yorumları teşkil eden, Facebook hesabında paylaşılan içerikler nedeniyle Cumhurbaşkanı'na hakaret suçundan hakkında başlatılan ceza yargılamasının, ifade özgürlüğü hakkını ihlal ettiğini iddia etmektedir. Başvuran, Devlet Başkanı'na özel bir koruma sağlayan ve adi bir hakaret suçuna nazaran daha önemli bir cezayı öngören, Cumhurbaşkanı'na hakaret suçunun, Sözleşme'nin ruhuna ve Mahkemenin içtihadına uygun olmadığını ileri sürmektedir. Başvuran, iki ay, iki gün boyunca tutuklu kalmasının ve on bir ay, yirmi gün hapis cezasına mahkûm edilmesinin orantısız olduğunu ve ceza yargılamasının sonunda verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının beş yıllık denetim süresi boyunca siyasi konular hakkında ifade özgürlüğünün kullanılması üzerinde caydırıcı bir etki yarattığını” belirtmektedir.

Başvuran, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

Hükümet, başvuran hakkında başlatılan ceza yargılaması kapsamında verilen tutuklama ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına ilişkin birçok kabul edilemezlik itirazı ileri sürmektedir. Hükümet ayrıca, başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğunu iddia etmektedir.

Hükümet, başvuranın tutuklanması kararına ilişkin olarak, öncelikle, 18 Mayıs 2017 tarihinde verilen bu kararın gerçekte icra edilmediğini, zira ilgilinin daha önce terör örgütü lehine propaganda yapmak suçundan başlatılan ceza yargılaması kapsamında aynı gün daha önce verilen bir başka tutuklama kararı uyarınca tutuklandığını ileri sürmüştür. Hükümet, başvuranın tutuklama kararına ilişkin olarak mağdur olduğunu iddia edemeyeceği kanaatinde dir.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına ilişkin olarak, Hükümet, bu kararın ivedilikle sonuçlanan bir ceza yargılamasının sonunda başvuranın rızasıyla verildiğini, söz konusu kararın başvurana herhangi bir yükümlülük veya kısıtlama getirmediğini, beş yıllık denetim süresinin geçmesinin ardından bu kararın, bundan doğacak bütün sonuçlarla birlikte kaldırılması gerektiğini ve verilen kararın denetim süresinin sona ermesinden önce açıklanmasının gerekmesi durumunda, başvuranın bu karara karşı temyiz başvurusunda bulunma imkânına sahip olacağını belirtmiştir.

Hükümet başvuranın, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının il-

giline ifade özgürlüğünü kullanması üzerinde olumsuz bir etkiye sahip olduğunu kanıtlayamadığını ileri sürmüştür. Bu nedenle Hükümet, başvuran hakkında açıklanan herhangi bir mahkûmiyet kararının bulunmaması nedeniyle, başvurunun kişi bakımından (*ratione personae*) bağdaşmaz olduğu gerekçesiyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerektiği kanısındadır.

Hükümet öte yandan, hükmün açıklanmasının geri bırakılması tedbirine başvuranın rızasıyla karar verilmesi nedeniyle, ceza yargılamasının denetim süresi boyunca ulusal makamlar önünde halen derdest olduğu ve davanın bir nevi devam ettiği görüşünü ileri sürmüştür. Dolayısıyla, Hükümete göre, başvurunun bu aşamada AİHM'ne yapılan başvurusunun süresinden önce sunulduğu ve iç hukuk yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesini talep etmiştir.

Dolayısıyla Hükümet, Mahkemeyi, başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermeye davet etmektedir.

AİHM Hükümetin ileri sürdüğü görüşlere karşılık (*Dickinson v. Türkiye*, No. 25200/11, § 26, 2 Şubat 2021) tarihli kararına atıf yapmıştır. Uyuşmazlığın konusu yalnızca başvuranın tutuklanmasına ilişkin değildir. Tartışılması gereken Başvurucunun Sözleşme'nin 5. maddesi açısından tutuklanmasından değil, olaya bir bütün olarak bakılarak değerlendirildiğinde; Başvurucunun hakkında başlatılan ceza yargılaması nedeniyle ifade özgürlüğü hakkının ihlal edilmesinden şikâyetçi olduğunu kaydetmektedir. Dolayısıyla, konuya iade özgürlüğünün ihlali şikâyeti olarak bakan AİHM Başvuranın şikâyetinin niteliği ve dile getirilme şeklini dikkate alındığında, Hükümetin az yukarıda açıklanan itirazlarını kabul edilmez görmüştür.

AİHM ayrıca hükümetin hükmün açıklanmasının geri bırakılması hakkındaki itirazlarını değerlendirmiştir.

Beş yıl süreyle Başvurucu hakkında verilmiş olan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının ifade özgürlüğü üzerindeki caydırıcı etkisini AİHM dikkate almıştır.

Mahkeme, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına ilişkin itirazlarla ilgili olarak, hükmün açıklanmasının geri bırakılması tedbirinin, *özellikle bu tedbirin denetim süresi boyunca ilgilinin ifade özgürlüğünü kullanması üzerinde yaratabileceği caydırıcı etki dikkate alındığında*, ilgilinin ifade özgürlüğüne müdahale edilmesi nedeniyle doğrudan zararlarına maruz kaldığı ceza yargılamasının sonuçlarını önlemek veya telafi etmek için uygun olmadığı

yönündeki yerleşik içtihadını hatırlatmaktadır (bkz. bu davaya uygulanabildiği ölçüde (mutatis mutandis) Aslı Güneş v. Türkiye (Başv. no. 53916/00, 13 Mayıs 2004, Yaşar Kaplan v. Türkiye, No. 56566/00, §§ 32-33, 24 Ocak 2006, Ergün Doğan v. Türkiye, No. 48979/10, § 17, 17 Nisan 2018 ve yukarıda anılan Dickinson kararı, § 25, 2 Şubat 2021).

Mahkeme ayrıca, bir başvuranın, kendisi açısından kendiliğinden mağdur sıfatına yol açacak nitelikte, ilgili ceza mevzuatı uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararıyla sonuçlanan bir ceza yargılamasından şikâyet etmek için Mahkemeye başvuruda bulunmakla suçlanamayacağı kanısına varmıştır.

Başvurayı, başvurusunu sunabilmesi için beş yıllık denetim süresinin sona ermesini beklemekle yükümlü tutmak, mantıksız olabilecektir.

Sözleşme'nin 34. maddesinde belirtildiği üzere, böyle bir durum başvuran tarafından başvuruda bulunma hakkının etkin bir şekilde kullanılmasına yönelik orantısız bir engel teşkil edebilecektir (bkz. bu davaya uygulanabildiği ölçüde (mutatis mutandis), Gaglione ve diğerleri/İtalya, Başv. no. 45867/07 ve diğer 69 başvuru, § 22, 21 Aralık 2010).

AİHM açıklanan nedenlerle Hükümet tarafından ileri sürülen itirazların reddedilmesi gerektiği kanaatine ulaşmıştır. Dolayısıyla, Hükümetin bu itirazların reddedilmesini uygun görmüştür.

Sonuç olarak;

AİHM Hükümetin ileri sürdüğü itirazlarla bu şikâyetin kabul edilebilirliğinin incelenmesinin yapılamayacağı görüşündedir. Başvurunun esasının Sözleşme'nin 10. maddesi bağlamındaki şikâyetin esası olduğunu ve incelenmesini gerektiren sorunların ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini tespit etmiştir (Mart ve diğerleri v. Türkiye, B. No. 57031/10, § 20, 19 Mart 2019, Önal v. Türkiye (No. 2), No. 44982/07, § 22, 2 Temmuz 2019, ve Gürbüz ve Bayar v. Türkiye, B. No. 8860/13, § 26, 23 Temmuz 2019).

Mahkeme, başvurunun kabul edilebilir olduğunu belirtmektedir.

2.4.2. AİHM'İN ESAS HAKKINDA DEĞERLENDİRMESİ

AİHM başvuru hakkında kabul edilebilirlik kararı vermiştir. Bu karardan sonra tarafların görüşlerini değerlendirmiştir.

Başvurucu, hakkında yürütülen ceza yargılamasının ve sosyal ağlardaki

paylaşımları nedeniyle bu yargılamanın sonunda Cumhurbaşkanına hakaret suçundan cezaya mahkûm edilmesinin, ifade özgürlüğü hakkını kullanmasına yönelik bir müdahale teşkil ettiğini, bu müdahalenin Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında sıralanan meşru amaçlardan herhangi birini izlemediğini ve demokratik bir toplumda gerekli olmadığını ileri sürmektedir.

Hükümet, mevcut davada, hiçbir zaman icra edilmediği kanısına vardığı tutuklama kararının ve kısa bir süre içinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararıyla sonuçlanan ceza yargılamasının, başvuranın ifade özgürlüğü hakkını kullanması üzerinde caydırıcı bir etki veya gerçek kısıtlamalar yarattığı kanaatine varılmayacağını ileri sürmektedir. Hükümet ayrıca, başvuran tarafından paylaşılan ihtilaf konusu içeriklerin özellikle Cumhurbaşkanına karşı yöneltilen, olgusal bir dayanağı olmayan değer yargıları olduğunu ve ifade özgürlüğü tarafından korunduğu kanısına varılmayacağını iddia etmektedir. Dolayısıyla Hükümet, somut olayda, başvuranın ifade özgürlüğü hakkına yönelik herhangi bir müdahalenin söz konusu olmadığını belirtmektedir.

Bir müdahalenin varlığının Mahkeme tarafından kabul edilmesi durumunda, Hükümet, bu müdahalenin Türk Ceza Kanunu'nun 299. maddesiyle öngörüldüğünü ve kendi ifadesine göre, söz konusu maddenin açık ve erişilebilir olduğunu ve mevcut davada ulusal mahkemeler tarafından bu maddenin yorumlanmasının ve uygulanmasının bu konuya ilişkin yüksek mahkemelerin içtihadı dikkate alındığında öngörülebilir olduğunu ileri sürmektedir.

Hükümet, bu bağlamda, adi hakaret suçunu düzenleyen, Türk Ceza Kanunu'nun 125. maddesinde yer alan, hakaretle ilgili tanımın aynı zamanda Türk Ceza Kanunu'nun 299. maddesi uyarınca kullanıldığını belirtmektedir.

Hükümet ayrıca, Devlet başkanlarının onurunu ve itibarını koruyan benzer hükümlerin birçok Avrupa ülkesinin ceza kanunlarında yer aldığını ve bunların uygulanmasına devam edildiğini ifade etmektedir.

Hükümet aynı zamanda, Devlet başkanına yönelik hakaret içeren sözlerin *yalnızca kişisel olarak kendisine değil, aynı zamanda yerine getirdiği görevin niteliğine de zarar verdiğini* ve Türk toplumunun nazarında, Devlet başkanına yöneltilen bir hakaretin, Devlet başkanının temsil ettiği bütün ulusu aşağıladığını ve bu durumun, kendi ifadesine göre, Cumhurbaşkanına hakaret suçu nedeniyle daha sert bir cezanın verilmesini haklı gösterdiğini ileri sürmektedir.

Hükümet ihtilaf konusu müdahalenin tartışmasız bir şekilde başkalarının itibarının ve haklarının korunması yönündeki meşru amacı izlediğini ifade

etmektedir.

Hükümet son olarak, somut olayda, ulusal mahkemelerin, kendi takdir yetkileri kapsamında söz konusu menfaatler arasında usulüne uygun olarak bir denge kurdukları kanısındadır.

Hükümet bu bağlamda, başvuran tarafından kamuya açık sosyal ağ hesabında paylaşılan ihtilaf konusu içeriklerde, önemli görev ve yetkileri dikkate alındığında halkın güveninden yararlanması gereken Cumhurbaşkanı, cinayet ve katliamlardan faydalanma gibi suç teşkil eden fiillerin atfedildiği ve Cumhurbaşkanı'nın herhangi bir olgusal dayanak olmaksızın cinsel çağrışım içeren bir görüntüyle resmedildiği kanaatine varmaktadır.

Hükümete göre, başvurana hükmün açıklanmasının geri bırakılması tedbirinin uygulanması sayesinde infaz edilmemiş olan, kısa süreli bir hapis cezasının verilmesi, davanın koşullarında orantılı bir tedbirdir.

Hükümet ayrıca, başvuran hakkındaki ceza yargılamalarının muhalif sesleri susturmak ve kamusal tartışmaya katkıda bulunulmasını engellemek amacıyla değil, Cumhurbaşkanı'na yönelik ihtilaf konusu içeriklerin aşığılayıcı ve hakaret edici olması nedeniyle yürütüldüğünü iddia etmektedir. Hükümet, ayrıca her halükârda, başvuranın şikâyetinin, Türkiye'nin Sözleşme'nin 15. maddesi uyarınca 21 Temmuz 2016 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne bildirdiği, Sözleşme'nin askıya alınması hususu dikkate alınarak incelenmesi gerektiği kanaatindedir.

2.4.3. AİHM'İN VEDAT ŞORLİ KARARI VE SONUCU

AİHM aşağıdaki karara varmıştır:

"40. Mahkeme somut olayda, başvuranın, diğerlerinin yanı sıra, Cumhurbaşkanı ile ilgili satirik yorumlar ve eleştirilerle birlikte Cumhurbaşkanı'nın bir resminin ve karikatürünün bulunduğu Facebook hesabında paylaşılan iki içerik nedeniyle, Cumhurbaşkanı'na hakaret suçundan on bir ay, yirmi gün hapis cezasına mahkûm edildiğini ve ardından hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiğini kaydetmektedir.

41. Mahkeme, başvuran hakkında yürütülen ceza yargılaması kapsamında verilen -Hükümet tarafından ileri sürüldüğü üzere, icra edilmediği kanaatine varılan- tutukluluk kararının, başvuranın cezaya mahkûm edilmesinin ve ilgiliyi beş yıllık denetim süresine tabi tutan bu yargılamanın sonunda verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının yaratabildiği caydırıcı etki dikkate alındığında, bunların başvuranın ifade özgürlüğü hakkını kullanmasına yönelik bir müdahale olarak değerlendirildiği kanaatine varmaktadır

(*Erdoğdu/Türkiye*, No. 25723/94, § 72, AİHM 2000-VI, *Dilipak/Türkiye*, No. 29680/05, § 51, 15 Eylül 2015, yukarıda anılan *Ergün doğan* kararı, § 26, 17 Nisan 2018 ve *Selahattin Demirtaş/Türkiye* (No. 3), No. 8732/11, § 26, 9 Temmuz 2019; ayrıca bk., aksi yönde bir karar için (*a contrario*), *Otegi Mondragon/İspanya*, No. 2034/07, § 60, AİHM 2011).

42. Mahkeme ardından, ihtilaf konusu müdahalenin Kanun tarafından, yani Türk Ceza Kanunu'nun 299. maddesi tarafından öngörüldüğü hususunun taraflar arasında tartışma konusu olmadığını kaydetmektedir (yukarıda 14. paragraf). Mahkeme ayrıca, bu müdahalenin başkasının itibarının veya haklarının korunmasına ilişkin meşru amacı izlediğini kabul edebilmektedir.

43. Mahkeme, müdahalenin gerekliliğiyle ilgili olarak, ulusal mahkemelelerin, başvuruları mahkûm etmek için Türk Ceza Kanunu'nun 299. maddesine dayandıklarını ve bu maddenin, kendileriyle ilgili bilgi veya görüşlerin açığa vurulması konusunda Türk Ceza Kanunu'nun 125. maddesinde öngörülen ortak hakaret rejimiyle korunan diğer kişilere göre Cumhurbaşkanı'na daha yüksek düzeyde bir koruma sağladığını ve hakaret içeren ifadeleri dile getiren kişiler için daha ağır cezalar öngördüğünü tespit etmektedir. (...)

Bu bağlamda Mahkeme, daha önce, hakaret konusunda özel bir kanunla artırılan korumanın, ilke olarak, Sözleşme'nin ruhuna uygun olmadığını birçok defa belirttiğini hatırlatmaktadır (*Colombani ve diğerleri/Fransa*, No. 51279/99, § 69, AİHM 2002V ve yukarıda anılan *Otegi Mondragon* kararı, § 55 ve yukarıda anılan *Önal* kararı (No. 2), § 40).

Mahkeme ayrıca, daha önce somut olayda olduğu gibi, şüphesiz, eski Türk Ceza Kanunu'nun 158.maddesi uyarınca, Cumhurbaşkanı'na hakaret suçundan mahkûmiyet kararının verilmesiyle ilgili olan, *Artun ve Güvener/Türkiye* (No. 75510/01, § 31, 26 Haziran 2007) kararında, bir devletin kendi başkanının itibarını koruma yönündeki menfaatinin, Devlet başkanına, kendisi hakkında bilgi verme ve görüş ifade etme hakkı karşısında bir ayrıcalık veya özel bir koruma verilmesini haklı gösteremeyeceği (yukarıda anılan *Artun ve Güvener* kararı, § 31 ve yukarıda anılan *Önal* kararı (No. 2), § 40; ayrıca bk., hukuki konularda, Cumhurbaşkanı statüsünün üst düzeyde korunmasıyla ilgili olarak, *Pakdemirli/Türkiye*, No. 35839/97, § 52, 22 Şubat 2005) ve bunun aksinin ileri sürülmesinin, mevcut siyasi uygulama ve anlayışlarla bağdaşmayacağı kanaatine vardığını hatırlatmaktadır.

44. Mahkeme, özellikle Cumhurbaşkanı'na hakaret suçu için öngörülen *cezai yaptırımın orantılılığıyla* ilgili olarak, Devlet kurumlarını temsil eden kişilerin, yetkili makamlar tarafından kurumsal kamu düzenini sağlayıcı sıfatıyla korunmaları tamamen meşru olsa da bu kurumların buldukları baskın konumun, makamların ceza yolunu kullanma konusunda ölçülü davranmalarını gerektirdiğini kaydetmektedir (yukarıda anılan *Otegi Mondragon* kararı, § 58).

Mahkeme, bu bağlamda, Sözleşmenin 10. maddesiyle korunan haklara yönelik bir müdahalenin orantılılığının değerlendirilmesinin, makamların, pek çok durumda, hukuki tedbirler gibi, cezai bir yaptırımdan başka bir yolu kullanıp kullanamayacakları hususuna bağlı olacağını hatırlatmaktadır (bk., bu

davaya uygulanabildiği ölçüde (*mutatis mutandis*), *Raichinov/Bulgaristan*, No. 47579/99, § 50, 20 Nisan 2006; ayrıca bk., bu davaya uygulanabildiği ölçüde (*mutatis mutandis*), *Lehideux ve Isorni/Fransa*, 23 Eylül 1998, § 51, *Derleme* 1998-VII ve *Cumpănă ve Mazăre/Romanya* [BD], No. 33348/96, § 115, AİHM 2004-XI).

Nitekim cezai yönden ceza muafiyetiyle ve tazminat olarak yalnızca “sembolik 1 avro” ödenmesi yükümlülüğüyle birlikte hükmedilen bir mahkûmiyet kararı gibi, cezanın mümkün olduğunca en makul olması halinde bile (*Mor/Fransa*, No. 28198/09, § 61, 15 Aralık 2011), bu türden bir ceza yine de cezai bir yaptırımı teşkil etmektedir ve her hâlükârda, bu durum, ifade özgürlüğü hakkının kullanılmasına yönelik müdahalenin haklı gösterilmesi için tek başına yeterli olamayacaktır (*Athanasios Makris/Yunanistan*, No. 55135/10, § 38, 9 Mart 2017).

45. Mahkeme, yukarıda belirtilen hususları dikkate alarak, mevcut dava koşullarında, somut olayda olduğu gibi, bir hapis cezasına ve ardından hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi söz konusu olsa dahi, başvuranın gözaltına alınmasını ve kendisi hakkında verilen tutuklama kararı veya cezai bir yaptırımın uygulanmasını haklı kılacak nitelikte herhangi bir unsurun bulunmadığını değerlendirmektedir.

Niteliği gereği, bu türden bir ceza, kaçınılmaz olarak, özellikle mahkûmiyet kararının etkileri dikkate alındığında, ilgilinin kamu yararını ilgilendiren konularda kendi görüşlerini ifade etme isteği üzerinde caydırıcı bir etki yaratmaktadır (bk., bu davaya uygulanabildiği ölçüde (*mutatis mutandis*), yukarıda anılan *Artun ve Güvener* kararı, § 33, *Martchenko/Ukrayna*, No. 4063/04, § 52, 19 Şubat 2009 ve yukarıda anılan *Otegi Mondragon* kararı, § 60, yukarıda anılan *Dilipak* kararı, § 70 ve yukarıda anılan *Selahattin Demirtaş* kararı (No. 3), § 26, yukarıda anılan *Önal* kararı (No. 2), § 42 ve yukarıda anılan *Dickinson* kararı, § 58).

46. Hükümetin, bu dava çerçevesinde, Türkiye'nin Sözleşme'nin 15. maddesi uyarınca 21 Temmuz 2016 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne iletmediği, Sözleşme'nin askıya alınması hususunun dikkate alınmasını talep etmesi nedeniyle (Sözleşme'nin askıya alınmasına ilişkin metin için bk., *Mehmet Hasan Altan/Türkiye*, No. 13237/17, § 81, 20 Mart 2018), Mahkeme, Hükümetin mevcut durumda, başvuran hakkında başlatılan ceza yargılamasının, 15 Temmuz 2016 tarihli darbe girişiminin ardından ilan edilen olağanüstü hal tarafından gerekli hale getirildiğini kanıtlayacak nitelikte herhangi bir unsur sunmadığını kaydetmektedir.

47. Mahkeme dolayısıyla, mevcut davanın koşullarında, Sözleşme'nin ruhuna uygun olmadığı değerlendirilen, hakaret konusunda Cumhurbaşkanı için daha fazla bir korumayı öngören özel bir hüküm uyarınca başvuran hakkında verilen ve cezai bir nitelik taşıyan yaptırımı dikkate alarak, Hükümetin, ihtilaf

konusu tedbirin izlenen meşru amaçlarla orantılı olduğunu ve Sözleşme'nin 10. maddesi anlamında, demokratik bir toplumda gerekli olduğunu kanıtlamadığı kanaatine varmaktadır.

48. Bu unsurlar, Mahkemenin, davanın koşullarında, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varması için yeterlidir.”

2.5. AİHM KARARINDA SÖZLEŞME’NİN 41. ve 46. MADDELERİNİN UYGULANMASI HAKKINDAKİ DEĞERLENDİRME

AİHM kararında Sözleşmenin 41. ve 46. maddelerine yer vermiştir.

41. Madde:

“Eğer Mahkeme bu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldırılabiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine adil bir tazmin verilmesine hükmeder.”

46. Madde:

“1. Yüksek Sözleşmeci Taraflar, taraf oldukları davalarda Mahkemenin verdiği kesinleşmiş kararlara uymayı taahhüt ederler.

2. Mahkemenin kesinleşen kararı, infazını denetleyecek olan Bakanlar Komitesine gönderilir.”

Sonuç olarak AİHM nihai kararına göre;

50. Başvuran, maruz kaldığı kanaatine vardığı manevi zarar bağlamında 20.000 avro (EUR) talep etmektedir. Başvuran ayrıca, avukat masrafları bağlamında 10.915 Türk lirası (TRY) (söz konusu tarihte yaklaşık 1.141 avro) talep ederek, bu meblağın Türkiye Barolar Birliği ücret tarifesine uygun olduğunu belirtmektedir. Başvuran ayrıca, çeviri, malzeme ve posta masrafları için 1.250 TRY (ilgili tarihte yaklaşık 125 avro) talep ederek, avukatının bu masrafların gerçek, makul ve gerekli bir nitelik taşıdığını doğruladığını ifade etmektedir.

51. Hükümet, manevi zarar bağlamında sunulan talep ile iddia edilen ihlal arasında herhangi bir nedensellik bağının bulunmadığını, bu talebin desteklenmediğini, aşırı olduğunu ve Mahkeme içtihadında ödenmesine karar verilen meblağlara uygun olmadığını ileri sürmektedir. Hükümet ardından, başvuranın masraf ve giderler için taleplerine dayanak olarak ikna edici herhangi bir belge sunmadığını, bu bağlamda talep edilen meblağların, yargılamanın karmaşık olmaması ve ileri sürülen konuların sınırlı sayısı dikkate alındığında

desteklenmediğini, son derece yüksek olduğunu ve avukat masrafları için sunulan talebin gerçeği yansıtmadığını, zira benzer yargılamalara göre yüksek olduğunu belirtmektedir.

52. Mahkeme, başvuranın, tespit edilen Sözleşme ihlali nedeniyle, belirli ve önemli bir sıkıntı yaşadığının kabul edilebileceği kanısına varmaktadır. Mahkeme, davanın koşullarını dikkate alarak, ilgiliye bu meblağ üzerinden ödemesi gereken her türlü vergi tutarı hariç olmak üzere, manevi tazminat olarak 7.500 avro ödenmesinin uygun olduğu kanaatine varmaktadır. Mahkeme, masraf ve giderler bağlamında sunulan taleplerle ilgili olarak, sahip olduğu belgeleri ve yukarıda belirtilen kriterleri dikkate alarak, bu talepleri, başvuran tarafından bunları desteklemek amacıyla sunulan herhangi bir kanıtlayıcı belgenin bulunmaması nedeniyle reddetmektedir.

53. Mahkeme, gecikme faizi olarak, bu meblağa, Avrupa Merkez Bankasının marjinal kredi faizlerine uyguladığı faiz oranına üç puan eklenerek elde edilecek oranın uygulanmasının uygun olduğuna karar vermektedir.

54. Mahkeme öte yandan, somut olayda, Türk Ceza Kanunu'nun 299. maddesinin uygulanmasından kaynaklanan ihtilaf konusu ceza yargılamasının ifade özgürlüğü ile bağdaşmadığını gözlemlemektedir (yukarıda 47 ve 48. paragraflar). Mahkeme özellikle, hakaret konusunda özel bir kanun tarafından daha fazla sağlanan korumanın ilke olarak Sözleşme'nin ruhuna uygun olmadığını ve Devletin, kendi başkanının itibarını koruma yönündeki menfaatinin, Devlet başkanına, kendisi hakkında bilgi verme ve görüş ifade etme hakkı karşısında bir ayrıcalık veya özel koruma verilmesini haklı gösteremeyeceğinin altını çizmiştir (yukarıda 43. paragraf). Bu sonuçlar, Sözleşmenin 10. maddesi tarafından güvence altına alınan hakkın başvuran açısından ihlal edilmesinin söz konusu hükmün kaleme alınışı ve uygulanmasına ilişkin bir sorundan kaynaklandığı anlamına gelmektedir. Mahkeme bu bağlamda, ilgili iç hukukun Sözleşme'nin yukarıda belirtilen hükmüyle uyumlu hale getirilmesinin, tespit edilen ihlale son verilmesini sağlayacak uygun bir telafi şeklini teşkil edeceği kanaatine varmaktadır (benzer bir yaklaşım için bk., *Gözel ve Özer/Türkiye*, No. 43453/04 ve 31098/05, § 76, 6 Temmuz 2010 ve *Fatih Taş/Türkiye* (No. 5), No. 6810/09, § 45, 4 Eylül 2018).

BU GEREKÇELERLE, MAHKEME, OY BİRLİĞİYLE,

1. Başvurunun kabul edilebilir olduğuna;
2. Sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edildiğine;
3. a) Davalı Devlet tarafından başvurana, Sözleşmenin 44 § 2. maddesi uyarınca, işbu kararın kesinleşeceği tarihten itibaren üç ay içerisinde, ödeme tarihindeki geçerli döviz kuru üzerinden davalı Devletin para bi-

rimine çevrilmek ve ödenmesi gereken her türlü vergi tutarı hariç olmak üzere, manevi tazminat olarak, 7.500 EUR (yedi bin beş yüz avro) ödenmesine:

b) Söz konusu sürenin bittiği tarihten itibaren ödeme tarihine kadar, bu meblağa, Avrupa Merkez Bankasının o dönem için geçerli olan marjinal kredi faiz oranının üç puan fazlasına eşit oranda basit faiz uygulanmasına,

4. Adil tazmine ilişkin kalan taleplerin reddine

Karar vermiştir.

Özetle;

1. Somut olayda, Başvurucu Cumhurbaşkanı ile ilgili satirik yorumlar ve eleştirilerde bulunmuştur. Cumhurbaşkanı'nın bir resminin ve karikatürünü Facebook hesabında paylaşmıştır. Paylaşılan iki içerik nedeniyle Cumhurbaşkanı'na hakaret suçundan on bir ay, yirmi gün hapis cezasına mahkûm edilmiş ve hakkındaki hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiştir.
2. Mahkeme, başvuranın cezaya mahkûm edilerek beş yıllık denetim süresine tabi tutulmasını ve yargılamanın sonunda verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının yarattığı caydırıcı etkiyi dikkate almakta ve Başvurucunun ifade özgürlüğü hakkını kullanmasına yönelik bir müdahale olarak değerlendirmektedir.
3. Mahkemeye göre, Başvurucunun mahkûm edilmesi için ulusal mahkeme tarafından Türk Ceza Kanunu'nun 299. maddesine dayanılmıştır. Türk Ceza Kanunu'nun 299. maddesi Cumhurbaşkanı ile ilgili bilgi veya görüşlerin açığa vurulması, Cumhurbaşkanı hakkında görüş açıklanması ve eleştirilmesi konusunda Türk Ceza Kanunu'nun 125. maddesinde diğer herkes ve kamu görevlileri için öngörülen cezai düzenleme bakımından ortak hakaret rejimiyle koruma sağlanmasına rağmen diğer kişilere göre Cumhurbaşkanı'na çok daha yüksek düzeyde bir koruma sağlanmaktadır. Cumhurbaşkanı'na karşı hakaret içeren ifadeleri dile getiren kişiler için daha ağır cezalar öngörüldüğü tespit edilmiştir.
4. Bu bağlamda hakaret konusunda özel olarak artırılan cezayla Cumhurbaşkanı'nın diğer kişilerden farklı olarak korunması ilke olarak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ruhuna uygun olmadığını AİHM birçok defa belirttiğini özellikle hatırlatmaktadır. AİHM özellikle bu konuda Co-

lombani ve diğeri v. Fransa, (Başv. no. 51279/99, AİHM 2002V, *Otegi Mondragon ve Önal* kararını tekrar hatırlatmıştır.

5. AİHM yürürlükten kaldırılmış olan mülga/eski Türk Ceza Kanunu'nun 158. maddesinde düzenlenmiş olan Cumhurbaşkanına hakaret suçundan mahkûmiyet kararının verilmesiyle ilgili olan, *Artun ve Güvener v. Türkiye* (Başv. no. 75510/01, § 31, 26 Haziran 2007) kararına değinilmiştir. Dolayısıyla AİHM "bir devletin kendi başkanının itibarını koruma yönündeki menfaatinin, Devlet başkanına, kendisi hakkında bilgi verme ve görüş ifade etme hakkı karşısında bir ayrıcalık veya özel bir koruma verilmesini haklı gösteremeyeceği" kanaatindedir. (Bkz. AİHM *Artun ve Güvener* kararı, *Önal* kararı, ayrıca bk., hukuki konularda, Cumhurbaşkanı statüsünün üst düzeyde korunmasıyla ilgili olarak, *Pakdemirli v. Türkiye*, (Başv. no. 35839/97, § 52, 22 Şubat 2005 tarihli kararı)

AİHM Cumhurbaşkanına bir ayrıcalık ve üst koruma verilemeyeceği ve bunun aksinin ileri sürülmesinin mevcut siyasi uygulama ve anlayışlarla bağdaşamayacağı kanaatine vardığını hatırlatmaktadır.

6. Mahkeme, "orantılılık" konusunda uyarıda bulunmaktadır. Özellikle Cumhurbaşkanına hakaret suçu için öngörülen cezai yaptırımın orantılılığıyla ilgili olarak, Devlet kurumlarını temsil eden kişilerin, yetkili makamlar tarafından kurumsal kamu düzenini sağlayıcı sıfatıyla korunmaları tamamen meşru olabilir. Ancak bu kurumların buldukları baskın konumun dikkate alınması gerekir. Cumhurbaşkanı dahil bu makamlar ceza yolunu kullanma, kişiler hakkında ceza davası açma yolunu tercih etmemeleri gerektiğini ve haklarındaki eleştirilere ve görüşlere karşı *Otegi Mondragon* kararını hatırlatarak ölçülü davranılması gerektirdiğini kaydetmektedir.

Mahkeme, bu bağlamda, Sözleşme'nin 10. maddesiyle korunan haklara yönelik bir müdahalenin orantılılığının değerlendirilmesinin, makamların, pek çok durumda, hukuki tedbirler gibi, cezai bir yaptırımdan başka bir yolu kullanıp kullanamayacakları hususuna bağlı olacağını hatırlatmaktadır.

7. Cezanın orantılı veya çok az olduğu gibi ileri sürülen görüşler geçersizdir. Nitekim cezai yönden ceza muafiyetiyle ve tazminat olarak yalnızca "sembolik 1 avro" ödenmesi yükümlülüğüyle birlikte hükmedilen bir mahkûmiyet kararının hafif olduğunu ileri sürmek gibi bir yaklaşımda dahi cezanın mümkün olduğunca en makul ceza olması hali kabul edilemez. Bu türden bir ceza yine de cezai bir cezadır ve cezai yaptırımdır. Bu

yaptırım her hâlükârda; ifade özgürlüğü hakkının kullanılmasına yönelik müdahaledir ve tek başına böyle bir ceza dahi ifade özgürlüğüne müdahaleyi haklı göstermeyecektir.

8. Mahkeme, dava koşullarında, Başvurucu hakkındaki somut olayda olduğu gibi, bir hapis cezasına ve ardından hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi söz konusu olsa dahi; başvuranın gözaltına alınmasını ve kendisi hakkında verilen tutuklama kararını veya cezai bir yaptırımın uygulanmasını haklı kılacak nitelikte herhangi bir unsurun bulunmadığına karar vermiştir.
9. AİHM kararına göre niteliği gereği, Başvurucu hakkındaki bu türden bir ceza, kaçınılmaz olarak, özellikle mahkûmiyet kararının etkileri dikkate alındığında, ilgilinin kamu yararını ilgilendiren konularda kendi görüşlerini ifade etme isteği üzerinde caydırıcı bir etki yaratmaktadır
10. AİHM kararına göre Cumhurbaşkanı hakaret cezası Sözleşme'nin 10. maddesine aykırıdır, Sözleşme'nin 10. maddesi ihlal edilmiştir.

AİHM Kararına Göre;

AİHM kararında Başvuranın, tespit edilen Sözleşme ihlali nedeniyle, belirli ve önemli bir sıkıntı yaşadığını kabul etmiş ve manevi tazminat olarak 7.500 avro ödenmesinin uygun olduğu kanaatine varmıştır.

Mahkeme öte yandan, somut olayda, Türk Ceza Kanunu'nun 299. maddesinin uygulanmasından kaynaklanan ihtilaf konusu ceza yargılamasının ifade özgürlüğü ile bağdaşmadığını gözlemlemektedir

Mahkeme özellikle, hakaret konusunda özel bir kanun tarafından daha fazla sağlanan korumanın ilke olarak Sözleşme'nin ruhuna uygun olmadığı kanaatindedir.

AİHM kararında Devletin, kendi başkanının itibarını koruma yönündeki menfaatinin, Devlet başkanına, kendisi hakkında bilgi verme ve görüş ifade etme hakkı karşısında bir ayrıcalık veya özel koruma verilmesini haklı göstermeyeceğinin altını çizmiştir

Bu sonuçlar, Sözleşmenin 10. maddesi tarafından güvence altına alınan ifade özgürlüğü hakkının Başvurucu açısından ihlal edilmesinin nedenlerinden birisi; Türk Ceza Kanunu'nun 299. maddesinin kaleme alınışı ve uygulanmasına ilişkin bir sorundan kaynaklanmaktadır.

Mahkeme bu bağlamda, Gözel ve Özer v. Türkiye, (Başv. no. 43453/04 ve 31098/05, 6 Temmuz 2010 ve Fatih Taş v. Türkiye (No: 5), Başv. no. 6810/09, 4 Eylül 2018 kararlarını hatırlatarak; ilgili iç hukukun Sözleşme ile uyumlu hale getirilmesi gerektiğini karara bağlamıştır.

AİHM Türk Ceza Kanunu'ndaki Cumhurbaşkanı'na hakaret suçu düzenlenmesinin Sözleşmenin 10. maddesinde yer alan ifade özgürlüğü hükmüyle uyumlu hale getirilmesinin, tespit edilen ihlale son verilmesini sağlayacak uygun bir telafi şekli teşkil edeceği kanaatine varmıştır.

III. TCK 299. MADDE HAKKINDA ANAYASAYA AYKIRILIK İDDİASI

Türk Ceza Kanunu'nun 299. maddesinin, Karşıyaka 7 Asliye Ceza (E. 2016/25) ve İstanbul 43. Asliye Ceza Mahkemesi (E. 2016/30) Anayasa'nın 2., 10. ve 39. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi talepl edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi 2016/25 E., 2016/186 K. sayılı ve 14.12.2016 tarihli (R.G.3.1.2017-29937) kararı ile iptal istemini reddetmiştir.

Anayasa Mahkemesinin gerekçesi aşağıdaki gibidir:

“Başvuru kararlarında özetle, Cumhurbaşkanı'na hakaret suçu için öngörülen cezanın, genel olarak düzenlenen ve kamu görevlilerine karşı işlenen hakaret suçlarından farklı düzenlenip daha yüksek cezaların öngörüldüğü, Anayasa'nın 101. ve 102. maddelerinde yapılan değişikliklerle birlikte Cumhurbaşkanı'nın siyasi bir kişilik haline gelmesinin kaçınılmaz olduğu, Cumhurbaşkanı'nın TCK'nın 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c) bendinde tanımlandığı biçimde '*kamusal faaliyetin yürütülmesine seçilme yoluyla süreli katılan*' en üst düzeyde kamu görevlisi olduğu dikkate alındığında, tüm kamu görevlilerine yönelik hakaret suçları bakımından tek yasal düzenleme olması gerekirken farklı düzenleme yapılmasının eşitlik ilkesini ihlal ettiği, kuralda hakaret suçuna ilişkin genel ilkelerin uygulanıp uygulanmayacağına belirlilik içermediği, hukuk devletinde hiçbir makama özel bir suç tipi oluşturulamayacağı, devlet başkanlarına özel himaye sağlayan yasaların varlığının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nin ihlali niteliği taşıdığı, Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca AİHS'nin üst norm olarak gözetilmesi gerektiği, Cumhurbaşkanı'na hakaret suçunda Anayasa'nın 39. maddesinin ve TCK'nın 129. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı yönünde kesin bir belirlilik bulunmadığı, Cumhurbaşkanı'na hakaret suçu bakımından Anayasa'da istisnasız olarak düzenlenen *ispat hakkının* düzenlenmemiş olduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 10. ve 39. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

İtiraz konusu kuralın (1) numaralı fıkrasında, Cumhurbaşkanına hakaret eden kişinin bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılması, (2) numaralı fıkrasında, suçun alenen işlenmesi halinde verilecek cezanın altıda biri oranında arttırılması, (3) numaralı fıkrasında ise bu suçtan dolayı kovuşturma yapılmasının Adalet Bakanının iznine bağlı olması öngörülmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

Hukuk devletinin temel ilkelerinden biri de '*belirlilik*'tir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup, bu ilke gereği birey hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların hangi müdahale yetkisini doğurduğunu bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını belirler. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar.

Ceza hukukunun, toplumun kültür ve uygarlık düzeyi, sosyal ve ekonomik yaşantısıyla ilgili bulunması nedeniyle suç ve suçlulukla mücadele amacıyla ceza ve ceza muhakemesi alanında sistem tercihinde bulunulması devletin ceza siyaseti ile ilgilidir. Bu bağlamda ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler bakımından kanun koyucu Anayasa'ya bağlı kalmak koşuluyla, soruşturma ve yargılamaya ilişkin olarak hangi yöntemlerin uygulanacağı, toplumda belli eylemlerin suç sayılıp sayılmayacağı, suç sayıldıkları takdirde hangi çeşit ve ölçülerdeki ceza yaptırımlarıyla karşılaşmaları gerektiği, hangi hâl ve hareketlerin ağırlaştırıcı ya da hafifletici öge olarak kabul edileceği gibi konularda takdir yetkisine sahip olmakla birlikte, bu yetkisini kullanırken suç ve ceza arasındaki adil dengenin korunmasını da dikkate almak zorundadır. Ancak sadece suçun temel şeklini esas alarak ve suçun temel şekli için öngörülen ceza miktarlarını suçun nitelikli halleri ile kıyaslayarak suç ve ceza arasında adil denge bulunup bulunmadığı konusunda bir karar vermek, sorunu tek yönlü ya da eksik olarak ele almak anlamına gelir. Bu nedenle suç ve ceza arasında adalete uygun bir oranın bulunup bulunmadığının saptanmasında ceza miktarlarının kıyaslanması değil, o suçun toplumda yarattığı infial ve etki, kişiler üzerinde oluşturduğu tehlike, zarar görenin kişiliği ile ona verilen zararın azlığı veya çokluğu, işlenme oranındaki azalma veya artış gibi faktörlerin de dikkate alınması gerekir.

Kanun koyucu, düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle de bağlıdır. Bu ilke ise '*elverişlilik*', '*gereklilik*' ve '*orantılılık*'

olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. 'Elverişlilik', getirilen kuralın ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, 'gereklilik', getirilen kuralın ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını, 'orantılılık' ise getirilen kural ile ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. Bir kuralda öngörülen düzenleme ile ulaşılmak istenen amaç arasında da "ölçülülük ilkesi" gereğince makul bir dengenin bulunması zorunludur.

Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen 'kanun önünde eşitlik' ilkesi, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemler değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.

İtiraz konusu kuralda Cumhurbaşkanı'na hakaret suçu düzenlenmiştir.

Cumhurbaşkanı, Anayasa'da belirtilen usullerle halk tarafından seçilen, Devleti ve Milletini birliğini temsil eden kişidir. Bu durum Anayasa'nın 104. maddesinin birinci fıkrasında; 'Cumhurbaşkanı Devletin başıdır. Bu sıfatla Türkiye Cumhuriyeti'ni ve Türk Milletinin birliğini temsil eder; Anayasanın uygulanmasını, Devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını gözetir.' şeklinde ifade edilmiştir.

Cumhurbaşkanının Devletin başı sıfatıyla Türkiye Cumhuriyeti'ni ve Türk Milletinin birliğini temsil etmesi, Anayasa'da belirtilen görev ve yetkileri ile temsil ettiği değerler göz önüne alındığında, Cumhurbaşkanı'na karşı gerçekleştirilen hakaret suçunun sadece kendi kişiliğine karşı değil, Cumhurbaşkanının temsil ettiği değer ve fonksiyonları da ihlal etmiş olacağı kabul edilmektedir. Bu nedenle kanun koyucu, belirtilen hususları göz önüne alarak onun kişiliğine yöneltilecek eylemin aynı zamanda Devlete karşı gerçekleştirilen suçlardan sayılması gerektiğinden hareketle, Cumhurbaşkanının kişiliğine karşı işlenmiş olsa da bu suçu kamu görevlilerine hakaret suçundan ayırarak ayrı bir suç olarak düzenlemiştir.

Buna uygun olarak da Cumhurbaşkanı'na hakaret suçu 5237 sayılı TCK'nın; "Şerefe Karşı İşlenen Suçlar" bölümünde değil, 'Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler' başlıklı Dördüncü Kısımın, 'Devletin Egemenlik Alametlerine ve Organlarının Saygınlığına Karşı Suçlar' başlıklı Üçüncü Bölümünde düzenlenmiştir. Kanun koyucunun bu tercihi, suç olarak tanımlanan fiillerin hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımlarına tâbi tutulacağına belirlenmesindeki takdir yetkisinin kapsamındadır.

Kural ile Devletin başı olan ve Devleti temsil eden Cumhurbaşkanının şahsında Devletin saygınlığına yönelik saldırının önlenmesi ve cezalandırılması amaçlanmaktadır. Buna göre kanun koyucunun, kuralla korunmak istenen

hukuki yararı, suçun niteliğini, meydana gelen neticeyi de dikkate alarak Cumhurbaşkanına hakaret suçunu, diğer hakaret suçlarından farklı değerlendirmesinde ve özel bir düzenleme öngörmesinde hukuk devleti ilkesine aykırılık bulunmamaktadır. Öte yandan, suç oluşturan eylem, verilecek cezanın alt ve üst sınırı, cezada artırım yapılacak hal, uygulanacak artırım oranı kuralda açıkça yer aldığından kuralın belirsiz olduğundan da söz edilemez.

Ayrıca, itiraz konusu kural, düzenlenme amacına ulaşmak açısından gerekli, öngörülen ceza ise korunan hukuki fayda dikkate alındığında, bu amaca ulaşmaya elverişli ve orantılıdır. Kuralda öngörülen suçun alenen işlenmesi halinde belirlenen cezanın artırım oranı suçun işlenmesinin önlenmesi açısından etkili ve ölçülüdür. Bununla birlikte temel cezanın belirlenmesi sırasında TCK'nın 61. maddesinde belirtilen suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesinde kullanılan araçlar, suçun işlendiği zaman ve yer, suçun konusunun önem ve değeri, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı vb. etkenler hâkim tarafından göz önüne alınarak cezanın şahsileştirilmesi ve verilen cezanın da koşulları oluştuğunda paraya çevrilmesi, ertelenmesi veya hükmün açıklanmasının geri bırakılması olanaklıdır.

İtiraz yoluna başvuran Mahkemeler, itiraz konusu kuralda düzenlenen 'Cumhurbaşkanına hakaret' suçu için öngörülen ceza ile TCK'nın 125. maddesinin (1) numaralı fıkrası ve (3) numaralı fıkrasının (a) bendinde düzenlenen kamu görevlisine hakaret suçu için öngörülen cezayı karşılaştırarak, bu hususun eşitlik ilkesine aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir. Cumhurbaşkanına hakaret suçu TCK sistematığında ayrı kısım ve bölümde düzenlendiğinden 'Şerefe Karşı Suçlar' Bölümünde düzenlenen hakaret suçundan farklı bir nitelik arz etmektedir.

Korunan hukuki yarar açısından genel olarak hakaret ve kamu görevlisine karşı hakaret suçlarından farklı olarak Cumhurbaşkanına hakaret suçunda, Cumhurbaşkanının kişiliği yanında Devletin saygınlığı da korunmak istenmektedir. Başvuru kararında karşılaştırılan suçlar incelendiğinde, bu suçların unsurlarındaki benzerliklere karşın, korunan hukuki yararlar ve suçların niteliklerinin farklı olduğu gözetildiğinde eşitlik ilkesine aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Anayasa'nın 13. maddesinde, 'Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.' denilmektedir.

Anayasa'nın 26. maddesinin birinci fıkrasında, 'Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir.' denilmek suretiyle temel hak ve özgürlükler arasında yer alan ifade özgürlüğü güvence altına alınmıştır. Maddenin ikinci fıkrasında ise bu özgürlüğün sınırlandırılması sebeplerine yer verilerek bu hakkın mutlak olmadığı ve maddede belirtilen nedenlerle sınırlandırılabilmesi kabul edilmiştir. Buna göre ifade özgürlüğünün, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu

güvenliği, başkalarının şöhret veya haklarının korunması amacıyla ve maddede belirtilen diğer nedenlerle sınırlandırılması mümkündür. Ancak, ifade özgürlüğünün sınırlandırılabilmesi için belirtilen nedenlerden birinin varlığı yeterli olmayıp temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması rejimini belirleyen Anayasa'nın 13. maddesine de uyulması gerekmektedir. Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca ifade özgürlüğü, Anayasa'nın 26. maddesinde belirtilen nedenlere bağlı olarak yalnızca kanunla ve demokratik bir toplumda gerekli olduğu ölçüde sınırlandırılabilir. Ayrıca getirilen bu sınırlamalar, hakkın özüne dokunamayacağı gibi Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

İfade özgürlüğü herkes için öngörülmuş bir anayasal hak olup, demokratik toplumun temelini oluşturan ana unsurlardan ve toplumun ilerlemesi ve bireyin gelişmesi için gerekli temel şartlardan birini oluşturmaktadır. Anayasa'nın 26. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğü eleştiri niteliğindeki düşünce açıklamalarını da kapsamaktadır. Esasen ifade özgürlüğü büyük ölçüde eleştiri özgürlüğünün güvence altına alınmasını hedeflemektedir. Bu nedenle, düşüncelerin açıklanması ve yayılması sırasında kullanılan ifadelerin sert olması doğal karşılanmalıdır. Kamu gücünü kullanan kişilere yönelik eleştirilerin kabul edilebilir sınırlarının diğer kişilere yönelik eleştiri sınırlarına göre daha geniş olduğu bilinmektedir. Ancak, kamu görevlilerine yönelik de olsa eleştirilerin kişilerin şeref ve itibarını zedeleyecek şekilde hakaret boyutuna ulaşmaması gerekir. Kamu görevini yerine getiren kişilerin diğer kişilere göre daha hoşgörülü olmak zorunda olmaları, onların '*şöhret veya haklarının*' korunmayacağı anlamına gelmez. İfade özgürlüğü, kişilere hakaret etme hakkı vermez, zira hakaret eyleminde başkalarının şöhret veya itibarlarına saldırı söz konusudur. Böyle bir durum da hiçbir hukuk düzeni tarafından korunmaz.

İtiraz konusu kuralın, ifade özgürlüğüne yönelik bir sınırlandırma getirdiği açıktır.

Söz konusu sınırlama, başkasının şöhret veya haklarının korunması ile kamu düzeninin korunmasını sağlamak amacıyla getirilmiş olup demokratik toplum düzeni bakımından alınması gereken tedbirler kapsamındadır. İtiraz konusu kural, kişilerin başkalarının şöhret veya haklarına zarar vermemek suretiyle düşünce ve kanaatlerini açıklamalarına engel oluşturmamaktadır. Dolayısıyla kuralla getirilen sınırlamanın, Anayasa'nın 26. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünün amacına uygun bir şekilde kullanılmasını son derece zorlaştıran veya onu kullanılamaz duruma düşüren kayıtlara bağlanmadığı ve hakkın özüne dokunulmadığı açıktır.

Kuralın (3) numaralı fıkrasındaki düzenleme ile Cumhurbaşkanının Devleti temsil etmesi ve konunun önemine göre yargılama yapılmasında kamu yararı bulunmayabileceği hususları gözetilerek, söz konusu suçtan dolayı kovuşturma yapılması Adalet Bakanının iznine bağlı tutulmuştur. Adalet Bakanına tanınan bu yetki, yargısal değerlendirmeden ziyade Devlet ve toplum yararı açısından bir takdir yetkisinin kullanılması kapsamında olup bu suçta işlediği

iddia edilenler açısından da bir güvencedir. Bu nedenle, kuralda hukuk devleti ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 2., 10., 13. ve 26. maddelerine aykırı değildir. Oybirliği ile iptal taleplerinin 14.12.2016 tarihinde reddine karar verilmiştir."

IV. ANAYASA MAHKEMESİ BİREYSEL BAŞVURU KARARLARINDA CUMHURBAŞKANINA HAKARET SUÇU

Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvurularda TCK'nın 299. maddesi ağırlıklı olarak "tutuklama" kararlarının kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlali üzerine gündeme gelmiştir.

Anayasa Mahkemesi Cumhurbaşkanına hakaret suçuna Anayasanın 19. maddesinin ihlali ile ilgili olan başvurularda değinmiş ve ağırlıklı olarak TCK 299 maddenin ifade özgürlüğünün ihlali hakkındaki bireysel başvuruları "kabul edilemezlik" kararları ile geri çevirmiştir.

4.1. Feyzi İşbaşaran (Bölüm Kararı - *Kabul edilmezlik*)

(Başv. no: 2014/19529- K.T. 21/9/2017)

Başvuru, tutuklamanın hukuki olmaması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir. Başvurucu geçmişte farklı dönemlerde milletvekili olarak seçilmiştir. Başvurucu, Cumhurbaşkanının, Başbakan ve Adalet ve Kalkınma Partisi Genel Başkanı olarak görev yaptığı dönemde bu partiye mensup olarak bir süre milletvekilliği yapmıştır.

Başvurucu hakkında çıkarılan bir yakalama emrine istinaden 7/12/2014 tarihinde saat 9.30 sıralarında adliyeye sevk edildiği esnada Cumhurbaşkanlığı avukatları Taksim Polis Merkezine gelerek başvurusunun "Twitter" isimli sosyal paylaşım sitesi üzerinden Cumhurbaşkanına hakaret ettiği yönünde şikâyette bulunmuşlardır.

Başvurucuya ait anılan sosyal medya hesabından aşağıda belirtilen paylaşımların yapıldığı tespit edilmiştir:

"Savcı uyuyormuş...Bekliyorum. Beni korkutmanız mümkün değil. Çok daha sert yazacağım. Seni indireceğim. HIRSIZ"

"Ulan p... Biz 12 Eylül Mamaktan geliyoruz. Sen kimsin HIRSIZ"

“Senin gibi hırsızdan zerre kadar korkan Bingöl olsun. Seni daha sert yazacağız”

“Saat bu saat Diktatör bizi karakola çağırmış. Çok da S...deydi zaten. Direnin. Bu bir savaş”

“Diktatör emir vermiş. Feyzi İşbaşaran’ı sabah alın korkutun. Çok da s...deydin zaten. Hırsız. Sen sokakta gideceksin.” Londra’dan geldim. Saat bu saat. Tayyip’in polisleri otelde kaldığım odayı bastı, giyinip gidiyorum. Senden korkan senin kadar alçak”

“Haysiyetsiz diktatör, sen sabah 06’da otelden adam mı alıyorsun? ... Sen kesinlikle ölümü hak ettin. Adi Alçak”

“Hodri meydan...hiç korkmam, çünkü hırsız değilim. Seni tüm dünyaya rezil edeceğim”

“Bir ülkenin Cumhurbaşkanı muhalefet partilerini muhatap alıyorsa, o Cumhurbaşkanı değil. Ülkede Başbakan yok demektir. Bu rejim değişikliği”

“Bu adam Cumhurbaşkanlığı yapamaz! Israr ederse hem kendisi hem de ülke kaybeder. 6 Ay sonra istifa etmek zorunda kalacak”

“Bir Cumhurbaşkanına “Alçakça” söylem yakışmaz. Taçlanan baş akıllanır diye bir atasözü var. Bunun akıllanacağı yok”

“Ben herhangi bir partiden değilim. Hırsız da değilim. Çalınan mal millettin malı”. “Çalıyor ama iş yapıyor diyen bir millet yok”

“Bağırarak çağırarak korkutarak geziciler nerde? O nerde? Bu nerde? deme herkes yerli yerinde. Sadece sen korkuyorsun. Yolun sonu belli”

Başvurucu, İstanbul 5. Sulh Ceza Hâkimliği tarafından tutuklanmıştır. Başvurucu, 16/12/2014 tarihinde süresinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

22/12/2014 tarihinde Cumhuriyet Savcısı, Cumhurbaşkanına hakaret suçundan kovuşturma yapılabilmesi için Bakanlıktan izin verilmesi talebinde bulunmuş, Adalet Bakanının 23/12/2014 tarihli Olur’u ile kovuşturma izni verilmiştir.

İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 12/1/2015 tarihli iddianamesi ile başvuru anılan paylaşımları dolayısıyla “tehdit ve Cumhurbaşkanına hakaret” suçlarını işlediğinden bahisle cezalandırılması istemiyle kamu davası açılmıştır.

İstanbul 11. Asliye Ceza Mahkemesi 15/1/2015 tarihinde tensip ile birlikte yaptığı inceleme sonucunda başvurucunun tutukluluk hâlinin devamına karar vermiş, anılan karara itiraz edilmiş İstanbul 18. Ağır Ceza Mahkemesi 20/1/2015 tarihinde başvurucunun itirazını kabul ederek tahliyesine karar vermiştir. İstanbul 11. Asliye Ceza Mahkemesi 31/12/2015 tarihli kararıyla başvurucunun “Cumhurbaşkanına hakaret” suçundan 1 yıl 10 ay 15 gün hapis, “tehdit” suçundan ise 1 yıl hapis cezaları ile cezalandırılmasına karar vermiştir.

Bu karar, Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 12/6/2017 tarihli ilamıyla (Cumhurbaşkanına hakaret suçundan verilen cezanın 1 yıl 9 ay hapsolarak değiştirilmesi suretiyle) düzeltilerek onanmıştır. Cumhurbaşkanına hakaret suçlamasıyla ilgili bir inceleme yapılmayan Anayasa Mahkemesi başvurucunun tutuklanmasının hukuki olmadığı iddiasına ilişkin olarak bir ihlalin bulunmadığı açık olduğundan başvurunun *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

4.2. Umut Kılıç (Bölüm Kararı - Kabul Edilemezlik)

(Başv. no:2015/16643 K.T. 4/4/2018)

Anayasa Mahkemesinin bu kararında inceleme konusu olan uyuşmazlık Başvurucunun hâkimlik mülakatı esnasında Cumhurbaşkanına ve mülakatı yapan kamu görevlilerine yönelik ifadelerden dolayı hakkında verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

Başvurucu 21/4/2015 tarihinde adli yargı hâkim adaylığı mülakatına girmiştir. 21/04/2015 tarihinde Adli Yargı Hâkim adaylığı mülakatı devam ederken ... Umut Kılıç mülakatı yapılmak üzere salona alınmıştır. Daha önce yüksek puanla yazılı yarışma sınavını kazanmasına rağmen elendiğini belirterek, mülakat komisyonuna hitaben “mevcut sistemin iş birlikçisi” olduklarını “faşist Ak Parti iktidarının uşakları” olduğu yönde hakaretlerde bulunmuştur. Mülakat salonundan çıkması aksi halde böyle konuşmaya devam etmesi halinde polis çağrılacağı ifade edilmiştir. Başvurucu “sizler busunuz polislerle susturursunuz susmayacağım, sizler iktidarın iş birlikçisiniz, emek hırsızısınız” şeklinde hakaretlerine devam etmiş, polis çağrılmış şahıs dışarı çıkarılırken “hırsız, katil Recep Tayyip Erdoğan” şeklinde slogan attığı duyulmuş ve başvuru tutanak tanzim edilmiştir.

Başvurucunun cumhurbaşkanına hakaret ve kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret suçlarından cezalandırılması istemiyle iddianame düzenlenmiştir. Ankara 32. Asliye Ceza Mahkemesinde yapılan yargılama sonunda Başvurucunun Cumhurbaşkanına hakaret ve kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret suçlarından ayrı ayrı 1 yıl 6 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına (HAGB) karar verilmiştir:

Başvurucu 26/10/2015 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi incelemesine göre; başvuru tarafından kullanılan ve değer yargısı niteliği taşıdığı anlaşılan ifadeler olgusal bir temelden de yoksundur. Bu kapsamda başvuru tarafından söylenen sözler, Cumhurbaşkanına ve mülakatı yapan kamu görevlilerine karşı olgusal bir temele dayalı incitici hatta şok edici yorum ve değerlendirmelerle değil, anılan kişilere yönelik saldırılarla alakalıdır. Başvurucunun sözleriyle hedef alınan kişilerin siyasetçi ve yüksek kamu görevlisi olmaları hasebiyle kendilerine yönelik düşünce açıklamalarına sade vatandaşlara kıyasla daha fazla müsamaha göstermeleri beklenebilirse de bu kişiler “...faşist Ak Parti iktidarının uşakları”, “hırsız, katil Recep Tayyip Erdoğan” şeklindeki değer yargısı içeren sözler nedeniyle bir saldırıya hedef olmuşlardır.

Bu nedenle Anayasa Mahkemesi, başvuruya konu müdahale ile başkalarının şöhret veya haklarının korunmasının amaçlandığını göz önünde bulundurmıştır.

Anayasa Mahkemesi başvurunun ifade özgürlüğünün ihlali iddialarına ilişkin olarak bir ihlalin olmadığı açık olduğundan başvurunun *açıkça dayanakta yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

4.3. Ömür Çağdaş Ersoy (Bölüm Kararı - Kabul Edilemezlik)

(Başv. no. 2015/11715- K.T. 12/12/2018)

Başvuru, Başbakanı yönelik sözler nedeniyle verilen adli para cezasına ilişkin hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

18/12/2012 tarihinde başvurunun da aralarında bulunduğu bazı kişiler, Göktürk-2 uydusunun uzaya fırlatılması nedeniyle Ortadoğu Teknik Üniversitesi (ODTÜ) Yerleşkesi'nde düzenlenen törene ilgili dönemde başbakan olan Recep Tayyip Erdoğan'ın katılımını protesto etmek istemiştir. Anılan kişilerle güvenlik güçleri arasında çatışmalar yaşanmıştır. Protesto olayları ile

ilgili olarak gözaltına alınan şahısların 22/12/2012 günü Ankara Adliyesine sevk edilmesi sırasında şüphelilere destek vermek amacıyla Ankara Adliyesi civarında toplanan grup adına başvuru açıklama yapmıştır.

Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı, başvuruçunun açıklamasında *“Bu kavga Tayyip Erdoğan’ın ‘zapt edilecek bir kale’ olarak bellediği ODTÜ’de tokat yemesi ve bunun karşılığında intikam hırsıyla kudurmuş bir köpek gibi öğrencilere saldırmasına karşın atılmış ikinci bir tokattır.”* şeklindeki sözlere karşı kamu görevlisine görevinden dolayı hakaret suçlamasıyla iddianame düzenlemiştir. Yargılamayı yapan Ankara 39. Asliye Ceza Mahkemesi başvuruçunun adli para cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına (HAGB) karar vermiştir.

Karar gerekçesi şöyledir: *“... sanığın. ‘Bu kavga Tayyip Erdoğan’ın zapt edilecek bir kale olarak bellediği ODTÜ’de tokat yemesi ve bunun karşılığında intikam hırsıyla kudurmuş bir köpek gibi öğrencilere saldırmasına karşın atılmış ikinci bir tokattır’ şeklinde beyanda bulunduğu, dosyada mevcut tüm tutanak ve belgelerden ve savunmadan anlaşılmış olmakla; sanığın sübut bulan suç tarihinde kamu görevi yapan görevli Başbakan’a görevinden dolayı hakaret suçunu işleyiş biçimi, sanığın güttüğü amaç ve saiki dikkate alınmış, ...adli para cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir. Ancak sanığın yeniden suç işlemeyeceği hususunda mahkememizce olumlu kanaate varıldığı anlaşılmakla, sanığın 5 yıl süre ile denetim süresine tabi tutulmasına ve hakkında verilen hükmün açıklanmasının geriye bırakılmasına yönelik aşağıdaki şekilde hüküm kurma gereği hasıl olmuştur”*

AYM incelemesi sırasında ifade özgürlüğü hakkına özetle şöyle değinmiştir.

Anayasa Mahkemesi ifade özgürlüğü bağlamında *demokratik toplum düzeninin gerekleri* ifadesinden ne anlaşılması gerektiğini daha önce pek çok kez açıklamıştır. İfade özgürlüğü kişinin haber ve bilgilere, başkalarının fikirlerine serbestçe ulaşabilmesi, düşünce ve kanaatlerinden dolayı kınanamaması ve bunları tek başına veya başkalarıyla birlikte çeşitli yollarla serbestçe ifade edebilmesi, anlatabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi anlamına gelir. Çoğunluğa muhalif olanlar da dâhil olmak üzere düşüncelerin her türlü araçla açıklanması, açıklanan düşünceye paydaş sağlanması, düşünceyi gerçekleştirme ve gerçekleştirme konusunda başkalarını ikna etme çabaları ve bu çabaların hoşgörülle karşılanması çoğulcu demokratik düzenin gereklerindedir. Dolayısıyla toplumsal ve siyasal çoğulculuğu sağlamak, her türlü düşüncenin barışçıl bir şekilde ve serbestçe ifadesine bağlıdır. Bu itibarla düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü demokrasinin işleyişi için yaşamsal önemdedir.

Temel hak ve özgürlüklere yönelik bir müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun kabul edilebilmesi için zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılaması ve orantılı bir müdahale olması gerekir. Açıktır ki bu başlık altındaki değerlendirme, sınırlamanın amacı ile bu amacı gerçekleştirmek üzere başvuru araçları arasındaki ilişki üzerinde temellenen ölçülülük ilkesinden bağımsız yapılamaz. Çünkü Anayasa'nın 13. maddesinde "demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama" ve "ölçülülük ilkesine aykırı olmama" biçiminde iki ayrı kritere yer verilmiş olmakla birlikte bu iki kriter bir bütünün parçaları olup aralarında sıkı bir ilişki vardır.

İfade özgürlüğü üzerindeki sınırlamanın demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacı karşılanması amacıyla yönelik ve istisnai nitelikte olması gerekir. Müdahaleyi oluşturan tedbirin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığının kabul edilebilmesi için amaca ulaşmaya elverişli olması, başvurulabilecek en son çare ve alınabilecek en hafif önlem olarak kendisini göstermesi gerekmektedir. Amaca ulaşmaya yardımcı olmayan veya ulaşmak istenen amaca nazaran bariz bir biçimde ağır olan bir müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığı söylenemeyecektir.

Anayasa Mahkemesinin bir görevi de bireylerin fikirlerini ifade özgürlüğü yoluyla ifade etme hakları ile Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen meşru amaçlar arasında adil bir dengenin sağlanıp sağlanmadığını denetlemektir. Meşru amaçların bir olayda varlığının hakkı ortadan kaldırmadığı vurgulanmalıdır. Önemli olan bu meşru amaçla hak arasında olayın şartları içinde bir denge kurmaktır.

Orantılılık ise sınırlamayla ulaşılmak istenen amaç ile başvuru sınırlama tedbiri arasında aşırı bir dengesizlik bulunmamasına işaret etmektedir. Diğer bir ifadeyle orantılılık, bireyin hakkı ile kamunun menfaatleri veya müdahalenin amacı başkalarının haklarını korumak ise diğer bireylerin hak ve menfaatleri arasında adil bir dengenin kurulmasına işaret etmektedir. Dengeleme sonucu müdahalede bulunan hakkın sahibine terazinin diğer kefesinde bulunan kamu menfaati veya diğer bireylerin menfaatine nazaran açıkça orantısız bir külfet yüklediğinin tespiti hâlinde orantılılık ilkesi yönünden bir sorunun varlığından söz edilebilir. Kamu gücünü kullanan organların düşüncelerin açıklanmasına ve yayılmasına müdahale ederken ifade özgürlüğünün kullanılmasından kaynaklanan yarardan daha ağır basan korunması gereken bir menfaatin ve kişiye yüklenen külfeti dengeleyici mekanizmaların varlığını somut olgulara dayanarak göstermeleri gerekir.

Buna göre ifade özgürlüğüne yapılan bir müdahale, zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamıyorsa ya da zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamakla birlikte orantılı değilse demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir müdahale olarak değerlendirilemez.

AYM bu başvuruda “başkalarının şöhret veya haklarının korunması” konusundaki görüşleri şöyledir: “Anayasa’nın 26. maddesinin ikinci fıkrasına göre ifade özgürlüğünün sınırlandırılma nedenlerinden ve bu bağlamda ifade özgürlüğünü kullananların uyması gereken görev ve sorumluluklardan biri de başkalarının şöhret veya haklarının korunmasıdır. Bireyin şeref ve itibarı, kişisel kimliğinin ve manevi bütünlüğünün bir parçasını oluşturur ve Anayasa’nın 17. maddesinin birinci fıkrasının korumasından faydalanır. Devlet, bireyin şeref ve itibarına keyfi olarak müdahale etmemek ve üçüncü kişilerin saldırılarını önlemekle yükümlüdür.

Anayasa Mahkemesi siyasetçilerin, kamuoyunca tanınan kişilerin ve kamusal yetki kullanan görevlilerin gördükleri işlev nedeniyle daha fazla eleştiriye katlanmak durumunda olduklarını ve bunlara yönelik eleştirinin sınırlarının çok daha geniş olduğunu her zaman vurgulamıştır

Anayasa Mahkemesi önceki kararlarında başvurunun müdahale edilen ifade özgürlüğü ile başvurunun ifadeleri nedeniyle katlanın (somut olayda Başbakan) müdahale edilen şeref ve itibar hakkı arasında adil bir denge- nin gözetilip gözetilmediğini değerlendirmiştir.

Bu, soyut bir değerlendirme değildir. Çatışan haklar arasında dengeleme yapılabilmesi için başvurunun kullandığı ifadelerin türünün, kamusal tartışmalara katkı sunma kapasitesinin, ifadelere yönelik kısıtlamaların niteliğinin ve kapsamının, ifadelerin kimin tarafından dile getirildiğinin, kime yöneltildiğinin, tarafların ünlülük derecelerinin ve ilgili kişilerin önceki davranışlarının ve kamuoyu ile diğer kişilerin kullanılan ifadeler karşısında sahip oldukları hakların ağırlığının değerlendirilmesi gerekir.

Anayasa’nın 26. maddesi sınırsız bir ifade özgürlüğünü tamamen garanti etmemiştir. Somut başvuruyla bağlantılı olarak söylenecek olursa siyasetçilere yönelik eleştirilerin kişilerin itibarlarına zarar verir boyuta ulaşmaması gerekir. Bu, kişilerin sahip oldukları temel hak ve hürriyetleri kullanırken sahip oldukları ödev ve sorumluluklara gönderme yapan “*Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder.*” biçimindeki Anayasa’nın 12. maddesinin ikinci fıkrasından doğan bir zorunluluktur.

Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan sınırlamalara uyma yükümlülüğü, ifade özgürlüğünün kullanımına herkes için geçerli olan bazı görev ve sorumluluklar getirmektedir. Söz konusu sorumlulukların kapsamı, başvurunun koşullarına ve ifade özgürlüğünü kullandığı vasitalara göre değişir. Anayasa Mahkemesi, bir cezanın *demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun* olup olmadığını incelerken meselenin bu yönünü görmezlikten gelmeyecektir.

İlkeleri belirleyen Anayasa Mahkemesi belirlediği bu ilkeleri olaya uygulanması sırasında ifade özgürlüğü hakkındaki kriterleri uygulamıştır. Başvuru konusu olayda başvurucu tarafından ODTÜ'de polis ile göstericiler arasında yaşanan çatışmalar sonrasında gözaltına alınan şahısların adliyeye sevk edilmesi esnasında Başbakanı hedef alan bir açıklama yapılmış ve açıklamada *"... Tayyip Erdoğan'ın ... intikam hırsıyla kudurmuş bir köpek gibi öğrencilere saldırmasına karşın atılmış ikinci bir tokattır"* şeklinde ifadeler kullanılmıştır.

Başvurucu, bu sözleri ilgili dönemdeki Başbakan'ın açıklamalarına karşı söylediği iddiasındadır. Ancak başvurunun ve Başbakan'ın açıklama yaptığı tarihler dikkate alındığında başvurunun sözlerinin Başbakan'ın açıklamalarına verilmiş bir yanıt olduğu yönündeki iddialarının geçerli olmadığı görülmektedir. Çünkü başvurucu, başvuruya konu açıklamalarını 22/12/2012 tarihinde yapmış; Başbakan'ın yukarıda yer verilen ve başvuru formunda atf yapılan açıklamaları ise 25/12/2012-27/12/2012 tarihlerinde yapmıştır.

Bu bağlamda başvurucu tarafından kullanılan ve değer yargısı niteliği taşıdığı anlaşılan *"kudurmuş bir köpek gibi"* şeklindeki ifadeler olgusal bir temelden de yoksundur.

Bu açıdan başvurucu tarafından söylenen sözler, Başbakan'a karşı olgusal bir temele dayalı incitici hatta şok edici yorum ve değerlendirmelerle değil ona yönelik saldırılarla alakalıdır.

Başvurunun sözleriyle hedef alınan Başbakan'ın üst düzey bir siyasetçi olması hasebiyle kendisine yönelik açıklamalarına sade vatandaşlara kıyasla daha fazla müsamaha göstermeleri beklenebilirse de Başbakan *"kudurmuş bir köpek gibi"* şeklindeki değer yargısı içeren sözler nedeniyle bir saldırıya hedef olmuştur. Bu itibarla mevcut davada dile getirilen kaba, aşağılayıcı, küçük düşürücü, abartılı, kişisel saldırı içeren sözlerin -açıklamaya sebep olan olayın bir tarafı ve konuşmanın çerçevesi politik alanda kalsa bile- kabul edilebilir sınırları aşması nedeniyle siyasi bir tartışma içindeki bir görüş olarak değerlendirilmesi zordur.

Anayasa Mahkemesi açıklanan nedenlerle başvurucaunun ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyaca karşılık geldiği ve dolayısıyla derece mahkemelerinin farklı çıkarları dengelerken sahip oldukları takdir paylarını aşmadıkları sonucuna ulaşmaktadır.

AYM ayrıca HAGB kararını da değerlendirerek; başvurucaunun ifade özgürlüğünün ihlali iddialarına ilişkin olarak bir ihlalin olmadığı açık olduğundan başvurucaunun açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle başvurucaunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

4.4 Deniz Karadeniz ve diğerleri (Genel Kurul Kararı - İhlal)

(Başv. no. 2014/18001 K.T. 6/2/2020. (R.G. Tarih ve Sayı: 26/3/2020-31080)

Başvuru, bir siyasi partinin il başkanlığı binasına asılan pankartın indirilmesi sırasında kolluk görevlilerince parti üyelerine zor kullanılması nedeniyle insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının; parti üyeleri hakkında pankarttaki sözler ile diğer açıklamalardan dolayı kamu davası açılması nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddialarına ilişkindir.

Adalet ve Kalkınma Partisi (AK Parti) yerel seçimler dolayısıyla 19/3/2014 tarihinde Edirne Selimiye Meydanı'nda Başbakanın da katılımıyla bir açık hava toplantısı planlamıştır.

Olayların meydana geldiği tarihte yaşları on sekiz ile yirmi altı arasında değişen başvurucaular, Özgürlük ve Dayanışma Partisinin (ÖDP) üyesidir. Doğuş Yavuz dışındaki başvurucaular, olay günü ÖDP Edirne İl Başkanlığı binasında bulunmaktadır.

Edirne İl Emniyet Müdürlüğü Güvenlik Şube Müdürlüğüne bağlı sivil ekiplerin (kolluk görevlileri) güvenlik tedbirleri kapsamındaki kontrolleri sırasında, Türkiye Komünist Partisi (TKP) Edirne İl Temsilciliği binasının çatı katında bir adet pankartın ve ÖDP teşkilatının bulunduğu binanın camından sarkıtılan "Katil, Hırsız AKP" yazılı bir pankartın bulunduğu tespit edilmiştir.

Kolluk görevlileri TKP binasındaki pankartı indirdikten sonra ÖDP binasındaki pankartı da indirmek amacıyla ÖDP binasına geldiklerinde Doğuş Yavuz dışındaki başvurucaularla aralarında arbeye yaşanmıştır.

Kolluk görevlileri TKP ve ÖDP binasındaki pankartlardan Cumhuriyet savcısını haberdar etmişlerdir. Görevliler Cumhuriyet savcısına ayrıca ÖDP binasının pencerelerinden dışarıya bağırarak suretiyle "Hırsız Tayyip" ve "Katil

AKP” şeklinde sözler söylendiğini bildirmişlerdir. Cumhuriyet savcısının arama ve el koyma kararını bildiren görevliler pankartı almaya çalıştıkları sırada da direnme ile karşılaşmışlardır.

Cumhuriyet Başsavcılığınca başvuru hakkında soruşturma açılmıştır. Cumhuriyet Başsavcılığı; başvuru hakkında Parti teşkilatı binasına Başbakan’a hakaret içeren pankart astıkları, bu sırada Parti binasının pencerelerinden bağırarak Başbakan’a hakaret ettikleri, görevlilerin pankartı indirmek için gelmelerinden sonra da bina penceresinden pankartı göstermeye ve Başbakan’a hakaret etmeye devam ettikleri, bu şekilde aynı zamanda AK Partinin yapmakta olduğu toplantının huzur ve sükûnunu bozdukları, kolluk görevlilerine hakaret etmelerinin yanında cebir kullanarak direndikleri iddiasıyla 4/4/2014 tarihinde ceza davası açılmıştır.

İddianamede; başvuru hakkında “Katil, Hırsız AKP” yazan pankartı asıldığı yerden alarak pencereden bina dışındakilere göstermeye devam ettikleri sırada çevredekilerin duyacağı şekilde “Hırsız Tayyip” ve “Katil AKP” şeklinde bağırarak Başbakan’a hakaret ettikleri anlatılmıştır.

Başvuru hakkında Edirne 3. Asliye Ceza Mahkemesince yürütülen yargılama sonucunda 2/10/2014 tarihinde tüm suçlamalardan beraat kararı verilmiştir. Kararın gerekçesinde, başvuru hakkında polisler tarafından hakaret suçunu işledikleri iddiası ile ilgili olarak tarafsız görgü tanığı ve başka bir delilin bulunmadığı ifade edilmiştir. (...) Mahkeme, Ayrıca seçim sürecinde olan bir ülkede parti binalarına pankart asılmasının demokrasinin gereği olduğunu, pankart asılmasının yapılmakta veya yapılacak olan bir toplantının huzur ve sükûnunu bozmaya yeterli bir vasıta ve eylem olmadığını belirten Mahkeme; pankartta yazılı olan ibarede hedef alınmanın Başbakan değil partisi olduğunu, Başbakan’ın şahsına yönelik küçük düşürücü, aşağılayıcı bir ibarenin kullanılmadığını belirterek isnat edilen hakaret suçunun unsurlarının oluşmadığına karar vermiştir. Yargılama sonucunda ayrıca el konulan pankartın iadesine karar verilmiştir. Karar temyiz edilmeden kesinleşmiştir.

AYM bu kararında Cumhurbaşkanına hakaret suçunu ifade özgürlüğü yönünden nasıl değerlendirmektedir?

AYM öncelikle ifade özgürlüğü hakkında AİHM kararlarındaki ilkeleri bu kararında tekrarlamıştır. AİHM’ne göre ifade özgürlüğü, demokratik toplumun temelini oluşturan ana unsurlardandır.

AYM, AİHM kararlarına referans göstererek ifade özgürlüğü hakkındaki temel ilkeleri tekrarlamaktadır. AİHM'e göre 10. maddenin ikinci paragrafı saklı tutulmak üzere ifade özgürlüğü sadece toplum tarafından kabul gören, zararsız veya ilgisiz kabul edilen *bilgi* ve *fikirler* için değil incitici, şoke edici ya da endişelendirici bilgi ve düşünceler için de geçerlidir.

İfade özgürlüğü; yokluğu hâlinde *demokratik bir toplumdan* söz edemeyeceğimiz çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin bir gereğidir. AİHM, 10. maddede güvence altına alınan bu hakkın bazı istisnalara tabi olduğunu ancak bu istisnaların dar yorumlanması ve bu hakkın sınırlandırılmasının ikna edici olması gerektiğini vurgulamıştır

AİHM'e göre ifade özgürlüğü, herkes için önemli olmasına karşın halkın seçilmiş temsilcileri bakımından özel bir öneme sahiptir. Çünkü seçilmiş kişiler; seçmenleri temsil ederler, seçmenlerin kaygılarına dikkat çeker ve menfaatlerini savunurlar.

AİHM, siyasi ifade özgürlüğünün önemini göstermek maksadıyla caydırıcı etki doktrini kullanmakta; bu nedenle siyasetçilere yönelik olarak verilen cezaların küçük de olsa ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı etki doğabileceği sonucuna ulaşmaktadır

Anayasa Mahkemesi önce insan haysiyetiyle bağdaşmayan muamele yasağının ihlal edildiğine ilişkin iddiaları Anayasa'nın "*Kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı*" kenar başlıklı 17. maddesine göre kötü muamele yasağının ihlal edildiğine ilişkin iddianın *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

AYM ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin iddiaları değerlendirmiştir.

Başvurucu, içeriği suç oluşturmayan bir pankartın asılması nedeniyle hakkında dava açılmasının Anayasa'nın 26. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

Tüm başvurucular hakkında kamu davası açılmışsa da tüm başvurucular atılı suçlardan genel gerekçelerle beraat etmişlerdir.

Başvurucular, eleştiri kapsamında kalan ve içeriği suç oluşturmayan bir pankartın Cumhuriyet Başsavcılığının kararı ile arama ve el koyma kararına konu edilmesinin, kötü muamele oluşturacak şekilde güç kullanılması suretiyle bulunduğu yerden indirilmesinin, konusu suç oluşturmayan düşüncelerin açıklanması nedeniyle gözaltına alınmalarının ve haklarında dava açılmasının Anayasa'nın 26. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar vermiştir.

Esas yönünden ise Anayasa Mahkemesine göre, başvuru sahiplerinin mensubu oldukları siyasi parti binasına astıkları pankartın bulunduğu yerden güç kullanılarak indirilmesinin ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale olduğu konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır.

Anayasa Mahkemesine sunulan belgelere göre başvuru sahiplerine, ÖDP il teşkilatının bulunduğu binaya “*Katil, Hırsız AKP*” yazılı bir pankartın camdan sarkıtılmak suretiyle asıldığı, iktidarda bulunan partiye ve Başbakan’a yönelik kaba sözler içeren sloganlar atıldığı iddiasıyla müdahale edilmiştir. Cumhuriyet Başsavcılığına göre başvuru sahipleri söz konusu pankart ve sloganlarla iktidar partisinin aynı saatlerde yapılmakta olan mitinginin huzur ve sükununu bozdukları gibi Başbakan’a da hakaret etmişlerdir.

5237 sayılı Kanun’un 125. maddesi, başvuru konusu müdahalenin kanuni dayanaklarını oluşturmaktadır. Ayrıca söz konusu müdahale, kamu düzenini sağlama ve başkalarının hakkını koruma gibi Anayasa’nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen iki meşru amaca yöneliktir. Geriye müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir müdahale olup olmadığı sorunu kalmaktadır.

Anayasa Mahkemesi kararının bundan sonraki bölümünde referans aldığı kararlarla Anayasa’nın 26. maddesinde yer alan ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumun zorunlu temellerinden olup toplumun ilerlemesi ve her bireyin gelişmesi için gerekli temel şartlardan birini oluşturduğunu, ifade özgürlüğü herkes için geçerli ve demokrasinin işleyişi için yaşamsal öneme sahip olduğunu bu sebeple ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun kabul edilebilmesi için zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılaması ve orantılı bir müdahale olması gerektiği, müdahaleyi oluşturan tedbirin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığının kabul edilebilmesi için amaca ulaşmaya elverişli olması, başvurulabilecek en son çare ve alınabilecek en hafif önlem olarak kendisini göstermesi gerektiği vurgulanmıştır. AYM, orantılılık bakımından ise bireyin hakkı ile kamunun menfaatleri veya müdahalenin amacı başkalarının haklarını korumak ise diğer bireylerin hak ve menfaatleri arasında adil bir denge kurulmasına işaret etmiştir.

İfade özgürlüğüne gerekçesiz olarak veya Anayasa Mahkemesince ortaya konulan kriterleri karşılamayan bir gerekçe ile yapılan müdahalelerin Ana-

yasa'nın 26. maddesini ihlal edeceği, ifade özgürlüğüne yapılan bir müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğunun kabul edilebilmesi için kamu makamları tarafından ortaya konulan gerekçelerin ilgili ve yeterli olması gerektiğine dikkat çekilmiştir. Başka bir deyişle somut olayda, bir siyasi parti ile bağlantılı kişilerin ifade özgürlüğüne yapılan müdahale için ileri sürülen gerekçelerin ikna edici olması ve zorunlu nedenlere dayandığının gösterilmesi gerekir.

AYM kararına göre, "Mevcut başvuruda başvuruculara tam olarak hangi düşünce açıklamaları nedeniyle müdahale edildiğini tespit etmek kolay görünmemektedir. Polis tarafından düzenlenen 19/3/2014 tarihli raporda, olaylar sırasında iktidarda bulunan partiye ve Başbakan'a yönelik bazı tahkir içeren sözler söylendiği ileri sürülmüş ise de ilk derece mahkemesi bu yönde bir tespit yapmamıştır.

Üstelik olaylar sırasında çekilmiş ve polis raporunun doğruluğunu gösteren video kaydı bulunduğu ifade edilmesine rağmen bahsi geçen kayıtlar yargılama makamlarına sunulmamıştır. Bu durumda dosyaya sunulan bilgi ve belgeler ile ilk derece mahkemesinin anlatımlarından somut olayda arama kararı verilmesinin ve kolluk görevlilerinin ÖDP İl Başkanlığı binasına gelmesinin temel sebebinin asılan pankart olduğu anlaşılmaktadır.

Nitekim pankartın indirilmesi için olay yerine itfaiye aracı çağrıldığı, ancak pankartın bina içine alınması nedeniyle başarılı olunamadığı ifade edilmiştir. O hâlde değerlendirilmesi gereken bir husus olarak geride parti binasına pankart asılması meselesi kalmaktadır."

İlk derece mahkemesi, pankartta AK Partiye yönelik olarak sarf edilen "*Katil, Hırsız AKP*" ifadelerini tahrik edici bulmamıştır. Mahkemeye göre başvuruya konu pankart ile AK Parti toplantısının huzur ve sükûnu bozulmamıştır.

Başvuru konusu olayların meydana gelmesinin esas nedeni olan pankartta, iktidarda bulunan AK Partiye yönelik değer yargısı niteliğinde iki sert ifadenin yer aldığı görülmektedir.

Bunlardan "*hırsız*" ifadesinin iktidar partisinin yolsuzluklara bulaştığını ima ettiği açıktır.

Demokratik rejimlerde ülkenin sahip olduğu toplam refahın tüm topluma adil bir biçimde dağıtılıp dağıtılmadığı meselesi kamusal tartışmaların ilk sırasında yer almaktadır. Bireylerin veya grupların ekonomiyi düzenleyici mekanizmaların iyi işlemediğinden rant arama ve yolsuzluk iddialarına kadar

bir dizi rahatsızlıklarını yüksek sesle dillendirmeleri, ayrıca hükûmetin hesap vermesini ve yönetimin olabildiğince saydam olmasını istemeleri ancak düşüncelerin herhangi bir engelle karşılaşmadan açıklanabildiği demokratik rejimlerde mümkündür.

Bundan sonraki değerlendirmesinde AYM;

“AK Partiye yöneltilen değer yargısı niteliğindeki ikinci açıklama ile ‘*katil*’ ifadesidir. Türkiye’de uzun süredir devam eden, PKK’nın neden olduğu şiddetin ve terör olaylarının sona erdirilmesi gündemin en önemli sorunlarından birini oluşturmaktadır. PKK, olayların meydana geldiği tarihte ve hâlen, ülke için öncelikli bir güvenlik tehdidi olmayı sürdürmektedir. Bununla birlikte toplumun bazı kesimleri hükûmetin güvenlik eksenli terörle mücadele politikasını eleştirmekte, bilhassa sert güvenlik önlemlerine başvurulmasını tartışmaya açmaktadır. Güvenlik merkezli olmayan yöntemlerin benimsenmesini savunanlar devletin ve doğal olarak devlet iktidarını kullanan iktidar partisinin terörle mücadele sırasında meydana gelen ölümlerden sorumlu olduğunu ileri sürmektedir. Bu anlamda iktidarda bulunan partiye ‘*katil*’ denmesi mevcut güvenlik politikalarından memnuniyetsizliğin en sert biçimde ifadesi olarak anlaşılmalıdır.

Bununla birlikte devletin terörle mücadele politikalarının eleştirilmesi ile terör örgütünün faaliyetlerinin desteklenmesi ve meşru gösterilmesi arasındaki ince çizgi her zaman gözetilmelidir. Somut olayın koşullarında söz konusu ifadenin PKK terör örgütünün şiddet eylemlerinin haklılığını ortaya koymak amacıyla sarf edildiğine dair bir veri bulunmadığı kanaatine ulaşılmıştır.

Olayların meydana geldiği gün AK Partinin düzenleyeceği toplantı için on binlerce partilinin Edirne’ye geldiği ve toplantı alanında büyük bir kalabalığın toplandığı görülmektedir. Değerlendirme konusu pankartta yer alan sözlerin AK Partiye gönül verenleri belirli bir oranda inciteceği kabul edilebilir. Fakat ifade özgürlüğünün sadece toplum tarafından kabul gören veya zararsız ya da ilgisiz kabul edilen bilgi ve fikirler için değil incitici, şoke edici ya da endişelendirici bilgi ve düşünceler için de geçerli olduğu yinelenmelidir.

Anayasa Mahkemesi pek çok kararında ifade özgürlüğünün bir dereceye kadar abartıya ve hatta kışkırtmaya izin verecek şekilde geniş yorumlanması gerektiğini kabul etmiştir.

Zikredilen kavramları kullanmalarının pankartı açanların açıkça polemik çıkarmaya ve şiddetli tepkiler yaratmaya yönelik üsluplarının bir parçası olduğu anlaşılmaktadır. Siyasetçilerin başta rakipleri olmak üzere toplum ve devlet hayatında yer alan aktörlere yönelik olarak sert ifadelere başvurmalarının taraftarlarını konsolide etme amaçlarının bir parçası olarak kabul edileceği daha önce pek çok kez ifade edilmiştir.

Başvuruya konu ‘*hırsız*’ ve ‘*katil*’ ifadelerinin yer aldığı eleştirel düşünce açıklamasında baskın bir şekilde öfke dili hâkimdir. Başvurucuların uzunca bir süre devam eden şiddet sarmalının sona erdirilmesi için seslerini duyurmak

ve ekonomik gelişmelerden hoşnutsuzluklarını ifade etmek için sadece yetkilileri değil aynı zamanda toplumu da sarsma amacı taşıdıkları kabul edilebilir.

Başvuruya konu pankart seçim sürecinde bir siyasi partinin il başkanlığı binasına asılmıştır. Anayasa'nın 68. maddesinin ikinci fıkrasında siyasi partilerin, demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurları olduğu ifade edilmiştir. Siyasi partiler, halkın siyasete katılımının araçları oldukları kadar çoğulcu siyasetin de temel unsuru ve güvencesidir. Karar alma sürecini etkileme ve siyasi iktidarı kullanmada vazgeçilmez bir rol ve ağırlığa sahip olan siyasi partiler ve demokrasi iç içe geçmiş ve birbirini tamamlayan kurumlardır. Sonuç olarak devlet politikalarının yönü, günümüz çağdaş demokrasilerinde siyasi partilerin açık mücadelesi ile tayin edilmektedir.”

Sonuçta AYM kararında “Tüm veriler ışığında somut olayda, pankart açmak suretiyle açıklanan düşünceye yapılan müdahale ile bireylerin Anayasa’da güvence altına alınan ifade özgürlüklerini kullanırken kamu güçlerinin bazı varsayımlara dayanan keyfi müdahalesi ile karşı karşıya kaldıkları kanaatine ulaşılmıştır. Somut verilerle desteklenmeden, soyut bazı mülhazalarla herhangi bir düşünce açıklamasının açık ve mevcut bir tehlike oluşturduğunun kabul edilmesi aşırı bir yorum olacaktır. Zira aksinin kabulü başta ifade özgürlüğü olmak üzere çok sayıda anayasal hak ve özgürlükler üzerinde varsayımlara dayalı olarak baskı yaratma potansiyeline sahiptir. Bu durum kamusal konuşmaları ve düşünce açıklamalarını imkânsız hâle getirecektir” denilmektedir.

AYM’ye göre bazıları için *şoke edici* ve *rahatsızlık verici* olarak kabul edilebilecek ifadelerle bir siyasi partinin eleştirilmesi mümkündür.

Anayasa Mahkemesine göre; son olarak, pankarttaki ifadeler son derece sert olsa da bir bütün olarak kamuoyunu yakından ilgilendiren bir konuda mevcut bir toplumsal tartışmaya yönelik ifadeler olduğu kanaatindedir.

SONUÇ OLARAK ANAYASA MAHKEMESİNE GÖRE;

“Bir siyasi partinin mensubu olan başvuruçuların ancak demokratik bir toplumda gerek duyulan sınırlama ve kısıtlamalara tabi olarak yolsuzluk ve terörle mücadele politikaları ile ilgili konularda bilgi edinme ve paylaşma özgürlüğüne sahip oldukları açıktır. Başvuruçular söz konusu haklarını bir pankart üzerine artık kalıplaşmış bir slogan hâline gelen bir cümle yazarak kullanmayı tercih etmişlerdir.

Kapsamlı bir inceleme neticesinde başvuruçuların ifade özgürlüğüne sadece önlem amaçlı olarak ve kötü muamele oluşturacak biçimde güç kullanmak suretiyle müdahale edilmesinin başvurulabilecek en son çare ve alınabilecek

en hafif önlem olduğu değerlendirilmemiştir. Mevcut başvuruda müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamadığı gibi orantılı da olmadığı, dolayısıyla *demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun* olarak kabul edilemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır.

Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 26. maddesinde yer alan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine" oyçokluğuyla karar verilmiştir.

Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğü ihlal edilmiştir.

4.5 Hüsni Mahalli (Bölüm Kararı - Kabul Edilemezlik)

(Başv. no. 2017/4934 ve Karar Tarihi 18.11.2020)

Bu kararda Başvurucu gazetecinin ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine ilişkin iddianın açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle iki karşı oyla kabul edilemez bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi Başv. no. 2017/4934 ve 18.11.2020 tarihli kararında Cumhurbaşkanına hakaret ve kurul halinde çalışan kamu görevlilerine görevlerinden dolayı hakaret suçundan bahisle önüne gelen bireysel başvuruyu karara bağlamıştır.

19/12/2016 tarihinde Başsavcılık, Başvurucu hakkında Cumhurbaşkanına hakaret suçundan kovuşturma yapılabilmesi için Bakanlıktan izin verilmesi talebinde bulunmuş, Adalet Bakanının 16/1/2017 tarihli Olur'u ile gazeteci hakkında kovuşturma izni verilmiştir.

2/12/2016 tarihli TV programında yayınına Başvurucu, konuşmacı olarak katılmıştır. Başvurucunun bu programda yaptığı konuşmalarla Cumhurbaşkanı ve Hükûmet yetkililerinin Suriye'de bulunan terör örgütlerini finans ve silah sağlayarak desteklediği ve yaşanan terör olaylarına neden olduğu yönünde açıklamalarda bulunduğu iddia edilmiştir.

Başvurucu, suça konu açıklamaları ve sosyal medya paylaşımlarından sonra gözaltına alınmış ve 15 Aralık 2016 tarihinde tutuklanmış, daha sonra hakkında tahliye kararı verilmiştir. Başvurucu hakkındaki soruşturma süresi 34 gün sürmüştür. Hakkında iddianame düzenlendikten 3 gün sonra tahliye edilmiştir. Başvurucu 37 gün tutuklu kalmıştır.

İddianamede başvurucu gazetecinin muhtelif tarihlerde bir kısım röportaj, sosyal medya mesajları ve bir televizyon programında yaptığı konuşmalarla Cumhurbaşkanının ve Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetinin birçok terör örgü-

tüne finans ve silah sağlayarak desteklediğini belirttiği ve Cumhurbaşkanına diktatör yakıştırmaları yaptığı ileri sürülmüştür.

Başvurucunun “Twitter” isimli sosyal paylaşım sitesi üzerinden Cumhurbaşkanına hakaret ettiği iddia edilmiştir. Başvurucunun suçlamaya konu 7/12/2016 ve 10/12/2016 tarihli paylaşımları iddianamede yer verildiği şekliyle şöyledir:

“Halep’te ruh hastalarının işi bitti. 5 yıldır onlara yardım edenler ne olacak? Ne biçim Müslümansınız??. Boşuna uğraşmayın işiniz bitti”

“Halit Meşal Halep’teki durum beni çok üzüyor’ demiş. Ulen seni ve Mavi Marmara’yı satanlara da iki laf etsene”

İstanbul 6. Asliye Ceza Mahkemesinde kamu davası açılmış, görevsizlik kararıyla İstanbul 2. Asliye Ceza Mahkemesi E. 2018/119 E. sayılı ve 8/11/2018 tarihli kararıyla hükme bağlanmıştır. Başvurucu Cumhurbaşkanına hakaret suçu yönünden 2 yıl 5 ay 5 gün hapis cezasıyla cezalandırılmasına karar verilmiş, kurul hâlinde çalışan kamu görevlilerine görevlerinden dolayı hakaret suçundan dolayı 1 yıl 8 ay 25 gün hapis cezası verilmiş ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına (HAGB) hükmedilmiştir. HAGB kararına başvuru tarafından yapılan itiraz 18/1/2019 tarihinde İstanbul 2. Ağır Ceza Mahkemesince kesin olarak reddedilmiştir.

Uyuşmazlık bireysel başvuru yoluyla Anayasa mahkemesi önüne gelmiştir.

Anayasa Mahkemesi, Başvurucunun “tutukluluk halinin” Anayasa’nın 19. maddesi bakımından incelenmesi sırasında Başvurucuya verilen Cumhurbaşkanına hakaret suçunu ceza miktarı bakımından nitelikli bir suç olarak değerlendirmiştir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi “İsnat edilen suçla ilişkin (Cumhurbaşkanına hakaret) olarak kanunda öngörülen cezanın ağırlığı, kaçma şüphesine işaret eden durumlardan biri” olarak kabul edilmiş ve referans olarak AYM Hüseyin Burçak, Başv. no: 2014/474 ve 3/2/2016 tarihli kararını göstermiştir. Bu yüzden AYM Cumhurbaşkanına hakaret suçundan dolayı tutuklama nedenlerinin olgusal temellerinin var olduğu kanaatinde-dir. (Benzer yöndeki kararlar için bkz. Feyzi İşbaşaran, B. No: 2014/19529, 21/9/2017, § 47). (Karar Bölüm 51).

AYM başvuru ileri sürdüğü tutuklanmasının hukuki olmadığı iddiasına ilişkin olarak iki üyenin karşı oyuyla bir ihlalin bulunmadığı ve başvurunun bu kısmının açıkça dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

AYM tutuklanma nedeniyle kişi özgürlüğü ve güvenliği yanında ifade özgürlüğünün ihlal edildiği başvurusunu iki üyenin karşı oyuyla geri çevirmiş, kabul edilemez bulmuştur.

AYM'ye göre Anayasa'nın 26. ve 28. maddeleri bağlamında ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiği iddialarına ilişkin olarak bir ihlalin bulunmadığı gerekçesiyle başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

Bu kararda yer alan Karşı Oy gerekçesinde ise ifade ve basın özgürlüğü hakkında ilginç olan görüş şöyle yer almıştır:

“22. Başvurucu hakkında uygulanan tutuklama tedbirinin hukuki olmadığı şeklindeki kanaate ulaşılmamasına paralel biçimde, gazeteci olan başvurusunun tutuklanmanın hukukiliği bağlamında suç işlendiğine dair kuvvetli belirtinin ortaya konulması sürecinde dayanak olarak gösterilen konuşma ve yazıları nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlali yanında kaçınılmaz biçimde ifade ve basın özgürlüğünün de ihlal edildiği sonucuna varmak gerekir. Zira somut dosyada başvuru ile ilgili yer verilen konuşma ve yazılar, toplumun büyük bir kesiminin hoşuna gitmese, gerçeklikle ilgisi olmasa, muhatbına yönelik nezaketsiz bir biçimde ifade edilmiş olsa da Türkiye'nin temel bir politikası bağlamında ortaya konulmuş olan ağır eleştiriler niteliğindedir. Bu tür düşünce açıklamaları suç unsuru barındırmadığı sürece ifade özgürlüğünün korumasından faydalanmalıdırlar.”

Görüldüğü üzere; kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının ihlali yanında gazetecinin ifade ve basın özgürlüğü ihlal edilmiştir. Sözleri ağır eleştiri niteliğindedir.

4.6 Şaban Sevinç (2) (Bölüm Kararı - İhlal)

(Başv. no. 2016/36777 K.T. 26/5/2021)

Anayasa Mahkemesinin 26.5.2021 tarihli kararı Cumhurbaşkanına hakaret suçunun esasına ilişkin olup ifade özgürlüğünün iki karşı oya karşılık ihlal edildiği hakkında verilmiş bir karardır.

Başvuru, bir televizyon programında Cumhurbaşkanına yönelik ifadeler dolayısıyla verilen mahkûmiyet hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının başvurusunun ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

Başvurucu 22/9/2015 tarihinde ulusal yayın yapan bir televizyon kanalına konuşmacı olarak katılmıştır. Yayında 1 Kasım 2015 tarihinde yapılacak olan

genel seçim sürecinde siyasete Cumhurbaşkanı tarafından yapılan müdahaleleri tartışmıştır. Başvurucu, televizyon program devam ederken Cumhurbaşkanıya yönelik olarak “yani yolsuzluk tapeleri olan, ses kayıtları olan, oğluyla rüşvet konuşması olan Cumhurbaşkanlığına aday bile olamaz diye düşünülmüş”. ifadelerini kullanmıştır.

Bunun üzerine Başvurucunun yayın sırasında Cumhurbaşkanıya yönelik olarak sarf etmiş olduğu ifadelerin Cumhurbaşkanıya yolsuzluk yapmak ve rüşvet almakla suçlar nitelikte olduğu belirtilerek başvurucu aleyhine Cumhurbaşkanıya hakaret suçlaması ile ceza davası açılmıştır.

Ankara 36. Asliye Ceza Mahkemesi 18/10/2016 tarihinde başvurucunun Cumhurbaşkanıya hakaret suçundan 11 ay 20 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına ve bu hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına (HAGB) karar vermiştir.

Ankara 36. Asliye Ceza Mahkemesi gerekçeli kararında, katlanın şahsına yöneltilen ifadelerin eleştiri sınırları kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirterek başvurucunun ifadelerinin Cumhurbaşkanıya hakaret suçunu oluşturduğunu kabul etmiştir.

Ankara 11. Ağır Ceza Mahkemesi 9/11/2016 tarihinde Başvurucunun bu karara yaptığı itirazı reddetmiştir. Başvurucu 19/12/2016 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

Başvurucu, basın mensubudur. Bir milletvekili adayı olarak Cumhurbaşkanıya eleştirmesinin son derece doğal olduğunu, kullanmış olduğu ifadelerin Cumhurbaşkanı ile oğlu arasında gerçekleştiği ileri sürülen ve kamuoyu tarafından erişilebilir kayıtlara dayandığını ileri sürmüştür. Başvurucuya göre siyasetçilerin eleştiriye katlanma yükümlülüğü diğer vatandaşlara göre daha fazladır ve bu sebeple Cumhurbaşkanıya ayrıcalıklı bir koruma sağlayan 5237 sayılı Kanunu’nun 299. maddesinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yerleşik içtihatlarıyla uyumlu olmadığını, ilk derece mahkemesinin kararında Anayasanın ifade ve basın özgürlükleri için öngörülen sınırlama sebeplerine yer verilmediğini, ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğini ileri sürerek bireysel başvuruda bulunmuştur.

AYM yaptığı esas yönünden inceleme ifade özgürlüğü hakkındadır.

AYM esas yönünden “demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk” kriteri başta olmak üzere öncelikle ifade özgürlüğü hakkında referans verdiği kararlarla hangi ilkelerin uygulanacağını bu kararında göstermiştir.

Anayasa Mahkemesi ifade özgürlüğü ile ilgili diğer incelemelerinde olduğu gibi ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine *uygun* kabul edilebilmesi için zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılaması ve orantılı bir müdahale olması gerektiği hakkındaki test ölçüsünü bu kararda da uygulamıştır.

Müdahaleyi oluşturan tedbirin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşıladığının kabul edilebilmesi için amaca ulaşmaya elverişli olması gerekir ve başvuru-labilecek en son çare ve alınabilecek en hafif önlem olarak kendisini göstermesi gerekmektedir

AYM orantılılık ilkesi bakımından ise; bireyin hakkı ile kamunun menfaatleri arasında veya müdahalenin amacı somut olaydaki gibi başkalarının haklarını korumaksa bireylerin hak ve menfaatleri arasında adil bir denge kurulmasına işaret etmektedir

Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasına göre ifade özgürlüğünün sınırlandırılma nedenlerinden ve bu bağlamda ifade özgürlüğünü kullananların uyması gereken görev ve sorumluluklardan biri de başkalarının şöhret veya haklarının korunmasıdır. Bireyin şeref ve itibarı, kişisel kimliğinin ve manevi bütünlüğünün bir parçasını oluşturur ve Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasının korumasından faydalanır. Devlet, bireyin şeref ve itibarına keyfi olarak müdahale etmemek ve üçüncü kişilerin saldırılarını önlemekle yükümlüdür

Bir siyasetçi olan Cumhurbaşkanı diğer kişilere nazaran eleştirilere daha fazla katlanmak durumundadır. Bununla birlikte eleştirilerin onun şeref ve itibarını zedeleyecek boyuta ulaşmaması gerekir. Cumhurbaşkanının eleştirilere daha hoşgörülü olmak zorunda olması, onun şöhret veya haklarının korunmayacağı anlamına gelmez.

İfade özgürlüğü, kişilere hakaret etme hakkı vermez zira hakaret eyleminde başkalarının şöhret veya itibarlarına saldırı söz konusudur. Böyle bir durum da hiçbir hukuk düzeni tarafından korunmaz (AYM Umut Kılıç, B. No: 2015/16643, 4/4/2018, § 29).

Cumhurbaşkanı, Anayasa'da belirtilen usullerle halk tarafından seçilen, devleti ve milletin birliğini temsil eden kişidir. Cumhurbaşkanının devletin başı sıfatıyla Türkiye Cumhuriyeti'ni ve Türk milletinin birliğini temsil etmesi, Anayasa'da belirtilen görev ve yetkileri ile temsil ettiği değerler göz önüne alındığında Cumhurbaşkanına karşı gerçekleştirilen hakaret suçunun sadece kendi kişiliğine karşı işlenmiş olduğu değil Cumhurbaşkanının temsil ettiği değer ve fonksiyonları da ihlal etmiş olacağı kabul edilmektedir.

Bu nedenle kanun koyucu, belirtilen hususları göz önüne alarak onun kişiliğine yöneltilen eylemin aynı zamanda devlete karşı gerçekleştirilen suçlardan sayılması gerektiğinden hareketle Cumhurbaşkanının kişiliğine karşı işlenmiş olsa da bu suçu kamu görevlilerine hakaret suçundan ayırarak ayrı bir suç olarak düzenlemiş ve bu suça kamu görevlilerine hakaret suçu için öngörülen cezaya kıyasla daha ağır bir ceza verilebilmesine olanak sağlayan hükümler ihdas etmiştir. Kanun koyucunun bu tercihi, suç olarak tanımlanan fiillerin hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımlarına tabi tutulacağına belirlenmesindeki takdir yetkisinin kapsamındadır (Umut Kılıç, § 30).

Anayasa Mahkemesi başvurusunun kullanmış olduğu ifadeler sebebi ile Cumhurbaşkanına hakaret suçundan mahkûmiyetinin zorunlu bir toplumsal ihtiyaca karşılık gelip gelmediği ve gerçekleşmesi amaçlanan meşru amaçla orantılı olup olmadığını incelemiştir.

İfade özgürlüğüne yapılan bir müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun kabul edilebilmesi için başvurusunun ifade özgürlüğü ile müştekinin itibarının korunması hakkı arasında adil bir dengenin sağlanması gerektiği görüşünden hareket etmiştir.

Anayasa Mahkemesi temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalenin gerekçesine odaklanmış ve kamu makamlarının temel hak ve özgürlüklere ilgili ve yeterli bir gerekçe ortaya koymadan yaptıkları müdahalelerin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olarak kabul edilebilmesinin mümkün olamayacağı sonucuna varmıştır.

Dolayısıyla ifade özgürlüğüne gerekçesiz olarak veya Anayasa Mahkemesince ortaya konulan kriterleri karşılamayan bir gerekçe ile yapılan müdahaleler Anayasa'nın 26. maddesini ihlal edecektir. AYM bu görüşüne referans olarak *Kemal Kılıçdaroğlu, Bekir Coşkun, Tansel Çölaşan ve Zübeyde Füsün Üstel ve diğerleri* davalarını referans göstermiştir.

Anayasa Mahkemesi ilk derece mahkemesinin çatışan haklar arasında dengeleme yapabilmesi için gereken kriterleri kararında şöyle göstermiştir:

- i. Uyuşmazlığa konu ifadelerin maddi olgu mu yoksa değer yargısı mı oluşturduğu,
- ii. İfadelerin kim tarafından dile getirildiği,
- iii. Hedef alınan kişinin kim olduğu, ünlülük derecesi ile ilgili kişinin önceki davranışları, katlanması gereken, kabul edilebilir eleştiri sınırlarının sade bir vatandaş ile karşılaştırıldığında daha geniş olup olmadığı,

- iv. İfadelerin genel yarara ilişkin bir tartışmaya katkı sağlayıp sağlamadığı, kamuoyu ile diğer kişilerin düşünce açıklamaları karşısında sahip oldukları hakların ağırlığı,
- v. Kamuyu bilgilendirme değeri, toplumsal ilginin varlığı ve konunun güncel olup olmadığı,
- vi. Müştekinin kendisine yöneltilen ifadelere cevap verme olanağının bulunup bulunmadığı,
- vii. İfadelerin hedef alınan kişinin hayatı üzerindeki etkisi,
- viii. Başvurucunun yaptırma maruz kalma endişesinin başvuru üzerinde caydırıcı etki yaratıp yaratmayacağı şeklinde sıralanabilir

Çatışan hakların dengelenmesi bakımında maddi olgular ile değer yargıları arasında yapılması gereken ayırımı büyük bir önem taşıdığı kanaatiyle Anayasa Mahkemesi; maddi olguların ispatlanabileceğine ancak değer yargılarının doğrulanmasının mümkün olmamasına dayanmaktadır.

AYM'nin tespitine göre; ilk derece mahkemesinin bu uyumsuzluğun çözümünde, gerekçeli kararında yer alan ifadelerin siyasi eleştiri sınırlarını aştığını belirtmiş ancak maddi olgu mu yoksa değer yargısı mı oluşturduğu yönünde hiçbir değerlendirmede bulunmamıştır.

Başvurucu tarafından yöneltilen şikâyet konusu sözlerin değer yargısı niteliğinde olduğu değerlendirilmektedir. Nitekim ilgili ses kayıtlarına ilişkin tartışma başvurusunun açıklamaları öncesinde yoğun bir şekilde başlamış ve bu husus kamuya mal olmuştur.

O nedenle Anayasa Mahkemesi değer yargısı oluşturduğu düşünülen ilgili ifadeler yönünden somut olayın koşullarında bir olgusal temelin varlığı kabul edilebilir görmüştür.

"Ele alınması gereken bir diğer kriter ise ifadelerin dile getirildiği atmosferdir. İfadeler, Türkiye'nin seçim iklimine girdiği bir süreçte sarf edilmiş olup seçim süreçlerinde seçmenlerini etkilemek isteyen siyasetçiler, kendilerine yöneltilen ifadelere cevap verme olanağı bulunan rakiplerine karşı söylemlerini sertleştirebilmektedir. Oysa ifadelerin bir milletvekili adayınca siyasi rakibi olan bir partinin genel başkanı iken söz konusu partinin adayı olarak Cumhurbaşkanı seçilen ve siyasi kariyerine Cumhurbaşkanı olarak devam eden bir siyasetçiye seçim ortamında yöneltilmiş olduğu hususunun da derece mahkemelerinin kararlarında dikkate alınmadığı görülmektedir."

Anayasa Mahkemesi; siyasetçilerin, kamuoyunca tanınan kişilerin ve kamusal yetki kullanan görevlilerin gördükleri işlev nedeniyle daha fazla eleştirilere katılmak durumunda olduklarını ve bunlara yönelik eleştirinin sınırlarının çok daha geniş olduğunu her zaman vurgulamıştır.

Son olarak rahatsız edici de olsa siyasetçilere, kamuoyunca tanınan kişilere ve kamusal yetki kullanan görevlilere ilişkin yapılan eleştirilerin cezalandırılması *caydırıcı etki* doğurarak toplumdaki ve kamuoyundaki farklı seslerin susturulmasına yol açabilir.

Cezalandırılma korkusu, çoğulcu toplumun sürdürülebilmesine engel olabilir. Bu nedenle başvuruya konu olayların geçtiği dönemde ve hâlen Cumhurbaşkanı olan müştekiye yönelik sözler söyleyen başvurucunun hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilmesi, bilgilendirme ve eleştiride bulunabilme ortamının bir sonucu olan çoğulcu topluma zarar verebilir.

Sonuç olarak, Anayasa Mahkemesi iki karşı oyla başvurucunun mahkûmiyetinin zorunlu toplumsal bir ihtiyaca karşılık gelmediğini kabul etmiştir.

Başvurucunun Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmadığı ve ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

4.7. Diren Taşkiran (Bölüm Kararı - İhlal)

(Başv. no: 2017/26466 K.T. 26/5/2021)

Başvuru, basın açıklaması sırasında Cumhurbaşkanı'na yönelik ifadelerden dolayı verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

Başvurucu 19/1/2016 tarihinde Adana İnönü Parkı'nda D.D. isimli bir kişinin Adana Adliyesinde görülmekte olan duruşması için yapılan bir toplantıya katılmış ve basın açıklaması yapmıştır.

Başvurucu tarafından yapılan basın açıklaması sırasında "AKP iktidarı ve sarayın bekası uğruna Sur, Cizre, Silopi ve Kuzey Kürdistanın birçok yerinde katliamlara devam ediyor" şeklinde bir ifade kullanılmıştır. Adana Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından başvurucu hakkında soruşturma başlatılmıştır. Yapılan soruşturma sonucunda Adana Cumhuriyet Başsavcılığının 16/2/2016 tarihli kararı ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)

ve Yargıtay kararları referansında başvurunun ifadesi düşünce ve ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmiş ve başvuru hakkında kovuşturma yapılmasına yer olmadığı kararı verilmiştir.

Başvuru hakkında verilen kovuşturma yapılmasına yer olmadığı kararına Cumhurbaşkanının vekilleri tarafından yapılan itiraz neticesinde Adana 6. Sulh Ceza Hâkimliğinin 23/3/2016 tarihli kararı ile Adana Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından verilen kovuşturma yapılmasına yer olmadığı kararı kaldırılmıştır.

Adana Cumhuriyet Başsavcılığının 23/8/2016 tarihli iddianamesi ile başvuru hakkında basın açıklaması sırasında kullandığı ifadeler sebebi ile Cumhurbaşkanına hakaret suçundan kamu davası açılmıştır.

Adana 27. Asliye Ceza Mahkemesinin 9/3/2017 tarihli kararı ile başvurunun Cumhurbaşkanına hakaret suçundan 10 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına ve bu hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına (HAGB) karar verilmiştir. Mahkeme gerekçeli kararında; başvuru tarafından kullanılan ifade ile Türkiye Cumhuriyeti Silahlı Kuvvetleri tarafından verilen terörle mücadelenin devletin bekası için terörist unsurlara karşı verilmekten öte Cumhurbaşkanının konumunu koruması amacıyla verildiği ifade olunarak Cumhurbaşkanına hakaret suçunun işlendiği belirtilmiştir.

Bu karara itirazı Adana 7. Ağır Ceza Mahkemesince 17/4/2017 tarihinde reddedilmiş ve ret kararı başvurucuya 3/5/2017 tarihinde tebliğ edilmiştir.

Başvuru, Bakanlığın görüşüne karşı beyanlarına müdahalenin kanuni dayanağını oluşturan 5237 sayılı Kanunu'nun 299. maddesinin Anayasa'nın 2., 10., 25., 26., 28. ve 38. maddelerine aykırı olduğunu ifade ederek başlamıştır. Devamında cezalandırılmasına konu edilen ifadelerin siyasi eleştiri niteliğinde olduğunu, benzer ifadeler sebebi ile birçok kişi hakkında beraat kararı verildiğini belirten başvuru, bu hususta AİHM ve yüksek mahkeme içtihatlarına yer vermiş; rahatsız edici ve hoşça gitmeyen düşüncelerin de ifade özgürlüğü korumasından yararlanması gerektiğini ifade etmiştir. 16/4/2016 tarihinde gerçekleşen Anayasa Referandumu sonucunda Cumhurbaşkanlığı kurumunun yerini Devlet Başkanlığının aldığını, bu bağlamda tarafsız Cumhurbaşkanlığı kurumunun sona erdiğini belirten başvuru, 5237 sayılı Kanunu'nun 299. maddesi ile korunan hukuki yararın değişerek Cumhurbaşkanı ve herhangi bir siyasi lider arasında bir fark kalmadığını ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesine göre temel hak ve özgürlüklere yönelik bir müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine *uygun* kabul edilebilmesi için zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılaması ve orantılı bir müdahale olması gerekir Buna göre ifade özgürlüğüne yapılan bir müdahale, zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamıyorsa ya da zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılamakla birlikte orantılı değilse demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir müdahale olarak değerlendirilemez.

Anayasa Mahkemesi tarafından yapılacak değerlendirme yönünden mezkûr müdahaleye vücut veren ve kamu makamları tarafından verilen kararlarda ilgili ve yeterli bir gerekçeye yer verilip verilmediği hususu büyük önem taşımaktadır. Anayasa Mahkemesi, çok sayıdaki kararında ifade özgürlüğüne gerekçesiz olarak veya Anayasa Mahkemesince ortaya konulan kriterleri karşılamayan bir gerekçe ile yapılan müdahalelerin Anayasa'nın 26. maddesini ihlal edeceğini ifade etmiştir

Anayasa Mahkemesi; siyasetçilerin, kamuoyunca tanınan kişilerin ve kamu-sal yetki kullanan görevlilerin gördükleri işlev nedeniyle daha fazla eleştiriye katlanmak durumunda olduklarını ve bunlara yönelik eleştirinin sınırlarının çok daha geniş olduğunu her zaman vurgulamıştır.

Anayasa Mahkemesi önündeki bu meselede, somut olayın koşullarında başvurunun kullanmış olduğu ifadeler sebebi ile Cumhurbaşkanı'na hakaret suçundan mahkûmiyetinin zorunlu bir toplumsal ihtiyaca karşılık gelip gelmediği ve gerçekleşmesi amaçlanan meşru amaçla orantılı olup olmadığıdır.

İfade özgürlüğüne yapılan bir müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun kabul edilebilmesi için başvurunun ifade özgürlüğü ile müştekinin itibarının korunması hakkı arasında adil bir denge sağlamalıdır.

İfade özgürlüğüne yönelik yapılan başvuruya konu müdahale mahkeme kararından kaynaklandığı için çatışan haklar arasında yapılacak dengelemenin gerekçeli kararlarda yapılması beklenmektedir. Anayasa Mahkemesi bu "dengeleme" bakımından Anayasa Mahkemesinin Şaban Sevinç (Başv. no. 2016/36777), Onur Kılıç (Başv. no. 2015/3213) ve Yaşar Gököğlü (Başv. no. 2017/6162) kararlarında başvurduğu kriterlere bu kararda da başvurmuştur.

AYM ayrıca Başvurucunun yaptırma maruz kalma endişesinin başvuru üzerinde caydırıcı etki yaratıp yaratmayacağı gözetilmiştir.

AYM tespitine göre; çatışan haklar arasında yapılacak dengeleme yönünden ifadelerin bağlamı ve öncesinde yaşanan olaylar büyük önem taşımakta olup, ilk derece mahkemesinin gerekçeli kararından Mahkeme tarafından bu hususun değerlendirmeye alınıp alınmadığı anlaşılmamaktadır.

Başvurucunun söz konusu ifadeler ile devletin terörle mücadele politikasını eleştirdiği ve eleştiriye konu terör politikasının sorumlusu olarak Cumhurbaşkanını gördüğü anlaşılmaktadır. Anayasa Mahkemesi birçok kararında daha önce de belirtildiği üzere toplumsal ve siyasal ortama veya sosyoekonomik dengesizliklere, etnik sorunlara, ülke nüfusundaki farklılıklara, daha fazla özgürlük talebine veya ülke yönetim biçiminin eleştirisine yönelik düşüncelerin, bu düşünceler devlet yetkilileri veya toplumun önemli bir bölümü için rahatsız edici olsa dahi (*Abdullah Öcalan* [GK], B. No: 2013/409, 25/6/2014, § 95) açıklanması, yayılması, aktif, sistemli ve inandırıcı bir şekilde başkalarına aşılması, telkin ve tavsiye edilmesi ifade özgürlüğünün koruması altındadır (*Zübeyde Füsun Üstel ve diğerleri* [GK], B. No: 2018/17635, 26/7/2019, *Ayşe Çelik*, B. No: 2017/36722, 9/5/2019, *Sırrı Süreyya Önder* [GK], B. No: 2018/38143, 3/10/2019).

Bu değerlendirmeler ışığında; başvuruya konu gerekçeli karar incelendiğinde, ilk derece mahkemesi tarafından başvurucunun ifadeleri ile Cumhurbaşkanına “*katliam yapma*” isnadında bulunduğu dışında hiçbir değerlendirme ve tespiti yer verilmediği, çatışan iki hak arasında dengeleme yapılırken dikkate alınması gereken hiçbir kriterin uyuşmazlığa tatbik edilmediği görülmektedir. Bu bağlamda mahkeme tarafından gerekçeli kararda başvurucunun ifade özgürlüğü ile katlanın şeref itibar hakkı arasında yukarıda izah edilen kriterler dikkate alınarak denge kurulmaya çalışıldığı söylenemez.

Anayasa Mahkemesi Başvurucunun mahkûmiyetinin *zorunlu toplumsal bir ihtiyaca* karşılık geldiğini *ilgili* ve *yeterli* bir gerekçe ile ortaya konulduğunun kabul edilmesinin mümkün olmadığı sonucuna varmıştır.

Başvurucunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmadığı sonucuna ulaşılmış ve Anayasa'nın 26. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmiştir.

4.8. Onur Kılıç (Bölüm Kararı - Kabul Edilemezlik)

(Başv. no:2015/3213 K.T. 8/6/2021)

Anayasa Mahkemesine yapılan bu başvuru; “yakalama, gözaltına alma ve tutuklama tedbirlerinin hukuki olmaması, tutukluluğa itiraz incelemesinin duruşmasız yapılması, tutukluluğa ilişkin kararların bağımsız ve tarafsız olmayan sulh ceza hâkimliklerince karara bağlanması nedeniyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği iddialarına” dayalı olarak ileri sürülen hak ihlaline ilişkindir.

Birleşik Haziran Hareketi isimli grup “zorunlu din dersleri ve okulların imam hatipleştirilmesi” konusunda yapılan protesto gösterisinde atılan sloganlar nedeniyle İzmir Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından başvuru Onur Kılıç hakkında Cumhurbaşkanına hakaret suçlamasından ceza davası açılmıştır.

Başsavcılık Özgürlük ve Dayanışma Partisi Meclis üyesi olan Başvurucuyu Cumhurbaşkanına hakaret suçundan tutuklanması istemiyle 13/2/2015 tarihinde İzmir Nöbetçi Sulh Ceza Hâkimliğine sevk etmiş, başvuru tutuklanmış, daha sonra 26/2/2015 tarihli kararla tahliye edilmiştir. Başvurucu on dört gün tutuklu kalmıştır.

Başsavcılığın 2/3/2015 tarihli iddianamesi ile başvuru Cumhurbaşkanına hakaret suçundan cezalandırılması istemiyle İzmir 7. Asliye Ceza Mahkemesinde dava açılmıştır.

İddianamede, olay gününde 11/1/2015 tarihli görevli polis memurlarınca düzenlenen tutanak ile çekilen fotoğraflar ve kamera görüntüleri dayanak gösterilerek başvuru Birleşik Haziran Hareketi isimli grup organize-sinde “zorunlu din derslerini ve okulların imam hatipleştirilmesi” protesto etmek amacıyla düzenlenen ve yasa dışı olduğu belirtilen gösteri sırasında toplanan grup “Hırsız Katil Erdoğan” şeklinde slogan attırarak Cumhurbaşkanına hakaret ettiği ileri sürülmüştür.

İzmir 7. Asliye Ceza Mahkemesi 4/10/2018 tarihli kararıyla başvuru Cumhurbaşkanına hakaret suçundan 1 yıl 2 ay 17 gün hapis cezasıyla cezalandırılmasına ve verilen hapis cezasının ertelenmesine karar vermiştir.

Karar gerekçesinin ilgili kısmı şöyledir:

“İddia; sanık savunması, olay tutanakları, kamera kaydı görüntüleri ile dosya kapsamı itibari ile; sanığın Birleşik Haziran Hareketi isimli grubun Alsancak

ÖSYM binası önünde toplanıp zorunlu din dersine ve okulların imam hatiplerinin katılımıyla düzenlenen basın açıklaması ve miting sırasında grubun hırsız katil Erdoğan şeklinde slogan attığı, sanık da dahil bir kısım şahısların bundan dolayı göz altına alınıp sanığın bu göz altına alınmadan dolayı paylaştığı twitter hesabında yine hırsız katil Erdoğan şeklinde paylaşımında bulunduğu, gerek slogan atmak ve gerekse internet ortamında hırsız katil Erdoğan şeklindeki sözlerle Cumhurbaşkanını hedef alıp Cumhurbaşkanı makamında temsil eden Recep Tayyip Erdoğan'a yönelik olarak onur ve saygınlığına yönelik olarak küçük düşürücü ifadeler kullandığı, sanığın söz konusu ifadeleri kullandığını ve internet ortamında paylaştığını, ancak bunun suç teşkil etmeyip ifade özgürlüğü kapsamında olduğunu beyan etmesine karşın yerleşmiş Yargıtay içtihatları itibari ile bu sözlerin hakaret suçunu oluşturduğu, sanığın slogan atmak kastı ile de olsa dahi Cumhurbaşkanına yönelik bu şekildeki sözlerinin hakaret suçunu oluşturması nedeni ile genel kastla işlenen bu eylemden dolayı sanığın sorumlu olduğu, sanığın bir suç işleme kararı altında hem slogan atmak hem de internet ortamında paylaşmak sureti ile hakarete bulunduğu sabit olduğundan 5237 sayılı TCK'nun 299/1, 43/1 maddeleri gereğince cezalandırılmasına, sanığın geçmişteki hali ve suç işleme hususundaki eğilimi de nazara alınarak verilen hapis cezasını ertelenmesi halinde ileride bir daha suç işlemekten çekineceği yönünde mahkememize kanaat oluşturduğundan verilen hapis cezasının ertelenmesine karar vermek gerektiği kanaatine varılmıştır.”

Mahkûmiyet kararına karşı başvuru istinaf talebinde bulunmuştur. İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesi 4/7/2019 tarihinde istinaf başvurusunun esaslan reddine dair kesin olarak karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi yapılan bireysel başvuruda öncelikle gözaltı ve tutuklama konusunda inceleme yapmıştır.

Anayasa Mahkemesi Başvurucuya isnat edilen Cumhurbaşkanına hakaret suçu 1 yıldan 4 yıla kadar hapis cezası gerektiren bir suç olduğunu ve koruduğu hukuki değer, Cumhurbaşkanının ülke içindeki konumu ve Anayasa'nın Cumhurbaşkanlığı makamına atfettiği önem dikkate alındığında isnat edilen suça ilişkin olarak dayanılan tutuklama nedenlerinin olgusal temellerinin var olduğunu *Feyzi İşbaşaran*, Başv. no. 2014/19529, 21/9/2017, kararına referans göstererek kabul etmiştir.

Anayasa Mahkemesi suç için öngörülen yaptırımın ağırlığını, işin niteliğini ve önemini de göz önünde tutarak başvuru hakkında uygulanan tutuklama tedbirinin iki karşı oyla ölçülü olduğu sonucuna varmıştır. AYM benzer yöndeki kararlar için *Feyzi İşbaşaran* ile *Hüsni Mahalli* (Başv. no. 2017/4934, 18/11/2020) kararlarını referans göstermiştir.

Böylece Anayasa Mahkemesi başvurusunun tutuklanmasının hukuki olmadığı iddiasına karşı bir hak ihlalin bulunmadığı açık olduğundan başvurunun bu kısmının *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

Öte yandan başvurucu ifade özgürlüğü kapsamında kalan eylemlerin suçlama konusu yapılması sonucu tutuklanma nedeniyle ifade özgürlüğü ile örgütlenme ve toplanma özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüş ise de başvurusunun temel şikâyeti olan tutuklanmasının hukuki olmadığı iddiasına ilişkin olarak bir ihlalin bulunmadığı açık olduğu ve başvurunun bu kısmının *açıkça dayanaktan yoksun olması* nedeniyle kabul edilemez bulunduğu sonucuna varılmıştır.

Anayasa Mahkemesi başvuruyu sadece “tutuklama” yönüyle incelemiştir.

Bu nedenle Anayasa Mahkemesi Cumhurbaşkanına hakaret suçlamasından dolayı yapılan ifade özgürlüğü ile örgütlenme ve toplanma özgürlüğünün ihlal edildiği iddialarının bu aşamada ayrıca incelenmesine gerek görmemiştir.

4.9. Yaşar Gökoğlu (Bölüm Kararı - *İhlal*)

(Başv. no. 2017/6162 K.T. 8/6/2021)

AYM'ye yapılan bireysel başvurusunun konusu ifade özgürlüğüdür.

Başvuru, basın açıklaması sırasında Cumhurbaşkanına yönelik ifadeler dolaşısıyla verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasına ilişkindir.

2011 yılında çok sayıda grubun mücadele ettiği bir iç savaşın patlak verdiği Suriye'deki gelişmeler Türkiye kamuoyunca yakından takip edilmiştir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) Genel Kurulu 3/9/2015 tarihinde, Irak ve Suriye'deki ülkemize yönelmesi muhtemel saldırıları bertaraf etmek ve kitlesel göç gibi risklere karşı ulusal güvenliğin idamesini sağlamak amacıyla Hükûmetin mevcut olan sınır ötesi askerî operasyon yapma izninin bir yıl daha uzatılmasına karar vermiştir. Kendilerini “Barış Bloğu” olarak adlandıran ve aralarında Halkların Demokratik Partisinin (HDP) de bulunduğu bazı siyasi partiler ile bir kısım sendika, meslek kuruluşu ve diğer bazı sivil toplum örgütlerinden oluşan bir platform TBMM'nin söz konusu kararına karşı tepkilerini göstermek amacıyla 10/10/2015 tarihinde Ankara Garı'nda toplanma çağrısı yapmıştır.

Ankara dışından da çok sayıda kişinin katıldığı toplantıda kalabalık sağlandıktan sonra üçer saniye arayla iki ayrı patlama gerçekleşmiş, Cumhuriyet tarihinin en büyük terör saldırılarından biri olan patlamada 109 kişi hayatını kaybetmiş ve 500'ün üzerinde kişi ise yaralanmıştır.

12/10/2015 tarihinde, Adana Uğur Mumcu Meydanı'nda HDP Adana İl Teşkilatı tarafından 10/10/2015 tarihli terör saldırısında hayatını kaybedenlerin cenazelerini karşılamak üzere tören düzenlenmiştir. Bahsi geçen törende başvuru, cenazeleri karşılamak için toplanan kitleye hitaben bir açıklama yapmıştır.

Başvurucunun açıklamada kullandığı "...kaçak saraydaki iktidarını devam ettirmeye çalışmaktadır" şeklindeki ifadeler sebebi ile Adana Cumhuriyet Başsavcılığı başvuru hakkında Cumhurbaşkanına hakaret suçundan kamu davası açmıştır.

Yapılan yargılama sonucunda Adana 27. Asliye Ceza Mahkemesi 7/12/2016 tarihli kararı ile başvurucunun Cumhurbaşkanına hakaret suçundan 10 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına ve bu hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına (HAGB) karar vermiştir.

Mahkeme gerekçeli kararında; başvurucunun Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı olan müştekiye yönelik olarak kullandığı ifadelerin hakaret niteliğinde olduğunu belirtmiş, başka bir değerlendirmeye yer vermemiştir.

Başvuru 23/2/2017 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi değerlendirmesini 26.05.2021 tarihli Şaban Sevinç Başv. no. 2016/36777 sayılı kararındaki gerekçelere benzer biçimde sonuçlandırmıştır.

"36. Bir siyasetçi olan Cumhurbaşkanı diğer kişilere nazaran eleştirilere daha fazla katlanmak durumundadır. Bununla birlikte eleştirilerin onun şeref ve itibarını zedeleyecek boyuta ulaşmaması gerekir. Cumhurbaşkanı'nın eleştirilere daha hoşgörülü olmak zorunda olması, onun şöhret veya haklarının korunmayacağı anlamına gelmez. İfade özgürlüğü, kişilere hakaret etme hakkı vermez zira hakaret eyleminde başkalarının şöhret veya itibarlarına saldırı söz konusudur. Böyle bir durum da hiçbir hukuk düzeni tarafından korunmaz (Umut Kılıç, B. No: 2015/16643, 4/4/2018, § 29).

37. Cumhurbaşkanı; Anayasa'da belirtilen usullerle halk tarafından seçilen, devleti ve milletin birliğini temsil eden kişidir. Cumhurbaşkanı'nın devletin başı sıfatıyla Türkiye Cumhuriyeti'ni ve Türk milletinin birliğini temsil etmesi, Anayasa'da belirtilen görev ve yetkileri ile temsil ettiği değerler göz önüne

alındığında Cumhurbaşkanı'na karşı gerçekleştirilen hakaret suçunun sadece kendi kişiliğine karşı işlenmiş olduğu değil Cumhurbaşkanı'nın temsil ettiği değer ve fonksiyonları da ihlal etmiş olacağı kabul edilmektedir. Bu nedenle kanun koyucu, belirtilen hususları göz önüne alarak onun kişiliğine yöneltile eylemin aynı zamanda devlete karşı gerçekleştirilen suçlardan sayılması gerektiğinden hareketle Cumhurbaşkanı'nın kişiliğine karşı işlenmiş olsa da bu suçu kamu görevlilerine hakaret suçundan ayırarak ayrı bir suç olarak düzenlemiş ve bu suça kamu görevlilerine hakaret suçu için öngörülen cezaya kıyasla daha ağır bir ceza verilebilmesine olanak sağlayan hükümler ihdas etmiştir. Kanun koyucunun bu tercihi, suç olarak tanımlanan fiillerin hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımlarına tabi tutulacağıının belirlenmesindeki takdir yetkisinin kapsamındadır (*Umut Kılıç, § 30*)."

Anayasa Mahkemesi; siyasetçilerin, kamuoyunca tanınan kişilerin ve kamusal yetki kullanan görevlilerin gördükleri işlev nedeniyle daha fazla eleştiriye katlanmak durumunda olduklarını ve bunlara yönelik eleştirinin sınırlarının çok daha geniş olduğunu her zaman vurgulamıştır.

Son olarak rahatsız edici de olsa siyasetçilere, kamuoyunca tanınan kişilere ve kamusal yetki kullanan görevlilere ilişkin yapılan eleştirilerin cezalandırılması caydırıcı etki doğurarak toplumdaki ve kamuoyundaki farklı seslerin susturulmasına yol açabilir. Cezalandırılma korkusu, çoğulcu toplumun sürdürülebilmesine engel olabilir. Bu nedenle müştekiye yönelik sözler söyleyen başvurucunun adli para cezası ile cezalandırılmasına karar verilmesi, bilgilendirme ve eleştiride bulunabilme ortamının bir sonucu olan çoğulcu topluma zarar verebilir.

AYM; Başvurucunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmadığına ve Anayasa'nın 26. maddesinin ihlal edildiğine oybirliğiyle karar vermiştir.

5. YARGITAY KARARLARINDA CUMHURBAŞKANINA HAKARET SUÇU

5.1. Anayasa Mahkemesi Kararlarında Atıf Yapılan Yargıtay Kararları

Anayasa Mahkemesi kararlarında Yargıtay kararlarına yapılan atıflar yer almıştır. Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 13/3/2020 tarihli ve E.2019/11164, K.2020/2033 sayılı kararının Anayasa Mahkemesi kararlarında yer alan ilgili kısmı şöyleydi:

"...Demokratik toplumlarda siyasiler, üst düzey bürokratlar ile kamuya mal olmuş kişiler, diğer insanlara nazaran ağır eleştirilere daha fazla katlanmalıdırlar. Ancak hakarete hiçbir kimse katlanmak zorunda değildir. İfade hürriyeti bakımından eleştiri ve hakaret ayrı ayrı değerlendirilmesi

gereken kavramlardır. Kaba sövme hiçbir koşulda eleştiri olarak kabul edilemez. Türk toplumunun önemli bir kesiminin kendilerini siyasi liderleriyle özdeşleştirdiği, liderlerine yapılan ve kamuya yansıyan hakaretleri kendilerine yapılmış gibi algılayarak aşırı reaksiyon gösterdikleri, bu hakaretlerin toplumdaki kutuplaşmayı artırdığı, hakaret ve sövme fiillerinin, adi olaylarda dahi birçok öldürme ve nitelikli yaralamalara sebebiyet verdiği gözetildiğinde, bu fiillerin orantılı bir yaptırıma bağlanması toplumsal barışın ve kamu düzeninin korunması bakımından da demokratik toplumda zorlayıcı bir ihtiyacın karşılanması kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

Bu açıklamalar ışığında basın açıklaması sonrasında 'Katil, Hırsız Erdoğan şeklinde grupla birlikte slogan attığı anlaşılan sanığın eyleminin bireyin kendini gerçekleştirmesine ya da toplumun gelişmesine katkı sunması beklenen bir değer içermemesi, söylendiği yer ortam ve zaman itibarıyla toplumsal barışı ve kamu düzenini bozma riski barındırması ve özellikle eleştiri sınırlarını aşarak açıkça Cumhurbaşkanının şeref ve saygınlığına saldırı mahiyetinde olması nedeniyle ifade hürriyeti kapsamında değerlendirilemeyeceğinden sübut bulan müsnet suçtan orantılı bir ceza ile cezalandırılması gerekirken beraatine karar verilmesinde isabet görülmemekle, anılan kararın kanun yararına bozulmasına karar verilmesi gerekmiştir..”

Bir diğer Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 8/2/2019 tarihli ve E.2018/6617, K.2019/1197 sayılı kararında ise:

“...Siyasilerin, üst düzey bürokratlar ile kamuya mal olmuş kişilerin, diğer insanlara nazaran ağır eleştirilere daha fazla katlanmak zorunda oldukları demokratik toplumlarda geniş bir kabul görmüştür. Ancak eleştiri kırıcı, çok edici ya da rahatsız edici olsa bile hakarete varmamalıdır. Zira hiçbir kimse hakarete katlanmak zorunda değildir. İfade hürriyeti bakımından eleştiri ile hakaret arasındaki ince çizgi toplumda hâkim olan ortalama düşünüş ve anlayışa göre, kişilerin ifade hürriyeti ile mağdurun birey olarak onur ve şerefi arasındaki denge de gözetilmek suretiyle hakim tarafından belirlenmelidir. Kaba sövme hiçbir koşulda eleştiri olarak kabul edilmemelidir. Türk toplumunun önemli bir kesiminin kendilerini siyasi liderlerle özdeşleştirdiği, bu kişilere yapılan ve kamuya yansıyan hakaretlerin kendilerine yapılmış gibi tepkilere sebebiyet verip toplumdaki kutuplaşmayı artırdığı, birçok öldürme ve nitelikli yaralama ile sona eren adli olaylarda dahi olayların başlangıcında hakaret ve sövme fiillerinin

olduğu gözetildiğinde, bu fiillerin yaptırımsız bırakılmasının demokratik toplum düzenini bozacağı gözden uzak tutulmamalıdır.

Bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; sanığın suç tarihinde Facebook isimli sosyal paylaşım sitesinde Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanını gösteren resim ve haber metninin '3 bin 643 lira zam alan Tayyip'e hırsız demek suç değil gerçekliktir. Bunun adı gerçekten hırsızlık. Başka bir tanımı yok!' şeklinde yorum ile paylaşmaktan ibaret eyleminin, kişinin kendini gerçekleştirmesi ya da toplumun gelişmesine katkı sunan bir içeriği bulunmadığı gibi doğrudan Cumhurbaşkanını küçük düşürücü, onur, şeref ve haysiyetini zedeleyecek nitelikte olduğu, bu nedenle sanığın üzerine atılı suçun tüm unsurlarıyla oluştuğu gözetilmeden sanığın sübut bulan müsnet suçtan mahkumiyeti yerine hukuki olmayan gerekçeye istinaden yazılı şekilde beraatine karar verilmesi yerinde görülmemiş ise de sanık hakkında verilen beraat kararı temyiz edilmeksizin kesinleşmiş olduğundan CMK'nın 309/4-c maddesi uyarınca sanık aleyhine sonuç doğurmamak üzere bozulmasına karar verilmiştir".

Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 19/7/2017 tarihli ve E.2016/6928, K.2017/4807 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"...Sanığın yukarıda belirtilen tarihlerde kendi facebook sayfasında aynı suç kastıyla ve birden fazla kez Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanını kastettiği açıkça anlaşılacak şekilde; katil, yezit, hapisten korktuğu için zulmeden, teröristleri besleyen gibi doğrudan Cumhurbaşkanını halk nezdinde küçük düşürücü, onur ve saygınlığını zedeleyici, isnatlarda bulunmak suretiyle AİHS ve hukuk düzenimizin koruduğu düşünce özgürlüğü kapsamında kalmayan, anlam ve içerik derinliğinden yoksun, sloganik tarzda aşağılayıcı ve hakaret kastıyla söylenmiş paylaşımlardan ibaret sanığın eyleminin Cumhurbaşkanına hakaret suçunu oluşturacağı gözetilmeden, 5237 sayılı Kanununun 299/1-2 ve 43/1 maddeleri uyarınca sanık hakkında mahkumiyet kararı verilmesi gerekirken beraat kararı verilmesi isabetli olmadığından Uşak 5. Asliye Ceza Mahkemesinin ... tarih ve ... sayılı kararının CMK 309(4)c maddesi uyarınca sanığın aleyhine sonuç doğurmamak üzere kanun yararına bozulmasına ilişkin aşağıdaki şekilde karar vermek gerekmiştir.."

Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 1/10/2018 tarihli ve E.2018/1201, K.2018/2945 sayılı kararının ilgili kısmı şöyledir:

"...Sanığın facebook isimli sosyal paylaşım sitesindeki hesabı üzerinden Cumhurbaşkanına hakaret içeren paylaşım yapıldığından bahisle sa-

nık hakkında eylemlerine uyan 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 299/1. maddesinde düzenlenen Cumhurbaşkanına hakaret suçundan yargılama yapılmış ise de, sanığın hesabı üzerinden 26.12.2013 tarihinde 'aman dikkat hırsız ar' şeklinde paylaşılan hakaret içerikli ifadelerin yayımlandığı tarih itibarı ile Cumhurbaşkanı R.T.E.'nin, Türkiye Cumhuriyeti Başbakanlığı görevini ifa ettiğinin anlaşılması karşısında, sanığın eyleminin 5237 sayılı Kanununun 125/3-a maddesinde düzenlenen 'Kamu görevlisine hakaret' suçunu oluşturduğu anlaşılmalıdır; sanığa 5271 sayılı CMK'nın 226. maddesi uyarınca ek savunma hakkı tanınmış, sanığın savunması alındıktan sonra hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken hukuki nitelendirmede ve vasıflandırmada hataya düşülerek, eylemin anılan Kanununun 299/1 maddesine uyduğunun kabulü ile yazılı şekilde düşme kararı verilmesi .."

5.2. Yargıtay 16. Ceza Dairesi 22.06.2016 tarih 2016/1783 E. ve 2016/4413 K. sayılı kararı - Karşı Oy Gerekeceği

Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 2016/1783 Esas, 2016/4413 Karar sayılı 22.06.2016 tarihli ilamı bir sanığın Facebook isimli sosyal paylaşım sitesinde kendisine ait hesap üzerinden mağduru kadın kılığında gösteren görsel ile bu görsel üzerinde açıklanmasında zorunluluk bulunmayan, eleştiri ve ifade özgürlüğü sınırlarını aşarak, incitici, küçük düşürücü ve katılanın toplum içindeki saygınlığını zedeleyici mahiyette yazılar paylaşması şeklinde gerçekleşen eyleminin, TCK'nın 299/1. maddesindeki suçu oluşturduğu gözetilmeden, yüklenen suçtan mahkumiyeti yerine yazılı gerekçe ile beraatine karar verilmesini kanuna aykırı görmüştür. Bu ilamda yer alan karşı oy yazısı AİHM kararlarında yer alan gerekçelere dayanmaktadır:

Yargıtay ilamına göre; "...Sanığın, facebook isimli sosyal paylaşım sitesinde kendisine ait hesap üzerinden mağduru kadın kılığında gösteren görsel ile bu görsel üzerinde açıklanmasında zorunluluk bulunmayan, eleştiri ve ifade özgürlüğü sınırlarını aşarak, incitici, küçük düşürücü ve katılanın toplum içindeki saygınlığını zedeleyici mahiyette yazılar paylaşması şeklinde gerçekleşen eyleminin, TCK'nın 299/1. maddesindeki suçu oluşturduğu gözetilmeden, yüklenen suçtan mahkumiyeti yerine yazılı gerekçe ile beraatine karar verilmesi" bozma nedeni sayılmıştır.

KARŞI OY: Sanığın 29.07.2015 tarihinde, facebook adlı sosyal paylaşım sitesinde Cumhurbaşkanının ve ..'nin resimlerinin bir kadın ve bir erkeğe ait fotoğraf şeklinde düzenlenerek yapılmış, ... Başkanı işaret edilerek 'Millet

uyudu, Haydi odamıza çekilelim., Cumhurbaşkanı ... işaret edilerek "Suriyeli de üzerime yapıcan mı?" şeklinde ifadeler ve görsel içeren paylaşımda bulunduğu ve bu eyleminin dava konusu yapıldığı anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 26. ve AİHS'in 10. maddesi düşünce açıklamayı ve ifade özgürlüğünü teminat altına almıştır. AİHM'nin sözleşmenin 10. maddesinin siyasi kişilerin ve devlet başkanlarının eleştirilmesi konularında uygulanmasında ilişkin vermiş olduğu kararlar, bu maddelerin yorum ve açıklanmasında yol gösterici olacaktır.

AİHM'in Otegi Mondragon v. İspanya davasındaki gerekçesine göre;

İfade özgürlüğü demokratik bir toplumun vazgeçilmez esasını ve bu toplumun gelişiminin ve her bireyin kendini geliştirmesinin temel koşulunu oluşturmaktadır. 10. maddenin 2. fıkrasının hükümleri saklı kalmak kaydıyla ifade özgürlüğü, sadece kabul edilen zararsız ya da farklı olan bilgi ya da düşünceler için değil ama ayrıca hoş gitmeyen, sarsıcı ya da rahatsız edici olanlar için de geçerlidir: bunlar, demokratik toplumun onlarsız olamayacağı çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gereğidir. 10. maddede açıklandığı gibi bu özgürlüğe yapılan sınırlamaların her halde dar yorumlanması gerekmektedir ve herhangi bir sınırlama gereksiniminin ikna edici bir biçimde ortaya koyulması gerekmektedir.

AİHM'in Pakdemirli v. Türkiye gerekçesine göre; Bir siyaset adamı, özellikle de kendisi eleştiriye yol açabilecek halka açık konuşmalar yaptığı zaman daha fazla hoşgörü göstermelidir. Elbette siyaset adamının namını koruma hakkı vardır, hatta özel yaşamının dışında bile, fakat ifade özgürlüğüne getirilen istisnalar dar bir yorumu zorunlu kıldığından, bu korumanın gerektirdikleri ile siyasi sorunların özgürce tartışılmasının getirdiği yararlar denge içerisinde olmalıdır.

AİHM'in Eon v. Fransa davasındaki gerekçesine göre;

Başvurucu (Sarıgın) üzerinde "defol git, geri zekalı yazan bir levhayı Cumhurbaşkanlığı kortejinin geçeceği sırada kaldırması şeklindeki eyleminden dolayı verilen mahkûmiyet kararında; "10. maddenin 2. fıkrasının, siyasi söylem ve tartışma alanında "ifade özgürlüğünün en üst düzeyde önem taşıdığı"ve kamuyu ilgilendiren genel nitelikli sorunlara ilişkin alanlarda ifade özgürlüğüne sınırlama getirilmesine kesinlikle izin vermediğini hatırlatmaktadır. Bir siyasetçiye siyasetçi olması dolayısıyla yöneltilen eleştirinin sınırları, sıradan bir kişiye yöneltilen eleştirinin sınırlarından daha geniştir: ikincisinin aksine birincisi zorunlu ve bilinçli olarak fiillerini ve davranışlarını vatandaşların ve gazetecilerin dikkatli bir kontrolüne açık bırakmaktadır; Dolayısıyla(siyasetçinin) daha fazla hoşgörülü olması gerekmektedir. Mahkeme diğer taraftan, Cumhurbaşkanı tarafından kullanılan ve medyada geniş şekilde yer alan, ardından da geniş bir kitle tarafından daha çok mizahi amaçlarla kullanılan kaba bir ifadeyi kendi hesabına kullanan başvuranın, eleştirisini densizlik sayılabilecek bir hiciv yoluyla ifade etme yolunu seçtiği kanısına varmaktadır. Oysa Mahkeme, hicvin, temelinde yatan gerçekliği abartılı ve bozulmuş bir şekilde sunan sanatsal bir ifade ve sosyal bir yorumlama şekli olduğunu ve

doğal olarak tahrik etme ve kıskırtma amacı güttüğünü daha önce birçok defa ifade etmiştir. Bu nedenle, bir sanatçının “veya herhangi başka bir kişinin” kendisini bu şekilde ifade etme hakkına yapılan her türlü müdahaleyi daha özenli bir şekilde incelemek gerekmektedir. Mahkeme, somut olayda olduğu gibi, başvuranın davranışına benzer davranışları cezalandırmanın demokratik toplumların olmazsa olmazı olan genel nitelikli tartışmalarda çok önemli bir rol oynayan toplumsal tartışmalara ilişkin hiciv yoluyla yapılan çirkişlar üzerinde caydırıcı bir etki doğurma ihtimali olduğu kanaatinde dir.

Yukarıdaki açıklamalar ve somut davanın kendine has koşulları dikkate alındığında ve devlet başkanına hakaret sebebiyle verilen mahkumiyetin yararını ve başvuran üzerindeki etkisini tarttıktan sonra Mahkeme, kamu yetkililerinin cezalandırma yoluna başvurmalarının hedeflenen amaç ile orantılı olmadığına ve dolayısıyla demokratik bir toplumda gerekli olmadığına karar vermiştir.

Düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün araçlarından biri de eleştiridir. Eleştirinin doğasından kaynaklanan sertlik suç oluşturmaz, eleştiri övgü olmadığına göre, sert, kırıcı ve incitici olması da doğaldır. Anayasanın 104/1. maddesine göre devletin birliğini temsil eden Cumhurbaşkanı da özgürlükçü parlamenter rejimlerde ve özellikle siyasi bir görüşün temsilcisi gibi algılanması durumunda diğer kurum ve kişiler gibi eleştiriye açıktır. Bir devletin demokrasi düzeyi, devletin, toplumun ve bireylerinin gelişimi için, en uç fikir ve düşüncelere dahil her türlü tartışmayı güven altına alabilmesiyle ölçülebilir. Bir devletin tüm yurttaşları, hapse girme ya da ceza mahkemelerinde yargılanma korkusu olmadan düşüncelerini ifade edebildiklerinde gerçekten ifade özgürlüğünden söz edebiliriz.

Bu açıklamalar ışığında sanığın, Cumhurbaşkanı hakkında hazırlanan resim ve yazıların dış politikaya yönelik eleştirilerin kaba ve densizlik sayılabilecek ancak mizahi amaçlarla hazırlanmış hiciv niteliğinde olduğu hedeflenen amacın Cumhurbaşkanının şeref ve haysiyeti olmayıp, politikasının yanlışlığını vurgulamak için kullanıldığı kanaatine varılmıştır. Bu nedenle somut olayda Cumhurbaşkanına yönelik paylaşım hakaret niteliğinde olmayıp ağır eleştiri ve hiciv kapsamında kalmakla sanığın beraatine ilişkin kararın onanması gerektiği düşüncesiyle sayın çoğunluğun bozma yönündeki görüşüne katılmıyorum.”

Yargıtay 16. Ceza Dairesinin 09.06.2016 tarih ve 2016/2498 Esas, 2016/4534 karar sayılı ilamında açıklandığı üzere Cumhurbaşkanı devletin başıdır ve bu sıfatla Türk milletinin birliğini temsil eder. Bu nedenle Cumhurbaşkanına hakaret suçu aslında kişilere ve şerefe karşı suçlar içerisinde değil Devlete karşı işlenmiş suçlar bölümünde düzenlenmiş ve devlete ait hukuki yararın korunması amacıyla kişiye nazaran daha üstün tutulmuştur.

Suç doğrudan doğruya Cumhurbaşkanı olan kişiye karşı işlenmektedir. Suçla korunan ve bu nedenle ihlal edilen hukuki değer devletin siyasal iktidar

yapısıdır. Suçun faili her gerçek kişi olabilir. Cumhurbaşkanlığı da seçimle değil Cumhurbaşkanının ant içmesiyle kazanılır.

Cumhurbaşkanına hakaret suçu cumhurbaşkanlığı görevinin devamı sırasında işlenmesi gerekir.

Türk Ceza Kanunu'nda hakaret bir kişinin onur, şeref ve saygınlığını rencide edecek şekilde bir fiil bir olgu isnadıdır. Böylelikle sövmek suretiyle, onur, şeref ve saygınlığa saldırmaktır. Suçun manevi unsuru genel kasttır. Sözle, imalı şarkılarla, sözlerle, yazıyla, çizimle, karikatürle işlenebilir bir fiildir. Telefonla, mektupla, basın yayın araçlarıyla ve medya yoluyla da işlenebilir. Mağdurun sıfatı bilinerek hareket edilmelidir. Saikin mutlaka siyasi olması şart değildir. Cumhurbaşkanlığının sıfat veya görevleriyle ilgili olmasına gerek yoktur.

İnsan Hakları Evrensel bildirisinin 19. maddesinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10/1. maddesinde, Anayasa'nın 25 ve 26. maddelerinde ifade özgürlüğüne yer verilmiştir. Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber ve fikir almak ve vermek özgürlüğünü de içerir.

İfade özgürlüğü sınırlandırılabilir bir haktır. Dolayısıyla İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 10/2. maddesinde "kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumda gerekli tedbirler niteliğinde olarak... başkalarının şöhret ve haklarının korunması için demokratik toplum düzeni gereklerine uygun olmak koşuluyla zorunluluk gerektirirse kanunla öngörülen koşullara uygun olarak sınırlandırmalara ve yaptırımlara bağlanabilir".

Özetle; sınırlandırma veya ifade özgürlüğüne müdahale için yasal bir düzenleme olmalıdır. Sınırlandırmanın veya müdahalenin meşru ve zorunlu nedenleri bulunmalıdır. Sınırlandırma meşru amaçla orantılı ve demokratik toplum ölçütlerine uygun/zorunlu olması gerekir.

AİHM kararları ve AİHS ruhuna uygun olarak demokratik bir toplum için ifade özgürlüğü sadece kabul gören ve zararsız kabul edilen fikirler için değil aynı zamanda kırııcı, şok edici ve nüfusun bir kısmı tarafından beğenilmeyen, tasvip görmeyen rahatsız edici görüş ve düşüncelerin ve kanaatlerin korunması için de geçerlidir. Bunlar demokratik toplumun olmazsa olmaz koşullarıdır ve ifade özgürlüğü tüm hak ve özgürlüklerin bu yüzden omurgasıdır.

Ancak, iftira, küfür, sövme, şeref ve saygınlığı zedeleyici söz ve beyanlar, savaş kışkırtıcılığı, hukuk düzenini cebir ve şiddet yoluyla değiştirmek, nefret söylemleri, ayrımcılık ve düşmanlık, şiddet yaratmaya ve çağırmaya yönelik ifadeler düşünce ve ifade özgürlüğü içinde korunmazlar, suç salabilirler ve cezai yaptırımlara bağlanabilirler.

Bu yönde Cumhurbaşkanına hakaret suçları da Türk Ceza Kanunu'nun 299. maddesiyle cezai yaptırıma bağlanmıştır. Suçun koruduğu hukuki yarar Cumhurbaşkanının şeref ve saygınlığıdır. Bu suçun oluşumu için "Onun sosyal değeri konusunda kendisinin veya toplumun düşünce veya duyguları sarsıcı fiil veya sıfatlar isnat veya izafe edilmelidir. Ne tür hareketlerin şeref ve itibarı ihlal edici olduğu, toplumda hâkim olan ortalama düşünüş ve anlayışa göre belirlenmelidir, bunun tayininde ölçü bireyin özel duyarlılığı değildir. Bu itibarla basit bir saygısızlık hakaret sövme olarak nitelendirilemez" (Bkz. 9.6.2016 tarihli Yargıtay ilamında yer alan alıntı).

İfade hürriyeti basın özgürlüğü gibi bir hakkın kullanılmasına ilişkin hukuka uygunluk nedenleri mevcut ise, hukuk düzeni tarafından kişi cezalandırılmayacaktır.

Ancak, eleştiri hak ve özgürlüğü kötüye kullanılmamalı küçültücü, incitici, abartılı sözlerden kaçınmalıdır. Aksi takdirde eleştiri hakkı ve eylem hukuka aykırı sayılır ve eleştiri hakkında söz edilemez.

Yargıtay 16. Ceza Dairesinin anılan bu ilamına yapacağımız referansla bitirelim.

Siyasiler, kamu görevlileri, Cumhurbaşkanı ve kamuya mal olmuş kişiler diğer insanlara nazaran ağır eleştirilere daha fazla katlanmak zorundadırlar ve bu zorunluluk demokratik toplum düzeninin gereğidir.

5. SONUÇ

1982 Anayasası'na göre usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir.

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalarla kanunların aynı konularda farklı hükümler içermesi nedeniyle ortaya çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası anlaşma hükümleri esas alınır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi iç hukukumuzda kanun hükmündedir.

Türk Ceza Kanunu'nun 299. maddesinde düzenlenmiş olan Cumhurbaşkanına hakaret suçu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesi ile çelişmektedir.

Taraf olduğumuz Sözleşme gereği AİHM kararlarıyla işaret edilen hak ihlallerinin giderilmesi hukuki zorunluluktur.

Sözleşme'nin 46. maddesine göre Türkiye taraf olduğu davalarda Mahkemenin verdiği kesinleşmiş kararlara uymayı taahhüt etmiştir. AİHM'nin görüşüne göre Sözleşmenin 46. maddesi çerçevesinde taraf devlet:

“... sadece ilgililere adil tazmin yoluyla hükmedilen meblağları ödeme yönüyle değil, aynı zamanda Mahkeme tarafından tespit edilen ihlale son vermek ya da başurucuyu, mümkün olan ölçüde, Sözleşme şartları ihlal edilmemiş olsaydı içinde bulunmuş olacağı duruma getirmek amacıyla ihlalin etkilerini telafi etmek için kendi iç hukuk düzeninde bireysel ve/veya uygun hallerde genel tedbirler almak yönünde yasal bir yükümlülük altındadır”²

AİHM kararından ortaya çıkan sorunların çözülmesi ifade özgürlüğü hakkının uygulanmasında TCK 299 maddesinin düzenleme ve uygulamasının önemli bir hukuk ve demokrasi sorunu yarattığı, ayrıca insan temel hak ve özgürlüklerinin sürekli ihlaline neden olduğu açıktır.

Herkes ifade özgürlüğü, görüş edinme hakkı ve görüşlerini açıklama ve yayma hakkına sahiptir.

TCK'nun 299/1 maddesinde Cumhurbaşkanı ile ilgili bilgi veya görüşlerin açığa vurulması, görüş açıklanması ve/veya eleştirilmesi hakaret olarak görülürse bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. TCK'nın “Şerefe Karşı Suçlar” bölümünde yer alan 125. madde de hakaret fiili düzenlenmiştir. Bu madde ile bir kimseye onur şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur ve saygınlığına saldıran kişi cezalandırılır. Bu maddede hakaret suçunun kamu görevlilerine karşı işlenmesi hali cezai düzenleme bakımından ortak hakaret rejimiyle koruma sağlanmaktadır. TCK 299. maddesiyle 125. madde birlikte değerlendirildiğinde Cumhurbaşkanına diğer kişilere göre çok daha farklı bir koruma sağlanmıştır. Ortak hakaret rejimindeki düzenlemeye rağmen diğer kişilere göre Cumhurbaşkanına çok daha yüksek düzeyde bir koruma sağlanması ve Cumhurbaşkanına karşı hakaret içeren ifadeleri dile getiren kişiler için hakaret suçundan çok daha ağır cezalar öngörülmesi AİHS ve ifade özgürlüğü hakkı ile uyumlu değildir.

2 Harris, O'Boyle & Warbrick, *İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Bilgi Yayınları 2021 s. 159

Bu bağlamda Cumhurbaşkanının diğer kişilerden farklı olarak korunması ilke olarak, AİHS'nin amaç ve ruhuna uygun değildir.

AİHM birçok defa özellikle bu konuda *Colombani ve diğerleri v. Fransa, Otegi Mondragon v. İspanya* ve Türkiye hakkındaki *Önal v. Türkiye kararını* tekrar hatırlatmakta ve kararlarında tekrarlamaktadır.

AİHM Artun ve Güvener v. Türkiye ve Pakdemirli kararını referans göstererek "bir devletin kendi başkanının itibarını koruma yönündeki menfaatinin, devlet başkanına, kendisi hakkında bilgi verme ve görüş ifade etme ve ifade özgürlüğü hakkına sahip olanlar karşısında bir ayrıcalık veya özel bir koruma verilmesini haklı" görmemektedir.

AİHM Cumhurbaşkanına bir ayrıcalık ve üst koruma verilemeyeceği ve bunun aksinin ileri sürülmesinin mevcut siyasi uygulama ve anlayışlarla bağdaşmayacağı görüşündedir.

Özellikle Cumhurbaşkanına hakaret suçu için öngörülen *cezai yaptırımın orantılılığıyla* ilgili olarak, devlet kurumlarını temsil eden kişilerin, yetkili makamlar tarafından kurumsal kamu düzenini sağlayıcı sıfatıyla korunmaları meşru olabilir. Ancak bu kurumların buldukları baskın konumun dikkate alınması gerekir. Cumhurbaşkanı dahil bu makamlar cezalandırma yolunu kullanarak kişiler hakkında ceza davası açma yolunu tercih etmemeleri gerekmektedir.

AİHM kararlarında Cumhurbaşkanı ve devlet başkanlarının haklarındaki eleştirilere ve görüşlere karşı *Otegi Mondragon* kararını hatırlatarak ölçülü davranılması gerektirdiğini benzer kararlarında vurgulamaktadır.

Cumhurbaşkanına hakaret suçunda cezanın orantılı veya çok az olduğu hakkında ileri sürülen görüşleri geçersiz kabul eden AİHM "*sembolik 1 Avro*" ödenmesi yaklaşımıyla hükmedilen bir mahkûmiyet kararının hafif olduğunu ileri sürmek *en makul ceza* olarak kabul edilemez. Bu türden bir ceza sonuç olarak yine de cezadır ve cezai yaptırımdır.

Bu yaptırım her hâlükârda; ifade özgürlüğü hakkının kullanılmasına yönelik müdahaledir ve tek başına böyle bir ceza dahi ifade özgürlüğüne müdahaleyi haklı göstermez.

AİHM bir hapis cezasına karar verilmesinin ardından hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi söz konusu olsa dahi; başvuranın gözetimine alınmasını ve kendisi hakkında verilen tutuklama kararını veya cezai bir yaptırımın uygulanmasını haklı kılacak nitelikte olmadığı gibi ifade özgürlüğünün ihlalidir.

Türkiye hakkında verilen kararlarda gözaltı ve tutuklama kararları incelenmekte ve ifade özgürlüğünün ihlali iddiaları ayrıca kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı değerlendirilmesine konu olmaktadır.

AİHM kararlarına göre ifade özgürlüğünün Cumhurbaşkanına hakaret suçlarından dolayı verilen ceza mahkumiyeti kararlar niteliği gereği; kaçınılmaz olarak, özellikle mahkûmiyet kararının etkileri dikkate alındığında, ilgilinin kamu yararını ilgilendiren konularda kendi görüşlerini ifade etme isteği, eleştiride bulunma veya görüş açıklama hakkı üzerinde caydırıcı bir etki yaratmaktadır.

AİHM Türk Ceza Kanunu'nun 299. maddesinin uygulanmasından kaynaklanan ihtilaf konularında ceza yargılamasının ifade özgürlüğü ile bağdaşmadığını gözlemlemektedir.

Mahkeme özellikle, hakaret konusunda özel bir kanun tarafından daha fazla sağlanan korumanın ilke olarak Sözleşme'nin ruhuna uygun olmadığı kanaatindedir.

AİHM kararında devletin, kendi başkanının itibarını koruma yönündeki menfaatinin, devlet başkanına, kendisi hakkında bilgi verme ve görüş ifade etme hakkı karşısında bir ayrıcalık veya özel koruma verilmesini haklı göstermeyeceğinin altını çizmiştir

Bu sonuçlar, Sözleşmenin 10. maddesi tarafından güvence altına alınan ifade özgürlüğü hakkının Başvurucu açısından ihlal edilmesinin nedenlerinden birisi; Türk Ceza Kanunu'nun 299. maddesinin kaleme alınışı ve uygulanmasına ilişkin bir sorundan kaynaklanmaktadır.

AİHM ifade özgürlüğünün korunmasında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından 12 Şubat 2004 tarihinde kabul edilen, *Medyada Siyasi Tartışma Özgürlüğü Bildirisi*'ne kararlarının tümünde yer vermek suretiyle yol gösterici kararlarını sürekli tekrarlamakta ve bu suretle ifade özgürlüğünün korunmasında ulaşılan istikrarlı kararlarıyla yol göstermektedir.

AİHM devletlerin iç hukukuna karışmama ve ikincil bir yargılama yaptığından dolayı hakaret fiili ile ilgili olarak Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisinin "*Hakaretin Suç Olmaktan Çıkarılmasına Doğru*" başlıklı tavsiye kararına yine kararlarında yer vermektedir.

Venedik Komisyonu'nun 106. Genel Kurul Toplantısı sırasında (Venedik 11-12 Mart 2016, CDL-AD (2016)002) kabul ettiği, Türk Ceza Kanunu'nun

216, 299, 301. ve 314. maddeleri hakkındaki 831/2015 sayılı Görüş Türkiye hakkında verilen kararlarda yer almıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Türkiye hakkında yapılacak olan bireysel başvurular bakımından hak ihlallerinin mevcut iç hukuktaki düzenleme bakımından süreklilik kazanarak tekrarlanacağı görüşünü Venedik Komisyonu kararı ile ifade etmiş ve ihlal kararlarına referans olarak almıştır.

Bir başka anlatımla; Venedik Komisyonu 2016 yılındaki görüşüyle Türk Ceza Kanunu'nun 299. maddesinde yer alan Cumhurbaşkanına hakaret suçu ifade özgürlüğünü sürekli ihlal eden bir düzenlemeye sahip olduğundan dolayı "Sözleşme'nin 10. maddesinin diğer her türlü ihlalini önlemek için tek çözümün, bu maddenin tamamen yürürlükten kaldırılmasından ibaret olacağı" kanaatine varmaktadır.

Mahkeme bu bağlamda, Vedat Şorli kararı ile iç hukukun Sözleşme ile uyumlu hale getirilmesi gerektiğini karara bağlamıştır. Bu nedenle Sözleşmenin 46. maddesine göre karar almıştır.

AİHM Türk Ceza Kanunu'ndaki Cumhurbaşkanına hakaret suçu düzenlemesinin Sözleşme'nin 10. maddesinde yer alan ifade özgürlüğü hükmüyle uyumlu hale getirilmesinin, tespit edilen ihlale son verilmesini sağlayacak uygun bir genel telafi şeklini teşkil edeceği kanaatindedir.

SONUÇ OLARAK

Vedat Şorli v. Türkiye davasında Sözleşmenin 46(1). maddesine göre verilen karar gereği Türk Ceza Kanunu'nun 299. maddesi ile düzenlenmiş olan Cumhurbaşkanına hakaret suçunun yürürlükten kaldırılarak Sözleşme'nin 10. maddesinde herkese tanınan ifade özgürlüğü hakkının ihlaline son verilmelidir.

EKLER

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ
İKİNCİ BÖLÜM

VEDAT ŞORLİ v. TÜRKİYE DAVASI

(Başv. no. 42048/19)

KARAR

Madde 10 • İfade özgürlüğü • Facebook üzerinde paylaşılan hakaret içeren yayınlar nedeniyle Cumhurbaşkanı'na hakaret suçundan uygulanan çeşitli cezai tedbirler • Hapis cezasına ve ardından beş yıl boyunca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesinin caydırıcı etkisi • Hakaret konusunda Cumhurbaşkanı'nın daha fazla korunmasını öngören ve Sözleşme'ye ve bir Devletin kendi başkanının itibarını koruma yönündeki menfaatine uygun olmayan özel bir hükmün uygulanması • Orantılılık
Madde 46 • Genel tedbirler • Özel hükmün, uygun bir telafi şekli teşkil eden Sözleşme'nin 10. maddesiyle uyumlu hale getirilmesi

STRAZBURG

19 Ekim 2021

Kesinleşme Tarihi

28 Şubat 2022

İşbu karar, Sözleşme'nin 44 § 2. maddesinde belirtilen koşullar çerçevesinde kesinleşecektir. Bazı şekli düzeltmelere tabi tutulabilir.

© T.C. Adalet Bakanlığı, 2021. Bu gayri resmî çeviri, Adalet Bakanlığı, İnsan Hakları Dairesi Başkanlığı tarafından yapılmış olup, Mahkeme açısından bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Bu çeviri, davanın adının tam olarak belirtilmiş olması ve yukarıdaki telif hakkı bilgisiyle beraber olması koşulu ile Adalet Bakanlığı, İnsan Hakları Dairesi Başkanlığına atıfta bulunmak suretiyle ticari olmayan amaçlarla alıntılanabilir.

Vedat Şorli v. Türkiye davasında,

Başkan,

Jon Fridrik Kjølbro,

Hâkimler,

Carlo Ranzoni,

Valeriu Griţco,

Egidijus Kūris,

Branko Lubarda,

Pauliine Koskelo,

Saadet Yüksel

ve *Bölüm Yazı İşleri Müdürü* Stanley Naismith'in Daire olarak toplanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Bölüm), Türkiye Cumhuriyeti aleyhine yapılan başvuruyu (42048/19 No.lu), Türk vatandaşı olan Vedat Şorli'nin ("başvuran") İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin ("Sözleşme") 34. maddesi uyarınca 10 Temmuz 2019 tarihinde Mahkemeye başvurmasını, başvurunun Türk Hükümetine ("Hükümet") bildirilmesi yönündeki kararı, davalı Hükümet tarafından bildirilen görüşleri ve başvuran tarafından sunulan cevapları, Bölüm Başkanı'nın müdahil taraf olmasına izin verdiği İfade Özgürlüğü Derneğinden alınan görüşleri (Sözleşme'nin 36. maddesinin 2. fıkrası ve Mahkeme İç Tüzüğü'nün 44. maddesinin 2. fıkrası) dikkate alarak, 14 Eylül 2021 tarihinde gerçekleştirdiği kapalı oturumdaki müzakereler sonucunda aşağıdaki kararı vermiştir:

GİRİŞ

1. Dava, başvuran tarafından Facebook hesabında paylaşılan iki içerik nedeniyle Cumhurbaşkanı'na hakaret suçundan, ilgilinin on bir ay, yirmi gün hapis cezasına mahkûm edilmesi ve ardından hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesiyle sonuçlanan, ilgili hakkında yürütülen ceza yargılamasıyla ilgilidir.

OLAYLAR

2. Başvuran, 1989 doğumlu olup, İstanbul'da ikamet etmektedir. Başvuran, Avukat İ. Akmeşe tarafından temsil edilmektedir.

3. Türk Hükümeti (“Hükümet”), Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde Türkiye temsilcisi olan, Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı İnsan Hakları Dairesi Başkanı Hacı Ali Açıkgül tarafından temsil edilmiştir.

I. BAŞVURANIN FACEBOOK HESABINDA PAYLAŞILAN İÇERİKLER NEDENİYLE İLGİLİ HAKKINDA BAŞLATILAN CEZA YARGILAMASI

4. İstanbul Emniyet Müdürlüğü Muhabere Elektronik Şube Müdürlüğü, 20 Aralık 2016 tarihinde, başvuranın Facebook hesabında paylaşılan içeriklerle ilgili bir şikâyet almıştır.

5. Terörle Mücadele Şube Müdürlüğü, açık kaynaklara ilişkin bir soruşturma yürütmelerinin ardından, 31 Ocak 2017 tarihinde soruşturma raporu düzenlemişlerdir. Bu raporda, diğerlerinin yanı sıra, başvuranın Facebook hesabında paylaşılan şu iki içerik ifade edilmiştir:

- 10 Ekim 2014 tarihinde paylaşılan birinci içerik, eski ABD Başkanı Barack Obama'nın kadın kıyafetleri içinde resmedilen Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı'nı öperken görüldüğü bir karikatürden oluşmaktaydı. Cumhurbaşkanı'nın resminin üzerine yerleştirilen konuşma baloncukunda, Kürtçe olarak *“Suriye'nin tapusunu benim adıma yapacan mı kocacım?”* yazılıydı.
- 15 Mart 2016 tarihinde paylaşılan ikinci içerikte, Cumhurbaşkanı'nın ve eski Türkiye Cumhuriyeti Başbakanı'nın fotoğrafları yer almaktaydı ve bu fotoğrafların altında şu yorum yazılıydı: *“Kandan beslenen iktidarınız yerin dibine batsın / Can aldıkça sağlamaştırdığınız koltuklarınız yerin dibine batsın / Çaldığınız hayallerle yaşadığınız lüks hayatlarınız yerin dibine batsın / Başkanlığınız da, iktidarınız da, hırslarınız da yerin dibine batsın.”*

6. Cumhurbaşkanı'na hakaret etmek ve Facebook hesabı üzerinde paylaşılan diğer içeriklerle terör örgütü lehine propaganda yapmak suçlarını işlediğine dair hakkında şüphelenilen başvuran, 18 Mayıs 2017 tarihinde gözaltına alınmıştır. Ertesi gün, Bakırköy Sulh Ceza Hâkimliği, bu iki suçla ilişkin iki ayrı dosyada, iki defa başvuranın tutuklanmasına karar vermiştir.

7. Bakırköy Cumhuriyet Savcısı tarafından hazırlanan 11 Temmuz 2017 tarihli iddianamede, başvuran hakkında yukarıda belirtilen iki Facebook içeriği nedeniyle Cumhurbaşkanı'na hakaret suçundan kamu davası açılmıştır.

8. Bakırköy Asliye Ceza Mahkemesi (“Asliye Ceza Mahkemesi”), 21 Temmuz 2017 tarihinde yapılan duruşmanın sonunda, Cumhurbaşkanı’na hakaret suçuna ilişkin yargılama kapsamında başvuranın serbest bırakılmasına karar vermiştir. Bununla birlikte, ilgilinin halen terör örgütü lehine propaganda yapmak suçuna ilişkin yargılama kapsamında tutuklu bulunması nedeniyle, ilgili serbest bırakılmamıştır.

9. Asliye Ceza Mahkemesi, aynı duruşmada, başvurunu Cumhurbaşkanı’na hakaret suçundan suçlu bulmuş ve ilgiliyi Türk Ceza Kanunu’nun 299. maddesinin 1. fıkrası uyarınca on bir ay, yirmi gün hapis cezasına mahkûm etmiştir. Asliye Ceza Mahkemesi, bununla birlikte, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 231. maddesi uyarınca (aşağıda 15. paragraf), beş yıl boyunca başvurana herhangi bir yükümlülüğün getirilmemesi gerektiğini ve bu süre zarfında kasıtlı olarak bir suçun işlenmemesi halinde, açıklanması geri bırakılan hükmün öngördüğü cezanın kaldırılması ve davanın düşürülmesi gerektiğini belirterek, beş yıl süreyle hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının uygun olduğu kanaatine varmıştır.

Bu kararın gerekçesi, aşağıdaki gibidir:

“(...)

Sanık ve avukatının, Facebook üzerinde paylaşılan söz konusu içeriklerin hakaret suçunu oluşturan unsurları bir araya getirmediğini, bunların ifade özgürlüğünün kapsamına girdiğini ve [yalnızca] sert ve yaralayıcı eleştiriler teşkil ettiğini belirtmesine rağmen, mahkememiz, bu içeriklerin şikâyetçinin onurunu, haysiyetini ve itibarını zedelemeyi amaçladığı kanısına varmaktadır (...). Sanığın Facebook hesabında paylaştığı içerikler, Cumhurbaşkanı’nın onuruna, haysiyetine ve itibarına zarar verecek niteliktedir. Bu içeriklerin sanığın ifade özgürlüğü kapsamında korunduğu kanaatine varılması mümkün değildir (...). İçeriklerin genel menfaati ilgilendiren bir konuyla ilgili fikir alışverişini teşkil etmemesi ve herkes tarafından görülebilir bir sosyal ağ üzerinde paylaşılması nedeniyle, bunların eleştiri sınırlarını aştığı ve ifade özgürlüğü kapsamına girdiğinin değerlendirilemeyeceği kanısına varılmaktadır.

(...)”

10. Bakırköy Ağır Ceza Mahkemesi, 20 Eylül 2017 tarihinde, başvuran hakkında verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının usul ve kanuna uygun olduğu, bu kararın gerekçesinin dosyanın içeriğiyle uyumlu olduğu ve Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 231. maddesinde belirtilen koşullar bakımından bu kararda herhangi bir uygunsuzluğun bulunmadığı kanaatine vararak, Asliye Ceza Mahkemesinin kararına karşı başvuran tarafından yapılan itirazı reddetmiştir.

II. BAŞVURAN TARAFINDAN ANAYASA MAHKEMESİNE YAPILAN BİREYSEL BAŞVURU

11. Başvuran, 3 Kasım 2017 tarihinde, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur. Başvuran, iki ay, iki gün boyunca tutuklu bulunmasının, on bir ay, yirmi gün hapis cezasına mahkûm edilmesinin ve kendi ifadesine göre, güncel siyasi konular hakkında görüşlerinin bir ifadesini teşkil eden, Facebook hesabında paylaşılan içerikler nedeniyle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı uyarınca beş yıl boyunca denetim altında tutulmasının, ifade özgürlüğü hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

12. Anayasa Mahkemesi, 21 Mart 2019 tarihinde, başvuranın iddialarının mesnetsiz olduğu kanısına vararak, başvuranın bireysel başvurusunun açıkça dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

İLGİLİ ULUSAL VE ULUSLARARASI YASAL ÇERÇEVE

I. ULUSAL MEVZUAT

A. Türk Ceza Kanunu

13. Türk Ceza Kanunu'nun (1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren, 26 Eylül 2004 tarihli 5237 sayılı Kanun) "Hakaret" başlıklı 125. maddesi, aşağıdaki şekildedir:

"(1) Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden (...) veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.

(...)

(3) Hakaret suçunun;

a) Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı,

(...) işlenmesi halinde, cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz."

14. Türk Ceza Kanunu'nun "Cumhurbaşkanı'na Hakaret" başlığı altında yer alan 299. maddesi aşağıdaki gibidir:

"Cumhurbaşkanı'na hakaret eden kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Suçun alenen işlenmesi halinde, verilecek ceza altıda biri oranında artırılır.

(3) Bu suçtan dolayı kovuşturma yapılması, Adalet Bakan'ının iznine bağlıdır."

B. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. Maddesi

15. Hükümün açıklanmasının geri bırakılması tedbirini öngören, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren, 4 Aralık 2004 tarihli 5271 sayılı Kanun) 231. maddesi ile ilgili olarak, *Kerman/Türkiye* (No. 35132/05, § 25, 22 Kasım 2016) kararına atıfta bulunmaktadır.

II. AVRUPA KONSEYİ METİNLERİ

A. Bakanlar Komitesinin Medyada Siyasi Tartışma Özgürlüğü Bildirisi

16. Bakanlar Komitesi tarafından 12 Şubat 2004 tarihinde kabul edilen, Medyada Siyasi Tartışma Özgürlüğü Bildirisi'nin somut olayla ilgili kısımları aşağıdaki gibidir:

“Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi,

(...)

Bazı ulusal hukuk sistemlerinin halen siyasi şahsiyetlere ve kamu görevlilerine, haklarındaki bilgi ve görüşlerin medya organlarında yayılmasına karşı hukuki ayrıcalıklar tanıdığı ve bu durumun Sözleşmenin 10. maddesi ile teminat altına alınmış bulunan ifade ve bilgi edinme özgürlüğü ile çeliştiğinin bilincinde olarak,

(...)

II. Devlet ve kamu kuruluşlarını eleştirme özgürlüğü

Devlet, hükümet, genel olarak yürütme, yasama veya yargının herhangi bir organı medya kuruluşlarında eleştiri konusu yapılabilir. Güçlü konumlarına bağlı olarak bu kurumlar, ceza hukuku tarafından itibar zedeleyici veya hakaret niteliği taşıyan beyanlara karşı kurum olarak koruma altına alınmamalıdır. Söz konusu kurumların böyle bir korumadan yararlanabildikleri hallerde ise bu koruma çok sınırlı bir şekilde ve her halükârda eleştiri özgürlüğünü kısıtlamak amacıyla kullanılmasına mahal vermeden uygulanmalıdır. Bu kurumları temsil eden kişiler, birey olarak zaten koruma altında bulunmaktadır.

(...)

VI. Siyasi şahsiyetler ile kamu görevlilerinin itibarı

Siyasi şahsiyetler itibarlarının ve haklarının korunması için diğer kimselerden daha geniş haklara sahip bulunmamalıdır. Bundan hareketle iç hukukta, siyasi şahsiyetleri eleştiren medya kuruluşlarına karşı daha ağır cezalar öngörülmemelidir. Bu ilke kamu görevlilerine de uygulanır. Bu ilkeye istisnalar, sadece kamu görevlilerinin görevlerini iyi yapmalarını sağlamak bakımından zaruri hallerde kabul edilebilir.

(...)

VIII. Medya kuruluşlarının ihlallerine karşı başvuru yolları

Siyasi şahsiyetler ile kamu görevlileri, medya kuruluşları tarafından hak ihlallerine karşı, sıradan vatandaşların sahip oldukları hukuki başvuru yollarının ayınlarına sahip olmalıdırlar. (...) Hak ihlalinin veya itibar zedelemesinin vahameti ışığında ve özellikle medyada yayınlanan itibar zedeleyici ifadelerin veya hakaretlerin, nefret içeren ifadeler örneğinde olduğu gibi, başka temel özgürlükleri de önemli ölçüde ihlal ettiği ve cezanın kesin olarak gerekli ve ihlalin vahameti ile orantılı olduğu haller dışında itibar zedelemesi veya hakaret hapis cezasına yol açmamalıdır.”

B. Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisinin 1577 (2007) Sayılı Kararı

17. Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisinin “Hakaretin Suç Olmaktan Çıkarılmasına Doğru” başlıklı 1577 (2007) sayılı Kararının somut olayla ilgili bölümleri, aşağıdaki gibidir:

“(…)

11. [Meclis], birçok üye ülkenin, hakaret için hapis cezası öngördüğünü ve örneğin Azerbaycan ve Türkiye gibi bazı ülkelerde, bunun halen uygulanmakta olduğunu büyük bir endişeyle tespit etmektedir.

“(…)

13. Bu nedenle, Meclis, hakaret için hapis cezalarının daha fazla gecikmesizin kaldırılması gerektiği kanaatindedir. Meclis, bilhassa ulusal mevzuatlarında halen bu fiiller için hapis cezası öngören Devletlerin - bu cezaları uygulamalarına rağmen-, her ne kadar geçersiz olsa da herhangi bir mazeret öne sürmeye ve kamusal özgürlüklerin zedelenmesine yol açmaya devam etmemeleri için söz konusu Devletleri, gecikmesizin söz konusu yasaları yürürlükten kaldırmaya teşvik etmektedir.

“(…)

17. Sonuç olarak, Meclis, üye Devletleri şu hususları yerine getirmeye davet etmektedir:

17. 1. Hakaret için hapis cezalarının gecikmesizin kaldırılmasına,

17. 2. Ceza kovuşturmalarına usulsüz şekilde başvurulmamasının sağlanmasına (...);

17. 3. Kanunun keyfi olarak uygulanmasından kaçınılmasını ve medeni hukukun, hakarettten etkilenen kişinin saygınlığının etkin olarak korunmasını sağlamak amacıyla hakaret kavramının tanımının mevzuatlarında açık olarak yapılmasına;

“(…)

17. 6. Mahkeme içtihatlarına uygun olarak, hakarete ilişkin mevzuatlarında, kamuya mâl olmuş kişilerin daha iyi korunmasına yönelik bütün hükümlerin bertaraf edilmesine ve özellikle;

17. 6. 1. Türkiye'yi, Türk Ceza Kanunu'nun 125. maddesinin 3. fıkrasını de-
ğiştirmeye davet etmektedir.

(...)"

C. 831/2015 Sayılı Venedik Komisyonu Görüşü

18. Venedik Komisyonu'nun (Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyo-
nu) 106. Genel Kurul Toplantısı sırasında (Venedik 11-12 Mart 2016, CDL-
AD (2016)002) kabul ettiği, Türk Ceza Kanunu'nun 216, 299, 301. ve 314.
maddeleri hakkındaki 831/2015 sayılı Görüşün ilgili kısmı, aşağıdaki gibidir:

"(...)

57. Avrupa'daki gelişmeler, Devletlerin cezalar yelpazesini herhangi bir hapis
cezasını hariç tutan cezalarla sınırlandırarak, Devlet Başkanı'na hakareti suç
olmaktan çıkarmalarını veya bu suçu Devlet başkanlarına yönelik en ciddi
sözlü saldırı biçimleriyle sınırlandırmalarını isteyen bir anlayıma yönelmek-
tedirler. Türk Ceza Kanunu'nun 299. maddesinin metni, en az bir yıldan dört
yıla kadar hapis cezasını öngörmesi nedeniyle, ortaya çıkan bu Avrupa anlayı-
masıyla uyumlu değildir; ayrıca söz konusu maddenin 2. fıkrasına göre, suçun
alenen işlenmesi durumunda, ceza azaltılabilsen, para cezasına çevrilebilse
veya hâkim tarafından ertelenebilse bile, altıda bir oranında artırılmaktadır.

(...)

66. Venedik Komisyonu, Cumhurbaşkanı'na hakaret nedeniyle, basında yer
alan çok sayıda soruşturma, kovuşturma veya mahkûmiyeti endişeyle dikka-
te almaktadır. Venedik Komisyonu, Avrupa Komisyonunun Türkiye hakkın-
daki 2015 tarihli raporunda, Cumhurbaşkanı'na hakaret iddiaları nedeniyle
gazeteciler, yazarlar, sosyal ağ kullanıcıları ve toplumun diğer üyeleri hakkın-
da pek çok davanın açıldığını ve bu davaların hapis cezalarıyla, ertelenmiş ce-
zalarla ya da para cezalarıyla sonuçlanabileceğini vurguladığını hatırlatmak-
tadır. Söz konusu rapora göre, bu yıldırma ortamı, otosansürün artmasına
neden olmaktadır. Ayrıca, basında yer alan son yazılara göre, 6 Ocak 2016
tarihinde, Ulusal Emniyet Genel Müdürlüğü, bütün emniyet birimlerinden,
Devletin üst düzey temsilcilerine, özellikle de Cumhurbaşkanı'na hakaret
eden herhangi bir kişi hakkında derhal soruşturmaların başlatılmasını talep
eden bir genelge yayımlamıştır.

(...)

70. Cumhurbaşkanı'na karşı haksız yere saldırı olması durumunda, hukuk dava-
larına veya yalnızca en ciddi durumlarda hakarete ilişkin Türk Ceza Kanunu'nun
genel hükümlerine dayanan ceza davalarına (Türk Ceza Kanunu'nun 125. mad-
desi), 299. maddeyi ileri süren ceza yargılamalarına nazaran öncelik verilmeli-
dir. Bu türden durumlarda, söz konusu hukuk davaları kapsamında hükmedilen
tazminatların ya da hakarete ilişkin genel hükme dayanan cezai yaptırımların
orantılılığı, sınırlandırmaların Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrasına uygun-
luğu dikkate alındığında, son derece önemli olmaya devam etmektedir.

(...)

75. Sonuç olarak Komisyon, Avrupa düzeyinde ortaya çıkan anlaşmayı ve uluslararası normları dikkate aldığına, Devletlerin, Devlet başkanına hakareti suç olmaktan çıkarmaları ya da en azından cezalar yelpazesini herhangi bir hapis cezasını hariç tutan cezalarla sınırlandırarak, bu suçu en ciddi sözlü saldırı biçimleriyle sınırlandırmaları gerektiğini yeniden belirtmektedir. Komisyon, aksine Türkiye'deki uygulamanın, Sözleşme'nin 10. maddesiyle korunan konuşma durumları da dâhil olmak üzere, bu hükmün kullanımının arttığını ortaya koyduğunu tespit etmektedir. Uygulanan cezalar, özellikle de hapis cezası aynı zamanda, açıkça aşırı niteliktedir. Her ne kadar bu hükmün aşırı kullanımını sınırlandırmak için Yargıtay ve Cumhuriyet Savcısı tarafından girişimlerde bulunulsa da, bu girişimler yetersizdir. Bu koşullarda Komisyon, Sözleşme'nin 10. maddesinin diğer her türlü ihlalini önlemek için tek çözümlen, bu maddenin tamamen yürürlükten kaldırılmasından ibaret olacağı kanaatine varmaktadır. Bu türden bir tedbir, özellikle tanınmış kişilere ilişkin ifade özgürlüğüyle ilgili ilkeleri ve siyasi konuları dikkate alarak, bütün vatandaşları koruyan hukuk ve ceza yargılamaları yoluyla, her türlü aşırı hakaret şekline karşı Devlet başkanının korunmasına yine imkân verecektir. Orantılılık ilkesi ve cezalar yelpazesini her türlü hapis cezasını hariç tutan cezalarla sınırlandırma gerekliliği, bu yargılamalarda da uygulanmaktadır."

D. İnsan Hakları Komiseri'nin Türkiye'de İfade Özgürlüğü ve Medya Özgürlüğüne İlişkin Memorandumu

19. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri'nin 2016 yılında Türkiye'ye gerçekleştirdiği ziyaretlerin ardından, 17 Şubat 2017 tarihinde yayımlanan Türkiye'de İfade Özgürlüğü ve Medya Özgürlüğüne İlişkin Memorandumun "hakarete" ilişkin kısmı, aşağıdaki gibidir:

"54. Bir yıldan dört yıla kadar hapis cezasını öngören 299. maddeye ilişkin olarak, Komiser, Nisan ayındaki ziyaretinin ardından, benzer hükümlerin uygulanmasının, Cumhurbaşkanı'na hakaretin yine ayrı bir suç olarak değerlendirildiği Devletler de dâhil olmak üzere, Avrupa Konseyine üye olan diğer 46 Devlette bir örneğinin bulunmadığını vurgulamıştır. Bu hükmün kullanılmasının, Cumhurbaşkanı'na ve buna bağlı olarak, kendisinin desteklediği herhangi bir politikaya yönelik her türlü eleştirinin bastırılmasına imkân veren bir araç haline geldiği görülmektedir, ve [bu hüküm], herhangi bir fark gözetilmeksizin ve bütün kişi kategorilerine, özellikle gazeteciler, karikatüristler, öğretim görevlileri, ünlüler, üniversite öğrencileri ve çoğu reşit olmayan diğer öğrencilere karşı eşit olmayan bir düzeyde kullanılmaktadır. İhtilaf konusu eylemler, birçok durumda, yeniden yapılan paylaşımlar veya yeniden atılan tweetler de dâhil olmak üzere, sosyal ağlar aracılığıyla paylaşılan açıklamaları kapsamaktadır. 18 kişi, 2016 yılının Haziran ayında, bu suç nedeniyle cezaevinde bulunmaktaydı.

55. Komiser, bu hükmün kullanılmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile son derece uyumsuz olduğu ve adli bir baskıya benzediği konusunda ikna olmuştur, zira Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yalnızca görevleri ya da statüleri nedeniyle kendilerini her türlü eleştiriden koruyarak, Devlet başkanlarına bir ayrıcalık ya da özel bir koruma verilmesi hususunun modern siyasi uygulama ve anlayışlarla bağdaşamayacağı kanısına varmaktadır. Komiser, Sözleşme'nin 10. maddesine ilişkin bu açık ihlallerin tek çözümünün 299. maddenin yürürlükten kaldırılması olduğu yönünde Venedik Komisyonunun görüşünü paylaşmaktadır. Komisere göre, Cumhurbaşkanı'nın bu maddeye ilişkin davaları tek bir jest olarak geri çekebileceği yönünde 15 Temmuz tarihli darbe girişiminin ardından yaptığı açıklama, bu hükmün Türkiye'de yaratmaya devam ettiği son derece caydırıcı etki bakımından önemsizdir. Dolayısıyla Komiser, Türk Anayasa Mahkemesinin 2016 yılının Aralık ayında, Türk Ceza Kanunu'nun 299. maddesinin ifade özgürlüğü hakkının özüne zarar vermediğini ileri sürerek, Anayasa'ya uygun olduğu kanısına vardığını üzüntüyle kaydetmektedir.

(...)

58. Her ne kadar 299. maddeye ve genel olarak hakarete ilişkin hükümlere başvurulması, Türk yetkililerin ve yargı gücünün siyasi görevde bulunanlara yönelik eleştiriye karşı artan hoşgörüsüzlüğün bir belirtisi olsa da, yalnızca adli baskının neden olduğu belirgin caydırıcı etkinin bir kısmı söz konusudur ve bu adli baskı, Türk toplumunun tüm kesimlerini etkilemekte, kamusal tartışmayı bastırmakta, demokratik tartışmanın kapsamını azaltmakta ve böylelikle ülkenin kutuplaşmasını artırmaktadır.”

HUKUKİ DEĞERLENDİRME

I. SÖZLEŞME'NİN 10. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

20. Başvuran, kendi ifadesine göre, siyasi gündeme ilişkin eleştirel yorumları teşkil eden, Facebook hesabında paylaşılan içerikler nedeniyle Cumhurbaşkanı'na hakaret suçundan hakkında başlatılan ceza yargılamasının, ifade özgürlüğü hakkını ihlal ettiğini iddia etmektedir. Başvuran, Devlet Başkanı'na özel bir koruma sağlayan ve adi bir hakaret suçuna nazaran daha önemli bir cezayı öngören, Cumhurbaşkanı'na hakaret suçunun, Sözleşme'nin ruhuna ve Mahkemenin içtihadına uygun olmadığını ileri sürmektedir. Başvuran, iki ay, iki gün boyunca tutuklu kalmasının ve on bir ay, yirmi gün hapis cezasına mahkûm edilmesinin orantısız olduğunu ve ceza yargılamasının sonunda verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının beş yıllık denetim süresi boyunca siyasi konular hakkında ifade özgürlüğünün kullanılmasını üzerinde caydırıcı bir etki yarattığını belirtmektedir. Başvuran, Sözleşme'nin

10. maddesini ileri sürmektedir ve bu madde aşağıdaki gibidir:

“1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğü-nü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.

2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, ka-nunla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bü-tünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erki-nin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı for-maliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.”

A. Kabul Edilebilirlik Hakkında

21.Hükümet, başvuran hakkında başlatılan ceza yargılaması kapsamında verilen tutuklama ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına ilişkin birçok kabul edilemezlik itirazı ileri sürmektedir. Hükümet ayrıca, başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğunu iddia etmektedir.

22. Hükümet, başvuranın tutuklanması kararına ilişkin olarak, öncelikle, 18 Mayıs 2017 tarihinde verilen bu kararın gerçekte icra edilmediğini, zira il-gilinin daha önce terör örgütü lehine propaganda yapmak suçundan baş-latılan ceza yargılaması kapsamında aynı gün daha önce verilen bir başka tutuklama kararı uyarınca tutuklandığını ileri sürmektedir. Dolayısıyla Hü-kümet, başvuranın, mevcut başvuruya konu edilen ceza yargılaması kap-samında verilen tutuklama kararına ilişkin olarak mağdur olduğunu iddia edemeyeceği kanaatine varmaktadır.

23. Hükümet ayrıca, başvuranın otuz günlük başvuru süresine uyulması çerçevesinde Anayasa Mahkemesine, tutuklanmasına ilişkin şikâyetini sun-madığını ve tutukluluk halinin devamı yönündeki kararlara karşı herhangi bir itirazda bulunmadığını ifade etmektedir. Hükümet, başvuranın, kendi ifadesine göre, ilgiliye yasaya aykırılık ve tutukluluk süresinin iddia edilen uzunluğu nedeniyle tazminat talebinde bulunma imkânı veren, Ceza Mu-hakemesi Kanunu'nun 141. maddesinde öngörülen hukuk yolunu kullanma imkânına sahip olduğunu eklemektedir. Dolayısıyla Hükümet, başvuranın tutuklanmasına ilişkin şikâyetiyle ilgili mevcut ve etkin hukuk yollarını tü-ketmediğini ve her halükârda, kendi ifadesine göre, ilgilinin serbest bıra-kılması yönündeki karardan itibaren işlemeye başlaması gereken altı aylık

süreye uyulması çerçevesinde Mahkemeye bu şikâyeti sunmadığını değerlendirmektedir.

24. Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararına ilişkin olarak, Hükümet, bu kararın ivedilikle sonuçlanan bir ceza yargılamasının sonunda başvuranın rızasıyla verildiğini, söz konusu kararın başvurana herhangi bir yükümlülük veya kısıtlama getirmediğini, beş yıllık denetim süresinin geçmesinin ardından bu kararın, bundan doğacak bütün sonuçlarla birlikte kaldırılması gerektiğini ve verilen kararın denetim süresinin sona ermesinden önce açıklanmasının gerekmesi durumunda, başvuranın bu karara karşı temyiz başvurusunda bulunma imkânına sahip olacağını belirtmektedir. Hükümet aynı zamanda, başvuranın, hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararının ilgilinin ifade özgürlüğünü kullanması üzerinde olumsuz bir etkiye sahip olduğunu kanıtlamadığını ileri sürmektedir. Bu nedenle Hükümet, başvuran hakkında açıklanan herhangi bir mahkûmiyet kararının bulunmaması nedeniyle, başvurunun kişi bakımından (*ratione personae*) bağdaşmaz olduğu gerekçesiyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerektiği kanısındadır.

25. Hükümet öte yandan, hükümün açıklanmasının geri bırakılması tedbirine başvuranın rızasıyla karar verilmesi nedeniyle, ceza yargılamasının denetim süresi boyunca ulusal makamlar önünde halen derdest olduğunun değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Hükümet, ertelenen kararın, denetim süresi boyunca ilgili tarafından kasıtlı olarak bir suçun işlenmesi nedeniyle açıklanması durumunda, söz konusu karara karşı temyiz başvurusu sunulan ulusal mahkemelerin ve hükümün açıklanmasının geri bırakılması tedbirinin kabul edilmesinin ardından bireysel başvuruda bulunan Mahkemenin aynı zamanda dava hakkında karar verme durumunda olabileceğini ve bu durumun Mahkemenin ikincil göreviyle bağdaşmayacağını ifade etmektedir. Dolayısıyla, Hükümete göre, başvurunun bu aşamada süresinden önce sunulduğu kanısına varılmalı ve iç hukuk yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmelidir.

26. Hükümet son olarak, başvuranın şikâyetlerini ve iddialarını ulusal düzeyde yetkili adli makamlar önünde ileri sürme imkânına sahip olduğunu, söz konusu makamların bunları ikincilik ilkesi uyarınca usulüne uygun olarak incelediklerini ve somut olayda ulusal makamların vardıkları sonuçları sorgulamak için herhangi bir nedenin bulunmadığını değerlendirmektedir. Dolayısıyla Hükümet, Mahkemeyi, başvurunun açıkça dayanaktan yoksun

olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermeye davet etmektedir.

27. Başvuran, bu itirazlar hakkında herhangi bir görüş belirtmemektedir.

28. Yalnızca başvuranın tutuklanmasına ilişkin Hükümet tarafından sunulan itirazlarla ilgili olarak, Mahkeme, başvuranın bu durumda, ayrı olarak değerlendirilen, Sözleşme'nin 5. maddesi açısından tutuklanmasından değil, bir bütün olarak değerlendirildiğinde, hakkında başlatılan ceza yargılaması nedeniyle ifade özgürlüğü hakkının ihlal edilmesinden şikâyetçi olduğunu kaydetmektedir (bk., *Dickinson/Türkiye*, No. 25200/11, § 26, 2 Şubat 2021). Dolayısıyla, başvuranın şikâyetinin niteliği ve dile getirilme şekli dikkate alındığında, bu itirazlar kabul edilemeyecektir.

29. Mahkeme, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına ilişkin itirazlarla ilgili olarak, hükmün açıklanmasının geri bırakılması tedbirinin, özellikle bu tedbirin denetim süresi boyunca ilgilinin ifade özgürlüğünü kullanması üzerinde yaratabileceği caydırıcı etki dikkate alındığında, ilgilinin ifade özgürlüğüne müdahale edilmesi nedeniyle doğrudan zararlarına maruz kaldığı ceza yargılamasının sonuçlarını önlemek veya telafi etmek için uygun olmadığı yönündeki yerleşik içtihadını hatırlatmaktadır (bk., bu davaya uygulanabildiği ölçüde (*mutatis mutandis*) *Aslı Güneş/Türkiye* (k.k.), No. 53916/00, 13 Mayıs 2004, *Yaşar Kaplan/Türkiye*, No. 56566/00, §§ 32-33, 24 Ocak 2006, *Ergüdoğan/Türkiye*, No. 48979/10, § 17, 17 Nisan 2018 ve yukarıda anılan *Dickinson* kararı, § 25, 2 Şubat 2021). Mahkeme ayrıca, bir başvuranın, kendisi açısından kendiliğinden mağdur sıfatına yol açacak nitelikte, ilgili ceza mevzuatı uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararıyla sonuçlanan bir ceza yargılamasından şikâyet etmek için Mahkemeye başvuruda bulunmakla suçlanamayacağı kanısına varmaktadır. Başvuranı, başvurusunu sunabilmesi için beş yıllık denetim süresinin sona ermesini beklemekle yükümlü tutmak, mantıksız olabilecek ve Sözleşme'nin 34. maddesinde belirtildiği üzere, başvuran tarafından başvuruda bulunma hakkının etkin bir şekilde kullanılmasına yönelik orantısız bir engel teşkil edebilecektir (bk., bu davaya uygulanabildiği ölçüde (*mutatis mutandis*), *Gaglione ve diğerleri/İtalya*, No. 45867/07 ve diğer 69 başvuru, § 22, 21 Aralık 2010). Dolayısıyla, bu itirazların reddedilmesi uygundur.

30. Mahkeme, başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olmasına ilişkin itirazla ilgili olarak, bu itirazla ilgili sunulan iddialar çerçevesinde, bu şikâyetin kabul edilebilirliğinin incelenmesini değil, Sözleşme'nin 10. maddesi bağla-

mındaki şikâyetin esasının incelenmesini gerektiren sorunların ileri sürüldüğünü tespit etmektedir (*Mart ve diğerleri/Türkiye*, No. 57031/10, § 20, 19 Mart 2019, *Önal/Türkiye* (No. 2), No. 44982/07, § 22, 2 Temmuz 2019, ve *Gürbüz ve Bayar/Türkiye*, No. 8860/13, § 26, 23 Temmuz 2019).

31. Mahkeme, öte yandan, başvurunun Sözleşme'nin 35. maddesinde belirtilen başka bir gerekçeyle açıkça dayanaktan yoksun veya kabul edilemez olmadığını tespit ederek, başvurunun kabul edilebilir olduğunu belirtmektedir.

B. Esas Hakkında

1. Tarafların İddiaları

a) Başvuran

32. Başvuran, hakkında yürütülen ceza yargılamasının ve sosyal ağlardaki paylaşımları nedeniyle bu yargılamanın sonunda Cumhurbaşkanı'na hakaret suçundan cezaya mahkûm edilmesinin, ifade özgürlüğü hakkını kullanmasına yönelik bir müdahale teşkil ettiğini, bu müdahalenin Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında sıralanan meşru amaçlardan herhangi birini izlediğini ve demokratik bir toplumda gerekli olmadığını ileri sürmektedir.

b) Hükümet

33. Hükümet, mevcut davada, hiçbir zaman icra edilmediği kanısına vardığı tutuklama kararının ve kısa bir süre içinde hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararıyla sonuçlanan ceza yargılamasının, başvuranın ifade özgürlüğü hakkını kullanması üzerinde caydırıcı bir etki veya gerçek kısıtlamalar yarattığı kanaatine varılamayacağını ileri sürmektedir. Hükümet ayrıca, başvuran tarafından paylaşılan ihtilaf konusu içeriklerin özellikle Cumhurbaşkanı'na karşı yöneltilen, olgusal bir dayanağı olmayan değer yargıları olduğunu ve bu içeriklerin Sözleşme'nin 17. maddesi anlamında ifade özgürlüğü tarafından korunduğu kanısına varılamayacağını iddia etmektedir. Dolayısıyla Hükümet, somut olayda, başvuranın ifade özgürlüğü hakkına yönelik herhangi bir müdahalenin söz konusu olmadığını belirtmektedir.

34. Bir müdahalenin varlığının Mahkeme tarafından kabul edilmesi durumunda, Hükümet, bu müdahalenin Türk Ceza Kanunu'nun 299. maddesiyle öngörüldüğünü ve kendi ifadesine göre, söz konusu maddenin açık ve erişilebilir olduğunu ve mevcut davada ulusal mahkemeler tarafından

bu maddenin yorumlanmasının ve uygulanmasının bu konuya ilişkin yüksek mahkemelerin içtihadı dikkate alındığında öngörülebilir olduğunu ileri sürmektedir. Hükümet, bu bağlamda, adi hakaret suçunu düzenleyen, Türk Ceza Kanunu'nun 125. maddesinde yer alan, hakaretle ilgili tanımın aynı zamanda Türk Ceza Kanunu'nun 299. maddesi uyarınca kullanıldığını belirtmektedir. Hükümet ayrıca, Devlet başkanlarının onurunu ve itibarını koruyan benzer hükümlerin birçok Avrupa ülkesinin ceza kanunlarında yer aldığını ve bunların uygulanmasına devam edildiğini ifade etmektedir. Hükümet aynı zamanda, Devlet başkanına yönelik hakaret içeren sözlerin yalnızca kişisel olarak kendisine değil, aynı zamanda yerine getirdiği görevin niteliğine de zarar verdiğini ve Türk toplumunun nazarında, Devlet başkanına yöneltilen bir hakaretin, Devlet başkanının temsil ettiği bütün ulusu aşağıladığını ve bu durumun, kendi ifadesine göre, Cumhurbaşkanı'na hakaret suçu nedeniyle daha sert bir cezanın verilmesini haklı gösterdiğini ileri sürmektedir.

35. Hükümet ayrıca, ihtilaf konusu müdahalenin tartışmasız bir şekilde başkalarının itibarının ve haklarının korunması yönündeki meşru amacı izlediğini ifade etmektedir.

36. Hükümet son olarak, somut olayda, ulusal mahkemelerin, kendi takdir yetkileri kapsamında söz konusu menfaatler arasında usulüne uygun olarak bir denge kurdukları kanısına varmaktadır. Hükümet bu bağlamda, başvuran tarafından kamuya açık sosyal ağ hesabında paylaşılan ihtilaf konusu içeriklerde, önemli görev ve yetkileri dikkate alındığında halkın güveninden yararlanması gereken Cumhurbaşkanı'na, cinayet ve katliamlardan faydalanma gibi suç teşkil eden fiillerin atfedildiği ve Cumhurbaşkanı'nın herhangi bir olgusal dayanak olmaksızın cinsel çağrışım içeren bir görüntüyle resmedildiği kanaatine varmaktadır. Hükümete göre, başvurana hükmün açıklanmasının geri bırakılması tedbirinin uygulanması sayesinde infaz edilmemiş olan, kısa süreli bir hapis cezasının verilmesi, davanın koşullarında orantılı bir tedbirdir. Hükümet ayrıca, başvuran hakkındaki ceza yargılamalarının muhalif sesleri susturmak ve kamusal tartışmaya katkıda bulunulmasını engellemek amacıyla değil, Cumhurbaşkanı'na yönelik ihtilaf konusu içeriklerin aşağılayıcı ve hakaret edici olması nedeniyle yürütüldüğünü iddia etmektedir. Hükümet, her halükârda, başvuranın şikâyetinin, Türkiye'nin Sözleşme'nin 15. maddesi uyarınca 21 Temmuz 2016 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne bildirdiği, Sözleşme'nin askıya alınması hususu dikkate alınarak incelenmesi gerektiği kanaatindedir.

c) Müdahil Taraf

37. İfade Özgürlüğü Derneği, başvuranın Cumhurbaşkanı'na hakaret suçunu düzenleyen, Türk Ceza Kanunu'nun 299. maddesi uyarınca mahkûm edildiğini kaydetmesinin ardından, makamlar tarafından bu ceza hükmüne başvurulmasının mevcut Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan döneminde en yüksek noktaya ulaştığını ileri sürmektedir. İfade Özgürlüğü Derneği bu bağlamda, Cumhurbaşkanı'na hakaret suçundan, 2014 ve 2019 yılları arasında 128.872 ceza soruşturmasının ve 30.738 ceza yargılamasının yürütüldüğü yönünde, söz konusu hükmün uygulanmasına ilişkin istatistikleri belirtmektedir. Söz konusu Dernek ayrıca, kendi ifadesine göre, Cumhurbaşkanı'nın lehine karar verme eğiliminde olan ve ilgili hakkındaki hakaret davalarında Mahkemenin içtihadını uygulamayan Anayasa Mahkemesi de dâhil olmak üzere, ulusal mahkemeler önünde özel ve ayrıcalıklı bir konumdan yararlandığını iddia etmektedir.

38. Müdahil taraf ayrıca, sosyal ağlarda paylaşılan içeriklerin potansiyel etkisinin değerlendirilmesinin önem arz ettiği kanısına varmaktadır. Müdahil taraf, bu bağlamda, bu farklı türden sosyal ağ kullanıcıları arasında bir ayırım yapılması gerektiğini ileri sürmektedir: Yazar, orijinal içeriği oluşturan, üreten ve buna sahip olan kişidir; doğrudan yayıncı, orijinal içeriği paylaşan kişidir; ve dolaylı yayıncı, orijinal içeriği "beğenen" kişidir. Paylaşılan bazı içerikler nedeniyle "yazar" kategorisine sorumluluk yüklenebilse de, bu türden bir yayının potansiyel etkisinin incelenmesinin gerekmesi nedeniyle, "yayıncı" kategorileri için aynı durum mutlaka geçerli değildir.

39. Müdahil Dernek, son olarak, Türk Ceza Kanunu'nun 299. maddesinin eleştirileri susturmak ve Cumhurbaşkanı'na yönelik ayrıcalıklı bir koruma sağlamak için kullanıldığı ve bu hükmün uygulanmasının Mahkemenin yerleşik içtihadına aykırı olarak kamusal tartışmayı bastırıldığı kanısına varmaktadır. Söz konusu Dernek böylelikle, Türk Ceza Kanunu'nun 299. maddesinin Sözleşme'nin standartlarına uygun olmadığı ve Türk yargı uygulamasının bu hükmün siyasi söylem üzerindeki zararlı etkisini artırdığı değerlendirmesinde bulunmaktadır.

2. Mahkemenin Değerlendirmesi

40. Mahkeme somut olayda, başvuranın, diğerlerinin yanı sıra, Cumhurbaşkanı ile ilgili satirik yorumlar ve eleştirilerle birlikte Cumhurbaşkanı'nın bir resminin ve karikatürünün bulunduğu Facebook hesabında paylaşılan iki içerik nedeniyle, Cumhurbaşkanı'na hakaret suçundan on bir ay, yirmi gün

hapis cezasına mahkûm edildiğini ve ardından hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiğini kaydetmektedir.

41. Mahkeme, başvuran hakkında yürütülen ceza yargılaması kapsamında verilen -Hükümet tarafından ileri sürüldüğü üzere, icra edilmediği kanaatine varılan- tutukluluk kararının, başvuranın cezaya mahkûm edilmesinin ve ilgiliyi beş yıllık denetim süresine tabi tutan bu yargılamanın sonunda verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının yaratabildiği caydırıcı etki dikkate alındığında, bunların başvuranın ifade özgürlüğü hakkını kullanmasına yönelik bir müdahale olarak değerlendirildiği kanaatine varmaktadır (*Erdoğdu/Türkiye*, No. 25723/94, § 72, AİHM 2000-VI, *Dilipak/Türkiye*, No. 29680/05, § 51, 15 Eylül 2015, yukarıda anılan *Ergündoğan* kararı, § 26, 17 Nisan 2018 ve *Selahattin Demirtaş/Türkiye (No. 3)*, No. 8732/11, § 26, 9 Temmuz 2019; ayrıca bk., aksi yönde bir karar için (*a contrario*), *Otegi Mondragon/İspanya*, No. 2034/07, § 60, AİHM 2011).

42. Mahkeme ardından, ihtilaf konusu müdahalenin Kanun tarafından, yani Türk Ceza Kanunu'nun 299. maddesi tarafından öngörüldüğü hususunun taraflar arasında tartışma konusu olmadığını kaydetmektedir (yukarıda 14. paragraf). Mahkeme ayrıca, bu müdahalenin başkasının itibarının veya haklarının korunmasına ilişkin meşru amacı izlediğini kabul edebilmektedir.

43. Mahkeme, müdahalenin gerekliliğiyle ilgili olarak, ulusal mahkemelelerin, başvuranı mahkûm etmek için Türk Ceza Kanunu'nun 299. maddesine dayandıklarını ve bu maddenin, kendileriyle ilgili bilgi veya görüşlerin açığa vurulması konusunda Türk Ceza Kanunu'nun 125. maddesinde öngörülen ortak hakaret rejimiyle korunan diğer kişilere göre Cumhurbaşkanı'na daha yüksek düzeyde bir koruma sağladığını ve hakaret içeren ifadeleri dile getiren kişiler için daha ağır cezalar öngördüğünü tespit etmektedir (Türk Ceza Kanunu'nun 125 ve 299. maddeleri arasında karşılaştırma yapmak için bk., yukarıda 13 ve 14. paragraflar). Bu bağlamda Mahkeme, daha önce, hakaret konusunda özel bir kanunla artırılan korumanın, ilke olarak, Sözleşme'nin ruhuna uygun olmadığını birçok defa belirttiğini hatırlatmaktadır (*Colombani ve diğerleri/Fransa*, No. 51279/99, § 69, AİHM 2002V ve yukarıda anılan *Otegi Mondragon* kararı, § 55 ve yukarıda anılan *Önal* kararı (No. 2), § 40). Mahkeme ayrıca, daha önce somut olayda olduğu gibi, şüphesiz, eski Türk Ceza Kanunu'nun 158. maddesi uyarınca, Cumhurbaşkanı'na hakaret suçundan mahkûmiyet kararının verilmesiyle ilgili olan, *Artun ve Güvener/Türkiye* (No. 75510/01, § 31, 26 Haziran 2007) kararında, bir devletin kendi başkanının itibarını koruma yönündeki menfaatinin, Devlet başkanına, kendisi hakkında bilgi verme ve görüş ifade etme hakkı karşısında bir ayrıcalık

veya özel bir koruma verilmesini haklı gösteremeyeceği (yukarıda anılan *Artun ve Güvener* kararı, § 31 ve yukarıda anılan *Önal* kararı (No. 2), § 40; ayrıca bk., hukuki konularda, Cumhurbaşkanı statüsünün üst düzeyde korunmasıyla ilgili olarak, *Pakdemirli/Türkiye*, No. 35839/97, § 52, 22 Şubat 2005) ve bunun aksinin ileri sürülmesinin, mevcut siyasi uygulama ve anlayışlarla bağdaşamayacağı kanaatine vardığını hatırlatmaktadır (bu bağlamda bk., Avrupa Konseyi organlarının metinleri, yukarıda 16-19. paragraflar).

44. Mahkeme, özellikle Cumhurbaşkanı'na hakaret suçu için öngörülen cezai yaptırımın orantılılığıyla ilgili olarak, Devlet kurumlarını temsil eden kişilerin, yetkili makamlar tarafından kurumsal kamu düzenini sağlayıcı sıfatıyla korunmaları tamamen meşru olsa da, bu kurumların buldukları baskın konumun, makamların ceza yolunu kullanma konusunda ölçülü davranmalarını gerektirdiğini kaydetmektedir (yukarıda anılan *Otegi Mondragon* kararı, § 58). Mahkeme, bu bağlamda, Sözleşmenin 10. maddesiyle korunan haklara yönelik bir müdahalenin orantılılığının değerlendirilmesinin, makamların, pek çok durumda, hukuki tedbirler gibi, cezai bir yaptırımdan başka bir yolu kullanıp kullanamayacakları hususuna bağlı olacağını hatırlatmaktadır (bk., bu davaya uygulanabildiği ölçüde (*mutatis mutandis*), *Raichinov/Bulgaristan*, No. 47579/99, § 50, 20 Nisan 2006; ayrıca bk., bu davaya uygulanabildiği ölçüde (*mutatis mutandis*), *Lehideux ve Isorni/Fransa*, 23 Eylül 1998, § 51, *Derleme* 1998-VII ve *Cumpănă ve Mazăre/Romanya* [BD], No. 33348/96, § 115, AİHM 2004-XI). Nitekim cezai yönden ceza muafiyetiyle ve tazminat olarak yalnızca “sembolik 1 avro” ödenmesi yükümlülüğüyle birlikte hükmedilen bir mahkûmiyet kararı gibi, cezanın mümkün olduğunca en makul olması halinde bile (*Mor/Fransa*, No. 28198/09, § 61, 15 Aralık 2011), bu türden bir ceza yine de cezai bir yaptırımı teşkil etmektedir ve her hâlükârda, bu durum, ifade özgürlüğü hakkının kullanılmasına yönelik müdahalenin haklı gösterilmesi için tek başına yeterli olamayacaktır (*Athanasios Makris/Yunanistan*, No. 55135/10, § 38, 9 Mart 2017).

45. Mahkeme, yukarıda belirtilen hususları dikkate alarak, mevcut dava koşullarında, somut olayda olduğu gibi, bir hapis cezasına ve ardından hükümün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi söz konusu olsa dahi, başvuranın gözaltına alınmasını ve kendisi hakkında verilen tutuklama kararını veya cezai bir yaptırımın uygulanmasını haklı kılacak nitelikte herhangi bir unsurun bulunmadığını değerlendirmektedir. Niteliği gereği, bu türden bir ceza, kaçınılmaz olarak, özellikle mahkûmiyet kararının etkileri dikkate alındığında, ilgilinin kamu yararını ilgilendiren konularda kendi görüşlerini ifade etme isteği üzerinde caydırıcı bir etki yaratmaktadır (bk., bu davaya

uygulanabildiği ölçüde (*mutatis mutandis*), yukarıda anılan *Artun ve Güvener* kararı, § 33, *Martchenko/Ukrayna*, No. 4063/04, § 52, 19 Şubat 2009 ve yukarıda anılan *Otegi Mondragon* kararı, § 60, yukarıda anılan *Dilipak* kararı, § 70 ve yukarıda anılan *Selahattin Demirtaş* kararı (No. 3), § 26, yukarıda anılan *Önal* kararı (No. 2), § 42 ve yukarıda anılan *Dickinson* kararı, § 58).

46. Hükümetin, bu dava çerçevesinde, Türkiye'nin Sözleşme'nin 15. maddesi uyarınca 21 Temmuz 2016 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne ilettiği, Sözleşme'nin askıya alınması hususunun dikkate alınmasını talep etmesi nedeniyle (Sözleşme'nin askıya alınmasına ilişkin metin için bk., *Mehmet Hasan Altan/Türkiye*, No. 13237/17, § 81, 20 Mart 2018), Mahkeme, Hükümetin mevcut durumda, başvuran hakkında başlatılan ceza yargılamasının, 15 Temmuz 2016 tarihli darbe girişiminin ardından ilan edilen olağanüstü hal tarafından gerekli hale getirildiğini kanıtlayacak nitelikte herhangi bir unsur sunmadığını kaydetmektedir.

47. Mahkeme dolayısıyla, mevcut davanın koşullarında, Sözleşme'nin ruhuna uygun olmadığı değerlendirilen, hakaret konusunda Cumhurbaşkanı için daha fazla bir korumayı öngören özel bir hüküm uyarınca başvuran hakkında verilen ve cezai bir nitelik taşıyan yaptırım dikkate alarak, Hükümetin, ihtilaf konusu tedbirin izlenen meşru amaçlarla orantılı olduğunu ve Sözleşme'nin 10. maddesi anlamında, demokratik bir toplumda gerekli olduğunu kanıtlayamadığı kanaatine varmaktadır.

48. Bu unsurlar, Mahkemenin, davanın koşullarında, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varması için yeterlidir.

I. SÖZLEŞME'NİN 41 VE 46. MADDELERİNİN UYGULANMASI HAKKINDA

49. Sözleşme'nin 41. ve 46. maddeleri aşağıdaki şekildedir:

41. Madde

"Eğer Mahkeme bu Sözleşme ve Protokolleri'nin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldırıbiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine adil bir tazmin verilmesine hükmeder."

46. Madde

"1. Yüksek Sözleşmeci Taraflar, taraf oldukları davalarda Mahkemenin verdiği kesinleşmiş kararlara uymayı taahhüt ederler.

2. Mahkemenin kesinleşen kararı, infazını denetleyecek olan Bakanlar Komitesine gönderilir."

50. Başvuran, maruz kaldığı kanaatine vardığı manevi zarar bağlamında 20.000 avro (EUR) talep etmektedir. Başvuran ayrıca, avukat masrafları bağlamında 10.915 Türk lirası (TRY) (söz konusu tarihte yaklaşık 1.141 avro) talep ederek, bu meblağın Türkiye Barolar Birliği ücret tarifesine uygun olduğunu belirtmektedir. Başvuran ayrıca, çeviri, malzeme ve posta masrafları için 1.250 TRY (ilgili tarihte yaklaşık 125 avro) talep ederek, avukatının bu masrafların gerçek, makul ve gerekli bir nitelik taşıdığını doğruladığını ifade etmektedir.

51. Hükümet, manevi zarar bağlamında sunulan talep ile iddia edilen ihlal arasında herhangi bir nedensellik bağının bulunmadığını, bu talebin desteklenmediğini, aşırı olduğunu ve Mahkeme içtihadında ödenmesine karar verilen meblağlara uygun olmadığını ileri sürmektedir. Hükümet ardından, başvuranın masraf ve giderler için taleplerine dayanak olarak ikna edici herhangi bir belge sunmadığını, bu bağlamda talep edilen meblağların, yargılamanın karmaşık olmaması ve ileri sürülen konuların sınırlı sayısı dikkate alındığında desteklenmediğini, son derece yüksek olduğunu ve avukat masrafları için sunulan talebin gerçeği yansıtmadığını, zira benzer yargılamalara göre yüksek olduğunu belirtmektedir.

52. Mahkeme, başvuranın, tespit edilen Sözleşme ihlali nedeniyle, belirli ve önemli bir sıkıntı yaşadığının kabul edilebileceği kanısına varmaktadır. Mahkeme, davanın koşullarını dikkate alarak, ilgiliye bu meblağ üzerinden ödenmesi gereken her türlü vergi tutarı hariç olmak üzere, manevi tazminat olarak 7.500 avro ödenmesinin uygun olduğu kanaatine varmaktadır. Mahkeme, masraf ve giderler bağlamında sunulan taleplerle ilgili olarak, sahip olduğu belgeleri ve yukarıda belirtilen kriterleri dikkate alarak, bu talepleri, başvuran tarafından bunları desteklemek amacıyla sunulan herhangi bir kanıtlayıcı belgenin bulunmaması nedeniyle reddetmektedir.

53. Mahkeme, gecikme faizi olarak, bu meblağa, Avrupa Merkez Bankasının marjinal kredi faizlerine uyguladığı faiz oranına üç puan eklenerek elde edilecek oranın uygulanmasının uygun olduğuna karar vermektedir.

54. Mahkeme öte yandan, somut olayda, Türk Ceza Kanunu'nun 299. maddesinin uygulanmasından kaynaklanan ihtilaf konusu ceza yargılamasının ifade özgürlüğü ile bağdaşmadığını gözlemlemektedir (yukarıda 47 ve 48. paragraflar). Mahkeme özellikle, hakaret konusunda özel bir kanun tarafından daha fazla sağlanan korumanın ilke olarak Sözleşme'nin ruhuna uygun olmadığını ve Devletin, kendi başkanının itibarını koruma yönündeki menfaatinin, Devlet başkanına, kendisi hakkında bilgi verme ve görüş ifade etme

hakkı karşısında bir ayrıcalık veya özel koruma verilmesini haklı gösteremeyeceğinin altını çizmiştir (yukarıda 43. paragraf). Bu sonuçlar, Sözleşmenin 10. maddesi tarafından güvence altına alınan hakkın başvuran açısından ihlal edilmesinin söz konusu hükmün kaleme alınışı ve uygulanmasına ilişkin bir sorundan kaynaklandığı anlamına gelmektedir. Mahkeme bu bağlamda, ilgili iç hukukun Sözleşme'nin yukarıda belirtilen hükmüyle uyumlu hale getirilmesinin, tespit edilen ihlale son verilmesini sağlayacak uygun bir telafi şeklini teşkil edeceği kanaatine varmaktadır (benzer bir yaklaşım için bk., *Gözel ve Özer/Türkiye*, No. 43453/04 ve 31098/05, § 76, 6 Temmuz 2010 ve *Fatih Taş/Türkiye* (No. 5), No. 6810/09, § 45, 4 Eylül 2018).

1. BU GEREKÇELERLE, MAHKEME, OY BİRLİĞİYLE,

1. Başvurunun kabul edilebilir olduğuna;
 2. Sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edildiğine;
 3. a) Davalı Devlet tarafından başvurana, Sözleşmenin 44 § 2. maddesi uyarınca, işbu kararın kesinleşeceği tarihten itibaren üç ay içerisinde, ödeme tarihindeki geçerli döviz kuru üzerinden davalı Devletin para birimine çevrilmek ve ödenmesi gereken her türlü vergi tutarı hariç olmak üzere, manevi tazminat olarak, 7.500 EUR (yedi bin beş yüz avro) ödenmesine:
 - b) Söz konusu sürenin bittiği tarihten itibaren ödeme tarihine kadar, bu meblağa, Avrupa Merkez Bankasının o dönem için geçerli olan marjinal kredi faiz oranının üç puan fazlasına eşit oranda basit faiz uygulanmasına,
 4. Adil tazmine ilişkin kalan taleplerin reddine
- karar vermiştir.*

İşbu karar, Fransızca dilinde tanzim edilmiş olup, Mahkeme İç Tüzüğü'nün 77. maddesinin 2 ve 3. fıkraları uyarınca, 19 Ekim 2021 tarihinde yazılı olarak bildirilmiştir.

Stanley Naismith
Yazı İşleri Müdürü

Jon Fridrik Kjølbro
Başkan

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ
ÜÇÜNCÜ DAİRE

OTEGI MONDRAGON v. İSPANYA DAVASI

(Başv. no. 2034/07)

KARAR

STRASBOURG

15 Mart 2011

Bu mahkeme kararı kesindir, ancak karar metni yeniden düzenlemeye tabi tutulabilir.

© Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2012. Bu çeviri, Avrupa Konseyi'nin insan haklarına destek Fonu'nun desteğiyle hazırlanmıştır (www.coe.int/humanrightstrust-fund). Mahkeme'yi bağlamamaktadır. Daha fazla bilgi için, bu belgenin sonunda bulunan yazarın telif hakkı ile ilgili kısmı okuyabilirsiniz.

Otegi Mondragon - İspanya davasında,

Başkan Josep Casadevall,

Hakimler,

Corneliu Bîrsan,

Alvina Gyulumyan,

Ján Šikuta,

Luis López Guerra,

Nona Tsotsoria,

Mihai Poalelungi,

ve *Daire Yazı İşleri Müdürü* Santiago Quesada'dan oluşan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (Üçüncü Daire) 8 Mart 2011 tarihinde kamuya kapalı oturum sonrasında aynı tarihte aşağıdaki şekilde karar vermiştir:

USUL YÖNTEMLERİ

1. Bu dava 5 Ocak 2007 tarihinde bir İspanyol yurttaşı olan Bay Arnaldo Otegi Mondragon ("başvuru sahibi") tarafından İspanya Krallığı'na karşı İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına ilişkin Sözleşme'nin (Sözleşme) 34. maddesi kapsamında Mahkemeye verilen bir başvuru (no. 2034/07) ile ortaya çıkmıştır
2. Başvuru sahibi sırasıyla Saint-Jean-de-Luz ve Bilbao'da avukatlık yapmakta olan Bay D. Rouget ve Bayan J. Goirizelaia Ordorika tarafından temsil edilmiştir. İspanya Hükümeti ("Hükümet") Vekilleri Adalet Bakanlığı, İnsan Hakları Hukuk Bölümü Başkanı Bay I. Blasco tarafından temsil edilmiştir.
3. Başvuru sahibi Temyiz Mahkemesinin Kral'a karşı ciddi hakaretten dolayı kendisini suçlu bulan kararının Sözleşmenin 10. maddesi kapsamındaki ifade özgürlüğü hakkının gerekçesiz bir ihlali olduğu iddiasında bulunmuştur.
4. 27 Kasım 2008 tarihinde, Üçüncü Daire Başkanı Hükümete bu başvurunun bir bildirimini göndermeye karar vermiştir. Aynı zamanda, başvurunun kabul edilebilirliği ve esası hakkında da hüküm vermeye karar vermiştir (Madde 29 paragraf 1).
5. 7 Haziran 2009 tarihinde, başvuru sahibi Mahkemenin halka açık bir celse yapmasını istemiştir. Mahkeme elinde olan bilgiler ışığında, bir celsenin gerekli olmadığı kararını vermiştir.

OLGULAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

6. Başvuru sahibi 1956 yılında doğmuştur. Başvurunun yapıldığı sırada El-goibar'da (Gipuzkoa) yaşamaktadır.

7. Olayların olduğu sırada başvuru sahibi Bask Bölgesi Özerk Topluluğu Parlamentosunda sol kanattan Bask ayrılıkçı parlamento grubu *Sozialista Abertzaleak*'ın sözcüsüydü.

A. Davanın Tarihçesi

8. 21 Şubat 2003 tarihinde, *Audiencia Nacional*'in 6 numaralı merkez sorgu hakimi tarafından verilen bir emir uyarınca, günlük bir gazete olan *Euskaldunon Egunkaria*'nın ofisi bu gazetenin ETA ile bağlantıları olduğu iddiasıyla arandı ve sonra da kapatıldı. Gazetenin üst düzey yöneticileri (yönetim kurulu üyeleri ve yazı işleri müdürü dâhil) on kişi tutuklandı. İlgili kişiler beş gün gizli gözaltında kaldıktan sonra polis gözetimi altında kötü muameleye maruz kaldıkları şikâyetinde bulundular.

9. 26 Şubat 2003 tarihinde, Bask Bölgesi Özerk Bölgesi Başkanı Biscay ilindeki bir elektrik santralinin açılışında İspanya Kral'ını konuk etti.

10. Aynı gün San Sebastián'da yapılan bir basın konferansında başvuru sahibi *Sozialista Abertzaleak* parlamento grubunun sözcüsü olarak *Egunkaria* gazetesinin durumuna grubunun politik yanıtını özetledi. Bir gazeteciye cevap verirken, Kral'ın Bask Bölgesine yaptığı ziyaretin "acınası (patetik)" olduğunu söyledi ve Bask Bölgesi Başkanının projenin açılışını Juan Carlos Bourbon ile birlikte yapması "gerçek bir utanç" ve "fotoğraflarının binlerce kelimeye bedel" olduğunu ekledi. Milli Muhafızların (*Guardia Civil*) başkanı ve İspanyol silahlı kuvvetlerinin başkomutanı olan İspanya Kralı ile birlikte bir projenin açılışını yapmanın kesinlikle acınacak bir durum olduğunu söyleyerek devam etti. *Egunkaria*'ya karşı yapılan polis operasyonu için de, Kral'ın bu operasyonla bağlantılı olarak tutuklananlara işkence edenlerin komutanı olduğunu da ekledi. Şu şekilde konuştu:

"Kral İspanyol ordusunun başkomutanıyken, başka bir deyişle işkencecilerin şefiyken, işkenceyi savunurken ve monarşi rejimini işkence ve şiddetle halkımıza kabul ettirmeye çalışırken, nasıl oluyor da bugün Bilbao'da İspanya Kralı ile fotoğraf çektirebiliyorlar?"

B. Bask Bölgesi Yüksek Adalet Mahkemesindeki cezai kovuşturma

11. 7 Nisan 2003 tarihinde, savcı 26 Şubat 2003 tarihinde yapılan bu beyanlara istinaden Ceza Kanunu madde 208 ile bağlantılı olarak Madde 490 paragraf 3'ün anlamı çerçevesinde, başvuru sahibine karşı suç duyurusunda bulunmuştur.

12. Başvuru sahibinin bir Parlamento üyesi olması nedeniyle yargılama yetkisini elinde tutan Yüksek Adalet Mahkemesindeki yargılamada başvuru sahibi beyanlarının Bask Bölgesi hükümetinin başına yönelik bir politik eleştiri olduğu savını öne sürmüştür. İspanya Kralı'nın Milli Muhafızların başkanı olduğunu söylemenin saygınlık ya da haysiyete hanel getirme ya da hakaret etme amacı taşımadığını eklemiştir; bunun sadece Kral'ın silahlı kuvvetlerin en üst komutanı olduğu İspanya Devletindeki siyasi gerçekliğin dile getirilmesi olduğunu belirtmiştir. Başvuru sahibi ayrıca *Euskaldunon Egunkaria* gazetesinin kapatılmasıyla bağlantılı olarak gözaltında tutulan kişilere Milli Muhafızların işkence yaptığını söylemenin de bir hakaret ya da onur kırıcı olmadığını, çünkü bunun bir gerçek olduğunu ve bu bağlamda 5 numaralı Madrid sorgu hâkimi tarafından da işlemlerin başlatıldığını söylemiştir. Halk tarafından tanınan birçok kişi de bu konuda beyan vermiştir. Başvuru sahibi özetle bir politikacı olarak yasanın ve demokrasinin temel direklerinden biri olan ifade özgürlüğü bağlamında siyasal bir eleştiri ifade etmeye çalıştığını belirtmiştir. Bu açıdan politikacıların halkla ilgili konularda topluma bilgi sağlamaya çalışırken daha fazla manevra özgürlükleri olduğuna dikkat çekmiştir.

13. Yüksek Adalet Mahkemesi 18 Mart 2005 tarihli hükmünde başvuru sahibini yöneltilen iddialardan suçsuz bulmuştur. Mahkeme, başvuru sahibinin beyanlarının "açıkça saldırgan, yakışsız, haksız, küçültücü ve gerçeklerden uzak" olduğunu söyledikten sonra, şunları belirtmiştir:

"... Bu, Devletin başının özel yaşamı ile ilgili bir konu değildir, kişi olarak sembolize ettiği kurumun kalıtsal yapısından doğan politik gücünün bağlarının reddiyle ilgilidir. ... Anayasal bir kurumun eleştirilmesi, ifade özgürlüğü hakkının dışında değildir; bu davada ifade özgürlüğü anayasal bir hak statüsündedir ve saygınlık hakkından önceliklidir. Anayasa ifade özgürlüğü hakkını sadece doğru olduğu düşünülen belirli bakış açıları için garantilemez, Anayasa'nın koyduğu sınırlara tabi olmak üzere tüm fikirler için garantiler ..."

14. Yüksek Adalet Mahkemesi şu şekilde özetlemiştir:

"Başvuru sahibinin beyanları kamuya açık, siyasal ve kurumsal bir ortamda yapılmıştır, sadece sözcünün bir Parlamento üyesi olarak konumuyla ilgili olmakla kalmayıp, aynı zamanda yöneltildikleri otoriteyle, yani Devletin en yüksek yargı otoritesiyle de ve Bask hükümetinin başkanının *Egunkaria* gaze-

tesinin kapatılması, üst düzey yöneticilerinin tutuklanması ve kötü muameleyle maruz kalmaları iddiaları sırasında Majesteleri Kral I. Juan Carlos'u karşılamadaki resmi ağırlamasının politik eleştirisi ile de ilişkilidir. Bu nedenle, bu bağlam, üçüncü taraflarca müdahale edilmesine karşı yasalarla korunan bireysel haysiyetin özünüyle bağlantılı değildir.”

C. Yüksek Mahkemeye yasal sorunlar konusunda yapılan temyiz

15. Savcı yasal sorunlarla ilişkili olarak temyize başvurmuştur, birinci olarak, yasanın hakaret saldırısına uğramış olan Kral'ın onurunu kişisel haysiyete sahip özel bir birey olarak koruduğunu ve ikinci olarak da, İspanya Anayasası tarafından kurulmuş olan ve “Devletin başı tarafından temsil edilen ve Devletin bütünlüğü ve bekasının simgesi” olan Kraliyet kurumunun sembolik içeriğine karşı saygı duyulmasını sağlamayı hedeflediğini öne sürmüştür. Bu saldırının ciddiyetinin, mevzuatın Kral'ın haysiyetini, başka resmi yetkililere karşı dâhil, korunmasının artırılmasını aradığı gerçeğinden de çıkartılabileceğini söylemiştir (Ceza Yasası Madde 496 ve 504). Ayrıca, Anayasa Madde 56 paragraf 3 uyarınca, Kral'ın dokunulmazlığı 1978 İspanya Anayasası sisteminde Kraliyet'in işgal ettiği eşsiz pozisyonu göstermekte olduğunu öne sürmüştür. Bu anayasal pozisyonun başvuru sahibi tarafından yapılan üzücü ve hakaretamiz beyanların nispetiz doğasının altını çizmekte olduğunu belirtmiştir. Strasbourg Mahkemesinin içtihadına birkaç kere değinen savcının gözünde Kral'ın resmi görevlerini yerine getirdiği ve halkın gözünde bir figür olduğu açıktır; bununla birlikte, bu onun onuruna saygı duyulması hakkını elinden almaz. Buna ilişkin olarak, savcı Anayasa, Madde 20 paragraf 1 (a)'nın hakaret etme gibi bir hakkı korumadığına dikkat çekmiştir. Savcı, Sözleşme, Madde 10 paragraf 2 uyarınca hâkim ve savcılara sağlanan özel koruma ile bir paralellik kurarak, aynı korumanın başvuru sahibinin “yıkıcı ve temelsiz saldırısına” karşı “Devletin bütünlüğünün ve bekasının sembolü” olan ve parti politikalarının üzerinde olan Devlet başkanına da sağlanması gerektiğini söylemiştir. Son olarak, savcının bakış açısından, terörist saldırılarıyla ilişkili mevcut durum göz önüne alındığında, başvuru sahibinin beyanlarının Mahkemenin içtihadı anlamında “nefret söylemi” oluşturduğu söylenebilir.

16. 31 Ekim 2005 tarihinde verilen iki hükümde, Yüksek Mahkeme Mahkemenin içtihadına birkaç atıfta bulunarak alt mahkemenin hükmünü bir kenara bırakmıştır. Yüksek Mahkeme Kral'a karşı ciddi hakaret saldırısına yönelik cezai ve hukuki sorumluluğu temelinde, başvuru sahibini bir yıl hapse mahkûm etmiştir, hüküm süresi boyunca seçime katılma hakkını askıya al-

miştir ve masraflarla harcamaları ödemesini emretmiştir. Yüksek Mahkeme aleyhteki beyanların gerçekleri belirten beyanlar olarak değil, değer yargıları olarak ele almıştır. Alt mahkeme tarafından “küçültücü” olarak tarif edilen beyanların Kral’a ve temsil ettiği kuruma karşı saygısızlık ifade ettiğine ve yasalarla yönetilen bir Devlet’te Kral’ı en ciddi suçlardan biriyle suçlayarak haysiyetinin özünü etkilediğine karar vermiştir. Bu nedenle, ifade özgürlüğü hakkının uygulanışı orantılılık ilkesine aykırı ve gereksiz olmuş, eleştirinin incitici ya da üzücü olarak ele alınacağı sınırların ötesine geçmiştir. Yüksek Mahkeme ayrıca bu beyanların yapılmış olduğu bağlamın beyanların saldırganlığını değiştirmediyi de gözlemlemiştir. Birinci olarak, *Egunkaria* gazetesine karşı yapılan operasyonla bağlantılı olarak gözaltında tutulan kişilere kötü muamele yapıldığı şikâyetiyle ilişkili kovuşturmayla kanıt yetersizliği nedeniyle son verilmiştir. İkinci olarak, aleyhteki beyanlar Kral ile yapılan bir politik tartışmaya bir tepki ya da yanıt olarak yorumlanamaz. Yüksek Mahkeme, hakaretamiz beyanların ciddiliği ve başvuru sahibinin bunları bilerek halk önünde ifade ettiği gerçeğinin ışığında, başvuru sahibini bir yıl hapse mahkûm etmiştir.

17. Hâkim P.A.I. muhalif bir görüş öne sürmüştür, bu görüşte başvuru sahibinin bir Parlamento üyesi olduğu ve söylendikleri bağlam, yani Kral’ın Bask Bölgesini ziyaretini ve bu konuda Bask hükümetinin başkanının bu ziyarete karşı tavrını kapsayan bağlam düşünüldüğünde, şikâyet edilen beyanların siyasi bir doğada olduğunu söylemiştir. Hâkim, Bask Bölgesi Yüksek Adalet Mahkemesinin beyanların Kral’ın özel hayatını ya da kişisel haysiyetini hedeflemediği, sadece silahlı kuvvetlerin başı olarak kurumsal rolüne yönelik olduğu düşüncesiyle aynı fikirde olmuştur. Başvuru sahibi Kral’ın fiili işkence eylemlerinden sorumlu olduğunu iddia etmemiştir, sade Devlet aygıtının başı olarak kesinlikle sorumlu olduğunu söylemiştir. Hâkim, ifade özgürlüğünün sınırlarının kurumlar için daha geniş olduğuna ve kurumların da haysiyeti olamayacağına dikkat çekmiştir için, haysiyet bireylerle kısıtlı bir özneliktir.

D. Anayasa Mahkemesine Amparo temyizi

18. Başvuru sahibi Anayasa mahkemesine bir *amparo* temyizi ile başvurarak, başka şeylerin yanı sıra ifade özgürlüğü hakkının (Anayasa Madde 20 paragraf 1 (a)) ve fikir özgürlüğü hakkının (Anayasa Madde 16) ihlal edildiğini iddia etti.

19. Başvuru sahibinin bakış açısından bakıldığında, Yüksek Mahkemenin kararında söz konusu çelişen çıkarlar yanlış şekilde tartışılmıştır çünkü hak-

kında şikâyetle bulunulan beyanlar hiçbir hakaretimiz ya da zarar verici ifade içermemektedir ve esas olarak İspanya Kralı'na değil, Bask Özerk Bölgesi Başkanına yöneltilmiştir ve durumun gerçekliğini yansıtmakta, Kral'ın özel hayatına ya da tavrına atıfta bulunmamaktadır. Başvuru sahibine göre, söz konusu beyanlar söylendikleri bağlamda, yani günlük *Egunkaria* gazetesinin kapatılması olayı ve bu kapatılmayla bağlantılı olarak mahkemelerde ve Bask parlamentosunda işkence gördüklerini ifade etmiş olan birkaç bireyin gözaltına alınması sırasında Bask hükümetinin İspanya Kral'ına gösterdikleri sıcak karşılama bağlamında orantısız değildir.

20. 3 Temmuz 2006 tarihinde verilen ve 11 Temmuz 2006 tarihinde bildirilen bir kararla (*auto*), Anayasa Mahkemesi başvuru sahibinin *amparo* temyizinin anayasal bir içeriği olmadığını bu yüzden de kabul edilmediğini açıkladı. Anayasa Mahkemesi en başında ifade özgürlüğünün hakaret etme hakkını içermediğine dikkat çekti. Anayasanın her durumda incitici ifadelerin kullanımını yasaklamadığına dikkat çekti. Bununla birlikte, ifade özgürlüğünün gerçekliklerine bağlı olmaksızın saldırgan ve küçültücü olan ve söz konusu görüşleri ya da bilgileri iletme amacına uygun olmayan üzücü ifadeleri korumadığını belirtti.

21. Anayasa Mahkemesi söz konusu çelişen hakların Yüksek Mahkeme tarafında doğru bir şekilde tartıldığını, çünkü Yüksek Mahkemenin aleyhte söylenen beyanların söylendiği bağlamı, olayın halka açık olmasını, söz konusu konunun (işkence kullanımı) ve hedeflenen kişilerin (bir politikacı ve Kral) kamuya mal olmuş kişiler oldukları gerçeğini dikkate alarak, bu beyanların orantısız oldukları yargısına varmış olduğunu belirtti. Anayasa Mahkemesinin görüşüne göre, aleyhte söylenen beyanların kamuya mal olmuş bir figüre karşı yöneltilmiş olsa bile küçültücü, üzücü ve hakaretimiz doğası inkar edilemezdi. Bu vargı, Anayasa Madde 56 paragraf 3 uyarınca "sorumlu olmayan" ve "Devletin bütünlüğünün ve bekasının sembolü" olan Kral için daha da geçerliydi. Kral "kurumların yasalara uygun olarak işleyişlerinin hakemi ve arabulucusu" olarak politik tartışmalarda yansız bir konum işgal etmekteydi. Bu, Kral'a diğer Devlet kurumları nedeniyle ortaya çıkandan "önemli ölçüde" farklı bir kurumsal saygı gösterilmesi gerektirdiğini ima etmekteydi. Anayasa Mahkemesi şunları belirtti:

"... Fikir özgürlüğünü ve ifade özgürlüğünü tanıyan demokratik bir sistemde, [Kral figürünün] bu şekilde karakterize edilmesi Kral'ı "görevlerini ifa ederken ya da görevleriyle ilgili olarak" eleştiriden korumaz ...; bununla birlikte, böylesi eleştiriler Kral'ın haysiyetine ya da halk önündeki itibarına sebepsiz

saldırıların bahanesi olarak resmi yetke edimleri atfetmeyi içeremez – ki bu yukarıda belirtildiği gibi Anayasa tarafından yasaklanmıştır.”

22. Son olarak, Anayasa Mahkemesi başvuru sahibinin beyanlarının açıkça aşağılayıcı doğaları nedeniyle meşru olarak kabul edilebilmenin ötesine geçtiğini belirtmiştir. Bu beyanların Kral'a ve temsil ettiği kuruma karşı yönelik açık bir horgörü ifade ettiği ve haysiyetinin özünü etkilediği konusunda Yüksek Mahkemeye katılmıştır. Dolayısıyla, böylesi beyanlar ifade özgürlüğü hakkının uygulanması çerçevesine açıkça düşmemektedir.

E. Cezanın uygulanması ve izleyen olaylar

23. Bask Bölgesi Yüksek Mahkemesi 15 Mayıs 2006 tarihli bir kararla (*auto*), başvuru sahibinin cezasının uygulanmasını üç yıl için yürütülmesinin durdurulması kararını almıştır. Hükümet'e göre, başvuru sahibinin cezası 16 Temmuz 2009 tarihinde affedilecektir.

24. *Audiencia Nacional*'in (İspanya'da çok yüksek yetkili özel mahkeme) 27 Nisan 2006 tarihinde terörizmi halka açık biçimde savunma nedeniyle verdiği on beş aylık hapis cezasının Yüksek Mahkeme tarafından onaylanmasıyla başvuru sahibi 8 Haziran 2007 tarihinde hapse atılmıştır.

25. Şu anda başka suçlara ilişkin takibatlar nedeniyle dava öncesi hapiste tutulmaktadır.

II. İLGİLİ ULUSAL VE ULUSLARARASI YASALAR

A. Ulusal mevzuat

26. İspanya Anayasasının ilişkin hükümleri aşağıdadır:

Madde 14

“İspanyollar yasa karşısında eşit olacaklardır; doğum, ırk, cinsiyet, görüş ya da herhangi bir başka durum ya da kişisel veya toplumsal koşul nedeniyle hiçbir biçimde ayrımcılık yapılamaz.”

Madde 16

“1. Fikir, din ve ibadet özgürlüğü, yasalarca korunan kamu düzeninin korunması için gerekli olan kısıtlamalar dışında, ifade edilmeleri konusunda hiçbir kısıtlama getirilmeden bireylere ve topluluklara garantilenir.

...”

Madde 20

“1. Aşağıdaki haklar tanınacaktır ve korunacaktır:

(a) düşünceleri, fikirleri ve görüşleri sözel olarak, yazıyla ya da herhangi bir kopyalama yöntemiyle ifade etme ve yayma hakkı;

...

2. Bu hakların uygulanması önceden yapılacak bir sansürle kısıtlanamaz.

...

4. Bu özgürlükler bu Bölümde korunan haklara saygı, uygulayıcı Yasaların hükümleri ve de özellikle haysiyet ve özel yaşam hakkı ve kişinin görünümünün kullanımını kontrol etme ve gençlerle çocukların korunması hakkı ile sınırlanacaktır.”

Madde 56

“1. Kral Devletin başıdır, Devletin birliğinin ve bekasının sembolüdür. Kral kurumlarının yasalara uygun işleyişinin hakemi ve arabulucusudur. Uluslararası ilişkilerde, özellikle de İspanyol Devletinin tarihsel topluluğuna mensup uluslarla ilişkilerde İspanyol Devletinin en üst düzey temsilcisidir ve Anayasa ve yasalarla kendisine açıkça verilen görevleri yerine getirir.

...

3. Kral dokunulmazdır ve yükümlü olmayacaktır. ...”

Madde 62

“Kral şu görevleri yerine getirmekle yükümlüdür:

...

(h) silahlı kuvvetlerin üst düzey komutanlığını yapmak...

(i) genel aklar verme yetkisi olmaksızın, yasaya uygun olarak merhamet hakkını kullanmak...”

27. Ceza Yasasının (23 Kasım 1995 tarihli, 10/1995 Nolu Kurumsal Yasa ile değişik) ilişkin hükümleri aşağıdaki gibidir:

Madde 208

“Bir başkasının saygınlığına ya da öz saygısına saldırarak haysiyetini zedeleyen edimler ya da ifadeler hakaret oluşturur.

Sadece doğaları, etkileri ve bağlamları nedeniyle genel olarak ciddi olarak adlandırılacak hakaretler bir suç olarak kabul edilir ...”

Madde 209

“Halk önünde ciddi hakarete bulunma suçu altı ile an dört ay arasında günlük para cezası ile cezalandırılır. Hakaret halk önünde yapılmamışsa, bu para cezası üç ile yedi ay arasında ödenir.”

28. Kral’a karşı hakaret suçu ile ilgili olarak, Ceza Yasası Madde 490 aşağıda belirtilen cezaları öngörmektedir:

Madde 490

“... ”

3. Kral’ı, Kral’ın soyunu ya da atalarını, Kral’ın karısı Kraliçe’yi, Kraliçe’nin maiyetini, saltanat naibini ya da naipliğin herhangi bir üyesini ya da Veliiaht Prensi görevlerini yürütürken ya da görevleriyle bağlantılı olarak yanlış yere itham ederse ya da hakarete bulunursa, bu yanlış itham ya da hakaretin ciddi olması halinde altı ay ile iki yıl arasında hapis cezası ile cezalandırılır, aksi takdirde, altı ay ile on iki ay arasında günlük para cezası ile cezalandırılır.”

Bu hüküm Ceza Yasası Kitap II Başlık XXI (“Anayasaya karşı işlenen suçlar”), Bölüm II (“Kraliyete karşı işlenen suçlar”) kapsamındadır.

29. Ceza Yasası Madde 496 ve 504 Parlamento, Hükümete ve diğer Devlet kurumlarına karşı işlenen ciddi hakaret suçu ile ilgilidir. Bu hükümler Ceza Yasası Kitap II Başlık XXI (“Anayasaya karşı işlenen suçlar”), Bölüm III (Devlet kurumlarına karşı işlenen suçlar ve güçlerin ayrılığı) ile belirlenmiştir.

Madde 496

“*Cortes Generales*’e [Milletvekilleri Meclisi ya da Senato] ya da Özerk bir bölgenin yasama meclisine karşı ciddi hakarete bulunan biri ... on iki ile on sekiz ay arasında günlük para cezasına çarptırılır ...”

Madde 504

“Ülkenin Hükümetini, Yargı Genel Konseyini, Anayasa Mahkemesini, Yüksek Mahkemeyi ya da Özerk bir Bölgenin Yönetici Konseyini veya Yüksek Adalet Mahkemesini ciddi bir şekilde tehdit eden, yanlış yere itham eden ya da hakaret eden kişi on iki ile on sekiz ay arasında günlük para cezasına çarptırılır ...”

B. Avrupa Konseyi metinleri

30. İlk olarak Bakanlar Komitesi tarafından 12 Şubat 2004 tarihinde kabul edilen Medyada politik tartışma özgürlüğü Deklarasyonuna atıfta bulunmak gerekir; bu Deklarasyon şöyle demektedir:

“Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi,

...

Bazı ulusal yasal sistemlerde hâlâ politik figürlere ya da devlet görevlilerine kendileri hakkında medyada bilgi ve görüş yayılmasına karşı yasal ayrıcalıklar tanındığının bilincindedir ki bu, Sözleşme, Madde 10 ile garanti edilen ifade ve bilgi özgürlüğü hakkı ile uyumlu değildir;

...

II. Devleti ya da resmi kurumları eleştirme özgürlüğü

Devlet, hükümet ya da yürütme, yasama veya yargı dallarının herhangi bir başka kurumu medyada eleştirilebilir. Bu kurumlar, baskın konuları nedeniyle onur kırıcı ya da hakaretamiz beyanlara karşı ceza yasası ile korunmamalıdır. Bununla birlikte, bu kurumlara böylesi bir korumanın sağlanmış olduğu yerlerde, bu koruma, her halükarda eleştiri özgürlüğünü kısıtlamak için kullanmaktan kaçınılarak, kısıtlı bir şekilde uygulanmalıdır. Bu kurumları temsil eden bireyler, birey olarak korunurlar.

...

VI. Politik figürlerin ve resmi görevlilerin saygınlığı

Politik figürlerin saygınlıkları ve diğer hakları diğer bireylerden daha fazla korunmamalıdır ve bu diğer bireylerin politik figürleri eleştirdiği medyaya karşı ulusal yasalarla daha ağır yaptırımlar öngörülmemelidir. ...

...

VIII. Medya tarafından ihlallere karşı çözümler

Politik figürler ve resmi görevliler haklarının medya tarafından ihlal edilmesi durumunda medyaya karşı sadece özel bireylerin sahip oldukları yasal çözümlere sahip olmalıdır. ... Medya tarafından iftira ya da hakaret, başkalarının haklarının ya da saygınlıklarının ihlalinin ciddiyeti, özellikle de medyada iftira ya da hakaret içeren beyanlarla diğer temel haklar ciddi bir şekilde ihlal edildiği nefret söylemleri gibi durumlarda, kesinlikle gerekli ve orantılı bir ceza gerektirmedikçe, hapse yol açmamalıdır.”

31. “İftiranın suç olmaktan çıkarılmasına doğru” başlıklı Parlamento Meclisi Kararı 1577 (2007) şöyledir:

“ ...

11. [Meclis] birçok üye ülkede yasaların iftira ve hakaret için hapis cezası öngördüğüne ve bazılarında bunun hâlâ uygulanmakta olduğuna – örneğin Azerbaycan ve Türkiye – büyük bir kaygıyla dikkat çekmektedir.

...

13. Meclis buna göre iftira ve hakaret için hapis cezalarının daha fazla gecikmeksizin kaldırılmaları gerektiği görüşündedir. Meclis özellikle yasalarında hâlâ hapis cezaları olan – fakat bunları fiili olarak uygulamayan – ülkeleri gecikmeksizin bu yasaları kaldırmaya teşvik eder ki bu yasaları uygulamaya de-

vam eden ülkeler ne kadar geçersiz de olsa herhangi bir mazeret öne sürme-
ye ve temel özgürlüklerin aşındırılmasını teşvik etmeye devam edemesinler.

...

17. Buna göre, Meclis üye devletleri şunları yapmaya çağırır:

17.1. iftira ve hakaret için hapis cezalarını gecikmeksizin kaldırmak;

17.2. cezai kovuşturmaların yanlış kullanımının olmaması sağlamak ...;

17.3. yasanın keyfi uygulamalarından kaçınmak ve medeni hukukun iftira ve hakarettten etkilenen insanların saygınlıklarının etkin olarak korumasını sağlamak için mevzuatlarında iftira ve hakaret kavramlarının tanımını daha kesin olarak yapmak;

...

17.6. Mahkemenin içtihadına göre kamu figürleri için daha fazla korumayı iftira ve hakaret mevzuatlarından kaldırmak ...”

YASA

I. SÖZLEŞMENİN 10. MADDESİNİN İHLALİ İDDİASI

32. Başvuru sahibi kendisini Kral'a karşı ciddi hakarettten suçlu bulan Yüksek Mahkeme kararının Sözleşmenin 10. Maddesi kapsamında ifade özgürlüğü hakkına usulsüz müdahale olduğunu iddia etmektedir, Sözleşme Madde 10 şöyledir:

“1. Herkesin ifade özgürlüğü hakkı vardır. Bu hak, resmi görevlilerin müdahalesi olmaksızın ve sınırlarla ilişkisiz olarak, fikir sahibi olma hakkını ve bilgi ve fikirleri alabilme ve açıklayabilmek hakkını içerir. Bu Madde devletlerin yayım, televizyon ya da sinema girişimlerinden lisans istemelerini önlemez.

2. Bu özgürlüklerin uygulanışı görevlerin ve sorumlulukların taşınmasını gerektirdiği için, yasanın gerektirdiği ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik çıkarları için, bölgesel bütünlük ya da kamu güvenliği, kargaşanın ya da suçun önlenmesi, sağlık ve ahlakın korunması, başkalarının saygınlığının ya da haklarının korunması, gizli olarak verilen bilgilerin açıklanmasını engellemek ya da yargının yetkesini veya tarafsızlığını korumak için gerekli olan formalitelere, koşullara, sınırlamalara ya da cezalara tabi olabilir.”

33. Hükümet bu argümana itiraz etmiştir.

A. Kabul edilebilirlik

34. Mahkeme bu şikâyetin Sözleşme, Madde 35 paragraf 3'ün anlamı çerçevesinde açıkça asılsız olmadığına dikkat çeker. Ayrıca, herhangi bir başka gerekçeyle de kabul edilemez olamayacağına da dikkat çeker. Bu nedenle, kabul edilebilir olarak deklare edilmelidir.

B. Esaslar

1. Tarafların iddiaları

(a) Başvuru sahibi

35. Başvuru sahibi ilk olarak mahkûmiyetinin temel aldığı Ceza Yasası hükmünün (Madde 490 paragraf 3) ifade edilmiş tarzının yeterince kesin ve açık olmadığını öne sürmüştür. Ceza Yasası, Madde 490 paragraf 3'ün öngördüğü daha fazla korumanın bireylerin saygınlık ve haysiyetlerini korumanın ötesine geçerek gerçekte anayasal monarşinin mutlak bir savunmasına dönüştürülmüş olduğunu belirtmiştir. Başvuru sahibinin bakış açısına göre, ilgili hükmün, Madde 10 ikinci paragraf anlamı çerçevesinde böylesine geniş bir yorumunun "yasa tarafından öngörüldüğü" söylenemez.

36. Ayrıca, müdahale monarşi kurumunu ve buna göre de Anayasa'yı uygulamaya yönelik tüm girişimlerin sembolik bir cezalandırılması olarak hedeflendiği için, Madde 10 paragraf 2 çerçevesi içinde "meşru bir amaç" izlenmemiştir.

37. Başvuru sahibi mahkûmiyetinin izlenen meşru amaçla orantılı olmadığını ve "demokratik bir toplumda gerekli olmadığını" iddia etmiştir. Kendi statüsünü Bask ayrılıkçı parlamenter grubunun ve olayın özel koşullarının, yani Bask günlük *Egunkaria* gazetesinin kapatılması ve Bask bölgesinde bu operasyonla ilgili olarak gözaltına alınan kişilerin işkence görmeleri iddiasına karşı Bask Bölgesinde yükselen protestonun sözcüsü olarak görmektedir. Beyanlarının halkın ilgi duyduğu bir konuda, yani sayısız uluslararası insan hakları örgütü tarafından teyit edilmiş bir uygulama olan, İspanyol güvenlik kuvvetlerinin terörizme karşı savaşta işkence kullanmaları konusundadır. Yüksek Mahkemenin Başvuru sahibinin beyanlarının temelsiz olduğu, çünkü işkence iddiasında bulunan şikâyetlerin durdurulduğu konusuna gelince, başvuru sahibi öncelikle beyanlarını yaparken suç soruşturmasının sonucunun ne olacağını bilmesinin imkânsız olduğunu çünkü soruşturma sonucunun olaylardan birkaç ay sonra belli olduğunu belirtmiştir; ikinci olarak, işlemlerin durdurulmasıyla nihai bir karar verilmemiş olmaktadır. Bu bağlamda, başvuru sahibi *Martinez Sala ve Diğerleri - İspanya* (no. 58438/00, paragraf 160, 2 Kasım 2004) davasındaki yargıya atıfta bulunarak, İspanya'da işkence iddiası içeren sayısız şikâyetin dosyalandığını ve ayrıntılı inceleme ve başka işlem yapılmadığını belirtmiştir. Ayrıca, kral, İspanyol Anayasası kapsamında, işkenceden hüküm giyen İspanya güvenlik kuvvetleri üyeleri için af çıkardığını belirtmiştir. Başvuru sahibi örnek olarak *Kepa Urra Guridi*

- İspanya¹ davasında Birleşmiş Milletler Komitesi'nin İşkenceye karşı kararını göstermiştir. Başvuru sahibi beyanlarının bu zemin üzerinde görülmesi gerektiğini söylemiş, Temmuz 1987 tarihindeki tutuklanmasını takiben kendisinin de işkence gördüğünü iddia etmiştir.

38. Başvuru sahibi bir Devlet başkanına karşı hakaret etme konusunda Mahkemenin içtihadına değinmiş (*Colombani ve Diğerleri - Fransa*, no. 51279/99, paragraf 66-69, ECHR 2002V, ve *Pakdemirli - Türkiye*, no. 35839/97, paragraf 51-52, 22 Şubat 2005), İspanya ceza yasası kapsamında Kraliyete sağlanan aşırı korumanın Sözleşmenin 10. Maddesiyle uyumsuz olduğu argümanını getirmiştir. Sıradan bireyler ve diğer kurumlar söz konusu olduğunda, ilgili kişinin hüküm giymesi için bir hakaretin ciddi olarak nitelendirilmesi gerekirken, Kraliyet söz konusu olduğunda, her türlü hakaret yeterli bulunmakta ve cezalandırılmaktadır. Kraliyete karşı ciddi hakaret suçu hapis cezası gerektirme konusunda tektir (altı ay ila iki yıl), sıradan mevzuatta ve diğer kurumlar söz konusu olduğunda ciddi hakaretin cezası para cezasıdır. Bu nedenle, söz konusu hükümler Kraliyete "çağdaş uygulama ve politik kavramlarla [çözümlemeyecek] özel bir ayrıcalık " vermektedir (başvuru sahibi yukarıda belirtilen *Colombani ve Diğerleri*, paragraf 68'e atıfta bulunmaktadır). Başvuru sahibi Avrupa Konseyi üye Devletlerindeki, çoğu sıradan hukuk kapsamında egemene yöneltilen saldırılarla ilgili yasal eğilimleri ima etmektedir. Dolayısıyla, Kral'a hakaret etmenin cezai bir suç olması demokratik bir toplumda, özellikle de cezai hakaret ve iftira suçları Devlet başkanlarına ya da krallara saygınlıklarına zarar veren beyanlara karşı yeterli çare sağlarken, gerekli değildir.

39. Cezanın orantılılığına gelince, başvuru sahibi, halkın önünde terörizmi savunması dolayısıyla 2006 yılında Yüksek Mahkemenin mahkumiyetini onaylamasıyla yürürlüğe giren hapis cezasını 8 Haziran 2007 ile 30 Ağustos 2008 arasında tamamladığını vurgulamıştır. Politik tartışma bağlamında işlenen bir suç için verilen bir hapis cezasının ancak olağanüstü koşullarda ifade özgürlüğü ile uyumlu olabileceği yönündeki Mahkeme içtihadına (*Feridun Yazar - Türkiye*, no. 42713/98, paragraf 27, 23 Eylül 2004) atıfta bulunan başvuru sahibi, şu andaki davada böylesi bir ceza vermek için temelin bulunmadığını belirtmiş ve kendi görüşüne göre, bunun hedeflenen amaç için açıkça orantısız olduğunu öne sürmüştür. Başvuru sahibi son olarak Kral'a herhangi bir zarar gelmediğini ve hiçbir mahkeme usulü getirilmediğini belirtmiştir.

1 Yazı No. 212/2002, CAT/C/34/D/212/2002.

(b) Hükümet

40. Hükümet başvuru sahibinin beyanlarının hedefi her kimse, kuşkusuz Kral dâhil, ona karşı ciddi bir leke oluşturacağını iddia etti. Bir kişiyi işkenceci olarak tarif etmekle o kişinin bir üyesi olduğu toplumun çekirdek değerlerini ihlal ettiğini söylemenin ve bu kişinin saygınlık ve doğruluğu hakkında negatif bir mesaj vermenin aynı şey olduklarını belirtti. Bunun eldeki davada, beyanların hedefinin söz konusu çekirdek değerlere bağlı olmasının ve bağlı olunmasının sağlanmasının özel görevi olduğu bu davada özellikle doğru olduğunu belirtti.

41. Hükümetin bakış açısına göre, İspanya mahkemeleri Mahkemenin içtihadını gereğince ele almışlardır. Bu bağlamda, Hükümet, Anayasa Mahkemesi içtihadı demokratik çoğulculuğa ayrılmaz şekilde bağlı olan özgür halk görüşünün ana garantisi olan ifade özgürlüğünün önemini görmüş olduğuna işaret etmiştir. Bununla birlikte, ifade özgürlüğü hakkının, hakaret etme hakkını korumadığını ve dolayısıyla ilişkin görüşlerin ya da bilginin aktarılması amacıyla ilişkisiz ve yersiz üzücü beyanları kapsamadığını belirtmiştir. Hükümet, Mahkeme içtihadına atıfta bulunmuş (*Lingens - Avusturya*, 8 Temmuz 1986, Seri A no. 103) ve kamuya mal olmuş figürler için izin verilebilir eleştiri sınırları daha geniş olduğu halde, böylesi kişilerin özel bir yetki ile hareket etmeseler bile saygınlıklarının da Sözleşme Madde 10 paragraf 2 amaçları doğrultusunda korunması gerektiğini vurgulamıştır.

42. Hükümet, Kral'ın İspanya Anayasası kapsamında işgal ettiği eşsiz kurumsal konumu vurgulamış, Kral'ın sorumlu tutulamayacağına ve Anayasa kapsamında politik tartışmadaki yansız statüsünün, diğer Devlet kurumlarına gösterilmesi gerekenden "önemli ölçüde" farklı türden bir kurumsal saygı gerektirdiğine işaret etmiştir.

43. İspanya Kralı'nın bölgesel Parlamentonun bir üyesi tarafından eleştirilmesinin sınırlarının daha geniş olduğu varsayılsa bile, ne İspanya Anayasası ne de Sözleşmenin bir kişinin saygınlığını zedeleyecek hakaretleri etme hakkını verdiği söylenebilir. Hükümet, şikâyet edilen müdahalenin başvuru sahibinin monarşi karşıtı görüşlerine değil, Kral'ın saygınlık hakkının ihlal edilmesinde meşru ifade özgürlüğü hakkının sınırlarının ötesine geçen belirli ifadelerine yönelik olduğu konusunda İspanya mahkemeleriyle fikir birliğindedir. Son olarak, İspanya mahkemeleri davanın geçmişinin ışığında başvuru sahibinin mahkûmiyeti için geçerli nedenler göstermiştir.

2. Mahkemenin değerlendirmesi

44. Taraflar arasında başvuru sahibinin mahkûmiyetinin ifade özgürlüğü hakkının “devlet yetkesi tarafından müdahalesi” anlamına geldiği tartışılmaktadır. Böylesi bir müdahale, Madde 10, paragraf 2 şartlarını karşılamadığı sürece Sözleşmenin ihlalidir. Bu nedenle, müdahalenin “yasa tarafından öngörülüp öngörülmediğinin”, sözü edilen paragrafta belirtilen meşru amaçlardan biri ya da daha çoğu uyarınca, bu amaçlara erişmek için “demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığının” belirlenmesi gereklidir.

(a) “Yasa tarafından öngörülen”

45. Mahkeme, başvuru sahibinin mahkûmiyetinin yasal temelini Kral’a hakareti cezalandırılması gereken bir suç yapan Ceza Yasası, Madde 490 paragraf 3 olduğuna dikkat çekmektedir. Bu hükmün mahkemeler tarafından başvuru sahibinin iddia ettiği gibi monarşiyi savunmak amacıyla davanın esasını söz konusu hukuk kuralını daha az öngörülebilir yapma noktasına kadar, inceleyerek uygulanıp uygulanmadığına gelince, bu soru aslında ulusal mahkemelerce başvuru sahibinin ifade özgürlüğüne müdahaleyi gerekçelendirmek için nedenlerin ilişkili olma derecesine ve yeterliliğine bağlıdır. Bu nedenle, Mahkeme, bu konuyu müdahalenin “gerekliliği” bağlamında inceleyecektir.

46. Mahkeme, söz konusu müdahalenin Sözleşme, Madde 10, ikinci paragraf anlamı çerçevesinde “yasa tarafından öngörüldüğü” sonucuna varmıştır.

(b) Meşru amaç

47. Mahkemenin görüşüne göre, müdahale, Madde 10 paragraf 2 ile sayılan amaçlardan birini, yani “başkalarının saygınlığının ya da haklarının korunmasını”, bu davada ise Kral’ın saygınlığının korunmasına uygundur.

(c) “Demokratik bir toplumda gerekli”

(i) Genel ilkeler

48. İfade özgürlüğü demokratik toplumun ana temellerinden birini ve toplumun ilerlemesinin ve her bir bireyin kendini gerçekleştirmesinin temel koşullarından birini oluşturur. Madde 10, paragraf 2’ye tabi olarak, sadece olumlu olarak alınan veya zararsız ya da bir tarafsızlık sorunu olarak görülen “bilgi” ya da “fikirler” için değil, itici, şok edici ya da rahatsız edici olanlara da uygulanır. Demokratik bir toplumun olmayacağı çoğulculuk, hoşgörü ve

açık fikirliliğin talepleri bunlardır (bakınız *Handyside - Birleşik Krallık*, 7 Aralık 1976, paragraf 49, Seri A no. 24; *Lindon, Otchakovsky-Laurens ve July - Fransa* [GC], no. 21279/02 ve 36448/02, paragraf 45, ECHR 2007IV; ve *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) - İsviçre* (no. 2) [GC], no. 32772/02, paragraf 96, ECHR 2009). Madde 10'da belirtildiği gibi, bu özgürlük istisnalara tabidir; bununla birlikte, bu istisnalar doğru yorumlanmalıdır ve herhangi bir kısıtlamaya getirmenin gerekleri ikna edici bir biçimde kurulmalıdır.

49. Madde 10 paragraf 2 anlamı çerçevesinde, “gerekli” sıfatı baskı yapan bir toplumsal gereksinimin varlığını içerir. Sözleşmeye taraf Devletlerin böylesi bir gerekliliğin var olup olmadığını değerlendirirken belirli bir marjları vardır, fakat bu Avrupa'nın denetimiyle el ele gider ve hem mevzuatı hem de bu mevzuatı uygulayan kararları, hatta bağımsız bir mahkeme tarafından verilen kararları da kapsar. Bu nedenle, Mahkeme, Madde 10 tarafından korunduğu şekliyle ifade özgürlüğü ile bir “kısıtlamanın” uzlaşabilir olup olmadığı konusunda nihai kararı vermeye yetkilidir.

Mahkemenin gözetim kararını verirken görevi, ulusal yetkililerin yerini almak değil, bu ulusal yetkililerin takdir yetkilerine göre verdikleri kararları Madde 10 kapsamında gözden geçirmektir. Bu, gözetimin davalı Devletin takdirini makul bir şekilde, dikkatli ve iyi niyetle uygulayıp uyguladığının belirlenmesiyle sınırlı değildir; Mahkemenin yapması gereken, şikâyet konusu olan çatışmaya davanın bütünü ışığında bakmak ve ulusal yetkililerin kararlarını gerekçelendirmek üzere gösterdikleri nedenlerin “ilişkin ve yeterli” olup olmadıklarını ve “izlenen yasal amaçla orantılı” olup olmadığına karar vermektir. Mahkeme, bunu yaparken, ulusal yetkililerin Madde 10 ile belirlenen ilkelere uygun standartlar uyguladıkları ve bunun da ötesinde, ilişkin gerçeklerin kabul edilebilir bir değerlendirmesine dayanıp dayanmadıkları konusunda tatmin olmalıdır (birçok başka yetkilinin yanı sıra, bakınız, *Mamère - Fransa*, no. 12697/03, paragraf 19, ECHR 2006-XIII, ve yukarıda sözü edilen *Lindon, Otchakovsky-Laurens ve July*, paragraf 45).

50. Madde 10 paragraf 2 kapsamında, politik konuşma ya da tartışma – ki burada ifade özgürlüğü son derece önemlidir – ve halkı ilgilendiren konularda ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına pek az yer vardır. İfade özgürlüğü herkes için önemlidir fakat halkın seçilmiş bir temsilcisi için özellikle önemlidir. Böyle bir temsilci seçmenlerini temsil eder, onların endişelerine dikkat çeker ve onların çıkarlarını savunur. Buna göre, bir Parlamento üyesinin ifade özgürlüğüne müdahale Mahkeme açısından en dikkatli ve ayrıntılı inceleme gerektirir (bakınız *Castells - İspanya*, 23 Nisan 1992, paragraf 42, Seri A no. 236).

Ayrıca, kabul edilebilir eleştiri sınırları özel bir bireye kıyasla bir politikacı için daha geniştir. Özel bir bireyin tersine, bir politikacı her sözcüğünü ve her yaptığını hem gazeteciler hem de halk tarafından yakın ve ayrıntılı incelemesine bilerek ve kaçınılmaz olarak açar ve bundan dolayı daha geniş bir tolerans derecesi sergilemelidir (bakınız, yukarıda sözü edilen *Lingens*, paragraf 42; *Vides Aizsardzibas Klubs - Letonya*, no. 57829/00, paragraf 40, 27 Mayıs 2004; ve *Lopes Gomes da Silva - Portekiz*, no. 37698/97, paragraf 30, ECHR 2000X). Kendi adına hareket etmezken bile şerefi ve saygınlığı kesinlikle korunmalıdır, fakat bu korumanın şartları, politik konularda açık tartışmanın çıkarlarına karşı tartılmalıdır çünkü ifade özgürlüğünün istisnaları dar anlamda yorumlanmalıdır (başka yetkililerin yanı sıra, bakınız, yukarıda sözü edilen *Pakdemirli*, paragraf 45, ve *Artun ve Güvener - Türkiye*, no. 75510/01, paragraf 26, 26 Haziran 2007). Mahkeme, aynı zamanda, resmi görevlilerin özel bireylere kıyasla daha geniş eleştiri sınırlarına tabi olmalarını da onaylamaktadır, fakat onlara uygulanan kriterler politikacıların kriterleriyle aynı olamaz (bakınız *Janowski - Polonya [GC]*, no. 25716/94, paragraf 33, ECHR 1999I).

(ii) Bu ilkelerin uygulanması

51. Mahkeme, en başta başvuru sahibinin inkâr edilemez bir şekilde seçilmiş bir temsilci ve bir parlamenter grubun sözcüsü olarak konuştuğuna dikkat çeker, dolayısıyla beyanları bir politik ifade biçimidir (bakınız yukarıda sözü edilen *Mamère*, paragraf 20). Ayrıca, başvuru sahibinin söyledikleri Bask Bölgesinde halkı ilgilendiren bir konuydu, yani Bask dilindeki *Egunkaria* gazetesinin kapatılması ve üst düzey yöneticisinin birkaç gün önceden gözaltına alınması ve kötü muamele konusundaki halka açılan iddiaları arka planında, İspanya Kralı'nın 26 Şubat 2003 tarihindeki resmi ziyareti sırasında Bask hükümeti başkanının gösterdiği karşılamayla ilgiliydi. Bu nedenle başvuru sahibinin beyanları halka ilişkin konularda bir tartışma bağlamında yapılmıştır. Buna göre, başvuru sahibine verilen cezanın "gerekliliğinin" belirlenmesinde yetkilileri elindeki takdir payı özellikle dardır (bakınız, *mutatis mutandis* (gerekli değişiklikler yapıldıktan sonra), yukarıda sözü edilen *Mamère*, paragraf 20).

52. Mahkeme şimdi ulusal mahkemelerin aleyhteki kararına yol açan nedenlerin başvuru sahibinin atıfta bulunulan meşru amaç, yani İspanya Kralı'nın saygınlığının korunması temelinde mahkûmiyeti açısından ilişkili ve yeterli olmadığını belirlemek için, bu nedenleri incelemelidir. Yüksek Mah-

keme, başvuru sahibinin Bask Bölgesi Yüksek Adalet Mahkemesi tarafından beraatını bozarken, başvuru sahibini Kral'a karşı ciddi hakarettten dolayı bir yıl hapse mahkûm etmiştir. Aleyhteki beyanların doğrudan kişi olarak Kral'ı ve simgelediği kurumu hedeflediği ve izin verilebilir eleştiri sınırlarını aştığı yorumunu yapmıştır.

53. Başvuru sahibinin kendini ifade ettiği terimlere gelince, ulusal mahkemeler Devlet başkanını “yasalarla yönetilen bir Devlet'te en ciddi suçlardan biriyle, yani işkenceyle suçlayan” bu terimleri küçültücü, üzücü ve hakaretamiz bulmuştur (“işkencecilerden sorumluyken”, “işkenceyi savunurken” ve “monarşi rejimini işkence ve şiddetle halkımıza kabul ettirmeye çalışırken”). Mahkeme, bu açıdan gerçeklere ilişkin beyanlarla değer yargıları arasında bir ayırımın yapılması gerektiğine işaret eder. Gerçeklerin var oldukları gösterilebilirken, değer yargılarının doğruluğu kanıtla açık değildir. Bir değer yargısının doğruluğunu kanıtlama şartının yerine getirilmesi imkânsızdır ve Madde 10 ile korunan hakkın temel bir parçası olan görüş özgürlüğünün kendisini ihlal eder. Bir beyanın bir gerçek ya da bir değer yargısı olarak sınıflandırılması, ilk önce ulusal yetkililerin, özellikle de ulusal mahkemelerin takdir payına düşer. Bununla birlikte, bir beyanın bir değer yargısı olması durumunda bile, bunu destekleyecek gerçeklere dayalı, yeterli bir temel olmalıdır, bu temel olmadığında, aşırı olacaktır (bakınız, örneğin yukarıda sözü edilen *Lindon, OtchakovskyLaurens and July*, paragraf 55). Ayrıca, eğer bilgi genel kamuoyu tarafından zaten biliniyorsa, bir değer yargısını destekleyecek gerçekleri ortaya koyma şartı daha az katı olacaktır (bakınız *Feldek - Slovakia*, no. 29032/95, paragraf 86, ECHR 2001VIII).

Elimizdeki davada, Mahkeme, Yüksek Mahkemenin verdiği hükümde aleyhteki beyanların gerçeklik beyanlarından ziyade değer yargıları olduğunu belirttiğini görmektedir. Bununla birlikte, Yüksek Mahkeme *Egunkaria* yönetimi tarafından yapılan işkence iddialarıyla ilişkili işlemlere kanıt yetersizliği nedeniyle son verilmesi gerçeğinin ışığında, beyanların yapıldığı bağlamın bu beyanların ciddiliğini doğrulamadığı görüşünü benimsemiştir. Mahkeme, başvuru sahibinin beyanlarıyla *Egunkaria* yazı işleri müdürünün serbest bırakıldığında kamuya açıkladığı kötü muamele iddiaları arasında yeterince güçlü bir bağ olduğunu görmektedir. Ayrıca, Mahkeme başvuru sahibi tarafından kullanılan sözcüklerin Devletin güvenlik kuvvetlerinin muhtemelen kötü muamele durumlarına karıştıkları konusunda daha geniş bir kamu tartışmasının bir parçasını oluşturduğu şeklinde anlaşılabilir.

54. İfadelerin kendilerine dönülürse, Mahkeme başvuru sahibinin kullandığı dilin provokatif olarak nitelendirilebileceğini kabul etmektedir. Bununla birlikte, genel kaygı konusu olan bir politik tartışmada yer alan herhangi bir birey – elimizdeki davada başvuru sahibi gibi – bazı sınırları, özellikle başkalarının saygınlığı ve hakları açısından bazı sınırları aşmamalıysa da, bir dereceye kadar abartma ya da hatta provokasyona izin verilebilir, bir başka deyişle, belirli bir dereceye kadar aşırılığa izin verilebilir (bakınız yukarıda sözü edilen *Mamère*, paragraf 25). Mahkeme, başvuru sahibinin konuşmasındaki bazı sözlerin Kral tarafından simgelenen kurumu çok olumsuz bir ışık altında göstermekteyse de, şiddet kullanımını içermemektedir, nefret söylemi anlamına gelmemektedir ki Mahkemenin görüşüne göre dikkate alınması gereken temel unsur bunlardır (bakınız, tersine, *Sürek - Türkiye* (no. 1) [GC], no. 26682/95, paragraf 62, ECHR 1999IV). Mahkeme ayrıca ne ulusal mahkemelerin ne de Hükümetin başvuru sahibinin mahkûmiyetini şiddete tahrik ya da nefret söylemiyle gerekçelendirdiğine dikkat çeker.

Mahkeme aynı zamanda beyanların bir basın toplantısı sırasında sözlü olarak yapılmış olduklarını da dikkate almaktadır, dolayısıyla, başvuru sahibinin bu beyanları halka açıklanmadan önce yeniden formüle etme, düzeltme ya da geri alma olanağı olmamıştır (bakınız *Fuentes Bobo - İspanya*, no. 39293/98, paragraf 46, 29 Şubat 2000, ve *Biol - Türkiye*, no. 44104/98, paragraf 30, 1 Mart 2005).

55. Mahkeme bundan sonra ulusal mahkemelerin başvuru sahibini mahkûm ederken, Devletin başına kendisiyle ilgili bilgilerin ya da görüşlerin açıklanmasına ilişkin olarak başka insanlardan (hakaret konusunda sıradan yasa ile korunan) ya da kurumlardan (örneğin Hükümet ve Parlamento) daha fazla koruma sağlayan ve hakaretamiz beyanlar için daha ağır cezalar öngören Ceza Yasası, Madde 490 paragraf 3'e dayandıklarına dikkat çeker (bakınız yukarıda paragraf 27-29). Bu bağlamda, Mahkeme, hakaret konusunda özel bir yasayla daha fazla koruma sağlamanın kural olarak Sözleşmenin ruhuna uygun olmadığını zaten belirtmiştir. Mahkeme, yukarıda sözü edilen *Columbani ve Diğerleri* davasındaki hükmünde, 29 Temmuz 1881 tarihli Fransa Yasasının 36. bölümünü incelemiştir, o tarihten bu yana yasadaki yabancı Devlet başkanlarına ve diplomatlara karşı suçlar açısından feshedilmiştir. Mahkeme, 1881 Yasasının 36. bölümünün yabancı Devlet başkanlarına sadece fonksiyonları ya da statülerine dayanarak onları eleştiriye karşı koruyan özel bir ayrıcalık tanıdığını gözlemiştir; bu, Mahkemenin gözünde çağdaş uygulamalar ve politik kavramlar ile bağdaşmamaktadır. Bu nedenle,

Mahkeme, ifade özgürlüğünü bozanın saygınlıklarına bir saldırıda bulunulduğunda herkesin kullanacağı standart prosedürü kullanma hakkı değil, 36. bölümle yabancı Devlet başkanlarına sağlanan özel koruma olduğu kararını vermiştir (bakınız yukarıda sözü edilen *Colmbani ve diğerleri*, paragraf 69). Yukarıda sözü edilen *Artun ve Güvener* davasında, *Colmbani ve diğerleri* davasında yabancı Devlet başkanları konusundaki bulgularının bir Devletin kendi Devlet başkanının saygınlığını korumadaki çıkarına daha da kuvvetle uygulandığı görüşüne varmıştır. Mahkemenin görüşüne göre bu çıkar Devlet başkanıyla ilgili bilgileri ve görüşleri aktarma hakkı ile kıyaslandığında Devlet başkanına ayrıcalıklı bir statü ya da özel koruma vermenin gerekçesi olamaz (bakınız yukarıda sözü edilen *Artun ve Güvener*, paragraf 31; ayrıca hukuk davalarında Cumhurbaşkanının statüsünün aşırı korunması açısından bakınız, yukarıda sözü edilen *Pakdemirli*, paragraf 52).

56. Mahkeme, Türkiye gibi bir cumhuriyet sistemi ile karşılaştırıldığında görülen farklılıklara karşın, bu açıdan kendi içtihadında koyduğu ilkelerin, Hükümet tarafından işaret edildiği üzere eşsiz bir kurumsal konumda bulunan Kral'ın İspanya gibi bir monarşide de geçerli olduğunu düşünmektedir. Yukarıda sözü edilen *Pakdemirli* davasında Cumhurbaşkanına verilen aşırı koruma bu makamda bulunan kişinin politikacı statüsünü bıraktığı ve bir devlet adamı statüsünü kazandığı gerçeğinden yola çıkmaktaydı (bakınız yukarıda sözü edilen *Pakdemirli*, paragraf 51). Mahkemenin görüşüne göre Kral'ın politik tartışmalarda yansız bir konumda bulunduğu ve Devletin bütünlüğünün bir simgesi ve bir arabulucu olduğu gerçeği, Kral'ı resmi görevlerini yerine getirirken ya da – elimizdeki davada olduğu gibi – simgelediği Devletin bir temsilcisi olma yetkisinde bütün eleştirilere karşı, özellikle de monarşi dahil Devletin yasal yapılarını yasal yolla sorgulayan kişilerden korumalıdır. Bu bağlamda, Mahkeme, ilk davada başvuru sahibini beraat ettiren Bask Bölgesi Yüksek Adalet Mahkemesinin anayasal bir kurumun eleştirisinin ifade özgürlüğü hakkı kapsamı dışında olmadığını gözlemlediğine dikkat çeker (bakınız yukarıda paragraf 13). Mahkeme, kurulu düzene saldıran, şoke eden ya da reddeden fikirlerin aktarılmasına gelindiğinde, ifade özgürlüğünün daha da önemli olduğunu vurgular (bakınız *Dalgalar üzerindeki Kadınlar ve Diğerleri - Portekiz*, no. 31276/05, paragraf 42, 3 Şubat 2009). Ayrıca, Kral'ın İspanya Anayasası kapsamında özellikle cezai hukuk açısından “sorumlu olmadığı” gerçeği, Kral'ın kişisel saygınlığına tabi olan, Devletin en tepesindeki konumunda olası kurumsal ya da hatta sembolik yükümlülüğü ile ilgili özgür tartışmaya bir engel olmamalıdır.

57. Bu bağlamda, Mahkeme, elimizdeki davanın konusu olan beyanların Kral'ın özel hayatını (bakınız, buna karşılık, *Standard Verlags GmbH - Avusturya* (no. 2), no. 21277/05, 4 Haziran 2009, Avusturya Cumhurbaşkanı'nın kişisel hayatının kesinlikle kişisel yönleriyle ilgili bir dava; ayrıca bakınız *Von Hannover - Almanya*, no. 59320/00, paragraf 64, ECHR 2004VI) ya da kişisel saygınlığını ilgilendirmediğine ya da kendisine karşı haksız bir kişisel saldırı anlamına gelmediğine (bakınız, buna karşılık, yukarıda sözü edilen *Pakdemirli*, paragraf 46) işaret eder. Ayrıca, Mahkeme, Bask Bölgesi Yüksek Adalet Mahkemesinin görüşüne göre başvuru sahibinin beyanlarının “bireysel hay-siyetin özü” ile bağlantısız, kamuya açık ve politik bir bağlamda yapılmış ol-duğuna dikkat çeker (bakınız yukarıda paragraf 14). Söz konusu sözler Kral'ın belirli bir çevredeki görevlerini yerine getiriş şeklini eleştirmemekte, ya da belirli bir suçun görevlendirilmesinde Kral'a herhangi bir bireysel sorumluluk yüklememektedir. Başvuru sahibinin beyanları sadece Kral'ın Devlet aygıtı-nın başı ve sembolü olarak kurumsal sorumluluğu ve başvuru sahibine göre *Egunkaria* gazetesinin editörlerine ve müdürlerine işkence eden kuvvetlerle ilgilidir.

58. Son olarak, verilen cezaya ilişkin olarak, Devlet kurumlarının kurumsal kamu düzeninin garantörleri olarak yetkili makamlarca korunmaları tümü-y-le meşru ise de, bu kurumların işgal ettikleri baskın konum yetkililerin suç takibatına başvururken sınırlamaya gitmelerini gerektirir (bakınız, *mutatis mutandis*, yukarıda sözü edilen *Castells*, paragraf 46; ayrıca bakınız Avrupa Konseyi materyalleri, yukarıdaki paragraf 30 ve 31). Mahkeme bu bağlamda müdahalenin “orantılığını” değerlendirirken verilen cezaların ağırlığının ve doğasının da dikkate alınması gereken unsurlar olduğunu gözlemlemiştir. Verilen cezanın özellikle sert doğasına dikkat çekmektedir: başvuru sahibi bir yıl hapse mahkûm edilmiştir. Başvuru sahibinin mahkûmiyeti bir politi-kacı olmasına rağmen seçime katılma hakkının mahkûmiyeti boyunca askı-ya alınması sonucunu vermiştir.

59. Mahkeme mahkûmiyet kararının ilke olarak ulusal mahkemelerin işi ol-masına karşın, siyasi konuşma alanında bir suç için hapis cezasının veril-mesinin sadece olağandışı durumlarda, özellikle diğer temel hakların ciddi şekilde ihlal edildi örneğin nefret söylemi ya da şiddete tahrik etme du-rumlarında (bakınız *Bingöl - Türkiye*, no. 36141/04, paragraf 41, 22 Hazı-ran 2010, ve, *mutatis mutandis*, *Cumpănă ve Mazăre - Romanya* [GC], no. 33348/96, paragraf 115, ECHR 2004XI) Sözleşmenin 10. Maddesi tarafın-dan garanti altına alınan ifade özgürlüğü ile uyumlu olacağını belirtmiştir.

Bu açıdan, politik konuşma alanında hapis cezalarıyla ilgili Bakanlar Komitesi ve Avrupa Konseyi Parlamento Meclisi'nin materyallerindeki rehber ilkelere referans olarak verir (bakınız yukarıda paragraf 30 ve 31).

60. Aleyhteki beyanların meşru bir kamu ilgisi konusunda bir tartışma bağlamında yapıldığı elimizdeki davanın koşullarında böylesi bir hapis cezasını verilmesine gerekçe olabilecek hiçbir şey yoktur. Böylesi bir yaptırım başvuru sahibinin cezasının yürütmesinin durdurulmuş olmasına karşın, doğası nedeniyle kaçınılmaz olarak tüyler ürpertici bir etki yapacaktır. Bu gerçek başvuru sahibinin durumunu kolaylaştırmış olsa da, mahkûmiyetini ya da suç kaydının uzun dönemli etkilerini ortadan kaldırmamıştır (bakınız, *mutatis mutandis*, yukarıda sözü edilen *Artun ve Güvener*, paragraf 33, ve *Marcchenko - Ukrayna*, no. 4063/04, paragraf 52, 19 Şubat 2009).

61. Yukarıdakilerin ışığında, ulusal mahkemeler tarafından verilen nedenlerin ilgili oldukları varsayılsa bile, bu nedenler şikâyet edilen müdahalenin “demokratik bir toplumda gerekli” olduğunu göstermek için yeterli değildir. Ulusal yetkililere bırakılan takdir yetkisine karşın, Mahkeme başvuru sahibinin mahkûmiyetinin izlenen amaçla orantısız olduğunu düşünmektedir.

62. Buna göre, Sözleşmenin 10. Maddesi, ihlal edilmiştir.

II. SÖZLEŞME MADDE 10 İLE BAĞLANTILI OLARAK 14. MADDENİN İHLAL EDİLMİŞ OLDUĞU İDDİASI

63. Başvuru sahibi politik görüşleri ve Bask ayrılıkçı hareketinin sözcüsü olarak işlevi temelinde ayrımcılık kurbanı olduğu iddiasında bulunmuştur. Sözleşme, Madde 10 ile birlikte ele alınan Madde 14'e dayanmıştır. Madde 14 şunu öngörmektedir:

“Sözleşmede belirtilen hakların ve özgürlüklerin kullanımı, cinsiyet, ırk, renk, lisan, din, politik görüş ya da diğer görüşler, milliyet ya da sosyal köken, ulusal bir azınlıkla ilişki, mülkiyet, doğum ya da başka bir statü temelinde herhangi bir ayırım yapılmaksızın sağlanacaktır.”

64. Mahkeme bu şikâyetin yukarıda incelenen şikâyetle bağlantılı olduğunu görmektedir ve bu nedenle kabul edilebilir bulunmuştur.

65. Mahkeme, Sözleşme Madde 10 ile ilişkili bulgularını göz önünde tutarak, başvuru sahibinin Madde 10 ile bağlantılı olarak 14. Madde kapsamındaki şikâyetini ayrıca incelemenin gerekli olmadığını düşünmektedir (bakınız yukarıda paragraf 62) (ayrıca, diğer yetkililer arasında bakınız yukarıda sözü edilen, *Bingöl*, paragraf 44).

III. SÖZLEŞMENİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI

66. Sözleşmenin 41. Maddesi şunları öngörmektedir:

“Eğer Mahkeme Sözleşmenin ya da bunun Protokollerinin ihlal edildiğini bulursa ve eğer Yüksek Sözleşme Tarafının iç hukuku sadece kısmi bir tazminata izin veriyorsa, Mahkeme gerekiyorsa zarar gören tarafa adil bir tazmin sağlar.”

A. Maddi zarar

67. Başvuru sahibi maddi zarar açısından 78.586 Avro (EUR) talep etmiştir. Bu miktarın iddia edilen ihlalin doğrudan bir sonucu olarak fiili olarak uğradığı kayba ve özellikle 8 Haziran 2007 ile 30 Ağustos 2008 arasındaki hapsi nedeniyle Parlamento üyesi olarak maaşını kaybetmesine karşılık geldiğini belirtmiştir.

68. Hükümet bu iddiaya itiraz etmiştir.

69. Mahkeme bulunan ihlalle iddia edilen maddi zarar arasında nedensel bir bağlantı görememiştir; bu nedenle bu iddiayı reddetmektedir.

B. Manevi zarar

70. Başvuru sahibi manevi zarar açısından 30.000 Avro talep etmiştir.

71. Hükümet bu iddianın aşırı olduğunu öne sürmüştür.

72. Mahkeme bulunan ihlal açısından başvuru sahibinin sadece bir ihlal bulunmasıyla telafi edilmeyecek manevi zarara uğradığını düşünmektedir. Sözleşmenin 41. Maddesi uyarınca eşitlikçi bir temelde karar vererek, başvuru sahibine manevi zarar olarak 20.000 Avro miktarının verilmesi kararını verir.

C. Masraflar ve harcamalar

73. Başvuru sahibi ayrıca Mahkeme önünde tahakkuk eden masraf ve harcamalar için 3.000 Avro talep etmiştir.

74. Hükümet bu iddiaya itiraz etmiştir.

75. Elimizdeki davada, Mahkeme, elinde bulunan evrakları ve içtihadını göz önüne alarak, başvuru sahibine Mahkeme önünde tahakkuk eden masraf ve harcamalar için 3.000 Avro verilmesini makul bulmuştur.

D. Gecikme faizi

76. Mahkeme gecikme faizi oranının Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal ödünç verme oranını temel almasını ve buna yüzde üç puan eklenmesini uygun görmüştür.

BU NEDENLERLE MAHKEME OY BİRLİĞİ İLE

1. Başvurunun kabul edilebilir olduğunu *deklare eder*;
2. Sözleşmenin 10. Maddesinin ihlal edilmiş olduğunu *belirtir*;
3. Şikâyetin Sözleşmenin 14. Maddesi kapsamında incelemeye gerek olmadığını *belirtir*;
4. Şunları *belirtir*:
 - (a) davalı Devlet başvuru sahibine bu hükmün Sözleşme, Madde 44 paragraf 2 uyarınca nihai karar haline geldiği tarihi takiben üç ay içinde şu miktarları ödeyecektir:
 - (i) manevi zarar olarak 20,000 Avro (yirmi bin Avro);
 - (ii) masraf ve harcamalar olarak 3.000 Avro (üç bin Avro);
 - (iii) bu miktarlara uygulanabilecek tüm vergiler;
 - (b) yukarıda sözü edilen üç ayın bitiminden anlaşmazlığın halline kadar gecikme süresi boyunca yukarıdaki miktarlara Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal ödünç verme oranı artı yüzde üç puana eşit bir oranda basit faiz uygulanacaktır;
5. Başvuru sahibinin iddiasının kalanını adil tazmin için *reddeder*.

Fransızca olarak hazırlanmıştır ve Mahkeme Kuralları Kural 77 paragraf 2 ve 3 uyarınca 15 Mart 2011 tarihinde yazılı bildirim yapılmıştır.

Santiago Quesada
Yazı İşleri Müdürü

Josep Casadevall
Başkan

© Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2012.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin resmi dilleri Fransızca ve İngilizce'dir. Bu çeviri, Avrupa Konseyi'nin insan haklarına destek Fonu'nun desteğiyle hazırlanmıştır (www.coe.int/humanrightstrustfund). Mahkeme'yi bağlamamaktadır ve Mahkeme, kalitesi konusunda herhangi bir sorumluluk kabul etmemektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarının veritabanı olan HUDOC üzerinden (<http://hudoc.echr.coe.int>) veya HUDOC'un bildirdiği başka veritabanları üzerinden yüklenebilir. Davanın isminin tamamen yazılması, yukarıdaki telif hakkıyla ilgili ifadelerin kullanılması ve insan haklarına destek Fonu'na referans yapılması şartıyla ticari olmayan amaçlarla kullanılabilir. Bu çevirinin tamamını veya bir kısmını ticari amaçlarla kullanmak isteyen herkesin, bu durumu belirtilen adrese bildirmesi rica olunur: publishing@echr.coe.int.

© Council of Europe/European Court of Human Rights, 2012.

The official languages of the European Court of Human Rights are English and French. This translation was commissioned with the support of the Human Rights Trust Fund of the Council of Europe (www.coe.int/humanrightstrustfund). It does not bind the Court, nor does the Court take any responsibility for the quality thereof. It may be downloaded from the HUDOC case-law database of the European Court of Human Rights (<http://hudoc.echr.coe.int>) or from any other database with which the Court has shared it. It may be reproduced for non-commercial purposes on condition that the full title of the case is cited, together with the above copyright indication and reference to the Human Rights Trust Fund. If it is intended to use any part of this translation for commercial purposes, please contact publishing@echr.coe.int.

© Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2012.

Les langues officielles de la Cour européenne des droits de l'homme sont le français et l'anglais. La présente traduction a été effectuée avec le soutien du Fonds fiduciaire pour les droits de l'homme du Conseil de l'Europe (www.coe.int/humanrightstrustfund). Elle ne lie pas la Cour, et celle-ci décline toute responsabilité quant à sa qualité. Elle peut être téléchargée à partir de HUDOC, la base de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (<http://hudoc.echr.coe.int>), ou toute autre base de données à laquelle HUDOC l'a communiquée. Elle peut être reproduite à des fins non commerciales, sous réserve que le titre de l'affaire soit cité en entier et s'accompagne de l'indication de copyright ci-dessus ainsi que de la référence au Fonds fiduciaire pour les droits de l'homme. Toute personne souhaitant se servir de tout ou partie de la présente traduction à des fins commerciales est invitée à le signaler à l'adresse suivante: publishing@echr.coe.int.

AVRUPA KONSEYİ
AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

ARTUN VE GÜVENER v. TÜRKİYE DAVASI

(Başv. no. 75510/01)

KARARIN ÖZET ÇEVİRİSİ

STRAZBURG

26 Haziran 2007

İşbu karar AİHS'nin 44§2 maddesinde belirtilen koşullar çerçevesinde kesinleşecektir. Şekli düzeltmelere tabi olabilir.

© T.C. Dışişleri Bakanlığı, 2007. Bu gayriresmi özet çeviri Dışişleri Bakanlığı Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları Genel Müdür Yardımcılığı tarafından yapılmış olup, Mahkeme'yi bağlamamaktadır. Bu çeviri, davanın adının tam olarak belirtilmiş olması ve yukarıdaki telif hakkı bilgisiyle beraber olması koşulu ile Dışişleri Bakanlığı Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları Genel Müdür Yardımcılığı'na atıfta bulunmak suretiyle ticari olmayan amaçlarla alıntılanabilir.

Türkiye Cumhuriyeti aleyhine açılan ve (75510/01) başvuru no'lu davanın nedeni bu ülke vatandaşlarından Meral Tamer Artun ve Eren Güvener'in (başvuranlar), 20 Eylül 2001 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ("Sözleşme") İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri güvence altına alan 34. maddesi uyarınca yapmış olduğu başvurdur.

Başvuranlar, İstanbul Barosu avukatlarından Köksal Bayraktar tarafından temsil edilmektedir.

OLAYLAR

Türk vatandaşları olan başvuranlar, Meral Tamer Artun ve Eren Güvener sırasıyla 1946 ve 1945 yılları doğumludurlar ve İstanbul'da ikamet etmektedirler. Meral Tamer Artun, *Milliyet* gazetesinde çalışan bir gazetecidir. Eren Güvener de aynı gazetenin yazı işleri müdürüdür.

A. Mevcut Dava Koşulları

Başvuran, Meral Tamer Artun tarafından yazılan "*Enkazın baş sorumlusu kim?*" ve "*7.4'lük deprem Demirel'i sarsmaz!*" başlıklı yazılar sırasıyla 20 Ağustos 1999 ve 24 Ağustos 1999 tarihlerinde *Milliyet* gazetesinde yayımlanmışlardır. Söz konusu yazılar genel olarak, on binlerce vatandaşın ölümüne neden olan 17 Ağustos 1999 depreminin öncesinde ve sonrasında gerekli önlemleri almayan yetkililerin özellikle de Cumhurbaşkanı Süleyman Demirel'in ihmaline yönelik bir eleştiri içermektedir.

16 Kasım 1999 tarihli iddianame ile Bakırköy Başsavcılığı, Türk Ceza Kanunu'nun 158. maddesi uyarınca başvuranları, basın yoluyla Cumhurbaşkanı'nı nahakaret etmek ile suçlamıştır.

Bağcılar Asliye Ceza Mahkemesi önünde başvuranlar, suçsuz olduklarını beyan etmişlerdir. Çok partili bir toplumda üstlendikleri gazetecilik rolüne dikkat çekerek, başvuranlar, 17 Ağustos 1999 depreminin öncesinde ve sonrasında gerekli önlemlerin alınması bakımından yetkililerin ihmali hususunda çok sayıda tartışmaya neden olan kamu yararına ilişkin politik sorunları işlediklerini ileri sürmüşlerdir. Başvuranlar ayrıca, yazıların ihmalkar sorumluları belirleme ile Cumhurbaşkanı'nı ve bu kişileri eleştirmeye yönelik olduğunu ve eleştirilerin özellikle Cumhurbaşkanı'nın kişiliğinin korunması için belirlenmiş olan sınırları geçmediğini ileri sürmüşlerdir.

27 Eylül 2000 tarihli bir karar ile Asliye Ceza Mahkemesi, başvuranları, Türk Ceza Kanunu'nun 158. maddesini çiğnedikleri gerekçesiyle bir yıl dört ay

hapis cezasına çarptırmıştır. Başvuran Meral Tamer Artun'un cezası erte- lenmiş ve başvuran Güvener'in cezası 970.000.000 TL¹ para cezasına çev- rilmiştir. Kararın gerekçelerinde, Asliye Ağır Ceza Mahkemesi,yazılarınba- zı bölümleri,depremdeninalarınaşğlamlaştırılmasıçingerekli

önlemleri almayan yetkililerin olası sorumlulukları hakkında olmuş ve böy- lece kamu yararını içermiş ise de diğer kısımların doğrudan Cumhurbaşka- nı'nın kişiliğine yönelik olduğunu ve kabuledilebilir eleştiri sınırlarını aştığını düşünmüştür.

Asliye Ceza Mahkemesi, sözkonusu söylemlerin özellikle başvuranlara atılı suçları oluşturduğunu düşünmektedir.

Başvuranlar, temyiz yoluna başvurmuş ve sözkonusu söylemlerin ifade öz- gürlüğü çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini dile getirmişlerdir.

Yargıtay, 2 Nisan 2001 tarihinde, ilk derece mahkemesi tarafından alınan kararı onamıştır.

2. Avrupa Konseyi'nin Çalışmaları

Mevcut davada, öncelikle 12 Şubat 2004 tarihinde kabul edilen " Medya- daki Politik Tartışma Özgürlüğü Üzerine Deklarasyon"a gönderme yapmak uygun olacaktır.

Bununla birlikte, Avrupa Konseyi Parlamenterler Asamblesi'nin AİHS'nin 10. maddesine uygun olarak demokratik bir toplumda ifade özgürlüğüne verdiği önemi belirten 1506 (2001) ve 1589 (2003) sayılı Tavsiye kararları bulunmaktadır.

Özellikle Türkiye ile ilgili olarak,Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları- nın uygulanması hakkındaki 1297(2002) İlke kararında, Asamble, özellikle Türk Ceza Kanunu'nun ve terörle mücadele yasalarının uygulanmasında ifa- de özgürlüğüne aşırı müdahalenin de bulunduğu birtakım sorunların henüz çözülmemiş olduğunu üzülenek görmektedir.

"Türkiye'ninYükümlülükveVaatleriniYerineGetirmesi"1380(2004)ilke kara- rında, Asamble bir kez daha Türkiye'deki ifade özgürlüğü sorununu ele al- mıştır; ceza yasalarına getirilen önemli eksiklikleri göz önünde bulunduran (Terörle Mücadele Yasasının 8. maddesinin yürürlükten kaldırılması ile Türk

1 Olayların meydana geldiği dönemde 665 Euro

Ceza Kanunu'nun 312, 159, 169. maddeleri ve terörle mücadele yasasının 7. maddesindeki düzenlemeler söz konusudur) Asamble, "bundan böyle hapis cezası gerektirmeyen iftira, karalama, hakaret suçlarında da bir gelişme" beklediğini ifade etmiştir (aynı anlamda, bkz. 1381 (2004) İlke Kararı).

"Özellikle, hakaret suçunun cezalandırılmaması açısından, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yerleşik içtihadındaki hakarete ilişkin yasaların düzenlenmesi üzerine Bakanlar Komitesi'ne cevap" başlıklı 7 Şubat 2007 tarihli Medya ve Yeni İletişim Hizmetleri Yürütme Komitesi'nin hazırladığı raporu hatırlatmak gerekmektedir.

HUKUK AÇISINDAN

I. KABULEDİLEBİLİRLİK HAKKINDA

Başvuranlar, ulusal mahkemelerin kararlarının yeterince gerekçelendirilmesi nedeniyle adil yargılanma hakkından yararlanamadıklarından şikayetçi olmaktadır. Başvuranlar, bu bağlamda AİHS'nin 6Ş1. maddesine atıfta bulunmaktadır.

Başvuranlar, ayrıca ihtilafli makalelerin yayımlanması nedeniyle aldıkları mahkumiyetlerin ifade özgürlüğü haklarını ihlal ettiğini ileri sürmektedirler. Başvuranlar, AİHS'nin 10. maddesine atıfta bulunmaktadır.

Hükümet, yalnızca AİHS'nin 10. maddesi kapsamındaki şikayete ilişkin olarak iç hukuk yollarının tüketilmediğini ileri sürmektedir. Hükümet, başvuranların yerel mahkemeler önünde yalnızca kendilerine yönelik suçlamaları reddetmekle yetindiklerini ve başvuranların, ifade özgürlüğü haklarına yönelik ihlal iddialarını özü itibarıyla dahi gündeme getirmediklerini belirtmektedir. Bu bağlamda Hükümet, *Ahmet Sadık - Yunanistan Kararı*'na (15 Kasım 1996 tarihli karar, Derleme Hükümler ve Kararlar 1996-V) göndermede bulunmaktadır.

AİHM, başvuranların, sözkonusu mahkemeler önünde, dava konusu yazılıların, 17 Ağustos 1999 depreminin öncesinde ve sonrasında gerekli önlemlerin alınması hususunda kamu yararına ilişkin sorunlar hakkında görüşlerini yansıttıklarını ileri sürdüklerini not etmektedir. Bununla birlikte, AİHM, başvuranların temyiz başvuruları sırasında, ifade özgürlüğü haklarına açıkça göndermede bulduklarını gözlemlemektedir.

Buradan, başvuranların, AİHM önünde sundukları mevcut şikayetlerini yerel mahkemeler önünde de sunmuş olduklarının düşünülmesi gerektiği sonucu çıkmaktadır.

Bu durumda AİHM, Hükümet'in itirazını reddetmekte ve AİHS'nin 10. maddesine ilişkin şikayetin – AİHS'nin 6§1. maddesi kapsamında düzenlendiği gibi-AİHS'nin 35§3. maddesi uyarınca açıkça dayanaktan yoksun olmadığını gözlemlemektedir. Ayrıca kabuledilemezliğe dair hiçbir gerekçe göremeyen AİHM, başvurunun kabuledilebilirolduğunu ilan etmektedir.

II. ESASHAKKINDA

A. AİHS'nin 10. maddesinin ihlal edildiği iddiasına ilişkin olarak

AİHM, dava konusu mahkumiyet kararının, AİHS'nin 10§1. maddesinin güvence altına aldığı başvuranın ifade özgürlüğü hakkına müdahale oluşturmasının taraflar arasında ihtilaf konusu olmadığını kaydetmiştir. Üstelik müdahalenin kanun tarafından öngörüldüğüne ve 10§2. maddesi bakımından başkasının şöhretinin korunması gibi yasal amaç güttüğüne itiraz edilmemektedir (*Biol-Güven*, Başv. no. 44104/98, 1 Mart 2005). AİHM, bu değerlendirmeyi benimsemiştir. Buna karşın uyumsuzluk, bu müdahalenin “demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı” sorununa dayanmaktadır.

Hükümet, dava konusu makalelerin Cumhurbaşkanı aleyhinde hakaret niteliğindeki söylemlere dayandığından, başvuruların mahkumiyetlerinin demokratik bir toplumda gerekli olduğunu belirtmektedir.

Kabuledilebilir eleştiri sınırları hususunda ise AİHM, sıradan bir kimse ile karşılaştırıldığındabusunırların,halkamalolmuşbirkişiolarakhareketedensiyasetadamları için daha geniş olduğunu birçok kez kabul etmiştir. Siyasetçilerin fiil ve davranışları kaçınılmaz olarak ve bilinçli bir şekilde, gazetecilerin olduğu kadar vatandaşların da sıkı denetimine tabidir. Bir siyaset adamı, özellikle de kendisi eleştiriye yol açabilecek halka açık konuşmalar yaptığı cihetle daha fazla hoşgörü göstermelidir. Elbette siyaset adamının namını sadece özel hayatıyla sınırlı kalmayacak şekilde, koruma hakkı vardır. Bu korumanın şartları ile siyasi sorunların özgürce tartışılmasının getirdiği yararlar denge içinde olmalı ve bu çerçevede ifade özgürlüğüne getirilecek istisnalar için dar yorum yapılmalıdır (Bkz. özellikle, *Oberschlick-Avusturya* (no:2), 1 Temmuz 1997 tarihli karar, *Derleme 1997-IV, Lingens - Avusturya*, 8 Temmuz 1986 tarihli karar, *Pakdemirli-Türkiye*, Başv. no. 35839/97, 22 Şubat 2005).

Kuşkusuz dava konusu yazılar, 1999 yılında meydana gelen depremin öncesinde ve sonrasında gerekli önlemleri almayan yetkililere ve ülkenin kötü yönetiminden sorumlu tutulan dönemin Cumhurbaşkanı'na yönelik şiddetli bir eleştiri içermektedir.

Kamu yararına ilişkin meşru sorunları gündeme getiren bir tartışma bağlamında, siyaset adamına yönelik hakaretin sözkonusu olduğu klasik bir hakaret davasını oluşturan mevcut davada, dava konusu olan özgürlük belli bir düzeyde abartıya hatta provokasyona imkan tanıdığından (*Erdoğan-Türkiye*, 25723/94), AİHM, Cumhurbaşkanı'nın koruma altına alınan kişiliğine saldırı olarak incelenebilecek veya Cumhurbaşkanı aleyhinde izin verilen eleştiri sınırlarını geçecek (sözü edilen *Pakdemirli*) hiçbir şeye rastlamamaktadır.

Üstelik başvurular, çevrenin ve halk sağlığının korunması (Bkz. özellikle *Mamère-Fransa*, Başv. no. 12697/03) ve 17 Ağustos 1999 tarihinde meydana gelen deprem bağlamındaki sözkonusu sorunları ele alan Türk yetkililerinin intavru gibi kamu yararı açısından özel önem taşıyan konulara değinmişlerdir. Ayrıca, yetkililerin ihtilafı tedbirin "gerekliliği"ne karar vermede sahip oldukları takdir payı sınırlı idi.

Oysaki olayların meydana geldiği dönemde, devlet başkanlarına, onlarla ilgili bilgilerin ve fikirlerin gündeme getirilmesinde diğer kişilere göre daha fazla koruma sağlayan ve bu kişilere yönelik hakaret niteliği taşıyan açıklamaların yazarlarına da daha fazla cezayı öngören Türk Ceza Kanunu'nun 158. maddesi uyarınca, dava konusu eleştirilerin doğrudan Süleyman Demirel'in kişiliğine yönelik olduğunu ve kabuledilebilir eleştiri sınırlarını aştığını düşünen yerel mahkemeler, başvurularını bir yıl dört ay hapis cezasına çarptırmıştır.

AİHM, olay ve hukuk bakımından bu durumun, basın mensuplarına sözkonusu cezaların uygulanmasına ilişkin AİHM yerleşik içtihadından doğan genel ilkelere aykırı olduğuna kanaat getirmektedir.

AİHM, öncelikle, yasa bakımından, Türk Ceza Kanunu'nun 158. maddesinin Cumhurbaşkanı'na müşterek hukuk kapsamında tanınan bir hüküm olduğunu gözlemlemektedir. Sözkonusu bu hüküm, "tahkir" veya "tezyif" olarak getirilebilecek yorumlara bağlı olarak, Cumhurbaşkanı'na hakarete karşı korumaktadır. Bu bağlamda AİHM, *Colombani ve Diğerleri-Fransa* kararında yabancı devlet başkanlarına ilişkin olarak verilen kararın, daha ziyade bir devletin kendi başkanının itibarını koruma hususundaki menfaati ile ilgili olduğu kanaatinde: böyle bir menfaat, kendisi ile ilgili bilgilendirme ve fikirler ifade etme hakkı karşısında, bir devlet başkanına ayrıcalık veya özel bir koruma tanımayı haklı çıkarmamaktadır. Aksini düşünmek, bugünkü siyasi uygulama ve kavramlarla bağdaşmamaktadır (*mutatis mutandis, Colombani ve Diğerleri-Fransa*, başvuru no: 51279/99, bkz. ayrıca, *Pakdemirli*).

AİHM, Parlamenter Meclisi'nin çalışmalarının yönelimini ve Avrupa Konseyi üye ülkelerde sözkonusu konudaki uygulama ve yaptırıma ilişkin gelişimi

hatırlatmaktadır. Ayrıca, basın alanında işlenen bir ihlal için hapis cezası verilmesinin gazetecilerin ifade özgürlüğü ile ancak, istisnai hallerde, özellikle de örneğin, nefret veya şiddete teşvik söylemi hipotezinde (Sürek ve Özdemir no 23927/94 ve 24277/94) olduğu gibi diğer temel haklara ciddi saldırı olması durumlarında çelişmez.

Önceden de belirtildiği gibi, mevcut dava koşullarında hiçbir şey hapis cezası verilmesini haklı çıkaracak nitelikte değildi. Başvuran Artun'un cezasının ertelenmiş ve başvuran Güvener'in cezasının para cezasına çevrilmiş olmasına karşın, doğası gereği böyle cezalar kaçınılmaz olarak caydırıcı bir etki yaratmaktadır. Böyle bağışlayıcı hareketler, hiç kuşkusuz, başvuranların durumunu hafifletmeyi amaçlasa da başvuranlarının mahkumiyetlerini, adli sicil kaydının medyada çalışanların özellikle de gazetecilerin çalışma tarzları üzerinde olabilecek uzun süreli, iz bırakan ve cesaret kırıcı olumsuz etkilerini silmemektedir (*mutatis mutandis, Cumpănă ve Mazăre, Scharsach ve New Verlagsgesellschaft- Avusturya, Başv. no. 39394/98*).

Özetle, AİHM, mevcut durumda, yerel mahkemelerin, başvuranların ifade özgürlüğüne "zorunlu" kısıtlama getirilmesinin ötesine geçtiklerini düşünmektedir.

Bu bakımından, AİHS'nin 10.maddesi ihlal edilmiştir.

B. AİHS'nin 6§1.maddesinin ihlal edildiği iddiasına ilişkin olarak

Başvuranların mahkumiyetlerinin yeterince gerekçelendirilmediği iddialarına ilişkin olarak, AİHM, AİHS'nin 10.maddesi kapsamındaki ihlallerin bu şikayetide kapsadığını bu nedenle şikayetin, AİHS'nin 6§1. maddesi açısından ayrı olarak inceleme yapılmasını gerektirmediğini düşünmektedir.

III. AİHS'NİN 41. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

A. Tazminat

Başvuranların her biri maruz kaldıkları maddi ve manevi zarar için 60.000 Euro talep etmektedir.

Hükümet bu iddialara karşı çıkmaktadır.

Başvuran Güvener ile ilgili olarak, AİHM, başvuranın ne ilk başvurusunda ne adil tazmin başlığı altındaki görüşlerinde, ulusal mahkemeler tarafından çarptırıldığı para cezasını gerçekten ödediğini AİHM'nin tespit etmesine olanak sağlayacak ödendi makbuzu gibi herhangi kanıt unsuru sunmadığı-

nı gözlemlemektedir. AİHM, böylece başvuran Güvener'e maddi tazminat başlığı altında bir tazminat ödenmesine gerek olmadığını düşünmektedir.

Başvuran Artun ile ilgili olarak, AİHM, tespit edilen ihlal ile iddia edilen tazminat arasında nedensel bir bağ görememektedir ve bu talebi reddetmektedir.

Manevi tazminata ilişkin olarak, AİHM, dava koşullarından dolayı başvuranların belli bir sıkıntı yaşamış olabileceklerine kanaat getirmemektedir. AİHS'nin 41. maddesi uyarınca hakkaniyete uygun olarak, AİHM, başvuranlara manevi tazminat başlığı altında ortaklaşa olarak 6.000 Euro ödenmesine hükmetmektedir.

B. Masraf ve Harcamalar

AİHM, başvuranların, ne başvuru formlarında ne ilerleyen süreçlerde masraf ve harcamalara ilişkin olarak talepte bulunmadıklarını not etmektedir.

C. Gecikme Faizi

AİHM, Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal kredi kolaylıklarına uyguladığı faiz oranına üç puanlık bir artışın eklenmesinin uygun olacağına hükmeder.

BU GEREKÇELERE DAYALI OLARAK, AİHM, OYBİRLİĞİYLE,

1. Başvurunun *kabuledilebili* olduğuna;
2. AİHS'nin 10. maddesinin *ihlale*ildiğine;
3. AİHS'nin 6§1. maddesi kapsamında yapılan şikayetin ayrı olarak karara bağlanmasına *gerek olmadığına*;
4. a) AİHS'nin 44§2. maddesi uyarınca, kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç ay içinde, ödeme tarihindeki döviz kuru üzerinden YTL'ye çevrilmek üzere miktara yansıtılacak her türlü vergiden muaf tutularak Savunmacı Devlet tarafından başvuranlara ortaklaşa olarak 6.000 Euro (altı bin Euro) manevi tazminat ödenmesine;
- b) sözkonusu sürenin bittiği tarihten itibaren ödemenin yapılmasına kadar, Hükümet'in Avrupa Merkez Bankası'nın o dönem için geçerli olan faiz oranının üç puan fazlasına eşit oranda basit faizin *uygulanmasına*;
5. Adil tazmine ilişkin diğer tüm taleplerin *reddine*;

KARAR VERMİŞTİR.

İşbu karar Fransızca hazırlanmış olup, iç tüzüğün 77§ § 2 ve 3. maddelerine uygun olarak 26 Haziran 2007 tarihinde yazıyla bildirilmiştir.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

PAKDEMİRLİ v. TÜRKİYE DAVASI

(Başv. no. 35839/97)

NİHAİ KARARIN ÖZET ÇEVİRİSİ

STRASBOURG

22 Şubat 2005

Türkiye Cumhuriyeti Devleti aleyhine açılan ve (35839/97) başvuru no'lu davanın nedeni, Ekrem Pakdemirli'nin (başvuran) Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na (Komisyon) 10 Mart 1997 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) eski 25. maddesi uyarınca yapmış olduğu başvurdur.

© T.C. Dışişleri Bakanlığı, 2005. Bu gayrresmi özet çeviri Dışişleri Bakanlığı Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları Genel Müdür Yardımcılığı tarafından yapılmış olup, Mahkeme'yi bağlamamaktadır. Bu çeviri, davanın adının tam olarak belirtilmiş olması ve yukarıdaki telif hakkı bilgisiyle beraber olması koşulu ile Dışişleri Bakanlığı Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları Genel Müdür Yardımcılığı'na atıfta bulunmak suretiyle ticari olmayan amaçlarla alıntılanabilir.

Başvuran, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) önünde Ankara Barosu avukatlarından T. Akıllıoğlu tarafından temsil edilmektedir.

Başvuran, bir siyaset adamı hakkında küçük düşürücü olduğu iddia edilen ifadeler kullandığı gerekçesiyle fahiş tutarda tazminat ödemeye mahkum edilmesinin, AİHS'nin 6. ve

10. maddeleri ile 1 No'lu Ek Protokol'un 1. maddesini ihlal ettiğini iddia etmektedir. AİHM 24 Eylül 2002 tarihinde başvuruyu kabul edilebilir bulmuştur.

OLAYLAR

Davanın Koşulları

Başvuran 1939 doğumlu Türk vatandaşı olup, Ankara'da ikamet etmekte ve bir üniversitede öğretim görevlisi olarak görev yapmaktadır. Başvurunun yapıldığı sırada başvuran Türkiye Büyük Millet Meclisi milletvekili ve ana muhalefet partisi ANAP (Anavatan Partisi) Genel Başkan Vekilidir.

14 Nisan 1995 tarihinde başvuran, bir otoyolun hizmete açılması vesilesiyle açık havada düzenlenen bir basın toplantısında konuşma yaparak, Cumhurbaşkanı Süleyman Demirel'i, 1991 yılında ana muhalefet partisi genel başkanı iken ANAP'tan iki bakanın milletvekili dokunulmazlığını kaldırdığı için eleştirmiştir. Otoyolların yapımına ayrılan ödeneği zimmeterine geçirmekle suçlanan eski bakanlar Yüce Divan'a çıkarılmış ve haklarında beraat kararı verilmiştir. Başvuranın konuşma yaptığı sırada yanında sözkonusu eski bakanlar da bulunmaktaydı.

21 Nisan 1995 tarihinde Sn. Demirel, şahsına ve Cumhurbaşkanlığı makamına karşı iftira ve hakarete bulunulduğu gerekçesiyle başvuran hakkında, Borçlar Kanunu'nun 49§2 maddesi uyarınca tazminat davası açmıştır. Sn. Demirel başvuranın, nezaketten yoksun, küçültücü, aşağılayıcı, hakaret dolu ve iftira niteliğinde sözler sarf ettiğini iddia etmiştir. Bu sözlere gerek yazılı gerekse görsel basın geniş yer vermiştir.

Başvuran Ankara Asliye Hukuk Mahkemesi'ne gönderdiği 5 Haziran 1995 tarihli dilekçesinde, özellikle "Demirel yalancısı" ve "siyaseten özörlü" ifadelerini kullanmadığını belirtmiş ve sözlerinin bir kısmının basın tarafından çarpıtıldığını iddia etmiştir. Başvuran hiçbir şekilde Cumhurbaşkanı'nın manevi kişiliğini değil, birey olarak şahsi kişiliğini hedef aldığının altını çizerek, konuşma kayıtlarının uzmanlar tarafından yeniden çözümünün yapılmasını

ve basın toplantısında bulunan tanıkların dinlenmesini talep etmiştir. Diğer yandan başvuran, Cumhurbaşkanı'nın, Anavatan Partisi üyelerine karşı tutumunun, provokatif ve yıldırıcı olduğunu ileri sürmüştür. Başvuran Sn. Demirel'in 1988 ve 1990 yılları arasında, eski Cumhurbaşkanı ve ANAP Genel Başkanı Sn. Özal'a karşı sarf ettiği sözlerden bazılarını aktararak, Sn. Demirel'in üslubunun da hem biçim hem de içerik olarak kendisinininkine benzer olduğunu belirtmiştir. Başvuran kendi konuşmasının, Sn. Demirel'in Yargıtay kararını değerlendiren sözlerine eleştirel bir cevap niteliğinde olduğunu belirterek, dolayısıyla söyleminin siyaset bilimi bağlamında ve bütünsel bir şekilde incelenmesi gerektiğini vurgulamıştır. Son olarak başvuran, Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinde öngörülen kriterler uyarınca mahkum edilmesinin, Anayasa'nın 10. maddesinde güvence altına alınan kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olmadığını ifade etmiştir.

10 Temmuz 1995 tarihinde başvuran, SHOW TV'de 8 Mayıs 1995 tarihinde yayınlanan bir aktüalite programının yeniden çözümlenmesini talep etmiş ve sözkonusu yayının çözümlenmiş metni dosyaya eklenmiştir.

12 Temmuz 1995 tarihinde, Ankara Asliye Hukuk Mahkemesi 11. Dairesi başvuranı, Sn. Demirel'in şikayetinde yer alan sözkonusu konuşmadan yapılmış alıntılara dayanarak, beş milyar Türk Lirası (yaklaşık ellibeş bin Euro) tazminat ödemeye mahkum etmiştir. Mahkeme aynı zamanda, masrafı başvuran tarafından karşılanmak üzere, karar özetinin yüksek tirajlı bir günlük gazetede yayınlanmasına karar vermiştir. Mahkeme başvuranın sözkonusu konuşmanın çözümlenmesine ilişkin ek ekspertiz yapılması talebini reddetmiştir. Diğer yandan mahkeme, başvuranın iddiasının aksine, iki eski bakan hakkında başlatılan adli işlemin, "provokasyon" ya da "art niyetli bir siyasi manevra" olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiştir.

Ankara Asliye Hukuk Mahkemesi, Borçlar Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca başvuran tarafından verilecek tazminat tutarını belirlerken, "*manevi tazminatın bir zenginleştirme aracı olmadığı ya da felaketi özendirici bir hale getirmesi şeklindeki klasik görüşlerin terk edildiğini*" ifade ederek, burada kişilik değerinin alçaltılmasının sözkonusu olduğunu, bunun asla tazmin edilemeyeceğini ve batı yargı sistemlerinde geçerli olan yaklaşımın, fail için caydırıcı, mağdur için ise tatmin edici bir tazminat verilmesi yönünde olduğunu eklemiştir.

Esasen Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından belirlenen tazminat tutarı, başvuranın mal beyanında belirttiği tutarın yarısına denk düşmekte olup, Sn.

Demirel'in gelir beyanında belirttiği tutara ise eşittir. Başvurana göre bu, bir Türk mahkemesi tarafından o zamana kadar verilmiş en yüksek manevi tazminat miktarıdır.

9 Ağustos 1995 tarihinde başvuran, hakkında verilen hükmün yalnızca davacı tarafın sunduğu delillere dayandığı gerekçesiyle temyize gitmiştir. Başvuran bu delillerin, basında çıkan yazılardan oluştuğunu belirterek, bir hükmün, konuyla ilgili içtihatlarla aykırı olarak bu unsurlara dayanamayacağını dile getirmiştir. Başvuran, kararın gerekçe kısmında bahsedilen belgelerin soruşturma dosyasında yer almadığını da eklemiştir. Ayrıca bir siyasi gruba karşı yöneltilen genel eleştirilerin haksız yere Cumhurbaşkanı'na karşı yöneltilmiş gibi yorumlandığının altını çizerek, konuşmasının her türlü kişisellikten yoksun olduğunu doğrulayabilecek tanıkların dinlenmesini talep etmiştir. Başvuran Yargıtay'da, Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından belirlenen tazminat miktarının fahiş tutarda olduğunu ve kanunla öngörülen amaçta uygun olmadığını ileri sürmüştür. Bu tür eleştirilerin, siyaset adamları için oyunun kurallarının bir parçası olduğunu göstermek amacıyla başvuran, daha önceden Cumhurbaşkanı'nın selefi hakkında sarf ettiği hakaret niteliğindeki sözleri aktarmıştır. Başvurana göre ceza değerlendirilirken, ne provokasyon unsuru ne de AİHS'nin 10. maddesinde öngörülen ifade özgürlüğü hakkı gözönünde bulundurulmuştur.

3 Kasım 1995 tarihinde Yargıtay, davalı tarafın ek deliller toplama talebinin mahkeme tarafından reddedilmesinin savunma hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle, başvuranın aleyhindeki hükmü bozmuştur. Ayrıca Yargıtay, davanın incelenmesindeki bazı eksikliklere, özellikle de TRT'deki video kaydının tamamının uzmanlar tarafından çözümlenmemesine dikkat çekmiştir.

29 Şubat 1996 tarihinde dosyayı yeniden inceleyen ilk derece mahkemesi, ilk verdiği hükmü koruyarak, temyiz kararında belirtilen eksikliklerin giderildiğini ve ikinci hükmün

delil listesine iki yeni unsur daha eklendiğini belirtmiştir. Fakat görevli hakim, TRT ve SHOW TV'deki bant kayıtlarının çözümlenmiş metinlerinin konuşmanın içeriğini net bir şekilde verdiği gerekçesiyle, başvuran tarafından dile getirilen tanıkların dinlenmesi talebini reddetmiştir. Diğer yandan hakim, mevcut davada sözkonusu olanın, iki siyaset adamı arasında bir tartışma değil, fakat bir Devlet adamı olarak Cumhurbaşkanı'na yönelik hakaret dolu sözler olduğu gerekçesiyle, başvuranın esas hakkındaki görüşlerini de reddetmiştir. İlk derece mahkemesi hakimi, Cumhuriyet Savcılığı tarafından

Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na Pakdemirli'nin milletvekili dokunulmazlığının kaldırılması talebinde bulunulduğunu, fakat bundan bir sonuç alınmadığını hatırlatarak, başvuranın dokunulmazlıktan yararlanamamış olsaydı, yaptığı fiilden ötürü kesinlikle hakkında ceza hükmü verileceğini belirtmiştir.

28 Mart 1996 tarihinde, başvuran bu kararı da temyize götürmüştür. Hukuk davalarında ses kayıtlarının kesin delil değil yalnızca karine teşkil ettiğini ileri süren başvuran, bir kez daha tanıkların dinlenmesini talep etmiştir. Başvuran ayrıca, ödemeye mahkum edildiği tutarın mülkiyet hakkının ihlali olarak nitelendirmiştir.

3 Haziran 1996 tarihinde Yargıtay, ilk derece mahkemesinin bu kararını onamıştır.

8 Temmuz 1996 tarihinde başvuran kararın düzeltilmesi için başvurmuş, 25 Kasım 1996 tarihinde Yargıtay bu talebi reddetmiştir.

30 Ocak 1997 tarihinde başvuran, gecikme faizleri de eklenerek 7.925.780.000 TL (o dönemde yaklaşık 60.000 Euro) tazminat ödemiştir.

HUKUK AÇISINDAN

I. AİHS'NİN 10. MADDESİ'NİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

Başvuran, dönemin Cumhurbaşkanı Sn. Demirel hakkındaki sözlerinden ötürü büyük miktarda tazminat ödemeye mahkum edilmesi nedeniyle, AİHS'nin 10. maddesine aykırı olarak ifade özgürlüğü hakkının ihlal edildiğinden şikayetçi olmaktadır.

A. Temel İlkeler

AİHM öncelikle içtihatlarından doğan temel ilkeleri hatırlatmak ister (Bkz., diğerleri arasında, *Hertel-İsviçre*, 25 Ağustos 1998, *Derleme Kararlar ve Hükmeler* 1998-VI, § 46).

İfade özgürlüğü, demokratik bir toplumun en önemli temellerinden birisi olup, toplumsal ilerlemenin ve her kişinin gelişiminin başlıca koşullarından birini teşkil etmektedir. AİHS'nin 10. maddesinin 2. fıkrası saklı kalmak koşuluyla, ifade özgürlüğü, yalnızca iyi karşılanan ya da zararsız veya önemsiz olduğu düşünülen değil, aynı zamanda kırıncı, hoş karşılanmayan ya da kaygı uyandıran "bilgiler" ya da "düşünceler" için de geçerlidir: çoğulculuk,

hoşgörü ve açık düşünce bunu gerektirir ve bunlar olmaksızın “demokratik bir toplum” olamaz. 10. maddede benimsenen ifade özgürlüğü bu şekilde olmakla birlikte, yine de bu, dar bir yorum gerektiren istisnalar içermektedir ve bu hakkı kısıtlama ihtiyacının ikna edici bir biçimde ortaya konması gerekmektedir.

AİHS'nin 10 § 2 maddesindeki anlamıyla “zorunlu (nécessaire)” sıfatı, “zorunlu bir toplumsal ihtiyaç” anlamına gelmektedir. Sözleşmeciler Devletler böylesi bir ihtiyacın var

olduğuna dair hüküm vermek için belli bir takdir payından yararlanmaktadırlar, fakat bu takdir payı, aynı anda hem kanuna, hem de bağımsız bir yargı mercii tarafından verilmiş olsa bile sözkonusu kanunu uygulayan kararlara dayanılarak, AİHM'nin de denetiminden geçmektedir. Dolayısıyla AİHM, bir “kısıtlama”nın, AİHS'nin 10. maddesinin güvence altına aldığı ifade özgürlüğü ile bağdaşıp bağdaşmadığı hususuna karar vermede yetki sahibi olan son mercidir.

AİHM'nin görevi hiçbir şekilde, bu denetimi yerine getirirken, yetkili iç yargı mercilerinin yerini almak değil, fakat sözkonusu yargı mercilerinin takdir yetkilerini kullanarak verdikleri kararların, AİHS'nin 10. maddesi açısından doğruluğunu denetlemektir. Buradan çıkan sonuç, AİHM'nin, Savunmacı Devlet'in bu yetkiyi iyi niyetle, titizlikle ve makul bir şekilde kullanıp kullanmadığını araştırmakla yetinmek zorunda olduğu değildir: AİHM, anlaşmazlık konusu olan müdahalenin “gözetilen meşru amaçla orantılı” olup olmadığını ve bunu haklı göstermek için ulusal makamlar tarafından ortaya konan gerekçelerin “uygun ve yeterli” görünüp görünmediğini tespit edebilmek amacıyla, sözkonusu müdahaleyi, davanın bütününe bakarak değerlendirmek zorundadır. Bu şekilde AİHM, ulusal mercilerin AİHS'nin 10. maddesinde benimsenen ilkelere uygun kurallar uyguladığından emin olmalı, dahası, bunun, ilgili olayların kabuledilebilir bir takdirine dayandığına ikna olmalıdır.

Herkes için değerli olan ifade özgürlüğü, seçmenlerini temsil eden, onların kaygılarına işaret eden ve çıkarlarını savunan halk tarafından seçilmiş bir kimse için özellikle değerlidir. Sonuç olarak, başvuran gibi, muhalefet partisinden bir milletvekilinin ifade özgürlüğüne yönelik müdahaleler, AİHM'yi daha sıkı bir denetim gerçekleştirmeye sevk etmektedir (*Kudüs - Avusturya*, no: 26958/95, § 36, CEDH 2001-II).

B. İlkelerin Mevcut Davaya Uygulanması

AİHM öncelikle, kendisine gelen davanın, sorumluluğu içeren kararı olduğu kadar cezanın ağırlığını da ilgilendirmesi halinde, AİHM'nin, verilen tazminat cezasının aşırılığı, özellikle de hakimin bu miktarı haklı göstermek için ortaya koyduğu gerekçeler üzerine yoğunlaştığına dikkat çeker. Böylelikle AİHM, 8 Temmuz 1986 tarihli *Lingens- Avusturya*, (Seri A n° 103, ss. 24-28, §§ 34-47), 23 Nisan 1992 tarihli *Castells- İspanya*, (Seri A n° 236, ss. 20-24, §§ 33-50) ve 25 Haziran 1992 tarihli *Thorgeir Thorgeirson – İzlanda* (Seri A n° 239, ss. 24-28, §§ 55-70) kararlarında belirtilen onurun korunmasına ilişkin daha “klasik” davalara olduğu kadar, mahkeme tarafından verilen tazminat cezasının tutarının anlaşmazlık konusu olduğu 13 Temmuz 1995 tarihli *Tolstoy Miloslavsky – Birleşik Krallık* (Seri A n° 316-B, ss.71- 78, §§ 35-55) kararı na da başvurmak gerektiği kanaatindedir.

1. Müdahale

Hükümet, şeref ve haysiyetine saldırı olduğunu varsayan bir kimse tarafından tazminat davası açıldığında, başlatılan hukuk muhakemeleri usulünün, yalnızca anlaşmazlığa düşen tarafları ilgilendirdiğini ve hiçbir surette AİHS'nin 10. maddesindeki anlamıyla “müdahale” teşkil edemeyeceğini ileri sürmektedir. Hükümete göre, cezai bir yargılama olmayan mevcut dava kapsamında, başvuranın 10. maddedeki anlamıyla müdahaleden söz etme hakkı bulunmamaktadır ve bu itibarla başvuranın şikayeti, açıkça dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle reddedilmelidir.

Başvuran Hükümet'in bu savıyla, AİHS'nin yatay olarak uygulanabilirliğinin tanınmadığını ileri sürmektedir. Başvuran, Sn. Demirel'in de kendisine karşı şikayette bulunmuş olduğunu ve milletvekili dokunulmazlığının kaldırılmasını talep ettiğini, fakat bu talebin sonuçlandırılmadığını hatırlatmaktadır.

AİHM, mevcut davada bir müdahalenin varlığı konusunda, hakaretten ötürü bir hukuk davasında alınan cezanın, AİHS'nin 10. maddesinin alanına giren bir müdahale olarak incelendiği yerleşik içtihatlarını hatırlatır (örneğin, *De Haes ve Gijssels-Belçika*, 24 Şubat 1997 tarihli karar, *Derleme* 1997-I). Dolayısıyla AİHM, Hükümet'in bir müdahalenin varolmadığı temelindeki iddiasının dikkate alınmaması gerektiği kanaatindedir.

2. Müdahale kanunla öngörülmüş müydü?

Başvuran tazminat ödemeye mahkum edilmesinin iç hukukta temeli olduğuna itiraz etmemektedir. Buna karşılık sözkonusu kanunun, yani Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinin, kendisini malvarlığının yarısından mahrum bi-

rakacak kadar büyük miktarda bir tazminat tutarını öngörmeye elvermediğini ileri sürmektedir.

Hükümet, Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinin, vatandaşların davranışlarını düzenlemelerini sağlamaya yetecek kadar açık bir dille ifade edilmiş bir norm olduğunu savunmaktadır. Şayet AİHM bir müdahale saptarsa, bu AİHS'nin 10§2 maddesi uyarınca "kanunla öngörülmüş"tür.

AİHM, daha önceden de, "şeref ve haysiyete saldırıdan ötürü ödenecek tazminatın hesaplanmasına ilişkin ulusal yasaların, ortaya çıkabilecek sonsuz sayıdaki durumları gözönünde bulundurulabilmeye elverişli olması gerektiği" hükmüne vardığını ve sonuç olarak, 10. maddede yer alan "kanunla öngörülen" kavramının, yargılanan kişinin "kendi davasında verilebilecek olan tazminat miktarını önceden belirli bir kesinlik derecesiyle kestirebilmesini" gerektirmediğini hatırlatır (*Tolstoy Miloslavsky*, adigeçen karar, § 41).

AİHM, Borçlar Kanunu'nun 49. maddesine göre tazminat miktarının hesaplanmasında hakimin takdir yetkisinin kısmen keyfi olduğunu kaydeder. Şayet hakim, tarafların sosyo- ekonomik durumu gibi unsurları gözönünde bulundurmuş olsaydı, uygulanacak bu kriterler hakime belirli bir takdir payı bırakabilirdi. Öte yandan AİHM, Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinin açıkça orantılılık ilkesini öngörmese bile, bu ilkenin Medeni Kanun'un 4. maddesinde öngörüldüğünü gözlemlemektedir.

Yüksek bir esneklik derecesinin bu alanda haklı görülebileceği düşünüldüğünde ve tazminat tutarının hesaplanmasında hakim tarafından gözönünde bulundurulması gereken kriterler ile Yargıtay tarafından yürütülen denetim dikkate alındığında, AİHM şeref ve haysiyete saldırıdan ötürü verilecek tazminat miktarına ilişkin ilgili hukuki düzenlemelerin yeteri kadar açık olduğu sonucuna varmıştır. Kısaca, başvuranın tazminat ödemeye mahkum edilmesi "kanunla öngörülmüştür" (Bkz., *Tolstoy Miloslavsky* kararı, s. 91, §§ 42 ve 44).

3. Müdahalede meşru bir amaç gözetiliyor muydu?

Sözkonusu müdahalenin, ilk bakışta AİHS'nin 10§2 maddesi bakımından, yani bir başkasının şeref ve haysiyetinin korunması açısından meşru bir amaç güttüğü kesinlikle reddedilemez.

AİHM, başvuranın mahkum edildiği Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinin, sözkonusu meşru amacı açıkça ifade ettiğini not eder. Bununla birlikte mev-

cut davada, bu hükmün uygulamaya konmasında gözetilen amacın “meşru” kabul edilip edilemeyeceğinin de belirlenmesi gerekir. AİHM ikinci soruyu, demokratik bir toplumda müdahalenin gerekliliği sorusuyla birlikte ve bu sorularla yakından bağlantılı olan hususları da dikkate alarak inceleyecektir.

4. Demokratik bir toplumda müdahale gerekli miydi?

AİHM, olayların meydana geldiği dönemde iki tarafın konumunun, değerlendirilecek unsurlar arasında ilk sırada yer aldığını not eder: bir yanda milletvekili ve eski bir bakan olan başvuran, diğer yanda ise Cumhurbaşkanı Sn. Demirel vardır. Ayrıca başvuran, olaylardan önce iktidarda olan Anavatan Partisi'nin Genel Başkan yardımcısıdır ve aynı dönemde Sn. Demirel ana muhalefet partisi lideri olarak politik arenada daha aktif bir konuma sahiptir. Sonuçta her iki isim de siyaseten çekişmeli uzun bir geçmişe sahiptir. İkinci olarak AİHM, davaya ait olayların da siyasi bağlamda yer aldığını tespit eder.

Kabuledilebilir eleştiri sınırları hususunda ise AİHM, sıradan bir kimse ile karşılaştırıldığında bu sınırların, halka mal olmuş bir kişi olarak hareket eden siyaset adamları için daha geniş olduğunu bir çok kez kabul etmiştir. Siyasetçilerin fiil ve davranışları, kaçınılmaz olarak ve bilinçli bir şekilde, gazetecilerin olduğu kadar vatandaşların, hepsinden çok da siyasi rakibinin sıkı bir denetimine tabidir. Bir siyaset adamı, özellikle de kendisi eleştiriye yol açabilecek halka açık konuşmalar yaptığı zaman daha fazla hoşgörü göstermelidir. Elbette siyaset adamının namını koruma hakkı vardır, hatta özel yaşamının dışında bile, fakat ifade özgürlüğüne getirilen istisnalar dar bir yorumu zorunlu kıldığından, bu korumanın gerektirdikleri ile siyasi sorunların özgürce tartışılmasının getirdiği yararlar denge içinde olmalıdır (Bkz., özellikle, *Oberschlick-Avusturya* (no:2), 1 Temmuz 1997 tarihli karar, *Derleme* 1997-IV, ss. 1274-1275, § 29 ve adigeçen *Lingens*, s. 26, § 42).

Bu durumda AİHM, sözkonusu konuşmanın içeriği ile ilgili olarak, başvuranın kullanmış olduğu bazı kelimelerin (“yalancı”, “iftiracı”, “Çankaya'nın şişmani”, “dar kafalı”, “lastikleri patlasın”, “öbür dünyaya gidince Allah affetmez”), siyasi bir eleştiri olmaktan çok bir hakaret ve beddua tufanı olduğunu gözlemlemektedir. Polemik gibi görünen ve belli ölçüde asılsız bir kişisel saldırı içeren bu sözlerin, ilgili kişiler ve konuşmanın çerçevesi politik alanda yer alsın bile siyasi bir tartışma içindeki bir görüş kapsamında çözümlenebilmesi zordur (Bkz., *a contrario*, *Oberschlick* (no:2), adigeçen karar, s. 1276, § 33).

Diğer yandan AİHM, başvuranın yerel mahkemeler ve AİHM önünde, Sn. Demirel'in rakip parti yöneticilerine karşı kullanmış olduğu sözlere gönder-

me yaptığını gözlemlemektedir. AİHM, siyaset adamlarının birbirlerine karşı kullandıkları bu sözlerin açıkça şiddetli tepkiler yaratmaya yönelik olduğunu belirtir.

Bu gözlemler ışığında AİHM, yerel hakimi sözkonusu hükmü vermeye sevk eden gerekçeleri inceleyecek ve dile getirilen meşru amaç temelinde, başvuran hakkında verilen mahkumiyetin haklı gösterilmesi için bu gerekçelerin uygun ve yeterli olup olmadığını tespit edecektir. Bu bağlamda AİHM, mahkumiyet kararının gerekçe kısmında yer alan ve özel dikkat gerektiren bazı bölümleri ele alacaktır.

AİHM öncelikle, hakimin Borçlar Kanunu'nun 49§2 maddesinde öngörülen " tarafların sosyo-ekonomik durumu" ölçütüne en azından alışılmamış bir yorum getirmiş ve sözkonusu ölçütü, tarafların birbirlerine karşı durumları arasında bir denge sağlamak için değil mümkün olan en yüksek tazminat tutarını belirlemek için kullandığını not eder: "(...) *tarafların varlıklı olduğu (...) Manevi tazminatın bir zenginleşme aracı olmadığı, ya da haksız eylemi özendirici hale getirmesi şeklindeki klasik görüşler terkedilmiştir (...)*" AİHM ancak bu usullama ile Yargıtay içtihatları arasındaki belirgin çelişkiye işaret edebilir.

AİHM diğer yandan, başvuranın toplumdaki yerinin, özellikle eğitim seviyesi ile üniversite profesörü olarak statüsünün ilgili kişinin aleyhine işleyen etkenler olarak belirlediğini tespit etmektedir: "*Davalının sosyal durumu itibarıyla üst düzeyde bulunması nedeniyle topluma örnek davranışlarının kendisinden beklenmesi gerekir. Aksine davalının olayımızda, toplum huzurunda davacının kişilik haklarına ağır şekilde ihlalde bulunduğu görülmektedir*". Bunun ardından hukuk mahkemesi hakimi, başvuranın milletvekili dokunulmazlığından yararlanamamış olması halinde hakkında uygulanacak olan ceza yasasından bahsetmektedir: "*Ceza Kanunumuzda Cumhurbaşkanına hakaret başlığını taşıyan bölüm hakaret suçunun en ağır hükmünü ihtiva etmektedir. Davalının, Cumhurbaşkanına hakaret suçundan dolayı dokunulmazlığının kaldırılması için Cumhuriyet Başsavcılığı'nın hazırlık evrakı fezlekeye bağlanarak TBMM başkanlığına gönderilmiştir. Fakat TBMM tarafından başvuran hakkında herhangi bir hukuki işlem başlatılmamıştır. Eğer bu suç herhangi bir Türk vatandaşı işlemiş olsaydı, CMUK ilgili hükümleri gereğince Suçüstü Hükümlerine göre yargılanıp TCK'nın ilgili maddesi gereğince tutuklanarak, tecil ve para cezasına çevrilmeksizin [hapis cezasına] mahkum olması gerekirdi. Davalı bu eylemi ile dokunulmazlığından yararlanarak bu işlemle karşılaşmamıştır. Bu durum kendisini eyleminden dolayı haklı duruma getirmez.*"

AİHM, hukuki cezanın keyfi bir biçimde değerlendirilmiş olduğu görüntüsünü veren bir diğer kaygı verici unsur daha inceleyecektir: sözkonusu değerlendirme, davacının şahsiyetine yönelik zararın dikkate alınmasıyla değil, Cumhurbaşkanı'nın statüsünün aşırı ölçüde korunması yoluyla yapılmıştır: *“Siyasetçiler arasında sert sözlerin söylenmesi bir derece makul ve siyasetin gereği kabul edilirse de, Devlet Başkanlığı makamında bulunan kişinin bu makama gelmekle politikacılık sıfatından arınıp, Devlet Adamlığı sıfatını kazandığından bu kişiye karşı suç teşkil edecek davranışları makul görmek mümkün değildir(...)*Davacı, Devletimizin içte ve dış ülkelerde temsilcisidir. Onun kişiliğine karşı sarfolunan ağır sözler, aynı zamanda Cumhurbaşkanlığı makamının manevi şahsiyetini zedelediği gibi temsil ettiği Türkiye Cumhuriyeti'nin kanı, teri, şehitleri ve gazileri ile kurulmuş, kurucusu ulu Atatürk tarafından Türk milletine emanet edilmiştir. Herkesin emanet edilen Türkiye Cumhuriyetini korumak ve kollamak görevidir. Bu durum karşısında, davalının ağır hakaretinin vahameti açık ve seçik görülmektedir, içeride ve dışarıda Türkiye'yi parçalamak isteyenler varken, Cumhurbaşkanlığı makamının zaafa uğratılması bu güçlere cesaret verir.”

AİHM daha önce de, suç alanında özel bir yasa ile artırılan korumanın ilkesel olarak AİHS'nin ruhuna aykırı olduğunu ifade etmiştir. AİHM, *Colombani ve diğerleri-Fransa* kararında (no: 51279/99, §§ 66-69, CEDH 2002-V) devlet adamlarına ve yabancı

diplomatlara karşı işlenen suçlara ilişkin yürürlükten kaldırılan 29 Temmuz 1881 tarihli Fransız yasasını incelemiş ve güdülen amaçla orantılı olarak karalama ve hakaretin yasayla suç sayılmasının, herkes için olduğu gibi devlet başkanları için de, şeref ve haysiyetlerine yönelik bir saldırı ya da hakaret dolu sözlerin cezalandırılmasını sağlamaları açısından yeterli olduğunu hatırlatmıştır (Bkz., adigeçen *Colombani* kararı, 67. paragraf). AİHM ancak, ilgili yasa hakkındaki görüşünü, daha doğrusu hakimın kişisel kanaatini açığa vuracak şekilde yasayı yorumladığı ve bu yasayla öngörülen “ tarafların durumu” kriterinin bir ayrıcalığı belirtmek için desteğe dönüştürüldüğü keyfi takdir konusundaki düşüncesini yineleyebilir.

Son olarak AİHM, hakimın, Cumhurbaşkanı'nın maruz kaldığı manevi zarar konusundaki son derece katı anlayışına (*“Burada, hiçbir şekilde telafi edilemeyecek olan eksilen kişilik değerleri söz konusudur”*) ve kuşkusuz aynı kavramsal mantığı izleyen tazmine ilişkin takdirine (*“İşte bu nedenle hiç olmazsa, manevi tazminatın miktarını yüksek tutarak faili caydırma ve mağduru tatmin amacına ilişkin görüş, batı hukuk sisteminde yürürlüktedir”*) dikkat çeker. Ulu-

sal mevzuat ve içtihatlardaki orantılılık ilkesine aykırı olarak hakimın cezalandırıcı düşünme biçimi, tazminatı hukuki bir cezaya dönüştürmüştür.

AİHM yukarıda anlatılanları gözönünde aldığında, mahkumiyet verilmesiyle gözetilen amacın ne Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinde yer alan ve elbette AİHS'nin 10§2 maddesine göre meşru olan amaçla aynı olduğuna, ne de yasanın bu şekilde uygulanmasının zorunlu bir toplumsal ihtiyaca cevap verdiğine ikna olmuştur. Esasen, yukarıda da belirtildiği üzere hakimın gerekçesinin uygunluğuna bağlı sorunsal, "orantılılık" ölçütünün incelenmesini gerektirmektedir.

Tazminata ilişkin tüm kararların haysiyete yönelik saldırı ile makul bir orantılılık ilişkisi kurması gerektiği düşünüldüğünde, AİHM içtihatlarına göre bir hukuk davasında başvurana yüklenen tazminat tutarı, AİHS'nin 10. maddesine yönelik bir müdahale teşkil edebilir (Bkz., örneğin adigeçen *Tolstoy Miloslavsky* kararı, s. 71, § 35).

Hükümete göre ilk derece mahkemesi tarafından 29 Şubat 1996 tarihinde başvurana verilen tazminat cezası 57.819 Euro'ya denk düşmektedir ve bu tutar izlenen meşru amaç ile orantılıdır.

Başvuran ise olayın meydana geldiği 15 Nisan 1995 tarihindeki Resmi Gazete'de yayımlanan döviz kurlarını baz alarak, sözkonusu tutarı 87.353 Euro olarak hesap etmiştir. Başvuran tazminat tutarının mal varlığıyla orantılı bir biçimde tespit edildiğini hatırlatarak, hakimın açıkça, sahip olduğu ekonomik olanakları ortadan kaldırarak kendisini cezalandırmaya yönelik davranışını düşünmektedir. Başvurana göre, hukuk mahkemesi hakimi, cezalandırıcı bir mantıkla hareket etmiş ve cezai bir mahkumiyet verilemeyeceği için fahiş tutarda bir tazminat cezası belirleyerek, hukuki yaptırımını "etkin" kılmak için elinden gelen tüm gayreti göstermiştir.

AİHM, ilgili ulusal yasalarda bu tür tazminatlar için tavan veya taban tutarlar tespit edilmediğini, fakat verilecek tutarın hesaplanmasını düzenleyen üç kriter öngördüğünü not eder: tarafların statüleri, görevleri ve ekonomik durumları. AİHM mevcut davada sözkonusu hükmün gerekçesinden, hukuk mahkemesinin, bu üç kriter dışında, başvuranın dokunulmazlıktan yararlanmasında sayesinde hakkında cezai kovuşturma açılmayacağı olasılığını dikkate almakla yetindiğini tespit etmektedir. Oysa bir hukuk mahkemesinin, ceza mahkemelerini ikame etmek gibi bir işlevi olamaz.

Ayrıca ne ilk derece mahkemesinin ne de Yargıtay'ın, Medeni Kanun'un 4. maddesinde yer alan ve tazminat tutarlarının belirlenmesinde orantılılık ilkesini öngören *genel hükümlere* başvuramamaları şaşırtıcıdır. AİHM bu kadar büyük miktardaki bir tazminatın özellikle eleştiriye açık olması gerektiği kanaatindedir. AİHM ayrıca başvuranın, sözkonusu tazminatın, Türkiye'de şeref ve haysiyete saldırı konusunda verilmiş en yüksek tutarda olduğu şeklindeki sözlerinin de dikkate alınması gerektiğini düşünmektedir (Bkz., *mutadis mutandis, Tolstoy Miloslavsky*, adı geçen karar, ss. 75-76, § 49). Bu itibarla AİHM, başvuranın söylediklerine karşı Hükümet tarafından uygun delil üretilmediğini kaydeder.

Yukarıda anlatılanlar dikkate alındığında AİHM, başvuranın tazminat cezası ödemeye mahkum edilmesinin “kanunla öngörüldüğü” ve AİHS'nin 10§2 maddesi uyarınca “meşru bir amaç” güttüğü kanaatine varmıştır. Bununla birlikte mevcut davada yasanın uygulanış biçimi şüphelidir. Sonuç olarak, verilen tazminat cezasının miktarı, bu tür davalarda genellikle verilen tutarlarla ve sözkonusu konuşmanın ağırlığıyla karşılaştırıldığında, ulusal yasalarla gözetilen amaç ile makul bir orantılılık ilişkisi kesin olarak bulunmadığı için, bu kadar büyük bir miktarda tazminat cezası verilmesinin “demokratik bir toplumda gerekli” olduğu kabul edilemez.

Dolayısıyla AİHS'nin 10. maddesi ihlal edilmiştir.

II. AİHS'NİN 6§1 MADDESİ VE 1 NO'LU EK PROTOKOL'ÜN 1. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

İki ayrı konuda daha şikayette bulunan başvuran, adil bir yargılamadan yararlanmadığını, zira hakimin tarafı ve silahların eşitliği ilkesine aykırı davrandığını iddia etmekte ve bu itibarla AİHS'nin 6§1 maddesine gönderme yapmaktadır.

Diğer yandan başvuran, malvarlığının yarısına denk düşen bir tazminat ödemek zorunda bırakılmasının 1 No'lu Ek Protokol'ün 1. maddesini ihlal ettiğini düşünmektedir.

AİHS'nin 10. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varan AİHM, AİHS'nin 6§1 veya 1 No'lu Ek Protokol'ün 1. maddesine ilişkin ayrı bir sorunun ortaya çıkmadığı kanaatine varmış ve sözkonusu şikayetlerin ayrı bir incelemeyi gerektirmediğine karar vermiştir.

III. AİHS'İNİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI HAKKINDA

AİHS'nin 41. maddesinde belirtilen unsurlar.

A. Tazminat

1. Maddi tazminat

Başvuran, tüketici fiyatları endeksi aracılığıyla ve sözkonusu tutarı Ekim 2002 tarihinde geçerli olan Euro değerine çevirerek, ödemesini yaptığı toplam miktarı şu an için 125.655 Euro olarak hesap etmektedir. Bu miktara, şayet para Türkiye'deki bir bankaya yatırılmış olsaydı işlenecek olan toplam 62.827 Euro tutarında faiz eklenince, başvuran maddi tazminatın 188.482 Euro'ya kadar yükseldiğini ileri sürmektedir.

Hükümet, başvuranın maddi tazminat adı altında talep ettiği miktarın aşırı olduğu kanaatindedir. Hükümet, AİHM'nin bir ihlal tespit etmesi halinde bu tespitin yeterli olduğunun gözönünde bulundurulmasını talep etmektedir.

2. Manevi tazminat

Başvuran ayrıca, Sn. Demirel'in rakibi olmanın kendisini Başbakan Yardımcısı veya Bakan gibi itibarlı mevkilere getirilmekten yoksun bıraktığını ileri sürerek, AİHM'den kendisine 10.000.000 Euro tutarında manevi tazminat ödenmesine karar vermesini talep etmektedir. Bu iddia konusunda başvuran, olayların meydana geldiği dönemde Başbakan olan Mesut Yılmaz'ın bu yöndeki beyanından yararlanmaktadır.

Hükümet ise başvuranın bu iddialarının tamamen spekülasyona dayandığını ileri sürmektedir.

3. AİHM'nin Takdiri

AİHM, mevcut davada ihlal tespitinin her şeyden önce, başvuranın ödemesi gereken tazminat tutarının orantılılıktan yoksun olmasına dayandığını hatırlatır. Bununla birlikte AİHM, sözkonusu davada hesap edilecek tazminat tutarının belirlenmesi amacıyla ulusal mahkemelerin yerini alamayacağı kanaatindedir. AİHM başvuran tarafından ödenen tutarın, gecikme faizleri ile birlikte yaklaşık 60.000 Euro olduğunu not eder.

AİHM hakkaniyete uygun olarak başvurana maddi ve manevi tazminat için toplam

35.000 (otuzbeş bin)Euro verilmesine karar vermiştir.

B. Masraf ve Harcamalar

Başvuran 28 Ocak 1997 tarihinde, avukatıyla bir sözleşme yaptıklarını ve buna göre sözleşmenin imzalandığı anda 300.000.000 TL (yaklaşık 2116 Euro) tutarında bir ön ödeme yaptığını belirtmektedir. Söz konusu sözleşmenin ek şartlarına göre, başvuranın AİHM'deki davayı kazanması halinde, avukatına 8.700 Amerikan Doları (6672,9 Euro) tutarında ödeme yapması gerekmektedir.

Hükümet ise bu talebi aşırı bulmakta ve belgelendirilmediğini ileri sürmektedir. Bu açıdan Hükümete göre avukat, müvekkili ile sözleşme yapmakla yetinmeyip, üzerinde vergi numarası bulunan faturanın aslını da başvurana vermek zorundadır.

6672,9 Euro konusunda ise AİHM, *quota litis* anlaşmasının söz konusu olduğunu belirtir. Söz konusu anlaşma yalnızca avukatı ve müvekkili arasında yükümlülükler doğurur ve AİHM'yi bağlayamaz. AİHM sadece iddia edilen masrafların gerçekliğine göre değil, aynı zamanda bunların makul olup olmadığını da dikkate alarak ödenecek masraf ve harcamaların düzeyini tespit etmek zorundadır (Bkz., *mutadis mutandis*, *latridis*-Yunanistan (dostane çözüm) [GC], no: 31107/96, § 55, CEDH 2000-XI).

AİHM, AİHS'nin 41. maddesi uyarınca Pakdemirli'ye hakkaniyete uygun olarak masraf ve harcamalar için 3.000 (üç bin) Euro ödenmesine karar vermiştir.

C. Gecikme Faizi

AİHM, Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal kredi kolaylıklarına uyguladığı % 3 'lük faiz oranının uygulanacağını belirtmektedir.

BU GEREKÇELERE DAYALI OLARAK AİHM OYBİRLİĞİYLE ,

1. AİHS'nin 10. maddesinin *ihlal edildiğine*,
2. AİHS'nin 6§1 maddesi ve 1 No'lu Ek Protokol'ün 1. maddesine dayanan şikayetlerin ayrı ayrı *incelenmesine gerek olmadığına*,
3. a) AİHS'nin 44 § 2 maddesi gereğince, kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç ay içinde, ödeme tarihindeki döviz kuru üzerinden TL.'ye çevrilme üzere Savunmacı Hükümetin başvurana,

- i. manevi tazminat için 35.000 (otuzbeş bin) Euro ödemesine,
 - ii. masraf ve harcamalar için 3.000 (üç bin) Euro ödemesine;
 - iii. KDV, pul, harç ve masrafların yukarıdaki miktarlara *yansıtılabilmesine*;
- b) Söz konusu sürenin bittiği tarihten itibaren ve ödemenin yapılmasına kadar, Hükümetin, Avrupa Merkez Bankasının o dönem için geçerli faizinin üç puan fazlasına eşit oranda basit faizi *uygulamasına*;
4. Adil tazmine ilişkin diğer taleplerin *reddine*; karar vermiştir.

İşbu karar Fransızca olarak hazırlanmış ve AİHM'nin iç tüzüğünün 77§§ 2 ve 3 maddesine uygun olarak 22 Şubat 2005 tarihinde yazıyla bildirilmiştir.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ
İKİNCİ BÖLÜM

DICKINSON v. TÜRKİYE*

(Başv. no. 25200/11)

KARAR

10. Madde • İfade özgürlüğü • Başvuranın, Başbakanın dış politikasını eleştirmek amacıyla Başbakanı bir köpek şeklinde karikatürize ettiği “kolaj” çalışması için adli para cezası ödemeye mahkûm edilmesi • Cezanın, denetimli serbestlik ile beş yıl ertelenmesi • Genel menfaate ilişkin bir tartışmaya dâhil olan siyasi eleştiri, yeterli olgusal temelden yoksun değer yargısı, hicivli sanat biçimi • İlgilinin, kamu menfaatini ilgilendiren konularda kendisini ifade etme isteği üzerinde caydırıcı etki • Mahkeme içtihatlarında belirlenen kriterlere göre söz konusu haklar arasında yeterli ve uygun bir denge gözetilmemesi • Cezanın orantılı olmaması

STRAZBURG

2 Şubat 2021

Kesinleşme Tarihi

31 Mayıs 2021

İşbu karar, Sözleşme'nin 44 § 2 maddesinde belirtilen koşullar çerçevesinde kesinleşecektir. Bazı şekli düzeltmelere tabi tutulabilir.

Dickinson / Türkiye davasında,

Başkan Jon Fridrik Kjølbro,

Hâkimler

Marko Bošnjak,

Valeriu Grițco,

Ivana Jelić,

Arnfinn Bårdsen,

Saadet Yüksel,

Peeter Roosma

* Çeviri AİHM resmi web sitesi <https://hudoc.echr.coe.int/>’ten alınmıştır. Erişim adresi: <https://hudoc.echr.cor.int/fre?i=001-210711>

ve *Bölüm Yazı İşleri Müdürü* Stanley Naismith'in katılımıyla, Daire olarak toplanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İkinci Bölüm), 8 Aralık 2020 tarihinde kapalı oturumda gerçekleştirilen müzakerelerin ardından, söz konusu tarihte aşağıdaki kararı vermiştir:

USUL

1. Türkiye Cumhuriyeti aleyhine açılan davanın temelinde, İngiliz vatandaşı olan Michael Dickinson'ın ("başvuran") 22 Şubat 2011 tarihinde, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin ("Sözleşme") 34. maddesi uyarınca yapmış olduğu başvuru (no. 25200/11) bulunmaktadır.

2. Başvuran, İzmir Barosuna bağlı Avukat V. Gültekin tarafından temsil edilmiştir. Türk Hükümeti ("Hükümet") kendi görevlisi tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvuran, kendisi tarafından sergilenen bir kolaj çalışması için Başbakan'a hakaret suçundan cezaya mahkûm edilmiş olması sebebiyle, ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini iddia etmiştir.

4. Başvuranın ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasına ilişkin şikâyeti, 12 Ekim 2017 tarihinde, Hükümete bildirilmiş ve Mahkeme İç Tüzüğü'nün 54. maddesinin 3. fıkrası uyarınca başvurunun geri kalan kısmının, kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir.

5. İngiltere Hükümeti, 29 Ekim 2020 tarihinde, Mahkeme'ye, Sözleşme'nin 36. maddesinin 1. fıkrası ile kendisine tanınan davaya müdahil olma hakkını kullanmak istemediğini bildirmiştir.

OLAY VE OLGULAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

6. Başvuran, 1950 doğumludur. Olayların meydana geldiği dönemde, başvuran yaklaşık yirmi yıldır Türkiye'de ikamet etmektedir ve öğretim görevlisi olarak iki üniversitede ders vermektedir. Başvuran ayrıca kolaj sanatçısıdır.

A. Başvuran tarafından kolaj çalışmasının sergilenmesi

7. Başvuran tarafından gerçekleştirilen kolaj çalışması, 16 Mart 2006 tarihinde, Kadıköy'de (İstanbul) Beşiktaş İskelesinde düzenlenen "Barış Fuarı" isimli bir etkinlik kapsamında kurulan bir çadırda sergilenmiştir.

8. Boyutları 85 x 85 cm olan bir kartonun üzerine yapıştırılan resimlerden oluşan bu çalışmada, Amerikan bayrağı şeklindeki tasmayla tutulan bir köpeğin vücuduna, o tarihteki Başbakan Recep Tayyip Erdoğan'ın başının yapıştırıldığı yarı hayvan yarı insan bir figür temsil edilmiştir. Bu figür, zemini Amerikan dolarları ile kaplı bir yerde tutulmakta ve ağızda 20 Amerikan doları bir banknot, önünde Türk lirası desteleri, kuyruk yerine bir füze ve arkasında bir Dünya küresi bulunmaktadır. Figürün üzerinde aşağıdaki cümlenin yazılı olduğu bir örtü bulunmaktadır: "Bush'un köpeği olmayacağız."

9. Bu kolaj çalışmasının sergilenmesi sebebiyle, söz konusu etkinliğin sorumlusu hakkında Başbakana hakaret suçundan ceza davası başlatılmıştır. Bu ceza davası kapsamında 12 Eylül 2006 tarihinde gerçekleştirilmesi öngörülen duruşmadan önce, başvuran, bu duruşmaya katılacağına ve bu vesileyle çalışmasını sergileyeceğine dair basın açıklaması yapmıştır.

10. Söz konusu tarihte, ilgili gerçekten, adalet sarayının koridorlarında bulunan kişilere çalışmasını sergilemiş ve bu kişilerden bazılarının tepkileri sebebiyle binayı terk etmiştir. İlgili ardından, adalet sarayının önünde bulunan iki gazetecinin kamerası ve başka kişiler önünde çalışmasını yeniden sergilemiştir.

11. Daha sonra adalet sarayında bulunan polis memurları müdahalede bulunarak, başvurana yakalamışlardır. Başvuran, aynı tarihte gözaltına alınmış ve tutuklanmıştır. Başvuran, 15 Eylül 2006 tarihinde, serbest bırakılmıştır.

B. Başvuran hakkında açılan ceza davası

12. Kadıköy Cumhuriyet savcısı ("Cumhuriyet savcısı"), 13 Eylül 2006 tarihinde başvurunun kolaj çalışmasını adalet sarayının koridorlarında ve bu binanın önünde sergilemek suretiyle önceki gün yapmış olduğu eylemin, Başbakana hakaret suçunu teşkil ettiği kanaatine vararak, başvuran hakkında ceza soruşturması başlatmıştır.

13. Kadıköy Sulh Ceza Mahkemesi ("Sulh Ceza Mahkemesi"), 25 Aralık 2008 tarihinde başvurunun kendisine isnat edilen suçtan beraatine karar vermiştir. Sulh Ceza Mahkemesi, öncelikle Türkiye'de yaşayan insanların çoğunluğunun değer yargılarını dikkate alarak, tiyatro ve kolaj sanatçısı olduğunu belirten başvurana isnat edilen fiilin, küçük düşürücü ve hakaret içeren unsurlar barındırdığı ve şok edici, saldırgan ve incitici nitelikte olduğu kanaatine varmıştır. Bununla birlikte, Sulh Ceza Mahkemesi, bu çalışmanın hedef aldığı siyasi kişilik ve Hükümet başkanlığı görevi dikkate alındığında,

bu fiilin, kolaj sanatı aracılığıyla yöneltilen siyasi bir uyarı ve eleştiri içeren bir mesaj olduğu; dolayısıyla şok edici, saldırgan ve incitici unsurlar içerebileceği, bu türden bir fiilin cezalandırılmasının, Sözleşme'ye aykırı olacağı ve isnat edilen suçta kasıt unsurunun somut olayda bulunmadığı kanısına varmıştır.

14. Cumhuriyet savcısı tarafından temyiz başvurusunda bulunulan Yargıtay, 25 Mayıs 2009 tarihinde, başvuranın, söz konusu kolaj çalışmasının siyasi bir eleştiri ve mesaj içerdiği ve ilgilinin suç işlemek amacıyla resmi çizmediği gerekçelerine dayandırılan beraatinin, yasal olmadığı kanaatine vararak, Sulh Ceza Mahkemesinin kararını bozmuştur. Bu bağlamda Yargıtay, başvuran tarafından Kadıköy Adliye Sarayı önünde halka ve gazetecilere sergilenen kolaj çalışmasının, kaba, sert, saldırgan ve incitici olmaktan daha ileri giderek, hakarete varan bir seviyeye ulaştığı, Başbakanın sadece bir köpek olarak temsil edilmesinin söz konusu olmadığı, ancak "Bush'un köpeği olmayacağız" cümlesiyle, bir köpek gibi davranılmasını ve Türkçe'de "sefil, küçük, çıkarları için yalakalık yapan" kişiyi anlatmak için kullanılan "köpek" kelimesiyle ilişkilendirilen çağrışımları ironik bir şekilde vurgulamayı amaçladığı ve kamu görevini yerine getiren ilgili kişi hakkında yapılan bu aşağılayıcı değer yargılarının, kamuoyu önünde haysiyetini, şerefini ve itibarını zedelediği ve yasallık sınırlarını aştığı kanaatine varmıştır. Yüksek Mahkeme, Türkiye'de yaşayan, yirmi yıldan beri çeşitli Türk eğitim kurumlarında ve üniversitelerde eğitim veren ve İngiltere vatandaşı olan başvuranın, Türk örf ve adetlerinden uzak bir yaşantısının olmadığını, dolayısıyla eyleminin, ülkenin kamuoyu üzerindeki etkisini bilebilecek durumda olduğunu eklemiştir.

15. Sulh Ceza Mahkemesi, Yargıtay'ın bozma kararının ardından, 9 Mart 2010 tarihinde, davayı yeniden inceleyerek, başvuranın, kendisine isnat edilen fiilden suçlu olduğuna ve Türk Ceza Kanunu'nun 125. maddesi uyarınca, 7.080 Türk lirası (söz konusu tarihte yaklaşık 3.043 avro (EUR)) adli para cezası ödemeye mahkûm edilmesine; ardından Türk Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesi gereğince, beş yıl süre ile hükmün açıklanmasını geri bırakılmasına karar vermiştir.

Sulh Ceza Mahkemesi, kararının gerekçe kısmında, öncelikle Türk Başbakanının bir köpek olarak temsil edildiği bir kolaj çalışmasının adliye koridorlarında ve sokakta sergilenmesinin, ilgiliyi aşağılayıcı ve hakaret edici nitelikte olduğunu ve ilgilinin onuruna ve itibarına zarar verdiğini, bu fiilin, Türk Ceza Kanunu'nun 125. maddesinde belirtilen hakaret suçu için öngörülen şeref ve saygınlığa zarar verme unsuruna karşılık geldiğini ve dolayısıyla bu

suçun oluşumunda, yasal unsur dışındaki temel unsurların bu eylemle ilgili olarak zaten bulunduğu tartışılmaz olduğunu kaydetmiştir. Sulh Ceza Mahkemesi, suçun yasal unsuruyla ilgili olarak, gerekçelerine, özellikle konu hakkındaki Mahkeme ve Yargıtay içtihatlarından doğan, ifade özgürlüğüne ve ifade özgürlüğü ile itibarın korunması hakkı arasında kurulan dengeye ilişkin ilkeleri açıklayarak devam etmiştir. Bu kısım aşağıdaki gibidir:

“Sanık söz konusu kolajı bir olgusal temele dayandırdığını bu olgunun da suç tarihindeki Amerika Birleşik Devletlerinin Irak’ı işgalinin protesto edilmesi ve Türkiye Cumhuriyeti Başbakanının bu hususa destek vermesi olduğunu, bu nedenle böyle bir kolaj yaptığını beyan etmektedir. Söz konusu kolajlar incelendiğinde bu olgunun resme yansıtılmadığı, resimde kullanılan sembollerin söz konusu olguyu anlatmadığı, hatta eleştirilen hususun asıl failini, yani Amerika Başkanını hiçbir şekilde eleştirmediği, onu görece yücelttiği, tamamen T.C. Başbakanını aşağılayıcı bir mahiyet taşıdığı çok açık olarak görülmektedir. Söz konusu resme bakan (...) bir kişinin ilk algısı, Amerika’nın parasına ve gücüne ram olmuş bir T.C. Başbakanının buna dayalı aşağılanmasıdır. İddia edilen olgusal temel ancak (...) açıklandıktan sonra anlaşılabilir. Her ne kadar sanatçının kendi perspektifi olduğu iddia edilebilirse de, kamuoyunun bilgilendirilmesine yönelik bir çalışma ve ifadenin ifade özgürlüğünün korunması kapsamında değerlendirilmesi için bu husus esaslı unsurlardandır, çalışmanın herkesin en azından bilgilendirilmek istenen kimselerin anlayabileceği bir şekilde oluşturulması beklenir. Aksi takdirde herhangi bir olguya hiç alakası olmayan hakaret içerikli bir resmin, resmi yapan tarafından keyfi olarak bir olguya dayandırılmasını kabul etmek sonucu doğar ki bu kabul edilemez. Dolayısıyla dayandığı iddia edilen olgusal temeli hiçbir şekilde yansıtmayan söz konusu resmin ölçüyü aştığı ve ifade özgürlüğü kapsamı dışında kaldığı anlaşılmaktadır.

Sanık Irak’ın işgali nedeniyle kendisinde oluşan o anki duygularını, anlık ilhamını kolaja yansıttığını beyan etmektedir. Oysa ifade özgürlüğü anlık ilhamları veya kişilerin heyecanlarını koruyan bir hak değildir, ifade özgürlüğü bir konu veya olgu hakkında kamuoyu oluşturma çalışmalarını, kamuoyunu kendi düşüncesi çerçevesinde bilgilendirmeyi ve yönlendirmeyi korur. Kişilerin dolayısıyla toplumun kendini geliştirmesi ve ifade özgürlüğünün asıl amacının gerçekleşmesi için gerekli olan şart budur. Sadece kışkırtıcı, kavgaya çatışmaya sebep olan sırf aşağılamaya yönelik ifadelerin kamuoyu oluşturmaya yardımcı olmadığı, toplumun kendini geliştirmesine hiçbir şekilde faydası olmayacağı, toplumun çatışmasına ve karşılıklı kin ve nefrete

neden olacağı açıktır. Dosya arasındaki bilgi ve belgelerden açıkça anlaşıldığı gibi sanığın eylemini kolluk gücü tarafından sıkı bir şekilde korunan Adliye binasında gerçekleştirilmesine rağmen orada bulunan bir kısım vatandaş sanığın eylemine tepki göstermiş ve sanığı engellemeye çalışmıştır, orada bulunan kolluk gücü tarafından müdahale edilmiştir. Dolayısıyla sanığın eylemi kışkırtıcı, çatışmaya, kavgaya neden olabilecek türdendir ve eylemle olay yerinde bulunanlar infiale kapılmış, yakın ve açık bir çatışma tehlikesi ortaya çıkmıştır.

Sanık kendi ülkesinde dolayısıyla Avrupa Birliğine dâhil ve AİHS'i imzalamış ülkelerde bu tür bir suçun olmadığı beyan etmektedir. AİHS imzalamış bir çok ülkede hakaretin suç olmaktan çıkarıldığı, bazılarında ise sadece para cezasına hükmedildiği doğrudur, ancak bir çok ülkede de hakaret hala [suç olmaya] devam etmektedir. AİHM ise hakaret suçunun Sözleşme'ye aykırı olduğuna hükmetmemiştir. Dolayısıyla ifade özgürlüğü kapsamında kalmadığı tespit edilen hakaret içerikli her türlü eylemin suç olarak değerlendirilmesi Sözleşmeye aykırılık oluşturmayacaktır.

Sanık uzun süredir kolaj adı verilen resim sanatı ile uğraştığını ve bu yolla eleştirilerde bulunduğunu beyan etmektedir. Ancak sanığın dava konusu resimleri yapmadan önceki çalışmalarının hemen hemen hiç birinde bu şekilde eleştirel bir tarz ortaya koymadığı, daha çok dini motifler üzerinde çalıştığı anlaşılmaktadır. Yine sanığın siyasi eleştiri tarzını (...) suç tarihine kadar eserlerinde kullanmadığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle, sanığın bugüne kadar hemen hemen hiç kullanmadığı bir tarzda T.C Başbakanının (...) resimlerini yapmış olmasının, mahkememizi, [beyan ettiği gibi], masum duygularla ve iyi niyetli olarak hareket etmediği, eyleminin sadece eleştiri amacı taşımadığı sonucuna ulaştırmıştır.

Bu nedenlerle;

1. Sanığın hakaret içerikli resimlerinin bir olgusal temele dayanmadığı, dayandığı iddia edilen olgusal temelle resim arasında herhangi bir bağ bulunmadığı dolayısıyla AİHM ve Yargıtay'ın belirlemiş olduğu ifade özgürlüğü sınırlarının aşıldığı,

2. Sanığın bugüne kadar benimsemediği ve kullanmadığı bir eleştiri tarzını kullanarak ve anlatmak istediğini iddia ettiği hususu yine eleştirel tarzda birçok şekilde yine kullandığı yöntemle kamuoyuyla paylaşma imkânı varken, T.C. Başbakanını Bush'un köpeği şeklinde resim etmek suretiyle ölçüyü aştığı,

3. Sanığın eyleminin saldıran, kavgaya neden olabilecek nitelikte olduğu dolayısıyla eylemle açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıktığı bu yönüyle de ölçünün aşıldığı anlaşılmış,

Bu nedenlerle eleştiri sınırlarının aşıldığı, müştekinin şeref ve saygınlığının rencide edildiği ve sanığın cezalandırılmasının temel haklardan biri olan şeref ve haysiyetin korunması yönüyle demokratik toplum için zorunlu olduğu kanaatine varılmış, dolayısıyla sanığın eyleminin AİHS ve T.C. Anayasası'nın belirlediği ifade özgürlüğü kapsamında kalmadığı ve sanığın eyleminde hakaret suçunun hukuka aykırılık unsurunun olduğu ve sanığın üzerine atılı hakaret suçunu işlediği kanaatine varılarak aşağıdaki hüküm kurulmuştur.”

16. Kadıköy Asliye Ceza Mahkemesi, 14 Temmuz 2010 tarihinde, Sulh Ceza Mahkemesi tarafından verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına karşı başvuran tarafından yapılan itirazı reddetmiştir. Sulh Ceza Mahkemesinin kararı, 21 Şubat 2011 tarihinde başvuranın avukatına bildirilmiştir.

17. İstanbul Anadolu Asliye Ceza Mahkemesi, 23 Aralık 2015 tarihinde, başvuranın beş yıllık erteleme süresi içinde kasıtlı olarak yeni bir suç işlemediğini ve denetimli serbestlik tedbirine bağlı yükümlülüklerine riayet ettiğini tespit ederek, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yönelik kararın ortadan kaldırılmasına ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesinin 10. fıkrası uyarınca, ceza davasının düşürülmesine karar vermiştir.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK VE ULUSLARARASI HUKUK

A. Türk Ceza Kanunu'nun 125. Maddesi

18. Yeni Türk Ceza Kanunu'nun (1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı ve 26 Eylül 2004 tarihli Kanun) "Hakaret" başlıklı 125. maddesinin, somut olayla ilgili kısımları aşağıdaki şekildedir:

“Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden ya da yakıştırmalarda bulunmak veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.

Fiilin, mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkrada belirtilen cezaya hükmolunur.

Hakaret suçunun;

a) Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı,
(...) ”

B. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. Maddesi

19. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun, hükmün açıklanmasının geri bırakılması tedbirini öngören 231. maddesi (1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiş olan, 4 Aralık 2004 tarihli ve 5271 sayılı Kanun) için, *Kerman/Türkiye* (no. 35132/05, 25. paragraf, 22 Kasım 2016) kararına atıf yapmaktadır.

C. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin 1577 (2007) Sayılı Kararı

20. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin "Hakaretin Suç Olmaktan Çıkarılmasına Doğru" başlıklı, 1577 (2007) sayılı kararının somut olayla ilgili bölümleri aşağıdaki şekildedir:

"(...)

11. [Meclis], birçok üye ülkenin, hakaret için hapis cezası öngördüğünü ve örneğin Azerbaycan ve Türkiye gibi bazı ülkelerde, bunun halen uygulanmakta olduğunu büyük bir endişeyle tespit etmektedir.

(...)

13. Bu nedenle, Meclis, hakaret için hapis cezalarının daha fazla gecikmeksizin kaldırılmaları gerektiği kanaatindedir. Meclis, bilhassa ulusal mevzuatlarında halen bu fiiller için hapis cezası öngören Devletlerin - bu cezaları uygulamamalarına rağmen-, her ne kadar geçersiz olsa da herhangi bir mazeret öne sürmeye ve kamusal özgürlüklerin zedelenmesine yol açmaya devam etmemeleri için söz konusu Devletleri, gecikmeksizin söz konusu yasaları yürürlükten kaldırmaya teşvik etmektedir.

(...)

17. Sonuç olarak, Meclis, üye Devletleri şu hususları yerine getirmeye davet etmektedir:

17. 1. Hakaret için hapis cezalarının gecikmeksizin kaldırılmasına;

17. 2. Ceza kovuşturmalarına usulsüz şekilde başvurulmamasının sağlanmasına; (...)

17. 3. Yasanın keyfi olarak uygulanmasından kaçınılmasını ve medeni hukukun, hakarettten etkilenen kişinin saygınlığının etkin olarak korunmasını sağlamak amacıyla hakaret kavramının tanımının mevzuatlarında açık olarak yapılmasına;

(...)

17. 6. Mahkeme içtihatlarına uygun olarak, hakarete ilişkin mevzuatlarında, kamuya mâl olmuş kişilerin daha iyi korunmasına yönelik bütün hükümlerin bertaraf edilmesine ve özellikle;

17. 6. 1. Türkiye'yi, Ceza Kanunu'nun 125. maddesinin 3. fıkrasını değiştirmeye davet etmektedir.

(...)”

HUKUKİ DEĞERLENDİRME

I. SÖZLEŞME'NİN 10. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI HAKKINDA

21. Başvuran, sanatsal çalışması nedeniyle hakkında açılan ceza davasının, Sözleşme'nin 10. maddesiyle öngörüldüğü şekliyle, ifade özgürlüğü hakkının ihlalini teşkil ettiğini iddia etmektedir. Bu madde aşağıdaki şekildedir:

“1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.

2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.”

A. Kabul edilebilirlik hakkında

22. Hükümet, başvuranın mağdur sıfatı ve iç hukuk yollarının tüketilmediği ile ilgili olarak iki kabul edilemezlik itirazı ileri sürmektedir. Hükümet, birinci itiraz ile ilgili olarak, başvuran hakkında açılan ceza davası sonunda hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiğini; bu kararda, başvuran yönünden herhangi bir kısıtlayıcı tedbir ya da denetim yükümlülüğü belirlenmemiş olduğunu ve anılan kararın, beş yıllık erteleme süresi bitiminde tüm sonuçları ile ortadan kalktığını belirtmektedir. Hükümet bu nedenle, başvuru-

ranın, adli sicil kaydına işlenmemiş ve ifade özgürlüğünün -davalı Hükümete göre- hakkında açılan ceza davasıyla kısıtlanmamış olması sebebiyle, mağdur sıfatı iddiasında bulunamayacağını ileri sürmektedir.

23. Hükümet, ikinci itiraz ile ilgili olarak, başvurunu, gözaltına alınması ve tutuklanması nedeniyle tazminat talebinde bulunma imkânı tanıyan Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141. maddesinde öngörülen hukuk yolunu kullanmamakla suçlamaktadır.

24. Başvuran, Hükümetin iddialarına karşı çıkmaktadır.

25. Mahkeme, başvuranın mağdur sıfatına ilişkin itiraz ile ilgili olarak, hükmün açıklanmasının geri bırakılması tedbirinin, ilgilinin, ifade özgürlüğüne yönelik müdahale sebebiyle doğrudan zarara maruz kaldığı ceza davasının sonuçlarını telafi etmek veya önlemek açısından uygun olmadığı kanaatine vardığını hatırlatmaktadır (bkz. *gerekli değişikliklerin uygulanması koşuluyla (mutatis mutandis), Aslı Güneş/Türkiye (k.k.)*, No. 53916/00, 13 Mayıs 2004, *Yaşar Kaplan/Türkiye*, no. 56566/00, §§ 32-33, 24 Ocak 2006 ve *Ergüdoğan/Türkiye*, no. 48979/10, § 17, 17 Nisan 2018). Bu nedenle, söz konusu itirazın reddedilmesi gerekmektedir.

26. Mahkeme, ikinci itiraz ile ilgili olarak, yargılanabilir bir kişiye, hakkında önleyici bir tedbir uygulanmasından doğan zararın tazmini için tazminat talebinde bulunma imkânı tanıyan Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 141. maddesinde öngörülen hukuk yolunun (*Demir/Türkiye (k.k.)*, no. 51770/07, § 13 ve §§ 22-35, 16 Ekim 2012), somut olayda başvuranın şikâyetine ilişkin olarak -mevcut durumda, gözaltına alınması ya da tutuklanması nedeniyle değil de, hakkında açılan ceza davası yoluyla ifade özgürlüğü hakkının ihlal edilmesinden şikâyet etmesi nedeniyle- etkili ve uygun olmadığını kaydetmektedir. Dolayısıyla, bu itiraz da reddedilmelidir.

27. Öte yandan, başvurunun Sözleşme'nin 35. maddesinin 3. fıkrasının a) bendi anlamında açıkça dayanaktan yoksun olmadığını ve başkaca hiçbir kabul edilemezlik engeline takılmadığını tespit eden Mahkeme, başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar vermektedir.

B. Esas Hakkında

1. Tarafların iddiaları

a) Başvuran

28. Başvuran, kolaj çalışmasının, Türk Başbakanını, Irak'ın işgali konusunda Birleşik Krallık ve Amerika Birleşik Devletlerinin taleplerine uyan bir kişi ola-

rak gösterdiğini; zira bu yönde yapılan bir talebin Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından reddedilmiş olmasına rağmen Irak'a askeri güç göndermek amacıyla çaba gösterdiğini belirtmektedir. Başvuran, bu yolla, kamuoyunun dikkatini savaşa girme meselesine çekmek istediğini ifade etmektedir.

29. Başvuran ayrıca, şüphesiz, eyleminin Türkiye Büyük Millet Meclisinin, Irak'a askeri birlik gönderme izninin reddedilmesine ilişkin 1 Mart 2003 tarihli kararının kabul edilmesinden üç yıl sonra gerçekleştiğini; ancak olayların meydana geldiği dönemde savaşın Irak'ta halen devam ettiğini ve Hükümetin, bu bağlamda herhangi bir eleştiriye müsamaha göstermeden Irak'a askeri birlik gönderilmesine kamuoyunu hazırlamak için girişimlerde bulunduğunu ifade etmektedir.

30. Öte yandan, başvuran, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin *Ezelin/Fransa* (26 Nisan 1991, seri A no 202), *Oya Ataman/Türkiye* (no. 74552/01, AİHM 2006XIV), *Gün ve diğerleri/Türkiye* (no. 8029/07, 18 Haziran 2013) ve *Yılmaz Yıldız ve diğerleri/Türkiye* (no. 4524/06, 14 Ekim 2014) kararlarının yanı sıra Anayasa Mahkemesinin bir kararına (*Osman Erbil* davası, Başv. no. 2013/2394, 25 Mart 2015) atıfta bulunarak, mahkumiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilse bile, erteleme süresi boyunca üzerindeki cezalandırılma tehdidinin, kendisi hakkında caydırıcı bir etki yaratabilecek nitelikte olduğunu düşünmektedir.

31. Başvuran ayrıca, Türk Ceza Kanunu'nun 125. maddesinin ulusal mahkemeler tarafından uygulanma şeklini eleştirmekte ve bu bağlamda, bu hüküm uygulanırken ulusal mahkemeler tarafından Türk gelenek ve göreneklerine yapılan atfın öngörülemezlik unsuru oluşturduğundan şikâyet etmektedir.

b) Hükümet

32. Hükümet, başvuran hakkında verilen mahkûmiyet hükmünün açıklanması geri bırakılmış ve erteleme süresi sonunda, anılan karar nihayetinde tüm sonuçları ile ortadan kalkmış olması nedeniyle, ilgilinin ifade özgürlüğü hakkını kullanması üzerinde caydırıcı bir etkiye sahip olmadığını ve bu bağlamda müdahalenin söz konusu olmadığını iddia etmektedir.

33. Hükümet, Mahkeme tarafından bir müdahalenin varlığının kabul edilmesi durumunda, bu müdahalenin, Türk Ceza Kanunu'nun 125. maddesiyle öngörüldüğünü ve başkalarının şöhret ve haklarının korunması meşru amacını izlediğini ileri sürmektedir.

34. Hükümet öte yandan, ulusal mahkemelerin takdir yetkisini dikkate alarak, bilhassa başvuranın kolajının kamuoyuna sergilenme şeklini ve karşı tarafın bu kolajda sunulma biçimini göz önünde bulundurarak söz konusu mahkemelerin başvuranın ifade özgürlüğü hakkı ile karşı tarafın itibarının korunması hakkı arasında adil bir denge gözettiler kanısındadır. Ayrıca, Sulh Ceza Mahkemesi tarafından kararında ileri sürülen argümanları yeniden ele alarak, başvurunu cezalandırmanın, karşı tarafın şeref ve itibarını korumak amacıyla demokratik bir toplumda zorunlu olduğunu ileri sürmektedir.

35. Hükümet ayrıca, başvuranın eserinin sergilenmesinin, Irak'ın işgalinden üç yıl sonra gerçekleşmiş olması nedeniyle güncelliğini yitirmiş olduğunu ve kamu yararı tartışmasına bir katkısı bulunmadığını belirtmektedir. Başvuranın, kolaj çalışmasında Türk Başbakanını bir köpeğe benzeterek, onun hakkında, kamuoyunun nazarında itibarını düşürecek şekilde değer yargısında bulunduğu -Hükümet için, bu, sert, kırıncı ve incitici olmanın ötesinde bilhassa kaba, aşağılayıcı ve hakaret edici nitelikte olup ve sanatın gayesine de aykırıydı- kanaatindedir. Bu bağlamda, bir siyasetçinin sıradan bir vatandaşın eleştirileri karşısında daha fazla hoşgörülü olması gerekse bile, bu hoşgörü yükümlülüğünün sınırsız olmadığını eklemektedir.

36. Hükümet ayrıca, kamu görevlilerine görevinden dolayı hakaretin Avrupa Konseyine üye Devletlerin çoğunluğunda yasak olduğunu ve hatta bu Devletlerden bazılarının, söz konusu suç nedeniyle özgürlükten yoksun bırakma cezası öngördüklerini belirtmektedir.

37. Hükümet son olarak, başvuran hakkında verilen kararın nihayetinde tüm sonuçları ile ortadan kalkmış olması nedeniyle, ilgilinin ifade özgürlüğü hakkını kullanması üzerinde caydırıcı bir etkiye sahip olmadığı ve ihtilaf konusu müdahalenin izlenen meşru amaçla orantılı olduğu görüşündedir.

2. Mahkemenin Değerlendirmesi

38. Mahkeme, başvuran aleyhinde açılan ve yaklaşık üç yıl on ay süren ihtilaf konusu ceza davasının caydırıcı etkisi, bu dava sonunda verilen ve ilgiliyi beş yıl erteleme süresine maruz bırakan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı ve başvuranın cezaya mahkûm edilmesi göz önünde bulundurulduğunda, bunların, başvuranın ifade özgürlüğü hakkının kullanımına yönelik bir müdahale olarak değerlendirildiği kanaatine varmaktadır (*Erdoğdu/Türkiye*, no. 25723/94, § 72, AİHM 2000VI, *Dilipak/Türkiye*, no. 29680/05, § 51, 15 Eylül 2015, yukarıda anılan *Ergündoğan* kararı, § 26 ve *Selahattin*

Demirtaş/Türkiye (no 3), no. 8732/11, § 26, 9 Temmuz 2019; bk. ayrıca, *aksi yönde bir karar için (a contrario) Otegi Mondragon/İspanya*, no. 2034/07, § 60, AİHM 2011).

39. Mahkeme ardından, bu müdahalenin, kanunla, yani Türk Ceza Kanunu'nun 125. maddesiyle öngörüldüğünü (yukarıdaki 18. paragraf) ve itibarın ve başkasının haklarının korunması meşru amacını izlediği hususlarının taraflar arasında tartışma konusu olmadığını gözlemlemektedir.

40. Mahkeme bu konuda, başvuranın, Türk Ceza Kanunu'nun 125. maddesinin ulusal mahkemeler tarafından uygulanması ile ilgili olarak, bu hüküm uygulanırken ulusal mahkemeler tarafından Türk gelenek ve göreneklerine yapılan atfın, bu hükmü öngörülemez kıldığı yönündeki çekincesini dikkate almaktadır. Mahkeme dolayısıyla, söz konusu argümanın, müdahalenin gerekliliğinin değerlendirilmesinden kaynaklandığı ve söz konusu müdahalenin yasallığını ve meşru amacını sorgulayacak nitelikte olmadığı kanaatinde-dir.

41. Mahkeme mevcut durumda, anlaşmazlığın, ihtilaf konusu tedbirin “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığının belirlenmesi hususu ile ilgili olduğunu tespit etmektedir.

a) Genel ilkeler

42. Mahkeme, özel hayatın korunması ve ifade özgürlüğü konularındaki içtihadından doğan ilkelerin bilhassa *Couderc ve Hachette Filipacchi Derneği /Fransa* ([BD], No. 40454/07, §§ 83-93, AİHM 2015 (özetler)) ve *Tarman /Türkiye* (No. 63903/10, §§ 36-38, 21 Kasım 2017) kararlarında özetlendiğini hatırlatmaktadır.

43. Mahkeme ardından, Sözleşme'nin 10. maddesinin - bilhassa haber ve görüş alma ve verme özgürlüğü çerçevesinde - her türlü kültürel, siyasi ve sosyal haber ve görüşlerin değiş tokuşuna katılma fırsatı sağlayan sanatsal ifade özgürlüğünü içerdiğini hatırlatmaktadır (*Müller ve diğerleri/İsviçre*, 24 Mayıs 1988, § 27, seri A No. 13). Mahkeme bunun yanı sıra, sanatçı ve bu sanatçının eserlerini destekleyen kişilerin, Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen sınırlamalara maruz kalabileceklerini yeniden ifade etmektedir. İfade özgürlüğünden yararlanan bir kişi, gerçekte, bu fıkra-da yer alan ifadelere göre, kapsamı duruma ve kullanılan yöntemle bağlı olan “görev ve sorumluluklar” üstlenmektedir; Mahkeme, demokratik bir toplumda ihtilaf konusu cezanın gerekliliğini denetlerken bu durumu göz ardı edemeyecektir (*Akdaş/Türkiye*, no. 41056/04, § 26, 16 Şubat 2010).

44. Mahkeme ayrıca, *Lingens /Avusturya* (8 Temmuz 1986, § 46, seri A no 10) ve *Oberschlick/Avusturya* ((no 1), 23 Mayıs 1991, § 63, seri A No. 204) kararlarında olaya ilişkin açıklamalar ile değer yargıları arasında bir ayırım yaptığını hatırlatmaktadır. Olaylara ilişkin açıklamaların doğruluğu ispat edilebilmektedir; buna karşın, değer yargılarının doğruluğunu ispatlamak mümkün değildir; ispat yükümlülüğü dolayısıyla yerine getirilmesi imkânsız bir talep olup, böyle bir yükümlülük kendiliğinden Sözleşme'nin 10. maddesiyle güvence altına alınan hakkın temel unsuru olan kanaat özgürlüğünü ihlal etmektedir(*De Haes ve Gijssels/Belçika*, 24 Şubat 1997, § 42, *Hüküm ve Kararlar Derlemesi* 1997-I). Bunun yanı sıra, bir açıklama, değer yargısı olarak değerlendirildiğinde, müdahalenin orantılılığı ihtilaf konusu sözlerin dayandığı yeterli bir "olgusal dayanağın" varlığına bağlıdır. Bu türden bir dayanak bulunmaması halinde, değer yargısı aşırı olarak görülebilmektedir (yukarıda anılan *De Haes ve Gijssels*, § 47, *Oberschlick/Auvsturya* (no 2), 1 Temmuz 1997, § 33, *Derleme* 1997-IV, *Brasilier /Fransa*, no. 71343/01, § 36, 11 Nisan 2006 ve *Lindon, Otchakovsky-Laurens ve July /Fransa* [BD], no. 21279/02 ve 36448/02, § 55, AİHM 2007IV). Olgu isnadı ile değer yargısını birbirinden ayırt etmek için, kamu yararı taşıyan meseleler ile ilgili savların olgu isnadından çok değer yargısı oluşturabilecek olması nedeniyle (yukarıda anılan *Brasilier* kararı, § 37) davanın koşulları ve yorumların genel tonunu dikkate almak gereklidir (*Patuel/Fransa*, no. 54968/00, § 37, 22 Aralık 2005).

45. Mahkeme ayrıca, Sözleşme ile de korunan iki hak arasındaki bir uyumsuzluk konusunda karar vermeye çağrıldığında, söz konusu menfaatler arasında bir denge kurması gerektiğinin altını çizmektedir. Başvurunun, ihtilaf konusu esere konu edilen kişi tarafından Sözleşme'nin 8. maddesi açısından veya bu eserin sahibi tarafından, Sözleşme'nin 10. maddesi açısından Mahkemeye taşınmış olduğuna göre, sonucu, ilke olarak, değişmeyecektir. Nitekim, bu haklar, öncelikli (*a priori*) eşit saygıyı hak etmektedir (*Hachette Filipacchi Associés (ICI PARIS)/Fransa*, no. 12268/03, § 41, 23 Temmuz 2009, *Timciuc/Romanya* (k.k.), no. 28999/03, § 144, 12 Ekim 2010, *Mosley/Birleşik Krallık*, no. 48009/08, § 111, 10 Mayıs 2011, ve yukarıda anılan *Couderc ve Hachette Filipacchi Associés*, § 91). Bu nedenle takdir yetkisi her iki durumda da aynı olmalıdır (*Von Hannover/Almanya* (no 2) [BD], no. 40660/08 ve 60641/08, § 106, 7 Şubat 2012, AİHM 2012, *Axel Springer AG* [BD], no. 39954/08, § 87, 7 Şubat 2012, yukarıda anılan *Couderc ve Hachette Filipacchi Associés* kararı § 91, *Bédat /İsviçre* [BD], no. 56925/08, § 52, AİHM 2016).

46. Mahkeme, bu bağlamda, özel hayata saygı hakkı ile ifade özgürlüğü hakkı arasında denge kurulması için ilgili kriterleri birçok kararında şu şekilde özetlediğini belirtmektedir: Kamu menfaatine ilişkin bir tartışmaya katkı, ilgili kişinin ünü, röportajın konusu, ilgili kişinin önceki davranışları, yayının içeriği, şekli ve sonuçları ile gerektiği takdirde, davanın koşulları (yukarıda anılan *Von Hannover* kararı (no 2) [BD], §§ 108-113, AİHM 2012, yukarıda anılan *Axel Springer AG* kararı, §§ 89-95 ve yukarıda anılan *Couderc ve Hachette Filipacchi Ortakları* kararı, § 93). Bu iki hak arasındaki denge, Mahkeme içtihadında düzenlenen kriterlere uygun olarak sağlandığı takdirde, Mahkemenin kendi görüşünü, ulusal mahkemelerin görüşünün yerine koyması için ciddi sebeplerin bulunması gerekmektedir (*Palomo Sánchez ve diğerleri/İspanya* [BD], no. 28955/06, 28957/06, 28959/06 ve 28964/06, § 57, AİHM 2011). Mahkeme, 10. madde açısından yapılmış bir başvuru kapsamında, bilginin elde edilme şeklini ve doğruluğunun yanı sıra gazetecilere veya yayıncı kuruluşlara verilen cezanın ağırlığını incelemektedir (yukarıda anılan *Couderc ve Hachette Filipacchi Ortakları* kararı, § 93).

b) Bu ilkelerin somut olaya uygulanması

47. Mahkeme mevcut davada, başvuranın bir kolaj çalışmasını kamuoyuna sergileme nedeniyle Başbakanı hakaret suçundan adli para cezasına mahkum edilmesinden yakındığını, mahkumiyet hükmünün açıklanmasının geri bırakıldığını kaydetmektedir. Mahkeme, somut olaydaki rolünün öncelikle, kararlarına başvuran tarafından itiraz edilen ulusal mahkemelerin, bu amaçla tesis ettiği kriterler açısından (yukarıda 46. paragraf), ilgilinin ifade özgürlüğü hakkı ile ihtilaf konusu çalışmada konu edilen kişinin özel hayatına saygı hakkı arasında adil denge kurup kurmadıklarını kontrol etmekten ibaret olduğunu hatırlatmaktadır (yukarıda anılan *Couderc ve Hachette Filipacchi Ortakları* kararı, § 95).

48. Mahkeme, başvuranın Türkiye’de yaşayan bir akademisyen olduğunu ve olayların meydana geldiği dönemde, yirmi yıldan bu yana Türk üniversitelerinde ders verdiğini gözlemlemektedir (yukarıda 6. paragraf). Mahkeme ayrıca, ilgilinin, yetkili makamlar önünde, uzun yıllardan beri bu alanda çalışmalar yapan bir kolaj sanatçısı olduğunu belirttiğini ve bu duruma yetkili makamların itiraz etmediklerini gözlemlemektedir (yukarıda 15. paragraf). Öte yandan, somut olayda, başvuranın, başka bir kişi hakkında, bu kişinin bir gösteri sırasında aynı kolajı sergilemesi nedeniyle daha önce açılan ceza yargılaması kapsamında düzenlenen duruşma vesilesiyle Adliye Sarayı içerisinde ve önünde kendi kolajlarından birini sergilediği için Başbakanı ha-

karet suçundan ceza soruşturmalarına konu olduğunu da tespit etmektedir (yukarıda 7-12. paragraflar)

49. Mahkeme, söz konusu kolaj çalışmasında, dönemin Başbakanının başının, kuyruk yerine bir füzenin olduğu bir köpek vücuduna yapııştırıldığını; bu köpeğin, Amerikan dolarları ve Türk liralari sembolleriyle çepeçevre sarıldığını; Amerikan bayrağındaki desenlerin bulunduğu bir tasma ile tutulduğunu ve üzerinde "Bush'un köpeği olmayacağız" yazılı bir örtü taşıdığını saptamaktadır. Bu bağlamda, kolajda, köpek tarafından taşınan füze sembolünün, bu çalışmanın, hedef aldığı kişiler ve ülkelerle yapılan askeri faaliyetlere atıfta bulunduğunu düşündüğüünün altını çizmektedir. Bu faaliyetlerin, muhtemelen, diğerlerinin yanı sıra, Amerika Birleşik Devletleri tarafından yürütülen uluslararası bir koalisyon ile Irak'ın işgalinin yanı sıra olayların meydana geldiği dönemde Irak'ta, işgal güçleri ile bazı yerel milisler arasında devam eden düşük yoğunluklu bir çatışma durumu ile bağlantılı olduğunu tespit etmektedir. Ayrıca, o tarihteki Türk Başbakanının başının, Amerikan ve Türk banknotlarının ortasında, askeri bir füze ve Amerikan bayrağını temsil eden tasmalı bu köpeğin vücuduna özellikle ve sembolik olarak yerleştirilmiş olarak görüldüğünü ve köpeğin vücuduna yazılı olan, kolajın ana mesajının açıkça ve en başta Başbakanla ilgili olduğunu kaydetmektedir.

50. Mahkeme bu nedenle, başvuranın kolaj çalışmasının, sergilendiği bağlamda, diğerlerinin yanı sıra, bilhassa, Irak'ta yürütülenler de dahil olmak üzere, Amerikan askeri faaliyetleri ile ilgili olarak uluslararası sahnedeki siyasi tercihleri nedeniyle Türk Başbakanına yönelik politik bir eleştiriyi ifade etmeyi amaçladığını değerlendirmektedir (bk. benzer politik ifade biçimleri için, *Mătăsaru/Moldova Cumhuriyeti*, no. 69714/16 ve 71685/16, § 31, 15 Ocak 2019, (kamuoyunun dikkatini yolsuzluğa ve politikacılar tarafından başsavcının bürosu üzerinde yapılacak denetime çekmek amacıyla, Başsavcılık önünde, üzerlerine bir politikacının ve bazı üst düzey savcılarının fotoğraflarının takıldığı müstehcen nitelikteki heykellerin sergilenmesi ile ilgili, ve *Tatár ve Fáber/Macaristan*, no. 26005/08 ve 26160/08, § 36, 12 Haziran 2012 (Meclisin yakınında, "ulusun kirli çamaşırlarını" temsil eden bir takım kirli giyim eşyalarının kısa süreliğine sergilenmesi ile ilgili)). Mahkeme dolaısıyla, söz konusu çalışmanın, şüphesiz, ülkenin dış politikasına ilişkin bir kamu yararı tartışmasının parçası olduğu kanısındadır. Mahkeme bu bağlamda, Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrasının, siyasi söylem ya da kamu yararı sorunlarıyla ilgili alanda, ifade özgürlüğüne sınırlamalar getirilmesine

izin vermediğini hatırlatmaktadır (*Wingrove/Birleşik Krallık*, 25 Kasım 1996, § 58, Derleme 1996-V).

51. Mahkeme ayrıca, kabul edilebilir eleştirinin sınırlarına ilişkin değerlendirme ile ilgili olarak, özel kişiler ile kamusal bağlamda görev yapan kişiler arasında ayırım yapmak gerektiğini hatırlatmaktadır (yukarıda anılan *Couderc ve Hachette Filipacchi Ortakları* kararı, §§ 117 ve bunu izleyen paragraflar). Somut olayda, doğrudan, ön planda bir siyasetçi olan Başbakanın şahsına yönelik bir eleştiri söz konusu olduğunu gözlemlemektedir (*Tuşalp/Türkiye*, no. 32131/08 ve 41617/08, § 45, 21 Şubat 2012). Mahkeme bu konuyla ilgili olarak, bir siyasetçiye karşı yapılan kabul edilebilir eleştirinin sınırlarının, sıradan bir kişiye karşı yapılan eleştirinin sınırlarından daha geniş olduğunu hatırlatmaktadır: Sıradan kişiden farklı olarak, siyasetçinin eylem ve hareketleri, kaçınılmaz ve bilinçli bir şekilde, hem gazetecilerin hem de vatandaş kitlesinin dikkatli bir kontrolüne maruz kalır; dolayısıyla, siyasetçi eleştirilere daha fazla hoşgörü göstermelidir (*Uzan/Türkiye*, no. 30569/09, § 40, 20 Mart 2018).

52. Mahkeme, daha sonra, ihtilaf konusu kolaj çalışmasını analiz ederek, bunun, kolaj sanatı yoluyla kaba ve imalı şekilde ifade edilmiş olan, o tarihteki Başbakanıya yönelik alaycı bir eleştiriden ibaret olduğunu gözlemlemektedir. Bu bağlamda, içeriği yukarıda anlatılan söz konusu kolaj çalışmasının, sahibine boyun eğen bir köpek metaforu aracılığıyla, Türk Başbakanını yabancı bir ülkenin iradesine boyun eğen siyasi bir lider gibi gösterilmeye çalıştığını kaydetmektedir. Dolayısıyla söz konusu çalışmanın, esas olarak, siyasi ve mali menfaatler nedeniyle Türk Başbakanının Amerikan Başkanına belli bir mensubiyet varlığı iddiasını göstermeye çalıştığını tespit etmektedir. Böylelikle, bu çalışmanın yalnızca Başbakan tarafından uygulanan dış politikayı eleştirmekle kalmayıp, aynı zamanda Başbakanın, dış güçler tarafından yönetildiğini ve rüşvet verildiğini ima ederek, iyi niyetini ve dürüstlüğünü sorguladığını da saptamaktadır.

53. Mahkeme, söz konusu kolaj çalışmasının bu nedenle, siyasi eleştiri alanında değer yargısı niteliği taşıdığı kanaatine varmaktadır. Bu konuyla ilgili olarak, olayların meydana geldiği dönemde devam etmekte olan ve uluslararası kamuoyunda şiddetle eleştirilen dünyadaki ve bilhassa Irak'taki Amerikan askeri faaliyetleri dikkate alındığında ve aynı zamanda daha önce o tarihteki Türk Başbakanı tarafından Irak işgaline gösterilen siyasi destek (yukarıda 28. paragraf) -bu duruma Hükümet itiraz etmemektedir- göz önünde bulundurulduğunda, Mahkeme, başvuranın çalışmasındaki değer

yargısının, yeterli bir olgusal dayanaktan yoksun olarak değerlendirilemeyeceği kanısındadır.

54. Öte yandan, Mahkeme, ulusal makamların, bir kolajda Başbakanın köpek şeklinde tasvir edilmesinin, Türk toplumunun bir kesimi ya da çoğunluğu tarafından aşağılayıcı ve küçük düşürücü olarak algılanabileceğine ve vatandaşlar arasında belli bir rahatsızlık yaratabileceği yönündeki iddiasına itibar etmeye hazırdır. Mahkeme, bu bağlamda, kamu menfaatini ilgilendiren bir kamu tartışmasında yer alan bireylerin, özellikle başkalarının şöhret ve haklarına saygı gösterilmesine ilişkin bazı sınırları aşmamaları gerekse de, belirli bir derecede mübalağaya, hatta kışkırtmaya başvurmalarına, yani az derecede ölçsüz ifadeler kullanmalarına izin verildiğini hatırlatmaktadır (*Kuliş/Polonya*, no.15601/02, § 47, 18 Mart 2008). Mahkeme ayrıca bir sanat eserini yaratan, yorumlayan, yayımlayan ya da sergileyen kişilerin, demokratik bir toplumda vazgeçilmez olan fikir ve görüş alışverişine katkıda bulduklarını -Devletin, bu kişilerin ifade özgürlüğüne haksız yere müdahale etmeme yükümlülüğü de buradan kaynaklanmaktadır (bk., diğer kararlar arasında, *Vereinigung Bildender Künstler/Avusturya*, no. 68354/01, § 26, 25 Ocak 2007 ve yukarıda anılan *Müller* kararı, §§ 32-33) - ve hiciv gibi sanatsal ifade ve sosyal yorum biçimlerinin, onları karakterize eden gerçekliğin abartılması ve çarpıtılması yoluyla ve ironik ve alaycı bir ton kullanarak doğal olarak kışkırtmayı ve ayaklandırmayı hedeflediklerini hatırlatmaktadır (bk. *gerekli değişikliklerin uygulanması koşuluyla (mutatis mutandis)*, yukarıda anılan *Vereinigung Bildender Künstler* kararı, § 33 ve *MAC TV s.r.o. c./Slovakya*, no. 13466/12, § 50, 28 Kasım 2017). Mahkeme, incitici sözlerin, sebepsiz yere aşağılama anlamına gelmesi halinde, örneğin bunların tek amacının hakaret olması halinde, ifade özgürlüğünün korunması kapsamında çıkabileceğini ve buna karşın, kaba ifadelerin kullanılmasının tek başına, incitici bir sözün değerlendirilmesinde belirleyici olmadığını; zira tamamen stilistik bir amaç da taşıyabileceğini hatırlatmaktadır (yukarıda anılan *Tuşalp* kararı, § 48).

55. Mahkeme somut olayda, başvuranın sanatsal çalışmasının konusu, kamuoyuna sergilenmesi bağlamı ve olgusal dayanağı (yukarıda açıklanmaktadır) göz önünde bulundurulduğunda, bu kolajın kışkırtıcı, huzursuz edici ve biraz da saldırgan tarz ve içeriğinin, ifade edildiği kamu tartışması kapsamında, sebepsiz yere hareket edici olarak değerlendirilemeyeceği kanısındadır (bk. *gerekli değişikliklerin uygulanması koşuluyla (mutatis mutandis)*, *Eon/Fransa*, no. 26118/10, §§ 57 ve 58, 14 Mart 2013 (Fransız Cumhuriyeti

Cumhurbaşkanına yönelik, Cumhurbaşkanlığı kortejinin halka açık bir yoldan geçtiği sırada başvuranın elinde salladığı pankart üzerinde yazılı olan “Casse toi pov’con”[1] ifadesi) ve yukarıda anılan *Oberschlick* (no 2) kararı, § 33 (bir gazeteci tarafından bir siyasetçiyi nitelemek için kullanılan “aptal” kelimesi ile ilgili)). Mahkeme her halükarda, bir siyasetçinin eleştiriye, bilhassa eleştiri hiciv şeklini aldığı anda, daha fazla tolerans göstermesi gerektiğini hatırlatmaktadır (*Alves da Silva/Portekiz*, no. 41665/07, § 28, 20 Ekim 2009).

56. Mahkeme, özellikle Başbakanı hakaret nedeniyle başvuran hakkında açılan ceza yargılaması çerçevesinde ilgilinin çarptırıldığı cezai yaptırımla ilgili olarak, Devlet kurumlarını temsil eden kişilerin, yetkili makamlar tarafından kurumsal kamu düzenini sağlayıcı sıfatıyla korunmaları, tamamen meşru olsa da, bu kurumların işgal ettiği baskın konumun, makamların ceza yolunu kullanmalarını kısıtlamalarını gerektirdiği kanaatindedir (yukarıda anılan *Otegi Mondragon* kararı, § 58).

57. Mahkeme ayrıca, bir müdahalenin orantılılığının ölçülmesi söz konusu olduğunda, verilen cezaların niteliği ve ağırlığının da dikkate alınması gereken unsurlar olduğunu hatırlatmaktadır (*Sürek/Türkiye* (No. 1) [BD], No. 26682/95, § 64, AİHM 1999-IV, *Ceylan/Türkiye* [BD], No. 23556/94, § 37, AİHM 1999IV, *Tammer/Estonya*, No. 41205/98, § 69, AİHM 2001 ve *Chauvy ve diğerleri/Fransa*, No. 64915/01, § 78, AİHM 2004-VI). Yine Sözleşme’nin 10. maddesiyle korunan haklara yapılan bir müdahalenin orantılılığına ilişkin değerlendirme, makamların, hukuki tedbirler gibi, cezai yaptırımdan başka bir yöntem kullanıp kullanmayacakları hususuna bağlıdır (*gerekli değişikliklerin uygulanması koşuluyla* (*mutatis mutandis*) bk. *Raichinov/Bulgaristan*, no. 47579/99, § 50, 20 Nisan 2006; ayrıca *gerekli değişikliklerin uygulanması koşuluyla* (*mutatis mutandis*) bk. *Lehideux ve Isorni/Fransa*, 23 Eylül 1998, § 51, *Derleme 1998-VII* ve *Cumpănă ve Mazăre/Romanya* [BD], no. 33348/96, § 115, AİHM 2004-XI). Mahkeme ayrıca, cezai alanda bir cezadan muaf tutulmayla birlikte mahkum edilme ve tazminat bağlamında “sembolik olarak bir (1) avro” ödemeye mahkum edilme gibi bir cezanın mümkün olduğunca hafifletilmiş olması durumunda bile (*Mor/Fransa*, No. 28198/09, § 61, 15 Aralık 2011), yine de bunun cezai bir yaptırım olduğunu ve her hâlükârda, bu durumun ifade özgürlüğü hakkının kullanılmasına yönelik müdahalenin haklı gösterilmesi için tek başına yeterli olmayacağını hatırlatmaktadır (*Athanasios Makris/Yunanistan*, No. 55135/10, § 38, 9 Mart 2017). Mahkeme, ifade özgürlüğünün ihlalinin, bu özgürlüğün kullanımına ilişkin olarak caydırıcı bir etkisi olabileceğinin (*gerekli değişikliklerin uygulanması koşuluyla*

(*mutatis mutandis*) bk. yukarıda anılan *Cumpănă ve Mazăre* kararı, § 114), ve verilen para cezalarının nispeten hafif niteliğinin, ihlali ortadan kaldırmak için yeterli olamayacağı tehlikesi doğurduğunun birçok defa altını çizmiştir (*Morice/Fransa* [BD], No. 29369/10, § 176, AIHM 2015).

58. Mahkeme, yukarıda belirtilen hususları dikkate alarak, mevcut davanın koşullarında hiçbir unsurun, somut olaydaki gibi adli para cezasına hükmedilmesi söz konusu olsa bile, başvuranın gözaltına alınması ve tutuklanmasını ve cezai bir yaptırımını haklı gösterebilecek nitelikte olmadığı kanaatine varmaktadır. Bu türden bir ceza, doğası gereği, makul miktarına rağmen, özellikle mahkûmiyet kararının etkileri dikkate alındığında, kaçınılmaz olarak caydırıcı bir etki yaratmaktadır (*gerekli değişikliklerin uygulanması koşuluyla* (*mutatis mutandis*) bk. yukarıda anılan *Artun ve Güvener* kararı, § 33, *Martchenko/Ukrayna*, No. 4063/04, § 52, 19 Şubat 2009 ve yukarıda anılan *Otegi Mondragon* kararı, § 60). Öte yandan, başvuranın mahkûmiyet hükmünün açıklanması geri bırakılmış ve beş yıllık erteleme süresi sonunda, söz konusu karar nihayetinde tüm sonuçları ile ortadan kalkmış olmasına rağmen, Mahkeme, hapis cezası gerektirebilecek ciddi bir suça dayanarak başvuran hakkındaki ceza soruşturmalarının kayda değer bir süre boyunca devam etmesinin, ilgilinin, kamu yararını ilgilendiren konular hakkında görüş bildirme isteği üzerinde caydırıcı bir etkiye neden olduğu görüşündedir (yukarıda anılan *Dilipak* kararı, § 70, ve yukarıda anılan *Selahattin Demirtaş* (no 3) kararı, § 26).

59. Mahkeme son olarak, ulusal mahkemelerin, başvuranın eyleminin hakaret suçu oluşturduğu değerlendirmesinde buldukları kararlarına dönmektedir. Bu bağlamda, Sulh Ceza Mahkemesinin, birinci kararında, başvuranın beraatine karar vererek, ilgilinin sanatsal çalışmasında yer alan, siyasi bir kişilik hakkında eleştiri iletmeye yönelik şok edici, saldırgan ve incitici unsurlara müsamaha gösterilmesi gerektiği kanaatiyle, başvuranın ifade özgürlüğünü savunduğunu tespit etmektedir (yukarıda 13. paragraf). Buna karşın, aynı mahkeme, Yargıtay'ın bozma kararı sonrası verilen mahkûmiyet kararında, başvuranın kolaj çalışmasının olgusal dayanağı bulunmadığı; ilgilinin, kolaj çalışmasıyla, Türk Başbakanını, Bush'un köpeğine benzeterek, bu siyasi yöneticiyi küçük düşürmeye çalıştığı ve ölçüyü aştığı; davranışının saldırganca ve tartışmaya neden olabilecek nitelikte olduğu ve açık ve yakın bir tehlike yarattığı değerlendirmesinde bulunmuştur (yukarıda 15. paragraf). Mahkeme, bu son kararda, kendi içtihadında belirtilen ilkelere yapılan atıfların yanı sıra, sulh ceza mahkemesi tarafından geliştirilen oldukça kap-

samlı gerekçe ve argümantasyonları ilgiyle kaydetmekte; ancak bu kararda yer alan değerlendirme ve sonuçlara yukarıda anılan gerekçelerden ötürü katılamamaktadır. Mahkeme ayrıca, bu kararda, bilhassa başvuranın çarpıtıldığı cezai nitelikteki yaptırımın orantılılığına ilişkin bir analizin yanı sıra, bu cezanın, ilgilinin ifade özgürlüğü üzerinde yaratabileceği caydırıcı etkiye ilişkin bir incelemenin bulunmadığını kaydetmektedir.

60. Mahkeme, yukarıdaki değerlendirmelerin tamamı ışığında, somut olayın koşullarında, ulusal makamların, başvuranın ifade özgürlüğü hakkı ile karşı tarafın özel hayatına saygı hakkı arasında izlenen meşru amaçlar arasında, adil ve içtihadı ile belirlenen kriterlere uygun bir denge kurmadıkları sonucuna varmaktadır. Mahkeme, her halükarda, başvuranın ifade özgürlüğü hakkının kullanımına yönelik müdahale ile, ilgili kişinin itibarının korunması meşru amacı arasında makul orantılılık ilişkisi bulunmadığı kanaatindedir.

61. Dolayısıyla, somut olayda Sözleşme'nin 10. maddesi ihlal edilmiştir.

II. SÖZLEŞME'NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI HAKKINDA

62. Sözleşme'nin 41. maddesi aşağıdaki şekildedir:

“Eğer Mahkeme, işbu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldırıyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine adil bir tazmin verilmesine hükmeder.”

A. Tazminat

63. Başvuran, rakam belirtmeden ve bu bağlamda herhangi bir belge ya da veri sunmadan maruz kaldığını ifade ettiği maddi ve manevi zararların tazminini talep etmektedir.

64. Hükümet, başvuranın maddi ve manevi tazminat bağlamında herhangi bir talep sunmadığını değerlendirmektedir.

65. Başvuranın, maruz kaldığını iddia ettiği maddi zararın miktarının belirlenmesine imkân verecek herhangi bir delil unsuru veya belge sunmaması sebebiyle, Mahkeme, bu bağlamda sunulan talebi reddetmektedir. Buna karşın, somut olayın koşulları nedeniyle başvuranın belli bir sıkıntı yaşadığının kabul edilebileceği kanaatine varmakta ve ilgiliye, manevi zarar bağlamında 2.000 avro ödenmesinin uygun olduğunu değerlendirmektedir.

B. Masraf ve Giderler

66. Başvuran, masraf ve giderler bağlamında herhangi bir talep sunmamaktadır. Dolayısıyla Mahkeme, başvurana bu bağlamda herhangi bir miktar ödenmesine gerek olmadığı kanaatindedir.

C. Gecikme faizi

67. Mahkeme, gecikme faizi olarak, bu miktarlara, Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal kredi faizlerine uyguladığı faiz oranına üç puan eklenerek elde edilecek oranın, uygulanmasının uygun olduğu sonucuna varmaktadır.

BU GEREKÇELERLE, MAHKEME,

1. Oy birliğiyle, başvurunun kabul edilebilir olduğuna;
2. Oy birliğiyle, Sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edildiğine;
3. Bire karşı altı oyla,

a) Davalı Devlet tarafından başvurana, Sözleşme'nin 44 § 2 maddesi uyarınca, kararın kesinleşeceği tarihten itibaren üç ay içerisinde, ödeme tarihindeki geçerli döviz kuru üzerinden davalı Devletin para birimine çevrilmek üzere, ödenmesi gereken her türlü vergi tutarı hariç olmak üzere, manevi tazminat olarak, 2.000 avro (iki bin avro) ödenmesine;

b) Söz konusu sürenin bittiği tarihten itibaren ödeme tarihine kadar, bu miktara, Avrupa Merkez Bankasının o dönem için geçerli olan marjinal kredi faiz oranının üç puan fazlasına eşit oranda basit faiz uygulanmasına;

4. *Oy birliğiyle, adil tazmine ilişkin kalan taleplerin reddine karar vermiştir.*

İşbu karar Fransızca dilinde tanzim edilmiş olup, Mahkeme İç Tüzüğü'nün 77. maddesinin 2 ve 3. fıkraları uyarınca, 2 Şubat 2021 tarihinde yazılı olarak bildirilmiştir.

Stanley Naismith Jon Fridrik Kjølbro Yazı İşleri Müdürü Başkan

HÂKİM YÜKSEL'İN SUNDUĞU

KISMİ MUTABAKAT VE KISMİ MUHALEFET ŞERHİ

1. Mevcut davada verilen kararda, başvuranın, Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamındaki şikâyetleri ile ilgili tespite katılıyorum, ancak başvurana, Sözleşme'nin 41. maddesi uyarınca manevi tazminat olarak herhangi bir meblağa hükmedilmesine, karşı oy verdiğimi saygıyla belirtmek isterim. Burada,

görüşümü iki yönden; Mahkeme içtihatlarında belirtilen denge kurulmasına ilişkin uygulama ve müdahalenin orantılılığı açısından açıklamak isterim.

2. Karar verilmesi gereken ilk konu, iki menfaatin, özellikle iki hakkın dengelenmesi ile ilgilidir: bir tarafta, Başbakanın itibarının korunması hakkı, diğer tarafta, başvuranın ifade hakkı bulunmaktadır. Mahkemenin, nedensiz hakaretleri korumadığı açıktır (bk. *Palomo Sanchez ve diğerleri/İspanya* [BD], no. 28955/06 ve diğer 3 başvuru, § 67, AİHM 2011; *Janowski/Polonya* [BD], no. 25716/94, §§ 33 ve 34, AİHM 1999 I; *Lešnik/Slovakya*, no. 35640/97, §§ 58-61, AİHM 2003 IV; *Vitrenko ve diğerleri/Ukrayna* (k.k.), no. 23510/02, 16 Aralık 2008; *Annen/Almanya* (no. 6), no. 3779/11, §§ 27-31, 18 Ekim 2018 ve *Prunea/Romanya*, no. 47881/11, §§ 31-37, 8 Ocak 2019). Ayrıca, bir sanatçı olarak başvuran, Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında öngörüldüğü üzere, haklarının kısıtlanabileceği olasılığından kaçmamaktadır. İfade özgürlüğünden yararlanan herhangi biri, bu fıkrada yer alan ifadelerle, kapsamı duruma ve kullanılan sürece bağlı olan "görev ve sorumlulukları" üstlenir; Mahkeme, söz konusu yaptırımın demokratik bir toplumda gerekliliğini gözden geçirdiğinde bunu gözden kaçıramaz (bk. *Akdaş/Türkiye*, no. 41056/04, § 26, 16 Şubat 2010). Ulusal makamların, ilke olarak, gerekliliklerin kesin içeriği ve bunları karşılamaya yönelik bir kısıtlama veya yaptırımın gerekliliği konusunda karar vermek için daha iyi bir konumda olduklarını yinelemek de çok önemlidir (bk. yukarıda anılan *Akdaş*, §§ 26, 27).

3. Mevcut davada denge kurulmasına ilişkin söz konusu uygulamayla ilgili olarak, ulusal mahkemeler, başvuranın ifade özgürlüğü hakkı ile ülkedeki en yüksek kamu görevlerinden birini yerine getiren bir siyasi liderin itibarının korunması veya özel hayatına saygı duyulması hakkı arasında dikkatli bir şekilde denge kurmaya çalışmıştır. Bununla birlikte, yerel mahkemelerin vardığı sonuç, ulusal bağlamda başvuranın kolaj çalışmasına ilişkin algıyı yansıtsa da, ulusal bağlam dışındaki içtihat kriterlerine öncelik verilmesi halinde, Mahkemenin varmış olduğu sonucun, bu açıdan haklı olarak farklı olabileceğini kabul ediyorum. Bu bağlamda, ulusal mahkemeler, Mahkemenin, özel hayata saygı hakkı ve ifade özgürlüğü hakkını uzlaştırmaya ilişkin kriterleri özetlediği içtihatlarını dikkate almamışlardır, bu kriterler şunlardır: Kamu yararıyla ilgili bir tartışmaya katkı, ilgili kişinin itibarı, raporun konusu, ilgili kişinin önceki davranışları, yayının içeriği, şekli ve etkisi ve uygulanabilirse, davanın koşulları (bk. *Von Hannover/Almanya* (no. 2) [BD], no. 40660/08 ve 60641/08, §§ 108-113, AİHM 2012; *Axel Springer AG/Almanya* [BD], no. 39954/08, §§ 89-95, 7 Şubat 2012; *Couderc ve Hachette Filipacchi Ortaklığı/Fransa* [BD], no. 40454/07, § 93, AİHM 2015 (özetler) ve yukarıda anılan *Palomo Sanchez ve diğerleri*, § 57). Bu bağlamda, Mahkemenin yerleşik iç-

tihatlarına göre, kabul edilebilir eleştiri sınırlarının, özel bir şahsa nazaran kamu sıfatıyla hareket eden politikacılar açısından daha geniş olduğu da kaydedilebilir (bk. *Lingens/Avusturya*, 8 Temmuz 1986, § 42, A Serisi no. 103; *Oberschlick/Avusturya* (no. 2), 1 Temmuz 1997, § 29, Karar ve hüküm raporları 1997-IV; *Mamère/Fransa*, no. 12697/03, § 27, AİHM 2006-XIII ve *Kwiecień/Polonya*, no. 51744/99, § 47, 9 Ocak 2007).

4. İkinci olarak, Mahkeme içtihatlarına göre, verilen cezanın niteliği ve ağırlığı, müdahalenin orantılılığını değerlendirirken dikkate alınması gereken faktörlerdir (bk. *Cumpănă ve Mazăre/Romanya* [BD], no. 33348/96, § 111, AİHM 2004-XI ve *Jersild/Danimarka*, 23 Eylül 1994, A Serisi no. 298, § 35). Mevcut davada, müdahalenin ciddiyeti ile ilgili olarak, hapis cezası yerine, daha sonra beş yıl süreyle ertelenen adli para cezasına hükmedildiğini kaydediyorum. Hakaret davalarında ceza yargılamasına başvurulması, kendi içinde orantısız olmasa da, Mahkemenin içtihatlarında hakaret davalarının ceza davası olarak görülmemesini isteyen ve hakaret davalarında cezai yaptırımların orantısız olduğunu düşünen mevcut eğilimin farkındayım (bk. yukarıda anılan *Cumpănă ve Mazăre/Romanya* [BD], § 115; *Morice/Fransa* [BD], no. 29369/10, § 176, AİHM 2015; *Lehideux ve Isorni/Fransa*, 23 Eylül 1998, § 51, Raporlar 1998 VII; *Raichinov/Bulgaristan*, no. 47579/99, § 50, 20 Nisan 2006; *Šabanović/Montenegro ve Sırbistan*, no. 5995/06, § 43, 31 Mayıs 2011; *Mor/Fransa*, no. 28198/09, § 61, 15 Aralık 2011 ve *Athanasios Makris/Yunanistan*, no. 55135/10, § 38, 9 Mart 2017). Bu nedenle, başvuran aleyhine yürütülen ceza yargılamasının, bu konudaki ilgili içtihat açısından orantısız olarak değerlendirilebilecek bir müdahale oluşturduğunu vurguluyorum.

5. Özetle, mevcut davada ulusal mahkemelerin, başvuranın kolaj çalışmasının, ulusal bağlamda nasıl algılandığını ortaya çıkarmak için ilgili unsurları derinlemesine değerlendirmeye çalıştığı kanaatindeyim (bk. kararın 59. paragrafı). Bununla birlikte, bir Strazburg hâkimi olarak, bu tür bir çalışmanın yalnızca ulusal bağlamdaki algısına dayanmayan ve makul olarak ulusal hâkimlerin vardığından farklı sonuçlara varabilecek olan Mahkemenin, davanın koşullarına ilişkin başka kriterlerin geçerli olduğu bu konudaki içtihatlarına bağlıyım. Buna ek olarak, Mahkemenin içtihatlarındaki hakaret davalarının ceza davası olarak görülmemesine yönelik mevcut eğilim göz önüne alındığında, müdahalenin orantılılığının sorunlu olduğu kanaatine varılabilir.

6. Son olarak, başvurana Sözleşme'nin 41. maddesi kapsamında manevi tazminat olarak herhangi bir meblağ ödenmesine hükmedilmesine katılmadığımı saygıyla belirtmek isterim. Başvuranın ileri sürdüğü zarar için bir ihlal tespitinin, kendi başına yeterli bir adil tazmin teşkil edeceğini düşünüyorum.

Declaration on freedom of political debate in the media

*Türkçe çeviri**

AVRUPA KONSEYİ BAKANLAR KOMİTESİ

MEDYADA SİYASİ TARTIŞMA ÖZGÜRLÜĞÜ DEKLARASYONU**

*(Bakanlar Komitesi tarafından, Bakan Temsilcilerinin 12 Şubat 2004 tarihinde yapılan
872. toplantısında kabul edilmiştir)*

* Avrupa Konseyinin resmi nüshaları İngilizce ve Fransızca dillerinde olup işbu tercüme nüshayla ilgili tüm sorumluluk çevirmene aittir.

** <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/f20fbc23-8676-4066-9213-3f0b00798adf.pdf> adresinden alınmıştır.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi,

Avrupa'da insan hak ve özgürlüklerinin korunması alanındaki temel belge olan Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesinin (bundan böyle "Sözleşme" olarak anılacaktır) üye Devletlerin imzasına açılmasından bu yana elli yılı aşkın bir süre geçtiğini göz önünde bulundurarak;

Avrupa Konseyinin amacının, ortak mirasları olan ülkü ve ilkeleri korumak ve geliştirmek üzere üyesi olan ülkeler arasında daha sıkı bir birlik kurmak olduğunu dikkate alarak;

Tüm üye devletlerin, 11 Ekim 1997 tarihinde Strazburg'da gerçekleşen 2. Devlet ve Hükümet Başkanları Zirvesi tarafından tekrar vurgulanan, çoğulcu demokrasi, insan haklarına saygı ve hukukun üstünlüğü temel ilkelerine bağlılık taahhütleri hatırlatılarak;

Sözleşmenin 10. maddesi ile koruma altına alınmış bulunan ifade ve bilgi edinme temel özgürlüğünün, 1982 senesinde kabul edilmiş olan ifade ve Bilgi Edinme Temel Özgürlüğü Bildirisinde belirtildiği üzere, demokratik bir toplumun en önemli temel taşlarından ve bireylerin kişisel ilerleme ve gelişimleri için gerekli unsurlardan birisi olduğunu tekrar vurgulayarak;

15 - 16 Haziran 2000 tarihlerinde Krakov'da yapılan Avrupa Kitle İletişim Politikalarından Sorumlu Bakanlar 6. Konferansında benimsenen, geleceğin kitle iletişim politikaları konulu Bildiriyi de göz önünde bulundurarak;

Kendisinin "Cevap hakkı - basın karşısında bireylerin konumu" konulu Res(74)26 sayılı Kararı ile seçim kampanyalarının basın tarafından izlenmesine ilişkin R (99) 15 sayılı Tavsiye Kararını hatırlatarak;

"Nefret içeren ifadeler" konulu R(97)20 sayılı Tavsiye Kararını da hatırlatarak ve ırkçı veya kin beslemeye, yabancı düşmanlığına, antisemitizme ve her çeşit hoşgörüsüzlüğe sevk eden düşünceleri dile getirmenin siyasi ifade özgürlüğü çerçevesine girmediğini vurgulayarak;

Parlamente Meclisinin özel hayata saygı gösterilmesi konusundaki 1168 (1998) sayılı Kararını hatırlatarak;

Kamuoyunun, kendisini ilgilendiren konularda bilgi edinme hakkı ile kamu-sal ve siyasi işlerde denetim hakkının teminat altına alınması için, ayrıca demokratik toplumlarda elzem olan siyasal organlar ile kamu hizmetlerinin sorumluluğunun ve şeffaflığının, üye devletlerde memurların statü ve so-

rumluluklarına ilişkin iç düzenlemelere zarar vermeyecek şekilde sağlanması için, kamuoyunun özellikle özgür ve bağımsız medya kuruluşları aracılığıyla, ifade ve bilgi edinme özgürlüğünün büyük önemini tekrar vurgulayarak;

İfade özgürlüğünden yararlanmanın beraberinde görev ve sorumluluklar da getirdiğini, bunların medya çalışanları tarafından hatırda tutulması gerektiğini, bu özgürlük ile Sözleşme tarafından teminat altına alınmış başka hak, özgürlük ve temel çıkarlar arasında bir denge sağlamak amacıyla söz konusu ifade özgürlüğünde meşru olarak bazı kısıtlamalara gidilebileceğini hatırlatarak;

Bir siyasi göreve aday olmuş, seçilmiş veya böyle bir görevden ayrılmış olan veya yerel, bölgesel, ulusal veya uluslararası düzeyde siyasi bir görevde bulunan veya siyasi yaşamda nüfuz sahibi olan gerçek kişilerin (bundan böyle “siyasi şahsiyet” olarak anılacaktır), ayrıca bu düzeylerde kamu görevi yürüten veya kamusal yetkilere sahip bulunan gerçek kişilerin (bundan böyle “kamu görevlileri” olarak anılacaktır), medya kuruluşları aracılığıyla haklarında bilgi ve görüş yayınlanması nedeniyle zarar görebilecek temel hakları olduğunun bilincinde olarak;

Bazı ulusal hukuk sistemlerinin halen siyasi şahsiyetlere ve kamu görevlilerine, haklarındaki bilgi ve görüşlerin medya organlarında yayılmasına karşı hukuki ayrıcalıklar tanıdığı ve bu durumun Sözleşmenin 10. maddesi ile teminat altına alınmış bulunan ifade ve bilgi edinme özgürlüğü ile çeliştiğinin bilincinde olarak;

Kamuyu ilgilendiren konularda kamu denetimi hakkının kullanılmasının siyasi şahsiyetler ile kamu görevlileri dışındaki kimseler hakkındaki bilgi ve görüşlerin yayılması durumunu da kapsayabileceğinin bilincinde olarak;

Üye devletleri işbu Bildiriyi, gereğinde çevirisi ile birlikte, en geniş şekilde dağıtım tabii tutmaya, özellikle siyasi mercilerin, kamu yönetim birimlerinin ve yargı organlarının, ayrıca gazetecilerin, medya kuruluşlarının ve bunların meslek kuruluşlarının dikkatine sunmaya davet eder;

Siyasi şahsiyetler ve kamu görevlileri hakkındaki bilgi ve görüşlerin yayımlanması konusunda aşağıdaki ilkelere özellikle dikkat çeker:

I. Medya kuruluşları aracılığıyla ifade ve bilgi edinme özgürlüğü

Kamuoyunun kamuyu ilgilendiren konularda bilgilendirilmesi çoğulcu demokrasinin ve siyasi ifade özgürlüğünün bir gereğidir. Bu özgürlük, medya

kuruluşlarının siyasi şahsiyetler ve kamu görevlileri hakkında olumsuz bilgiler ve eleştiri niteliğinde görüşler yayınlama hakkı ile kamunun bu tür görüş ve bilgileri öğrenme hakkını da kapsar.

II. Devlet ve kamu kuruluşlarını eleştirme özgürlüğü

Devlet, hükümet, genel olarak yürütme, yasama veya yargının herhangi bir organı medya kuruluşlarında eleştiri konusu yapılabilir. Güçlü konumlarına bağlı olarak bu kurumlar, ceza hukuku tarafından itibar zedeleyici veya hakaret niteliği taşıyan beyanlara karşı kurum olarak koruma altına alınmamalıdır. Söz konusu kurumların böyle bir korumadan yararlanabildikleri hallerde ise bu koruma çok sınırlı bir şekilde ve her halükarda eleştiri özgürlüğünü kısıtlamak amacıyla kullanılmasına mahal vermeden uygulanmalıdır. Bu kurumları temsil eden kişiler birey olarak zaten koruma altında bulunmaktadır.

III. Siyasi şahsiyetler hakkında kamuoyunda tartışma ve bunların kamuoyunca denetimi

Siyasi şahsiyetler kamuoyundan güven talep etmişler, kamuoyu bünyesinde açık tartışma konusu olmayı, kamuoyunun titiz bir denetimine tabi tutulmayı, buna bağlı olarak da görevlerini yerine getiriş tarzları konusunda kendilerine gereğinde şiddetli eleştiriler yöneltilebileceğini peşinen kabul etmişlerdir.

IV. Memurların kamuoyunca denetimi

Memurlar, görevlerinin sorumlu bir şekilde ve şeffaflık içinde yerine getirilmesini sağlamak için gerekli olduğu takdirde, görevlerini geçmişte veya hâlihazırda yerine getiriş tarzları hakkında, özellikle medyalar aracılığıyla, kamuoyunun denetim ve eleştirilerini kabul etmelidirler.

V. Hiciv özgürlüğü

Mizah ve hiciv, Sözleşmenin 10. maddesi ile korundukları şekilde ve kamuoyunu olaylar hakkında yanıltmamaları kaydıyla, ileri bir abartma, hatta tahrik boyutu taşıyabilir.

VI. Siyasi şahsiyetler ile kamu görevlilerinin itibarı

Siyasi şahsiyetler itibarlarının ve haklarının korunması için diğer kimselerden daha geniş haklara sahip bulunmamalıdır. Bundan hareketle iç hukukta, siyasi şahsiyetleri eleştiren medya kuruluşlarına karşı daha ağır ce-

zalar öngörülmemelidir. Bu ilke kamu görevlilerine de uygulanır. Bu ilkeye istisnalar, sadece kamu görevlilerinin görevlerini iyi yapmalarını sağlamak bakımından zaruri hallerde kabul edilebilir.

VII. Siyasi şahsiyetler ile kamu görevlilerinin özel yaşamları

Siyasi şahsiyetler ile kamu görevlilerinin özel yaşamları, medya kuruluşları tarafından yapılabilecek haberlere karşı Sözleşmenin 8. maddesi uyarınca korunmalıdır. Ancak siyasi şahsiyetler ile kamu görevlilerinin özel yaşamlarına ilişkin bilgiler, bu şahısların görevlerini geçmişte veya hâlihazırda yerine getiriş tarzları bakımından kamuoyunu doğrudan ilgilendirdikleri takdirde, üçüncü şahıslara gereksiz yere zarar vermemek kaydıyla, yayın konusu yapılabilir. Siyasi şahsiyetler veya kamu görevlileri özel yaşamlarına ilişkin hususlara bizzat dikkat çektikleri takdirde medya kuruluşları bu hususları inceleyebilirler.

VIII. Medya kuruluşlarının ihlallerine karşı başvurular

Siyasi şahsiyetler ile kamu görevlileri, medya kuruluşları tarafından hak ihlallerine karşı sıradan vatandaşların sahip oldukları hukuki başvuru yollarının aynalarına sahip olmalıdırlar. İtibar zedelemesi veya hakaret nedeniyle tazminat veya para cezası verildiği takdirde bunlar, medya kuruluşları tarafından gönüllü olarak verilerek ilgili kimseler tarafından kabul edilen gerçek ve uygun tazminatlar da göz önünde bulundurularak, hak ihlali ve itibar zedelenmesiyle orantılı olmalıdır. Hak ihlalinin veya itibar zedelemesinin vahameti ışığında ve özellikle medyada yayınlanan itibar zedeleyici ifadelerin veya hakaretlerin, nefret içeren ifadeler örneğinde olduğu gibi, başka temel özgürlükleri de önemli ölçüde ihlal ettiği ve cezanın kesin olarak gerekli ve ihlalin vahameti ile orantılı olduğu haller dışında itibar zedelemesi veya hakaret hapis cezasına yol açmamalıdır.

Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri

Türkiye'de ifade özgürlüğü ve medya özgürlüğüne ilişkin Memorandum*

1. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, Nils Muižnieks (Komiser), 6-14 Nisan 2016 tarihleri arasında Türkiye'yi ziyaret etmiştir. Bu ziyareti sırasında Komiser, İstanbul, Diyarbakır ve Ankara'ya gitmiştir. Ziyaret, özellikle güneydoğudaki durum başta olmak üzere terörle mücadele ve insan hakları, ifade ve basın özgürlüğü, ve adalet yönetimine odaklanmıştır.
2. Komiser, ziyareti sırasında, İçişleri Bakanı Sn. Efkân Ala; Adalet Bakanı Sn. Bekir Bozdağ; Anayasa Mahkemesi Başkanı Sn. Prof. Zühtü Arslan; Türkiye Kamu Başdenetçisi Sn. Nihat Ömeroğlu ve diğer kamu denetçileri; Türkiye Büyük Millet Meclisi İnsan Hakları Komisyonu Başkanı Sn. Mustafa Yeneroğlu; Türkiye İnsan Hakları Kurumu Başkanı Sn. Hikmet Tülen; ve Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu üyeleri dahil olmak üzere ulusal makamların temsilcileriyle görüşmelerde bulunmuştur. Komiser, Diyarbakır'da, Vali Sn. Hüseyin Aksoy, çok sayıda savcı ve Diyarbakır Büyükşehir Belediyesi Eş Başkanları Sn. Gülten Kışanak ve Sn. Fırat Anlı ile bir araya gelmiştir. Komiser ayrıca Diyarbakır Barosu Başkanı Sn. Tahir Elçi'nin öldürüldüğü yeri ziyaret etmiş ve arkada kalan eşine başsağlığında bulunmuştur.
3. Komiser, güneydoğu bölgesindeki bazı baroların temsilcileriyle ve Türkiye Barolar Birliği Başkanı Sn. Metin Feyzioğlu ile görüşmeler yapmıştır. Komiser, ayrıca, hakim ve savcı birliklerinden iki tanesinin temsilcileriyle buluşmuştur. Komiserin ziyareti, insan haklarının korunması çerçevesinde aktif çok sayıda sivil toplum örgütü, çeşitli gazeteciler, akademisyenler ve hukukçular da dahil olmak üzere sivil toplum temsilcileriyle yapılan birçok görüşmeyi de kapsamıştır.
4. 15 Temmuz'da Türkiye'de darbe girişimi cereyan ettiğinde Komiser bu ziyaretin raporunu hazırlamaktaydı. Bu darbe girişiminin ardından Tür-

* Çeviri şu adresten alınmıştır: http://www.ihop.org.tr/wp-content/uploads/2017/09/CommDH2015_TUR.pdf

kiye'deki demokratik güçlerle dayanışmasını bizzat ifade etmek ve insan haklarındaki gelişmelerle ilgili hem Türkiye'de ilan edilen olağanüstü halin insan haklarına etkileri hem de Nisan ziyareti esnasında incelemiş olduğu meseleler hakkında güncel bilgiler almak üzere 27-29 Eylül tarihleri arasında ikinci bir ziyaret için Türkiye'ye (Ankara) dönmüştür. Eylül'deki ziyaretin ardından olağanüstü halin insan haklarına etkilerine ilişkin bir memorandum hazırlanmıştır¹.

5. Komiser, her iki ziyaretin organizasyonunda ve bunların bağımsız ve etkili bir şekilde gerçekleşmelerinde sağladıkları yardımlardan ötürü Strazburg ve Ankara'daki Türk makamlarına teşekkürlerini sunar. Bilgilerini ve görüşlerini kendisiyle paylaşma istekliliklerinden ötürü, ulusal makamlardan ve sivil toplumdan bir araya geldiği herkese teşekkürlerini iletir.
6. İşbu memorandum Türkiye'de ifade özgürlüğünü ve medya özgürlüğünü konu almaktadır. Bu, 2 Aralık 2016'da yayımlanan Türkiye'nin Güneydoğu bölgesindeki terörle mücadele operasyonlarının insan haklarına etkilerine ilişkin ilk memorandumdan sonra, Komiser'in Nisan'da yaptığı ziyarete dayanan ikinci memorandum olup, Eylül ziyaretinde elde edilen güncel bilgileri de içermektedir.²

Giriş

7. İfade özgürlüğü ve medya özgürlüğü, Komiser'in Türkiye ile ilgili çalışmalarında başlıca öncelik teşkil etmiştir. Bu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadında açıkça görülen, ifade özgürlüğüne ilişkin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) 10. maddesi bakımından Türkiye'nin süreklilik arz eden ihlal örneklere ile birlikte değerlendirilmelidir. 1959 ile 2015 yılları arasında bulunan ihlallere ilişkin AİHM'in yayımladığı istatistiklere³ göre, Mahkeme tarafından verilen toplam 619 adet 10. maddede ihlali kararının 258'i Türkiye hakkındadır. Bu, Türkiye'yi diğer bütün üye devletlerden açık ara öne çıkarmaktadır (bir sonraki en yüksek ihlal sayısı olan üye devlet için bu rakam 34'tür).

1 Türkiye'de Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlerin İnsan Haklarına Etkilerine İlişkin Memorandum, Nils Muižnieks, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, CommDH(2016)35, 7 Ekim 2016.

2 Türkiye'nin Güneydoğu Bölgesindeki Terörle Mücadele Operasyonlarının İnsan Haklarına Etkilerine İlişkin Memorandum, Nils Muižnieks, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, CommDH(2016)39, 2 Aralık 2016.

3 Bkz. 1959-2015 dönemi için devletlere ve maddelere göre ihlalleri gösteren AİHM istatistikleri.

8. Komiser'in selefi 2011 yılında bu konuda, ihlallerin bir kısmına sebebiyet veren başlıca meseleleri ana hatlarıyla ortaya koyan bir rapor yayımlamıştı.⁴ Bu açıdan önem arz eden iki konu; Türk mevzuatında bulunan bazı hükümler, özellikle Türk Ceza Kanunu ile Terörle Mücadele Kanunu ve bunların Türk savcı ve hakimleri tarafından AİHS'e aykırı şekilde yorumlanması ve uygulanmasıydı. Komiser ve selefi önceki raporlarında Türkiye'deki savcılar ve mahkemelerin, muhalif görüş ve eleştiriyi sık sık devletin bütünlüğüne yönelik bir tehdit olarak algıladıklarını ve esas rollerinin, bireylerin insan haklarını korumaktan ziyade, devletin çıkarlarını korumak olduğunu düşündüklerini gözlemlemişlerdi. İfade özgürlüğü ile ilgili kayda değer bir endişe, sistematik olarak AİHS'e aykırı bir şekilde yorumlanmış olan "şiddete teşvik" kavramının kullanılışı olmuştur.
9. Yukarıda bahsi geçen raporda incelenen diğer meseleler ve tespit edilen sorunlar arasında, internet sansürü, devlet dışı aktörlerin eylemleri (gazetecilere yönelik saldırılar ve gazetecilerin sindirilmesi, hukuk mahkemelerindeki hakaret davaları), ayrıca medyada çoğulculuğa, mülkiyet yapılarına, editoryal (yazı işlerine dair) bağımsızlığa ve medya çalışanlarının sosyal haklarına ilişkin kaygılar yer almaktaydı.
10. 2011 tarihli raporu takip eden dönemde, Türkiye'de ifade özgürlüğü konusunda gözle görülür bir ilerleme sağlanmıştı. Komiserlik Ofisi'nin bazı kaygılarına kısmen cevap veren ve belli başlı tavsiyeleri açıkça dikkate alan yasal değişiklikler yapıldı. 10. madde ihlalleri de dahil olmak üzere AİHS ihlallerini ortadan kaldırmayı hedefleyen bir insan hakları eylem planı, zamanın Başbakanı Erdoğan ve diğer bütün bakanların imzasıyla Mart 2014'de yürürlüğe girdi. Bunlara yargı içindeki çabalar eşlik etmekteydi; örneğin, AİHS ve AİHM içtihadı bilgisinin hakimlerin performans değerlendirme kriterlerine dahil edilmesi veya Konsey ile kapsamlı iş birliği projeleri vasıtası ile yargı mensuplarına ifade özgürlüğü ile ilgili Avrupa Konseyi standartları hakkında eğitim verilmesi gibi. Son derece önemli ve olumlu bir gelişme Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru hakkının tanınması ve neticesinde Anayasa Mahkemesi tarafından AİHS standartlarına tamamen uygun bir dizi kararın verilmesi olmuştur.
11. Şüphesiz, atılan bu adımlar, birçok göstergenin de işaret ettiği üzere, meyve vermeye başlıyordu; buna örnek olarak cezaevlerindeki gaze-

4 Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Thomas Hammarberg, 27-29 Nisan 2011 tarihleri arasındaki Türkiye ziyaretini müteakiben hazırladığı rapor, Yeniden ele alınan: Türkiye'de ifade özgürlüğü ve medya özgürlüğü, CommDH(2011)25.

teci sayısındaki düşüş veya ifade özgürlüğü davalarında tutuklamaya alternatif tedbirlerin kullanılmasındaki artış sayılabilir. Bunun yanı sıra, Türkiye’de hem yüksek hem de ilk derece mahkemeleri tarafından ilerici kararlar verilmişti. Komiser, bu gelişmelerle ilgili memnuniyetini hem kamuoyu ile hem de Türk makamlarıyla paylaşmıştır.

12. Ancak bu olumlu gidişat durmuş ve giderek artan bir biçimde çalkantılı ve zor hale gelen bir bağlamda, yerini geriye doğru gidişe bırakmıştır. Nisan’daki Türkiye ziyareti öncesinde, ifade özgürlüğü konusundaki bu gerileme, Komiser için yeniden başlıca meselelerden biri haline gelmişti. Komiser, çeşitli beyanatları ve Türk yetkililer ile diyalogu aracılığıyla, Türkiye’de ifade ve medya özgürlüğü ile ilgili meselelere bilhassa 2015 ve 2016’da olmak üzere birçok defa müdahil olmuştur. Komiser’in kamuoyu ile paylaşmış olduğu endişeler şu hususlara ilişkindir:

- İnternet mevzuatındaki kötüleşme, örneğin önceden bir yargı kararına dayanmadan engelleme için yeni yasal temeller getirilmesi (Eylül 2014);
- İki karikatüristin Cumhurbaşkanı’na hakaretten ceza alması ve bu tip ceza davalarının yaygınlık kazanması (Mart 2015);
- Birçok gazetecinin tutuklanması; başta Fethullah Gülen hareketine bağlı medya mecralarından ve fakat buralarla sınırlı olmayan gazetecilerin (Aralık 2014, Ekim 2015), haftalık Nokta dergisinden gazetecilerin (Eylül 2015) ve Can Dündar ile Erdem Gül (Kasım 2015)’ün tutuklanması;
- Haftalık Nokta dergisinin ve VICE News’in bürolarının basılması, adı geçen ikinci kuruluşun yabancı uyruklu muhabirlerinin sınır dışı edilmesi (Eylül 2015);
- Ankara’daki bir terör saldırısından sonra getirilen medya yasağı (sosyal medya da dahil olmak üzere) (Ekim 2015);
- Ünlü gazeteci Ahmet Hakan’a yönelik fiziksel saldırı (Ekim 2015);
- Savcılık emriyle televizyon kanallarının yayın platformlarından çıkarılması (Ekim 2015);
- Mahkemelerin atadığı kayyumlar tarafından Koza-İpek Holding (Ekim 2015) ve Zaman, Today’s Zaman ve Cihan Haber Ajansı’nı kapsayan Feza medya grubu organlarının (Nisan 2016) yönetimlerinin devralınması;

- Güneydoğuda barış için bir bildiri imzalayan üç akademisyenin tutuklanması (Mart 2016).

13. Komiser, saygın uluslararası STK'ların⁵ Türkiye'de ifade özgürlüğü ile ilgili sorunların son yıllarda ağırlaştığını açıkça beyan ettiklerini not eder. AGİT medya özgürlüğü temsilcisi de aynı zaman zarfında Türkiye'de ifade ve medya özgürlüğüne vurulan ağır darbeleri kınayan bir dizi beyanatta bulunmuştur.⁶ Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, Haziran 2016'da, ifade özgürlüğü ve medya özgürlüğünün ülkedeki vaziyeti hakkında duydukları derin endişeleri ifade etmiş; burada Komiser'in endişelerinin birçoğu yankı bulmuştur⁷. Hem Avrupa Komisyonu⁸ hem BM düşünce ve ifade özgürlüğü raporörü⁹, başta olağanüstü hal kapsamında alınan tedbirler hakkında olmak üzere, benzer endişeleri dile getirmiş ve tehlikeye dikkat çekmiştir.

14. Bir davayı Strazburg'a getirmeden önce Anayasa Mahkemesi dahil yerel mahkemeler önünde geçen zaman göz önüne alınırsa, AİHM'in son dönem içtihadı Türkiye'de ifade özgürlüğünün halihazırdaki vaziyetine ilişkin uygun bir gösterge değildir. Komiser, yine de, AİHM'in yakın zamanda verdiği, Türk makamlarının ve mahkemelerin ifade özgürlüğüne yaklaşımındaki yapısal sorunların devam eden etkisine işaret eden bazı kararları not düşer.

15. Nisan 2016 ziyareti esnasında Komiser'in yaptığı tespitler, Türkiye'de ifade özgürlüğü ve medya özgürlüğüne dair geriye gidiş ve bariz olumsuz gidişat hakkındaki çok sayıda endişeyi teyit etmiştir.¹⁰

16. Birincisi, Türk makamları tarafından hayata geçirilen olumlu yasal değişiklikler, örneğin, Temmuz 2012'de kabul edilen reform paketi¹¹ bağlamında yapılanlar, ifade özgürlüğüne ilişkin Türkiye'deki yasal çerçevenin fazlasıyla kısıtlayıcı olan etkisini azaltmakta çok sınırlı kalmıştır. Komiser,

5 Bkz. örneğin, İnsan Hakları İzleme Örgütü, Uluslararası Af Örgütü, Özgürlük Evi (Freedom House) ve Sınır Tanımayan Gazetecilerin ilgili raporları.

6 Bkz. AGİT Medya Özgürlüğü Temsilcisi'nin internet sitesinden erişilebilen Türkiye'ye dair beyanatlari.

7 Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, Türkiye'de Demokratik Kurumların İşleyişi Hakkında Tavsiye Kararı, Resolution 2121 (2016), 22 Haziran 2016, paragraflar 20-29.

8 Komisyon çalışma belgesi, Türkiye 2016 Raporu, 9 Kasım 2016.

9 BM düşünce ve ifade özgürlüğü Özel Raporörü, 14-18 Kasım 2016 tarihindeki Türkiye ziyaretiyle ilişkin ön sonuçlar ve gözlemler.

10 Bkz. 14 Nisan 2016'da yayımlanan Komiser'in basın bildirisini.

11 Kanun No. 6352, 2 Temmuz 2012.

en başta, Türk Ceza Kanunu ile Terörle Mücadele Kanunu'nun selefi tarafından yukarıda bahsi geçen raporda incelenen sorunlu hükümlerinin çoğunun büyük oranda aynı kaldığını gözlemler. AİHS standartlarına aykırı olmalarına rağmen sorunlu maddelerin çoğunda ya hiçbir şekilde değişiklik yapılmamış, ya da altta yatan meselelere temas etmekten uzak yüzeysel değişiklikler yapılmıştır.

17. İkincisi, Komiser Türk yetkililerin medya özgürlüğü ve ifade özgürlüğüne yönelik tutumlarında bir katlaşma kaydetmiştir. Seçilmiş resmi görevlilere ve onların politikalarına yönelen meşru eleştirilere karşı halihazırda var olan yüksek seviyedeki hoşgörüsüzlük; daha da artmış ve agresif hukuk davaları (örneğin, Ankara Belediye Başkanı tarafından açılan), eleştirel gazetecilerin hükümet organizasyonlarından dışlanması, ayrıca yayın politikalarını değiştirmeleri veya gazetecileri işten çıkarmaları için medya şirketlerine doğrudan ya da dolaylı baskı yapıldığı yönünde bildirilen çok sayıda vakıya da dahil olmak üzere, sair şekillerde kendini göstermiştir. Bilhassa Cumhurbaşkanı, eleştirel medyayı, tanınmış yerli ve yabancı gazetecileri, akademisyenleri veya Türkiye'de insan hakları ihlallerini raporlayan STK'ları¹² damgalayan, onların cezalandırılması için çağrıda bulunan, hatta AİHS'e uygun kararlar aldığı için Anayasa Mahkemesi'ni hedef alan çok sayıda tartışmalı beyanda bulunmuştur.
18. Üçüncüsü, ve belki daha önemlisi, Türk savcılar ve mahkemeler tarafından yasal çerçevenin uygulanışı, gittikçe artan olumsuz bir istikamete girmiş, Türk mevzuatının AİHS'e daha uygun şekilde yorumlanması için başta Türk Anayasa Mahkemesi'nin öncülük ettiği bazı olumlu çabaları tersine çevirmiş ve bunların artılarını götürmüştür. Bu olumsuz gidişatın açık bir göstergesi, Cumhurbaşkanı'na ve dini değerlere hakaret suçları gibi uzun zamandır sadece kanunlarda kalmış, hiçbir zaman bu denli geniş kapsamlı ve sistematik olarak kullanılmamış bazı suçlara dayanarak başlatılan ceza soruşturmalarındaki çarpıcı artıştır..
19. Savcılar da, esas itibarıyla sanıkların bazı beyanlarının bir terör örgütünün amaçları ile genel olarak örtüşmesini gerekçe göstererek çok fazla sayıda terör veya silahlı örgüt üyeliği davası açmaya devam etmişlerdir. Ceza Kanunu'nun Türklüğe hakareti düzenleyen 301. maddesine dayanılarak açılan dava sayısındaki düşüş gibi olumlu eğilimlerden geri dö-

12 Bkz. örneğin, yukarıda bahsi geçen Türkiye'nin Güneydoğu Bölgesindeki Terörle Mücadele Operasyonlarının İnsan Haklarına Etkilerine İlişkin Memorandum, CommDH(2016)39, paragraf 69.

nülmüştür. Tutukluluğa alternatif tedbirlerin kullanılmasının teşvik edilmesi gayretleri, tutuklamalarda ciddi bir azalma ile neticelenmiş olsa da, bu eğilim, artan yargılama sayısı ve alt derece mahkemelerinin Anayasa Mahkemesi'nin ilerici kararlarına gösterdikleri direniş ile gölgelenmiş görünmektedir. Bu meselelerin çoğunda, yeni ihdas edilen sulh ceza hakimliklerinin belirleyici bir rol oynadıkları söylenebilir (bakınız, aşağıdaki 69-71. paragraflar).

20. Ne yazık ki, yukarıda açıklandığı üzere, zaten ciddi anlamda tehlike sinyalleri verme noktasına gelmiş bulunan Türkiye'de medya özgürlüklerinin ve ifade özgürlüğünün kötüye gidiş, 15 Temmuz 2016'daki başarısız darbe girişiminin ardından Türk hükümeti tarafından ilan edilen olağanüstü halde daha da şiddetlenmiştir. Yukarıda bahsi geçen memorandumunda¹³ belirtildiği gibi, Komiser, Türk yetkililerin olağanüstü hal ilan etme hakkını ve ("Fethullahçı Terör Örgütü"/"Paralel Devlet Yapılanması" denilen) FETÖ/PDY ile veya genel olarak terörle mücadele etmesini sorgulamamaktadır. Bununla birlikte, alınan tedbirler, yürütmeye; sadece kamu sektöründe değil, aynı zamanda medyada veya STK'larda da fark gözetmeden sert umumi tedbirler uygulamak ve bunları herhangi bir delil şartı veya yargı denetimi olmaksızın bir terör örgütü ile "irtibat" veya "iltisak" gibi muğlak kriterlere binaen yapmakta neredeyse sınırsız bir takdir yetkisi bahşetmektedir. Sonuçta, gazeteler, televizyon istasyonları, radyolar ve yayınevlerinin de dahil olduğu 150'den fazla medya organı hiçbir yargı kararı olmadan kapatılmış; varlıkları kararnemelerle tasfiye edilmiştir. Buna paralel olarak, önceki yıllarda büyük oranda düşmüş olan tutuklu gazeteci sayısı katlanmış; gelen haberlere göre bu memorandum yazıldığı sırada 151'e ulaşmıştır.¹⁴

21. Komiser, selefının 2011'deki belli başlı kaygılarının ve tespitlerinin geçerliliklerini koruduğu, öte yandan tespit edilen sorunların çok daha belirgin ve yaygın hale gelmiş olduğu kanaatindedir. Bunlar, bir de, artık doğrudan medya özgürlüğüne yönelen yeni saldırılarla katmerlenmiştir. Sonuç itibarıyla Komiser, 2011'e nazaran Türkiye'de medyanın bugün çok daha az çeşitlilik gösterdiğini ve kamuoyu önündeki tartışmaların daha fakirleşmiş ve bastırılmış olduğunu gözlemlemekten üzüntü duyar.

13 Türkiye'de Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlerin İnsan Haklarına Etkilerine İlişkin Memorandum, Nils Muižnieks, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, CommDH(2016)35, 7 Ekim 2016.

14 18 Ocak itibarıyla Bağımsız Gazetecilik Platformu (P24) tarafından toplanan bilgiye göre.

22. Komiser, medya özgürlüğü ve ifade özgürlüğü ile ilgili durumdaki kötüleşmenin boyutunun ve hızının son derece endişe verici olduğu görüşündedir. Bugünkü vaziyet, AİHS ve AİHM içtihadında korunan ilkelere, Avrupa Konseyi standartlarının¹⁵ ve ayrıca ilgili diğer uluslararası standartların çok sayıda ve göz göre göre ihlali ile öne çıkmaktadır. Bu ihlallerin yarattığı caydırıcı etki, sadece hükümetin ve iktidardaki siyasi partinin kontrol etmediği veya onların taraftarı olmayan medyanın ayakta kalan kısmında otosansür olarak ortaya çıkmamakta, aynı zamanda sıradan vatandaşları da etkilemektedir. Bu, gazetecilik için son derece elverişsiz bir iklime ve giderek kuraklaşan tek taraflı bir tartışma ortamına yol açmaktadır.
24. Bu çerçevede I. bölüm, medyada çoğulculuğun ve bağımsızlığın son yıllardaki geriye gidiş şekillerinin başlıca örneklerine genel bir bakış sunmaktadır. II. bölüm, hala çok baskıcı olan yasal çerçeve ve onun Türk yargısı tarafından katı yorumlanması bir araya gelmesinin, yetkililerin de cesaretlendirmesiyle, ifade özgürlüğüne ilişkin olarak farklı grupların ve sektörlerin nasıl çeşitli şekillerde fiilen yargı tacizine maruz kalmalarına yol açtığına göz atmaktadır. III. bölüm, özel olarak, medya özgürlüğü ve ifade özgürlüğü alanında yaşanan geriye gidişin başlıca ceremesini çeken gazetecilerin güvenlik ve korunmasını ele almaktadır. IV. bölüm ise, Türk yetkililerin sosyal medya da dahil olmak üzere internette ifade özgürlüğünü sınırlandırmak için uyguladıkları yollarla ilgili çeşitli gözlemleri aktarmaktadır.

I. Medyada çoğulculuk ve bağımsızlık

25. Komiser, medya çoğulculuğu ve medyada içerik çeşitliliğinin, demokratik bir toplumun işleyişi için esas teşkil ettiğini; bunların AİHS 10. maddesi ile güvence altına alınan ifade özgürlüğü ve bilgi verme-alma temel hakkının uzantıları olduğunu hatırlatır. Devletlerin, eleştirel olanlar da dahil olmak üzere çeşitli seslerin duyulabilmesini sağlamayı gerektiren, medya sektöründe çoğulculuğu temin etmek yönünde pozitif yükümlülüğü vardır.¹⁶
26. Komiser'in selefi 2011'de Türkiye'yi ziyaret ettiği zaman medyada çoğulculukla ilgili başlıca endişe kaynaklarından biri, Türk medyasının yayın politikalarını etkileyen ve otosansüre sebebiyet veren menfaat çatışması

15 Özellikle, 13 Nisan 2016'da kabul edilen Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin gazeteciliğin korunması, gazetecilerin ve diğer medya mensuplarının güvenliğine ilişkin tavsiye kararı CM/Rec(2016)4.

16 Ibid., II. bölüm - İlkeler, paragraf 15.

içindeki büyük medya gruplarının hakimiyeti altında olmasıydı. Yine de Komiser, Türkiye'nin bugünkü durumuna kıyasla o zaman çok daha çeşitli ve çoğulcu bir medya yelpazesine sahip olduğu kanaatindedir. Bu durum, bir çok eylemin sonucu gibi görünmektedir.

Hükümet yanlısı medyanın desteklenmesi

27. Türk yetkililerin devlet kaynaklarını kullanarak hükümet yanlısı bir medya geliştirmeye çabaladıklarının açık göstergeleri bulunmaktadır. Komiser'in görüştüğü kişilerin birçoğu, şeffaf bir mülkiyet yapısı olmayan ve kamu ihaleleri vasıtasıyla hükümete bağlı büyük şirketler tarafından finanse edildikleri söylenen medya şirketlerine verilen bir isim olan "havuz medyasından" söz etmiştir. Özgürlük Evi'ne (Freedom House) göre:

"AKP iktidarı altında kamu ihale kararlarının başbakanlıkta merkezleştirilmesi, (bu) şirketlerin sahip olduğu medya organlarında içeriği etkilemek üzere ekonomik nüfuzun giderek daha çok kullanılmasına yol açmıştır. [...] Medya sahipliğini şekillendirmek için ekonomik nüfuzun kullanılmasının en fahiş örneklerinden biri, 2013'de sızan telefon dinleme kayıtlarıdır. Bunlar İstanbul'un üçüncü havalimanı inşasının milyar dolarlık sözleşmesi karşılığı hangi holdinglerin Sabah-ATV medya grubunu satın alacağını hükümetin dikte ettiğini göstermiştir. Tasarruf Mevduatı ve Sigorta Fonu (TMSF) da medya varlıklarının kendilerine yakın kuruluşlara transfer edilmesi için kullanılmıştır [...]"¹⁷

28. Kasım 2015 genel seçimlerini takiben, AGİT/DKİHB Sınırlı Seçim Gözlem Misyonu da, "medya sahiplerinin kamu ihalelerini ve devlet kaynaklı reklamları almaktaki çıkarlarının editoryal özerkliğe müdahaleye sebep olduğu ve özellikle televizyonda hükümete sınırlı eleştiriyle sonuçlandığı" kanaatindedir.¹⁸ Buna, kamu hizmeti yayıncılığı yapan medyadaki taraflı yayınlar eşlik etmektedir: Yine aynı gözlem heyetine göre, örneğin, kamu yayıncısı TRT, haberlerinde, güncel ve tartışma programlarında, iktidardaki siyasi parti AKP'yi kayırmıştır. İddialara göre, 2011'den sonra yönetiminde yapılan çok sayıda siyasi atama ve sayısız görevden alma olaylarından sonra, aynı eleştiri, devlete ait bir haber ajansı olan Anadolu Ajansı'na da sık sık yöneltilmektedir. Sadece bu tip medyadan gelen gazetecilerin resmi basın toplantılarına davet edildiği, eleştirel gazetecilerin ve medyanın bu tip faaliyetlerin dışında bırakıldıkları yaygın olarak dile getirilmektedir. Bunun sonucunda, yetkililer, hiç ya da nadiren eleştirel basın veya bağımsız gazeteciler ile karşı karşıya gelmektedir.

17 Freedom House (Özgürlük Evi) ülke raporu, Türkiye - Basın özgürlüğü 2016.

18 AGİT/DKİHB Sınırlı Seçim Gözlem Heyeti 1 Kasım 2015 Erken Genel Seçimler Nihai Raporu.

Eleştirel medyanın baskı altına alınması ve engellenmesi

29. Aynı zamanda, Türk makamları olumsuz haberlere gözdağı ve ceza vermeye çalışmış görünmektedir. Gezi olaylarını takip eden 2013 raporunda Komiser, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu (RTÜK) tarafından olaylar hakkında haber geçen çeşitli TV kanallarına “tek taraflı” yayın yapıldığı ileri sürülerek verilen cezalara zaten işaret etmişti.¹⁹ Bu cezaların kullanılması, başta Türkiye'nin güneydoğusundaki sokağa çıkma yasakları ve terörle mücadele operasyonları²⁰ ile ilgili olmak üzere, eleştirel haberciliği önlemekte önemli bir araç olmaya ve daha eleştirel medyaya karşı orantısızca uygulanmaya devam etmiştir. Komiser'in selefinin yukarıda bahsi geçen raporda²¹ RTÜK hakkında dile getirdiği endişeler hala tamamıyla geçerlidir ve hatta daha da derinleşmiştir.
30. 2013 raporunda Komiser, ayrıca, yayın politikalarını değiştirmeleri ve gazetecileri işten çıkarmaları için medya şirketlerine yapılan baskıya temas etmişti. Komiser, “Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'nin protestoların tam ve doğru olarak basına yansıtılması için Türk medyasına çağrıda bulunmasına sebep olan Gezi olaylarının taraflı ele alındığı algısının, bazı gazetecilerin Gezi olaylarıyla ilgili yaptıkları haberlerle bağlantılı olarak işten çıkarılmaları ile daha da pekişmiş olmasından” endişe duymaktaydı. Komiser, bu konuda Gezi olaylarıyla ilgili yayınları nedeniyle Sabah gazetesinden Yavuz Baydar'ın ve Milliyet gazetesinden Can Dündar'ın işten çıkarılmaları gibi kamuoyunca iyi bilinen bazı örneklerle dikkat çekmişti.²²
31. Komiser'in görüşme yaptığı kişilerin birçoğu takip eden süreçte bu eğilimin devam ettiğini ve arttığını tutarlı bir biçimde bildirmiştir. Gezi olayları sırasında ve sonrasında işten çıkarılan birçok gazeteci, hükümete karşı daha az eleştirel olmaları için haberlerini değiştirmeleri yönünde

19 Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Nils Muižnieks, 1-5 Temmuz 2013 tarihleri arasındaki Türkiye ziyaretini müteakiben hazırladığı rapor, CommDH(2013)24, 26 Kasım 2013, paragraflar 119-120.

20 Örneğin, bkz. İnsan Hakları İzleme Örgütü “Türkiye Basınına Susturmak” başlıklı raporu, Aralık 2016, sayfalar 63-66; veya Özgürlük Araştırmaları Derneği, Liberal Perspektif Rapor No. 3: Türkiye'de Basın Özgürlüğü, Ekim 2015, sayfalar 22-23.

21 Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Thomas Hammarberg, 27-29 Nisan 2011 tarihleri arasındaki Türkiye ziyaretini müteakiben hazırladığı rapor, Yeniden ele alınan: Türkiye'de ifade özgürlüğü ve medya özgürlüğü, CommDH(2011)25, paragraflar 32-34.

22 Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Nils Muižnieks, 1-5 Temmuz 2013 tarihleri arasındaki Türkiye ziyaretini müteakiben hazırladığı rapor, CommDH(2013)24, 26 Kasım 2013, paragraf 121.

kendilerine nasıl baskı yapıldığını veya editörlerinin hükümetten gelen baskı nedeniyle kendilerini işten attıklarını detaylarıyla anlatmışlardır.²³ Komiser, baskının doğrudan doğruya haber merkezlerine veya, örneğin nüfuzlu bir günlük gazete olan Hürriyet'i kontrol eden Doğan Medya Grubu'nun sahibi Aydın Doğan'a açılan ceza davaları gibi, medya sahiplerine uygulandığı birçok olay duymuştur. Bazı gazetecilere göre, bu baskılar aynı grubun bünyesindeki bir başka günlük gazete olan Radikal'in kapatılmasının da esas sebebidir.

32. Komiser'in dikkatinin çekildiği bir başka konu, resmi ilanlar ve kamu kuruluşlarına ait reklamları basına dağıtmaktan sorumlu Basın İlan Kurumu'nun işleyişiyle ilgilidir. Eldeki istatistikler bu ajansın hükümet yanlısı gazeteleri tirajlarına bakmadan büyük ölçüde kayırdığını, bu şekilde muhalif medyayı bastırıldığını açıkça gözler önüne sermektedir.²⁴ Komiser, Ekim 2016'da yürürlüğe konan bir yönetmeliğin, başta terör suçları nedeniyle olmak üzere bir süreli yayın hakkında devam eden bir yargılamanın, o süreli yayına verilen ilan ve reklamları nihai hüküm verilene kadar otomatik olarak durduracağı hükmünü getirmekle bu eğilimi son derece net olarak ortaya koyduğunu kaydeder. Bu yönetmelikle, şayet soruşturma bir gazeteciyi ilgilendiriyorsa, gazeteci beş iş günü içinde işten çıkarılmadıkça, çalıştığı süreli yayına ilan ve reklam verilmesi askıya alınmaktadır.²⁵ Komiser, bunu, gazetecilere açılan mesnetsiz davaların yaygınlığı ile birlikte değerlendirdiğinde, devletin basına karşı tarafsız olma kuralının ihlal edildiğinin ve eleştirel gazetecilerin işten kovulması için yapılan baskının canlı bir örneği olarak telakki etmektedir.

Medya özgürlüğüne ve bağımsızlığına yönelik doğrudan saldırılar

33. Daha önce mevcut olan bu eğilimler son yıllarda savcılarının ve mahkemelerin de dahil olduğu Türk makamları tarafından medya özgürlüğüne yönelik daha önce görülmedik doğrudan saldırılara girişilmesiyle daha belirgin hale gelmiştir; bu özellikle 2015 ve 2016'da hükümetin Güleni addedilen medyaya mücadelesinin şiddetlendiği süreçte gerçekleşmiştir. Dikkate değer bir örnek, bazı eleştirel TV kanallarının başlıca dijital yayın platformu olan Digitürk'ten, ardından da devlete ait uydu sinyali sağlayıcısı TÜRSAT'tan çıkarılmalarıdır. RTÜK'ün kendisi bu kanalların

23 Çok sayıda örnek için bkz. İnsan Hakları İzleme Örgütü, op. cit., sayfalar 48-54.

24 Bkz. örneğin, Özgürlük Araştırmaları Derneği, op. cit., sayfa 27.

25 Yönetmelik No. 29848, 5 Ekim 2016, madde 110.

çıkarılmalarının platform operatörlerinin tarafsızlık şartını ihlal edebileceği uyarısında bulunmuşsa da, platformlar savcılar tarafından bunu yapmaya ısrarla teşvik edilmiştir.

34. Komiser'e gösterilen 24 Şubat 2016 tarihli Ankara'da bir savcı tarafından imzalanan ve TÜRKSAT'a hitaben yazılan bir belgede, bu yönde herhangi bir mahkeme kararı bulunmamasına rağmen, İMC TV'nin PKK hesabına terör propagandası yaptığı kanaatiyle TÜRKSAT'tan çıkarılması talep edilmiştir. Bilahare TÜRKSAT, muhtemelen aralarındaki sözleşmeye aykırı olarak ve seyirci kitlesinde ciddi bir kayba yol açarak İMC TV'yi uydudan çıkarmıştır. Böyle bir inisiyatif alarak savcı yetkisinin sınırlarını ağır bir şekilde aşmış olmanın yanında bu eylemiyle geri dönülemez sonuçlara sebebiyet vermiştir. Komiser, bunun medya özgürlüğüne çok ağır ve hukuka aykırı bir müdahale şekli olduğu ve bunun Türkiye'deki mevcut iklime yönelik önemli bir işaret verdiği görüşündedir.

Eleştirel medyanın tamamıyla kapatılması

35. Temmuz 2016'daki darbe girişimi olmadan ve akabinde Türkiye'de olağanüstü hal ilan edilmeden önce, medya özgürlüğüne yapılan doğrudan müdahaleler zaten alarm veren bir seviyeye ulaşmıştı. Komiser, 28 Ekim 2015'de Koza İpek Holding'in mahkemenin atadığı kayyumlar tarafından devralınmasına tepki göstermişti. Bu grup tarafından kontrol edilen medya şirketlerine kuvvet kullanılarak yapılan polis baskınlarının Türkiye'nin medya özgürlüğü ile ilgili aldığı tutum bakımından son aylarda girdiği tehlikeli yolun özellikle rahatsız edici bir göstergesi olduğunu ifade etmişti. Komiser ayrıca şunları söylemişti:

"ana şirket grubunun vesayet altına alınması kararının gerekçeleri ne olursa olsun, medya, ifade özgürlüğü ve editoryal bağımsızlığa ilişkin olarak özel bir takım hükümlerden yararlanmalıdır. Sergilenen acele yaklaşım, şirket merkezleri dışındaki olağanüstü güç gösterisi ve kayyumun canlı yayını kesme kararı, uluslararası insan hakları hukukunun koyduğu orantılılık ve gereklilik kriterlerine aykırı olduğu gibi, bunların Türk hukuk düzenine göre hukukiliğine ve Türk Anayasasına uygunluğuna ilişkin soru işaretleri de doğurmaktadır. Bu önlemlere derhal bir son verilmelidir. Öte yandan, genel seçimlere bir haftadan az kala, Türk kamuoyuna ve gazetecilere son derece caydırıcı bir mesaj halihazırda verilmiş olup bu sebeple büyük bir zarar vuku bulmuş durumdadır."²⁶

26 Komiser'in 28 Ekim 2015'te Facebook sayfasında yayımlanan beyanati.

36. Daha sonra, aynı yöntem Feza grubuna karşı da uygulanmıştır. Mahkemenin atadığı kayyumlar, derhal birçok süreli yayının ve TV kanallarının yayın politikalarını değiştirmiş, onları kuvvetli hükümet taraftarları haline getirmiştir. Aynı zamanda, gazeteciler topluca işten atılmış, medya arşivleri erişilemez hale getirilmiştir. Yine devralınmasından kısa bir süre sonra İpek medya grubunun iflası ilan edilmiş ve bütün gazetecileri işten çıkarılmıştır.
37. Nisan'daki Türkiye ziyaretinden sonraki basın bildirisinde Komiser'in belirttiği gibi, "hukuken kayyumlar varlıkları muhafaza etmek durumundadırlar oysa onlar, okuyucu kaybına sebep olacak ve şirketlerin piyasa değerlerini sıfırlayacak şekilde yayın politikasını değiştirmişlerdir. Bu, nihai bir mahkeme kararı verilmeden önce dahi, Türkiye'de medya özgürlüğüne ve çoğulculuğa halihazırda geri dönülemez bir zarar vermiş olan son derece endişe verici bir emsaldir".²⁷ Komiser mahkemelerin bu şirketlere kayyum atarken dayandıkları gerekçeye muttali olamamıştır, zira yetkililer soruşturmanın gizliliği ve yargılama sürecinin devam etmesi nedeniyle bu bilgiyi Komiser ile paylaşamayacaklarını belirtmişlerdir.
38. Eldeki delillere dayanarak ve bu medya şirketlerinin FETÖ/PDY ile bağlantıları ve bu örgütün 15 Temmuz 2016 darbe girişiminde oynadığı rolden bağımsız olarak, Komiser'e göre, bu medya şirketlerine el konmasının arkasında eleştirel haberleri kesme saiki mevcuttur; kayyum atmalarının hukuki dayanağı en iyi ihtimalle çok tartışmalıdır; ve bu tedbirler tamamıyla medya özgürlüğüne, ayrıca da hukukun üstünlüğüne dayandığı temel ilkelere, aykırıdır.
39. Ne yazık ki, bu eşi benzeri görülmemiş ölçüde sert müdahaleleri, Temmuz 2016'da olağanüstü hal ilan edilmesinden sonra yetkililer tarafından alınan önlemler sonucunda medya özgürlüğünün daha da ağır ihlalleri takip etmiştir. Olağanüstü hal çerçevesinde yürürlüğe konan bir dizi kararname ile Türk hükümeti bazı medya şirketlerini herhangi bir yargı kararı olmadan kapatmıştır. Komiser bunların tamamıyla yürütmenin kararları olduğunu, bu kararların alınmasına yargının hiçbir şekilde dahil olmadığını, herhangi bir mahkeme tarafından da yargı denetimine tabi tutulmadıklarını not düşer. Komiser, 23 Ocak 2017 tarihli bir kanun hükmünde kararname ile, bu kapatmalara karşı olanlar da dahil olmak üzere iç hukukta başvuru yollarının yeniden açılmasından memnuniyet duyar.

27 Bkz. Komiser'in 14 Nisan 2016'da yayımlanan basın bildirisi.

Bu, her ne kadar etkili bir hukuk yolu hakkının olmamasından kaynaklanan ikincil bir insan hakkı ihlaline yönelik bir çare olsa da, söz konusu kapatmaların, her şeyden önce, güdülen amaçlarla orantısız, insan hakları ve hukuk devleti temel ilkelerine aykırı oldukları ve ayrıca geri dönülemez sonuçlar yarattıkları gerçeğini değiştirmemektedir. İlgili şirketler ve terör örgütleri arasında bulunduğu varsayılan bağlantıları ortaya koyan herhangi bir kanıt, kamuoyuna veya bu şirketlere gösterilmeden bu kararlar alınmıştır.

40. Şirketler, kararnamelerle, ki bunların bazıları yürürlükten kaldırılmıştır, ve sair idari kararlarla kapatıldığından durum son derece karışık olmakla birlikte, Komiser'in önündeki rakamlara göre 11 Ocak 2017 itibarıyla toplam 158 medya şirketi kapatılmış durumdadır. Bu rakam, 45 gazeteyi, 60 televizyon ve radyo istasyonunu, 19 süreli yayını, 29 yayınevini ve 5 basın ajansını kapsamaktadır.

41. Komiser'e göre ne darbe girişimi, ne Türkiye'nin karşı karşıya olduğu diğer terör tehlikeleri alınan bu tedbirleri mazur gösteremez. Bu tedbirler Komiser'in tecrübesine göre medya özgürlüğünün eşi benzeri olmayan bir ihlalini sergilemekle kalmamakta, aynı zamanda hukukun üstünlüğünün ve hukuk güvencesinin açıkça inkarı anlamına gelmektedir. Çok sayıda insan hakkını tehlikeye atmasına rağmen bunlar, Türkiye'de uygulanan olağanüstü halin aşırılıklarının ve müsaade ettiği keyfilüğün en göze batan örneklerindedir. Komiser, olağanüstü hale dair memorandumunda yaptığı çağrılara rağmen 4 Ocak 2017'de Türk yetkililerin hiçbir değişiklik yapmadan olağanüstü hali üç ay daha uzatmaya karar verdiklerini görmekten üzüntü duymuştur.

42. Komiser'in görüşüne göre, yukarıda bahsedilen önlemler, olağanüstü hal tedbirlerinden önce zaten son derece zayıf bir duruma düşmüş olan Türkiye'deki medya özgürlüğüne ağır bir darbe vurmuş; sonuçta, medya özgürlüğünün özünün inkar edildiği bir hale gelinmiştir.

II. İfade özgürlüğünü kısıtlayan yargı tacizi

43. Yukarıda belirtildiği gibi Türkiye'de hukuki çerçeve, AİHM'e yapılacak daha fazla başvurunun önüne geçmek için Türk mevzuatını değiştirme doğrultusunda yapılmış sınırlı girişimlere rağmen, AİHS'e sayısız aykırılıklar barındırmaya devam etmektedir. Komiser'in selefinin yukarıda sözü edilen raporu, Türk Ceza Kanunu ve Terörle Mücadele Kanunu'nun doğrudan doğruya AİHS 10. maddesinin ihlaline yol açan hükümlerinin uzun bir listesini içerir.

44. Bu hükümlerin büyük çoğunluğu bir şekilde hala yürürlüktedir. Komiser, bilhassa, Venedik Komisyonu'nun Türk Ceza Kanunu'nun 216. (kin ve düşmanlığa tahrik, halkın bir kesimini veya benimsediği dini değerleri aşağılama), 220 §6 (örgüte üye olmamakla birlikte suç örgütü adına suç işleme) ve 220 §7 (örgüte üye olmamakla birlikte suç örgütüne yardım ve yataklık etme), 299 (Cumhurbaşkanına hakaret), 301 (Türklüğü veya devleti aşağılama) ve 314. (silahlı örgüt kurma, yönetme veya örgüte üye olma) maddeleri hakkındaki Mart 2016 tarihli görüşünü dikkate alır. Venedik Komisyonu, yapılan değişikliklerle veya Yargıtay içtihatlarıyla bu maddelerin uygulanmasını sınırlandırma çabalarını kabul etmekle beraber şu sonuca varmıştır: "Kaydedilen ilerleme açıkça yetersizdir. İşbu görüşe konu bütün hükümler, aşırı yaptırımlar getirmektedir ve AİHS ile, bilhassa 10. maddesi ve altındaki içtihat ile, ayrıca Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (ICCPR) 19. madde ile korunan tutum ve davranışları cezalandıracak şekilde çok geniş uygulanmaktadır".²⁸

Türk yargı içtihadında geriye gidiş

45. Gerçekten, Türk Ceza Kanunu ile Terörle Mücadele Kanunu'nun çeşitli hükümleri Türkiye'de ifade özgürlüğünün en ciddi ihlallerinin çoğunu üretmeye devam etmektedir. Bununla birlikte, Komiser'e göre, Türk hukukunun uluslararası standartlara uygunluğuna gelince bu yasaların Türk savcı ve mahkemelerince yorumlanma ve uygulanma biçimi, en az bunun kadar önemli, hatta daha ciddi bir meseledir. Yukarıda bahsi geçen 2011 raporunda Komiser'in selefî, bu iki kanunda yapılmış olan önemli değişikliklere rağmen ihlallerin devam ettiğini, bunun başlıca nedeninin değişiklik yapılan metinlerdeki hükümlerin içeriklerini korumaları ve genel hukuki yaklaşımın büyük oranda aynı kalması olduğunu tespit etmişti. 2011 sonrası yapılan değişikliklerin çoğu için de bu tespit geçerlidir.

46. Komiser'in selefî, ifade özgürlüğüne dair yukarıda bahsi geçen raporunda ve ayrıca yargı sistemi hakkındaki sonraki raporunda, yargının bağımsızlığının ve hukuk kültürünün kritik önemini vurgulamış, diğerlerinin yanı sıra şunlar gibi birçok soruna parmak basmıştı: savcılarının açıkça ifade özgürlüğü kapsamına giren konularda dava açmaktan kaçınmaları, yargılama süresince tutuklama tedbirine çok fazla başvurulması, mahkemelerin tutuklama kararlarında yer alan ve ayrı bir caydırıcı etkiye sahip

²⁸ Venedik Komisyonu, Türk Ceza Kanunu'nun 216., 299., 301. ve 314. maddeleri hakkında Görüş No. 831/2015, paragraf 123.

olan sorunlu gerekçeleri, başta suç örgütüne üyelik ispat edilmemişken sadece bir beyanın o örgütün amaç ve talimatlarıyla örtüşüyor sayıldığı davalar olmak üzere ifade özgürlüğü ve terör suçları ile suç örgütlerine ilişkin suçlar arasında doğru bir denge kurulamaması²⁹. Mevzuatta değişiklik yapıldıktan sonra, kimi zaman Ceza Kanunu veya Terörle Mücadele Kanunu'nun başka hükümlerine dayanılarak, benzer eylem ve beyanlar için yargılamaların devam ettiği gözlemlenebilmektedir.

47. Hukuk kültürünün Türkiye'de oynadığı kritik role dair Komiser'in kanaatini güçlendiren bir başka unsur, Türk Anayasa Mahkemesi kararlarının ayrıca yüksek mahkemeler ile ilk derece mahkemelerin bazı kararlarının Türk hakimlerin mevcut ceza kanunu hükümlerini AİHS ve AİHM içtihadına uygun biçimde uygulayabildikleri örnekler de barındırmasıdır. Sanıkların beyanlarının Anayasa'da güvence altına alınan ifade özgürlüğü hakkı tarafından korunduğu değerlendirilmesiyle, kimi zaman kararlarının gerekçelerinde açıkça AİHS'e referans vererek, beraat kararları verilebilmiştir.
48. Bu olumlu gelişmeye birçok faktör katkı sağlamıştır. Bunlardan biri, AİHM içtihadı bilgisi ve içtihada yapılan atıfların HSYK tarafından hakimlerin performans değerlendirme kriterleri arasına alınmasıdır. Her durumda Komiser, bunun, yasal çerçevede bulunan ve yukarıda detaylandırılan tartışmasız çok ciddi sorunları Türk mahkemelerinin gidermesine izin verebilecek, bu sayede ifade özgürlüğü ihlallerini önleyecek yeterli takdir yetkisi olduğunu gösterdiğini düşünmektedir.
49. Bununla birlikte, ilerleme büyük oranda durmuş ve tersine dönmüştür; bu, 2014 ve 2015'de giderek aşikar hale gelen bir eğilim olmuştur. Bu açıdan çok önemli bir gelişmenin, 17 Aralık 2013'te başlatılan yolsuzluk soruşturmalarının ardından o zamanki adıyla "paralel devlete" karşı yürütülen operasyon olduğu görülmektedir. Anayasa Mahkemesi, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nu (HSYK) etkileyen ve bu soruşturmalar sonrası aceleyle kabul edilen birçok değişikliği engellemiş olsa da; hükümetin üzerinde zaten büyük güç sahibi olduğu HSYK, bu tarihten sonra, çok sayıda yargı mensubunun zorunlu tayini, soruşturulmaları, işten el çektirme ve haklarında verilen ihraç kararları vasıtasıyla yargıya çok daha aktif bir şekilde müdahale etmiştir.

29 Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Thomas Hammarberg, 10-14 Ekim 2011 tarihleri arasındaki Türkiye ziyaretini müteakiben hazırladığı rapor, Yeniden ele alınan: Türkiye'de adalet sistemi ve insan haklarının korunması, CommDH(2012)2.

50. Bu tedbirler görünürde yargıdaki Gülen ağını hedeflese de, Komiser birçok muhatabından, bu tedbirlerin yargıda genel bir endişe ve korku atmosferi yarattığını; bu şekilde devlet odaklı tutumları arttırdığını veya yeniden canlandığını; örneğin, ifade özgürlüğünü destekleyen tartışmalı kararlar almak suretiyle dikkat çekmek istememe gibi eğilimler yarattığını duymuştur. Genel anlamda, yargı mensupları önceki devlet merkezci yaklaşımlarına geri dönmüş görünmektedir. Bu, Komiser'in önceki raporlarında da belirtildiği üzere, savcılarının ve mahkemelerin karşı görüş ve hükümetin eleştirilmesini devletin bütünlüğüne yönelik bir tehdit olarak algılamalarıyla, kendi esas görevlerini ise bireylerin insan haklarını, hukuk devletini ve demokrasiyi savunma değil, devletin menfaatlerini koruma olarak görmeleriyle sonuçlanmaktadır. Bu vaziyet, Türk yargısının siyasi iklimden fazlasıyla etkilendiği ve bağımsızlık ile tarafsızlığına yönelik bu süreçte şiddetlenen baskılara göre davrandığı genel kanaatini güçlendirmiş görünmektedir. Komiser, olağanüstü halden sonra bu baskıların ciddi anlamda ağırlaştığını ayrıca not eder.³⁰
51. Son yıllarda, ifade özgürlüğünü kullanan ve beyanlarının açıkça AİHS 10. maddesi koruması altında olduğu düşünülmesi gereken kişilere karşı açılan davalar sadece devam etmemiş; tersine artmıştır. Bu durum, Ceza Kanunu'nun ilgili hükümlerine dayanan davalardaki ve tutuklama taleplerindeki genel artış bağlamında değerlendirilmelidir. Savcılarının 216, 220 (6. Ve 7. fıkralar), 301 ve 314. maddeler uyarınca tutuklama taleplerine ilişkin olarak Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı'nın verdiği resmi rakamlar, 2013 yılındaki 1 698 talepten 2015 yılındaki 6 547 talebe üç katı aşan bir artış ortaya koymaktadır. Aynı dönem için, mahkemelerin verdiği tutuklama kararlarının sayısı neredeyse dört kat artmıştır (1 099'dan 3 732'ye).
52. İfade özgürlüğünü ilgilendiren yargılamalara karşı hükümetin tutumundaki değişiklik resmi rakamlardan da anlaşılmaktadır ve yargının sertleşen tutumuna verilen bir destek olarak görülebilir. 299. (Cumhurbaşkanına hakaret) ve 301. (Türklüğü ve devleti aşağılama) maddelerine yönelik olarak dava açılması Adalet Bakanlığı'ndan izin gerektirmektedir; 301. maddeyle ilgili bu izin 2013'te 43 iken bu rakam 2015 için 153, ve 2016'nın sadece ilk dört ayı için 100'dür. 299. maddeye gelince,

30 Türkiye'de Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlerin İnsan Haklarına Etkilerine İlişkin Memorandum, Nils Muižnieks, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, CommDH(2016)35, 7 Ekim 2016, paragraflar 23 ve 29.

2013'te 85 dosya için dava izni verilmişken, 2015'te bakanlığın verdiği 1 540 izne (toplam 2 476 talep için) çıkmaktadır; yani 2013'tekilerin 18 katından fazla. Yalnızca 1 Ocak ile 30 Nisan 2016 arasında, 2 445 dava talebine ilişkin olarak ayrıca 915 izin verilmiştir.

53. Yetkililer 301. maddeye ilişkin artışı Güneydoğuda ve büyük şehirlerde yaşanan terör olaylarıyla açıklamıştır. Cumhurbaşkanı'na hakarete gelince, yetkililer dava açılması taleplerindeki artışın "Cumhurbaşkanının diğer yıllardan farklı olarak seçimle işbaşına gelmesi nedeniyle siyasi görüş aykırılıklarının kendisine karşı bu tür eylemleri artırmış olmasına" bağlı olduğunu ileri sürmüşlerdir. Yetkililere göre, "önemli sayıda dosyada ise kendisi ve ailesi hakkında ancak alt tabaka insanların kullanabileceği bir dille sövme eylemleri gerçekleştirildiği gözlenmiştir".³¹

Hakaret

54. Bir yıldan dört yıla hapis cezası getiren 299. maddeye ilişkin olarak Komiser, Nisan'daki ziyaretinden sonra benzer hükümlerin uygulamasının "cumhurbaşkanına hakaretin hala ayrı bir suç sayıldığı devletler de dahil olmak üzere diğer 46 Avrupa Konseyi üye devletinde" eşi benzeri olmadığını vurgulamıştır.³² Bu maddenin kullanımının, Cumhurbaşkanı'na ve bu vesileyle onun desteklediği her tür politikanın her tür eleştirisinin bastırılması için bir araç haline gelmiş olduğu ve fark gözetmeksizin, emsali olmayan bir seviyede herkese karşı, başta gazetecilere, karikatüristlere, akademisyenlere, ünlülere, öğrencilere ve bazıları reşit dahi olmayan öğrencilere yöneldiği görülmektedir. Dava konusu eylemler birçok halde yeniden "post" veya "retweet" edilenler de dahil, sosyal medya vasıtasıyla paylaşılan ifadeleri içermektedir. Haziran 2016 itibarıyla 18 kişinin bu suçtan ötürü hapisanede olduğu görülmüştür.

55. Komiser, bilhassa AİHM'in devlet başkanlarına yalnızca görevleri veya statüleri gereği onları eleştiriden koruyan bir imtiyaz veya özel koruma sağlanmasının modern pratikler ve siyasi anlayışlarla bağdaştırılmayacağı tespitine dayanarak bu hükmün uygulamasının AİHS'e temelden aykırı olduğu ve yargı tacizine vardığı kanaatinde³³ Komiser, Venedik Komisyonu'nun 10. maddenin açık ihlallerine karşı tek çarenin 299. maddenin yürürlükten kaldırılması olduğu görüşünü paylaşmaktadır.

31 Adalet Bakanlığı'nın Komiserlik Ofisi'ne gönderdiği 8 Haziran 2016 tarihli resmi bilgi.

32 Bkz. Komiser'in 14 Nisan 2016'da yayımlanan basın bildirisi.

33 Artun ve Güvener/Türkiye, 26 Haziran 2007, paragraf 31.

Komiser'e göre, Cumhurbaşkanı'nın 15 Temmuz darbe girişimi sonrası bu maddeye dayanılarak açılan davaları bir defaya mahsus bir jest olarak geri çekeceği doğrultusundaki açıklaması, bu hükmün Türkiye'de yaratmaya devam ettiği son derece ağır caydırıcı etki bakımından önem taşımamaktadır. Bu nedenle, Komiser, Türk Anayasa Mahkemesi'nin Aralık 2016'da Türk Ceza Kanunu'nun 299. maddesini, ifade özgürlüğü hakkının özüne dokunmadığı gerekçesiyle anayasaya uygun bulmasını üzüntüyle karşılar.³⁴

56. Hakaret suçuna başvurulması Türkiye'de çok daha genel bir meseledir: hakaret yüksek para cezaları ve 3 aydan 2 yıla kadar hapis cezaları gerektiren ve kamu görevlilerine karşı işlendiği takdirde ağırlaşan bir suç olmaya devam etmektedir (Türk Ceza Kanunu, madde 125). Komiser tarafından önceden ifade edildiği gibi, "hakaret bir suç sayıldığı ve gazeteciler orantısız yaptırım ve cezalarla tehdit edilebildiği müddetçe, caydırıcı etki ifade özgürlüğünün kullanımını sınırlandırma riski taşır. Bu durum sadece medyayı boğmaz, son tahlilde vatandaşları bilgi alma hakkından mahrum bırakır, böylece demokrasinin sağlıklı işleyişini olumsuz etkiler"³⁵. Türkiye'de ceza hükümleri araştırmacı gazetecilere olumsuz sinyaller göndermekte, eleştiriye ve hicveden görüşlerin dile getirilmesine engel olmaktadır.
57. Buna, yetkililere hakarettten hukuk mahkemelerinde açılan muazzam sayıda dava eşlik etmektedir. Örneğin, Ankara Belediye Başkanı Twitter'da, kendisini tenkit edenlere karşı 3 000 hakaret davası açmış olmakla övünmüştür. Bu uç bir örnek olsa bile, diğer birçok yetkili, hakarete ilişkin hükümlerin Türkiye'deki uygulaması AİHS'e aykırı bulunmuş olmasına rağmen en başta gazetecilere ve meclis üyesi olanlar da dahil muhalif siyasetçilere karşı hakaret ve tazminat davaları açmıştır.³⁶
58. 299. maddenin ve hakarete ilişkin hükümlerin uygulaması, Türk yetkililerin ve yargısının siyasi makam sahiplerine eleştiriye karşı artan hoşgörüsüzlüğünün bir belirtisidir. Ancak bu, Türk toplumunun her kesimini

34 Türk Anayasa Mahkemesi, 2016/186, 14 Aralık 2016.

35 Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Nils Muižnieks, BM düşünce ve ifade özgürlüğü hakkının korunması ve geliştirilmesi için Özel Raportörü Frank La Rue, ve AGİT Medya Özgürlüğü Temsilcisi Dunja Mijatović, Ortak Açıklama İtalya'da Hakaret: Değiştirilecek Kanun Taslağı.

36 Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Thomas Hammarberg, 27-29 Nisan 2011 tarihleri arasındaki Türkiye ziyaretini müteakiben hazırladığı rapor, Yeniden ele alınan: Türkiye'de ifade özgürlüğü ve medya özgürlüğü, CommDH(2011)25, paragraflar 56-57.

etkileyen, kamuoyu önündeki tartışmaları engelleyen, demokratik müzakerenin alanını daraltan ve böylece ülkede kutuplaşmayı artıran yargı tacizinin meydana getirdiği belirgin caydırıcı etkinin yalnızca bir bölümünü oluşturmaktadır.

Meclisteki tartışma alanını sınırlandırmak üzere yargı tacizine başvurulması

59. Eleştirel gazeteciler bu durumun en göz önünde bulunan mağdurları olsa da (bkz. aşağıya), birçok diğer kesim ve grup da doğrudan hedef alınmıştır. Bu vaziyetin özellikle rahatsız eden bir tezahürü milletvekillerinin dokunulmazlıklarının kaldırılmasıdır. Venedik Komisyonu'nun ad hoc, "tek vuruşluk" ve "ad homines" (kişilere özel) bir adım olarak nitelendiği bir hamle ve ayrıca anayasa değiştirme usulünün kötüye kullanılmasıyla,³⁷ hakkında fezleke bulunan 139 meclis üyesinin yasama dokunulmazlığı meclis çoğunluğunca kaldırılmıştır. Bu adımın en endişe verici yönlerinden biri, soruşturma konusu eylemlerin çoğunluğunun, örneğin Cumhurbaşkanı veya diğer kamu görevlilerine hakaret, terör propagandası veya kin ve düşmanlığa tahrik gibi suçlamalar çerçevesinde bu milletvekillerinin verdiği beyanatlardan kaynaklı olmasıdır. Anayasa değişikliğinin gerekçe bölümünde amacın, diğerlerinin yanı sıra, "bazı milletvekillerinin teröre manevi ve moral destek manasındaki açıklamalarının" yarattığı infiale karşılık vermek olduğu belirtilmektedir. Venedik Komisyonu'nun altını çizdiği gibi, özellikle bir muhalefet partisinin, HDP'nin, neredeyse bütün milletvekilleri bu değişiklikten etkilenmiştir. Bu adımın sonucunda, muhalefetteki çok sayıda milletvekiline karşı yargılamalar devam etmektedir. HDP'nin eş başkanları dahil birçok üyesi, Kasım 2016'da gözaltına alınmıştır. Türk yetkililer bunun sebebinin milletvekillerinin savcı önünde ifade verme çağrılarını reddetmeleri olduğunu ifade etmişlerdir. Bununla beraber, zorla ifade verdirildikten sonra bile, 11 milletvekili hala tutukludur ve bu kritik noktada meclisteki vekillik görevlerini ifa edememektedirler.

60. AİHM "ifade özgürlüğü herkes için önemli olsa da, halkın seçilmiş temsilcisi için özellikle böyledir. O seçmenlerini temsil eder, onları meşgul eden meselelere dikkat çeker ve onların menfaatlerini savunur. Dolayısıyla, muhalefetteki bir parlamento mensubunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleler [...], Mahkeme tarafından en sıkı denetimi gerek-

³⁷ Bkz. Venedik Komisyonu, Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci paragrafının (meclis dokunulmazlığı) askıya alınması hakkında Görüşü No. 858/2016, CDL-AD(2016)027, 14 Ekim 2016.

tirir” noktasında bir tereddüt bırakmamıştır.³⁸ Komiser ayrıca, esasen üyelerinin 10. maddenin teminatı altındaki ifadeleri nedeniyle haksız yere kapatılmış olan HDP’nin önceli siyasi parti DTP hakkındaki AİHM kararını hatırlatır.³⁹ Komiser, bilhassa, söz konusu ifadelerin, bugün dokunulmazlıkların kaldırılmasının gerekçesi olarak kullanılan beyanlarla çok benzer olduğunu not düşer.

61. Komiser yetkililerin dikkatini özellikle Mahkeme’nin vardığı sonuca çeker. Buna göre, sadece DTP’nin savunduğu ilkelerle PKK’nın savundukları arasında paralellikler olması, partinin politikalarını hayata geçirmek için güç kullanımını onayladığı hükmüne varmak için yeterli değildir. Eğer yalnızca bu ilkelerin savunucusu olarak bir siyasi grubun terörü desteklediği düşünülüyorsa, bu, ilgili mevzuları demokratik bir tartışma ortamı içinde ele alma imkanını azaltacak ve silahlı hareketlerin söz konusu ilkelerin savunulmasını tekelleri altına almalarına yol açacaktır.⁴⁰ Komiser, bugünkü iklimde, milletvekili dokunulmazlıklarının kaldırılmasının ve akabinde milletvekillerinin gözaltına alınmalarının ve tutuklanmalarının sadece milyonlarca seçmeni oy haklarından mahrum etmediği, aynı zamanda bütün Türk halkına had safhada tehlikeli ve korkutucu bir mesaj gönderdiği ve insan haklarına ilişkin olan da dahil olmak üzere demokratik tartışma alanını çok ciddi bir biçimde daralttığı görüşündedir.

Akademik özgürlüklerin kısıtlanması

62. Yetkililerin sertleşen tutumları neticesinde Türkiye’de ifade özgürlüğünün çok hızlı gerilediği bir başka alan da akademik özgürlüklerdir. Bu açıdan en bilinen vakıa, Ocak 2016’da hükümetin Türkiye’nin Güneydoğusunda sokağa çıkma yasakları ve terörle mücadele operasyonları bağlamındaki eylemlerini kınayan, şiddetin sona erdirilmesi ile müzakerelerin yeniden başlatılması çağrısı yapan bir metne Türkiye’deki akademisyenlerden 20 Ocak 2016 itibarıyla 2 212 imza toplamış olan “Barış için akademisyenler” imza kampanyasına gösterilen çok sert tepkiydi. Nisan ziyareti sonrasında olduğu gibi, özellikle sokağa çıkma yasakları ve terörle mücadele operasyonları sırasında Komiser’e göre hakikaten işlenmiş olan çok sayıda insan hakkı ihlaline bakarak⁴¹ Komiser, bu bildi-

38 Castells/İspanya, 23 Nisan 1992, paragraf 42.

39 DTP/Türkiye, 12 Ocak 2016.

40 Ibid., paragraf 79.

41 Türkiye’nin Güneydoğu Bölgesindeki Terörle Mücadele Operasyonlarının İnsan Haklarına Etkilerine İlişkin Memorandum, Nils Muižnieks, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri,

riyi⁴² açıkça ifade özgürlüğünün sınırları içinde kalan bir bildiri, arkasında yatan endişeleri ise meşru ve kamuyu ilgilendiren endişeler olarak değerlendirildiğini yineler.

63. Bununla birlikte, Türk yetkililer ve bilhassa Cumhurbaşkanı, imzacıları “sözde akademisyenler” olarak yaftalayarak ve ilgili makamları sorumluluklarının gereklerini yerine getirmeye davet ederek bu girişimi hedef almıştır. Hükümet üyeleri, hükümet yanlısı basın ve ayrıca yargı tarafından akademisyenler hedef haline getirilmiş: henüz 18 Ocak 2016’da, binden fazla akademisyene karşı Terörle Mücadele Kanunu madde 7Ş2 ve sonradan ayrıca Türk Ceza Kanunu 301. maddeleri uyarınca ceza soruşturmaları başlatılmıştır. Dört akademisyen gözaltına alınıp tutuklanmış ancak sonradan serbest bırakılmıştır. Aktarılanlara göre, üniversiteler de akademisyenlere karşı disiplin soruşturması yapılması ve yaptırımlar uygulanması için hükümet ve Yüksek Öğretim Kurumu’nun (YÖK) yoğun baskısı altında kalmıştır. Grup tarafından verilen rakamlara göre, Eylül 2016 itibarıyla, 511 imzacı disiplin soruşturmasına uğramış, 93 akademisyen işten atılmış, 15’i istifaya zorlanmış, 85’i işten el çekirilmiş, 41’i polis nezaretine alınmış ve yüzlerce ifade vermeye çağırılmıştı.

64. 15 Temmuz başarısız darbe girişimi sonrası dönemde de, akademik özgürlüklere ağır bir darbe vurulmuştur: 4 500’e yakın akademisyen, hukuk güvencesi ve yolu olmadan kanun hükmünde kararnamelere ek listelere işten atılmıştır. Türkiye’de bütün dekanlar gerekli usuller takip edilmeden görevden alınmış, bazıları sonradan tekrar atanmış, akademisyenler izin almadıkça yurtdışına seyahat özgürlüklerinden otomatik olarak mahrum bırakılmıştır. Üniversitelerin özerkliği ciddi anlamda sekteye uğramış, üniversitelerde seçimler kaldırılmış, yerine Cumhurbaşkanı tarafından doğrudan atama getirilmiştir. Komiser, bütün bu gelişmelerin ifade özgürlüğünün bir başka ana direğine, AİHM⁴³ ve Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi’nin de altını çizdiği gibi “ifade ve eylem özgürlüğünü, bilgi yayma özgürlüğünü ve bilimsel araştırma yapma, ilmi ve gerçeği sınırlama olmaksızın paylaşma özgürlüğünü teminat altına alması gereken”⁴⁴ akademik özgürlüğe yönelik ağır bir saldırı olduğu kanaatindedir.

CommDH(2016)39, 2 Aralık 2016.

42 Bildirinin metni Barış için Akademisyenler internet sayfasında bulunmaktadır: <https://barisicinakademisyenler.net/node/63>

43 Sorguç/Türkiye, 23 Haziran 2009, paragraf 35.

44 Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, Akademik Özgürlük ve Üniversite Özerkliğine ilişkin Tavsiye Kararı, Recommendation 1762 (2006), 30 Haziran 2006, paragraf 4. Türkiye’de demokratik kurumların işleyişi, Resolution 2121 (2016), 22 Haziran 2016, paragraflar 20-29.

Diğer gruplara yargı tacizinin genelleşmesi

65. Bu değerlendirmeler ortaya koymaktadır ki, yargı tacizi artık yalnızca medya ve gazeteciliği değil Türk toplumunun bütün kesimlerini, politikacıları, akademisyenleri, STK'ları, insan hakları savunucularını ve sosyal medya mecraları dahil olmak üzere kamusal planda kendini ifade eden sıradan vatandaşları hedef almaktadır. Diğer gazeteciler, aktivistler, sanatçılar ve entelektüellerle birlikte bir dayanışma kampanyası çerçevesinde günlük Özgür Gündem gazetesinin (olağanüstü hal sırasında sonradan kapatılmıştır) sembolik olarak ortak (nöbetçi) genel yayın yönetmenliğini yapmış olan Şebnem Korur Fincancı gibi ünlü insan hakları savunucularının, aynı gazetenin yayın danışma kurulunda görev almış olan romancı Aslı Erdoğan veya dil bilimci Necmiye Alpay gibi kişilerin gözaltına alınmaları ve gereklilik arz etmediği aşikar olan tutuklanmaları yerinde örnekler olacaktır. Bir başka örnek, İçişleri Bakanlığı'nın 24 Aralık 2016'da geçen altı ay içinde sosyal medya kullanıcılarına karşı 3 710 davanın açıldığını ilan etmesidir (bkz. aşağıda internete ilişkin bölüm).⁴⁵
66. Kamusal tartışmayı engellemek için yargının sınırlarını aştığı bir diğer örnek, açıkça kamuoyunu ilgilendiren olaylara sık sık getirilen yayın yasaklarıdır. Komiser, 15 Ekim 2015'te, 107 kişinin ölümüne ve 500'den fazlasının yaralanmasına sebep olan 10 Ekim Ankara terör saldırısı hakkında böyle bir yasak getirilmesine tepki göstermiştir: bu olayda, savcının talebi üzerine yetkili sulh ceza hakimi, "soruşturma dosyası kapsamı" hakkında "haber, röportaj, eleştiri" gibi her tür yayın için basın, radyo, televizyon, sosyal medya ve internet medyasını kapsayan bütün medya organlarında mutlak bir yasak ilan etmiş; bunu belirli bir neden göstermeden, adli soruşturmanın selameti, ayrıca milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği ve bölünmez bütünlük ile gerekçelendirmiştir. Bu tip kararların hepsinde benzer muğlak ve basmakalıp ifadeler kullanılmaktadır.
67. Komiser'in vurguladığı gibi, böyle yasaklar getirirken, hakimler, kamunun bilhassa kriz zamanlarında kritik öneme haiz bilgi alma meşru ihtiyacını, ilgili Avrupa Konseyi standartlarına tamamen aykırı biçimde tartmamalıdır.⁴⁶ Komiser, bu kategorik yasakların Türk yargısının önemli olaylara karşı verdiği başlıca cevap haline geldiğini gözlemlemektedir.

45 Bkz. İçişleri Bakanlığı'nın 24 Aralık 2016 tarihli basın açıklaması: <https://www.icisleri.gov.tr/basin-aciklamasi24122016> (son erişim tarihi 12 Ocak 2017)

46 Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, kriz zamanlarında ifade ve bilgi verme-alma özgürlüğünün korunması hakkında Kılavuz İlkeler, 26 Eylül 2007.

Bu yasakların uygulandığı onlarca hadise hakkında kendisi bilgi sahibidir; yolsuzluk soruşturmalarından sayısız terör saldırısına, Ensar Vakfı hakkında çocuk istismarı skandalı veya çok sayıda öğrencinin ihmal nedeniyle hayatını kaybettiği bir yangın vakasında olduğu gibi. Komiser, kamunun savcılarının önündeki soruşturma dosyalarının içeriğini ve kapsamını bilmeleri beklenemeyeceğinden, bu yasakların uygulamada, sadece medya için değil herkes için, açık uçlu ve torba nitelikte gizlilik kararlarına dönüştüğünü; büyük önem arz eden olaylara ilişkin kamuoyu önündeki bütün tartışmaları engellemeye yönelik kabul edilemez bir girişim olduğunu ve AİHS 10. maddesinde ifade edildiği üzere, sadece bilgi yayma değil aynı zamanda bilgi alma hakkının da ihlalini teşkil ettiğini düşünmektedir.

68. Böylece, yargının, uzun yıllardır devam eden, 10. maddenin koruması dışında kalıp kalmadıklarını belirlemek için beyanları tam bir bağlamsal incelemeye tabi tutmamasından kaynaklanan sorunlu yaklaşımları, önceye nazaran toplumun çok daha geniş kesimlerini etkilemekte ve toplumun tamamı için çok daha kuvvetli bir caydırıcı etki yaratmaktadır. Özellikle, gazetecilerle ilgili olarak aşağıda ayrıntılarıyla incelenecek olan tutuklama tedbiri (bkz. aşağıda ilgili bölüm); AİHM standartlarından ayrılan kusurlu gerekçelerle, yaygın bir şekilde kullanılmaya devam etmekte ve bu caydırıcı etkinin kritik bir bileşeni olmayı sürdürmektedir.

Sulh ceza hakimliklerinin rolü

69. Yargı tacizinin Türkiye'deki çeşitli tezahür biçimlerinin bu kısa özetinden anlaşıldığı gibi, Haziran 2014'te kurulan sulh ceza hakimleri (veya hakimlikleri), tutuklamaların, yayın yasaklarının, medya şirketlerinin devralınması için kayyum atamasının veya internette erişim engellemelerinin de dahil olduğu kimi en sorunlu kararların tam ortasında bulunmaktadır. Bu mercilerin, ilgili AİHM standartlarının bilgisini ve deneyimini merkeze oturtarak ceza yargılamalarında insan haklarının korunmasını geliştirecekleri beklenmekteydi. Nisan ziyaretinden sonra Komiser'in altını çizdiği üzere sonuç bunun tam tersi olmuş görünmektedir. İfade özgürlüğü hakkının en bariz ihlallerinin ekseriyetinin kaynağında, bu hakimlerin kararları bulunmaktadır.

70. Bu gelişmenin başlıca nedenlerinden bir tanesi, sulh ceza hakimlikleri sisteminin kapalı devre olarak çalışmasıdır, zira bir sulh ceza hakiminin kararına karşı başvuru ancak bir başka sulh ceza hakimine yapılabilmek-

tedir. Adalet Bakanlığı'nın Haziran 2016'da Komiser'e verdiği rakamlara göre, 2015'te tutukluluk kararlarına yapılan itirazların % 21.5'i kabul edilmiştir; ancak bu rakam savcılarının tutuklama taleplerinin reddine ilişkin yaptıkları itirazları da kapsar görünmektedir. Bu durum, sulh ceza hakimlerine, Anayasa Mahkemesi dahil Türk mahkemelerinin içtihatlarındaki 10. madde standartlarını daha fazla nazara alan olumlu gelişmeleri yok sayma veya onlara direnme olanağı sağlamış görünmektedir.

71. Yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı Türkiye'de son yıllarda genel olarak esaslı bir probleme dönüşmüş ve başarısız darbe girişiminden bu yana ciddi biçimde gerilemiştir. Öte yandan, Komiser'in incelediği sulh ceza hakimlerinin bazı tutuklama kararları (bkz. aşağıda gazetecilerin korunması ve güvenliği), kusurlu gerekçelerinin ve 10. madde standartlarının yok sayılmasının teşhiri bakımından ön plana çıkmaktadır. Komiser, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin talebi üzerine Venedik Komisyonu'nun, şu anda "sulh ceza hakimliklerinin görevleri, yetkileri ve işleyişi" hakkında genel bir değerlendirme yaptığını bilmektedir, lakin yukarıda tasvir edilen uygulamalar ışığında Komiser'in kendi değerlendirmesi, bunların Türkiye'de ifade özgürlüğüne saygı üzerindeki somut etkisinin negatif olduğu yönündedir.

III. Gazetecilerin korunması ve güvenliği

72. Komiser, gazeteciliğin korunması ve gazeteciler ile diğer medya mensuplarının güvenliği hakkında Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin üye devletlere tavsiye kararını hatırlatır.⁴⁷ Burada, üye devletlerin, gazetecilerin ve diğer medya mensuplarının kamusal tartışmalara etkili surette ve korkmadan katkıda bulunmasına imkan veren, kamunun bilgiye erişimini, mahremiyet ve verilerin korunmasını, haberleşmenin gizliliğini ve güvenliğini ve gazetecilik kaynaklarının ve hukuksuzlukları ifşa edenlerin (whistle-blower) korunmasını teminat altına alan kapsamlı bir yasal mevzuat yürürlüğe koyması gerektiği vurgulanmaktadır. Diğer bir deyişle, devletlerin sadece gazetecilerin kamusal tartışmaya katılma kabiliyetine müdahale etmeme negatif yükümlülüğü değil, aynı zamanda onların tehditlere, saldırılara, suistimale, devlet veya devlet dışı aktörlerce tacize ayrıca hukuki, siyasi, sosyo-kültürel ve ekonomik kriz ve kemer sıkma zamanlarında daha da artabilecek ekonomik baskılara karşı emin

47 13 Nisan 2016'da kabul edilen Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin gazeteciliğin korunması, gazetecilerin ve diğer medya mensuplarının güvenliğine ilişkin tavsiye kararı CM/Rec(2016)4.

ve güvende olmalarını sağlamak için buna elverişli veya imkan sağlayan bir çevre yaratma pozitif yükümlülüğü de bulunmaktadır.

73. Komiser, Avrupa Konseyi standartlarına aykırı bir şekilde Türkiye’de gazetecilerin yargı tacizinin ve diğer şiddet ve sindirme şekillerinin asil yükünü taşımaya devam ettiklerini gözlemler. Avrupa Konseyi’nin Gazeteciliğin Korunması ve Gazetecilerin Güvenliği Platformu’nun göstergelerine göre, iş birliği yapılan organizasyonların 20 Ocak 2017’ye kadar kayıt altına alınan 250 uyarısının 86’sı Türkiye hakkındadır. Bu uyarıların % 63’ü, “fiziksel saldırı, cinayet, sindirme, gazetecileri hedef alan suçlarda cezasızlık ve bir demokraside beklenmesi gereken eleştiri seviyesine karşı devlet görevlilerini korumak için aşırı sert ceza yasalarının uygulanmasının da dahil olduğu en ağır ve tahripkar medya özgürlüğü ihlallerini” kapsayan en üst seviye alarm düzeyindedir.⁴⁸

Saldırı ve şiddet

74. İfade özgürlüğü ve medya özgürlüğü hakkında yukarıda bahsi geçen 2011 raporunda Komiser’in selevi, Türkiye’de gazetecilere ve insan hakları savunucularına yönelik çok sayıda sindirme, saldırı ve cinayet teşebbüsüyle ilgili endişelerini ifade etmişti. Özellikle AİHM’in Hrant Dink cinayeti ile ilgili kararını hatırlatarak, Türk makamlarını gazetecileri bu tip eylemlerden koruma ve bu tip eylemlere yönelik etkili soruşturmalar yürütmeye çabalarını arttırmaya davet etmişti.⁴⁹

75. 2013 raporunda Komiser, Gezi protestolarını haber yapan gazetecilere yönelik polis şiddetinden duyduğu derin endişeyi ifade etmişti.⁵⁰ Nisan 2016’da, gazeteci sendikaları ve dernekleri temsilcilerinin Komiser’e verdikleri bilgi, bu süreç içinde gazetecilerin maruz kaldığı sayısız şiddet eyleminin yargıya taşındığı ve fakat etkili soruşturma yürütülmediği ve bu eylemlerin faillerinin cezasız kaldığı yönündedir.

76. Daha yakın tarihli gelişmelerle ilgili olarak Komiser, Güneydoğuda so-kağa çıkma yasaklarını ve terörlü mücadele operasyonlarını haber yap-

48 Bkz. Platformun internet sayfası: <https://www.coe.int/en/web/media-freedom/home>

49 Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Thomas Hammarberg, 27-29 Nisan 2011 tarihleri arasındaki Türkiye ziyaretini müteakiben hazırladığı rapor, Yeniden ele alınan: Türkiye’de ifade özgürlüğü ve medya özgürlüğü, CommDH(2011)25, paragraf 90.

50 Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Nils Muižnieks, 1-5 Temmuz 2013 tarihleri arasındaki Türkiye ziyaretini müteakiben hazırladığı rapor, CommDH(2013)24, 26 Kasım 2013, paragraf 104.

maya çalışan gazetecilere ve medya mensuplarına karşı güvenlik güçleri tarafından kasten şiddet uygulanması hakkında bildirilen çok sayıda vakaıyayı derin bir üzüntüyle not etmiş ve bu tipte birçok örneğe ilgili memorandumunda değinmiştir.⁵¹ Birçok benzer olay belgelenmiştir⁵² ancak Komiser'in bilgisi dahilinde, bu şekilde şiddet uygulayanların savcılar tarafından soruşturulduğu veya sorgulandığı bir olay yoktur.

77. Komiser, ayrıca, Eylül 2015'te, Cumhurbaşkanı'nın gazeteyi eleştirmesinin ve hükümet yanlısı gazetelerdeki karalama kampanyalarının ardından günlük Hürriyet gazetesinin merkezine eski bir AKP milletvekilinin de aralarında bulunduğu 200 kişi tarafından yapılan saldırıya, hayretler içinde kalarak tepki göstermiştir. Bu saldırıyla ilişkili 26 sanıkla ilgili dava devam etmekle birlikte, söz konusu milletvekili sanıklar arasında değildir. Bu olaydan kısa bir süre sonra, Hürriyet yazarı Ahmet Hakan, evinin yakınlarında dört adam tarafından saldırıya uğramış ve yaralanmıştı. Türk gazeteciler açısından derin bir caydırıcı etki yaratmış olan bir başka saldırı ise Mayıs 2016'da Can Dündar'a hain diye bağırıldıktan sonra iki kere ateş eden silahlı bir adamın Dündar'ı öldürmeye teşebbüs etmesiydi. Aralık 2016'da, milliyetçi parti MHP'ye yakın günlük Yeni Çağ gazetesi, 30 kişilik bir grupun saldırısına uğramıştır.

78. Komiser'in muhataplarının çoğu bu saldırılar ile – yukarıda bahsi geçen üç olayda bizzat Cumhurbaşkanı olmak üzere – kamu görevlileri tarafından gazetecilerin kötü gösterilmesi, hükümet yanlısı gazetelerdeki zaman zaman nefret söylemine ve şiddete tahrike varan karalama kampanyaları arasında bariz bir ilişki olduğunu savunmuşlardır. Komiser, özellikle, kamuoyunu ilgilendiren ve doğru bilgi yayımladığı için gazetecileri teröristlerle, hainlerle, casuslarla bir tutan söylemleri kınar.

Caydırıcı etki yaratan tutuklamalar

79. Gazeteciler yukarıda tasvir edilen yargı tacizinin çeşitli şekillerinden en fazla etkilenenler arasında bulunmaktadır. Tutuklama bu tacizin aldığı en görünür ve caydırıcı biçimidir. Komiserlik Ofisi'nin çok çeşitli vesilelerle belirttiği gibi, tutukluluğun istisna olması ve gerekli olduğu hallerde ise

51 Türkiye'nin Güneydoğu Bölgesindeki Terörle Mücadele Operasyonlarının İnsan Haklarına Etkilerine İlişkin Memorandum, Nils Muižnieks, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, CommDH(2016)39, 2 Aralık 2016, paragraf 67.

52 İnsan Hakları İzleme Örgütü, op. cit., sayfalar 40-46.

buna dair açık bir hukuki gerekçe sunma ihtiyacı Türk yargısının uygulamasında yerleşmemiştir. Bu bağlamda büyük bir sorun, bilinen adıyla “katalog suçlar”, Ceza Muhakemesi Kanunu’nda yer alan ceza yargılaması sırasında tutuklama kararı verilebilecek olan suçların listesidir. Birçok Türk hakim, tutuklamanın kalan diğer şartlarını dikkatlice incelemeyen, bunu asıl kriter olarak kullanmayı hala sürdürmektedir. AİHM içtihadı, Mahkeme’nin bu tutuklamaları AİHS’e açıkça aykırı bulduğu bu tip davalarla doludur ve bu kararlar hala yetkililer tarafından icra edilmeyi beklemektedir.

80. Temmuz 2014’de verilen ve bir suç örgütüne yardım ve yataklıkla suçlanan araştırmacı gazetecilerin tutukluluğunu ilgilendiren bir kararda,⁵³ AİHM, bu yaklaşımını, başvuruçunun yalnızca basmakalıp gerekçelerle tutulmasının AİHS 5. maddeye aykırı olduğunun altını bir kez daha çizerek tasdik etmiştir.
81. Bu kararda kritik olarak AİHM ayrıca bu tutuklamaların doğurduğu caydırıcı etkiyi 10. madde altında incelemiştir: Türkiye, tutuklanmasından sonra nihai olarak hüküm giymediğine dayanarak başvuruçunun ifade özgürlüğü hakkının ihlal edilmediğini savunmuş; buna karşın Mahkeme ise başvuruçunun ağır ceza gerektiren suçlar için açılan bir ceza davasında tutuklanmasının varsayılan bir riskin ötesinde gerçek ve etkili bir kısıtlama teşkil ettiğini, bu nedenle ifade özgürlüğü hakkının kullanılmasına müdahaleye denk olduğunu ifade etmişti. Türk hükümeti söz konusu müdahalenin suçu önleme ve yargının otoritesini, bağımsızlığını ve tarafsızlığını korumayı amaçladığını ileri sürmüş olsa da, Mahkeme açık açık “amacın daha ziyade, kamuoyunda zaten geniş kapsamlı tartışmalara konu olmuş bir davanın yürütülmesine ilişkin her türlü eleştiriyi veya yorumu bastırmak olup olmadığını sorgulamıştır”.⁵⁴
82. Her durumda, başvuruçuları yeterli ve uygun bir gerekçe olmaksızın bu kadar uzun süre boyunca özgürlüklerinden yoksun bırakarak yargı makamları, başvuruçuların genel kamu yararını ilgilendiren konularda görüşlerini açıklama iradeleri üzerinde caydırıcı bir etki yaratmışlardır. Böyle bir tedbiri uygulamak, başvuruçular ve devlet organlarının tutum ve eylemleri hakkında araştırma ve yorum yapmayı planlayan diğer bütün araştırmacı gazeteciler için otosansür ortamı yaratmaya sebep olabilecekti.

⁵³ Nedim Şener/Türkiye, 8 Temmuz 2014.

⁵⁴ Ibid., paragraf 105.

83. Komiser'in selefinin ifade özgürlüğü hakkındaki 2011 raporunun hazırlandığı dönem, Türkiye'de 67 basın çalışanı hapisteydi. 15 Temmuz 2016 darbe girişiminin öncesinde bu rakam kademeli olarak 36'ya inmiş olsa da bu tarihten sonra çok hızlı bir şekilde, 18 Ocak 2017 itibarıyla rapor edildiği haliyle 151'e çıkmıştır.⁵⁵ Bu rakam, gözaltına alınan, sorgulanan ve adli kontrol şartıyla serbest bırakılan gazetecilerin muazzam sayısını kapsamamaktadır. Bunun yanı sıra gazeteciler, olağanüstü hal sırasında gözaltına alınan kişilerin haklarını ciddi biçimde kısıtlayan bir dizi tedbire maruz kalmıştır; bunlara, mahkeme kararı olmaksızın azami gözaltı süresinin 30 güne çıkarılması, 5 gün için tamamen kaldırılması imkanı dahil avukata erişim hakkına getirilen ağır sınırlamalar, ayrıca müvekkil-avukat ilişkisinin gizliliğinin tamamen ortadan kaldırılması veya sınırlandırılması dahildir.⁵⁶ Komiser, 23 Ocak 2017 itibarıyla, Türk hükümetinin azami gözaltı süresini 7 güne indirdiğini (toplam 14 güne kadar uzatma imkanı ile) ve avukatla görüşmeyi 5 gün süreyle engelleme imkanını kaldırdığını not eder. Bununla birlikte, diğer kısıtlamalar, müvekkil-avukat iletişiminin gizliliği hakkındakiler dahil olmak üzere, korunmuştur.
84. Komiser, gazetecilerin (giderek belli başlı ana akım gazetecileri de içerecek şekilde) mesnetsiz suçlamalarla, çok az delille veya ilk bakışta suçun varlığına işaret edebilecek hiçbir delil olmadan tutuklandığı davaların hızlı artışı nedeniyle endişeye kapılmıştı.
85. Komiser örneğin sulh ceza hakimlerinin, Türkiye'nin en eski gazetelelerinden biri olan ve farklı siyasi hareketlere mensup Türk hükümetlerine karşı eleştirel ve araştırmacı cesur gazetecilikte istikrarlı bir karnesi bulunan günlük Cumhuriyet gazetesinin yazar ve yöneticilerini tutuklama kararlarını incelemiştir. Bu memorandumun yazıldığı tarih itibarıyla, tutuklulukları 80'günden fazla sürmüş durumdaydı. Bu gazeteciler, üyesi olmamakla birlikte bir terör örgütü adına hareket etme suçlamalarına isnaden özgürlüklerinden alıkonmuşlardır.
86. Örneğin, Bülent Utku, Güray Tekin Öz, Önder Çelik, Ahmet Kadri Gürsel, Turhan Günay, Hacı Musa Kart, Hakan Karasinir ve Mustafa Kemal Güngör'ün tutuklanmalarına ilişkin ilgili kararında İstanbul 9. Sulh Ceza

55 Bağımsız Gazetecilik Platformu (P24) tarafından 18 Ocak itibarıyla toplanmış olan ve söz konusu bütün medya emekçilerini listeleyen bilgiye göre.

56 Bkz. Türkiye'de Olağanüstü Hal Kapsamında Alınan Tedbirlerin İnsan Haklarına Etkilerine İlişkin Memorandum, Nils Muižnieks, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, CommDH(2016)35, 7 Ekim 2016.

Hakimliği şunları söylemiştir: “Cumhuriyet gazetesinde yayınlanan bir çok haber, manşet ve haber detaylarında fetö silahlı terör örgütü ile pkk silahlı terör örgütünün propagandası sayılabilecek ve bu örgütler lehine algı oluşturabilecek haberlere yer verildiği [...] kanaatine varılmıştır”. Bu değerlendirmeyi desteklemek için mahkeme, diğer örneklerin yanı sıra, darbe girişimi sonrasında hükümet tarafından alınan bazı tedbirleri eleştiren çeşitli makaleleri sıralamış; gazete tarafından ifşa edilen Türk istihbarat servisleri tarafından Suriye’ye silah gönderilmesi olayına ve ayrıca eski Cumhuriyet yazarlarının gazete hakkındaki küçük düşürücü ifadelerine, Cumhuriyet ve Zaman gazetelerinin manşetlerindeki zaman zaman vuku bulan paralelliklere, Güneydoğudaki terörle mücadele operasyonlarının sebep olduğu tahribat hakkındaki makalelere ve delil sayılmış olan diğer sayısız tipik gazetecilik faaliyeti örneklerine atf yapmıştır. Hakim, delil toplama işlemlerinin halen devam ediyor olmasını ve atılı suçların ağırlığını dikkate alarak sanıkların tutuklanmasına karar vermiştir.

87. Komiser; hakimın değerlendirmesinde ifade özgürlüğünü hiçbir şekilde göz önüne almaması, birbirleri ile devamlı surette karşı karşıya gelmiş olan örgütler FETÖ ve PKK için aynı anda propaganda yapma suçlamasındaki tutarsızlık, ayrıca hükümeti eleştiren gazete yazılarının bağlamlarından kopararak okunması dışında, sanıklar ve bu örgütler arasında herhangi bir irtibat ortaya koyan maddi delillerin yokluğu karşısında şaşkınlığa uğramıştır.

88. Komiser’in görüşüne göre, bu kararlar, tutuklamaların haksız olduğunu göstermektedir. Bunlar aynı zamanda, tutuklamaların arkasında yatan amacın medyada geride pek az sayıda kalan eleştirel ancak aynı zamanda da ana akımdan saygın sesleri susturmak olduğunu kuvvetle ima etmektedir. Bu sonuç, gazeteden bir diğer gazeteci Ahmet Şık’ın, PKK, Devrimci Halk Kurtuluş Partisi/Cephesi (DHKP-C) ve FETÖ propagandası yapmaktan gözaltına alınması, ardından tutuklanması ile daha da güçlenmiştir.⁵⁷ SayınŞık’a yönelik bu suçlamalar ciddi olarak inandırıcılıktan yoksundur: Komiser’in selefi kendisini 2011’de hapisanede ziyaret ettiğinde Şık, Fethullah Gülen hareketinin devlet organlarına sızışını açığa çıkarmasına misilleme olarak Güleni savcılarının sonradan uydurma olduğu anlaşılan suçlamalarından ötürü tutuklu oldu.

57 Bkz. gazeteciliğin ve gazetecilerin güvenliğinin korunmasının desteklenmesi için platformdaki uyarı.

89. Komiser'in incelediği bir başka tutuklama kararı, terör örgütü üyeliğinden ve Türkiye Cumhuriyeti hükümetini devirmeye teşebbüsten tutuklanan ünlü gazeteci Ahmet Altan hakkındadır. Bu davada sulh ceza hakimi tarafından nazara alınan deliller, kendisinin geçmişte genel yayın yönetmeni olduğu Taraf gazetesinin yayın çizgisi ve Altan'ın Can Erzincan TV'ye çıkması ile sınırlı görünmektedir. Mahkemeye göre amaç, "FETÖ/PDY silahlı terör örgütünün emir ve talimatları doğrultusunda meşru hükümet ve seçilmiş Cumhurbaşkanı aleyhine programlar yaparak örgütün amaçları doğrultusunda kamuoyu oluşturmaya çalışmak" idi. Hakim ayrıca savcının şu tezini de benimsedi: sanık, 14 Temmuz 2016 tarihli programda, Cumhurbaşkanı'na ve hükümete karşı hakaret içeren açıklamalarda bulunmuş, bu organların hukuka aykırı ve suç teşkil eylemlerle askeri darbenin önünü açtıklarını söylemiş, Cumhurbaşkanı'nın askeri darbelerle yol açan geçmişteki hataları tekrar ettiğini ve yakında görevinden alınıp yargılanacağını ifade etmişti; bütün bunlar, savcı ve mahkeme için sanığın 15 Temmuz darbe planını mutlaka önceden bildiği anlamına geliyordu. Komiser bir kez daha, suçlamaların içinin boşluğu ve kararın siyasi içeriği karşısında hayrete düşmüştür.

Özel olarak gazetecileri hedef alan diğer taciz şekilleri

90. Uzun yıllardır süregelen bir başka endişe verici durum da AİHM'in bir dizi kararında bu konuyu açıkça vurgulamış olmasına rağmen, Türk mahkemelerinin gazetecilerin habercilik faaliyetleriyle ilgili davalarda davaya konu olan içeriğin gerçek olup olmadığını, gerçekse, kamunun söz konusu bilgiyi almak yönünde meşru menfaati olup olmadığını belirlemek amacıyla (doğruluk/gerçeklik ve kamu yararı savunmaları denilen) bağlamsal bir değerlendirme yapmaktan sistematik olarak kaçınmalarıdır. Yine AİHM içtihadında ortaya konan ve Türk mahkemeleri tarafından nadiren dikkate alınan bir başka ilke, gazetecilerin haber kaynaklarının korunması ihtiyacıdır.

91. Bu sorun, Cumhuriyet'in o zamanki genel yayın yönetmeni Can Dündar'ın ve Ankara temsilcisi Erdem Gül'ün Türk istihbaratı tarafından Suriye'ye silah gönderilmesinde kullanılan tırların haberleştirilmesi sonrasında Cumhurbaşkanı tarafından hainler ve casuslar olarak hedef gösterilmesi ve Kasım 2015'te casusluktan gözaltına alınmaları ve tutuklanmaları örneğinde net bir şekilde görülmektedir. Komiser'in Nisan 2016 Türkiye ziyaretinden sonra ifade ettiği gibi, kamuoyunu yakından ilgilendiren doğru bir bilginin yayımlanmasını bir tür casusluk olarak ele

almak, düpedüz gazetecilik mesleğine yönelik bir tehdittir.⁵⁸ 25 Şubat 2016 tarihinde Anayasa Mahkemesi'nin tutuklanmalarının ifade özgürlüğü hakkının bir ihlali olduğunu tespit eden kararı uyarınca sanıklar serbest bırakılmış olsalar da, bu karar ve Anayasa Mahkemesi, Cumhurbaşkanı'nca sertçe kınanmış ve Adalet Bakanı tarafından eleştirilmiştir. 6 Mayıs 2016 tarihinde, ilk derece mahkemesi sanıkları "devlet sırlarını ifşadan" suçlu bulmuş, beş yıl hapse mahkum etmiş, ancak hükmün infazı temyiz sonuçlanana kadar ertelenmiştir.

92. Kararında mahkeme ayrıca açık açık Anayasa Mahkemesi kararını eleştirmiş; Cumhurbaşkanı ve Adalet Bakanı'nın sözlerine endişe verici şekilde benzeyen ifadelerle Anayasa Mahkemesi'nin yetkisini aştığını iddia etmiştir. Bir başka endişe verici husus ise, ilk derece mahkemesinin hem Cumhurbaşkanı'nı hem Milli İstihbarat Teşkilatını sanki zarar gören taraflarını gibi savunma avukatlarının itirazlarına rağmen davaya müdahil olarak kabul etmesidir. Mahkeme, ayrıca, nitelermeyi tamamıyla yetkililerin takdirine bırakarak neredeyse sınırsız bir "devlet sırrı" tanımı ortaya koymuş ve devlet sırlarını koruma gereği ile bunları bilmekteki kamu yararı ve adı geçen makalelerin kamusal tartışmaya katkısı arasında herhangi bir denge tesis etme yoluna gitmemiştir.

93. Bu, AİHM içtihadıyla bariz şekilde çelişmektedir. AİHM Türkiye'yle ilgili yakın tarihli bir kararında şunları ifade etmiştir: "basın özgürlüğü, devletin karar ve faaliyetlerinin gizlilikleri veya sır teşkil etmeleri nedeniyle demokratik ve yargısal denetim dışı kaldığı hallerde daha büyük önem kazanır ... Bir gazetecinin gizli olduğu veya sır teşkil ettiği addedilen bilgiyi yayımlamaktan mahkum edilmesi medyada çalışanların halkı kamu yararı ile ilgili konularda bilgilendirmek bakımından cesaretini kırabilir. Bunun sonucunda, basın hayati nitelikteki "kamuun bekçi köpeği" rolünü artık oynayamaz hale gelebilir ve basının doğru ve güvenilir bilgi sağlama kabiliyeti olumsuz bir biçimde etkilenebilir".⁵⁹ Mahkeme oy birliğiyle (kamu sektöründe yolsuzluklarla ilgili içeriden bilgi sızdıranları tespit etmek için gazetecilerin iş yerlerinin aranmasını ve belgelerine el konmasını ilgilendiren) bu davada ihlal bulmuştur zira Türk mahkemesi, söz konusu belgelerin neye dayanarak gizli olarak tasnif edildiğini denetlememiş ve bunların sorumlu gazetecilik etiğine uygun olarak ifşa edilmiş olmasının kamuoyu önündeki bir tartışmaya potansiyel katkılarını değerlendirmemişti.

58 Bkz. Komiser'in 14 Nisan 2016'da yayımlanan basın bildirisi.

59 Görmüş ve Diğerleri/Türkiye, 19 Ocak 2016, paragraf 48.

94. Komiser, Şu anda yurtdiŐında olan ve TŒrkiye'ye geri dŒnmesi halinde hapsedilme tehlikesiyle karşı karşıya bulunan DŒndar'ın uğradığı taci- zin, eŐinin pasaportunun keyfi Şekilde iptal edilerek seyahat etmekten mahrum edilmesi ve kendisinin aŐıkŐa bu imkanı tanıyan bir kanun hŒk- mŒnde kararname uyarınca (bunun ilgili kişileri devletsiz bırakıp bırak- mayacağı hesaba katılmadan) TŒrk vatandaŐılıĐından Őıkarılma riskinin doğması gibi, sair Şekillerde devam ettiğini kaydeder.
95. Yukarıda II. bŒlŒmde detaylandırıldığı Œzere, gazetecilere yargı tacizi Ceza Kanunu'nun ŐeŐitli diğer hŒkŒmlerine dayanabilmektedir; kin ve dŒŐmanlıĐa tahrik (madde 216), hakaret veya terŒr ŒrgŒtŒ adına propa- ganda (TerŒrle MŒcadele Kanunu madde 7 Ő2) gibi. Bu sonucusunun bir ŒrneĐi saygın bir gazeteci ve Sınır Tanımayan Gazetecilerin TŒrkiye temsilcisi olan Erol ŒnderoĐlu'nu ve diğerlerini hedef alan ŒzgŒr GŒn- dem'le dayanışma kampanyasıyla ilgili yargılamalardır. Œrnekerin sayısı burada saymak işin Şok fazla olup, eleştiriyi bastıran bariz bir caydırıcı etkiye sahip istikrarlı bir yargı tacizi ŒrŒntŒsŒnŒ ortaya koymaktadırlar.⁶⁰
96. Komiser'in yukarıda incelediği olaylar dikkate alındığında, TŒrk yetkililer- in bu bağlamda sıkŐa ileri sŒrdŒĐŒ "gazetecilerin gazetecilik faaliyetin- den ŒtŒrŒ değil diğer suÇlardan yargılandığı veya tutuklandığı" yŒnŒnde- ki savunma inandırıcılığını kaybetmektedir. Elbette ki "gazetecilik suÇu" diye bir Şey yoktur; gazeteciler her zaman başka bir takım suÇlardan yar- gılanmakta, fakat ŐoĐu zaman bu suÇları kanıtlamak işin mevcut olan tek "delil" onların gazetecilik faaliyetleri olmaktadır.
97. Yetkililerin sık sık ileri sŒrdŒĐŒ bir diğer nokta da sŒz konusu kişiler- in gazeteci olmadıklarıdır. Bu, TŒrk makamlarınca basın kartı verilmesi sisteminin aşırı derecede sınırlandırılmasıyla alakalıdır. Sistem, gazeteci sendika ve derneklerinin kararlara mŒdahil olduğu yarı Œz denetimsel niteliğinden, bŒtŒnŒyle keyfi idari bir niteliğe kaymıŐtır. Neticede, TŒr- kiye'de mesleğini icra eden gazetecilerin yalnızca bir kesimi basın kartı sahibidir.
98. Komiser ayrıca son yıllarda bazı yabancı muhabirlerin de hedef alındığını, sınır dışı edildiğini veya başka Şekillerde TŒrkiye'de ŐalıŐmalarının engellendiğini gŒz ŒnŒne alarak gazetecilik Œzerindeki baskının yalnızca TŒrk gazeteciler ile sınırlı olmadığını not eder. Komiser'in kamuoyu

60 Bkz. Platfordmadaki Şok sayıdaki uyarı, ayrıca yukarıda bahsi geÇen İnsan Hakları İzleme Œr- gŒtŒ raporundaki Œrneker, 17-32. sayfalar.

önünde tepki gösterdiği bir örnek, Eylül 2015'te VICE news'in bürolarının basılması ve yabancı uyruklu muhabirlerinin sınır dışı edilmesidir.⁶¹

99. Son olarak, Komiser'in selefi tarafından ifade özgürlüğü hakkındaki 2011 raporunda incelenmiş bir alan, güvensiz ve sömürüye açık çalışma koşulları sorunu dahil Türkiye'de gazetecilerin sosyal ve ekonomik çalışma ortamıydı. Vaziyet iyileşmemekle kalmamış; ciddiyeti, son zamanlarda, medyaya belli bazı gazetecilerin kovulması için baskı uygulanması, kayyumların şirketleri iflasa sürükleyecek şekilde idare etmeleri ve son olarak kanun hükmünde kararnamelerle medya şirketlerinin toptan kapatılmaları veya tasfiye edilmeleri gibi hükümetin doğrudan müdahaleleri neticesinde çok sayıda gazetecinin işlerini kaybetmesiyle katlanarak artmıştır. En son alınan önlemler sonucunda, sayıları 3 000'e kadar ulaşan medya çalışanının işini kaybettiği tahmin edilmektedir.

IV. İnternet sansürü

100. Komiser'in selefinin Türkiye'de internet sansürü ve internet sitelerinin engellenmesinin demokratik bir toplumda gerekli olanın ötesine geçtiği tespitinde bulunduğu ifade özgürlüğü hakkında 2011 raporunun yayımlanmasından sonra da internet sayfalarının engellenmesi ve filtrelenmesi bir sorun teşkil etmeye devam etmiştir.⁶² Komiser, en başta, (lağvedilen) Türk Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'nın (TİB) Mayıs 2009'dan beri engellenen URL'ler ve web sitelerinin sayısına ilişkin rakamları güncelmemiş olduğunu ve Türk makamlarının Venedik Komisyonu delegasyonunun bu istatistikler için sunduğu talebi reddettiğini not eder.⁶³ Öte yandan, AB Komisyonu İlerleme Raporu'na göre, Haziran 2016 itibarıyla 111 786 web sitesi yasaklanmış olup, bunların yalnızca % 2.6'sı bir mahkeme kararına dayanmaktadır.⁶⁴

101. Türkiye'de erişim engelleme ve internetten içerik kaldırma, İnternet Kanunu (5651 sayılı Kanun) tarafından düzenlenmeye devam etmektedir. Komiser, İnternet Kanunu'nun AİHM tarafından incelendiğini ve

61 Komiser'in 28 Ekim 2015 tarihinde Facebook sayfasında yayımlanan beyanati.

62 Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri Thomas Hammarberg, 27-29 Nisan 2011 tarihleri arasındaki Türkiye ziyaretini müteakiben hazırladığı rapor, Yeniden ele alınan: Türkiye'de ifade özgürlüğü ve medya özgürlüğü, CommDH(2011)25 internet sansürü üzerine başlık III b.

63 Bkz. Venedik Komisyonu, internet ortamında yapılan yayınlarının düzenlenmesi ve bu yayınlar vasıtasıyla işlenen suçlarla mücadele edilmesi hakkında Kanun No 5651 ("İnternet Yasası")'e ilişkin Görüş No. 805/ 201, CDL-AD(2016)011, 15 Haziran 2016, paragraf 31.

64 Komisyon çalışma belgesi, Türkiye 2016 Raporu, 9 Kasım 2016, paragraf 27.

AİHM'in bu kanunun müsaade ettiği şekilde bir internet platformuna erişimin bütünüyle engellenmesinin ifade özgürlüğü hakkının bir ihlali olduğunu tespit ettiğini not düşer.⁶⁵ Mahkeme, Türkiye'de yürürlükte olan hukuki çerçeveyi yetersiz bulmuş; bunun idari bir organa geniş kapsamlı yetkiler bahsettiğine ve suistimallere karşı yeterli güvence sunmadığına kanaat getirmiştir.

102. Bu açık rehberliğe rağmen, internet sansürünün kapsamını genişletecek şekilde İnternet Kanunu 2014'ten bu yana birçok defa değişikliğe uğramıştır. Değişikliklerin olumlu tarafı, yetkililerin engelleme tedbirlerinin internet sitelerinin tamamından ziyade belirli URL'lere uygulanmasına izin vermesidir. 8 Eylül 2014'deki ilk değişiklikler, TİB'e, İnternet Servis Sağlayıcılardan (ISP) bütün kullanıcı internet trafik bilgilerini isteme ve bu bilgileri saklama izni vermiş; yetkisini, milli güvenliğin, kamu düzeninin korunması ve suçun önlenmesi gerekçesiyle mahkeme kararı olmaksızın web sitelerini engellemeyi kapsayacak şekilde genişletmiştir. Her ne kadar 2 Ekim 2014'te Türk Anayasa Mahkemesi adı geçen hükümleri iptal ettiyse de,⁶⁶ Mart 2015'te sulh ceza mahkemesi hakimlerine ek olarak bakanlara ve başbakana, "yaşam hakkını ve mal güvenliğini korumak, milli güvenlik ve kamu düzenini sağlamak, suçu önlemek veya kamu sağlığını korumak için" gerekli olduğunda TİB'den içerik engelleme talep etme hakkı veren bir dizi yasal değişiklik yapılmıştır. TİB, mevzubahis içerik engelleme talebini 4 saat içinde yerine getirmeli ve kararı 24 saat içinde onay için bir ceza mahkemesine sunmalıdır. Ceza mahkemesi tarafından 48 saat içinde onaylanmayan kararlar kendiliğinden kalkar.

103. Komiser'e göre, değişiklik yapılan hükümler AİHM'in Ahmet Yıldırım kararında tespit ettiği asıl sorunları gidermeyi başaramadığı gibi, durumu daha kötüleştirmektedir. Bu değerlendirme AHİM'in 2015 yılındaki Cengiz/Türkiye kararında⁶⁷ doğrulanmıştır; burada, Mahkeme, 5 Mayıs 2008'den 30 Ekim 2010'a kadar kapalı kalan Youtube internet sitesinin tamamına erişimin engellenmesinin yasallık şartını karşılamadığına hükmetmişti.

104. Komiser, Türk yetkililerin dikkatini, Venedik Komisyonu'nun İnternet Kanunu'nun ve uygulamasının Avrupa insan hakları standartlarına uy-

65 Ahmet Yıldırım/Türkiye, 18 Aralık 2012.

66 Türk Anayasa Mahkemesi, Karar No 2014/149, 2 Ekim 2014.

67 Cengiz ve Diğerleri/Türkiye, 1 Aralık 2015.

gunluğuna dair görüşündeki bulgulara çekmek istemektedir⁶⁸. Venedik Komisyonu, özellikle idari makamlara verilen içeriğe erişim engelleme veya içerik kaldırtmaya ilişkin geniş yetkiler ile ilgili olmak üzere İnternet Kanunu'nda çok sayıda önemli sorun tespit etmiştir. Komisyon, "haki-me makul bir orantılılık değerlendirmesi yapma ve sınırlama ile güdülen meşru amaca ulaşmak için yeterli ve uygun görüldükleri takdirde en az sınırlandırıcı tedbirleri uygulama imkanı sağlayacak şekilde yasanın daha az müdahaleci tedbirler listesinin eklenmesi için değiştirilmesini" tavsiye etmiştir. Benzer şekilde 15 Nisan 2016 tarihli bir basın bildirisinde AGİT Medya Özgürlüğü Temsilcisi, 5651 sayılı Kanun'un acil reform ihtiyacı içinde olmaya devam ettiğini ifade etmişti.⁶⁹

105. Darbe girişimini takip eden süreçte, 17 Ağustos 2016 tarihli ve 671 sayılı Kanun Hükmünde Kararnameile TİB kapatılmış, bütün görev ve yetkileri Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na (BTK) devredilmiştir. Aynı kararname, ayrıca, Elektronik Haberleşme Kanunu'nda (5809 sayılı Kanun) Başbakanlığa "milli güvenlik, kamu düzeni, suçun önlenmesi, kamu sağlığının ve ahlakının korunması veya haklar ve özgürlüklerin korunması" gerekçelerine dayanarak "gereken her tedbiri" alma ve uygulanmaları için BTK'ya bildirme izni verecek şekilde değişiklik yapmıştır. Elektronik haberleşme sağlayan her şirket, kablo ve mobil ağ sağlayıcıları dahil, iki saat içinde yetkililerin taleplerini işleme koymak zorundadır. Dolayısıyla, Temmuz 2016'dan beri yürürlüğe konan değişikliklerin mevcut sorunları ancak ağırlaştırması beklenebilir.

106. Türkiye'de internet sansürünün yaygınlığını gözler önüne seren örnekler arasında, geçtiğimiz iki yıl içinde Dicle Haber Ajansı (DİHA), Özgür Gündem ve Azadiya Welat gibi Kürt medya organlarının internet sitelerine ve twitter hesaplarına erişim TİB tarafından defalarca engellenmiş olması bulunmaktadır. Temmuz 2015'te Kürt siyaseti üzerine beş blog barındırdığı için blog-sağlama (blog-hosting) servisi WordPress'e erişim geçici olarak engellenmiştir. Şubat 2015'te bir sulh ceza hakimliği, Charlie Hebdo'nun resmi sitesinin ve ülkenin en popüler internet forumlarından birinin de dahil olduğu Müslüman karşıtı veya ateist oldukları değerlendirilen toplam 49 internet sitesine "dini değerleri aşağladıkları"

68 CDL-AD(2016)011, op. cit.

69 Bkz. AGİT Medya Özgürlüğü Temsilcisi Dunja Mijatović'in 15 Nisan 2016'da yayımlanan basın bildirisi.

gerekçesiyle erişimi engelleme kararı almıştır.⁷⁰ Nisan ve Mayıs 2015'te TİB, en çok kullanılan beş LGBTI internet sitesine erişimi engellemiştir.

107. Çeşitli sosyal medya platformlarına erişim de, yukarıda bahsi geçen geniş kapsamlı yayın yasaklarına uyulmadığı gerekçesiyle birçok kere engellenmiştir. Örneğin, Mart 2014'te, üst düzey görevlilere siyaseten zarar verecek ses kayıtlarının sızmasını takiben Twitter ve YouTube'a erişim engellenmişti. Facebook, Twitter ve YouTube, savcı Mehmet Selim Kiraz'ın öldürülmesine ve Güneydoğuda Suruç şehrindeki protestoya yapılan bombalı terör saldırısına ilişkin resim ve videoların kaldırılması taleplerine uyana kadar sulh ceza hakimlerinin aldıkları kararlarla kısa süreli olarak Nisan ve Temmuz 2015'te⁷¹ iki kere engellendi. Genel olarak, sulh ceza hakimleri çok az bir inceleme ve hukuki gerekçe ile erişim engelleme taleplerini kabul etmiş ve bu engellemelere itirazları reddetmiş görünmektedir.

108. Erişim engellemeye ek olarak, bir başka endişe konusu da Türk yetkililerin yaptıkları sosyal medya platformlarından ve internet sitelerinden içerik çıkartılmasına yönelik çok sayıda taleptir. Twitter'ın en son şeffaflık raporuna göre, rahatsız veya şok edici addedilen ifadelere yönelik orantısız bir tepkinin varlığına işaret eden şekilde, Türkiye, diğer her ülkeden daha fazla içerik çıkartma talebinde bulunmuştur. Mahkemelerden ve resmi makamlardan gelen talepler 2016'nın ilk yarısında 2 493'e ulaşmıştır. Bu rakam, raporun kapsadığı dönemde Twitter'ın tüm dünyada aldığı toplam 5 195 talebin neredeyse yarısını oluşturmaktadır. Twitter bu taleplerin % 23'üne uyduğunu belirtmiştir.⁷² Aynı şekilde, Temmuz-Aralık 2015 dönemi için Facebook'un Hükümet Talepleri Raporu'na göre şirket, hem BTK hem de yürütmeden gelen talepler üzerine, özellikle internet hakkında 5651 numaralı kanun uyarınca, 2 078 içerik parçasına erişimi kısıtlamıştır.⁷³

109. Komiser, internette ifade özgürlüğü hakkında Türk Anayasa Mahkemesi'nin 2014'te verdiği iki kararı memnuniyetle karşılamıştır. Bir bireysel başvuru çerçevesinde 2 Nisan 2014'te aldığı kararda Anayasa

70 Gölbaşı Sulh Ceza Mahkemesi, Karar No 2015/191, 27 Şubat 2015.

71 İstanbul Sulh Ceza Mahkemesi, Karar No 2015/1644, 3 Nisan 2015 ve Suruç Sulh Ceza Mahkemesi, Karar No 2015/335, 21 Temmuz 2015.

72 Twitter Şeffaflık Raporu - Türkiye, son erişim tarihi 23 Ocak 2017.

73 Facebook, Hükümet Talepleri Raporu - Türkiye (Temmuz-Aralık 2015 dönemi için), son erişim tarihi 23 Ocak 2017.

Mahkemesi, TİB'in Twitter'a erişimi engelleme kararının başvuruçuların ifade özgürlüğü hakkını ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Anayasa Mahkemesi engelleme talebine dayanak teşkil eden yerel mahkeme kararlarının bahsi geçen internet sitesinin tamamına erişimin engellenmesini haklı kılmadığı değerlendirmesinde bulunmuştur; bu nedenle, TİB'in eylemi hukuki dayanaktan yoksundur ve bütün Twitter kullanıcılarının ifade özgürlüğünü ağır bir şekilde ihlal etmiştir.⁷⁴ Twitter yasağı bu karar gereğince 3 Nisan 2014'te kaldırılmıştır. Yine bir bireysel başvuru çerçevesinde 29 Mayıs 2014'te, Anayasa Mahkemesi, devlet sırlarının ifşasını önlemek için TİB'in aldığı YouTube'a erişimi engelleme kararının başvuruçuların ifade özgürlüğü hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir. Twitter davasındaki gerekçesine benzer bir şekilde, Anayasa Mahkemesi, Kanun'da yerel makamlara içeriklerinden biri nedeniyle internet sitesinin tamamına (YouTube) genel bir erişim yasağı getirme imkanı veren bir hüküm bulunmadığını söylemiştir.⁷⁵ Bununla birlikte, hem ilk derece mahkemeleri hem yasama, Anayasa Mahkemesi'nin bahsi geçen kararlarda koyduğu ilkelere riayet etmekte isteksiz görünmektedir.

110. TİB'in yerine BTK'nın getirilmesinin Türkiye'nin internet sansürü uygulamalarını ifade özgürlüğüne ilişkin Avrupa Konseyi standartlarına uygun hale getireceği şüphelidir. Her durumda Komiser, Türk yetkilileri, ilgili idari makamların kanunu yorumlama ve uygulamadaki keyfi yetkilerini sınırlandırmaya ve işlem ve eylemlerinin bağımsız mahkemeler tarafından denetime tabi olmalarını sağlamaya davet eder.

111. Komiser, Türkiye'de internet sansürü ve web sitelerinin engellenmesi uygulamasının olağanüstü bir şekilde orantısız olmaya devam ettiği görüşündedir.

İnternet yavaşlatmaları ve kesintileri

112. Türk makamların, ayrıca, yerel kriz zamanlarında giderek artan bir şekilde bant genişliği azaltma (yavaşlatma veya "throttling") yoluna başvurdıkları, böylece bazı sosyal medya ve haberleşme platformlarını fiilen erişilemez hale getirdikleri yaygın olarak bildirilmektedir. Yetkililer bu uygulamaya başvurmuş olduklarını kabul etmiş değillerdir. Bununla beraber, İŞİD'in Türk askerlerini canlı canlı yaktığını gösterdiği iddia

⁷⁴ Türk Anayasa Mahkemesi, Yaman Akdeniz ve diğerleri, Başv. no. 2014/3986, 2 Nisan 2014.

⁷⁵ Türk Anayasa Mahkemesi, Youtube LLC Corporation Service Company ve diğerleri, Başv. no. 2014/4705, 29 Mayıs 2014.

edilen bir videonun yayılması, Rusya Büyükelçisi'nin öldürülmesi, darbe girişiminin olduğu gece ve bunların yanı sıra Ankara Garı'nda, Güvenpark'ta, İstanbul Taksim ve Sultanahmet'te gerçekleşen ve ölümlere yol açan terör saldırıları gibi olağanüstü zamanlar sırasında veya sonrasında, Facebook, Twitter, YouTube'u, bazı hallerde WhatsApp'ı etkileyen çok ciddi yavaşlamalardan yaygın şekilde şikayet edilmiştir. Bu iddialar, Türkiye'deki trafiğin "kasıtlı olarak yavaşlatıldığından" şüphe ettiklerini beyan eden Twitter tarafından kısmen teyit edilmiştir.⁷⁶

113. 11 Eylül, 26 Ekim ve 4 Kasım 2016'da üç defa, ülkenin Güneydoğu bölgelerini ve milyonlarca internet kullanıcıını etkileyen genel internet kesintileri rapor edilmiştir. Bazı hallerde on iki saatten fazla sürdüğü iddia edilen bu kısıtlamalar, seçilmiş HDP'li belediye başkanlarının zorla görevden alınmaları, HDP'nin eş belediye başkanları Gülten Kışanak ve Fırat Anlı'nın tutuklanmaları, çok sayıda HDP milletvekilinin gözaltına alınması ile aynı zamana denk gelmiştir.

114. Komiser, İnternet Kanunu'nda bant genişliği azaltma veya genel internet kesintilerine ilişkin hüküm bulunmadığını not düşer. Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği'nde⁷⁷ 11 Haziran 2016'da yapılan bir değişiklik, yetkili mercilere, savaş veya benzeri durumlarda kamu güvenliği ve milli savunma için faaliyetleri ve şebekeyi askıya alma veya işletmeyi doğrudan devralma izni vermiştir. İlgili BM Özel Raportörü bu değişikliği, hiçbir gözetim olmaksızın internet erişimini kısmen veya tamamen askıya alma imkanı veren bir "internet kontak anahtarı ('killswitch')" olarak nitelemiştir.⁷⁸ Bununla beraber, Komiser'in bildiği kadarıyla, yetkililer, bildirilen bu yavaşlama ve kesintiler meydana geldiği zaman ne bu yönetmelik ne de sair mevzuata atıfta bulunmuşlardır.

115. Komiser güncel haberlere, haberleşme platformlarına ve acil hizmetlere erişimin hayati olduğu bu gibi zamanlarda iddia edilen internet yavaşlatmalarının ve kesintilerinin haber alma hakkının ağır bir ihlali olacağını altını çizer.

İnternetteki faaliyetler için yargılamalar ve tutuklamalar

76 <https://twitter.com/policy/status/754072148289789952>, son erişim tarihi 23 Ocak 2017.

77 28 Mayıs 2009 tarihli Resmî Gazete No 27241'de yayımlanan Yönetmelik No. 13078.

78 BM düşünce ve ifade özgürlüğü Özel Raportörü, 14-18 Kasım 2016 tarihindeki Türkiye ziyaretiyle ilişkin ön sonuçlar ve gözlemler.

116. Komiser, 2013 raporunda,⁷⁹ Gezi protestoları sırasında, AİHS 10. maddesi altında korunması gereken sosyal medya faaliyetlerinden ötürü olduğu söylenen gözüaltılarla ilgili endişelerini ifade etmişti.
117. Komiser kaygıyla kaydeder ki sosyal medya faaliyetleri nedeniyle gözüaltılar ve yargılamalar bu raporun yayımlanmasını takip eden dönemde artmaya devam etmiştir, ki bunlardan bazıları mahkumiyetle sonuçlanmıştır. 24 Aralık 2016'da İçişleri Bakanlığı, diğerlerinin yanı sıra kin ve düşmanlığa tahrik, terör propagandası ve üst düzey devlet görevlilerine hakaret olarak addedilen sosyal medya faaliyetleri nedeniyle 10 000 kişinin soruşturma altında olduğunu ilan etmiştir. Bakanlık ayrıca son altı ayda, 3 710 sosyal medya kullanıcısı hakkında soruşturma açılmış olduğunu, bunların 1 656'sının tutuklandığını ve bu soruşturmanın toplam 1 203'ünün şartlı salıverme ile neticelendiğini belirtmiştir.⁸⁰
118. Geçen yıl boyunca birçok gazeteci, ünlü ve ayrıca sıradan vatandaş (Facebook'ta Cumhurbaşkanı'na hakaretten Ekim 2015'te bir gece karakolda tutulan on dört yaşında bir çocuk da dahil) Türkiye'nin Güneydoğusundaki güvenlik operasyonlarını sosyal medyada eleştirdikleri veya sadece hükümet veya Cumhurbaşkanı hakkında karikatür, hiciv içeren şiir veya "meme" (internet kullanıcıları tarafından hızlıca yayılan bir tür mizahi dijital içerik) paylaştıkları için böyle suçlamalarla karşılaşmıştır.
119. Giderek artan biçimde başvuru ve ayrı bir caydırıcı etki yaratan bir başka suç, toplumun bir kesiminin dini değerlerine hakaret hakkındaki Ceza Kanunu'nun 216. maddesi olmuştur. Dünyaca ünlü piyanist ve besteci Fazıl Say, 11. yüzyılda yaşamış İranlı şairi Ömer Hayyam'a atfedilen mısraları Twitter'da paylaştığı için, Nisan 2013'te 10 ay hapis cezasına mahkum edilmiş, hükmün açıklanması geriye bırakılmıştır. Hüküm temyizde bozulmuş olsa da, bu hadise, bilhassa üzerine çektiği dikkat nedeniyle, elle tutulur bir caydırıcı etki meydana getirmiştir.
120. Bu bağlamda yakın zamanda meydana gelmiş dikkate değer bir olay, moda tasarımcısı Barbaros Şansal'ı, sosyal medya platformunda kışkırtıcı ve küfürlü bir dil kullanarak ülkedeki çeşitli sorunları eleştirdiği tartışmalı bir video paylaşmasından sonra linç etme girişimidir. Linç girişiminde dahil olan kişiler polis tarafından sorgulanmış olmalarına rağmen, Komiser'in

79 CommDH(2013) , op. cit., paragraflar 127-128.

80 Bkz. İçişleri Bakanlığının 24 Aralık 2016 tarihli basın açıklaması: <https://www.icisleri.gov.tr/basin-aciklamasi24122016> (son erişim tarihi 12 Ocak 2017)

bildiği kadarıyla haklarında soruşturma açılmamıştır. Buna karşın Şansal olaydan sonra kine, düşmanlığa ve şiddete tahrikten gözaltına alınmıştır. Aynı zamanda, kendisine karşı sosyal medyada ölüm tehditleri dahil olmak üzere had safhada nefret ve şiddet dolu yorumlar yapan çok sayıda kişi hakkında hiçbir işlem yapılmamıştır. Komiser, Şansal'ın kullandığı dil seviyesiz veya kışkırtıcı olarak değerlendirilebilir olsa dahi, sözlerinin yine de Sözleşme'nin 10. maddesinin sağladığı korumadan yararlandığını vurgular.

121. 2013 raporundaki tespitlere atıf yaparak Komiser, yetkililere, bu tip uygulamaların ifade özgürlüğü hakkı üzerinde sahip olabileceği caydırıcı etkiyi hatırlatır ve yetkilileri böyle uygulamalara başvurmaktan vazgeçmeye davet eder.

Sonuçlar ve tavsiyeler

122. Komiser, AİHM'in ifade özgürlüğünün demokratik toplumun başlıca temellerinden birini teşkil ettiği ve ilerlemesi için temel şartlardan biri olduğu yönündeki köklü içtihadını hatırlatır. Bu yalnızca, hoş karşılanan, zararsız bulunan veya umursanmayan bilgi ve fikirlere değil; aykırı düşün, şoka uğratan ve rahatsız edenler için de geçerlidir. Olmadıklarında "demokratik bir toplumdan" söz edemeyeceğimiz çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gereklilikleri bunlardır.

123. Komiser, yukarıda bahsi geçen olaylar, rakamlar ve örneklerin, eksiksiz olmaktan uzak olmakla birlikte, selefının bu konudaki 2011 raporundan bu yana Türkiye'de medya ve ifade özgürlüğünde yaşanan ciddi kötüleşmeyi açıkça gözler önüne serdiği kanaatindedir. Komiser'in görüşüne göre, bu kötüleşme Türk demokrasisi için varoluşsal bir tehdit arz etmektedir.

124. Komiser selefının yukarıda bahsi geçen raporundaki neredeyse bütün tavsiyelerinin geçerliliğini koruduğunu düşünmektedir. Bu, Türk Ceza Kanunu'nun ve bilhassa 125. (hakaret), 216. (halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama), 220. (6. fıkradaki suç örgütüne üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleme, ve 7. fıkradaki örgütün hiyerarşik yapısına dahil olmamakla birlikte örgüte yardım), 285. ve 288. (soruşturmaların gizliliği ve yargılamayı etkilemeye teşebbüs), 299. (Cumhurbaşkanına hakaret), 301. (Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, devletin kurum ve organlarını aşağılama), 314. (silahlı örgüt kurma, yönetme veya örgüte üye olma), 318. (halkı askerlikten soğutma) maddelerinin bütünüyle gözden geçirilmesi ihtiyacını kapsar. Gözden geçirmede, AİHM

içtihadının ve Venedik Komisyonu'nun ilgili görüşünün tamamı dikkate alınmalıdır. Aynı şekilde, Terörle Mücadele Kanunu, ve özellikle 7 Ş2 (terör örgütü adına propaganda) maddesi, AİHS'e uygun hale getirilmek üzere tamamıyla elden geçmelidir.

125. Geçmişte yapılan yasal değişikliklerin yeni insan hakları ihlallerinin oluşmasını önlemekteki başarısızlığını göz önüne alan Komiser, bu hükümlerin çoğunun olduğu gibi yürürlükten kaldırılması gerektiğini düşünmektedir. Hakaret, özellikle devlet görevlilerine yönelik olarak, suç olmaktan çıkarılmalıdır; kesinlikle gerekli olduğu hallerde, yalnızca orantılı hukuk yaptırımlarına tabi tutulabilir. Bu alandaki kanun değişikliklerinin parça parça olamayacağı ve yapısal sorunlara temas etmesi gerektiği de açıktır. Komiser'in görüşüne göre bu; en başta, gerçeklik ve kamu yararı savunmalarına, kamusal tartışmaya katkı kavramına ve gazetecilerin haber kaynaklarının korunması ilkesine sistematik atıfların eklenmesini ve yargının, özellikle gazeteciliğin demokratik toplumdaki yerini tam olarak hesaba katarak, ilgili her davada ifade özgürlüğü ve medya özgürlüğü ile diğer gereklilikler arasında makul bir denge kurma yükümlülüğünün kabul edilmesini içermelidir.

126. İfade özgürlüğünden ve bilhassa alışılmadık, aykırı, şok edici, rahatsız edici ifadelerden duyulan derin şüphe Türk Anayasası'na ve mevzuatına nüfuz etmiştir. Yakın zamanda Türkiye Büyük Millet Meclisi referandumu sunulması beklenen bir anayasa değişikliği tasarısı kabul etmiştir; bu tasarıda Anayasa'nın ifade özgürlüğü de dahil olmak üzere insan haklarına yaklaşımındaki ciddi sorunların hiçbir şekilde ele alınmadığını görmekten Komiser üzüntü duyar ve Türk yetkilileri bu vaziyeti düzeltmeye davet eder. İvedilik arz eden diğer hayati yasal değişiklikler, İnternet Kanunu'nu, Radyo ve Televizyon Kanunu'nu, eleştirel medya ve gazetecileri engellemek ve cezalandırmak için kullanılan yasalar ve yönetmelikleri (örneğin, kamu ilanları, basın kartları ile ilgili olanlar), ayrıca akademik özgürlükleri etkileyen yasal çerçeveyi kapsamalıdır.

127. Türk hukuk sisteminin önemli noksanlarının ötesinde Komiser, Türk yargısının tutum ve eylemlerinde gereken değişikliğin, mücadele gereken çok daha zor bir iş olduğunun önemle üzerinde durmaktadır. Komiser'in birçok defa ve AİHM'in sayısız kararında dikkat çekmiş olduğu üzere, hakim ve savcılar tarafından yasal hükümlerin yorumlanması ve uygulanmasındaki yapısal sorunlar, devamlı olarak Türkiye'de ifade özgürlüğü ve medya özgürlüğünü baltalamaktadır. Komiser'in selefi, nere-

deyse altı sene önce yayınlamış olduğu ilgili raporunda, ifade ve medya özgürlüğüne getirilen haksız sınırlandırmaları bertaraf etmek için, siyasi ve sair baskılara karşı yargının bağımsızlığının kilit nokta olduğunun altını çizmişti.

128. Ne yazık ki, bu tespitin geçerliliği geçen süreçte çeşitli aşamalarda kanıtlanmıştır. İfade özgürlüğü ile medya özgürlüğündeki hızlı gerileme, Türk yargısının bağımsızlığında yaşanan erozyon ile bir arada gerçekleşmiştir. Bu erozyon olağanüstü hal kapsamında alınan ve yargının bağımsızlığı ilkesini yeterince nazara almayan, çok sert önlemlere kadar varmıştır. Bu korku ortamında hakim ve savcılar, devlet odaklı yaklaşımlarına açıkça geri dönmüşlerdir. Böylece, Türk makamlarının başta kendi gayretleri ve Avrupa Konseyi'nin çeşitli organlarının desteği vasıtasıyla büyük çabalarla sağlanmış olan ilerleme kaybedilmiştir.

129. Özellikle sulh ceza hakimleri, eleştirel seslerin hedef alınmasında hiç olmadığı kadar faal hale gelen savcılar ile iş birliği içinde, muhalefeti ve Türk hükümetine yönelik meşru eleştiriyi bastırmak ve ayrıca internet vasıtasıyla kamuya verilecek bilgiyi kontrol etmek için bir taciz vasıtasına dönüşmüş görünmektedir. Komiser, bu mercilerin ciddi biçimde gözden geçirilmesinin gerekli olduğu değerlendirmesinde bulunur ve Türk makamlarını başta işbu mesele hakkında görüş hazırlığında olan Venedik Komisyonu olmak üzere, Avrupa Konseyi organlarının rehberliğini takip etmeye çağırır.

130. Savcılar ve hakimler, cezai açıdan hukuka aykırılığı ve bir suç örgütüne üyeliği gösteren doğrudan, inkar edilemez delillerin yokluğunda; özellikle de tek dayanağın haberlerin içeriği veya inandırıcılıktan uzak delillere binaen kurulan örgüt bağlantısı algıları olduğu durumlarda, ifade özgürlüğünün, internet de dahil, kullanılmasını caydırıcı ceza usullerini, bilhassa tutuklama tedbirini, kullanmayı bir kenara bırakmalıdır. Bununla birlikte, Komiser'in görüşüne göre, son zamanlarda alarm veren bir seviyeye ulaşan yargının bağımsızlığına ilişkin köklü sorunların halledilememesi, ifade özgürlüğü ve medya özgürlüğünü iyileştirmeye yönelik bütün çabaları boşa çıkaracaktır. Bu bağlamda, Komiser, Türkiye Büyük Millet Meclisi'nde bir süre önce kabul edilen anayasa değişikliğine dair duyduğu çok ciddi endişeyi ifade etmek durumundadır, çünkü bu değişiklik Türk yargısının yürütme ve yasama erkleri karşısındaki özerkliğinin daha da azaltılmasını öngörmektedir.

131. Türk yetkililer, ifade özgürlüğünü ve medya özgürlüğünü ilgilendiren

sorunlarla karşılaştıklarında, zaman zaman diğer üye devletlerin mevzuatlarında da benzer hükümlerin bulunmasına gönderme yaparak, ancak bu hükümlerin yorumlanışlarındaki önemli farkları veya uygulanmalarındaki ölçek farkını yok sayarak, meseleleri küçümseme eğilimi göstermişlerdir. Diğer hallerde, yargının bağımsızlığını ileri sürmüş veya beraat ile sonuçlanan davalara işaret etmişlerdir. Bu tutum, şu anda yalnızca Türk medyasını değil, Türk toplumunun tamamını etkileyen caydırıcı etkiye yönelik duyulan kayıtsızlığı yansıtır görünmektedir.

132. Komiser, son birkaç yıl zarfında Türk yetkililerin ifade özgürlüğünü geliştirme ve AİHS'e uyum konusundaki taahhüdünde ciddi zayıflamayı kaydetmekten esef duyar. Örneğin, hükümetin özellikle ifade özgürlüğü ile ilgili olarak bu uyumu geliştirmeye yönelik hazırlamış olduğu eylem planı hükümsüz kalmıştır ve Anayasa Mahkemesi, bu kritik süreçte ihtiyaç duyduğu desteği almaktan ziyade, ilerici ve AİHS'e uygun kararları nedeniyle saldırıya uğramıştır.

133. Komiser, bu durumun düzeltilmesi önündeki ana engelin, her şeyden önce bu memorandumda dikkat çekilen sorunları kabul edecek sonra da onları çözecek siyasi iradenin bulunmayışı olduğu kanaatinde. Gerçekten, 150'den fazla medya şirketinin toptan ve tamamıyla kapatılması gibi caydırıcı etkinin en vahim şekillerine ve Türk medya yelpazesinin fakirleşmesine yol açan tedbirlerin çoğu bilinçli seçimlerdi. Benzer şekilde, yetkililerin ifade özgürlüğüne karşı çarpıcı düzeydeki hoşgörüsüzlüklerinin karalama kampanyalarına, nefret söylemine ve fiziksel şiddete yol açtığı veya bunları cesaretlendirdiği çok sayıda örnek bulunmaktadır. Mevcut bağlamda, ne yazık ki yargının bu ezici siyasi baskıya karşı koyması ve ifade özgürlüğünü AİHS'e uygun bir şekilde koruması beklenebilir.

134. Komiser, medya özgürlüğü ve ifade özgürlüğündeki kötüye gidişin ve artan internet sansürünün ülkenin içinde bulunduğu son derece zor şartlar bağlamında gerçekleşmiş olduğunun farkındadır: Türkiye, sınırlarında iç savaş yaşanırken örnek olacak şekilde cömertçe üç milyondan fazla sığınmacıya ev sahipliği yapmış, başarısız bir darbe girişimiyle ve birçok hunhar terör örgütünün gerçekleştirdiği sayısız ölümcül terör saldırısıyla karşı karşıya kalmıştır. Her gün uğraşmak zorunda kaldığı tehditler ve tehlikeler gerçektir ve çok çetindir. Bununla birlikte, terör propagandası ve terör örgütüne destek kavramlarının, şiddete teşvik etmediği ortada olan beyanlara ve kişilere dahil, aşırı derecede geniş uygulanması, ulus-

lararası insan hakları normlarını ihlal ederek ifade özgürlüğünü sınırlamanın, bu sorunları çözmeye yardım edeceği yanılgısını yansıtmaktadır. Şiddet ve şiddet kullanma tehdidi “terörizm” kavramının belirleyici öğesidir ve bu kavram, sayılan unsurları barındırmayan ifadeleri cezalandırmak üzere, o ifadeler alışımdık, şok edici ve siyaseten can sıkıcı dahi olsalar, her şeyi içine alan bir etiketmiş gibi kullanılmamalıdır.

135. Bu uygulama, hakaret davalarının bariz bir biçimde aşırı kullanılması ile birlikte, Türkiye’yi çok tehlikeli bir yola sokmuştur. Bu yolda, meşru görüş ayrılığı ve hükümet politikalarının eleştirilmesi hedef gösterilmiş, bastırılmış, doğrudan doğruya meclisteki de dahil demokratik kamusal tartışmanın kapsamı daraltılmış ve böylece toplum kutuplaştırılmıştır. Tecrübeyle sabittir ki tam da böyle ortamlarda nefret, şiddet ve terör örgütleri serpilir. Medya özgürlüğü ve ifade özgürlüğünün temelini teşkil ettiği insan haklarının korunması, sosyal barışın ve sağlıklı bir demokrasinin tesisi için mutlak surette ön şarttır.

136. Komiser, mümkün olan en kuvvetli şekilde, Türk siyasi liderlerini bu gidişatı değiştirmeye, terör eylemi olanla eleştiri ve karşıt görüşü ayırmaya başlamaya ve ayrıca demokratik bir toplumda beklenen sorumluluğu ve hoşgörüyü göstermeye çağırır. Kendileri, internetteki de dahil olmak üzere ifade özgürlüğünü ortadan kaldıran ve çok uzun süredir devam eden sistemik meselelerle baş etmek için gerekli olan siyasi iradeyi yeniden oluşturmalı ve AİHM’in bazıları on yıllar öncesine uzanan çok sayıda kararını artık icra etmelidir.

137. Bunları şu an hala süregelen olağanüstü hal döneminde yapmak kesinlikle imkansızdır ve Komiser, yetkilileri, bir kez daha, olağanüstü hali kaldırmaya ve sebep olduğu çok sayıda kabul edilemez ifade özgürlüğü ihlalini, ve özellikle medya özgürlüğü ve akademik özgürlüğü ilgilendirenleri, eski hale getirmeye çağırır. 23 Ocak 2017’de çıkartılmış kararname ile kurulmuş olan yeni komisyon gelecekteki etkililiğine bağlı olarak başvuru ve telafi hakkı açısından doğru istikamette bir adım olarak görülebilecek olsa bile, Komiser’in esasa dair başka endişelerini gidermesi beklenemez.

138. Komiser Türk makamlarıyla yapıcı diyalogunu sürdürme iradesini vurgular ve Türkiye’de insan haklarının korunmasını ve geliştirilmesini ileri götürme çabalarında yardım ve desteğini sunar.

**AVRUPA HUKUK YOLUYLA DEMOKRASİ KOMİSYONU
(VENEDİK KOMİSYONU)**

TÜRKİYE

**TÜRK CEZA KANUNU'NUN 216., 299., 301., ve 314.
MADDELERİ HAKKINDA
GÖRÜŞ**

Venedik Komisyonu Tarafından
106. Genel Kurul Toplantısında Kabul Edilmiştir
(Venedik, 11-12 Mart 2016)

İşbu görüş, aşağıdaki katılımcıların yorumlarına dayanılarak kabul edilmiştir:

- Sn. Veronika BÍLKOVÁ (Üye, Çek Cumhuriyeti)
Sn. Sarah CLEVELAND (Üye, Amerika Birleşik Devletleri)
Sn. Jorgen STEEN SØRENSEN (Üye, Danimarka)
Sn. Herdis KJERULF-THORGEIRSDOTTIR (Üye, İzlanda)
Sn. Pieter VAN DIJK (Uzman, Eski Üye, Hollanda)

I. Giriş

1. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin (AKPM), 29 Ocak 2015 gününde kabul edilen Avrupa'daki gazetecilerin güvenliği ve medya özgürlüğü konulu 2035 sayılı İlke Kararı'nda (2015) Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, Venedik Komisyonu'ndan "TCK 216, 299, 301 ve 314'ün Avrupa insan hakları standartları ile uyumunun analizi" isteminde bulunmuştur. 3 Kasım 2015 günlü toplantısında ise, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi İzleme Komitesi Venedik Komisyonu'ndan TCK 299 ve uygulaması kapsamındaki analizin genişletilmesi isteminde bulunmuştur.

¹ Cev. Deniz Yazgan, Suç ve Ceza Dergisi, cilt:12 Sayı: 3, 2019 s. 119-177. Erişim adresi: https://www.tchd.org.tr/wp-content/uploads/2019/11/suc_ve_ceza_sayi_3_2019.pdf

2. Bu görüşün oluşturulması doğrultusunda, Sn. Veronika BÍlková, Sn. Sarah Cleveland, Sn. Pieter Van Dijk, Sn. Jorgen Steen Sørensen, ve Sn Herdis Kjeruff Thorgeirsdottir'i raportör olarak görevlendirilmiştir.
3. 13 ve 14 Ocak 2016 günlerinde, Venedik Komisyonu delegasyonu Ankara'yı ziyaret etmiş ve Adalet Bakanlığı, Cumhuriyet Başsavcılığı ve Yargıtay Başkanlığı yetkilileri, Türkiye Barolar Birliği, Ombudsmanlık, Anayasa Mahkemesi yetkilileri, Meclis'te bulunan siyasi partilerin yetkilileri, Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı'nın yetkilileri ve bununla birlikte birtakım sivil toplum kuruluşunun temsilcileri ile bir dizi toplantı gerçekleştirmiştir.
4. Venedik Komisyonu, ziyaretin kusursuz bir biçimde organize edilmiş olmasından ötürü Türk yetkililere minnet ve teşekkürlerini sunar.
5. İşbu görüş, demokratik kurumlar Alt komisyonu toplantısında görüşülmesinin ardından Venedik Komisyonu tarafından 106. Genel Kurul Toplantısında (Venedik, 11-12 Mart 2016) kabul edilmiştir.

II. İlgili Kanun Hükümleri

6. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, hak ve özgürlüklere dair bir katalogu ihtiva eder. (17-40) Bu katalog, inter alia haberleşme hürriyetini (TCK 22), din ve vicdan hürriyetini (TCK 24), düşünce ve kanaat hürriyetini (TCK 25), düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetini (TCK 26), basın hürriyetini (TCK 28), dernek kurma hürriyetini (TCK 33) ve toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını da ihtiva etmektedir.
7. Yürürlükteki Türk Ceza Kanunu (5237)¹ Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından ("Millet Meclisi") 26 Eylül 2004 gününde onaylanmış ve 1 Haziran 2005 gününde yürürlüğe girmiştir. 340'tan fazla hükmü ile kapsamlı bir yasama ürünüdür.
8. TCK 216, halkın farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahriki cezalandırmaktadır ve şu şekilde düzenlenmiştir:

(1) Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimse, bu nedenle kamu güvenliği açısından açık

¹ CDL-REF (2016)011 Türk Ceza Kanunu.

ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılayan kişi, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılayan kişi, fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması halinde, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

9. TCK 299, 5377 sayılı Kanun tarafından 29 Haziran 2005 gününde değiştirildiği gibi (TCK 35), Cumhurbaşkanı'na hakaret edenlerin cezai sorumluluğunu öngörmektedir ve şu şekilde düzenlenmiştir:

(1) Cumhurbaşkanı'na hakaret eden kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Suçun alenen işlenmesi hâlinde, verilecek ceza altıda biri oranında artırılır.

(3) Bu suçtan dolayı kovuşturma yapılması, Adalet Bakanının iznine bağlıdır.

10. TCK 301, 5759 sayılı Kanun² tarafından 29 Nisan 2008 gününde değiştirildiği gibi, Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin kurum ve organlarını aşağılamayı suç haline getirmektedir ve şu şekilde düzenlenmiştir:

(1) Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Türkiye Büyük Millet Meclisini, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ve Devletin yargı organlarını alenen aşağılayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Devletin askerî veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişi, birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılır.

(3) Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.

(4) Bu suçtan dolayı soruşturma yapılması, Adalet Bakanının iznine bağlıdır.

2 2008 Değişikliği, "Türklük" ifadesinin, halihazırdaki 301 hükmünde olduğu gibi "Türk milleti" şeklinde değişmesine sebep olmuş, tutukluluğun üst sınırını aşağı çekmiş, ağırlaştırıcı hal değerlendirmesini hükümden çıkarmış ve suça ilişkin soruşturma ve kovuşturmayı Adalet Bakanlığı'nın iznine tabi tutmuştur.

11. TCK 314, suç örgütünü kurma, yönetme ve örgüte üyelik fiillerini suç haline getirmektedir ve şu şekilde düzenlenmiştir:

- (1) Bu kısmın dördüncü ve beşinci bölümlerinde yer alan suçları işlemek amacıyla, silahlı örgüt kuran veya yöneten kişi, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
- (2) Birinci fıkrada tanımlanan örgüte üye olanlara, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir.
- (3) Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna ilişkin diğer hükümler, bu suç açısından aynen uygulanır.

12. TCK 220 (Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma), TCK 314'ün uygulamasında ayrı bir önem taşımaktadır. Yargıtay tarafından verilmiş yeni kararlarda TCK 314'ün üçüncü paragrafındaki "suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna ilişkin diğer hükümler" lafzı nedeniyle TCK 220 ile birlikte uygulanacağı (özellikle 6. ve 7. fıkraları) belirtilmiştir ve şu şekilde düzenlenmiştir.

- (1) Kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranlar veya yönetenler, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması halinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması gerekir.
- (2) Suç işlemek amacıyla kurulmuş olan örgüte üye olanlar, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
- (3) Örgütün silahlı olması halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza dörtte birinden yarısına kadar artırılır.
- (4) Örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükmolunur.
- (5) Örgüt yöneticileri, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılır.
- (6) Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca örgütte üye olmak suçundan da cezalandırılır. Örgüte üye olmak suçundan dolayı verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir. (Ek cümle: 11/4/2013-6459/11 md.) Bu fıkra hükmü sadece silahlı örgütler hakkında uygulanır.

- (7) (Değişik: 2/7/2012 – 6352/85 md.) Örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dahil olmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişi, örgüt üyesi olarak cezalandırılır. Örgüt üyeliğinden dolayı verilecek ceza, yapılan yardımın niteliğine göre üçte birine kadar indirilebilir.
- (8) Örgütün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.³

III. Avrupa İnsan Hakları Standartları

A. İfade Özgürlüğü

13. Türkiye, Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi (“MSHS”) ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (“İHAS”) de dahil olmak üzere önde gelen tüm uluslararası insan hakları sözleşmelerine taraf bir devlettir.
14. İfade özgürlüğü İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nin 19. maddesi ile MSHS’nin 19. maddesi ile ve İHAS’ın 10. maddesi ile güvence altına alınmıştır.
15. İfade özgürlüğünün kullanılması sınırlamalara tabi olabilir. Söz konusu sınırlamalar İHAS 10/2 ve MSHS 19/3-(a) ve (b) bentlerinde öngörülen şartlara uymak zorundadır. a) Yasallık: sınırlama, “yasa ile öngörülmüş”⁴ olmalıdır (İHAS 10/2 ve MSHS 19/3). Kanun, yeterli ölçüde erişilebilir ve öngörülebilir nitelikte olmalıdır, örneğin “vatandaşın davranışını düzenlemesine olanak vermek için yeterli belirlilikte ifade edilmiş” olması gereklidir. “Sözleşme ile güvence altına alınmış haklara, kamu makamları tarafından yapılabilecek keyfi bir müdahaleye karşı hukuki koruma tedbirlerinin alınması”⁵ gerekmektedir. b) Meşruiyet: sınırlama meşru bir amaca ilişkin olmalıdır. Söz konusu meşru amaçlar sınırlı sayıda olmak üzere İHAS 10/2 ve MSHS 19/3’te sayılmaktadır. c) demokratik bir toplumda gereklilik: sınırlama “açık, zorlayıcı ve belirli bir sosyal ihtiyaca”⁶

3 11 Nisan 2013 günlü 6459 Sayılı Kanun’un 11.maddesi ile, bu fıkrada yer alan “veya amacının” ibaresi “cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde” şeklinde değiştirilmiştir.

4 İHAM, Sunday Times v. Birleşik Krallık, Başv. no. 6538/74, 26 Nisan 1979, para. 49.

5 İHAM, Melone v. Birleşik Krallık, Başv. no. 8691/79, 2 Ağustos 1984, para. 97.

6 İHAM, Vajnai v. Macaristan, Başv. no. 33629/06, 8 Haziran 2008, para. 51.

yönelik ve “müdahalenin amacıyla orantılı”⁷ olmalıdır.

16. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (“İHAM”) ve BM İnsan Hakları Komitesi, sırasıyla İHAS 10 ve MSHS 19’un yorumu ve uygulanmasında geniş bir içtihadı sahiptir. Bu kapsamda, İHAM, işbu görüşte ele alınan dört hüküm de dahil olmak üzere, TCK hükümlerini (hem yürürlükteki hükümleri hem de mülga hükümleri) tekrar tekrar değerlendirmiştir.⁸
17. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, 29 Haziran 2007 günlü 1805 (2007) sayılı dine hakaret ve kişilere dini inançları nedeniyle nefret söyleminde bulunma konulu Genel Tavsiye Kararı; ve 4 Ekim 2007 günlü Hakaretin Suç Olmaktan Çıkmasına Doğru 1577 (2007) sayılı Karar ve 1814 (2007) sayılı Tavsiye Kararı da dahil olmak üzere, hakarete ilişkin çeşitli belgeleri kabul etmiştir. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, Basın Özgürlüğü ve Çatışma Alanlarındaki Gazetecilerin Çalışma Koşulları Hakkında 28 Nisan 2005 günlü 1438 (2005) sayılı Karar ve 1702 (2005) sayılı Tavsiye Kararı; Gazetecilerin Yaşamları ve İfade Özgürlüklerine Tehditler Hakkında 27 Ocak 2007 günlü 1535 (2007) sayılı Karar; ve Avrupa’da Gazetecilerin Güvenliklerinin ve Basının Korunması Hakkında 29 Ocak 2015 günlü 2035 (2015) sayılı Karar ve 2062 (2015) sayılı Tavsiye Kararı da dahil olmak üzere, gazetecilerin korunması da ele almıştır.
18. Venedik Komisyonu, hakarete⁹ ilişkin yasal düzenlemelere ve ifade özgürlüğü ile din özgürlüğü arasındaki ilişkiye dair genel bir araştırmaya dair iki adet görüş açıklamıştır.¹⁰

B. Türkiye’deki İfade Özgürlüğüne Dair İlke Kararları, Raporlar ve Açıklamalar

- 7 İHAM, Parti Nationaliste Basque – Organisation Regionale d’Iparralde v. Fransa, Başv. no. 71251/01, 7 Eylül 2007, para. 45. Ayrıca, bakınız 19. madde üzerindeki Genel Yorum 34: Düşünce ve İfade Özgürlükleri, İnsan Hakları Komitesi (2011), para. 22 ve 24.
- 8 Örneğin bakınız, İHAM, Incal v. Türkiye, Başv. no. 22678/93, 9 Haziran 1998; Pakdemirli v. Türkiye, Başv. no. 35839/97, 22 Şubat 2005; Şirin v. Türkiye, Başv. no. 47328/99, 15 Mart 2005; Artun ve Güvener v. Türkiye, Başv. no. 75510/01, 26 Haziran 2007; Siz v. Türkiye, Başv. no. 895/02, 26 Mayıs 2005; Altuğ Taner Akçam v. Türkiye, Başv. no. 27520/07, 25 Ekim 2011.
- 9 Venedik Komisyonu, CDL-AD(2013)024, Görüş No.629/2012 Azerbaycan Cumhuriyeti’nin Hakareti Koruma ile İlgili Olan Yasası, 14 Ekim 2013 CDLAD(2013)038, Görüş No. 715/2013 İtalya’nın Hakaret üzerine olan Yasası, 9 Aralık 2013.
- 10 Venedik Komisyonu, CDL-AD(2008)026, İnceleme no. 406/2006, İfade Özgürlüğü ve Din Özgürlüğü arasındaki ilişkinin bildirimi: Düzenlemenin Konusu Ve Dine Yapılan Küfürün, Dini Aşağılamanın ve Dini Nefrete Teşvikin Kovuşturması, 23 Ekim 2008.

19. Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (“AGİT”) Medya Özgürlüğü Temsilcisi, TCK Tasarısını 2005 yılından incelemiştir.¹¹

Rapor, işbu görüşte ele alınan söyleme dayalı suçlara ilişkin üç hükmü (TCK 216, 299 ve 301) eleştirmektedir.

20. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, özellikle Türkiye’de ifade özgürlüğü ve basın özgürlüğünü¹² ele alan 2011 tarihli raporunda, “TCK’da yapılan çeşitli tadillerin (...) ifade özgür lüğünün etkin bir şekilde temin edilmesini sağlamak için yeterli olmadığını” belirtmiştir.¹³ TCK 216 ve 301, açıkça, “gazete ciler, yazarlar ve insan hakları savunucuları aleyhine” açılan cezai soruşturmalara hukuki dayanak oluşturan madde hükümleri arasında anılmaktadır.¹⁴

21. Komiser aynı raporda, mevcut yasaların hakimler ve savcılar tarafından yorumlayıp uygularken orantılılık ilkesinin uygulanmamasının, ceza soruşturmalarında ve gözaltında geçen sürelerinin aşırılığının, sanıkların dava görülürken aleyhlerindeki delillere erişiminde yaşadıkları sorunların ve savcıların ceza soruşturma açma konusundaki sınırsız tutumunun Türkiye’deki ifade özgürlüğü kullanımında caydırıcı etki yarattığını ve Türk medyasında otosansüre sebep olduğunu belirtmiştir.¹⁵

22. Komiser, Aralık 2014’te gazetecilerin ve basın mensuplarının, terör örgütü kurma ve terör örgütüne üye olma iddiaları (TCK 314) ile tutuklanmalarına müteakiben, “(...) basın özgürlüğü, Türkiye’de uzun zamandır süregelen bir sorun ve söz konusu tedbirler Türkiye’nin yakın zamanda titizlikle kat ettiği gelişim sürecini sonlandırabilecek yükseklikte risk taşımaktadır. Şiddete maruz kalmak ve misillemelere uğramak da dahil olmak üzere, halihazırda yüksek bir baskı altında olan gazetecilere ve muhalif görüşte olanlara yeni, caydırıcı bir mesaj yolluyorlar. Türk milletini daha da kutuplaştırmaya ve devletin insan haklarını destekleme

11 OSCE, TCK Taslağının Yeniden Gözden Geçirilmesi, Medya Özgürlüğü, Viyana, Mayıs 2005.

12 CommDH(2011)25, Thomas Hammarberg tarafından hazırlanan Rapor, Avrupa Komisyonu’nun İnsan Hakları Komiserliği, Türkiye ziyaretine müteakip olarak 27-29 Nisan 2011, 12 Temmuz 2011. Ayrıca bakınız, CommDH(2012)2, Avrupa Komisyonu’nun İnsan Hakları Komiserliği’nin Raporu. Göz önüne alınan hususlar: Türkiye’deki adalet yönetimi ve insan haklarının korunması, 10 Ocak 2012; CommDH(2013)24, Nils Muiznieks’in raporu, Avrupa Komisyonu İnsan Hakları Komiserliği, 1-5 Temmuz 2013 arasındaki Türkiye ziyaretine müteakip olarak, 26 Kasım 2013.

13 CommDH(2011)25, syf.2.

14 Ibidem. para. 16.

15 A.g.e.

kabiliyetine ilişkin güvensizliğini artırmaları da muhtemel. Yetkilileri basın özgürlüğü üzerindeki baskıya son vermeye ve hu kukun üstünlüğü ile insan haklarına uyumlu bir şekilde hareket etmeye davet ediyorum.” Şeklinde bir beyanda bulunmuştur.¹⁶

23. BM Irklar Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi (“CERD”) 2009 yılında şunları belirtmiştir: “TCK’nın artık “Türklük”ü değil de “Türk milletini” aşagılamayı suç haline getir diğı ve soruşturma ve kovuşturmanın Adalet Bakanlığı iznine tabi tutulduğu unutulmamakla birlikte, Komite, hükmün yeni halinin de İHAS kapsamında haklarını kullanan kişiler aleyhinde cezai işleme dönüşebileceğı konusunda halen kaygı duymaktadır.¹⁷

24. BM İnsan Hakları Komitesi, Kasım 2012’de Türkiye hakkında yayınlanan nihai gözlemlerinde, TCK’nın 216 ve 314 dahil olmak üzere, ifade özgürlüğünü olumsuz yönde etkileyebilecek birtakım kanun hükümleri ile ilgili endişesini dile getirdi. Komite, “insan hakları savunucuları ve medya çalışanlarının mesleklerini icra ettikleri gerekçesi ile mahkumiyete konu edil meye devam edildiğini, (...) dolayısıyla kamu yararına ilişkin konulara yönelik eleştirel düşüncelerin ifade edilmesinde veya eleştirel medya aktarımlarında caydırıcılığın taraf Devletteki ifade özgürlüğünü olumsuz yönde etkilediğini” belirtmiştir. MSHS 19’daki genel yaklaşımı ile uyumlu olarak, Komite, Türkiye’ye inter alia, “Türkiye, insan hakları savunucularının ve gazetecilerin cezai ve hukuki yargılamalara konu olma korkusu olmadan mesleklerini sürdürmelerini sağlamayı”, “hakareti suç olmaktan çıkarmayı ve ancak en ciddi davalarda ceza hukukunun uygulanması gerektiğini, hapis cezasının asla uygun bir ceza olmadığını”¹⁸ tavsiyelerinde belirtmiştir.

25. Avrupa Komisyonu 2015 yılındaki Gelişim Raporu’nda Türkiye’nin insan hakları sicilini değerlendirmiştir. Raporunda, in ter alia şu hususlar belirtilmiştir “Ceza Kanununun (...) ilgili ifade özgürlüğünü sınırlayan hiçbir

16 Türkiye’deki gazetecilerin tutuklanmasından endişe duyan Komisyon Üyesi: <http://www.coe.int/en/web/commissioner/-/commissioner-concerned-about-arrest-of-journalists-in-turkey?inheritRedirect=true&redirect=%2Fen%2Fweb%2Fcommissioner%2Fcountry-report%2FTurkey>

17 BM Dök. CERD/C/TUR/CO/3, Irksal Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Hakkında Komisyonu’nun son gözlemleri, 24 Mart 2009, para. 16. Ayrıca bakınız, BM Dök. A/HRC/15/13, Periyodik Evrensel İnceleme hakkında Çalışma Grubu Raporu. Türkiye 17 Haziran 2010.

18 BM Dok. CCPR / C / TUR / CO / 1, Türkiye’nin ilk raporuna hakkında son gözlemler, 13 Kasım 2012, para. 24.

hükümünde değişiklik meydana gelmemiştir. Aşağılama veya madde 314'te düzenlenen siyahı örgüt suçları gibi gazetecilerin aleyhine dava açılmasına sebep olan birtakım hükümler halen revize edilmeye muhtaçtır.”¹⁹

26. 14 Ocak 2016 günü, kolluk güçleri, 27 Akademisyeni, Türkiye'nin Güneydoğusundaki askeri operasyonlara bir son verilmesine çağrıda bulunan ve hükümeti uluslararası hukuku ihlal etmekle suçlayan bir dilekçeye 1.000'den fazla akademisyenle beraber imza attıkları gerekçesiyle gözetilmesine alınmıştır²⁰. Basına göre, “terör propagandası” yapmak ve Devleti aşağılamak (TCK'nın 301. maddesi)²¹ suçlarından dolayı akademisyenlere karşı soruşturma açılmıştır. Avrupa Konseyi Genel Sekreteri 15 Ocak 2016 günlü açıklamasında akademisyenlerin gözetilmesine alınması ile ilgili endişesini dile getirmiştir.²²

IV. ANALİZ

A. Öncül Açıklamalar

27. Devletlerin, farklı ve alternatif düşüncelerin yaşayabileceği, bireylerin kendilerini özgürce ifade edebilecekleri ve toplumsal müzakere ortamına korkusuzca katılabilecekleri uygun ortamı yaratma yükümlülükleri vardır²³. Bu yükümlülük devletlere ifade özgürlüğünün kullanımında toplum genelinde caydırıcı etki yaratacak, ifade özgürlüğüne tehdit yaratacak, cesaret kırıcı yasal faaliyetlerden kaçınma yükümlülüğü de getirmektedir²⁴.

19 SWD(2015)216Son, Turkey: 2015 Report, 10 Kasım 2016, pp. 63-64.

20 <http://www.theguardian.com/world/2016/jan/15/turkey-rounds-up-academics-who-signed-petition-denouncing-attacks-on-kurds> Dilekçenin tam metnini görmek için: <http://www.ibtimes.co.uk/turkish-dons-arrested-full-text-declaration-criticising-military-campaign-against-kurdish-1538161>.

21 http://www.nytimes.com/2016/01/16/world/europe/turkey-kurds.html?_r=0
<http://www.lefigaro.fr/flash-actu/2016/01/15/97001-20160115FILWWW00042-turquie-des-signataires-d-une-petition-arretes.php>

22 “Akademisyenlerin ve düşünürlerin tutuklanmalarıyla ilgili Türkiye’den gelen raporlar içinde bulunduğumuz dönemde oldukça endişe vericidir. Türkiye’nin terörist saldırılar nedeniyle büyük zorluklar içinde olduğu bu dönemde, herkesi şiddete ve teröre ve ifade özgürlüğü dahil insan haklarına saygı için karşı güçlerini birleştirmeye çağırıyorum. Bu durumu azaltmak için hiçbir çabadan kaçınılmamalıdır”.

23 İHAM, Dink v. Türkiye, Başv. no. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09, 14 Eylül 2010, para. 137.

24 Bkz. gazeteciliğin korunması ve gazetecilerin ve diğer medya aktörlerinin hakkında Bakanlar Kurulu tarafından 30 Nisan 2014 tarihinde 1198. Bakan Vekilleri toplantısında kabul edilen

28. Venedik Komisyonu'nun Ankara ziyareti sırasında, yetkili makamlar, Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi tarafından ifade özgürlüğüne ilişkin ilkeli bir yaklaşıma sahip, uluslararası insan hakları standartlarını uygulayan birçok kararı örnek göstermiştir. Örnek olarak, Anayasa Mahkemesi, 4 Haziran 2015 günlü bireysel başvuru kararında, ilk derece mahkemesince verilen (tanınmış bir gazeteci ve köşe yazarı olan) başvurucuya ilişkin, köşesinde kamu görevlilerini aşağıladığına yönelik fiilinden dolayı sabit bulunduğu TCK 125 (hakaret suçu) kararını, ifade özgürlüğünün ihlali olarak nitelendirmiştir. AYM, İHAM'ın yerleşik içtihadına uygun biçimde, sağlıklı temeller üzerine kurulu bir demokraside, siyasilere yönelik eleştiri hakkının sıradan vatandaşlarla kıyaslandığında çok daha geniş olduğunu, hükümetin sadece yasama veya yargı organlarınca değil, aynı zamanda medya/basin veya diğer siyasi aktörler tarafından da kontrol edilmesi gerektiğini belirtmiştir.²⁵
29. TCK 216 (mülga 312), dini değerleri aşağılayacak ya da küçük düşürecek nitelikteki ifadeleri cezalandırmak için son zamanlarda sıklıkla kullanılmaktadır. 2012'de, dünyaca ünlü bestekâr ve piyanist Fazıl Say'a, 11. ve 12. yüzyılın ünlü şairlerinden Ömer Hayyam'a ait bir şiirden birçok dizeyi Twitter'da paylaşması sonucu TCK 216/3'te düzenlenen suç isnat edilmiştir. 2013 Eylül ayında gerçekleşen yargılama ile Fazıl Say, dini değerleri aşağıladığı gerekçesi ile 10 ay hapis cezasına mahkûm edilmiştir. 12 Ekim 2015 günlü kararında, Yargıtay, ilk derece mahkemesinin kararını, "suçun konusunu oluşturan kişinin, ne kamu güvenliği açısından açık veya yakın bir tehlike ortaya koyduğunu; ne de şiddet çağrısında bulunduğunu, sanığın ifade özgürlüğünü kullandığı" gerekçesiyle bozmuştur.²⁶
30. Yetkililer, ifade özgürlüğü kapsamında, henüz inceleme aşamasında olan dosyalara ilişkin olarak Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının tebliğnameleleri de temin etmişlerdir.²⁷ Bu metinlerin birçoğunda, savcı, şiddet içermeyen ifade biçiminin ifade özgürlüğü kapsamında olması nedeniyle Yargıtay'ın yetkili dairesinin dosyaları bozmasını ve demokratik bir devletin yetkililerinin bu eleştiriye katlanması gerektiğini salık vermiştir.

Avrupa Komisyonu Bakanlar Kurulu Komitesi Beyannameci.

25 Anayasa Mahkemesi Kararı no. 2014/12151, 4 Haziran 2015, 1 Temmuz 2015 günlü Resmi Gazete.

26 Yargıtay 8. Ceza Dairesi, E. 2014/35434, K. 2015/22535, 12 Ekim 2015.

27 Türk hukuk sisteminde, birinci derece mahkemenin kararına itiraz edildiğinde, dava dosyası ilk olarak Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir. Başsavcı, davayla ilgili görüşünü (tebliğname) Yargıtay'ın yetkili birimlerine gönderir.

31. Venedik Komisyonu, ulusal yüksek mahkemelerin şiddet içermeyen ifadelerle ilişkin davalarda İHAM'ın aradığı şartları uyguladıkları ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının tebliğnamesindeki prensipli yaklaşımını içtenlikle karşılamaktadır. Yüksek mahkemelerin rehberliği, ilk derece mahkemelerinin içtihatlarında insan hakları standartlarının yorumlanması ve uygulanması açısından oldukça önemlidir. Lakin bu görüşe konu kanun hükmüne dayanılarak bilhassa gazeteciler aleyhine yapılan çok sayıda soruşturma ve kovuşturma göz önünde bulundurularak; Venedik Komisyonu, kamu menfaati hakkındaki görüşlerin belirtilmesindeki caydırıcı etkinin ve buna bağlı olarak oluşan oto sansürlerin yalnızca yüksek mahkemelerin özgürlüğü sınırlayıcı kararlarına bağlı olmadığına, aynı zamanda yetkili makamlar tarafından yapılan soruşturmalar, kovuşturmalar gözaltı ve tutuklamalar gibi zorlayıcı, hürriyeti bağlayıcı tedbirlere bağlı olduğuna kanaat getirmektedir.

32. Birçok vakada, İHAM, başvurular aleyhine TCK 301 (mülga 159) uyarınca yapılan cezai soruşturmaları²⁸ veya cezai kovuşturmaları²⁹ veya geçerli ve yeterli nedenler olmaksızın başvuranın tutuklu olarak uzun süre³⁰ yargılanmasına devam edilmesini, yargılama süreci sonunda aleyhlerinde hüküm verilmemesine rağmen başvuruların ifade özgürlüklerine müdahale olarak görmüştür. Mahkeme, bu tedbirlerin, özellikle gözaltı tedbirinin başvuruların kamu yararına olan konularda görüşlerini ifade etmelerinde caydırıcı etki yarattığını ve bu önlemlerin oto sansüre yol açan bir ortam yarattığını kabul etmiştir.

33. Binaenaleyh, aşağıdaki analiz, Devlet'in şiddet içermeyen meşru söylemlere yönelik her türlü caydırıcı etkiyi önleme yükümlülüğü ışığında da okunmalıdır. Bu itibarla, yalnızca yüksek mahkemeler tarafından verilen kararlar önemli olmayıp, aynı zamanda cezai soruşturmaların, kovuşturmaların ve tutuklamaların sayı ve içeriği de önem arz etmektedir.

B. TCK 216 (Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama)

34. Bu hükmün her fıkrası ayrı bir suçu düzenler: halkın farklı kesimlerini kin veya düşmanlığa tahrik etme (TCK 216/1); halkın bir kesimini alenen aşağılanma (TCK 216/2) ve halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılama (TCK 216/3). Bu maddenin ilk iki fıkrasındaki suçların

28 İHAM, Dilipak / Türkiye, Başv. no. 29680/05, 15 Eylül 2015 (henüz kesin değil).

29 İHAM, Taner Akçam v. Turkey, Başv. no. 27520/07, 25 Ekim 2011.

30 İHAM, Nedim Sener v. Turkey, Başv. no. 38270/11, 8 Temmuz 2014.

işlenebilmesi için “aşağılama” unsurunun sosyal köken, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölgesel farklılıklara dayandırılması gerekmektedir.

35. Yetkililerce temin edilmiş açıklama notuna göre, 1. fıkrada yer alan “nefrete tahrik”, “münferit yapılan saygısızlığın ve itirazın ötesinde ve objektif olarak halkın belli bir kısmını düşmanca davranışlara tahrik etmeye elverişli” olmalıdır. “Kin” ve “düşmanlık” terimleri, kin gibi duyguların temelini oluşturan zarar vermeye yönelik ve mağlup etmeyi amaçlayan psikolojik bir ruh hali olarak açıklanmaktadır. Dahası, 1. fıkradaki suçun işlenmesi için “kin veya düşmanlığa tahrik”, kamu güvenliğine açık ve yakın bir tehlike oluşturmaldır. Hâkimin, belirli bir davada, 1. fıkradaki suçun işlendiğini kabul edebilmesi için, maddi gerçekler temelinde, kamu güvenliğine karşı yapılan tehdidin yeterince açık ve yakın olup olmadığına da karar vermelidir. Açıklayıcı not aynı zamanda, haber muhabirliği sınırlarını aşmayan ve eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamalarının suç oluşturmayacağını düzenleyen TCK 218’i öne sürmektedir. Bu çerçevede, not sadece şiddete tahrik eden ifade biçimlerinin TCK 216/1’i ihlal edebileceği sonucuna varmaktadır.

36. Yürürlükteki Ceza Kanununun 216/1 ve 216/2 hükümleri, mülga Ceza Kanununun 312. maddesinin yerine geçmiştir. İHAM, mülga Ceza Kanununun³¹ 312. maddesi uyarınca mahkûm edilen kişiler hakkında birçok davayı incelemiştir. Bu davalarda, İHAM, başvuruların nefrete, düşmanlığa ve de suçluları övmeye teşvik ettiği iddia edilen makale veya kitapları yayınlama suçundan mahkûm edilmeleri sebebi ile İHAS 10’un ihlal edildiğini tespit etmiştir.³² Mahkeme, bu tür makale ve kitapların kamu politikalarına yönelik (özellikle de terörle mücadele kapsamındaki faaliyetler hakkında) sert eleştiriler içermesine rağmen, bunların nefret ve şiddete teşvik etmediğini ve uygulanan yaptırımın meşru amaç ile açıkça orantısız olduğunu belirtmiştir.

31 İlgili paragraflarda belirtilen:

(1) Bir suç olarak kanunen cezalandırılan veya yasayı çiğnemeye teşvik eden bir davayı açıkça öven ya da kınayan bir kişi, mahkûmiyet kararı ile altı ay ile iki yıl hapis ve Altı bin ila otuz bin Türk lirası ağır para cezasıyla cezalandırılır.

(2) İnsanları, sosyal sınıflar, ırklar, dinler, mezhepler veya bölgeler arasındaki ayrımı temel alarak kin veya düşmanlığa teşvik eden bir kişi, mahkûmiyet kararı ile bir ila üç yıl hapis ve bir Dokuz bin ila otuz altı bin liraya kadar cezalandırılır. Bu tahrik, kamu güvenliğini tehlikeye atarsa, ceza üçte birinden bir buçuk oranında artırılır.

32 Bakınız İHAM, Incal v. Türkiye, Başv. no. 22678/93; Birdal v. Türkiye, Başv. no. 53047/99; Ceylan v. Türkiye, Başv. no. 23556/94; Dicle v. Türkiye, Başv. no. 34685/97; Gümüş ve diğerleri v. Turkey, Başv. no. 40303/98; Gündüz Müslüm v. Türkiye, Başv. no. 35071/97; Yazar v. Türkiye, Başv. no. 57258/00.

37. Dicle v. Türkiye³³ başvurusunda olduğu gibi, terörle mücadeleye karşı devlet politikalarını eleştirmek ve “Türk Devleti’nin son derece olumsuz bir resmini çizmek ve böylece anlatıya düşmanca bir ton vermek”, İHAM tarafından şiddet, silahlı direniş ya da ayaklanmayı teşvik eden nefret söylemi olarak görülmemektedir. Terörle mücadele bağlamında ifade biçimleri, örneğin “Türk ve Kürt proleterlere karşı bir Devlet terörü!”³⁴, “(...) Şu anda ülkede Kürt halkına karşı özel bir savaş yürü tılmektedir”³⁵; “Kürtleri İslam adına öldürüyorsun (...); onlar Anadolu’nun biçare çocukları, köyleri zorla tahliye ediliyor, onlara işkence ediliyor (...) onlar, failleri meçhul cinayet kur banları, hapisaneleri dolduranların hepsi Kürtler (...)”³⁶ ya da yerel mahkemeler tarafından mülga Ceza Kanununun 312. maddesi uyarınca mahkumiyetlerin temeli olan eleştirilerde “Devlet terörizmi” ve “soykırım”³⁷ gibi kuvvetli bir üslubun kullanılması İHAM tarafından İHAS 10 uyarınca korunan eleştiri olarak kabul edilmiştir. Şu ana kadar İHAM, yürürlükteki TCK 216 uygulamasına ilişkin olarak herhangi bir başvuru incelememiştir.

38. Türkiye, İHAM’ın mülga Ceza Kanunu 312 ile ilgili kararlarına tepki olarak, yeni bir Ceza Kanununu uygulamaya koymuştur. Ancak Bakanlar Komitesi, İHAM kararlarının Türkiye tarafından uygulanmasına ilişkin 2008 günlü raporunda, problemlili olan 312. maddenin, 216. madde de dahil olmak üzere çeşitli yeni hükümlerle değiştirilmesine rağmen, “bu yeni hükümlerin eski metnin içeriğini bozmadan lafzını değiş tirdiği, bu bakımdan “Kamu organlarına hakaret” ve “nefrete tahrik ve kanunları çiğnemek” ile ilgili hükümlerin yeni yasada kaldığını” belirtmiştir.³⁸

39. Venedik Komisyonu, TCK 216/2 ve TCK 216/3’te, sırasıyla, halkın bir kısmını ve dini değerleri aşığılama suçunun ilk fıkradaki kin ve düşmanlığı tahrik etmekten ayrı olarak cezalandırılılabileceğini gözlemlemektedir. Bu iki ek paragraf sorunludur, zira “aşığılayıcı” kelimesine çok geniş bir anlam yüklenebilecektir ve rencide edici, şok edici ve rahatsız edici ifadeler prensip olarak İHAS 10’un güvencesi altında olacaktır. Öte yan-

33 İHAM, Dicle v. Türkiye, 10 Şubat 2005.

34 İHAM, Incal v. Türkiye, para. 10.

35 A.g.e.

36 İHAM, Varlı ve diğerleri v. Türkiye, para. 11.

37 İHAM, Ceylan v. Türkiye para. 33.

38 CM/Inf/DH(2008)26, Türkiye’deki ifade özgürlüğü: Elde edilen süreç – Olağanüstü olaylar 23 Mayıs 2008.

dan TCK 216/1'deki ifadenin "kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlike oluşturma" şartı TCK 216/2 veya TCK 216/3'te bulunmamaktadır. Buna göre 2 ve 3 numaralı fıkralar çok daha sınırlayıcı olarak formüle edilmeli veya 1 numaralı fıkra ile bütünleştirilmelidir.

40. Bununla beraber, Venedik Komisyonu, yukarıdaki içtihat ışığında, hükmün lafzından aşkın olarak, TCK 216'ya ilişkin ciddi problemlerin, yerel mahkemelerin ve kolluk kuvvetlerinin yorumlamasından ve uygulamasından kaynaklandığını düşünmektedir. Siyasi söylemler ya da kamu yararına olan konularda yapılan tartışmalar hakkında yapılacak olan müdahalenin İHAS 10/2 uyarınca dar bir kapsamı olduğu hatırlanmalıdır. Venedik Komisyonu, terörle mücadele kapsamında ortaya çıkan sorun ve güçlükleri göz ardı etmemektedir. Ancak, demokratik toplumda, devletin faaliyet ve ihmali sadece yasama ve adli makamlar tarafından değil, aynı zamanda kamuoyu tarafından yakından incelemeye tabii tutulmalıdır. Bu nedenle hükümet politikalarına karşı düşmanca ton veya rencide, şok veya rahatsız edici ve sert eleştiri içeren ifadelerde dahi cezai işlemlere başvurulması (TCK 216 temelinde dâhil olmak üzere) ancak bu ifadelerin şiddete teşvik edici nitelikte olması halinde mümkün olmalıdır. Demokratik bir toplumda ifade özgürlüğü hakkına yapılan müdahalenin "gerekliliğini" incelerken dikkate alınması gereken temel unsurlar bunlardır.

41. İlaveten, Türkiye hakkında dördüncü denetleme döngüsü raporunda (2011); İrkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu ("ECRI"); TCK 216/1 ve 2'nin, gazetecileri, yazarları, yayıncıları, insan hakları sivil toplum kuruluşu üyeleri, azınlık grupları ve özellikle Kürt meseleleri ile ilgili konularda hak savunan ya da şiddete yönelik olmayan düşünceleri ifade edenleri, kovuşturmak ve mahkûm etmek için kullanıldığını kabul etmiştir. Sivil toplum aktörlerine göre, bu rapor aynı zamanda, TCK 216'nın, azınlık gruplarının üyelerine karşı ırkçı söylemler sergileyen kişileri kovuşturmak için nadiren kullanıldığının altını çizmektedir.³⁹ Ankara'daki toplantılarda İstanbul 41. Asliye Ceza Mahkemesinin kararı yetkililerce temin edilmiştir. Söz konusu davada, bir sokak eylemi sırasında Ermeni azınlığa "ırkçı ifadeler" kullanan sanıklar hapis cezasına çarptırılmış ve bu ceza daha sonra adli para cezasına⁴⁰ çevrilmiştir. Venedik Komisyonu, söz konusu hükmün ancak halk güvenliğine açık ve yakın bir

39 ECRI(2011)5 10 Aralık 2010'da kabul edildi, 8 Şubat 2011'de yayımlandı, para. 25.

40 İstanbul 41. Asliye Ceza Mahkemesi, E. 2012/312, K. 2012/884, 26 Aralık 2012.

tehlike oluşturan “ırkçı ifadeler”⁴¹ bağlamında kullanılması gerektiğini ve hükümet politikalarına yönelik sert eleştirilere ceza vermek için kullanılmaması gerektiğini vurgulamaktadır.

42. TCK 216/3 “halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılamak” suçuyla ilgilidir. Dine hakaret, dinlere yönelik aşağılama ve dinleri sebebiyle insanlara karşı nefret söylemi üzerine 1805 (2007) sayılı Görüşü ile Parlamenter Meclis, “ulusal yasanın yalnızca kasıtlı ve ciddi biçimde kamu düzenini bozan ve kamusal şiddete sebep olacak dini konular üzerindeki ifadeleri cezalandırması gerektiği” düşüncesindedir.
43. Venedik Komisyonu’nun İfade Özgürlüğü ve İnanç Özgürlüğü arasındaki ilişkiye dair 2008 raporuna göre: “Gerçek bir demokraside ifade özgürlüğüne yönelik sınırlamalar, ne ka dar aşırı olursa olsunlar, toplumu muhalif görüşlerden koruma amacı olarak kullanılmamalıdır. Özgür toplumsal münazara ları temin etmek ve korumak, bir yandan toplumu ve bireyle ri ayrımcılığa karşı korurken diğer yandan da ifade ve inanç özgürlüğü gibi vazgeçilemez değerleri muhafaza etmenin temel fonksiyonu olmalıdır. Asıl olan sadece nefreti teşvik eden ve bir demokratik rejim ile tamamen uyumsuz olan radikal fikirlerin yayınlanması ve söylenmesinin yasaklanmasıdır.”⁴²
44. Venedik Komisyonu, Raporunda dine yönelik nefrete tahrik suçlarının, neredeyse tüm Avrupa Devletlerinde olduğu gibi cezai yaptırımlara konu olmalarını tavsiye etmektedir. Bununla birlikte, Komisyon, temel unsurunun nefreti teşvik olmadığı kayıtsız şartsız dini bir hakaret suçu yaratmanın (ör. dini hissiyata hakaret etme) ne gerekli ne de arzu edildiğini vurgulamış ve dine küfür eyleminin suç olmaktan çıkarılmasını tavsiye etmektedir.⁴³
45. İHAM, Aydın Tatlav v. Türkiye başvurusunda, İslam’ı “Allah’ın İsteği” doğrultusunda sosyal adaletsizliği meşrulaştıran bir din olarak eleştirdiği için mülga Ceza Kanununun 175. maddesine dayanarak bir yıl hapse çarptırılan başvuranın ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini tespit etmiştir.⁴⁴

41 Bkz. ECRI, Irkçılık ve Irk Ayrımcılığıyla Mücadeleye Yönelik Ulusal Mevzuat Hakkında 7 No’lu Genel Politika Önerisi, 13 Aralık 2002’de 18 nokta kabul edilmiştir.

42 CDL-AD(2008)026 İfade Özgürlüğü ve Din Özgürlüğü arasındaki ilişki üzerine rapor: Report on the Relationship Between Freedom of Expression and Freedom of Religion: Düzenlemenin Konusu Ve Dine Yapılan Küfürün, Dini Aşağılamanın ve Dini Nefrete Teşvikin Kovuşturması, para. 46.

43 A.g.e., para. 89.

44 İHAM, Aydın Tatlav v. Türkiye, Başv. no. 50692/99, 2 Mayıs 2006.

46. Türk yetkilileri tarafından Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'ne sunulan istatistiklere göre, TCK 216/3 kapsamında Cumhuriyet savcılarınca düzenlenen iddianame sayısı artmıştır: sayılar daha fazla olabilmekle birlikte, 2010'da 10 adet, 2011'de 10 adet, 2012'de 26 adet, 2013'de 42 ve 2014'de 32 adettir.⁴⁵ İlaveten, 1980'ler ve 1990'larda serbest konuşma özgürlüğü karşıtı kovuşturmaların çoğu Atatürk'e, Türklüğe ve ülkenin bölünmezliğine karşı iken, bunların yerini geçtiğimiz yıllarda dine hakaret (TCK 216/3) ve Cumhurbaşkanı'na (TCK 299)⁴⁶ hakaret suçlarının aldığını rapor etmiştir.

47. Kolluk kuvvetleri ve yerel mahkemeler TCK 216/3'ü uygularken, İHAM'ın OttoPreminger Institute v. Avusturya başvurusunda⁴⁷ vurguladığı üzere, dini inançlarını açıklama özgürlüğünü kullanmayı tercih eden kişilerin her türlü eleştiriden muaf olmayı makul surette bekleyemeyeceklerini her daim hatırlamalılar. Bu kişiler, dini görüşlerinin başkaları tarafından reddedilmesini ya da kabul edilmesini ve hatta kendi inançlarına ya da başkalarının inançlarına karşıt olan propagandaları hoş görmelidirler. Şu husus da hatırlanmalıdır ki, BM İnsan Hakları Komitesi'nin 34 numaralı Genel Yorumu'na göre, ayrımcılığa, şiddete veya düşmanlığa teşvik içeren dini nefreti destek eden durumlar haricinde, dine hakaret dahil olmak üzere bir dini inanca ya da başka bir inanç sistemine saygısızlığa karşı olan yasaklar Sözleşme ile de uyumsuzluk göstermektedir. Dolayısıyla, TCK 216/3 sadece kasıtlı ve ağır olarak kamu düzenini tehdit eden ve sonuç olarak toplumsal şiddeti çağrıştıran aşırı olaylar için kullanılmalı ve buna göre yorumlanmalıdır. Bu bağlamda, Venedik Komisyonu genel olarak, Yargıtay'ın Fazıl Say⁴⁸ hakkında verdiği 12 Ekim 2015 günlü kararındaki yaklaşımları desteklemektedir (bkz. 29 numaralı paragraf). Bununla birlikte, bu yaklaşım yalnızca ilk derece mahkemelerince değil, aynı zamanda Cumhuriyet savcılarınca da benimsenmelidir, zira yürütülen soruşturmalar ve kovuşturmalar, bir sonuca varamasalar bile, tartışmalı alanlarda meşru ifade özgürlüğünü kullanmaktan alıkoymaktadır.

48. Sonuç olarak, İHAS 10 ile güvence altına alınmış şok edici ya da rencide

45 DH-DD(2015)447rev. Yaman Akdeniz ve Kerem Altıparmak tarafından yayımlanan farklı bir istatistiğine göre (Türkiye'de Riske Maruz Kalmış Gazetecilikte muhalefet ve ifade özgürlüğüne sessizlik etkisi. Tehditler, zorluklar ve perspektifler, Avrupa Konseyi yayınevi, Ekim 2015, syf. 159), bu sayılar: 66(2012), 107(2013) ve 47(2014).

46 Yaman Akdeniz, Kerem Altıparmak, a.g.e, s. 147.

47 Başv. no. 13470/87, 20 Eylül 1994.

48 Yargıtay 8. Ceza Dairesi, E. 2014/35434, K. 2015/22535, 12 Eylül 2015.

edici ifadeler, TCK 216/1'de çok geniş bir anlam yüklenilebilen "tahrik edici" teriminin kapsamına girebildikleri için, TCK 216/2 ve TCK 216/3 kapsamında "aşağılayıcı" kelimesinin tanımı daha kısıtlı bir şekilde ifade edilmelidir. Türk yetkililer bu iki fıkrayı 1. fıkra ile birleştirmeyi de düşünebilir. Uygulanmasıyla ilgili olarak, TCK 216'nın tamamı yerel mahkemelerde yukarıda belirtilen uluslararası standartlara uygun olarak yorumlanmalıdır⁴⁹. Madde hükümet politikalarına yönelik, şiddet içermeyen sert eleştirileri cezalandırmak maksadıyla değil, daha ziyade özellikle ulusal azınlıklara yönelik, kamu güvenliği bakımından açık ve yakın bir tehlike oluşturacak ırkçı söylemleri önlemeye yönelik olarak uygulanmalıdır. TCK 216/3, dini eleştirileri cezalandırmaya yönelik olarak uygulanmamalı, kasıtlı olarak ve ciddi bir şekilde toplumu rahatsız etmeye, kışkırtmaya ve şiddete yöneltecek dini hakaret vakalarını cezalandırmalıdır.

C. TCK 299 (Cumhurbaşkanına Hakaret)

49. TCK 299, Cumhurbaşkanına hakareti suç olarak düzenlenmiştir. Bu madde mülga Ceza Kanununun 158. maddesinin yerine geçmiştir. Bu suç TCK'nın "Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler" başlıklı 4. kısmının "Devletin Egemenlik Alametlerine ve Organlarının Saygınlığına Karşı Suçlar" başlıklı 3. bölümünde düzenlenmiştir.

50. Yetkililerce sağlanmış temin edilmiş bilgilendirme notuna göre, Türk Anayasası kapsamında Cumhurbaşkanının Anayasanın uygulanmasını ve Devlet organlarının düzen ve uyum içinde işlemesini koruma gibi önemli görev ve yetkileri vardır. Bu nedenle, Cumhurbaşkanına hakaret suçu, "Devlete karşı suçlar" arasında sayılmaktadır. Bununla birlikte, "hakaret" TCK 299'da tanımlanmamışsa da, "hakaretin" genel düzenlemesinin bulunduğu ("şerefe karşı suçlar" başlığı altında) TCK 125'teki tanım, TCK 299 uygulanırken kullanılmaktadır. TCK 125 çerçevesinde, hakaret "bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat etmek veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldırmak" niteliğindedir.

51. TCK 299/3, "bu suçtan dolayı kovuşturma başlatılması, Adalet Bakanının iznine bağlıdır." şeklinde düzenlenmiştir. Bu hüküm, "Bu suçtan dolayı soruşturma yapılması, Adalet Bakanının iznine bağlıdır." şeklinde olan TCK 301/4 ile benzeşmektedir. Kovuşturma (TCK 299) veya soruşturma

49 Bkz. sırasıyla bu görüşün 39., 40., 41. ve 47. paragrafları.

(TCK 301) aşamalarında Adalet Bakanlığının izninin alınmasını öngören bu hüküm, TCK 301⁵⁰ bakımından İHAM'ca tartışılmıştır. Bu nedenledir ki, izin prosedürü bu Raporda TCK 301 kapsamında incelenmiştir, ancak izin prosedürü ile ilgili öne sürülmüş olan hususlar TCK 299/3 bakımından da geçerlidir.⁵¹

52. TCK 216/3'te (dini değerleri aşağılama) de olduğu gibi TCK 299 kapsamındaki soruşturma ve kovuşturma sayısında da belirgin bir artış vardır. Adalet Bakanlığı'na göre, eski Cumhurbaşkanı Abdullah Gül'ün yedi senelik görev dönemi boyunca, 1359 soruşturma açılmış ancak bunlardan 545'inde kovuşturma aşamasına geçilmiş ve kimse tutuklanmamıştır. Erdoğan'ın cumhurbaşkanlığındaki yalnızca ilk yedi ayda ise (Ağustos 2014 ve Mart 2015 arasında), TCK 299 kapsamında 236 kişi hakkında kovuşturma izni isteminde bulunulmuş⁵² 105'i hakkında kovuşturma başlatılmış ve 8'i resmi olarak tutuklanmıştır. Dahası, Cumhurbaşkanı hakaret edilmesi nedeniyle Adalet Bakanlığı'ndan kovuşturma izni istemine ilişkin sunulan dosya sayısı 2014 yılında 397 iken 2015 yılının ilk altı ayından 962'ye çıkmıştır. Adalet Bakanlığı tarafından, 2014 yılında 107 dosyaya kovuşturma izni verilmesine kıyasla, 2015 yılının ilk altı ayında 486 dosyanın kovuşturulmasına izin verilmiştir.⁵³

53. TCK 299 (mülga Ceza Kanunu 158), nispeten alt kademedeki mahkemelerde birçok olayda konu edilmiştir. 2009 yılında, Yargıtay⁵⁴, bir köşe yazarının, kamusal alanda başörtüsü yasağından sorumlu tuttuğu dönemin Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer'e yönelik hakareten sorumlu tutulduğu davayı görmüştür. Mahkeme, Cumhurbaşkanı'nca verilmiş bir karar eleştirilmesinin ifade özgürlüğüne güvence altına alındığını belirtmekle birlikte, "Kıçına kına yakabilir"⁵⁵, Türkiye'nin sosyal barışını inanılmaz politikalarla dinamitleyen Çankaya'daki adam"⁵⁶ gibi manalı ifadelerin kullanımının korunmayacağına karar vermiştir.

54. İHAM, 2007 yılında, mülga Ceza Kanunu 158'e ilişkin Artun ve Güvener

50 Altuğ Taner Akçam v. Türkiye (Başv. no. 27520/07, 25 Kasım 2011) ve Dink v. Türkiye (Başv. no. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09, 14 Eylül 2010).

51 Bkz bu Görüşün 90. paragrafı ve sonrası.

52 Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü belge no. 76608343-622-03-00792015/155/18839, 17 Mart 2015 (<http://meldaonur.net/?p=5434>).

53 SWD(2015)216Final, syf. 64.

54 Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2009/9-190 K. 2009/253, 3 Kasım 2009.

55 Türkçe'de "Bir tarafına kına yakmak" ifadesi aşırı memnuniyet anlamına gelmektedir.

56 Cumhurbaşkanlarının eski ikametgahı.

ve Güzel başvurularını incelemiştir.⁵⁷ 2005 yılındaki Pakdemirli başvurusunda, Cumhurbaşkanına hakaret kapsamındaki hukuki sorumluluk ele alınmıştır.⁵⁸ Üç başvuruda da, Türkiye'nin "demokratik toplumda gereklilik" ölçütünü sağlayamadığı dolayısıyla İHAS 10'un ihlal edildiğine karar vermiştir.

55. Tarihi bakımdan, Cumhurbaşkanına hakaret, Avrupa ülkelerinin ceza kanunlarında da yerini almıştır. Ancak, geçtiğimiz yıllar içinde, ilgili kanun hükümlerinin uygulanmasının sakınıldığı ya da hükmün tamamen kaldırıldığına tanık olmaktadır. Cumhurbaşkanına hakaret, örneğin Macaristan'da (1994) ve Çek Cumhuriyeti'nde (1998) suç olmaktan çıkarılmıştır. Almanya'da, Devlet başkanına hakaret suçu Ceza Kanununda yer sahibi olsa da, 2000 yılında, Federal Anayasa Mahkemesi, sert siyasi eleştiri, ne kadar haksız olduğuna bakılmaksızın bu suçu oluşturmayacak ve bu suç nadiren de olsa kullanılmayacaktır⁵⁹. Hollanda'da, Kral'a ve kraliyet ailesinin belli üyelerine kasten hakaret halen bir suç olarak bulunsa da, bu suça ilişkin en yakın tarihli mahkumiyet 1960'lı yıllardan kalmıştır. Aynı durum Belçika, Yunanistan, Portekiz, Romanya ve İspanya'da da geçerlidir. Halen Polonya ve İtalya gibi ülkelerde Cumhurbaşkanına suç aralıklarıyla uygulansa da, cezalar para yaptırımı şeklindedir. Fransa'da, Basın Kanunu 2000 yılında hapis cezasını ortadan kaldıracak şekilde değiştirilmiştir.⁶⁰

56. Artun ve Güvener v. Türkiye başvurusunda, İHAM, Cumhurbaşkanına bir ayrıcalık veya özel koruma sağlamanın, statüsüne ve fonksiyonuna özgü eleştirilerden korumanın modern uygulama ve politik kavramlarla bağdaştırılamayacağını ifade etmiştir. Cumpana ve Mazare v. Romanya başvurusunda⁶¹ İHAM, "bir tartışma kapsamında bir kişiye hakarete ilişkin klasik bir davada kişinin hapis cezasına çarptırılması yerinde bir kamu yararı örneği değildir" şeklinde yorum yapmıştır. Venedik Komisyonu, Azerbaycan Cumhuriyeti'ndeki Cumhurbaşkanına hakaret suçuna ilişkin Raporunda, "Azerbaycan Devlet Başkanının onurunu ve itibarını sars-

57 İHAM, Artun ve Güvener v. Türkiye, Başv. no. 75510/01, 26 Haziran 2007; ve Güzel v. Türkiye, no. 6586/05, 24 Temmuz 2007.

58 İHAM, Pakdemirli v. Türkiye, Başv. no. 35839/97, 22 Şubat 2005.

59 Germany: A positive environment for free expression clouded by surveillance, online: <https://www.indexoncensorship.org/2013/08/germany-a-positive-environment-for-free-expression-clouded-by-surveillance/>

60 Ayrıca bkz. PEN, Defamation and 'Insult': Writers React, Ekim 2007.

61 İHAM, No. 33348/96, 17 Aralık 2004, para. 106.

mak veya aşağılamak” suçunun kanunda korunması halinde, bir yaptırım olarak hapis cezasına çarptırmanın yalnızca nefret söylemi ve şiddete teşvik gibi başka temel hakların da ciddi olarak ihlal edileceği istisnai durumlarda sınırlandırılması gerektiğini belirtmiştir⁶². MSHS 19 kapsamında Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi de “taraf Devletlerin hakareti suç olmaktan çıkarmaları gerektiğini ve her halükarda, ceza hukukunun yalnızca en ciddi durumlarda uygulanması gerektiğini ve hapis cezası vermenin hiçbir zaman uygun ceza olmadığını”⁶³ belirtmiştir.

57. Avrupa’daki gelişmeler, Cumhurbaşkanına hakaretin suç olmaktan çıkarılması ya da bu suçu sözel saldırıların en ciddi örnekleriyle sınırlandırılması ve aynı zamanda yaptırımların hapis cezasını içermeyecek şekilde sınırlandırılması yönünde gelişen bir konsensüs bulunduğu yönündedir. TCK 299’un lafzı bu gelişen konsensüse uygun değildir, hüküm (en az) 1 yıldan 4 yıla hapis cezası öngörmektedir, dahası hükmün ikinci fıkrasında, suçun alenen işlenmesi halinde suçun altıda biri oranında artırılacağı belirtilmekte, ancak ceza, indirilmesi halinde bile para cezasına dönüştürülebilecek ya da hakim tarafından ertelenebilecektir. Ancak, bu hükmün uluslararası standartlarla ve gelişen Avrupa konsensüsüyle uyumunu değerlendirebilmek için bu hükmün uygulandığı somut olaylar, özellikle gazeteciler açısından ele alınmalıdır.

58. Ankara ziyareti sırasında yetkililer, 2007 yılındaki Anayasa reformundan bu yana Cumhurbaşkanının halk oyu ile seçildiğini ve sonuç olarak Cumhurbaşkanının önceki Cumhurbaşkanlarına göre politika ile daha çok ilgili olduğunu açıklamışlardır. Bu durum anlatıldığına göre Cumhurbaşkanına yönelik saldırıların yoğunluğunu ve sayısını artırmaktadır. Böylelikle, yetkililere göre, TCK 299 kapsamındaki kovuşturmaların güncel artımındaki birincil neden Cumhurbaşkanına yönelik haksız aşağılamaların sayısının artmasıdır.

59. Bunun dışında, yetkililere göre, geçmişe kıyasla bu hükmeye ilişkin daha özgürlükçü bir tutum Yargıtay ve diğer mahkemelerce benimsenmiştir. Bu açıdan, yetkililer bir Yargıtay kararı ve Yargıtay’ın ilgili daireleri önünde bekleyen davalara ilişkin Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısınca kaleme

62 CDL-AD(2013)024 Azerbaycan Cumhuriyeti’nin aşağılanmasına karşı kanunla ilgili Görüş, Venedik Komisyonu tarafından 96. Genel Kurul (Venedik, 11-12 Ekim 2013), para. 50 ve 51.

63 19. madde hakkında 34. Genel Yorum: Fikir ve İfade Özgürlükleri, İnsan Hakları Komitesi (2011) para. 47.

alınan birçok tebliğnameyi sunmuşlardır⁶⁴. 6 Ekim 2015 günlü kararında Yargıtay, Antalya 15. Ağır Ceza Mahkemesi'nin sanığın bir İnternet haber sitesinde (anlaşılan o ki, dönemin Cumhurbaşkanının eski Cumhurbaşkanılarından birinin cenazesine katılması üzerine) "Arkasından her oyunu çevirdiler ve şimdi de utanmadan cenazesine katılıyorlar, insanın biraz onuru olur."⁶⁵ (görünen o ki o zamanki Cumhurbaşkanının eski bir Cumhurbaşkanı'nın cenazesine katılması eleştiriliyor) şeklindeki paylaşımı nedeniyle 10 ay hapis cezasına hükmettiği kararını bozmuştur. Yargıtay bu söylemin ifade özgürlüğü sınırları içinde bulunduğunu belirtmiştir.

60. Yetkililerce sunulan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından kaleme alınan görüş örneklerinin çoğu Başbakanına hakarete (şu anki Cumhurbaşkanı) ve TCK 125'e ilişkindir. "Ampul Tayyip"⁶⁶ sloganı ve "Kimi 15'inde ölür ve sonsuz olur, kimi 60'ında yolsuz olur." veya "Ne söylendiğiyle değil cinayetle ilgileniyorum." gibi pankartlar taşımak, ilk derece mahkemelerince ifade özgürlüğünün kullanımı olarak değerlendirilmiş ve davalılar beraat etmiştir.⁶⁷ Bu davaların Yargıtay'da derdest durumda oldukları görülmektedir ve Cumhuriyet Başsavcısı, yazılı mütalaalarında, Yargıtay dairesinin ilk derece mahkemesinin beraat kararlarını onamasını tavsiye etmiştir⁶⁸. Anlaşılan odur ki, bu davalar Yargıtay önünde beklemektedir ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, kararların Yargıtay ceza dairesince onanması gerektiği yönünde görüş vermiştir. Ancak, "Hırsız ve Katil" yazan bir pankart, Niğde ilk derece mahkemesince beraat kararı verilmişse de, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından ifade özgürlüğü sınırlarının dışında kalması nedeniyle, kararın bozulması yönünde görüş verilmiştir.⁶⁹

61. Yetkililerce temin edilmiş bilgilendirme notunda, savcıların istemde bulunup Adalet Bakanlığı'nın kovuşturma izni verdiği dosyalarda bulunan söylemlere ilişkin bir liste bulunmaktadır (TCK 299/3 kapsamında). Bu söylemler, bilgilendirme notuna göre, "tolerans seviyesini aşmış, kişinin

64 Türk hukuk sisteminde ilk derece mahkemesinin kararı temyiz edilirse, dava dosyası öncelikle Yargıtay'da Cumhuriyet Başsavcısının ofisine gönderilir, Cumhuriyet Başsavcısı bir tebliğname hazırlayıp Yargıtay'ın ilgili dairesine dosyayı gönderir.

65 Yargıtay E.2015/2678, K.2015/2921, 6 Ekim 2015.

66 Ampul, Akp'nin sembolüdür.

67 Bursa İlk derece ceza mahkemesi, E. 2014/558, K. 2015/562, 15 Eylül 2015 ve Niğde İlk derece ceza mahkemesi, E. 2014/499, K. 2015/477, 11 Eylül 2015.

68 Yargıtay Cumhuriyet Savcısının Mütalaası, no. 2015/380064, 29 Aralık 2015.

69 A.g.e.

kutsi değerlerine rezil ce sövme özelliklerine sahiptir” ve ifade özgürlüğünün kapsamı içinde görülemez. Bu söylemler (çoğu muhtemelen İnternet’te yayınlanmış olan) Cumhurbaşkanına ve aile üyelerine yönelik küfür içerikli sözcükler barındırmaktadır. Yetkililer, bu bazen cinsel içerikli ve eleştiri formunda olmayan küfürlü sözcükler değerlendirilirken, ülkenin kültürel ve ahlaki özelliklerinin de dikkate alınması gerektiğini vurgulamışlardır.

62. Buna yönelik olarak, yetkililer Yargıtay’ın iki yeni kararını temin etmişlerdir: 21 Ekim 2015 günkü kararında Yargıtay, İstanbul 3. Çocuk Mahkemesi’nin (olay döneminde 17 yaşında olan)⁷⁰ sanığın beraatine karar verdiği (4 Kasım 2014 günlü) kararını bozmuştur. Cumhurbaşkanının “İnternete erişim özgürlüğü Türkiye’de kısıtlanacak.” sözlerine yer verdiği demeçlerine cevap olarak, çocuk, bir internet sitesinde “İnternete erişim özgürlüğü Türkiye’de kısıtlanacak.”, “s... git p... dedirtecek ifadeler.” paylaşımında bulunmuştur. Yargıtay, bu söylemde bulunan sövmenin Cumhurbaşkanına yönelik olduğunu ve TCK 299’u ihlal ettiğini belirtmiştir⁷¹. 15 Ocak 2014 günlü bir başka kararında Yargıtay, sanığa ilk derece mahkemesince 11 ay 20 gün hapis cezasının para cezasına çevrilmesini onamıştır⁷². Hükümlü kişi, Atatürk’e hakaret olarak yorumladığı bir Facebook paylaşımına cevap olarak dönemin Cumhurbaşkanının fotoğrafını birkaç küfürlü sözcük dizisi ile paylaşmıştır.

63. Yetkililer, Cumhurbaşkanının kendisi ve ailesi hakkında medyada yer alan Cumhurbaşkanlığı köşkünde “altın kaplama tuvaletlerin olduğu” gibi bilinçli olarak yanlış bilgi içeren haberlerden de Cumhurbaşkanının itibarının lekelenmemesi adına korunması gerektiğini vurgulamışlardır.

64. Sivil toplum kuruluşlarına göre, TCK 299’un aşırı kullanımı, uygulamada eleştiri ve hakaret/aşağılama arasında bir farkın belirlenmemesi ve hükmün karşıt sesleri susturmak ve ülkedeki karşıt siyasi görüşlü kişileri terdirgin etmek amacıyla kullanılmasından kaynaklanmaktadır. Sivil toplum temsilcileri, otosansürün özellikle medyada oldukça yaygın olduğunu ve TCK 299’un aktif bir caydırıcı olduğunu belirtmektedirler. STK’lar, henüz geçtiğimiz aylarda 42 gazetecinin TCK 299 kapsamında soruşturmadan veya kovuşturmadan geçtiğini iddia etmektedirler.

70 İstanbul 3. Çocuk Mahkemesi E. 2014/445, K. 2014/820, 4 Kasım 2014.

71 Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2015/906, K. 2015/3278, 21 Ekim 2015.

72 Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2013/5019, K. 2014/551, 15 Ocak 2014.

65. Yukarıdaki bilgiler ışığında, Venedik Komisyonu ilk olarak, hüküm kapsamındaki soruşturmaların, kovuşturmaların, yakalama, gözaltı ve tutuklamaların yalnızca küfür içerikli söylemlerle sınırlı olmadığını gözlemlemektedir. Özellikle gazetecilere ilişkin soruşturma ve kovuşturmalar, Aralık 2013'teki yolsuzluk soruşturması⁷³, Suriyeli mülteci krizi⁷⁴ ve terör propagandasıyla mücadele kapsamındaki hükümet politikalarını protesto eden ana muhalefet liderine karşı soruşturma⁷⁵ kamu yararını en çok ilgilendiren önemli tartışma konularıdır. Örnekler, özellikle yeni olanlar, basın raporlarında oldukça fazladır: 10 Aralık 2015 günü, günlük BirGün Gazetesinin editörü, yetkili müdürü ve bir gazeteci, 17 Şubat 2015 günü "Hırsız Katil Erdoğan" ve "Nefret ettiğin 35 milyonun içindeyiz. Biz de aynı suçu işledik."⁷⁶ manşetli gazete nedeniyle 11 ay 20 gün hapis cezasına mahkum edilmişlerdir." Anlaşılan odur ki, manşet, bir mitingde bu sloganı attıkları için Cumhurbaşkanı'na hakaret suçundan yargılanan kişilere destek amacıyla yayınlanmıştır. Eylül 2015'te, polis, Cumhurbaşkanı'na hakaret ve terör örgütü propagandası suçlarına ilişkin soruşturma nedeniyle haftalık Nokta dergisine baskın düzenlemiş, derginin son sayısının yayınlanması yasaklanmıştır. Derginin kapağındaki fotoşoplu fotoğrafta, Cumhurbaşkanı arkasında Türk bayrağına sarılı ve askerlerce taşınan bir tabutun önüne geçip özçekim (selfie) yapmaktadır. Saatlerce gözaltında kalan Nokta bölüm editörü, fotoğrafın Güneydoğu'da güvenlik güçleri ve PKK'nın arasında yükselen şiddete atıf yaptığını açıklamıştır.⁷⁷ Mart 2015'te, Penguen dergisinden iki karikatürist, Erdoğan'ın Cumhurbaşkanlığına erişimine dair çizdikleri karikatür nedeniyle 11 ay 20 gün hapis cezası almışlardır.⁷⁸ 25 Ocak 2016 günü, Erdoğan tarafından ana muhalefet partisi liderine Cumhurbaşkanı'na "sahte diktatör" dediği için açılan davaya ilişkin haberde "Diktatör mahkemede" söylemi-

73 Cumhuriyet gazetesinin genel yayın yönetmenine karşı açılan soruşturma Cumhuriyet Savcısının takipsizlik kararıyla sona ermiştir. <https://cpj.org/blog/2015/07/erdogan-vs-the-press-president-uses-insult-law-to-.php> http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/turkiye/227225/Can_Dundar_in_yazi_dizisine_takipsizlik.html

74 Hürriyet gazetesinde yazan bir köşe yazarının Suriyeli mülteci krizi ile ilgili olarak Cumhurbaşkanı'na ülkeyi "babasının malı" zanneden bir "Diktatör" demesiyle ilgili açılan soruşturma. <http://www.hurriyetdailynews.com/hurriyet-columnist-faces-up-to-five-years-in-prison-for-insulting-president-erdogan-.aspx?pageID=238nID=91776&NewsCatID=339>

75 "Fikirlerini açıklayan akademisyenler çakma (sahte) diktatör tarafından verilen talimatlara göre birer birer gözaltına alınıyor" ifadesini kullanan ana muhalefet partisi liderine karşı açılan soruşturma. <http://www.reuters.com/article/us-turkey-president-idUSKCNOWW1FR>

76 http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/turkiye/446146/BirGun_e_acilan_Erdogan_basvurusunda_hapis_cezasi.html

77 <http://www.theguardian.com/world/2015/sep/15/turkish-magazine-nokta-raided-and-copies-seized-for-mock-erdogan-selfie>

78 <http://www.hurriyet.com.tr/2-karikaturiste-11-er-ay-hapis-28545792>

ni kullandıkları dolayısıyla Cumhurbaşkanına hakaret edildiği dolayısıyla CNN-Türk Haber Kanalı'na karşı soruşturma başlatılmıştır⁷⁹.

66. Venedik Komisyonu basın tarafından raporlanan Cumhurbaşkanına harekete ilişkin bol sayıdaki soruşturma, kovuşturma ve mahkumiyetleri kaygıyla not etmektedir. Komisyon, Avrupa Komisyonu'nun Türkiye'ye ilişkin 2015 raporunda altını çizdiği "Cumhurbaşkanına hakaret iddiasına ilişkin hapis cezası, erteleme veya para yaptırımını ile sonlanabilecek oldukça geniş bir uygulama, gazetecilere, yazarlara, sosyal medya kullanıcılarına ve halkın diğer üyelerine karşı sürdürülmektedir".⁸⁰ Aynı rapora göre, bu tedirgin edici iklim otosansüre yol açmaktadır. Buna ek olarak, son zamanlardaki basın raporlarına göre, 6 Ocak 2016 günü, Emniyet Genel Müdürlüğü, tüm polis teşkilatından, Cumhurbaşkanı dahil olmak üzere devlet büyüklerine hakarete bulunan kişilere karşı derhal hukuki süreç başlatma isteminde bulunduğu bir sirküler yayınlamıştır⁸¹.

67. Venedik Komisyonu, kırıcı, şok edici ve rahatsız edici söylemlerin, özellikle kamu yararını ilgilendiren konular, ifade özgürlüğün kapsamında güvence altına alınmıştır. Soyut olarak, örneğin "Hırsız" (yolsuzluk soruşturması ile bağlantılı olarak), "Katil" (Gezi olayları esnasında hayatını kaybeden göstericilerle bağlantılı olarak) "Diktatör" vb. söylemler kamudaki tartışma kapsamında değerlendirilmelidir. İHAM 10/2'de, geniş olarak tanımlanmış kamu yararını ilgilendiren siyasi söylem ve tartışmayı sınırlayan oldukça küçük bir kısım mevcuttur⁸². Ayrıca, kaba sözlerin varlığı, ifade özgürlüğü kapsamında güvence altında olan, iğneleyici (sarkastik) amaçlar da dahil olmak üzere biçimsel olarak kullanılmış olabileceğinden, kendi içinde belirleyici olmayacaktır⁸³. Komisyon, demokratik toplumda, güçlü kamu tartışmalarına yer olması gerektiğini ve İHAM içtihadının, kamu figürü olan kişilere yönelik eleştiri de dahil olmak üzere siyasi söyleme verdiği önemin özellikle yüksek olduğunu vurgulamaktadır. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin altını çizdiği üzere,

79 <http://www.hurriyetdailynews.com/how-turkish-cnn-insulted-erdogan-and-got-sued.aspx?-PageID=238&NID=94373&NewsCatID=411>

80 http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2015/20151110_report_turkey.pdf (SWD(2015) 216 final).

81 <http://dcr.coe.int/WiresLectureF.asp?WiresID=277192>

82 İHAM, Wingrove v. the Birleşik Krallık, 25 Kasım 1996, Reports 1996-V, pp 1957-58, § 58.

83 İHAM, Tuşalp v. Türkiye, Başv. no. 32131/08 ve 41617/08, 21 Şubat 2012, paragraf 48. MSHS 19 ile ilgili 34 no.lu Genel Yorumunda BM İnsan Hakları Komitesi "ifade biçimlerinin kamusal figürleri aşağılayıcı olarak kabul nitelendirilmesi tek başına müeyyidelerin uygulanmasını meşru kılmak için yeterli değildir" şeklinde bir görüş bildirmiştir.

“ifade biçimlerinin bir kamu figürüne hakaret olarak algılanması buna yönelik cezanın haklı kılınması için yeterli değildir. Kamu figürleri, devlet ve hükümetin başkanları da dahil olmak üzere, hukuki olarak eleştirinin ve siyasi karışıklığın süjesidir.” Gerçekten de, “kamusal alanda ve kamu kurumlarında, kamu figürlerini ilgilendiren kamu tartışmalarında, Sözleşmenin sınırlanmamış ifadeye tanıdığı önem özellikle yüksektir.”⁸⁴. Venedik Komisyonu, Artun ve Güvener başvurusunun ilgili kısmının altını çizmektedir: “kabul edilebilir eleştirinin limitleri siyasiler için özel kişilere kıyasla daha geniştir. Özel kişiden farkla, siyasi, kendini kaçınılmaz ve bilinçli bir şekilde kendini gazetecilerin ve kamuoyunun dikkatli incelemesine açık etmektedir ve sonuç olarak yüksek seviyede tolerans sahibi olmalıdır.”⁸⁵

68. İkinci olarak, Cumhurbaşkanına ve aile üyelerine yönelik küfür içerikli aşağılama kapsamında, –yetkililere göre– hiçbir eleştirel içeriğe sahip olmayan söylemlerle eleştiri arasında fark yaratılmalıdır. Eğer amaç yalın olarak, ahlaksızca Cumhurbaşkanını aşağılamak veya gereksiz olarak kişisel saldırı ise, yerinde bir yaptırım, kural olarak, ifade özgürlüğünün ihlali niteliğinde olmayacaktır.⁸⁶ Buna rağmen, Venedik Komisyonu Cumhurbaşkanına hakaret nedeniyle hapis cezaları, gözaltı ve tutuklamalar karşısında şaşkın kalmıştır. Hakaret küfürlü sözler içerse de, 16 yaşındaki bir çocuğun okulunda Cumhurbaşkanına hakaret ettiği gerekçesiyle yakalanması, ve mahkemelerce verilmiş hapis cezaları (bkz. 62. ve 65. paragraflar) toplumda bir bütün olarak caydırıcı etki yaratmaya oldukça elverişlidir ve Cumhurbaşkanının onurunu ve itibarını korumak gibi bir meşru amacı yerine getirmek adına ölçülü olarak yorumlanamaz.⁸⁷

69. Eon v. Fransa başvurusunda İHAM, başvurucuya verilen 30 Euro para yaptırımının güncel konulara satirik biçimde eleştiri getirmek bakımından caydırıcı etkiye neden olacağını belirtmiştir. Bu sonuç evleviyetle sert hapis cezaları için de geçerli olacaktır. Bu kapsamda özel konuşmaların –ihbar edilirse veya bulunursa– da suça konu olduğu dikkate alındığında, TCK 299/2’deki en az ceza olan 1 yıl hapis cezası tamamen ölçüsüzdür. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi’nin MSHS 19/3’e

84 İnsan Hakları Komitesi, Genel Yorum No.34 (2011), paragraf 38.

85 İHAM, Artun ve Güvener v. Türkiye, para. 26.

86 Bkz., mutatis mutandis, İHAM, Skalka v. Polanya, no. 43425/98, 27 Mayıs 2003, para. 34, Pakdemirli v. Türkiye, para. 46.

87 <http://www.bbc.com/news/world-europe-30602250>.

uygun olarak belirttiği gibi, “sınırlayıcı tedbirler ölçülülük ilkesi ile uyumlu olmalıdır; koruyucu işlevlerini yerine getirecek nitelikte olmalıdır; kullanılacak araç koruyucu işlevin başarıyla sağlanmasına yönelik en az müdahaleyi sağlayacak araç olmalıdır; yararın korunmasını sağlayacak uygunlukta olmalıdır.”⁸⁸ Dahası, ayrıca, “Bir taraf Devlet, ifade özgürlüğünü hukuki olarak sınırlandıracaksa tehdidin tüm doğasını özel ve kişiselleştirilmiş bir biçimde ispat etmeli ve özellikle ifade e tehdit arasındaki bağlantıyı kurarak gerekli ve ölçülü özel tedbiri almalıdır.”⁸⁹

70. Cumhurbaşkanına karşı haksız saldırılara yönelik olarak, hukuki yargılamalar veya yalnızca en ciddi olaylarda devreye girmek üzere, cezai yargılamalar, TCK 299 yerine TCK'nın genel düzenlemeleri (TCK 125) tercih edilerek uygulanmalıdır. İlgili hukuki yargılamalarının⁹⁰ sonucundaki tazminatın orantılılığı veya cezai yaptırımlarda hakaret konusundaki genel hükmün uygulanması İHAS 10/2'de öngörülmüş sınırlamalara uyumluluk açısından azami öneme sahip olacaktır.

71. Üçüncü olarak, Cumhurbaşkanı ve aile üyelerine yönelik olarak bilinçli olarak yanlış haberlerin yayınlanması kapsamında, yetkililere göre, İHAS 10, gazetecilerin basın etiği⁹¹ ile uygun olarak, kamu yararını ilgilendiren haberleri dürüstlük kuralına uygun olarak ve kesin doğrulara yönelik olarak “güvenilir ve tam” haber yapma haklarını ile uyumlu olmak üzere “güvenilir ve kesin” bilgi sağlamaları şartıyla gazetecilerin bilgi açığa çıkarma hakkını korumaktadır. Ancak, İHAM'ın konuyla ilgili içtihadıyla belirlediği, “değer yargıları” ve “olgu beyanı”⁹² farkı dikkate alınmalıdır. Eğer bir söylem, “olgu beyanı” değil, bir “değer yargısı” niteliğindeyse, hakaret yargılamalarında davalının değer yargısı oluşturan söyleminin doğruluğunu ispat gerekliliği, onun ifade özgürlüğünü ihlal edecektir.⁹³ Değer yargıları “bir fiili ya da olguyu bir kişiye atfetme”⁹⁴ olarak kabul edilemez, bunun yerine bir görüş, kişinin sübjektif değerlendirmesi, davranışı, politikası vb. olarak ele alınmalıdır. Bir söylemin değer yargısı veya olgu beyanı olup olmadığına karar vermek her zaman kolay değildir. Feldek

88 İnsan Hakları Komitesi, Genel Yorum No: 34 (2011), paragraf 34.

89 A.g.e., para. 35.

90 Bkz. İHAM Pakdemirli v. Türkiye.

91 Bkz. örneğin, İHAM, Vesti ve Ukhov v. Rusya, Başv. no. 21724/03, 30 Mayıs 2013, para. 60.

92 İHAM, Lingens / Avusturya, Başv. no. 9815/82, 8 Temmuz 1986, para. 46.

93 Jacobs, White ve Ovey, İnsan Hakları hakkında Avrupa Konvensiyonu, 2010, syf. 435.

94 Bkz. TCK'nın 125. maddesi (Hak İhlali Genel Hükümleri).

v. Slovakia başvurusunda İHAM, politikacının “faşist geçmişi” söylemini bir “değer yargısı” olarak nitelendirmiştir. Benzer olarak Venedik Komisyonu, Cumhurbaşkanı tarafından ana muhalefet liderine, Cumhurbaşkanı köşkünde “altın kaplama tuvaletler” olduğunu iddia ettiğinden dolayı açılmış hukuk davasının, iddianın Köşke harcanan paralara ilişkin siyasi bir eleştiri olarak kabul edilmesi gerektiği kararıyla ilk derece mahkemesi tarafından reddedildiğini gözlemlemiştir.⁹⁵

72. Diğer yandan, bir olgu beyanı, kanıtlanmaya hazırdır ve hakaret yargılamasında davalıdan bu beyanın doğruluğunu kanıtlaması isteminde bulunmak başkalarının hak ve itibarını korumak açısından makuldür.⁹⁶ Ancak, birinci olarak davalıya olgu beyanlarının doğruluğunu kanıtlama fırsatı tanınmalıdır.⁹⁷ BM İnsan Hakları Komitesi’nin 34 No’lu Genel Yorumunda belirttiği gibi, “Tüm [hakaret] hükümleri, özellikle cezai hakaret hükümleri, gerçeğin savunulması gibi savunmaları barındırmalıdır”.⁹⁸ İkinci olarak, ispat yükünün kaldırılmasında, davalının bir savcı gibi doğruluk ispatında bulunması beklenmemelidir.⁹⁹ Flux v. Moldova (no.6) başvurusunda¹⁰⁰ İHAM, bir gazeteden siyasilerin yolsuzlukta bulduklarına yönelik iddialara sınırlama getirmesi isteminde bulunmak İHAS 10 ile bağdaşmayacaktır.¹⁰¹

73. TCK 127, “İsnadın ispatı” başlığı ile, “İsnat edilen ve suç oluşturan fiilin ispat edilmiş olması halinde kişiye ceza verilmez.” (birinci cümle) “Bu suç nedeniyle hakaret edilen hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı verilmesi halinde, isnat ispatlanmış sayılır.” (ikinci cümle) “Bunun dışındaki hallerde isnadın ispat isteminin kabulü, ancak isnat olunan fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunmasına veya şikayetçinin ispata razı olmasına bağlıdır” (üçüncü cümle) şeklinde düzenlenmiştir.

74. TCK 127’nin (İkinci Kısım – Kişilere Karşı Suçlar’da düzenlenmiş) TCK 299 (Dördüncü Kısım – Devlete ve Millete Karşı Suçlar bakımından uy-

95 <http://www.internethaber.com/mahkemededen-erdogana-altin-klozet-reddi-1555538h.htm>

96 Jacobs, White ve Ovey, a.g.e., syf. 435.

97 Bkz, diğerlerinin yanında, Colombani ve diğerleri v. Fransa no. 51279/99, 25 Haziran 2002, para. 66.

98 İnsan Hakları Komitesi, Genel Yorum No: 34 (2011), para. 47.

99 ECtHR Kasabova v. Bulgaristan, Başv. no. 22385/03, para 46.

100 no. 22824/04, 29 Temmuz 2005, para. 31.

101 Bkz, Lawrence Early, Madde 10: Adalet, İspat ve Kanıtların, İfade Özgürlüğü İçerisinde Sorunları, Nicolas Bratz’nın Onuruna Denemeler, 2012, syf. 561 ve devamı.

gulanıp uygulanamayacağı konusunda bir açıklık yoktur. Ancak, Anayasanın 39. maddesi (İspat hakkı)¹⁰²ışığında, Komisyon TCK 127'deki isnadın ispatının TCK 299 için de uygulanabileceğini varsaymaktadır. Buna ek olarak, TCK 127'deki isnadın ispat isteminin kabulü, ancak isnat olunan fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunmasına veya şikâyetçinin ispata razı olması koşuluna (üçüncü cümle) bağlı olup; kamu görevlilerinin görevleriyle bağlantılı hakaret olaylarında ve buna bağlı olarak Cumhurbaşkanına yönelik hakaretlerde uygulanamayacaktır (Anayasanın 39. maddesi). Bu yorumlama doğru ise, bu Anayasal hüküm yukarıdaki İHAM içtihadı ile aynı yöndedir.

75. Sonuç olarak, Komisyon gelişen Avrupa konsensüsü ve uluslararası standartlara doğrultusunda, Devletlerin Cumhurbaşkanına hakareti suç olmaktan çıkarması veya en azından bu suçu sözlü saldırıların en ciddi biçimi için uygulanacak ve yaptırımları sınırlayarak hapis cezasını bir yaptırım olmaktan çıkaracak şekilde düzenlemesi gerektiğini vurgulamaktadır. Komisyon, tam tersine, bu hükmün Türkiye'deki uygulamanın arttığını ve İHAS 10 kapsamında ifade özgürlüğü niteliğinde olan söylemlerde dahi kullanıldığını ifade etmektedir. Uygulanan yaptırımlar, hapis cezası dahil olmak üzere, açıkça aşırıdır. Yargıtay ve Cumhuriyet savcılığınca bu hükmün aşırı kullanımını engellemek amacıyla bazı girişimlerde bulunulduysa da bunlar yeterli olmamıştır. Bu şartlar altında, Komisyon İHAS 10 kapsamındaki müstakbel ihlalleri engellemek için tek çözümün hükmün tamamen ilga edilmesi olduğunu belirtmektedir. Bu kamuoyu ve siyasi meselelerle ilgili olarak özel olarak ifade edilmiş ifade özgürlüğü ilkelerini göz önünde bulundurarak herhangi bir vatandaşı korumak için tasarlanan Cumhurbaşkanının aşırı nitelikteki hakaretlere ilişkin hukuk ve ceza yargılamalarındaki genel hükümlerle halen korunmasını sağlayacaktır. Ölçülülük ilkesi ve hapis cezası öngörmeyen yaptırıma sınırlama gereği son örnekte geçerli olacaktır. D. TCK 301 (Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama)

76. TCK 301, Türk milletinin, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin, Devletin organ ve kurumlarının aşağılanmasına yönelik eylemleri suç olarak kabul etmektedir. TCK 301, mülga Kanundaki 159. maddenin yerini almıştır.

102 Madde "Kamu görev ve hizmetinde bulunanlara karşı, bu görev ve hizmetin yerine getirilmesiyle ilgili olarak yapılan isnatlardan dolayı açılan hakaret davalarında, sanık, isnadın doğruluğunu ispat hakkına sahiptir. Bunun dışındaki hallerde ispat isteminin kabulü, ancak isnat olunan fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunmasına veya şikâyetçinin ispata razı olmasına bağlıdır" şeklindedir.

Mülga Ceza Kanunu 159 ile yürürlükteki TCK 301, 2008'de yapılan değişikliğe kadar, "Türklük" ifadesine yer verilmiştir. 2008'deki değişiklik ile birlikte "Türklük" ifadesi "Türk Milleti" olarak değiştirilmiştir.

77. Dahası, 2008 yılında yapılan değişiklik ile 301. maddenin 1. fıkrasında öngörülen 3 yıllık azami hapis cezası 2 yıla indirilmiştir. Bu hükmün eski halinde bulunan "Türklüğü aşağılamanın yabancı bir ülkede bir Türk vatan-dası tarafından işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte bir oranında artırılır" şeklindeki düzenlemesi 3. paragraf tamamen silinmiştir. 301. maddenin eski halindeki 4. fıkrada yer alan "Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz." hükmü de maddenin yeni halinin 3. fıkrasında muhafaza edilmiştir.
78. Türk Hükümeti tarafından 2008'de İHAM'a sunulan verilere göre¹⁰³, 2003 ve 2007 arasında TCK 301 (veya TCK 159/1) kapsamında başlatılmış cezai işlemlerin sayısı 1,894'tür. Bunların 744 tanesi mahkûmiyetle sonuçlanmış, 1142'sinde beraata hükmedilmiştir; Yargıtay'ın ilk derece mahkeme kararlarını iptal eden kararları sonrasında 193 dava hala derdesttir. Hükümet, 2008 yılında yapılan değişiklikler sonrasında, TCK 301 kapsamındaki kovuşturmalarda önemli bir azalma olduğunu ayrıca rapor etmiştir.
79. 30 Ekim 2009 günü İHAM'a sunulan ek belgelerde ise Hükümet, 8 Mayıs 2008 ve 30 Eylül 2009 tarihleri arasında Adalet Bakanlığı'nın TCK 301 uyarınca cezai soruşturma başlatabilmek adına 955 adet yetki izin başvurusu aldığını açıklamıştır. Bakanlık bu başvuruların 878'ine izin vermezken, 77'sini ise izin vermiştir. Hükümet, Adalet Bakanlığı'nın soruşturma izni vermeyi reddettiği 244 davada, yapılan şikâyetlerin genel olarak basın tarafından gerçekleştirilen yayın faaliyetlerine ilişkin olduğunu da ayrıca belirtmiştir. 2009 yılından sonraki dönem için buna benzer herhangi bir veri bulunmamaktadır. Anlaşılan o ki, TCK 301'in uygulanmasında her ne kadar bir belli bir düşüş olsa da (yerini TCK 216/3 ve 299 almıştır) bu madde halen zaman zaman uygulanmaktadır.
80. 2005 yılında, ünlü romancı ve Nobel ödülü kazanmış ilk Türk olan Orhan Pamuk bir İsviçre gazetesi olan Tages Anzeiger'e verdiği öportaj sırasında: "Burada da 30 bin Kürt'ü öldürdü ler. Ve bir milyon Ermeni. Ve neredeyse hiç kimse bunu dile ge tirmeye cesaret edemiyor. O halde ben yapıyorum." şeklindeki ifadesinden sonra TCK 301 ile suçlanmıştır. Bu durum,

103 Bkz. İHAM, Altuğ Taner Akçam v. Türkiye, para. 27-29.

Uluslararası Af Örgütü ve PEN American Center dahil olmak üzere uluslararası sivil toplum kuruluşlarının protestosuna konu olmuştur. Ocak 2006'da Pamuk'a karşı suç isnadında bulunmak için gerekli iznin Adalet Bakanlığı'ndan alınmadığı gerekçesiyle suçlamalar düşürülmüştür.¹⁰⁴

81. Bilinen bir başka kovuşturma da Ermeni-Türk gazeteci Fırat (Hrant) Dink hakkındadır. 2003 ve 2004 yıllarında yayınlanan bir dizi makalede Dink, başka konuların yanı sıra Ermeni asıllı Türk vatandaşları hakkında görüşlerini açıklamıştır. Dink 2006 yılında TCK'nın 301. maddesini ihlal ettiği gerekçesiyle yargılanmış, 6 aylık hapis cezası almış ve bu ceza ertelenmiştir. Dink, Ocak 2007'de genç bir milliyetçi tarafından öldürülmüştür.
82. TCK 301, hem ulusal hem de uluslararası alanlarda defaat ile eleştirilmiştir. 2010 yılında Türkiye Evrensel Periyodik İncelemesinde, 5 devlet (Ermenistan, Kıbrıs, Fransa, İspanya ve Amerika Birleşik Devletleri) Türkiye'ye açıkça TCK 301'in ilga edilmesini¹⁰⁵ veya revize edilmesini önermiştir. AGİT'in Medya Özgürlüğünden Sorumlu Temsilcisi TCK 301'in (orijinal metniyle) çeşitli şekillerde yorumlanmaya açık olduğunu ve toplumsal tartışmaları yatıştırabileceğini ifade etmiştir¹⁰⁶. Uluslararası Af Örgütü son raporunda, 2008 yılında yapılan değişikliklerden sonra bile, şu yorumda bulunmuştur: TCK 301, yüzeysel birkaç değişiklik geçirmişse de, ifade özgürlüğüne doğrudan ve yasaklayıcı bir kısıtlama getirmektedir. (...) Türkiye'nin uluslararası yükümlülüklerini yerine getirmesi adına uygulayabileceği yegâne çözüm yolu ise (...) bu maddenin yürürlükten kaldırılmasıdır¹⁰⁷. Freedom House 2015 yılı "Türkiye'de Basın Özgürlüğü" isimli raporunda "TCK 301 uyarınca yapılan kovuşturmanın çok azında mahkûmiyet kararı verilse de tüm bu yargılama süreçleri çok zaman alan ve pahalı süreçler olup, ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı etki yaratmaktadır"¹⁰⁸ diyerek ekleme yapmıştır.
83. Dink v. Türkiye başvurusunda İHAM, Sözleşmeciler devletlerin bireylerin kamu tartışmalarına katılıp kendilerini korkusuzca ifade edebilecekleri uygun ortam yaratmaya yönelik pozitif yükümlülüğünü de ele almıştır. Dink'in aşırı milliyetçi bir grup tarafından saldırıya uğraması ve "zorlayıcı

104 Bkz. İHAM, Altuğ Taner Akçam v. Türkiye, para. 26.

105 BM DOC. A / HRC / 15/13, syf. 20-22.

106 AGİT, Türk Ceza Yasası Taslağı Taslağı: Medya Özgürlüğü Endişeleri, Viyana, Mayıs 2005, syf. 10.

107 Uluslararası Af Örgütü, TCK 301: Bitirin, Değiştirmeyin, 3 Nisan 2013.

108 Freedom House, Türkiye: Basın Özgürlüğünde 5 Yıllık Düşüş, Aralık 2015.

cı toplumsal ihtiyaç” olmaksızın suçtan hüküm giymesi ışığında İHAM, Türkiye'nin Dink'in ifade özgürlüğünü güvence altına almaktaki “pozitif yükümlülüğünü” sağlamadığına karar vermiştir.¹⁰⁹

84. TCK 301'in öngörülebilirliğine ve böylece, yasallık ilkesine¹¹⁰ uygunluğuna ilişkin olarak, Yargıtay 11 Temmuz 2006 gününde verdiği kararında (Dink davası) Türklük konseptini tanımlamıştır. Yargıtay'a göre bu terim, “insanı oluşturan milli ve ahlaki değerlerinin tümünün yanı sıra milli dil, milli duygular ve gelenekler”i¹¹¹ içermektedir. Dink başvurusunda İHAM, Türklük kavramını irdelerken, suçun öngörülebilirliğine ilişkin ciddi şüpheler doğabileceğini de belirtmiş ancak sorunu daha fazla incelemeyi reddetmiştir.¹¹²

85. Taner Akçam başvurusunda ise İHAM, bu sorunu incelemiştir. İHAM, kararında “...‘Türklük’ kavramının ‘Türk Ulusu’ sek linde değiştirilmesine rağmen Mahkeme, Yargıtay tarafından aynı şekilde anlaşıldığı için bu kavramların yorumlanmasında değişiklik veya temel farklılık olmadığını dikkate alır. Bu doğrul tuda, ‘Türklük’ kavramının anlamının belirlenmesi amacıyla hükmün içeriğinin yasa koyucular tarafından değiştirilmesi somut bir değişiklik getirmez veya ifade özgürlüğü hakkının korunmasının genişletilmesine katkıda bulunmaz” şeklinde görüş beyan etmiştir.¹¹³ Ayrıca “...yargı teşkilatı tarafından yorumlandığı üzere TCK'nın 301. maddesinde yer alan ifa delerin kapsamları, çok geniş ve muallak olup ifade özgürlüğü hakkının kullanımında süregelen bir tehdidi oluşturmaktadır. Diğer bir deyişle, bu maddenin lafzı, bireylere hareketlerini yö netebilme ya da eylemlerinin sonuçlarını öngörebilme olanağı vermemektedir” yorumları da paylaşılmaktadır.¹¹⁴

86. İHAM'ın bulgularıyla uyumlu olarak Venedik Komisyonu, yerleşikleşmiş bir içtihadın yokluğunda TCK 301'in, öngörülebilirlik ihtiyaçlarını yeteri kadar karşılamadığına kanaat getirmiştir. Aşağılamanın kamusal bir karaktere sahip olması gerekliliğinden ayrık olarak, “aşağılama” te-

109 İHAM, Dink v. Türkiye, para. 137.

110 İHAS 7, MSHS 15/1.

111 İHAM Dink v. Türkiye, para. 28.

112 Dink v. Türkiye, para. 116.

113 Taner Akçam v. Türkiye, para. 92.

114 ‘Kanun’ olarak karakterize edilen bir norm, bireylerin eylem ve hareketlerini ona göre düzenlemelerini sağlamak adına yeterli derecede bir kesinlik ile formülize edilmeli ve kamuya açık olmalıdır. Bir kanun ifade özgürlüğü kısıtlaması konularında yetkililere dizginsiz / sınırsız bir takdir yetkisi tanınamalıdır.

rimi belirli değildir. Yetkililer tarafından sağlanan bilgilendirme notunda “Aşağılama, TCK 301’de belirtilen değerlere karşı saygının azalmasını amaçlayan davranış ve eylemlerden oluşur” yönündeki tanım yalnızca ‘aşağılama’ ifadesini ‘saygıyı azaltma’ ifadesi ile değiştirdiğinden ve pratikte bu hükmün nasıl uygulanması gerektiği hakkında bir açıklama getirmediğinden öngörülebilirlik sorununu ortadan kaldıramamıştır. Bu sorun, salt eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamalarının suç oluşturmayacağı yönündeki hükmün TCK 301’in 3. fıkrasına eklenmesi ile kısmen -tamamen olmasa da- çözülmüştür. “Aşağılamak” ve “Eleştirmek” arasındaki ayrım yeterince açık değildir ve bu konu tamamen mahkemelerin takdirine bırakılmış görünmektedir. “Aşağılama”nın açıkça tanımını yapan yerleşikleşmiş bir içtihat olmadığı sürece, muhtemel kovuşturmalar ve cezalar öngörülebilir olmayacaktır. Bu durum özellikle maddede düzenlenen sert yaptırım açısından önem taşımaktadır: 6 aydan 2 yıla kadar hapis cezası. Ek olarak, İHAM ile uyumlu olarak Komisyon da Yargıtay’ın 11 Temmuz 2006 günü Türklük ifadesinin içeriğine ilişkin verdiği karara rağmen, “Türk Milleti”nin hangi hallerde “aşağılanmış” sayılacağını ve “Türk Milleti” ile “Türkiye Cumhuriyeti Devleti” arasındaki ayrımın belirli olmadığını değerlendirmektedir.

87. Dolayısıyla, “Türk Milleti” ve “aşağılama” gibi terimler, daha yüksek kademeli mahkemelerin içtihatları ile açık ve yeterli olarak tanımlanmadıkça, İHAM’ın kararları halen uygulanacak ve sahip olduğu muğlak ifadede dolay TCK 301 hükmü de İHAS 10 ile uyumsuz olarak kalmaya devam edecektir. Bu durum, bireyleri bilhassa medya organlarını ve çalışanlarını bilgi akışına ve bilgi/görüş alışverişine ciddi bir etkide bulunacak ve oto-sansür uygulamalarına yöneltmeye sebebiyet verecektir.

88. İkinci olarak, 1. fıkrada gözlemlenen ‘aşağılama’ teriminin muğlaklığı, aynı ifadenin kullanıldığı 2. fıkra için de aynı şekilde geçerlidir. Dahası, 1. fıkra ile getirilen korumanın bu organlara da genişletilebileceği düşünüldüğünde, daha fazla bir açıklama bulunmazken, devletin askeri ve emniyet teşkilatlarını korumaya yönelik ayrı bir hükme niçin ihtiyaç duyulduğu da açık değildir.

89. Üçüncü olarak, İHAM, Dink başvurusunda, failin şiddete yönelik bir tahriki olmadığı sürece, devlet organlarının itibarsızlaştırılmasını önlemek adına korumanın, kamu düzeninin meşru olarak korunması olarak nitelendiril-

mesine ilişkin şüphelerini ortaya koymuştur¹¹⁵. İHAS 10/2, kişilerin siyasi görüşlerini açıklaması ve kamu yararını sorgulamasına ilişkin ifade özgürlüğü kullanımının yalnızca şiddete tahrik gibi istisnai durumlarda devlet tarafından sınırlanabileceğini kabul etmektedir¹¹⁶. Ayrıca, Devlet tarafından bu alanda ceza hukuku araçlarının sınırlanarak kullanılması gerektiğini ve şiddete tahrik bulunmadığı sürece hapis cezası uygulanmasının demokratik toplumun gerekliliklerine uygun olmayacağı yinelenmiştir. (Hrant Dink başvurusunda olduğu gibi¹¹⁷). Bu sonuçlar geçerliliğini korumaktadır.

90. Son olarak, TCK 301 kapsamında soruşturma yapılmasını Adalet Bakanlığının iznine tabii olduğuna ilişkin TCK 301/4'ün, yetkili makamlar tarafından hazırlanan bilgilendirme notunda olumlu bir gelişme olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir, "Adalet Bakanı takdir yetkisini ülkenin yararı için kullanmalı ve bu yetkisini devretmemelidir". Bunlara ek olarak, bilgilendirme notuna göre, bu yasa değişikliği, yargının iş yükünü azaltmıştır ve bu suçun işlenmesine yönelik suçlamalara ilişkin açılan davaların sayısında belirgin bir azalma gözlemlenmiştir.

91. Şişli (İstanbul) 2. Asliye Ceza Mahkemesi, TCK 301/4'ün Adalet Bakanlığının yürütme erki olarak yargıçların fonksiyonuna müdahale etme ihtimalinden dolayı yargı bağımsızlığı prensibine ve kuvvetler ayrılığına aykırı olduğunu iddia ederek Anayasa Mahkemesi'nden bu hükme ilişkin bir norm denetimi isteminde bulunmuştur. İlk derece mahkemesi ayrıca, TCK 301 kapsamında soruşturma başlatılması için Adalet Bakanlığından izin alınması zorunluluğunun, kamu görevlilerine karşı hakarete ilişkin diğer hükümlerin böyle bir izin gerektirmemesi sebebiyle TCK ile tutarsızlık oluşturduğunu iddia etmiştir. 7 Mayıs 2009¹¹⁸ günlü kararda Anayasa Mahkemesi, "bu maddenin 4. fıkrasıyla verilen yetki, bakanın yargı denetimiyle ilgili değil, devletin ve toplumun çıkarları için kullanılması gereken siyasi takdir yetkisi ile ilgilidir" sonucuna vararak itirazı reddetmiştir.

92. İHAM, Taner Akçam başvurusunda "yargı organlarının 301. maddeye suistimal edici biçimde başvurmasına engel olmak adına yasama tarafından oluşturulan önlemler, güvenilir veya kesintisiz garanti sağlayacak nitelikte ya da hükümden direkt olarak etkilenme riskini tamamen or-

115 Dink v. Türkiye para. 118. Ayrıca Genel Yorum No. 34, para. 38'e bakınız. ("Devlet partileri, ordu ya da idare gibi kurumların eleştirilmesini önleyemez").

116 Dink v. Türkiye para. 133'ün sonu.

117 A.g.e., para. 133.

118 E. 2009/25, K. 2009/57.

tadan kaldırıcı halde de ğildir çünkü herhangi bir siyasi değişim Adalet Bakanlığı'nın hükmü yorumlamaya olan yaklaşımını değiştirebilecek ve keyfi soruşturmalara yeni bir yol açabilecektir." sonucuna varmıştır.¹¹⁹ Buna benzer olarak, İnsan Hakları Komiseri, 12 Temmuz 2011 tarihli raporunda "2008 yılında kabul edilen, her bir dosya için soruşturmayı Adalet Bakanlığı tarafından ön izne tabii tutan yasa değişikliği, Sözleşmenin benzer ihlallerini önlemek için, ilgili İHAS standartlarının Türk hukuk sistemine entegrasyonunu sağlamak ve Sözleşmenin benzer ihlallerini önlemek için kalıcı bir çözüm değildir "açıklamasında bulunmuştur.

93. Ankara'daki ziyaretler esnasında, yetkililer, savcılar tarafından soruşturmaya izin verme istemleri incelenirken Adalet Bakanlığı'nın, İHAS 10'a ilişkin İHAM'ın içtihatlarına dayandığının altını çizmiştir. Bu, olumludur. Ancak, Anayasa 90/5¹²⁰ gereğince, İHAS, Türk hukuk sisteminin mütemmim cüzü niteliğindedir ve tüm mahkeme ve savcılıkların Sözleşmeyi ve İHAM içtihatlarını iç hukuka uygulama konusunda yasal yükümlülükleri vardır. Venedik Komisyonu ayrıca, izin verme sisteminin kalıcı bir çözüm olmadığını ve Adalet Bakanına bırakılan takdir yetkisinin siyasi değerlendirmeye tabi olabileceğini ve bu prosedürün ihtiyari soruşturmayı önlemek için yeterli olamayabileceğini öngörmektedir.
94. Sonuç olarak, öncelikle bu hükmün yeniden düzenlenmesi ve hükümde kullanılan tüm kavramların öngörülebilirlik ve yasallık ilkelerini karşılayacak şekilde daha açık ve belirli olması adına kapsamlı değişikliklere tabi tutulması önerilmektedir. İkinci olarak, hüküm, yerel mahkemeler tarafından yukarıda bahsedilen İHAM içtihatları (Dink v. Türkiye) çerçevesinde yorumlanmalıdır. İHAM gibi Komisyonun da failin şiddete teşviki bulunmadığı hallerde, devlet organlarının itibarsızlığa karşı korunmasını, kamu düzenini korumak için meşru bir amaç olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkin şüpheleri vardır.¹²¹ Bu bakımdan, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin 34 Nolu Genel Yorumuna göre, "Devletler, ordu ya da idare gibi kurumların eleştirilmesi ni önlememelidir". Bu hüküm, hükümet politikalarına yapılan sert eleştirileri, kamuoyunu susturacak nitelikte cezalandırmak amacıyla değil, sadece

119 Taner Akçam v. Türkiye, para. 94.

120 "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır."

121 İHAM, Dink v. Türkiye, para.118.

“şiddete veya kine teşvik edici” olarak değerlendirilebilecek beyanlar için uygulanmalıdır. Ayrıca, Komisyon, ceza hukuku araçlarının devlet tarafından politik ifade ve kamu yararı konuları alanında kısıtlı bir şekilde kullanılması gerektiğini hatırlatmaktadır ve şiddete teşvikin yokluğunda hapis cezası kararı verilmesi, demokratik bir toplumlarda olması gereken zorunluluk ilkesini karşılamamaktadır.

E. TCK 314 (silahlı örgüt)

95. TCK 314, Kanununun IV. kısmının (Millete ve Devlete Karşı Suçlar) 4. ve 5. bölümlerinde listelenen suçları işlemek amacıyla silahlı örgüt kurmak, yönetmek ve bu örgüte üye olmak fiillerini cezalandırmaktadır.

96. TCK 314/1’in atıfta bulunduğu IV. kısmın 4. ve 5. bölümleri, devletin güvenliğine karşı (4. bölümdevletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak, düşmanla işbirliği yapmak, devlete karşı savaşa tahrik, temel millî yararlarına karşı faaliyette bulunmak için yarar sağlama, yabancı devlet aleyhine asker toplama, askeri tesisleri tahrip ve düşman askeri hareketleri yararına anlaşma, düşman devlete maddi ve mali yardım) ve anayasal düzene ve onun işleyişine karşı (5. bölüm anayasayı ihlal, cumhurbaşkanına suikast ve fiili saldırı, yasama organına karşı suç, hükûmete karşı suç, Türkiye Cumhuriyeti hükûmetine karşı silahlı isyan, silâh sağlama, devlete ve millete karşısuç için anlaşma) olan suçların listesini içermektedir.

97. TCK 314/3, “suç işlemek amacıyla örgüt kurmaya ilişkin diğer hükümler ayrıca bu suç için de uygulanır” şeklindedir. Suç örgütü kurmak ile ilgili “diğer hükümlere” atıfta bulunan TCK 314, çoğu kez “Suç işlemek amacıyla örgüt kurma” hakkındaki TCK 220 ile birlikte uygulanmaktadır. Özellikle, TCK 220/6 ve 7’de öngörülen örgüt “adına” suç işleyen (fıkra 6) veya örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişiler (fıkra 7), örgüt üyesi olmasalar bile örgüte üye olmak suçundan dolayı çoğunlukla TCK 314 ile bağlantılı olarak/birlikte cezalandırılmaktadırlar.

1. Silahlı Örgüt Üyeliği (TCK 314)

98. Madde, silahlı örgüt ya da silahlı grup tanımlarını içermemektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 3 Nisan 2007 günlü E.2006/10-253 K. 2007/80 sayılı kararında bir suç örgütünün TCK 220 doğrultusunda sahip olması gereken ana kriteri listelemiştir. Örgütün en az üç üyesi olmalı, örgütün üyeleri arasında sıkı veya gevşek hiyerarşik bağlantı olmalıdır ve üyeler

arasında “soyut bir bağ” olması yeterli değildir; üyelerin suç işlemek için ortak niyetleri bulunmalı (suç henüz işlenmemiş olsa bile) örgüt zaman içerisinde süreklilik göstermeli; ve örgütün yapısı, üye sayısı, örgütün kullanımındaki araçlar ve gereçler planlanan suç komisyonu için yeterli/ uygun olmalıdır.

99. Ankara’daki görüşmeler sırasında, yetkililer, örgütün TCK 314 kapsamında “silahlı” olarak nitelendirilmesi için, örgütün kullanımında olan silahların, Devlete ve Millete karşı suçlar ile ilgili suçların işlenmesinde yeterli ve uygun olması gerektiğini açıklamıştır. (Ceza Kanununun IV. kısım4. ve 5. bölümleri).

100. Yüksek Mahkemenin geliştirdiği silahlı örgüte “üyelik” kriteri hakkında Yargıtay’ın gelişmiş bir içtihadı vardır. Yargıtay, ilgili şüphelinin örgüt ile herhangi bir “organik bağı”¹²² olup olmadığını ya da davranışlarını “hiyerarşik yapı”¹²³ içerisinde bilerek ve isteyerek işleyip işlemediğini kanıtlamak amacıyla ilgili şüphelinin “devamlılık, yoğunluk veya çeşitlilik”lerini¹²⁴ dikkate alarak farklı davranışlarını incelemiştir. 6 Şubat 2012 günlü E. 2010/2839, K. 2012/1406 sayılı kararda, bir terör örgütüne üye olmaya gönüllü yeni adaylara daima sığınak ve sahte kimlik temin eden ve onları örgüte takdim eden ve örgüt için yeni üyeler arayan şüpheliler, silahlı bir örgüte üye olmalarından dolayı mahkûm edilmişlerdir.¹²⁵ Gerçek kimliğini saklamak amacıyla kod ad edinme (örgütün içinde) ve terör örgütü üyesi tarafından gönderilen bombayı evinde saklama¹²⁶; yeni üyelere örgütün yapısı ve amaçları üzerine ders verme¹²⁷, cezaevinden çıktıktan sonra örgütle yeniden irtibata geçme ve örgüt için para toplamaya ve yeni üyeler bulmaya çalışma¹²⁸, üyesi olmak için “özgeçmiş raporunu” örgüte teslim etme¹²⁹ ya da örgüt üyesi olmaya istekli yeni gelenleri örgütün kamp yerine götürme¹³⁰, örgüt için vergi toplanması kisvesi altında örgüt için para toplama¹³¹ ya da örgütün kamp yerine

122 Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2013/9229, K. 2013/13608, 13 Kasım 2013.

123 Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2013/3018, K. 2013/6315, 24 Nisan 2013.

124 Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2012/4191, K. 2013/3971, 14 Mart 2013.

125 Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2010/2839, K. 2012/1406, 6 Şubat 2012.

126 Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2007/11916, K. 2009/1340, 4 Şubat 2009.

127 Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2007/5744, K. 2007/5430, 20 Haziran 2007.

128 Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2008/2010, K. 2009/11270, 11 Kasım 2009.

129 Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2010/16588, K. 2011/1626, 9 Mart 2011.

130 Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2015/4767, K. 2015/1862, 16 Haziran 2015.

131 Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2009/851, K. 2011/1311, 28 Şubat 2011.

gönderilmeden önce yeni üyelerin tıbbi tedavisini organize etmek¹³² vb. hareketlerin hepsi, atfedilen eylemlerin devamlılığı, yoğunluğu ve çeşitliliği sanıkların silahlı örgütün hiyerarşik yapısı içinde bilerek ve isteyerek hareket ettiklerini gösterdiği için Yargıtay tarafından TCK 314'e göre sanığın silahlı örgüte üyeliğini kanıtlar nitelikte olarak değerlendirilmiştir.

101. Örgüt ile olan bu “organik bağ” sanığa atfedilen herhangi bir “süreklilik, çeşitlilik ya da yoğunluk” göstermeyen eylemler temelinde kanıtlanamaz ise TCK 220 kapsamında “silahlı örgüte yardım ve yataklık” ya da “silahlı örgüt yararına suç işleme” ye ilişkin maddeler uygulanabilir (bakınız aşağıda).¹³³ Örgüte sempati duyan fakat örgüte katılmak için sınırı geçmeye çalışırken tutuklanan¹³⁴ ya da örgüt üyeleriyle örgüte üye olmak için irtibat kurmaya çalışan kişi,¹³⁵ tutuklandığı sırada organik bağ henüz kurulmadığı için silahlı örgüt üyesi olarak değerlendirilmemiştir. Dahası, “PKK yandaşı basın kuruluşları tarafından yapılan genel çağrıyı takip eden sokak eylemine katılmak, zafer işareti yapmak ve terör örgütü lideri lehine ve onu desteklemek için slogan atmak, güvenlik güçleriyle çatışmak ve barikat oluşturmak” gibi eylemler de üyelik olarak değil örgüt adına işlenmiş suçlar olarak değerlendirilmiştir.¹³⁶

102. Hükümet dışı kaynaklara göre, TCK 314'ün uygulanmasında, yerel mahkemeler, birçok davada, çok zayıf kanıtlara dayanarak kişilerin silahlı örgüt üyeliğine karar vermektedir ve bu durum TCK 314'ün uygulanmasının “öngörülebilirliğine” ilişkin soru işaretleri yaratmaktadır. Benzer olarak, Freedom House 2015 yılı Türkiye’de Basın Özgürlüğü Raporu’nda “TCK 314'teki geniş terörizm ve silahlı örgüt üyeliği tanımı (...), gazetecilere, özellikle de Kürtlere ve sol siyasetle ilişkili olanlarla karşı kullanılmaya devam edilmektedir.” şeklinde konuya dikkat çekmiştir¹³⁷. Ayrıca, Uluslararası Af Örgütü, 2013 yılı Türkiye Raporu’nda¹³⁸, tek başına suç oluşturmayan yürütmenin, örneğin toplantı, dernek kurma ve ifade özgürlüğü haklarının kullanımıyla ilgili bir faaliyetin, sanıkların silahlı örgüte üyeliğinin kanıtı olarak sayıldığını değerlendirmiştir. Rapora göre

132 Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2009/12804, K. 2011/2467, 25 Nisan 2011.

133 Bakınız, bir sonraki başlık “Madde 314'ün 220. maddeyle birlikte uygulanması”.

134 Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2008/9178, K. 2010/3894, 6 Nisan 2010.

135 Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2009/11886, K. 2011/2637, 2 Şubat 2011.

136 Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2007/9-282, K. 2008/44, 4 Mart 2008.

137 Freedom House, Turkey: 5Year Decline in Press Freedom, Aralık 2015.

138 Uluslararası Af Örgütü, Turkey: Decriminalize Dissent. Time to Deliver on the Right to Freedom of Expression, EUR 44/001/2013, 2013, syf. 19 vd.

bu yaklaşımın sebebi, kovuşturma birimlerinin, bu faaliyetlerin terörist gruplarla aynı genel amaca sahip olduğunu düşünmesidir ve bunun sonucunda “bireyler sadece, barışçıl ve kendi başlarına, yasal Kürt yanlısı aktivitelere katılımlarıyla ilişkili iddialar sebebiyle terör örgütü üyeliği suçundan yargılanmışlardır”¹³⁹. Sanıkları terörist organizasyona bağladığı düşünülen kanıtların dahil olduğu Uluslararası Af Örgütü tarafından sağlanan somut dava örneklerinde, sanıkların, terörist organizasyonun organize ettiği iddia edilen 6 farklı eyleme katılımı, ve bu eylemlerden birinde yapılan bir konuşma ya da başka bir vakada sanığın Barış ve Demokrasi Partisi (BDP)tanınan Kürt yanlısı bir siyasi parti) tarafından organize edilen “Siyaset Akademisi” ne katılımı ve bu Akademi çerçevesindeki çeşitli aktiviteleri de mevcuttur.

103. Venedik Komisyonu ilk etapta belirtmektedir ki; mülga Ceza Kanunu 168 kapsamında silahlı bir örgüte üye olmak suçundan mahkûm edilen başvuranlara ilişkin birtakım kabul edilebilirlik kararlarında, İHAM başvurularının düşüncelerini açıklamalarından dolayı ya da toplantılara katılmalarından dolayı değil, silahlı örgüt üyesi olmalarından dolayı mahkûm edildiğini gözlemlemiş ve başvuruların ifade özgürlüklerine bir müdahale olmadığı sonucuna varmıştır.¹⁴⁰ Görünen o ki, bu davalarda yerel mahkemenin elinde bulundurduğu kanıtlar sadece ifade biçimlerinden oluşmamıştır: örneğin Kızılöz başvurusunda, ulusal mahkemeler, başvuranın para toplamasına, örgüt üyelerine kalacak yer ve iş binası sağlamasına ve sahte kimlik kartı, sürücü belgesi ve resmi dokümanların tasdiki için damga üretmesine dayanarak başvuranın silahlı örgüt üyesi olduğu sonucuna varmıştır.

104. Ayrıca, Yılmaz ve Kılıç v. Türkiye başvurusunda (68514/01) (mülga Ceza Kanunu 169 kapsamında olmasına rağmen – terör örgütüne yardım ve yataklık ile ilgili) Mahkeme, başvuranların madde 169’a dayanılarak verilen mahkûmiyet kararına dayanak olan tek kanıtın ifade biçimleri (sanık ifadeleri, sokak eylemleri sırasında attıkları sloganların içeriği vb.) olması sebebiyle, başvuranların ifade özgürlüğü hakkına bir müdahale (kararın 58. paragrafı) olduğu sonucuna varmıştır. Buna paralel olarak, Mahkeme bu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmasına

139 A.E. syf. 20.

140 Şirin v. Türkiye (kabul edilebilirlik kararı), Başv. no. 47328/99; Kılıç v. Türkiye (kabul edilebilirlik kararı), Başv. no. 40498/98; Siz v. Türkiye (kabul edilebilirlik kararı), Başv. no. 879/02; Turan v. Türkiye (kabul edilebilirlik kararı), Başv. no. 31320/02; Kızılöz v. Türkiye (kabul edilebilirlik kararı), Başv. no. 32962/96.

bağlı olarak hukuka uygun olup olmadığını incelemiştir. Mahkeme, Gül ve diğerleri v. Türkiye (4870/02) davasındakiler ile aynı ilkeleri uygulamış ve başvuranların eski Ceza Kanunu 169'a dayandırılan cezai hükümlülüklerinin, sokak eylemleri sırasında attıkları sloganların içeriğinin kendilerine karşı kullanılan tek kanıt olduğundan dolayı ifade özgürlüğü hakkına bir müdahale oluşturduğunu tespit etmiştir.

105. İkinci olarak, Komisyon, TCK 314'ün uygulanmasında güçlü olmayan delillere dayanılarak verilen mahkûmiyet kararlarının, kıyas yapılmasında olduğu gibi¹⁴¹, ceza hukukunun sanıkların aşırı zararına bir biçimde yorumlanmaması gerektiği prensibini düzenlemesi sebebiyle diğerlerinin yanı sıra, İHAS 7¹⁴² bakımından problem yaratabileceğini vurgulamaktadır. Ulusal mahkemeleri sanıkları silahlı bir örgüte üye olmaktan ötürü mahkûm etmeye yönelten tek kanıtın yukarıda bahsedilen Yılmaz ve Kılıç başvurusunda olduğu gibi yalnızca ifade biçimleri olduğu durumlarda, güçlü olmayan kanıtlara dayanarak davalının ifade özgürlüğü hakkına yapılan müdahale “öngörülebilirlik” ile ilgili sorunlara yol açmaktadır. Güler ve Uğur v. Türkiye başvurusunda başvuranlar, güvenlik güçleri tarafından öldürülen iki PKK üyesinin anısına dini bir törene katılmalarına dayanılarak bir terör örgütü propagandası yaydıkları iddiasıyla mahkûm edilmişlerdir. İHAM, başvuranların, yalnızca dini bir hizmette yer almalarının, terör örgütü propagandası ile ilgili hükümlerin uygulanması kapsamına gireceğini öngörmelerinin mümkün olmadığı sonucuna varmıştır. Bu nedenle, başvuranların din özgürlüğüne yapılan müdahale, açıklık ve öngörülebilirlik şartlarını yerine getirmediği için “kanun ile öngörülmesi” olarak kabul edilemez. Venedik Komisyonu için, İHAM'ın bu sonucu dava bazında olmasına rağmen, aynı zamanda TCK 314 alanında da büyük uygulama alanına sahiptir. Silahlı bir organizasyona üyeliğe dair herhangi bir iddia ikna edici kanıtlar ve makul şüphenin üzerine kurulmalıdır.

106. Sonuç olarak, Venedik Komisyonu, öncelikle, Yargıtay içtihatlarında davalıya atfedilen eylemlerin “devamlılıkları, çeşitlilikleri ve yoğunlukları”nın kişinin silahlı örgütle “organik ilişkisi”ni göstermesi ya da kişinin eylemlerinin örgütün “hiyerarşik yapısı” içerisinde bilerek ve isteyerek

141 İHAS 7'ye göre “Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.”

142 Bkz. İHAM Başkaya ve Okçuoğlu v. Türkiye (Başv. no. 23536/94 ve 24408/94), 8 Temmuz 1999, para. 58.

işleyip işlemediğini değerlendirdiği yerleşik kriterlerinin katı bir şekilde uygulanmasını önermektedir. Bu kriterlerin geniş yorumlanması, özellikle İHAM 7 anlamında yasallık ilkesine ilişkin sorunlara neden olabilir.

107. İkinci olarak, bir görüşün farklı şekillerde ifade edilmesi, ulusal mahkemelere göre bir sanığın silahlı bir örgüte üyeliğine karar vermek için gereken tek kanıt teşkil etmemelidir. Tek kanıt ifade şekillerinden oluştuğunda, silahlı bir örgüte üye olma sebebiyle mahkûmiyet, sanıkların ifade özgürlüğüne müdahale teşkil eder ve bu müdahalenin gerekliliği, özellikle de “şiddete teşvik” kıstasları İHAM içtihatlarında belirtildiği üzere her davanın somut koşullarına göre incelenmelidir.

2. 314. Maddenin 220. TCK ile Beraber Uygulanması

108. TCK 314/3 “Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna ilişkin diğer hükümler, bu suç açısından aynen uygulanır.” hükmündedir. Yargıtay’ın yakın tarihli birçok kararında TCK 314’ün 3. fıkrasındaki yapılan suç örgütü oluşturmakla ilgili “diğer hükümler”e atf sebebiyle TCK 314’ün TCK 220’nin 6 ve 7. fıkralarıyla birlikte uygulanmasından dolayı TCK 220’nin özel bir önemi vardır. TCK 220’nin 6. ve 7. fıkralarına göre, bir örgüt adına suç işlemiş (fıkra 6) ya da bilerek ve isteyerek bir örgüte yardım ve yataklık etmiş herhangi bir kişi (fıkra 7), bu örgütün üyesi olmasa da, örgüt üyesi olma suçundan da cezalandırılmaktadır (TCK 314).

109. 4 Mart 2008 günlü bir kararda¹⁴³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, PKK yanlısı medya organlarından yapılan genel bir çağrıdan sonra toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılmak, zafer işareti yapmak ve terör örgütünün liderini desteklemek için ve onun lehine sloganlar atmak ve güvenli güçleriyle çatışmak gibi eylemleri terör örgütü adına işlenen suçlar olarak değerlendirmiştir. Bu durumda, silahlı bir örgüte üyeliği belirlenmiş olmamasına rağmen, sanık TCK 314 ile birlikte uygulanan TCK 220’nin 6. paragrafına göre mahkûm edilmiştir. Bu kararla Yargıtay, “söz konusu örgütün, belirsiz bir topluluğa eylem çağrısı yapmasından ziyade, söz konusu eylemi doğrudan yerine getirebilme yetisine sahip bir bireye eylem çağrısında bulunmuş olması gerekir”¹⁴⁴ şeklindeki Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesi kararını bozmuştur.

¹⁴³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2007 / 9-282 K. 2008/44.

¹⁴⁴ Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesi, 31 Mayıs 2007, İHAM’ın kararındaki alıntı, Gülcü / Türkiye kararı, Başv. no. 17526/10, 19 Ocak 2016, para. 58.

110. Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 24 Mart 2011 günlü kararında¹⁴⁵, silahlı örgütün internet sitesinde genel bir çağrı yapılması üzerine yasal olmayan bir toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılmak, gösteri boyunca kimliğini saklamak amacıyla yüzünü gizlemek ve silahlı örgütü destekleyen sloganlar atmak, silahlı örgüt adına suç işlemek olarak değerlendirilmiştir ve sanık, üyeliği kanıtlanmamış olmasına rağmen, silahlı örgüte üye olmaktan mahkûm edilmiştir (TCK 220/6 ve TCK 314 ile bağlantılı olarak).
111. Örgüte bilerek ve isteyerek yardım ve yataklık etmeye ilişkin TCK 220/7, ifade özgürlüğüne ilişkin davalara da uygulanmıştır. Nedim Şener davasında¹⁴⁶ başvuran, bir suç örgütü üyeliğinden şüphelenilenlerin talebi üzerine hükümetin eylemlerini eleştiren kitapların hazırlanmasına katkıda bulunduğu için TCK 220/7 (silahlı bir örgüte yardım ve yataklık etmek) ile birlikte TCK 314/3 kapsamında yargılanmıştır. Yargıtay'ın 4 Haziran 2012 günlü kararında¹⁴⁷, sanıkların terör örgütü tarafından internet sitelerinde başlatılan bir kampanya çerçevesinde "Öcalan'a Sayın Öcalan demek suç ise, ben burada [Öcalan'a Sayın Öcalan diyerek] bu suçu işliyorum ve kendimi [yetkililere] ihbar ediyorum" ifadesini içeren bir bildiri hazırlamaları ve bu bildiri için imza toplamaları "bilerek ve isteyerek suç örgütüne yardım etmek" olarak değerlendirilmektedir.
112. Sonuç olarak, Yargıtay'ın TCK 314 ile ilgili içtihadında geliştirdiği yerleşik kriter temelinde sanığın silahlı bir örgütle "organik ilişkisi" kanıtlanmamış olmasına rağmen (100. ve 101. paragraflar), silahlı örgüt lehine suç işlemiş olarak değerlendirilen (TCK 220/6) veya silahlı bir örgüte bilerek ve isteyerek yardım ve yataklık etme (TCK 220/7) suçlarını işlediği kabul edilen sanıklar, TCK 314 uyarınca örgüt üyesi olmak suçundan da cezalandırılmışlardır.
113. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, 10 Ocak 2012 tarihinde yayınlanan raporunda¹⁴⁸, TCK 220 ile ilgili temel endişenin, "özellikle bir terör örgütüne üyeliğin henüz kanıtlanmadığı durumlarda ve bir eylem ya da açıklamanın terör örgütünün amaç ya da talimatları doğrultusunda olduğu varsayıldığında, Türk terörle mücadele mevzuatında ve TCK 220'de yer alan hü kümlerin çok geniş yorumlanmaya" imkân vermesi

145 Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2011/1012K. 2011/1879.

146 İHAM Nedim Şener v. Türkiye.

147 E. 2010/15798K. 2012/7455. Bu dava şu anda Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nda karara bağlanmamış olarak görünmektedir.

148 İnsan Hakları Komiseri(2012)2, 10-14 Ocak 2011 arası Türkiye ziyareti üzerine.

olduğunu belirtmiştir. 1 Kasım 2010 tarihli İnsan Hakları İzleme Örgütü Raporu'na göre "bu yasal çerçeve, silahlı bir PKK mücahidi ve sivil bir gösterici arasında herhangi bir ayırım yapmamaktadır". Uluslararası Af Örgütü, 27 Mart 2013 tarihli bir raporunda "220/6. maddenin ne gerçekten terörizmle ilişkili suçlardan do layı kişilerin yargılanmasında gerekli olduğu, ne de uygulama da ifade özgürlüğü hakkını koruyacak şekilde kullanıldığı"¹⁴⁹ değerlendirmesinde bulunmaktadır.

114. Bu eleştiriye tepki olarak, 11 Nisan 2013 tarihli değişiklikle, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesine yeni bir fıkra eklenmiştir. Bu yeni fıkraya göre, 7. maddenin 2. fıkrasında gösterilen (terör örgütünü destekleme propagandası); 6. maddenin 2. fıkrasında gösterilen (terör örgütlerinin şiddet içeren veya tehditkar yöntemlerini meşrulaştıran veya öven ya da bu yöntemlerin kullanılmasını teşvik eden bildirimleri basmak ve yaymak); 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun 28. maddesinin 1. fıkrasında gösterilen (yasadışı gösteriye katılmak) suçları işleyenler, TCK 220/6 nedeniyle ayrıca cezalandırılmayacaklardır. Yetkililer, bu değişiklik ile terörle mücadele mevzuatının uygulanmasında ifade özgürlüğünün kapsamının genişletildiğini belirtmektedirler.

115. Venedik Komisyonu, yukarıda bahsedilen suçları TCK 220/6'nın uygulama alanından çıkararak Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesinde yapılan değişikliği olumlu karşılamaktadır. Bu değişiklik, bu tür suçları işlemekle suçlanan şüpheliler, TCK 314 kapsamında silahlı bir örgüt üyeliğinden ayrıca cezalandırılmayacaklardır.

116. Bununla birlikte, Venedik Komisyonu, bu değişikliğin kapsamının oldukça sınırlı olduğunu ve özellikle ifade ve toplanma özgürlüğünün kullanılmasına yeterli korumayı sağlamadığını değerlendirmektedir. İlk olarak, Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesindeki değişiklik, yukarıda belirtilen suçları sadece TCK 220/6'nın uygulanması kapsamından hariç tutmuştur. Buna karşın, 111. paragrafta alıntılanan Yargıtay kararlarında belirtildiği üzere, bazı ifade biçimleri de TCK 220/7'nin (örgüte yardım ve yataklık etme) kapsamına girebilmektedir. Bu durum, örgütü destekleyici olarak değerlendirilen bir ifade şeklinin, TCK 220/6 yerine TCK 220/7 uyarınca da cezalandırılabileceğinden, silahlı bir örgütle organik ilişkileri kurulmasa da sanıkları TCK 314 kapsamında silahlı örgüt

¹⁴⁹ Uluslararası Af Örgütü. 27 Mart 2013 Raporu "Turkey: Decriminalize Dissent/Time to deliver on the Right to Freedom of Expression".

üyesiymiş gibi cezalandırılmasına yol açacağından uygulamada kötüye kullanıma neden olabilir.

117. İkinci olarak, Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesine eklenen yeni fıkra, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun 28. maddesinin 1. fıkrasına atıfta bulunmaktadır. Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun 32/1 maddesi uyarınca değerlendirilen suç, "toplantı ve gösteri yürüyüşü sırasında güvenlik güçlerinin dağılma uyarılarına uymayı reddetmek" hala TCK 314 ile bağlantılı olarak TCK 220/6 (bir organizasyon adına suç işlemek) kapsamında kalabilir iken bu fıkra yalnızca yasadışı toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin organizasyonunu veya bunlara katılımı suç haline getirmişken, bu paragraf yalnızca hukuka aykırı gösterileri planlamayı ve bu gösterilere katılmayı suç haline getirmektedir.

118. Bu durum ilgili Kanunun 28. maddesi yanı sıra aynı kanun hükümlerinde belirtilen suçları işlediği düşünülen bireylere dayatılan cezaların orantılılığı açısından da sorun çıkmasına yol açabilecektir. İHAM, Gülcü v. Türkiye¹⁵⁰ başvurusunda, başvuranın iddiaya göre bir silahlı örgütün genel çağrısına uyararak ve güvenlik güçlerine taş atarak, gösteri yürüyüşüne katıldığını, böylelikle bir şiddet eylemine karıştığını gözlemledikten sonra başvuranın cezai yaptırıma tabi tutulmasının İHAS 11'in güvenceleriyle uyumlu olacağını değerlendirmiştir. Ne var ki, TCK 220/6 (örgüt adına suç işlemek) ile birlikte TCK 314'e uygun olarak ağır hapis cezası yaptırımı uygulamak, izlenen meşru amaç ile orantılı olmamıştır. Bu sebeple Mahkeme, İHAS 11'in ihlal edildiğini saptamaktadır.

119. 2014 günlü Nedim Şener¹⁵¹ başvurusunda, iddiaya göre, başvuran, suç örgütü üyeliği şüphelilerinin isteği üzerine, hükümetin ve yargı yetkililerinin eylemlerini eleştiren kitapların hazırlanmasına katkıda bulunduğu gerekçesiyle yargılanmış ve TCK 220/7 (örgüte yardım ve yataklık etme) ile birlikte TCK 314 kapsamında da yargılanmıştır. Bu davada İHAM, İHAS 10 kapsamında ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini tespit etmiştir. Sonuç, daha ziyade Türkiye'nin demokratik bir toplumun gerektirdiği zorunlulukları karşılamamasına dayandırılmıştır (müdahale acil bir toplumsal ihtiyaca cevap vermemiştir ve meşru amaç ile orantılı değildir¹⁵²).

150 İHAM, Gülcü v. Türkiye, Başv. no. 17536/10, 19 Ocak 2016. (kesinleşmedi.)

151 İHAM, Nedim Şener v. Türkiye, Başv. no. 38270/11, 8 Haziran 2014.

152 A.g.e., para. 123.

Aynı zamanda, Mahkeme, TCK 220 ile birlikte TCK 314 kapsamında¹⁵³ yapılan kovuşturmanın öngörülemezliğinin yanı sıra müdahalenin izlediği meşru amaçlar hususunda¹⁵⁴ şüphelerini belirtmiştir. Bu iki görüşün dava bazında olmalarına rağmen, TCK 314'ün TCK 220 ile birlikte uygulanmasının ifade olarak tam anlamıyla açık olmadığı ve uygulanmasının zorluklara yol açtığı belirtilmektedir.

120. Sonuç olarak, Venedik Komisyonu TCK 220/6 ve 7'de bulunan "örgüt üyesi olmasa bile, örgüt üyesi olarak cezalandırılır" cümlesinin yürürlükten kaldırılmasını tavsiye etmektedir. Bu durumda TCK 220/6 ve 7'de gösterilen suçları işleyenler TCK 314 kapsamında silahlı örgüt üyesi gibi yaptırıma tabi tutulmayacak, ancak diğerleri tarafından, farklı yaptırımlara tabi olacaklardır.

121. 6. ve 7. fıkralardaki bu cümlenin muhafaza edilmesi halinde Türk yetkili makamları TCK 220'nin TCK 314 ile birlikte uygulanmasını, ifade ve toplanma özgürlüğü haklarının kullanılmasını içermeyen durumlarla sınırlandırmayı düşünmelidir.

V. Sonuçlar

122. Venedik Komisyonu, öncelikle, TCK 301'in ve 314'ün (TCK 220 ile birlikte) uygulanmasına ilişkin özellikle son yıllarda Türkiye'de birtakım gelişmelerin meydana geldiğini kabul etmektedir. TCK 314'ün, TCK 220/6 ile birlikte uygulanmasının kısıtlanması amacıyla, Nisan 2008'de TCK 301'de yapılan değişiklikler ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesinde yapılan değişiklikler (Nisan 2013), bu maddelerin usulsüz uygulanmasıyla meydana gelen temel hak ve özgürlüklerin ihlali kapsamını daraltmıştır. Yargıtay ayrıca, özellikle TCK 216 ve 219'a ilişkin, bu maddelerin içerdiği çeşitli yükümlülüklerle yönelik Avrupa standartlarına erişmeye elverişli yorumlar getirmeye de çabalamıştır.

123. Venedik Komisyonu bu olumlu adımları içtenlikle karşılamaktadır. Ancak, bu gelişmelerin açıkça yetersiz kaldığı sonucuna da varmaktadır. Mevcut görüşe konu olan tüm maddeler orantısız yaptırımlar öngörmekte ve çok geniş biçimde uygulanmakta, özellikle de İHAS 10 ve buna ilişkin içtihatlarla beraber MSHS 19 kapsamında korunan davranışları cezalandırmaktadır.

¹⁵³ A.g.e., para. 102.

¹⁵⁴ A.g.e., para. 105.

124. Bu dört maddeye ilişkin pratiğin İHAS 10 ve MSHS 19 ile tam olarak aynı doğrultuya getirilmesi için radikal olarak farklı bir şekilde uygulamaya tabi tutulmalıdır. Komisyon, ifade özgürlüğü hususunda kısıtlama etkisi yaratan bireylerin kovuşturmalarının ve özellikle ilk derece mahkemeleri tarafından verilen mahkumiyetlerin sona ermesi gerektiğinin altını çizmektedir. Eğer kişi bazı durumlarda yıllarca süren ceza kovuşturmasına tabi kılındıktan sonra sonunda Yargıtay tarafından suçsuz bulunması yeterli değildir. Dahası, Komisyon, Devletlerin farklı ve alternatif düşüncelerin yeşerebileceği olumlu bir ortam yaratma pozitif yükümlülüğünün önemini altını çizmektedir.
125. TCK 216 (Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama)'ya ilişkin olarak, bu hükmün 1. ve 2. fıkraları hükümet politikalarına getirilen sert eleştirileri cezalandırmak amacıyla kullanılmamalıdır. Cezai yaptırıma – ölçülü – başvurulması ancak kullanılan ifadelerin şiddete, silahlı direnişe veya bir isyana teşvik etmesi durumunda doğrulanabilir. 3. fıkra ancak kamu düzenine kasten ve ciddi zarar verecek ve toplumu şiddete teşvik edecek düzeyde olan dini hakaretlere uygulanacak şekilde yorumlanmalıdır. Bu hüküm yalnızca dine hakaret içeren durumlarda uygulanmamalıdır.
126. TCK 299 (Cumhurbaşkanına Hakaret) ile ilgili hiçbir gelişme meydana gelmemiş ve kullanımı yakın zamanda oldukça artmıştır. Madde, Devletler tarafından Devlet Başkanına hakaretin suç olmaktan çıkarılması ya da gerçekleştirilen bu suçun en ciddi sözlü saldırılarla sınırlandırılması gerektiğini ve aynı zamanda öngörülen yaptırımların hapis cezası içermeyen yaptırım türleri ile kısıtlanmasını içeren Avrupa konsensüsünü hesaba katmaması bakımından başarısızdır. Bu maddenin aşırı ve artan kullanımı göz önüne alındığında Komisyon, Türkçe içeriğinde, ifade özgürlüğü ihlallerini önlemek konusunda tek çözümün bu maddeyi tamamen yürürlükten kaldırmak ve hakaret hakkındaki genel hükümlerin bu kriterlerle uyumlu olmasını sağlamak olduğu şeklinde değerlendirme yapmaktadır.
127. TCK 301 (Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin kurum ve organlarını aşağılama)'e ilişkin olarak, 2008'de yapılan değişikliklere rağmen, muğlak ifade problemi devam etmektedir. Hükmün yeniden kaleme alınması ve kullanılan tüm kavramların yeterince açık ve spesifik olması amacıyla daha fazla değiştirilmesi tavsiye edilmektedir. Dahası, bu hükmün uygulanması şiddete ve nefrete tahrik eden ifadeler ile sınırlandırılmalıdır.

128. TCK 314 (Silahlı Örgüt) ile ilgili olarak, davalıya atfedilen eylemlerin, kişinin silahlı örgütle “organik ilişkisinin” “devamlılığı, çeşitliliği ve yoğunluğu”nu göstermesi ya da kişinin eylemlerinin örgütün “hiyerarşik yapısı” içerisinde bilerek ve isteyerek işlenmiş olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği yönündeki Yargıtay içtihadındaki yerleşik kriterleri katı bir şekilde uygulanmalıdır. 220. maddenin (Suç işlemek amacıyla örgüt kurma) (TCK 314 ile bağlantılı olarak) 6. ve 7. fıkralarında bulunan, “örgüt üyesi olmasa bile, örgüt üyesiymiş gibi cezalandırılır.” cümlesi yürürlükten kaldırılmalıdır. 6. ve 7. fıkradaki bu cümlenin olduğu gibi kalması halinde, TCK 220 TCK 314 ile birlikte uygulanması ifade özgürlüğü ve toplanma hakkına zarar vermeyecek durumlarla sınırlandırılmalıdır. Venedik Komisyonu, Türk yetkililere ihtiyaç duymaları halinde herhangi bir konuda yardımcı olmak için hazırdır.