



**Başvuru No: 41400/19**  
**Bayram Yorulmaz/Türkiye Başvurusu**

**İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ DERNEĞİ (İFÖD)**

Tarafından Sunulan

**Üçüncü Taraf Görüşü**

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

## Giriş

1. İFÖD Bayram Yorulmaz/Türkiye (No. 41400/19) başvurusuna ilişkin bu görüşünde, sosyal medyada ifade özgürlüğü ve Türkiye'de siyasetçilere yönelik hakaret konusunu ele alacaktır.
2. Dava dosyasından anlaşıldığı üzere, paylaşımın yapıldığı tarihte Adıyaman Adliyesinde memur olan başvuru, Facebook hesabından yaptığı bir paylaşım nedeniyle TCK'nin 125/3 maddesi uyarınca kamu görevlisine hakaret (eski Başbakan Erdoğan) suçundan on bir ay yirmi gün hapis cezası ile cezalandırılmış ve başvuru hakkında Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması (HAGB) hükmü uygulanmıştır. Başvuru daha sonra, PKK (Yasadışı bir örgüt olan Kürdistan İşçi Partisi) ile iltisaklı olduğu iddiasıyla OHAL KHK'si ile görevinden ihraç edilmiştir.
3. Söz konusu **Paylaşım**, eski Başbakan Erdoğan'ın küçükleri gösteren tabloyu tuttuğu iki fotoğrafının *"Ölüme mahkûm ettikleri insanların tablolarını sırta sırta hediye olarak alıp veriyorlar... Ne bu şimdi? Yüzsüzlük? Arsızlık? Sapıklık?"* yorumu eşliğinde paylaşılmasıdır. Dava dosyasından, **başvuranın dava konusu içeriği üretmediği, fakat başka bir Facebook kullanıcısı tarafından oluşturulan içeriği paylaştığı anlaşılmaktadır**. Ceza mahkemeleri, paylaşımında yer alan yorumun eski Başbakanı halk arasında aşağıladığı, şerefine, onuruna ve itibarına zarar verdiği kanaatine varmışlardır.
4. Başvuru, AİHS'in 9. ve 10. maddelerine dayanarak, mahkumiyetinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini iddia etmiştir. AİHM, taraflara, başvurunun ifade özgürlüğüne ve özellikle AİHS'in 10 § 1 maddesi anlamında bilgi veya fikir verme hakkına müdahale olup olmadığını ve eğer müdahale varsa, bu müdahalenin kanunla öngörülüp öngörülmediğini sormuştur. Son olarak ise, AİHS'in 10 § 2 maddesi anlamında ulusal mahkemelerin, AİHM içtihadıyla belirlenen kriterlere uygun olarak, başvurunun ifade özgürlüğü ile eski Başbakan Erdoğan'ın özel hayatına saygı hakkı arasında yeterli bir denge sağlanıp sağlamadığını sormuştur.<sup>1</sup>
5. İFÖD görüşünde, Türkiye bağlamında belediye başkanları, bakanlar ve özellikle Başbakan gibi seçilmiş siyasetçilerin itibarı üzerindeki etkileri açısından sosyal medya paylaşımlarına ilişkin hukuki meseleleri ele alacaktır. Bu nedenle İFÖD, sosyal medya platformlarında yayınlanan yorumların çoğunun nitelik olarak önemsiz ve/veya bu paylaşımların yayılımının Facebook gibi yarı kapalı sosyal medya platformlarında oldukça sınırlı olup olmadığı gibi önemli konuları da değerlendirecektir. İFÖD, **üçüncü kişiler tarafından üretilen ancak başkaları tarafından küçük ve kısıtlı bir Facebook kullanıcı grubuyla paylaşılan veya beğenilen içeriğin, ana akım bir web sitesinde yayınlanan bir açıklama ile aynı ağırlığı taşımaması gerektiği görüşündedir. İhtilafli ifadelerin yazarları ile bu ifadeleri küçük bir kullanıcı kitlesiyle paylaşanlar arasında da ayırım yapılmalıdır.**

<sup>1</sup> Axel Springer AG /Almanya [BD], no 39954/08, 07.02.2012, §§ 89-95; Von Hannover /Almanya (no.2) [BD], nos. 40660/08 and 60641/08, §§ 108 113, AİHM 2012. Bkz: Couderc and Hachette Filipacchi Associés /Fransa [BD], no.40454 / 07, § 93, AİHM 2015 (eks.).

6. Başvurucunun mahkumiyetine dayanak olan Türk Ceza Kanunu (125/3. maddesi) hükmü kamu görevinin yerine getirilmesiyle ilgili olarak kamu görevlilerine karşı hakaret suçunu düzenlemesine rağmen bu hüküm, genellikle üst düzey politikacılara ve hükümet mensuplarına karşı eleştirel sesleri susturmak için kullanılmaktadır. Bu nedenle görüş; Türkiye’de siyasetçileri eleştirilerden bağımsız tutmak amacıyla hakaret düzenlemelerinin kullanılmasına odaklanacaktır. İşbu görüşte gösterileceği üzere, hakaret düzenlemeleri, siyasi konularla ilgili olarak hükümet yetkilileri lehine, eleştirileri susturmak için uygulanmakta ve bu durum, demokrasi ve çoğulculuğun engellenmesine neden olmaktadır. Mevcut başvurunun bu arka plan çerçevesinde incelenmesi gerekir.
7. Görüş kapsamında ilk olarak hakaret ile ilgili Avrupa standartları açıklanacaktır (**Bölüm II**). Ardından yerel hukukun bu standartlara uygunluğu tartışılacaktır. İlk olarak Ceza Kanunu’nun 125/3. maddesi ile kamu görevlilerine sağlanan yüksek korumanın mahiyeti ve bunun neden olduğu eşitsizlik değerlendirilecektir (**Bölüm III**). İkinci olarak, Avrupa Konseyi’nin hakaretin suç olmaktan çıkarılmasına yönelik politikaları ile uyumlu karar verdiği iddia edilen Anayasa Mahkemesi içtihatları incelenecektir (**Bölüm IV**). Başvurucunun mahkumiyetine neden olan paylaşımı yaptığı sırada başbakan olan Cumhurbaşkanı Erdoğan’ın, sahip olduğu yasal koruma, ceza mahkemeleri (**Bölüm V**) ve Anayasa Mahkemesi (**Bölüm VI**) önündeki daha önce örneğine rastlanmamış ve eşsiz konumu itibarıyla Türk yargı sisteminde tüm siyasetçilerden farklılık arz ettiği, sorunun eksiksiz olarak ortaya konulması için ayrıca değerlendirilecektir.

### **Siyasetçilere Yönelik Hakarete İlişkin Avrupa Standartları**

8. Mahkemenin yerleşik içtihadına göre kişinin itibarını koruma hakkı, Sözleşme’nin 8. maddesine giren bir haktır. Bununla birlikte, 8.maddenin devreye girmesi için, bir kişinin itibarına yönelik bir saldırının belirli bir ciddiyet düzeyine ulaşması ve özel hayata saygı hakkından kişisel olarak yararlanılmasına halel getirecek şekilde yapılmış olması gerekir.<sup>2</sup> *Tamiz/Birleşik Krallık* başvurusunun kabul edilebilirlik kararında yer alan Mahkeme’nin yorumuna göre, “**milyonlarca İnternet kullanıcısı her gün çevrimiçi olarak yorum göndermektedir ve bu kullanıcıların birçoğunun ifadelerinde saldırgan ve hatta onur kırıcı olarak görülebilecek ibareler yer almaktadır.** Bununla birlikte, yorumların büyük çoğunluğu, niteliği itibarıyla oldukça önemsiz sayılabilecek ve/veya yayınların erişme alanı çok sınırlı olup başka kişilerin ya da devlet kurumlarının itibarı üzerinde **önemli bir zarara yol açma ihtimali çok sınırlı olacak** ve cezai kovuşturma ya da ihraç gibi başka bir yaptırıma tabi tutulmasını gerektirmeyecektir.”<sup>3</sup>
9. AİHS 8. maddesi “başkalarının itibarının veya haklarının korunması” amacıyla devreye girdiğinde, AİHM, yerel makamların Sözleşme ile güvence altına alınan iki değeri korurken, yani bir yandan 10. madde ile korunan ifade özgürlüğü ile diğer yandan 8. maddede korunan özel hayata saygı hakkı arasında, adil bir denge kurup kurmadığını inceleyecektir. İfade özgürlüğü hakkı ile özel hayata saygı hakkı arasında bir dengeleme işlemi yapılmasına ilişkin ilgili kriterler şu şekildedir: **ilk olarak**, kamusal ilgiyi haiz bir tartışmaya sunulan katkı; **ikinci olarak**, etkilenen kişinin tanınmışlık derecesi ve haberin

<sup>2</sup> A./Norveç, no. 28070/06, 09.04.2009, § 64; *Axel Springer AG /Almanya (GK)* no.39954/048, 07.02.2012, § 83.

<sup>3</sup> *Tamiz /Birleşik Krallık* no 3877/14, 19.09.2017, §§ 80-81.

konusu; **üçüncü olarak**, etkilenen kişinin önceki davranışı; **dördüncü olarak**, bilginin elde edilme şekli ve doğruluğu; **beşincisi**, yayının içeriği, biçimi ve sonuçları ve **altıncı**, uygulanan yaptırımın ciddiyeti.<sup>4</sup> İFÖD, Facebook'ta paylaşılanlar gibi **sosyal medya içeriklerinin hakaret teşkil edip edemeyeceğini belirlemede önemli bir faktör olarak bu testin ilgili ifade aracının potansiyel etkisiyle birlikte değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir.**

### **Konuşmacı/ İçeriğin Üreticisi karşısında İçeriği Yayan Kişi**

10. Sözleşmenin 10. maddesinin 2. paragrafı kapsamında siyasi ifadelerin ya da kamu yararını ilgilendiren konuşmaların sınırlandırılması çok istisnai hallerde mümkündür. Bu bağlamda, çeşitli türlerdeki sosyal medya kullanıcıları arasında ayırım yapmak gerekmektedir ve her ne kadar konuşmayı yapan kişinin unvan ve konumu Mahkeme içtihadı uyarınca önemli olsa da farklı türlerde sosyal medya kullanıcıları bulunabilmektedir. Bu nedenle, aşağıda yer verilen farklı sosyal medya kullanıcıları arasında, eğer varsa, cezai sorumluluğu belirleme açısından bir ayırma gidilmesi gerekmektedir:

- a. **Konuşmacı**, orijinal içeriği yaratan, üreten ve içeriğe sahip olan kişidir.
- b. **Doğrudan Yayan Kişi**, orijinal içeriği paylaşan kişidir.
- c. **Dolaylı Yayan Kişi 1**, orijinal içeriği beğenen kişidir.

11. Sosyal medyadaki paylaşım ve içerik nedeniyle **konuşmacı kategorisinin** sorumluluğu doğsa bile, **yaymanın potansiyel etkilerinin** Mahkeme içtihatları kapsamında daha ayrıntılı değerlendirilmesi gerektiği için aşağıda açıklanacak sebeplerle, bu tek başına sorumluluğun **yayan kategorisine** genişletilebileceği anlamına gelmemektedir.

### **İçeriğin Facebook Platformu Üzerindeki Paylaşımının Potansiyel Etkisi**

12. Çeşitli sosyal medya platformları ve kullanıcılarının bu platformları kullanma biçimleri arasında önemli farklılıklar vardır. Örneğin; Twitter büyük ölçüde açık bir mikroblog platformu olarak kabul edilir, Facebook ise kullanıcıların çoğunlukla “arkadaşları” tarafından görülebilen “duvarlarında” paylaşımında bulunmaları nedeniyle (paylaşımları herkesin erişimine açmadıkları sürece) genellikle yarı-kapalı bir platform olarak kabul edilir. Facebook kullanıcıları, hesaplarının ve profillerinin herkese açık olup olmayacağına veya hesaplarının aile ve arkadaşlarla sınırlı olup olmayacağına kendileri karar verirler. Bundan dolayı İFÖD, ihtilafı paylaşımın yapıldığı platformun niteliğinin, herkese açık bir İnternet platformu, İnternet sitesi ya da yarı-özel bir platform olup olmadığının dikkate alınmasının önemini vurgular.

13. Mahkeme, **ifade aracının potansiyel etkisinin, bir müdahalenin orantılılığının değerlendirilmesinde önemli bir faktör** olduğunu tespit etmiştir.<sup>5</sup> Mahkemenin içtihadına göre, "**küçük bir okuyucu kitlesine ulaşan çevrimiçi olarak yayımlanan bir ifadenin potansiyel etkisinin** ana akım veya çok ziyaret edilen web sitelerinde

<sup>4</sup> *Axel Springer AG*, §§ 83 ve 89 - 95; *Von Hannover/Almanya* (no. 2) [GC], §§ 108 vd.; *Couderc ve Hachette Filipacchi Associés/France* [BD], no. 40454/07, 10.11.2015, § 93; *Medžlis Islamske Zajednice Brčko and Others/Bosna-Hersek* [BD], no. 17224/11, 27.06.2017, § 88.

<sup>5</sup> *Murphy/İrlanda*, no. 44179/98, § 69, AİHM 2003 IX (Özetler).

yayınlanan bir ifadenin potansiyel etkisi ile **kesinlikle aynı olmadığı** açıktır".<sup>6</sup> Bu nedenle çevrimiçi bir yayının kamuya erişiminin kapsamını belirlemek için potansiyel etkisinin değerlendirilmesi elzemdir.<sup>7</sup>

14. Bu nedenle İFÖD, yayınların **kamuya açık, tanınmış veya etkili bir şahsiyet**<sup>8</sup> veya **tanınmış bir blog yazarı** veya **YouTuber**<sup>9</sup> veya Halkın ilgisini çekebilecek **popüler bir sosyal medya kullanıcısı**<sup>10</sup> tarafından yapıp yapılmadığı ve bu nedenle söz konusu ifadelerin potansiyel etkisinin artıp artmadığı ile sosyal medya platformlarında orijinal içerik üretmek yerine **paylaşım ya da beğenisi** ile doğrudan veya dolaylı olarak ifadenin yayılmasına katkı sunan kişiler arasında ayırım gözetilmesi gerektiğini belirtmektedir.<sup>11</sup> İkinci olarak, AİHM, paylaşılan gönderilerin içeriğini, siyasi nitelikleri olup olmadığını ve kamuoyunu ilgilendiren bir konuda siyasi bir tartışmanın parçası olup olmadıklarını da dikkate almalıdır. Üçüncü olarak, AİHM, başvuruçunun gönderi içeriğini üretmediğine, ancak başka bir Facebook kullanıcısı tarafından oluşturulan ve platformda zaten mevcut olan içeriği paylaştığına dikkat etmelidir. Dördüncü olarak, AİHM, başvuruçunun tarafından paylaşılan ifadenin kamunun dikkatini çekip çekmediğini de değerlendirmelidir. Beşinci olarak, AİHM, içeriği asıl üretenin tespit edilip edilmediğini ve eğer durum buysa, o kişi hakkında bir ceza soruşturması yürütülüp yürütülmediğini değerlendirmelidir. Son olarak, AİHM, yerel adli makamların, başvuruçunun Facebook'taki paylaşımlarının potansiyel etkisini ve orijinal içeriğin dağıtımındaki önemsiz rolünü değerlendirip değerlendirmediklerini incelemelidir.
15. İFÖD, bunların **mevcut başvuruda Mahkemenin dikkate alınması gereken önemli faktörler olduğu** ve değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir.

### **Siyasi Nitelikteki Konuşmalar ve Toplumsal Tartışma**

16. Siyasi nitelikteki konuşmalar, Sözleşme kapsamında ayrıcalıklı bir statüye sahiptir. Mahkeme'nin Lingens/Avusturya kararında belirtildiği üzere "siyasi tartışma özgürlüğü, tüm Sözleşmeye hâkim olan demokratik toplum kavramının tam merkezinde yer almaktadır".<sup>12</sup> Kamu yararı ile ilgili diğer konular da aynı düzeyde korunmayı hak etmektedir.<sup>13</sup> Bunun sonucu olarak, kamusal ilgiye sahip konularla ilgili ifadeleri kısıtlayan tedbirlerin "gerekliliğinin" değerlendirilmesinde, resmi otoritelere tanınan takdir yetkisi özellikle sınırlandırılmıştır.

<sup>6</sup> *Savva Terentyev*, § 79.

<sup>7</sup> Düşünce ve ifade özgürlüğünün geliştirilmesi ve korunmasına ilişkin Özel Raportör Frank La Rue, 07.09.2012 tarih ve 16/4, A/67/357 sayılı İnsan Hakları Konseyi kararına uygun olarak sunduğu raporunda da şunları belirtmiştir: "Bir birey tarafından küçük ve kısıtlı bir Facebook kullanıcı grubuna verilen bir ifade, ana akım bir web sitesinde yayınlanan bir ifade ile aynı ağırlığı taşımaz." bkz. <https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/67/357>, § 46.

<sup>8</sup> *Karşılaştığınız, Osmani ve Others/ Eski Makedonya Yugoslav Cumhuriyeti* (dec.), no. 50841/99, 11.10.2001; *Féret/Belçika*, no. 15615/07, §§ 75 and 76

<sup>9</sup> *Rebechenko v. Rusya* no. 10257/17, 16.04.2019, § 25.

<sup>10</sup> *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary* [Gk], no. 18030/11, § 168, AİHM 2016.

<sup>11</sup> *Savva Terentyev/Rusya*, no. 10692/09, 28.08.2018, § 81.

<sup>12</sup> *Lingens/Avusturya*, no. 9815/82, 08.07.1986, para. 42

<sup>13</sup> *Thorgeir Thorgeirso/İzlanda*, no. 13778/88, 25.6.1992, para. 64

17. İfade özgürlüğü ve demokrasi arasındaki önemli ilişki nedeniyle, kamusal ilgiye haiz konular ile ilgili ve siyasi veya saldırgan nitelikte ifadeler, ifade özgürlüğü kapsamında en yüksek düzeyde koruma görürler<sup>14</sup>.

### **Siyasetçilere Yönelik Açıklamalar**

18. Bu yaklaşımın bir sonucu olarak Mahkeme, “siyasetçilere yönelik kabul edilebilir eleştirinin sınırlarının özel bir bireye kıyasla çok daha geniş olduğunu” belirtmiştir.<sup>15</sup> Bir siyasetçi kaçınılmaz olarak ve bilerek her sözü ve eylemini hem gazetecilerin hem de halkın denetimine açmıştır. Özellikle kabul edilebilir eleştiri kapsamındaki kamusal açıklamalar yaptığında, hakkındaki ifadelere daha fazla hoşgörü göstermelidir.<sup>16</sup> Bununla birlikte, tartışmalı olsa dahi bir siyasetçinin itibarı, Sözleşme'nin sağladığı korumadan faydalanmalıdır.<sup>17</sup>

19. Bu nedenle, bir politikacının özel hayatına<sup>18</sup> ve toplumdaki kamusal rolüne<sup>19</sup> yönelik ifadeler arasında bir ayırım gözetilmesi gerekir. Saldırıya uğrayan kişinin devlet memuru olması halinde, Mahkeme saldırıların profesyonel veya kişisel olup olmadığına özellikle dikkat edecektir. Bununla birlikte Mahkeme, devlet memurlarının görevlerinin başarıyla ifası için düzen ve huzurun bozulmadığı şartlar altında kamu güveninden yararlanması gerektiği ve bu nedenle onların rahatsız edici ve saldırgan nitelikte sözlü saldırılardan korunmasının gerekli olabileceği görüşündedir.<sup>20</sup> Ancak bu koruma, siyasi tartışmaların odağında bulunan siyasetçilere sağlanamaz. Mahkeme, demokratik bir toplumda kamusal tartışmaya katkı sunma kapasitesine sahip olgular ile bireyin özel hayatına ilişkin detayların açıklanması arasında temel bir ayırım gözetmektedir.<sup>21</sup>

20. Mahkeme içtihatlarında, siyasetçilere yönelik hakaret ile ilgili olarak geliştirilen bir diğer önemli ilke ise özel bir düzenleme yoluyla daha fazla koruma sağlanmasının, kural olarak, Sözleşme'nin ruhuna uygun olmayacağıdır.<sup>22</sup> **Devlet başkanlarına, başbakanlara, bakanlara veya diğer siyasetçilere yönelik böyle ayrıcalıklı bir koruma sağlanamaz.**<sup>23</sup> Mahkeme'nin ilkelerine göre siyasetçiler ve genel olarak tüm üst düzey kamu görevlilerine yönelik hakaret veya aşağılama eylemlerine, özellikle basına karşı iç hukukta ayrı veya daha ağır cezalar öngörülmesi 10. madde ile bağdaşmaz.

21. İfadenin kullanıldığı bağlam da çok önemlidir.<sup>24</sup> 10. madde, özellikle gazetecilerin siyasetçinin söylemlerine karşı tepki gösterdiği durumlarda, abartılı ve hatta rahatsız edici

<sup>14</sup> Lindon, Otchakovsky-Laurens and July/Fransa, no. 21279/02, 22.10.2007, para. 48

<sup>15</sup> Fedchenko/Rusya, no. 33333/04, 11.02.2010, para. 33; Tuşalp/Türkiye, no. 32131/08, 21.02.2012, para. 45

<sup>16</sup> Lopes Gomes Da Silva/Portekiz, no. 37698/97, 28.09.2000, para. 30

<sup>17</sup> Tuşalp, para. 45

<sup>18</sup> Örnek için bkz. Tammer/Estonya, no. 41205/98, 06.02.2001

<sup>19</sup> Cojocar/Romanya, no. 32104/06, 10.02.2015, para. 95

<sup>20</sup> Janowski/Polonya [GK], no. 25716/94, 21.01.1999, para. 33; Busuioc/Moldova, no. 61513/00, 21.12. 2004, para. 64; Taffin and Contribuables Associes/Fransa, no. 42396/04, 18.02.2010, para. 64

<sup>21</sup> Otegi Mondrago/İspanya, no. 2034/07, 15.03.2011, para. 57

<sup>22</sup> Artun and Güvener/Türkiye, no. 75510/01, 26.7. 2007, para. 31; Önal/Türkiye (no. 2), no. 44982/07, 02.07.2019; Otegi Mondragon/İspanya, no.2034/07, 15.03.011; Stern Taulats and Roura Capellera/İspanya, no. 51168/15, 13.3.2018

<sup>23</sup> Tuşalp/Türkiye; Turhan/Türkiye, no. 48176/99, 19.5.2005, para. 25.

<sup>24</sup> Tammer/Estonya, no. 41205/98, 06.02.2001, para. 61

dil kullanımını da korumaktadır.<sup>25</sup> Bir siyasetçinin genel menfaate yönelik ifadesine yanıt niteliğindeki siyasi açıklamalar, eleştiriyi yönelten kişi kasıtlı olarak dikkatsizlik göstermediği sürece sınırlandırılmaz.<sup>26</sup> Mahkeme, olgu aktarımı ve değer yargıları arasındaki ayrıma dikkat çekerek ifadelerin açık bir temeli olmasa dahi yerel düzeyde canlı bir siyasi tartışma sırasında yapılması ve seçilmiş kişiler ile gazetecilerin yerel otoritelerin eylemlerini eleştirmesi kapsamında geniş bir özgürlüğe sahip olması gerektiğini belirtmiştir.<sup>27</sup>

22. Rahatsız edici bir ifade yalnızca aşığılama ve hakaret etme amacıyla kullanılmışsa ifade özgürlüğü koruması dışında kalacaktır.<sup>28</sup> Bununla birlikte *Lopes Gomes Da Silva* kararında belirtildiği üzere, demokratik bir toplumun garantileri olan siyasi risklerin ve fikirlerin özgürce tartışılması kapsamında siyasi tartışmalar çoğunlukla kişisel alana da yayılır.<sup>29</sup> Bu davada Mahkeme, makalenin gereksiz bir kişisel saldırı olmadığını, nesnel bir açıklama ile desteklenen olgulara dayanan siyasi bir tartışma olduğunu tespit etmiştir.
23. Açıklanan nedenlerle, **yerel mahkemeler belli açıklamaları bağlamlarından koparmamalı ve belirli ifadeleri tek başına ele alarak hakaret olarak nitelendirmemelidirler.** Salt kaba ifadelerin kullanımı, üslupla ilgili amaca hizmet edebileceğinden tek başına ifadenin saldırgan olduğu değerlendirilmesinde belirleyici değildir. *Tuşalp* kararında, Mahkeme ulusal yargı makamlarının yargılama sırasında söz konusu ifadeleri bağlamından kopardığını ve ifade edildikleri üslubu göz ardı ederek bir değerlendirme yaptıklarını gözlemlemiştir.<sup>30</sup> Mahkeme, *Instytut Ekonomichnykh Reform, Tov/Ukrayna* kararında yazarın kullandığı varsayımsal gramer formları ve hiciv tonunun, bir gazetecinin makalesinin iftira niteliğinde olup olmadığına karar vermek için yerel mahkemeler tarafından dikkate alınması gereken ilgili faktörler olduğunu belirtmiştir.<sup>31</sup>
24. Ayrıca, Hükümetin ve üyelerinin sahip olduğu baskın konum, özellikle rakiplerinin haksız saldırıları ve eleştirilerine yanıt vermek için başka araçlara başvurma imkanının mevcut olduğu durumlarda ceza yargılamalarına ve gözaltı tedbirlerine başvurmaktan kaçınılmasını gerekli kılmaktadır.<sup>32</sup> Bu bağlamda, Mahkeme, çoğu kez kamusal menfaati ilgilendiren konularda görüşlerini ifade eden kişilere uygulanan cezai yaptırımların, orantılılığa sirayet eden ve bir bütün olarak topluma zarar veren caydırıcı etki yaratan bir faktör olduğuna karar vermiştir.<sup>33</sup>

<sup>25</sup> *Oberschlick/Avusturya* (No. 2), no. 20834/92, 1.7.1997, para. 32. Hicvin doğasında var olan gerçekliğin çarpıtılması ve bozulması da 10. madde kapsamında korunmaktadır, bkz. *Vereinigung Bildender Künstler/Avusturya*, no. 68354/01, 25.1.2007, para. 33; *Eon/Fransa*, no. 26118/10, 14.6.2013, para. 60.

<sup>26</sup> *Unabhängige Initiative Informationsvielfalt/Avusturya*, no. 28525/95, para. 43.

<sup>27</sup> *Lombardo and diğerleri/Malta*, no. 7333/06, 24.04.2007, para. 60.

<sup>28</sup> Örnek için bkz. *Rujak/Hırvatistan*, no. 57942/10, 02.10.2010, para. 30

<sup>29</sup> *Lopes Gomes Da Silva/Portekiz*, para. 34.

<sup>30</sup> *Roland Dumas/Fransa*, no. 34875/07, 15.7.2010, para. 50-51.

<sup>31</sup> *Instytut Ekonomichnykh Reform, Tov/Ukrayna* no. 61561/08, 2.6.2016, para. 56.

<sup>32</sup> *Kandzhov/Bulgaristan*, no. 68294/01, 06.11.2008, para. 73. Bkz: *Erdoğan and İnce/Türkiye*, no. 25067/94, § 50, 8.7.1999; *Başkaya and Okçuoğlu /Türkiye*, no. 23536/94, § 62, 08.7.1999; *Sürek /Türkiye* (no. 4), no. 24762/94, § 57, 08.7.1999; *Sürek /Türkiye* (no.2), no. 24122/94, § 34, 8.7.1999; *Yalçın Küçük /Türkiye*, no. 28493/95, § 38, 5.12.2002; *Erdoğan /Türkiye*, no. 25723/94, §§ 61-62, 15.6.2000.

<sup>33</sup> *Cumpăna and Mazare/Romanya*, no. 33348/96, 17.12.2004, para. 114

### **Türk Ceza Kanunu'nun 125/3-a Maddesi**

25. Türk Ceza Kanunu'nun 125. maddesi hakaret suçunu düzenlemektedir. Bu hükme göre, başka bir kişiye hakaret eden biri, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına çarptırılabilir. Bununla birlikte, **maddenin üçüncü fıkrası kamu görevlileri için daha yüksek bir koruma sağlamaktadır**. Suç, kamu görevinin yerine getirilmesi ile bağlantılı olarak bir kamu görevlisine karşı işlenirse, ceza bir yıldan az olamayacaktır.
26. Yukarıda da belirtildiği gibi Mahkeme, kamu görevlilerinin görevlerini rahatsızlık duymadan ifa ederken kamu güvenine sahip olmasını kabul etmesine rağmen bu hüküm ve uygulaması Sözleşme ile çelişmektedir.<sup>34</sup>
27. İlk olarak, kamu görevlisinin ortak bir menfaat için korunması Mahkemenin içtihadı çerçevesinde kabul edilebilir olsa da bu korumanın, **mağdurun kamu görevlisi olduğu hakaret davalarında daha ağır cezalandırılmasını haklı kılıp kılmadığı şüphelidir**.
28. İkinci olarak, mevcut davanın gösterdiği gibi **Türkiye'de yargı organları bu hükmün uygulanmasında; başbakan, bakan ve belediye başkanları gibi seçilmiş politikacılar ile atanmış kamu görevlileri arasında bir ayırım yapmamaktadır**. Bu hükmün uygulanmasında başbakan, bakanlar ve belediye başkanları “kamu görevlisi” olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte, kamu görevlilerinin aksine, bir siyasetçi her sözünün hem gazeteciler hem de halk tarafından genel olarak denetlenmesine açıktır ve daha fazla hoşgörü göstermelidir. Ancak bu fark göz ardı edilerek, adli makamlar iktidar partisine mensup siyasetçilere 125/3-a maddesi kapsamında daha yüksek bir koruma sağlamaktadır. Düzenleme, hakaret suçunun kamu görevinin yerine getirilmesi ile ilgili olarak işlenmesi halinde daha ağır ceza verilmesi gerektiğini belirttiği için bir bireyin bir siyasetçinin siyasi kararlarına karşı tepkisi bu kategoriye girmektedir.
29. Üçüncü olarak, **bu hüküm iktidar ve muhalefetteki siyasetçiler arasında bir eşitsizliğe de neden olmaktadır**. Başbakan, bakan, belediye başkanları vb. dahil olmak üzere siyasetçiler 125/3-a maddesi ile korunurken muhalif siyasetçiler kamu görevlisi olarak adlandırılmadıkları için daha az koruma içeren 125/1 maddesine tabidir. 125/1 ve 125/3-a düzenlemeleri arasındaki bir diğer fark da vurgulanmalıdır. 125/1. madde uyarınca (soruşturma başlatılabilmesi için) mağdur, hakaretin ağırlığına bakılmaksızın savcılığa şikâyette bulunmalıdır; oysa 125/3-a maddesi uyarınca soruşturma şikâyete tabi olmaksızın re'sen savcı tarafından başlatılabilir. Farklı kaynaklardan edinilen bilgiler 125/3-a maddesi uyarınca soruşturma başlatmak için yeterlidir. Sonuç olarak cumhuriyet savcısı, bir kişi hakkında bir bakana hakaret ettiği için, bakan bu ifadelerden haberdar olmasa dahi, soruşturma açabilir. Ancak muhalif siyasetçiler için durum böyle değildir. Böylece yasa; iktidar ve muhalif siyasilere eşit muamele etmemektedir.
30. 125/3-a maddesi, iktidar partisi üyeleri tarafından yaygın ve sistematik bir şekilde kullanılmıştır. Örneğin, eski Ankara Belediye Başkanı Twitter'da kendisine yönelik eleştirilere karşı 3000 hakaret davası başlattığını duyurmuştur.<sup>35</sup> Eski Başbakan Ahmet

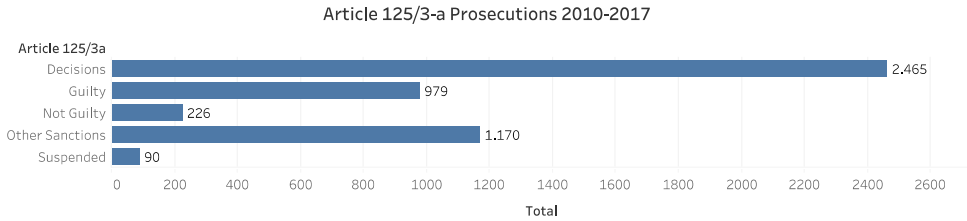
<sup>34</sup> Anayasa Mahkemesi, 125/3-a maddesinin Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptalini reddederken kuralın amacının kamu yararını korumak olduğunu belirtmiştir. Sonuç olarak Mahkeme, ortak çıkar için daha ağır cezaların haklı olduğuna karar vermiştir. Bkz. E. 2012/78, K. 2012/111, 12.9.2012.

<sup>35</sup> Bkz. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, Türkiye'de İfade ve Basın Özgürlüğü Hakkında Memorandum, CommDH(2017)5, para. 57



Davutoğlu,<sup>36</sup> Binali Yıldırım,<sup>37</sup> Recep Tayyip Erdoğan,<sup>38</sup> ve bakanlara<sup>39</sup> hakaret ettikleri gerekçesiyle birçok davada gazeteciler ve diğer kişiler yargılanmakta ve ceza yaptırımlarına maruz kalmaktadır.

31. Bu rakamlar hukuk davalarını da içerirse de toplam sayı yine de dikkat çekicidir. Öte yandan, resmi istatistikler ayrıntılı olmayıp yalnızca 2017 yılına kadar mevcuttur. Bu nedenle 2018 ve 2019 yıllarına ait yıllık istatistikler değerlendirme için mevcut değildir. Bu nedenle, 125/3-a madde kapsamında devam etmekte olan davaların ve cezai soruşturmaların sayısı bilinmemektedir. Mevcut istatistikler, 2010-2017 yılları arasında 125/3-a maddesi kapsamında 2465 karar verildiğini ve 979 kişinin suçlu bulunduğunu, 90 kişinin ertelenmiş hapis cezasına çarptırıldığını ve 1170 kişinin başka yaptırımlara maruz kaldığını göstermektedir. Resmi istatistikler, “kamu görevlilerinin” kimler olduğu ve bunlardan kaç tanesinin başbakanla ilgili olup olmadığı konusunda ayrıntı vermemektedir.



### **Anayasa Mahkemesinin Hakaretin Suç Olmaktan Çıkarılmasına İlişkin İçtihadı**

32. Parlamenter Meclisi, “Hakaretin Suç Olmaktan Çıkarılmasına Doğru” başlıklı 1577 (2007) sayılı Kararında üye devletleri, (hakarete ilişkin) mevzuatlarını azami tahdit ile uygulamaya ve hakaret ile suçlanan herkesin olası ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmak için usule ilişkin güvenceler konusunda ısrarcı olmaya davet etmiştir. Bu karara atıfla 1877 (2007) sayılı Tavsiye Kararında ise, Bakanlar Komitesi “tüm üye devletleri hakaret yasalarını gözden geçirmeye ve gerektiğinde kötüye kullanım veya haksız kovuşturma risklerinin ortadan kaldırılması amacıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı ile uyumlu bir şekilde düzenlemeye” davet edilmiştir.

<sup>36</sup> Bülent Keneş Davası, Ankara 37. Asliye Ceza Mahkemesi, 2015/977 E., 2016/78 K.; Sevgi Akarçeşme ve Diğerleri Davası, Ankara 32. Asliye Ceza Mahkemesi, 2015/350 E., 2015/865 K.

<sup>37</sup> Ferhat Tunç Case, İstanbul Büyükçekmece 16 Asliye Ceza Mahkemesi <https://www.evrensel.net/haber/389487/binali-yildirima-hakaret-iddiasıyla-yargilanan-ferhat-tuncun-durusmasi-ertelendi>

<sup>38</sup> İbrahim Öztürk Davası, Kütahya Asliye Ceza Mahkemesi, 2015/828 E., 16.02.2016; Bülent Keneş Davası, Ankara 14. Asliye Ceza Mahkemesi, 2014/780 E., 2015/466 K.; Canan Kaftancıoğlu Davası, İstanbul 37. Ağır Ceza Mahkemesi, 2019/171 E., 2019/322 K. Ayrıca bkz.: <http://bianet.org/bianet/medya/174342-erdogan-ve-hakaret-tck-299-125-in-uc-ayi>; <https://t24.com.tr/haber/son-3-aylik-medya-gozlem-raporu-sansur-yayin-yasagi-tehditsorusturma-gozalti-tutuklama-olum,352456>

<sup>39</sup> Ankara 29. Asliye Ceza Mahkemesi, 2015/13 E., 2015/1311 K. Bu davada sanık; Erdoğan, Davutoğlu, Arınç ve Bozdağ'a hakaret ettiği için mahkûm edilmiş ve toplam 5 yıl 9 ay hapis cezası almıştır.

33. Anayasa Mahkemesi, AKPM'nin tavsiyelerine<sup>40</sup> ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarına<sup>41</sup> atıfta bulunarak benzer başvurularda cumhuriyet savcılarının hakaretleri kovuşturmamaları nedeniyle kişilik haklarının (itibarlarının) ihlal edildiğini iddia eden kişilerin başvurularını, başvuruçuların etkili iç hukuk yollarını tüketmedikleri, tazminat davası açmadıkları ve mevcut hukuk yollarını tüketmedikleri gerekçesiyle, kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.<sup>42</sup> Anayasa Mahkemesinin yaklaşımı, *Yakup Saygılı/Türkiye*<sup>43</sup> ve *Gülen/Türkiye*<sup>44</sup> kararında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından da onaylanmıştır.
34. Bununla birlikte, söz konusu yaklaşım **hakaretin suç olmaktan çıkarılmasından ziyade hakaret suçu kapsamındaki ceza davaları kapsamında haksız uygulamalara neden olmuştur**. Zira hakaret suçuna ilişkin düzenleme hala Ceza Kanunu'nda bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi ceza hukuku ve özel hukuk kapsamına giren hakaret fiilleri arasında bir ayırım gözetmediği için savcılar Türkiye Cumhurbaşkanı söz konusu olduğunda TCK'nın 125. ve 299. maddeleri uyarınca hakaret olarak niteledikleri ifadeler aleyhine dava açma konusunda sınırsız bir takdir yetkisine sahiptir. Savcıların 2018<sup>45</sup>'de 224.681 kişiyi ve 2019<sup>46</sup>'da 243.781 kişiyi Ceza Kanunu'nun 125. maddesi uyarınca suçladığı gerçeği göz önünde bulundurulduğunda Anayasa Mahkemesinin hakaretleri suç olmaktan çıkarma girişimi, **en iyi ihtimalle** boşunadır. Bu rakamlar kamu görevlilerine yönelik hakaretler nedeniyle re'sen açılan soruşturmaları da içermektedir. **En kötü ihtimalle**, Anayasa Mahkemesi, hakarete uğradığını iddia eden başvuruçuların, Anayasa Mahkemesi'ne başvurmadan önce hukuk davası açmak da dahil olmak üzere hakaretle ilgili mevcut tüm hukuk yollarını tüketmelerini şart koştuğundan, çelişkilidir. Örneğin, bir kişi bir bakanın kendisine iftira attığından şikayet ederse ve şikayeti bir savcı tarafından reddedilirse, Anayasa Mahkemesine başvurabilmek için önce bakana karşı hukuk davası açmak zorunda kalacaktır. Anayasa Mahkemesi'nin içtihadı hakareti suç olmaktan çıkarmadığından ve sıradan vatandaşlar ile seçilmiş üst düzey kamu görevlileri arasında fiili bir eşitsizlik yarattığından, bu tutarsız yaklaşım, hükümet yetkililerinin veya üst düzey kamu görevlilerinin lehine bir sonuç doğurmaktadır. .
35. İkinci olarak Anayasa Mahkemesi, ifade özgürlüğü ihlali bulmadığı hakaret davalarında cezai yaptırımların orantılılığını tartışmamaktadır. Nitekim hem mevcut davada hem de başvuruçunun Cumhurbaşkanı'na hakaret ettiği gerekçesiyle mahkûm olduğu *Umut Kılıç* başvurusunda<sup>47</sup>, hakaret davasında hapis cezalarının orantılılığı incelenmemiştir.

<sup>40</sup> PACE, Hakaretin Suç Olmaktan Çıkarılmasına Doğru, Resolution 1577, 04.10.2007, para, 11, 13, 17; PACE, Hakaretin Suç Olmaktan Çıkarılmasına Doğru, Resolution 1814, 04.10.2007, para. 1; PACE, Medya Özgürlüğüne Saygı, Recommendation 1897, 27.1.2010, para. 1.

<sup>41</sup> Šabanović/Sırbistan, no. 5995/06, 31.5.2011, para. 43; Niskasaari/Finlandiya, no. 37520/07, 6.7.2010, para. 77

<sup>42</sup> Adnan Oktar (2), B.No: 2013/514, 02.10.2013, para. 40; Adnan Oktar (3), B. No. 2013/1123, 02.10.2013, para.

<sup>43</sup> *Yakup Saygılı v. Türkiye*, no. 42914/16, 11.7.2017.

<sup>44</sup> *Gülen v. Türkiye*, nos. 38197/16, 38384/16, 38389/16 et al. 08.09.2020.

<sup>45</sup> Adalet İstatistikleri 2018, s. 93.

<sup>46</sup> Adalet İstatistikleri 2018, s. 93.

<sup>47</sup> *Umut Kılıç*, B.No. 2015/16643, 04.04.2018.

36. Açıklananlar yanında, ilgili düzenlemenin Anayasaya uygunluğu Anayasa Mahkemesi tarafından incelenmiştir. Yerel mahkeme, 125/3-a maddesinde öngörülen cezanın orantısız olduğu ve iptal edilmesi gerektiğini iddia etmiştir. Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu, yasa koyucunun hangi eylemlerin cezalandırılması gerektiğini belirlemek yönünde suç politikası kapsamında takdir yetkisine sahip olduğu sonucuna vararak iptal talebini oybirliğiyle reddetmiştir.<sup>48</sup>
37. Dolayısıyla, sonuç en iyi ihtimalle tuhaftır. Bir birey, kendine yönelik hakaretin ağırlığı gözetilmeksizin hukuk davası açmazsa, Anayasa Mahkemesine ve daha sonra AİHM'e başvuramamaktadır. Ancak, iktidar partisine mensup bir siyasetçinin davasının kendisinin herhangi bir şikâyeti olmaksızın savcılar tarafından başlatılan soruşturma sonucu ceza mahkemesine getirilerek faile yaptırım uygulanması; hakaretin suç olmaktan çıkarılması görüşünü destekleyen Avrupa Konseyi belgelerine atıf yapan aynı Anayasa Mahkemesi tarafından sorgulanmamaktadır. Yargının ve savcılarının bağımsızlığıyla ilgili sorunlar göz önüne alındığında, Anayasa Mahkemesinin bu yaklaşımı muhalif politikacılar ile iktidardaki siyasetçiler arasında itibar hakkının korunmasının ihlali kapsamında adalet erişim açısından eşitsizlik yaratmaktadır. Muhalif siyasetçilerin iktidar partisine mensup siyasetçilere karşı şikayetleri kabul edilmez bulunmakta ve kovuşturulmazken, iktidar partisine mensup siyasetçilerin şikayetleri genel olarak kabul edilmekte ve muhalif siyasetçilere karşı kovuşturmalar başlatılmaktadır. Aynı husus; tüm muhalifler, özellikle muhalif medya, gazeteciler, aktivistler ve sivil toplum örgütleri için de söylenebilir.
38. Öte yandan Anayasa Mahkemesi, Erdoğan'a hakaretle ilgili davalarda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarını sistematik olarak göz ardı etmektedir. Örneğin, Kemal Kılıçdaroğlu başvurusunda muhalefet partisi lideri olan başvuran, Meclis'te yaptığı konuşma nedeniyle Erdoğan'a tazminat ödemeye mahkum edilmiştir. Anayasa Mahkemesi yalnızca bu konuşmanın başvuranın parlamento dokunulmazlığıyla korunmadığına karar vermekle kalmamış, aynı zamanda yerel mahkemenin kararının Anayasayı ihlal etmediğine de karar vermiştir.<sup>49</sup> Anayasa Mahkemesi başvuran aleyhine karar verirken konuşmanın yapıldığı bağlamı göz ardı etmiştir. Kısa süre önce Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi aynı davada Kılıçdaroğlu'nun ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine hükmetmiştir.<sup>50</sup> Mahkeme, Anayasa Mahkemesi'nin, sorunun derinlemesine herhangi bir analizine girmeden, yalnızca belirli açıklamaların soyut niteliğini vurguladığını belirtmiştir.<sup>51</sup>
39. Anayasa Mahkemesi, hukuk ve ceza davalarında Erdoğan'a hakaret ettikleri gerekçesiyle mahkum edilen veya tazminat ödemeye mahkum olan kişiler tarafından yapılan birçok bireysel başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi Mustafa Akaydın başvurusunda<sup>52</sup>, konuşmaları yaptığı sırada muhalefet partisinden belediye başkanı adayı olan

<sup>48</sup> Bkz. 2012/78 E., 2012/111 K., 12.9.2012.

<sup>49</sup> Kemal Kılıçdaroğlu, B. No. 2014/1577, 25.10.2017. Anayasa Mahkemesi'nin benzer bir kararı için bkz. Ömür Çağdaş Ersoy başvurusu. Anayasa Mahkemesi bu başvuruda Strazburg içtihadını da göz ardı etmiş ve başvurana uygulanan yaptırımı orantılı bulmuştur. Ömür Çağdaş Ersoy B. No:2015/11715,12.12.2018

<sup>50</sup> *Kılıçdaroğlu v. Türkiye*, no. 16558/18, 27.10.2020.

<sup>51</sup> *Kılıçdaroğlu*, § 57.

<sup>52</sup> Mustafa Akaydın, B. No: 2015/14800, 8/1/2020.

başvurucunun, Erdoğan'a tazminat ödemeye mahkûm edilmesine ilişkin başvurucunun İfade özgürlüğünün ihlal edildiğini iddia ederek Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuş olmasına rağmen Anayasa Mahkemesi, başvurucunun haklarının ihlal edildiğini kanıtlayamadığı gerekçesiyle başvuruyu kabul edilemez bulmuştur. Anayasa Mahkemesi Abdurrahman Erol Özkoray başvurusunda<sup>53</sup> ve mevcut davada da aynı gerekçeyi tekrarlamıştır. Bununla birlikte, temellendirilmemiş şikayet doktrininin bu şekilde uygulanması, AIHM içtihatlarıyla bütünüyle çelişmektedir.

40. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi de diğer yerel mahkemeler gibi, Erdoğan'ın taraf olduğu davalarda Strazburg standartlarını uygulamakta sürekli bir şekilde başarısız olmaktadır.

### **Sonuç**

41. Örneklerle açıklandığı üzere, Türk Ceza Kanunu'nun 125/3-a maddesi, Strazburg Mahkemesi'nin tutarlı içtihatlarına aykırı olarak kamusal tartışmalarda muhalif siyasetçilerin susturulması ve iktidara mensup siyasetçilere yönelik imtiyazlı koruma sağlanması için kullanılmaktadır.
42. İFÖD, Mahkeme'yi 125/3-a maddesinin Sözleşme standartlarına aykırı olduğu ve düzenlemeye ilişkin ulusal yargı pratiklerinin siyasi ifadeler üzerindeki olumsuz etkiyi arttırdığını dikkate almaya davet etmektedir.

**12.11.2020**

**İfade Özgürlüğü Derneği-İFÖD (Türkiye)**

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

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

<sup>53</sup> Abdurrahman Erol Özkoray, b. No: 2015/798, 9.01.2020, para. 24