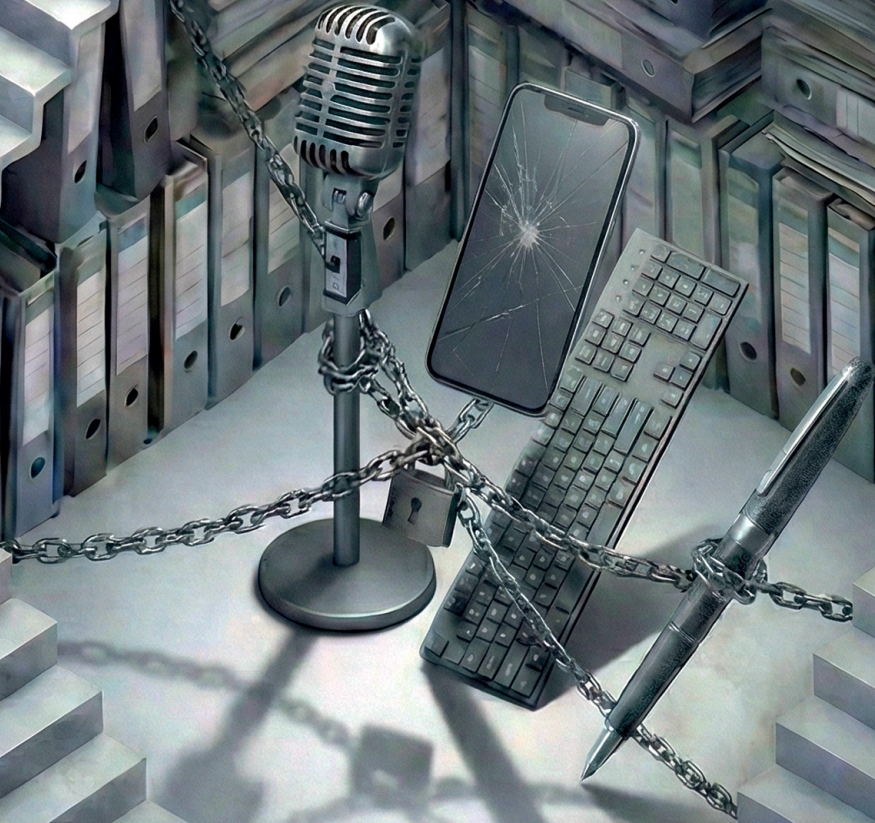


SANSÜRÜN GİZLİ SİLAHI İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ DAVALARINDA USUL İHLALLERİ

KEREM ALTIPARMAK & ALİ RIZA ÇOBAN



SANSÜRÜN GİZLİ SİLAHI İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ DAVALARINDA USUL İHLALLERİ

KEREM ALTIPARMAK & ALİ RIZA ÇOBAN



Hollanda Kraliyeti

Bu yayın Hollanda Büyükelçiliği İnsan Hakları Programı desteğiyle yürütülen bir proje kapsamında hazırlanmıştır. Bu yayının içeriğinden yalnızca yazarları sorumlu olup herhangi bir şekilde Hollanda Büyükelçiliği'nin görüşlerini yansıtmamaktadır.

SANSÜRÜN GİZLİ SİLAHI İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ DAVALARINDA USUL İHLALLERİ

Yazarlar: KEREM ALTIPARMAK - ALİ RIZA ÇOBAN

ISBN: 978-625-99747-7-4

Ocak 2026

© İfade Özgürlüğü Derneği

Hasırcıbaşı Caddesi, No: 24/4, Kadıköy İstanbul
Sertifika No: 44361

Tasarım Kadir Abbas

SANSÜRÜN GİZLİ SİLAHI İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ DAVALARINDA USUL İHLALLERİ

KEREM ALTIPARMAK & ALİ RIZA ÇOBAN

• ARAŞTIRMA •

İfade Özgürlüğü Derneği ve İfade Özgürlüğü Davalarında Usul ihlalleri Raporu Hakkında

Merkezi İstanbul’da bulunan İfade Özgürlüğü Derneği (“İFÖD”) Ağustos 2017’de kurulmuştur. Dernek, dil, din, ırk, cinsiyet, cinsel yönelim, cinsiyet kimliği, yaş, engellilik, politik görüş farklılığı ve diğer nedenlere dayalı hiçbir ayırım gözetmeksizin ifade özgürlüğü hakkına yönelik ihlallerin önlenmesi ve sona erdirilmesine odaklanmıştır. Bu doğrultuda, ifade özgürlüğü hakkı ihlal edilen veya bu hakkı tehlike altında olan kişilere hukuki yardım sağlamak, araştırma, eğitim, ulusal ve uluslararası işbirliği yapmak ve dayanışmayı güçlendirmek amacıyla çalışmalar yürütmektedir. İFÖD, Temmuz 2023’te Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konsey (“ECOSOC”) nezdinde akredite olmuş ve özel danışmanlık statüsü kazanmıştır.

Elinizdeki “**Sansürün Gizli Silahı: İfade Özgürlüğü Davalarında Usul İhlalleri**” başlıklı bu rapor, Türkiye’de giderek derinleşen ifade özgürlüğü krizine farklı ve hayati bir pencereden bakmayı amaçlamaktadır. Bugüne kadar ifade özgürlüğüne yönelik saldırılar genellikle “neyin yasaklandığı” üzerinden, yani maddi hukuk boyutuyla tartışılmıştır. Ancak Türkiye’de otokratik legalizmin hâkim olduğu yeni rejimde, sansür mekanizmasının “nasıl” işlediği ve yasaklamanın nasıl gerçekleştiği sorusu en az yasakların içeriği kadar kritiktir. Baskı rejiminin merkezinde, yargı makamlarının ve muhakeme araçlarının birer susturma silahına dönüştürülmesi yatmaktadır.

Bu rapor, ifade özgürlüğü davalarında soruşturmanın başlangıcından nihai kararın verilmesine kadar geçen süreçte yaşanan sistematik usul ihlallerini haritalandırmaktadır. “Sanal devriye” ile yaratılan suçlardan şikâyet tabi suçların re’sen soruşturulmasına, savunma hakkının kısıtlanmasından “kopyala-yapıştır” iddianamelere ve gerekçesiz mahkûmiyet kararlarına kadar uzanan bu ihlaller zinciri, aslında **sansürün gizli silahıdır**. Amacımız adil yargılanma güvencelerinin nasıl anlamsız kılındığını ve hukukun, muhalif sesleri bastırmak için nasıl araçsallaştırıldığını somut örneklerle ortaya koymaktır. Uluslararası insan hakları hukukunda bir “usule dönüş” eğiliminin tartışıldığı bir dönemde, Türkiye’de usuli güvencelerin bu denli ağır bir şekilde tahrip edilmesi, AİHM ve AYM içtihatlarının fiilen etkisizleştirilmesi anlamına gelmektedir. Bu çalışma hukukçular, hak savunucuları ve tüm ilgililer için bu sistematik ihlallere karşı bir başvuru kaynağı olmayı hedeflemektedir.

İfade Özgürlüğü Derneği’nin diğer çalışmaları ve EngelliWeb raporları gibi, bu rapor da kamuoyunun erişimine açıktır. Raporun tamamına ve derneğimizin diğer yayınlarına web sitemiz <https://ifade.org.tr> üzerinden ulaşabilirsiniz.

İçindekiler

I.

GİRİŞ: YENİ REJİMDE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ SORUNU	1
A. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNE İLİŞKİN USULİ GÜVENCELERİN ANLAMI	4
1. İkincillik İlkesi ve Usuli Ödevler Açısından Anlamı	5
2. İfade Özgürlüğü Davaları Bakımından İkincilliğin Pozitif Boyutu	9
B. USULİ YÜKÜMLÜLÜKLER	10
1. İdari ve Yasal Karar Alma Sürecine İlişkin Usuli Yükümlülükler	11
2. AİHM ve AYM İçtihadının Doğru Tespiti ve Uygulanmasına İlişkin Usul Yükümlülükleri	14
3. Adil Yargılanma Hakkı Kapsamındaki Usuli Yükümlülükler ve Sözleşmenin 6. ve 10. Maddeleri Arasındaki Etkileşim	15
C. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ DAVALARINDA USUL ÖDEVLERİNİN ÇÖZÜMLENMESİ	19

II.

SORUŞTURMA AŞAMASI	20
A. SUÇ TESPİTİ VE İHBARA İLİŞKİN SORUNLAR	21
1. Sanal Devriye	21
2. Şikâyet Tabi Suçun Re'sen Soruşturulması	23
3. Soruşturma ve Kovuşturma İzin Prosedürlerine İlişkin İhlaller	28
4. Toplu Şikâyet ve Hedef Gösterme	30
5. Masumiyet Karinesi ve Üst Düzey Hedef Gösterme	33
B. SORUŞTURMA SÜRECİNE İLİŞKİN SORUNLAR	34
1. Haksız Yakalama ve Tutuklama	34
2. Suçlamayı Öğrenme Hakkı	37
C. DELİLLER VE İDDİANAMENİN NİTELİĞİ	39

III.

KOVUŞTURMA AŞAMASINA İLİŞKİN USULİ YÜKÜMLÜLÜKLER	41
A. TARAFSIZ VE BAĞIMSIZ MAHKEMECE YARGILANMA HAKKI	41
B. İSNADI ÖĞRENME HAKKI	49
C. SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ VE ÇELİŞMELİ YARGILANMA HAKKI	53
1. Delillerin Gerçekliğine ve Güvenilirliğine Yönelik İtirazların İleri Sürülmesine Fırsat Verilmesi	56
2. Savunma Tarafının Sunduğu Delillerin Mahkemece İncelenmesi/Değerlendirilmesi	57
D. BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ DAVALARINDA İSPAT KÜLFETİ	59

IV.

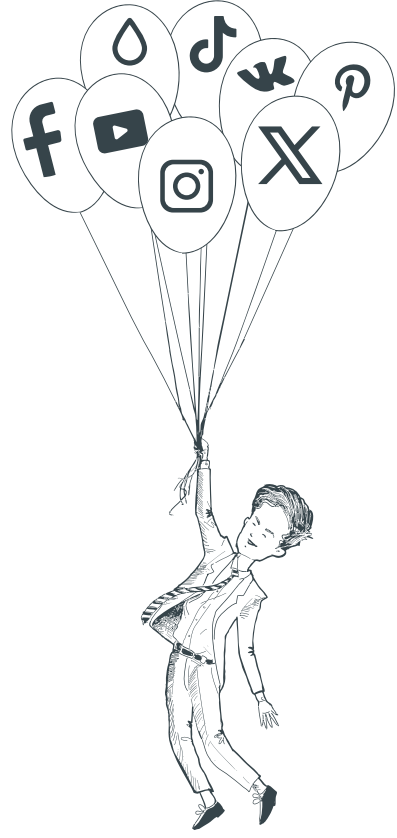
KARARA İLİŞKİN USULİ YÜKÜMLÜLÜKLER	63
A. GEREKÇELİ KARAR HAKKI VE “İLGİLİ VE YETERLİ GEREKÇE” YÜKÜMLÜLÜĞÜ	64
1. <i>Kişilik Haklarının Korunması Amacına Yönelik Müdahaleler</i>	66
2. <i>Ulusal Güvenlik ve Kamu Düzeninin Korunması Amacına Yönelik Müdahaleler</i>	70
3. <i>Genel sağlık ve Genel Ahlakın Korunması Amacına Yönelik Müdahaleler</i>	72
a) <i>Din Özgürlüğü ile İfade Özgürlüğünün Çatışması Hali</i>	73
b) <i>Ahlak ve Kamu Sağlığı</i>	76
4. <i>Nefret Söylemine İlişkin Değerlendirme Ölçütleri</i>	78
B. KARARLARIN ALENİYETİ	82

V.

İDARE HUKUKUNDA USUL YÜKÜMLÜLÜKLERİ	84
A. İDARİ SÜREÇLERDE USULE İLİŞKİN GENEL İLKELER	84
1. <i>Yasallık İlkesi</i>	86
2. <i>Demokratik Toplumda Gerekliklik Ölçütünün Uygulanması</i>	87
B. KAMU GÖREVLİLERİNİN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ	88
1. <i>Sendikal özgürlük-ifade özgürlüğü ayrımı</i>	89
2. <i>Kamu Görevlilerinin İfade Özgürlüğünde Temel Test</i>	89
C. KAMU GÖREVLİSİNİN YÜRÜTTÜĞÜ HİZMETİN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNE ETKİSİ	95
1. <i>Öğretmenler</i>	95
2. <i>Hakimler</i>	97
3. <i>Akademisyenler</i>	100
D. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ İLE İLGİLİ İDARİ KURUMLARIN USUL YÜKÜMLÜLÜKLERİ	102
E. İDARİ YARGILAMADA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜ ETKİLEYEN USUL SORUNLARI	105
1. <i>Re’sen Araştırma İlkesi</i>	105
2. <i>Sebeplik İlkesi Uygulanması</i>	106
3. <i>Ara Karar Cevaplarının Tebliğ Edilmemesi ve Cevabının İstenmemesi</i>	107
4. <i>İdari Yargıda Duruşma ve Tanık Konusundaki Sorunlar</i>	108

VI.

SONUÇ	110
--------------	-----



GİRİŞ: YENİ REJİMDE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ SORUNU

İfade özgürlüğüne yönelik tehdit ve baskılar son on yılda giderek artan bir şekilde Türkiye’de günlük hayatın sıradan bir vakası haline geldi. Şüphesiz Türkiye’nin çok uzun zamandır ifade özgürlüğü açısından sistemik ve yapısal sorunlarının olduğu biliniyor.¹ Bu nedenle, ilk bakışta Türkiye’deki ifade özgürlüğü sorununu son on yıldaki gelişmelere bağlamak yadırgatıcı gözükabilir. Ancak çok kurumsal ve sistematik bir sorun olan ifade özgürlüğü üzerindeki baskının son on yılda ve özellikle Cumhurbaşkanlığı hükümet sistemi sonrasında bazı özellikleriyle daha önceki baskı sisteminden farklılaştığını ve çok daha çetrefilleştiğini söylemek mümkün.

İlk olarak, ifade özgürlüğüne yönelik saldırılar eskisinden çok daha çeşitli. Bu durum ifade özgürlüğünün önündeki en büyük tehdit olan ceza hukuku bakımından çok net görülebiliyor. Artık çok daha fazla ceza hukuku hükmünün, çok daha fazla bağlamda ve çok daha fazla kişiye karşı uygulandığı gözlemlenebilir. Örneğin 2022 yılında Türk Ceza Kanunu’na eklenen halkı yanıltıcı bilgiyi alenen yayma suçu (TCK 217/A) birçok gazeteci aleyhine uygulanan yeni tip ceza kanunu hükümlerinden biridir. Bu suçtan iki yılda 65 gazeteci yargılanmış, 13’ü göz altına alınmıştır. Bu maddeden iki yılda 4590 soruşturma açılmıştır.²

1 Örneğin AIHM’in 1959-2022 istatistiklerine bakıldığında toplam 1067 ifade özgürlüğü ihlali kararının 426’sının Türkiye aleyhine verildiği görülebiliyor. Bir başka ifadeyle o tarih itibarıyla 47 üyeden oluşan Avrupa Konseyi coğrafyasındaki her 10 ifade özgürlüğü ihlalinin 4’ü Türkiye’de gerçekleşmiş. Bkz. https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Stats_violation_1959_2022_ENG

2 <https://journo.com.tr/sansur-yasasi-dezenformasyon-mlsa-rapor-veriler>

İkinci olarak, ceza hukuku araçlarına yönelik esnekliğin, öngörülemezliğin eskisinden bile daha fazla olduğunu söylemek yanıltıcı olmayacaktır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ("AİHM") açıkça öngörülemez bulduğu ceza kanunu hükümleri sistemli bir şekilde binlerce kez uygulanmaktadır.³ Dahası bazı kişiler hakkında ceza kanunlarında olmayan suç tiplerinin yorum ve kıyas yoluyla yaratıldığı ve kişilerin ağır cezalara çarptırıldığı görülebilmektedir. Örneğin gazeteci Fatih Altaylı bir sosyal medya yayınında kullandığı ifadeler nedeniyle daha önce hiç örneği olmayan bir şekilde Cumhurbaşkanını tehdit suçundan mahkum olmuştur.⁴ Benzer şekilde, şarkıcı Gülşen, imam hatip mezunlarına ilişkin şaka yaptığı için halkın sosyal bakımdan farklı bir kesimi olan imam hatip lisesi mezunları aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik suçundan yargılanmıştır.⁵

Nihayet özellikle bazı suç tiplerinin uygulamasında daha önce görmediğimiz düzeyde bir artışla karşılaştığımızı söyleyebiliriz. Örneğin sadece on yıllık zaman dilimi içinde 3 milyona yakın kişinin Türk Ceza Kanunun terör örgütü üyeliğini cezalandıran 314. maddesi kapsamında soruşturulduğunu, yüzbinlerce kişinin de mahkum olduğunu görüyoruz.⁶ Aynı şekilde Recep Tayyip Erdoğan'ın Cumhurbaşkanlığı öncesinde çok seyrek uygulanan Cumhurbaşkanlığına hakaret suçundan başlatılan soruşturmalar ve mahkûmiyetlerde 2014 yılı sonrasında büyük bir patlama olduğunu görüyoruz.⁷ Resmi istatistiklere göre, Cumhurbaşkanı Erdoğan döneminde 2020 yılı sonuna kadar 160.169 kişi hakkında 299. madde kapsamında soruşturma açılmıştır. Ayrıca 38.498 kişi hakkında dava açılmış, 12.881 kişi hakkında mahkûmiyet kararı verilmiş ve 11.913 kişi hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmiştir. 3.625 kişi hapis cezası almıştır. 5.660 kişi ise beraat kararı almıştır. 2020 yılı sonu itibarıyla Adalet İstatistiklerine göre mahkûmiyet alan kişilerin 106'sı 18 yaş altı, 24'ü ise 12-14 yaşları arasındadır.⁸

İfade özgürlüğünün daha çok saldırı altında olmasının bir nedeni tabii ki rejimin giderek daha çok otoriter eğilimler göstermesi. Bununla birlikte, sorunu daha derin ve çok boyutlu hale getiren sadece bu eğilim değil. İnsanlar özellikle sosyal medya nedeniyle eskisinden daha çok kendilerini ifade etme imkanına sahipler. Toplumun her kesimi, bir yandan müstakil olarak görüşlerini ifade edebilirken, bir yandan da siyasetçilerin görüşlerine cevap verebiliyor, yapılan haberlere yorum bırakabiliyor. Ancak bu imkan otoriterleşen rejimle birleşince ifade özgürlüğü sadece yazarların, aydınların, gazetecilerin ve sanatçıların sorunu olmaktan çıkmakta ve geniş halk kitlelerini tehdit eden bir hal almaktadır. Sosyal medyada çok küçük bir kesim tarafından görülen mesajlar ve hatta beğenmeler bile ceza hukukunun konusu haline dönüşebilmektedir (Melike/Türkiye, no. 35786/19, 15.06.2021).

3 İFÖD, Işıktırık Dava Grubu 9/2 Sunumu https://ifade.org.tr/reports/rule9/IFOD_Rule9_Isikirik_Group_Submission.pdf

4 DW Türkçe, "Fatih Altaylı'ya 4 yıl 2 ay hapis cezası", 26.11.2025, Erişim adresi: <https://www.dw.com/tr/fatih-altayli/C4%B1ya-d%C3%B6rt-y%C4%B1l-iki-ay-hapis-cezas%C4%B1/a-74888344>, Erişim tarihi: 02.12.2025

5 BBC News Türkçe, "Gülşen'e 10 ay hapis cezası verildi, hükmün açıklanması geri bırakıldı", 03.05.2023, Erişim adresi: <https://www.bbc.com/turkce/articles/clm9g1pjp0o>, Erişim tarihi: 02.12.2025

6 Levent Mazılıgüney, "Türkiye'de Kaç Terörist Var? TCK 314 İstatistikleri Üzerinden Değerlendirme", *hukukihaber.net*, 20.11.2025, Erişim tarihi: 02.12.2025

7 İFÖD, Yargı Reformu Paketi: AİHM Yolunda Bir Yeni Engel, Kasım 2019, s. 3. Erişim adresi: https://ifade.org.tr/reports/IFOD_Yargi_Reformu_Degerlendirmesi.pdf

8 İFÖD, Artun ve Güvener Dava Grubu 9/2 Sunumu, https://ifade.org.tr/reports/rule9/IFOD_Rule9_Akcam_Group_Submission_3_TR.pdf

Bunun yanında, ifade özgürlüğüne yönelik saldırının salt ceza hukuku aracılığıyla gerçekleştirildiğini belirtmek de sorunun boyutlarını yeterince aktarmamak anlamına gelir. İfade özgürlüğünü boğan yeni sistemin yargı dışında da kritik aktörleri ve yöntemleri var. Örneğin İnternet sitelerine, sosyal medya hesap paylaşımlarına yönelik erişim engelleme ve içerik çıkarma kararları yeni dönemin en önemli sembollerinden biri.⁹ Milyonlarca içerik düzgün bir yargısal denetim olmaksızın yasaklanıyor, görünmez kılınıyor. Dahası bir içerik nedeniyle topyekûn yayın organları (Özgür Gündem/Türkiye, B. No: 23144/93, 16/3/2000) ve hatta sosyal medya platformları engellenebiliyor (Yaman Akdeniz ve Diğerleri, B. No: 2014/3986, 03.04.2014; Youtube LLC Corporation Service Company ve Diğerleri, B. No: 2014/4705, 29.05.2014; Wikimedia Foundation INC. ve Diğerleri [GK], B. No: 2017/22355, 26.12.2019).

Benzer bir şekilde, radyo televizyon yayıncılığını sürekli zapturapt altına alan RTÜK'ü göz ardı eden bir yaklaşım ifade özgürlüğüne yönelik saldırıyı yeterince görmeme sonucunu doğurabilir. Benzer saptamalar İletişim Başkanlığı, Basın İlan Kurumu gibi kurumlar için de söylenebilir. Bu kurumlar, özgür ifadenin eşit ve adil bir şekilde açıklanmasını sağlamak yerine sürekli farklı görüş ve düşüncelerin açıklanmasını hedef alan sistemli bir çalışma içinde yer almaktadır.

Ancak ifadeye yönelik yoğun baskıyı sadece ifadeyle ilgili kurumlarla sınırlandırmak da doğru olmayabilir. Büyük şirketlerin, siyasetçilerin gazeteci ve vatandaşlara açtıkları SLAPP davalarından,¹⁰ akademisyen ve öğrencilere soruşturma açan üniversite yönetimlerine kadar geniş bir sansür ağının bu sistematik baskıyı her alana yaydığını söyleyebiliriz.

İşte bu anlamda, yeni sansür dönemini yeni dünya konjonktürü, yeni tip otoriterlik ve yeni teknolojileri de dikkate alarak değerlendirdiğimizde Türkiye'nin geleneksel ifade özgürlüğü sorununun da artık yeni bir şekle büründüğünü saptamak yanlış olmayacaktır.

Bu yeni sorunsal, yeni analiz ve bakış açılarını da zorunlu hale getiriyor. Şüphesiz bugüne kadar ifade özgürlüğüne yönelik bu çok boyutlu saldırı hem bir bütün halinde hem de parçalar halinde ayrıntılı bir şekilde incelenmiş ve eleştirilmiştir.¹¹ Ancak bu çalışmaların hemen tamamının ifade özgürlüğünü kısıtlayan kuralların esasına yoğunlaştığını söyleyebiliriz. Bundan kastımız, yapılan çalışmaların ve eleştirilerin çoğunun neyin yasak neyin özgür olması gerektiğine yönelik olduğunu saptamaya yönelik olduğudur.

Ancak bu çok boyutlu, çok aktörlü ve çok araçlı sansür mekanizmasının “neyin” yasak olacağını “nasıl” belirlediği konusu genelde göz ardı edilmektedir. Oysa çok iyi bilindiği gibi yukarıda kısa bir özeti verilen baskı ağının merkezinde yargı makamları ve muhakeme araçları durmaktadır. Yargı mercilerinin yasaklamalara yeşil ışık

9 “EngelliWeb 2024: Dijital Kafeste Kafkaesk Sansür: Yargı Eliyle Gerçeğin Susturulması” Yazarlar: Yaman Akdeniz & Ozan Güven, https://ifade.org.tr/reports/EngelliWeb_2024.pdf.

10 SLAPP kavramı, Kamusal Katılıma Karşı Stratejik Davalar kavramının İngilizcesinin baş harflerinden oluşan bir terim olup, gazetecileri haber yapmaktan caydırmak amacıyla açılan yüksek miktartlı tazminat davalarını ifade etmek için kullanılmaktadır.

11 Yaman Akdeniz ve Kerem Altıparmak, Türkiye’de Can Çekişen İfade Özgürlüğü: OHAL’de Yazarlar, Yayıncılar ve Akademisyenlerle İlgili Hak İhlalleri, English Pen, 2018; Yaman Akdeniz ve Kerem Altıparmak, Silencing Effect on Dissent and Freedom of Expression in Turkey, in Journalism at Risk: Threats, Challenges and Perspectives, Council of Europe Publishing 2015.

yakarken, ifade özgürlüğünün söz konusu olduğu davalarda temel muhakeme ilkele-
rinden bütünüyle saptığı, adil yargılanma güvencelerini anlamsız kıldığı çok yaygın
bir şikâyet konusudur.¹² Yargı mercileri gerçek anlamda bir muhakeme yürütmediği
için keyfi, öngörülemez sonuçlara ulaşıyor ve başta suç ve cezaların kanuniliği ilkesi
olmak üzere hukuk güvenliğini bütünüyle ortadan kaldırıyor.

Bu çalışma, bu arka planı dikkate alarak, bugüne kadar büyük ölçüde ihmal edil-
miş ifade özgürlüğünün usuli güvencelerine yoğunlaşmayı planlıyor. İfade özgürlüğü
davalarında usuli güvencelerin neler olduğunu ve bu güvencelerin hangi nedenlerle
ortadan kaldırıldığını saptamaya çalışıyor.

Bizi bu çalışmaya yönlendiren husus tabii ki sadece Türkiye'ye ilişkin bu gözlem-
lerimiz olmadı. Bu önemli gelişmelerin yanında uluslararası insan hakları hukukun-
da ve özellikle de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ("AİHS") bağlamında yaşanan ge-
lişmeler de usuli güvencelere yönelik daha yakından bir bakış açısını zorunlu kılıyor.
Aşağıda ayrıntılandıracağımız üzere, AİHS ve AİHM üzerindeki baskılar da Sözleşme
sistemini daha fazla iç hukuk mekanizmaları aracılığıyla hayata geçirme konusunda
bir eğilimi yaygınlaştırıyor. Bu nedenle, ulusal mahkemelerin usul güvencelerini uy-
gulama yükümlülükleri eskisinden de kritik bir önem taşıyor.

Çalışma özellikle uluslararası insan hakları hukukunda olgunlaştırılan usul gü-
vencelerine Türkiye'de ne şekilde riayet edildiğini tartışmayı planlıyor. Bunun için
çalışmanın tüm bölümlerinde bu standartların neler olduğu saptanacak ve ardından
bu standartlardan sapmaya ilişkin sorunların farklı hukuk alanlarında nasıl ortaya
çıktığı tartışılacak.

Bu çalışmada ağırlıklı olarak ceza davalarında ifade özgürlüğüne ilişkin güvence-
leri tartışmaya çalışacağız. Bu nedenle, çalışmanın giriş sonrasındaki ilk üç bölümü
ceza hukukunda usul güvencelerine ilişkin olacak. İlk bölümde soruşturma, ikinci
bölümde kovuşturma ve nihayet dördüncü bölümde karara ilişkin usul güvenceleri
ve buna ilişkin uygulama sorunlarını irdeleyeceğiz.

Bununla birlikte, yukarıda da ifade edildiği gibi ifade özgürlüğü üzerindeki baskıyı
ve usul yükümlülüklerini sadece ceza hukuku bağlamında değerlendirmek yetersiz
kalacaktır. Bu nedenle çalışmanın son bölümünde de idare hukuku bağlamında usul
yükümlülüklerini tartışmaya çalışacağız.

Ancak bu tartışmalara girmeden önce ifade özgürlüğü davaları bağlamında usul
yükümlülüklerinden ne anlaşılması gerektiğini AİHS'e ilişkin gelişmeler ışığında
özetlemek gerekiyor. Giriş bölümünün ikinci bölümünde bu kavramı biraz daha ay-
rıntılılandıracağız.

A. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNE İLİŞKİN USULİ GÜVENCELERİN ANLAMI

Başta AİHM içtihadı olmak üzere uluslararası insan hakları hukukunda ifade özgürlü-
ğünün önemi ve hukuksal çerçevesi büyük ölçüde açıklığa kavuşturulmuştur. Buna
göre, ifade özgürlüğü, demokratik bir toplumun temel dayanaklarından ve ilerleme-
sinin ve her bireyin kendini gerçekleştirmesinin temel koşullarından birini oluşturur.

¹² MLSA, Gazetecilik ve İfade Özgürlüğü Davaları Dava İzleme Raporu <https://www.mlsaturkey.com/images/2025/AnnualReport2025/TURKCE%20DAVA%20IZLEME%20RAPORU-1.pdf>

Bu özgürlük, 10. maddenin 2. paragrafına tabi olarak, sadece olumlu karşılanan veya zararsız ya da kayıtsız kalınan “bilgi” veya “fikirler” için değil, aynı zamanda rencide edici, şok edici veya rahatsız edici olanlar için de geçerlidir. Çoğulculuğun, hoşgörünün ve geniş fikirliliğin gerekleri bunlardır ve bunlar olmadan “demokratik toplum” olmaz (*Handyside/Birleşik Krallık*, no. 5493/72, § 49, 07.12.1976; *Axel Springer AG/Almanya*, no.39954/08, §78, 07.02.2012).

AIHS’nin 10. maddesinde güvence altına alınan ifade ve basın özgürlüğü hakkı ancak AIHS 10/2 maddesi kapsamında kanunen öngörülen sınırlı sebepler ve meşru amaçlarla, demokratik toplum düzeninin gerekleri ve sınırlama amacı ile aracı arasında ölçülü bir denge gözetilerek, hakkın özüne dokunmadan sınırlandırılabilir.

İfade özgürlüğü sınırlandırılabilir bir hak olduğundan bu sınırlamaların Sözleşmeye ve AIHM içtihadına uygun olması zorunludur. Ülkelerin Sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerinin ve AIHM denetiminin kapsamını belirlerken bazı temel yorum ilkelerine değinmekte yarar bulunmaktadır.

1. İkincillik İlkesi ve Usuli Ödevler Açısından Anlamı

AIHM, *Handyside* kararıyla birlikte, nitelikli haklar bakımından ulusal takdir marjı (*margin of appreciation*) doktrinini Sözleşme’nin yorum teknikleri arasına dahil etmiştir (*Handyside/Birleşik Krallık*, no. 5493/72, § 48, 07.12.1976). Takdir marjı doktrini esasen iki argümana dayanmaktadır. Bunlardan birincisi ikincillik (*subsidiarity*) ilkesidir. İkincisi ise ulusal makamların olaylara daha yakın olması ve sorunları bilmesi nedeniyle, ulusal makamların somut bağlamda hak kısıtlamalarına duyulan ihtiyacı değerlendirmek için genellikle uluslararası mahkemeden daha iyi konumda olduğunu savunan “daha iyi konum” argümanıdır.

Mahkeme içtihadına hâkim olan ulusal takdir yetkisi ilkesi uyarınca Taraf Devletler Sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirirken belli bir takdir yetkisine sahiptir. Sözleşme standartları ne derece açık ve katı hale gelirse taraf devletlerin takdir yetkisi de o derece azalmaktadır. Başka bir deyişle ortak Avrupa standardının olduğu alanlarda taraf devletlerin takdir yetkisi daralmakta, görüş birliğinin olmadığı, farklı felsefi ve ahlaki yaklaşımların bulunduğu alanlarda takdir yetkisi bir dereceye kadar genişlemektedir. İfade özgürlüğüne ilişkin olarak takdir yetkisi devletlerin sınırlama yetkisinin kapsamı ve ölçülülüğü konusunda belli bir hareket alanına sahip olması anlamına gelmektedir. Sözleşmenin koruduğu temel değerler söz konusu olduğunda da taraf devletlerin takdir marjı daralmaktadır. Mesela demokrasi açısından açık fikirlilik ve müzakere olmazsa olmaz bir koşuldur. Bu nedenle kamu yararını ilgilendiren siyasi tartışmalar söz konusu olduğunda taraf devletlerin müdahale alanı iyice daralmaktadır. Buna bağlı olarak siyaset merkezinden ne kadar uzaklaşırsa, Mahkeme’nin siyasi demokrasiyi koruma ve geliştirme adına ifade özgürlüğünden yana sıkı kontroller uygulamasına yönelik ihtiyacın azalacağı söylenebilir. Örneğin, bir ifade siyasetçinin kamuyu ilgilendiren siyasi faaliyetleri ile ilgili değil, ama özel hayatının mahrem yönüyle ilgiliyse taraf devletin bu ifadeye müdahale konusundaki alanı daha da genişlemektedir. Diğer taraftan Mahkemenin özel hayatın gizliliğini koruma ödevi yoğunlaştığı ölçüde de devletin takdir yetkisi daralacaktır.

İkincillik ilkesi özellikle Mahkemenin son reform döneminde, bir yandan Mahkemenin üzerindeki hükümetlerden gelen “yetkisini aştığına ilişkin” siyasal baskılar, bir yandan da iş yükündeki önlenemez yükseliş nedeniyle giderek daha fazla vurgulanan bir ilke haline gelmiştir. Özellikle Birleşik Krallık gibi eski üyeler de dahil olmak üzere birçok devletin Mahkeme’ye yönelttiği meşruiyet suçlamalarıyla bağlantılı olarak ikincillik ilkesi son yıllarda güç kazanmıştır.¹³

Gerçekten de ikincillik ilkesine vurgu, AİHS’in iç hukukta içselleştirilmesine ilişkin taleplerle eşgüdümlü ilerlemiştir. İkincillik ilkesinin iki yönü olduğu söylenebilir. **İlk olarak** bu ilke, Sözleşme haklarının uygulanmasında birincil sorumluluğun ülke hukuku ve ülke mahkemelerinde bulunduğunu ifade eder. Bu ilkenin uygulanması, Sözleşme’nin ülke düzeyinde doğru icra edilmesine bağlıdır ve Mahkeme’nin incelemesinden tümüyle bağımsız değildir. **İkinci boyutu** ise, taraf devletlerin Sözleşme ilkelerini iç hukukta uyguladığı ölçüde AİHM denetiminin daha şekli bir hal alması ve AİHM’in taraf devletlerin yerel mahkemelerinin içtihadına müdahale etmekten kaçınmasıdır. İkincillik ilkesinin bu iki boyutu, “pozitif” ve “negatif ikincillik” şeklinde adlandırılmıştır.¹⁴ Yani ikincillik ilkesinin pozitif boyutu taraf devletlerin Sözleşme haklarını korumada daha aktif hale gelmesine vurgu yapmaktadır. İlkenin negatif boyutu ise AİHM denetiminin zayıflamasına işaret etmektedir. Brems, ikincillik ilkesinin devletlere yüklediği ödevi, AİHM’in yetkilerinin kısıtlanmasının negatifliğinin karşısında ikincilliğin pozitif boyutu olarak tanımlamaktadır.¹⁵

İkincillik ilkesinin öneminin artması AİHM’in önceki başkanı Robert Spano’nun, 14. Protokol ve Interlaken Toplantısı sonrasındaki dönemi “İkincillik Çağı” olarak nitelmesine neden olmuştur.¹⁶ İkincillik ilkesi, bu anlamda önceliği ulusal hukuk mercilerine vermektedir. Bir ülkede ulusal yargı mercileri ne ölçüde Sözleşme ilkelere uyar, kararlarını AİHM içtihadına uydurmaya çalışırsa, AİHM denetimi de giderek usuli bir nitelik kazanır. Bir başka deyişle, nitelikli haklar bakımından, AİHM’in denetimi bu durumda esasa ilişkin olmayacak sadece ulusal mercilerin AİHM içtihadında geliştirilen ilkelere ve usule uygun olup olmadığını denetleyecektir. Yargıç Spano’nun ve kimi başka yazarların vurguladığı “Usule Dönüş” (*Procedural Turn*) kavramı¹⁷ ancak yerel mahkemelerin Sözleşmeye uyum konusunda yüksek irade gösterdiği durumlarda anlamlı olabilecektir. Yani ikincillik ilkesi ancak taraf devletlerin iyi niyetle Sözleşme haklarını koruma gayreti göstermesi halinde işlevsel olacaktır. Taraf devletlerin kötü niyetli davranması halinde ikincillik ilkesine başvurulması Sözleşme haklarını korumasız bırakmak anlamına gelecektir.¹⁸

13 Ed Bates, “UK Withdrawal From the ECHR (“BrECHRit”): From Taboo to Tenable?” (2024) 5(1) *European Convention on Human Rights Law Review* 24; M.R. Madsen, “The Challenging Authority of the European Court of Human Rights: From Cold War Legal Diplomacy to the Brighton Declaration and Backlash” (2016) 79 *Law and Contemporary Problems* 141, 170.

14 Thomas Hochmann, “Judge Yuksel’s way: bad-faith regimes and the dangers of subsidiarity”, *European Human Rights Law Review*, 2025, (4), 426-446.

15 Eva Brems, “Positive Subsidiarity and its Implications for the Margin of Appreciation Doctrine” (February 2, 2019). *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2019, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3431162>

16 Robert Spano, “Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity”, *Human Rights Law Review*, Volume 14, Issue 3, September 2014, Pages 487-502.

17 Oddný Mjöll Arnardóttir, “The “procedural turn” under the European Convention on Human Rights and presumptions of Convention compliance”, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 15, Issue 1, 1 January 2017, 9-35.

18 Hochmann, “427.

İkincillik ve takdir marjı ilkeleri 15. Protokolle birlikte Sözleşmenin başlangıç bölümünde Sözleşmenin parçası haline gelmiştir. Sözleşmenin 15. Protokolle uyarlanmış metninde başlangıç bölümünde “İkincillik ilkesi gereğince, bu Sözleşme ve Protokollerinde tanımlanan hak ve özgürlükleri güvence altına alma hususunda birincil sorumluluğun Yüksek Sözleşmeci Taraflara ait olduğunu ve bu sorumluluğun yerine getirilmesinde, Sözleşme ile tesis edilmiş bulunan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin denetleyici yargı yetkisine tabi olmak üzere, Yüksek Sözleşmeci Tarafların takdir alanına sahip olduklarını bir kez daha tekrarlayarak” ifadesine yer verilmiştir.

İkincillik ilkesinin getirilmesindeki düşünce dikkate alındığında bu kavramın AİHM’in yetkisini daraltan bir yönü olduğu yukarıda vurgulanmıştır (negatif ikincillik). Ancak ikincillik ilkesinin bir yönünün de Taraf Devletlere Sözleşmeye ilişkin sorunları Mahkeme içtihiadı doğrultusunda ulusal merciler tarafından çözme yükümlülüğünü içerdiği unutulmamalıdır (pozitif ikincillik). 15. Protokolde bahsi geçen “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin denetleyici yargı yetkisine tabi olmak üzere” ifadesi ulusal mercilerin birincil sorumluluğunun yerine getirip getirmediğinin AİHM tarafından denetleneceğini ifade etmektedir. Nitekim, Kopenhag Bildirgesi ikincillik ilkesinin bu niteliğini paylaşılmış sorumluluk (*shared responsibility*) olarak tanımlamıştır. Gerçekten de Bildirgeye göre:

“İkincillik ilkesinin güçlendirilmesinin insan haklarının korunmasını sınırlama veya zayıflatma amacı taşımadığını, ancak ulusal makamların Sözleşmede belirtilen hak ve özgürlükleri güvence altına alma sorumluluğunun altını çizdiğini yineler. Bu bağlamda, insan hakları ihlalleriyle başa çıkmanın en etkili yolunun ulusal düzeyde olduğunu ve ulusal düzeydeki hak sahiplerinin ve karar alıcıların Sözleşme standartlarına uyma konusunda öncülük etmelerinin teşvik edilmesinin insan haklarının sahiplenilmesini ve insan haklarına desteği artıracağını not eder”. (§10)

Kopenhag Bildirgesinde taraf devletlerin Sözleşme ilkelerini yerel düzeyde uygulamakla olayın somut koşullarına bağlı olarak belli bir takdir yetkisine sahip olduğu vurgulanarak, Sözleşme standartlarının taraf devletlerce uygulanması halinde AİHM denetiminin şekli bir nitelik alacağı ve AİHM’in kendi değerlendirmesini yerel makamların değerlendirmelerinin yerine koymayacağını belirtilmiştir. Ancak bu yaklaşımın AİHM içtihiadında katı ve mutlak bir tutum olmadığı, bazı istisnai durumların söz konusu olabileceği kabul edilmiştir: “*Ulusal düzeyde Mahkeme içtihiatlarında belirtilen kriterlere uygun olarak bir dengeleme uygulaması yapıldığı hallerde, Mahkeme genellikle, bunu yapmak için güçlü nedenler olmadığı sürece, ulusal mahkemelerin değerlendirmelerinin yerine kendi değerlendirmesini koymayacağını belirtir.*” (§28/c).

Söz konusu istisna usul bazlı denetimin mutlak olmadığını, güçlü nedenler bulunması halinde AİHM’in yerel mahkemelerin değerlendirmesinin içeriğini de inceleyebileceğini ima etmektedir. Ancak bu güçlü nedenlerin neler olduğu açıklanmaya muhtaçtır. Yukarıda açıklandığı gibi taraf devletlerin otoritelerinin iyi niyetli hareket etmemesi bu güçlü nedenlerin başında geldiği konusunda kuşku bulunmamaktadır. Yerel makamlar Sözleşme ilkelerini uygulama konusunda iyi niyetle hareket etmiyorlarsa AİHM bu ilkeleri somut olaya kendisi uygulamaktan kaçınmayacaktır.

Nitekim Eski Başkan Spano da “*Hukukun üstünlüğüne saygı göstermeyen [...] ve yargı sistemlerinin tarafsızlığını ve bağımsızlığını sağlamayan, siyasi muhalifleri baskı altında*

tutan veya savunmasız gruplara veya azınlıklara karşı önyargılı ve düşmanca tavırlarını gizleyen devletlerin, usul-bazlı denetim (process-based review) kapsamında saygı görmeyi bekleyemeyeceklerini” vurgulamıştır.¹⁹ Elbette, AİHM içtihadının yerel mahkemeler tarafından, kararın içeriğini etkilemeden sadece kararı meşrulaştırmak için kozmetik olarak kullanılması mümkündür. Bu hallerde Sözleşme haklarını korumak için AİHM’in usul bazlı denetimi aşarak, AİHM kriterlerini somut olaya doğrudan kendisinin uygulaması ve yerel mahkemelerden farklı bir sonuca ulaşması halinde kendi değerlendirmesi doğrultusunda karar vermesi zorunludur.

Ancak bir uluslararası Mahkeme olan AİHM için bir taraf devletin kötü niyetli hareket ettiğine karar vermek çeşitli zorluklar içermektedir. Böyle bir tespit hukuki bakımdan zorluklar içerdiği gibi siyasi açıdan da mahkemenin eleştirilerin odağına yerleştirilmesine neden olabilir. İyi niyetli hareket eden devletler için başka, kötü niyetli devletler için başka bir standart uygulamak da Mahkemenin çifte standart uyguladığı yönünde eleştirilere maruz kalmasına neden olacaktır.²⁰ Ancak AİHM gibi Avrupa’da insan haklarının korunmasında son sözü söyleyecek bir mahkemenin temel hak ve özgürlükleri otoriter yönetimler tarafından keyfi olarak ihlal edilen bireyleri korumasız bırakması Mahkemenin varlık sebebiyle çatışması anlamına gelecektir. Bu nedenle usul-bazlı denetim ilkesinin sınırlarının iyi çizilmesi ve otoriter yönetimlerin ikincillik ilkesi ardına saklanarak temel hakları ihlal etmesine göz yummaması gerekir. Bu aynı zamanda Mahkemenin kullandığı en önemli yorum yöntemlerinden biri olan “etkili yorum” yönteminin de gereğidir.²¹

Esasen AİHM uygulaması büyük ölçüde denetimin usuli denetim ile sınırlı olmadığını göstermektedir. Nitekim, Türk Anayasa Mahkemesinin denetiminden geçmiş ve ihlal bulunmamış pek çok başvuruda AİHM’in ihlal kararı vermesinin arkasında yatan gerçek aslında budur. Cumhuriyet davası (Murat Sabuncu ve diğerleri), Ahmet Şık, Deniz Yücel, Murat Aksoy, Atilla Taş, Ahmet Hüsrev Altan, Nazlı Ilıcak, Ali Bulaç, Atilla Taş başvuruları bunlardan yalnızca birkaçıdır. AİHM, Türkiye’den gelen başvurularda yakın zamana kadar ısrarla AYM’nin karar vermesini beklemiştir. Ancak bu tutumu yakın tarihte ilk defa *Selahattin Demirtaş* (4) kararında (no. 13609/20, 08.07.2025) değiştirmiştir. *Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret ve A.Ş* başvurusunda da (no. 3013/23) Mahkeme 32 farklı başvuru hakkında AYM’nin uzun süre karar vermemesi sonrasında başvurunun hükümete bildirilmesine karar vermiştir.

AİHM’in bu durumda üç farklı senaryoda usul denetimi ile yetinmediği belirtilebilir. Birinci senaryo, başvurunun uzun süre AYM tarafından incelenmemesidir. Mesela, *Selahattin Demirtaş* ve *Sırrı Süreyya Önder* aynı dosya kapsamında yargılanarak TMK m.7/2’den cezalandırılmışlardır. AYM *Sırrı Süreyya Önder*’in başvurusunu inceleyip ihlal bulurken (*Sırrı Süreyya Önder* [GK], B. No: 2018/38143, 3/10/2019) *Demirtaş*’ın başvurusunu incelememiş, daha sonra yasa değişikliği yoluyla Yargıtay’da temyiz

19 Robert Spano, “The Future of the European Court of Human Rights—Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law” (2018) 18(3) H.R.L.R. 493.

20 Bu ikili denetim saptaması ve önerisi için bkz. Başak Çalı (2018) ‘Coping with Crisis: Whither the Variable Geometry in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights’, 35(2) *Wisconsin International Law Journal* 237 276. Olası riskleri için Hochmann, , 445.

21 Georgios A. Serghides, “The Principle of Effectiveness in the European Convention on Human Rights, in Particular its Relationship to the other Convention Principles”, *Hague Yearbook of International Law / Annuaire de La Haye de droit international*, Vol. 30 (2017)

yolu açıldığı ve başvuru yollarının tüketilmediği gerekçesiyle kabul edilemezlik kararı vermiştir. Bu arada Demirtaş'a verilen cezanın infazı tamamlanmıştır. İkinci durum, ulusal mercilerin AİHM içtihatlarına uygun bir usul denetimini yapmamalarıdır (Alparslan Altan/Türkiye, no. 12778/17, 16.4.2019; Tercan/Türkiye, no. 6158/18, 29.6.2021). Üçüncü durum ise AİHM'in geliştirdiği usule uygun yargılama yapılmakla birlikte ulaşılan sonucun açıkça Sözleşme değerlerine aykırı olmasıdır (Kemal Kılıçdaroğlu/Türkiye, no. 16558/18, 27.10.2020).

2. İfade Özgürlüğü Davaları Bakımından İkincilliğin Pozitif Boyutu

Yukarıdaki çerçeve ışığında, ifade özgürlüğü davalarında ikincilik ilkesinin ve sorumluluğun paylaşılmasının ne anlama geldiğinin vurgulanması gerekmektedir.

Bu bağlamda içtihadı hâkim bir başka ilkeyi hatırlatmak gerekir. AİHM'e göre "Sözleşme'nin, içerdiği hakların teorik ve hayali değil, pratik ve etkili kılacak şekilde yorumlanması ve uygulanması hayati önem taşımaktadır". Bunun mümkün olabilmesi için ulusal makamların, AİHM içtihadına uygun bir şekilde davaları çözümlemeleri gerekir.

Devletin Sözleşmenin 10. maddesinden kaynaklanan yükümlülükleri negatif yükümlülükler, pozitif yükümlülükler ve usul yükümlülükleri olarak üç ayrı kategoride ele alınabilir.

Negatif yükümlülükler, devletin, bireylerin ifade özgürlüğüne müdahale etmesi ödevi anlamına gelmektedir. Bu bağlamda devletin ifade özgürlüğüne her türlü müdahalesi bir tür sınırlama anlamına gelir. Bu müdahalelerin Sözleşmede öngörülen güvencelere uygun olması zorunludur.

Pozitif yükümlülükler ise devletin ifade özgürlüğüne üçüncü kişilerden gelecek müdahalelere karşı güvenceler öngörmesi ve özel kişiler arasındaki uyuşmazlıkları çözerken ifade özgürlüğü standartlarına uygun kararlar vermesi anlamına gelir. Mahkeme, demokrasinin gereğince işlemesi bakımından fikir ve ifadelerde çoğulculuğu o denli elzem görmektedir ki, Devletlerin topluma geniş bir düşünce yelpazesi sunulmasını sağlamak yönünde pozitif yükümlülükleri olduğuna hükmetmiştir. AİHM, "10. madde kapsamında korunan hakkın önemi ışığında, Devletin çoğulculuğun nihai garantörü olması gerektiğini" vurgulamaktadır. (Manole ve diğeri/Moldova, no. 13936/02, 17.11.2009). Mahkeme, görsel-işitsel medya gibi hassas bir sektörde, Devletin negatif müdahale etmeme yükümlülüğüne ek olarak, etkili çoğulculuğu güvence altına almak için uygun bir yasal ve idari çerçeveyi yürürlüğe koyma konusunda pozitif bir yükümlülüğü olduğunu belirtmiştir (Centro Europa 7 S.r.l. ve Di Stefano/İtalya [BD], no. 38433/09, § 134, 07.06.2012).

Usulî yükümlülükler ise devlet organlarının (yasama, yürütme, yargı) ifade özgürlüğüne müdahale ederken usule ilişkin güvencelere uygun davranması yükümlülüğü anlamına gelir. Devletlerin Sözleşmeden kaynaklanan usuli yükümlülükleri yalnızca adil yargılanma hakkının kapsamıyla sınırlı değildir. Aksine her bir maddi

hak taraf devletlere bazı usuli ödevler de yüklemektedir ve bu ödevlere uyulmaması maddi hakların da ihlal edilmesi sonucunu doğurur. Mahkeme içtihadında yaşam hakkı ve işkence yasağı gibi temel haklar bakımından usulü yükümlülükler büyük önem taşımaktadır. Ancak diğer maddi haklar, bu çerçevede ifade özgürlüğü, bakımından da usul yükümlülüklerinin önemi yadsınamaz. Usuli yükümlülükler esasen negatif ve pozitif yükümlülüklerin düzgün bir şekilde yerine getirilip getirilmediğini ortaya koymak bakımından da önemlidir. Yani devletin bir müdahale ile negatif yükümlülüğünü ihlal edip etmediği ancak usulüne uygun bir yargılama ile ortaya konulabilir.

Bu da Sözleşmeye taraf devletlerin kendi organlarının Sözleşmede güvence altına alınan hakları korumak için daha fazla AİHM içtihadını izlemesini ve içtihadı uygun davranmasını zorunlu hale getirmektedir.

B. USULİ YÜKÜMLÜLÜKLER

Usuli yükümlülükler, ulusal makamların önlerine gelen vakalarda AİHS standartlarına uygun bir muhakeme yapmalarını gerektirir. Bu yükümlülükleri üç türe ayırmak mümkündür. 1. İdari ve yasal karar alma sürecine ilişkin usul yükümlülükleri; 2. AİHM ve AYM içtihatlarını doğru saptama ve uygulamaya ilişkin usul yükümlülükleri; 3. Adil yargılanmaya ilişkin usul yükümlülüklerinin ifade özgürlüğü davalarında uygulanması.

İlk grupta yer alan yükümlülük, genel bir kural koyan kanun koyucunun AİHM içtihadını dikkate alarak takdir marjı içerisinde kalıp kalmadığının saptanmasıdır. AİHM bazı kararlarında, yasama organındaki tartışmaların usuli gereklilikleri yerine getirdiğine karar vermiştir.²²

İkinci gruptaki yükümlülük, muhakemenin hangi şekilde yürütüleceğine dair AİHM içtihadının rehberliği ışığında hareket etme yükümlülüğüdür. Bunun en tipik örneği hakaret davalarında kişilik hakları ile ifade özgürlüğünün çatışması halinde yürütülen muhakemenin içtihadta geliştirilen ölçütlere uygun yapılp yapılmadığının saptanmasıdır. Burada AİHM, yerel mahkemelerin kararlarının gerekçelerine odaklanarak, kararın AİHM içtihadı çerçevesinde meşrulaştırılıp meşrulaştırılmadığını incelemektedir.²³

Üçüncü gruptaki yükümlülük ise adil yargılanma ilkelerinin ifade özgürlüğü davalarına uyarlanması sonucu ortaya çıkan ödevlerdir. Bu ödev, ilk ödevle bağlantılıdır ama özellikle ikinci yükümlülük tipinin devamı niteliğindedir. Örneğin bir hakaret davasında bağlamı dikkate alma yükümlülüğü, muhakeme süjelerinin ifadenin hangi bağlamda ifade edildiğini araştırma, buna ilişkin iddiaları dikkate alma, buna uygun olarak iddiaları dinleme, savunma haklarına ve çelişmeli yargılama ilkelerine uyma ve nihayetinde de gerekçeli karar yazma yükümlülüğü bu kapsamdadır. Mesela, savcılık mütalaasına karşı sanığın ve müdafinin savunma yapmasına izin vermeden

²² Peter Cumper ve Tom Lewis (2019), "Blanket Bans, Subsidiarity, and the Procedural Turn of the European Court of Human Rights", 68 ICLQ 611

²³ Öğrü /Türkiye, no. 60087/10, 12461/11 ve 48219/11, 19.12.2017, §66; Kaos GL/Türkiye, no.4982/07, 22.11.2016, §57.

karar verilmesi açıkça bir usul ihlalidir (Cemal Yıldırım [2. B.], B. No: 2022/66222, 17/7/2025). Aynı şekilde iddia makamının delillerini çürütecek bir karşı delil sunulmasına izin verilmemesi de usuli yükümlülüğün ihlali anlamına gelir.

1. İdari ve Yasal Karar Alma Sürecine İlişkin Usuli Yükümlülükler

AİHM bir hakka yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını denetlerken eğer müdahale doğrudan bir kanuna dayanıyorsa, müdahaleye yetki veren yasal düzenlemenin Parlamentoda kabul edilme sürecinin ne ölçüde demokratik olduğunu da dikkate almaktadır. Bu, özellikle ortak Avrupa standartlarının oluşmadığı, ülkeler arasında ahlaki ve felsefi yaklaşım farklarının bulunduğu alanlarda yapılan müdahalenin meşruluğunun denetimi süreçlerinde gündeme gelmektedir. Mesela, Fransa’da kamusal alanlarda tüm yüzü kapatan peçe (*burqa*) giyilmesini yasaklayan yasayla ilgili başvuruda AİHM kamusal alanda yüzü örten giysiler giyilmesinin yasaklanması konusunda Avrupa’da görüş birliği olmadığını vurgulamıştır. Bu çerçevede kanun çıkarken yapılan tartışmaları da dikkate alan mahkeme yüzün görünmesinin sosyal etkileşim açısından önem taşıdığı ve bir arada yaşamının asgari koşullarından birinin sosyal etkileşim olduğu yönündeki Fransız yaklaşımının toplumun tercihi olduğunu ve bunun demokratik bir süreçte kararlaştırıldığını dikkate alarak Fransız devletinin bu alanda takdir yetkisinin geniş olduğunu belirtmiştir (S. A. S./ Fransa, [BD], no.43835/11, 01.07.2014). Dolayısıyla Mahkeme Fransız halkının demokratik tercihinin üstünlük tanıyarak, denetim yetkisini sınırlı tutmuştur. Mahkeme bu sonuca ulaşırken kararın olaylar kısmında kanunun çıkışı sürecinde parlamento içi ve dışında yürütülen tartışmalara ayrıntılı bir şekilde yer vermiştir.

Mahkeme, mahkumların oy hakkından mahrum bırakılmasıyla ilgili Hirst No.2 davasında parlamentonun çatışan çıkarların dengelenmesi hususunda ciddi bir inceleme yapmadığına, özellikle de modern ceza hukuku yaklaşımlarını dikkate alan bir tartışma yürütülmediğine vurgu yaparak ihlal sonucuna ulaşmıştır (Hirst/Birleşik Krallık (No.2) [BD], no.74025/00, § 79, 06.10.2005). Aksine AİHM, Animal Defenders International davasında bir tedbirin ölçülü olup olmadığını değerlendirirken yasama organının söz konusu tedbiri yasalaştırmasının arkasında yatan nedenleri dikkate alacağını vurgulamış ve bu çerçevede tedbirin gerekliliğine ilişkin yasama ve yargı denetiminin kalitesinin özel bir önem taşıdığını belirtmiştir. Somut olay yönünden yasama sürecinde parlamentonun Strasbourg Mahkemesi’nin içtihatlarını dikkate alan kapsamlı incelemeler yaptığını, aynı şekilde söz konusu tedbirin Sözleşmeyle uyumlu olup olmadığı yönünde yerel mahkemeler tarafından derinlemesine analizlerin yapıldığını dikkate alarak Mahkeme çoğunluğu ihlal olmadığı yönünde karar vermiştir (Animal Defenders International /Birleşik Krallık [BD], no.48876/08, §§ 108-115, 22.04.2013)²⁴

AİHM, aynı şekilde idari karar alma süreçlerinin de belli usuli güvenceleri içermesi gerektiği görüşündedir. Mahkeme denetleyici yargı yetkisini kullanırken, görevinin, yetkili ulusal makamların yerini almak değil; bu makamların takdir yetkileri uyarınca vermiş oldukları kararları Sözleşme’nin 10. maddesi açısından yeniden gözden

²⁴ Bu konudaki değerlendirmeler için Bkz. Robert Spano, “Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity” (2014) 14(3) H.R.L.R. 498.

geçirmek olduğunu belirtmektedir. Bu çerçevede bir akademisyene TV programına katılmasına izin verilmemesi ve buna rağmen akademisyenin programa katılması üzerine izin almaksızın çalıştığı şehri terk ettiği gerekçesiyle disiplin cezası verilmesine ilişkin *Kula/Türkiye* başvurusunda AİHM, idari otoritelerin başvuruca akademisyene TV programına katılmasına niçin izin vermediklerini yeterince açıklamadıklarını ve gerekçelendirmediklerini belirtmiştir (*Kula/Türkiye*, no.20233/06, § 48, 19.06.2018).

Bu durum; söz konusu denetimin, davalı Devletin takdir yetkisini makul ve dikkatli bir şekilde ve iyi niyetli olarak kullanıp kullanmadığını belirlemekle sınırlı olduğu anlamına gelmemektedir. Mahkeme'nin yapması gereken, ihtilaf konusu müdahaleyi, "izlenen meşru amaçla orantılı" olup olmadığını ve bu müdahaleyi haklı göstermek amacıyla ulusal makamlarca ileri sürülen gerekçelerin "ilgili ve yeterli" olup olmadığını tespit etmek amacıyla davanın bütünü ışığında incelemektir. Mahkeme, bu incelemeyi yaparken, ulusal makamların, Sözleşme'nin 10. maddesinde öngörülen ilkelere uygun kuralları uyguladıklarına ve hatta, dava konusu olayların kabul edilebilir bir değerlendirmesini esas aldıklarına ikna olmalıdır (*Bédat/İsviçre* [BD], no. 56925/08, § 48, 29.03.2016).

Mahkeme ayrıca, Sözleşme'nin 10. maddesiyle güvence altına alınan ifade özgürlüğünün kullanımına yönelik bir müdahalenin orantılılığını değerlendirirken, davanın hakkaniyete uygunluğunu ve usuli güvencelere ne derecede riayet edildiğini dikkate alınması gereken unsurlar olarak kabul etmektedir (*Baka/Macaristan* [BD], no. 20261/12, § 161, 23.06.2016).

Bu çerçevede Mahkeme, idari bir karar alınırken başvuruca'nın durumdan haberdar edilmemiş ve savunması alınmamış olmasını da gözeterek buna ilişkin etkin bir yargı denetimi bulunmamasının, Sözleşme'nin 10. maddesini ihlal edebileceğini belirtmiştir (*Lombardi Vallauri/İtalya*, no. 39128/05, §§ 4556, 20.10.2009). Nitekim Mahkeme, bu maddeyle ilgili olarak "(...) tedbirin gerekliliği konusunda gerçekleştirilen (...) hukuکی incelemenin niteliği, ilgili takdir yetkisinin uygulanması konusu da dâhil olmak üzere, bu bağlamda özel bir önem taşıdığını" belirtmiştir (*Animal Defenders International/Birleşik Krallık* [BD], no. 48876/08, § 108, 22.04.2013).

Mándli ve Diğerleri/Macaristan kararında, gazetecilerin belirlenen alanların dışında milletvekilleri ile röportaj ve kayıt yapmaları dolayısıyla Parlamento'ya giriş akreditasyonlarının askıya alınmasıyla ilgili olarak Mahkeme, parlamentoların, parlamento çalışmalarının aksamasını önlemek amacıyla, parlamento binalarındaki davranışları düzenleme konusunda bir dereceye kadar takdir yetkisine sahip olduğunu değerlendirmiştir (§§ 68-70). Ancak, usule ilişkin yeterli güvencelerin bulunmaması, yani karar alma sürecine katılmanın imkânsız olması, kısıtlama süresinin uzunluğuna ilişkin açıklık olmaması ve itiraz edilen karara itiraz etmenin etkili bir yolunun bulunmaması, Mahkeme'nin Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine karar vermesine neden olmuştur (§§ 72-78).

Aynı şekilde Mahkeme, haber kaynaklarının ve bunların kimliğinin tespit edilmesine yol açabilecek bilgilerin korunmasının basın özgürlüğü açısından taşıdığı hayati önem göz önünde bulundurulduğunda, bu kaynakların korunması hakkına yönelik her türlü müdahale ile ilgili olarak, söz konusu ilkenin önemiyle orantılı yasal usuli güvencelerin sağlanması gerektiğine karar vermiştir (*Sanoma Uitgevers B.V. / Hollanda* [BD], no. 38224/03, § 88, 14.09.2010; *Big Brother Watch ve Diğerleri / Birleşik Krallık* [BD],

no. 58170/13 62322/14 24960/15, § 444, 25.05.2021). Bu güvenceler arasında ilk ve en önemlisi, bir hâkim veya başka bir bağımsız ve tarafsız karar alma organı tarafından inceleme güvencesidir. Bu inceleme, yürütmeden ve diğer ilgili taraflardan bağımsız bir organ tarafından yapılmalı ve bu organ, söz konusu materyalin teslim edilmesinden önce gazetecilik kaynaklarının korunması ilkesine üstün gelen bir kamu yararı gerekliliğinin mevcut olup olmadığını belirleme ve mevcut değilse kaynakların kimliğini ifşa edebilecek bilgilere gereksiz erişimi önleme yetkisine sahip olmalıdır (*Sanoma Uitgevers B.V. / Hollanda* [BD], § 90). Bu tür kaynakları açığa çıkarabilecek materyallerin sonradan teslim edilmesi, gizlilik hakkının özüne zarar verecektir (ibid., § 91; ayrıca bkz. *Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V. ve Diğerleri / Hollanda*, no. 39315/06, § 98, 22.11.2012).

Bütün bu içtihadın ortaya koyduğu üzere bir karar alma prosedüründe sağlanan usule ilişkin güvenceler de müdahalenin orantınlılığı değerlendirilirken dikkate alınması gereken bir faktördür. Aynı zamanda, bu güvencelerin kapsamı belirli bir davanın bağlamına bağlı olarak farklılık gösterebilir. Mahkeme, özellikle, geleneksel olarak Devlet egemenliğinin iç çekirdeğinin bir parçasını oluşturan ulusal güvenlik bağlamında, yetkili makamların gerekçelerinde, örneğin olağan hukuk davalarında veya idari davalarda olduğu kadar, ayrıntı vermelerinin beklenemeyeceğine hükmetmiştir. Çok gizli belgelerin gizliliğinin kaldırılmasını reddetmek için ayrıntılı gerekçeler sunmak, bu bilgilerin en başta sınıflandırılma amacına kolaylıkla ters düşebilir (*Şeks/Hırvatistan*, no. 39325/20, § 71, 03.02.2022). Öte yandan, büyük bir çevresel risk oluşturan bir proje olan radyoaktif atıkların yönetimine ilişkin doğru ve güvenilir bilgilere erişim özel bir öneme sahip olduğundan, yetkili makamlar tarafından çekişmeli bir usulde verilen kararların ayrıntılı ve iyi gerekçelendirilmiş olması önemlidir (*BURESTOP 55 ve Diğerleri Derneği / Fransa*, no. 56176/18, § 115, 01.07.2021).

Bir davada, başvuran, yargı görevinden alınmasının, seçim kampanyası sırasında medyaya yaptığı bazı açıklamalardan kaynaklandığını iddia etmiştir. Mahkeme bu davada, başvurana disiplin soruşturması bağlamında önemli usuli güvenceler sağlanmadığını ve kendisine uygulanan yaptırımın orantısız derecede ağır olduğunu ve yargı kurumlarının etkililiğine ilişkin kamusal tartışmalara katılmak isteyen hâkimler üzerinde “caydırıcı bir etki” yaratabileceğini gözlemlemiştir (*Kudeshkina/Rusya*, no. 29492/05, §§ 97-99, 26.02.2009). Ayrıca ifade özgürlüğünü kullandığı için çeşitli disiplin yaptırımlarına çarptırılan yargı mensupları ile ilgili olarak pek çok başvuruda AİHM disiplin sürecindeki usul güvencelerine atıf yapmıştır (bkz. *Kövesi/Romanya*, no. 3594/19, §§ 205-208, 05.05.2020; *Eminağaoğlu/Türkiye* no. 76521/12, 09.03.2021; *Kozan/Türkiye*, no. 16695/19, §§ 64-70, 01.03.2021).

Ayrıca, usuli adalet ilkesi ve usuli güvenceler, ulusal güvenlik gerekçesiyle bir yayın lisansının verilmesinin ve bu kararın gerekçelerinin açıklanmasının reddedilmesi bağlamında da geçerlidir (*Aydoğan ve Dara Radyo Televizyon Yayıncılık Anonim Şirketi/Türkiye*, no. 12261/06, § 43, 13.02.2018).

Görüldüğü gibi yukarıda sözü edilen davalarda AİHM ifade özgürlüğüne müdahale eden idari işlemler yapılırken belli usulü güvencelerin bulunması gerektiğini vurgulamaktadır. İdari kararın alınması sürecindeki usuli eksikliklerin yargılama sürecinde telafi edilmemiş olması ifade özgürlüğünün ihlali tespitinde önemli bir rol oynamaktadır.

2. AİHM ve AYM İçtihadının Doğru Tespiti ve Uygulanmasına İlişkin Usul Yükümlülükleri

Yukarıda belirtildiği gibi ikincilik ilkesinin gereği olarak Sözleşmede güvence altına alınan hakları kendi yargı yetkisi altında bulunan herkese sağlamak taraf devletlerin yükümlülüğündedir. Bu yükümlülük Sözleşmenin 1. Maddesinde de açıkça düzenlenmiştir. Bunun gereği olarak taraf devletlerin yasama, yürütme ve yargı organları Sözleşmede güvence altına alınan haklara saygı gösterme ve koruma yükümlülüğü altındadır. Bu çerçevede, ifade özgürlüğü davalarını karara bağlayacak olan mahkemelerin öncelikle Sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükleri gözetmesi zorunludur. Sözleşmeyi nihai yorum yetkisi AİHM'e ait olduğundan yerel otoriteler ifade özgürlüğüne müdahale ederken AİHM içtihadını dikkate almak zorundadır.

Yukarıda belirtildiği gibi, ifade özgürlüğüne yapılan müdahalelerin Sözleşmeye uygunluğunu denetlerken AİHM, üç aşamalı bir denetim yapmaktadır. Öncelikle müdahalenin yasal dayanağı bulunup bulunmadığı ve eğer yasal dayanak varsa söz konusu düzenlemenin öngörülebilir olup olmadığı ve keyfi müdahaleleri önleyecek güvenceler içerip içermediğine bakmaktadır. İkinci aşamada ise müdahalenin meşru bir amacı olup olmadığı incelenmektedir. Üçüncü aşamada ise müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı denetlenmektedir. İfade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığı incelenirken müdahalenin amacını dikkate alarak AİHM bazı ölçütler geliştirmiştir. Yerel mahkemelerin ifade özgürlüğü davalarını çözümlerken bu ölçütlere göre bir değerlendirme yapması gerekir. AİHM kendi geliştirdiği ölçütleri dikkate alan bir değerlendirme yapılmamasını başlı başına bir ihlal nedeni olarak görmektedir. Zira bu tür kararların “ilgili ve yeterli gerekçe” içermediğini belirtmektedir. Eğer yerel mahkemeler AİHM standartlarını kendi kararlarında tartışmış ise AİHM genellikle kendisi de bir değerlendirme yapmakta ve yerel mahkemelerce ulaşılan sonucun kendi ulaştığı sonuç ile uyumlu olup olmadığını incelemektedir.

Yukarıda sözü edilen usule dönüş yaklaşımı da bununla ilgilidir. AİHM'in yalnızca usuli bir denetim yapması gerektiğini savunanlar, AİHM'in yerel mahkemelerin AİHM standartlarını dikkate alıp almadığı ile sınırlı bir denetim yapması gerektiğini, eğer yerel mahkemeler söz konusu standartları dikkate almışsa bu sonucun ayrıca AİHM tarafından denetim konusu yapılmaması gerektiğini savunmaktadırlar. Ancak yukarıda tartışıldığı gibi bu görüş AİHM uygulamasında tam olarak benimsenmemiştir.²⁵ Hatta bu yaklaşımın kötü niyetli devletler tarafından istismar edilme ihtimali bulunmaktadır.

Burada dikkate alınması gereken husus yerel otoritelerin, özellikle de yargı makamlarının Sözleşme haklarına müdahale teşkil eden işlemlerinde AİHM içtihadına uygun bir değerlendirme yapma yükümlülüğü altında olduklarıdır. Yerel mahkemeler kararlarını AİHM ilkeleri çerçevesinde gerekçelendirmedikleri takdirde AİHM, yerel makamların müdahale konusunda ilgili ve yeterli gerekçe sunmadıkları gerekçeyle ihlal kararı verecektir.

25 Oddný Mjöll Arnardóttir, “The ‘procedural turn’ under the European Convention on Human Rights and presumptions of Convention compliance”, *International Journal of Constitutional Law*, Volume 15, Issue 1, 1 January 2017, Pages 9–35.

AIHM'in bu yaklaşımını Anayasa Mahkemesi de benimsemiştir ve özellikle ifade özgürlüğü başvurularında ihlal sonucuna varırken yerel mahkemelerin kararlarının ilgili ve yeterli gerekçe içerip içermediğini denetlemektedir. Bu doğrultuda 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 (Kemal Kılıçdaroğlu, § 58; Bekir Coşkun, § 56; Tansel Çölaşan, § 56; Zübeyde Füsun Üstel ve diğerleri, § 120). Bu çerçevede AYM, ilk derece mahkemesi gerekçesinde, “başvuruya konu ifadenin dile getirilme nedenini, kullanılan sözün arka planı olup olmadığını, müştekinin önceki davranışları nedeniyle kendisine yöneltilen sözlerle katlanması gerekip gerekmediğini, söz konusu tartışmanın kamusal bir yarara katkı sağlayıp sağlamadığını ve müştekinin rahatsız olduğu başvuruçunun sözlerine cevap verme imkânının bulunup bulunmadığını değerlendirip değerlendirmediğini” göz önüne almaktadır. İlk derece mahkemesi tarafından sadece soyut bir değerlendirmeye, daha önce bölge adliye mahkemesine konu olmuş ve hakaret olarak kabul edilmiş bir karara atıf yapılarak başvuru hakkında mahkûmiyet kararına hükmedilmesi AYM tarafından ihlal nedeni olarak kabul edilmiştir (Cemal Yıldırım [2. B.], B. No: 2022/66222, 17/7/2025, § 22).

Aşağıda ayrıntılı olarak üzerinde durulacağı üzere “**ilgili ve yeterli gerekçe**”, “**gerekçeli karar**” hakkından daha geniş bir kavramdır. **Gerekçeli karar**, davanın sonucunu etkileyecek tüm maddi ve usulî hususların açıklanması suretiyle mahkemece ulaşılan sonucun meşrulaştırılması anlamına gelmektedir. **İlgili ve yeterli gerekçe** ise mahkemelerin verdikleri karar AIHM ve AYM içtihatları ile belirlenen ilkeler çerçevesinde meşrulaştırması anlamına gelmektedir. İnsan hakları ilkelerini dikkate almadan verilen kararlar maddi ve usulî hukuk ilkeleri bakımından gerekçelendirilmiş olsa da ilgili ve yeterli gerekçe içerdikleri söylenemeyecektir.

3. Adil Yargılanma Hakkı Kapsamındaki Usulî Yükümlülükler ve Sözleşmenin 6. ve 10. Maddeleri Arasındaki Etkileşim

Davaların yürütülme sürecinde sağlanması gereken usulî güvenceler Sözleşmenin 6. maddesinde adil yargılanma hakkı kapsamında düzenlenmiştir. Ancak AIHM Sözleşmenin diğer maddelerinde güvence altına alınan maddi hakların da usulî boyutu olduğuna ve söz konusu güvencelere uyulmaması halinde söz konusu hakkın ihlal edildiğine karar vermektedir. AIHM içtihadında ilk olarak yaşam hakkı ve işkence yasağı hakları yönünden geliştirilen usulî yükümlülükler doktrini, giderek diğer haklar yönünden de uygulama alanı bulmuştur. Bu çerçevede ifade özgürlüğünün de usul boyutunun olduğu mahkeme tarafından ortaya konulmuştur.

Mahkeme içtihadında usulî yükümlülüklerle atıf yapan pek çok karar bulunmaktadır. *Cumhuriyet Vakfı ve Diğerleri/Türkiye* davasında Mahkeme, ifade özgürlüğüne keyfi müdahaleleri önlemek için sistemde yer alan **usulî güvenceleri** de yakından incelemesi gerektiğini vurgulamış ve ihtiyati tedbir kararının kapsamını ve süresini, gerekçesini ve tedbir alınmadan önce karara itiraz etme olanağını incelemiştir (§§ 61-74).

Mahkeme *Steel ve Morris/Birleşik Krallık* (no. 68416/01, ECHR 2002-III.) kararında başvuruçuların ifade özgürlüğünün, büyük bir şirketin (McDonalds) kendilerine karşı

açtığı hakaret davalarına nüfuz eden **usuli adaletsizlik nedeniyle** ihlal edilmiş olduğunu tespit etmiştir. Adli yardım olanağı tanınmayan ve davacının tuttuğu bir avukatlar ordusuyla karşı karşıya kalan başvuruçular, çok uzun süren yargılama süreci boyunca, davacıya yöneltmiş oldukları maddi olgulara dayanan ciddi suçlamaların doğruluğunu kanıtlama çabaları sırasında muazzam güçlükler yaşamışlardır. “Girişilen bu işin muazzamlığı ve zorluğu göz önüne alındığında”, Mahkeme çatışan menfaatler arasında adil bir denge gözetilmiş olduğunun söylenemeyeceği sonucuna varmıştır. Mahkeme’nin ihlal tespiti, aynı başvuruda, davacı ile (yargılamaların büyük bir kısmı boyunca) avukat tarafından temsil edilmemiş olan başvuruçular arasında silahların çarpıcı bir ölçüde eşitsiz olması dolayısıyla Sözleşme’nin 6. maddesine ilişkin ayrı bir ihlal tespitinin ardından gelmiştir.

Mahkeme *McVicar/Birleşik Krallık* kararında da bir sporcunun yarışları doping kullanarak kazandığı yönündeki iddialarla ilgili yargılama nedeniyle yapılan başvuruda da usuli yünden ihlal bulmadığı gibi ifade özgürlüğü ihlali de tespit etmemiştir (*McVicar/Birleşik Krallık*, no. 46311/99, 07.05.2022).

Başvuruçular, ifade özgürlüklerine müdahale dolayısıyla hem 6. maddenin, hem de 10. maddenin ihlalini ileri sürebilirler. İfade özgürlüğüne yönelik müdahaleler ister hukuk ister ceza davası, isterse de idari işlem ve dava yoluyla ya da ihtiyati tedbir, erişim engelleme, cezaevinde yazılı ve görsel yayınlara erişim imkanının kısıtlanması şeklinde olsun çoğunlukla bir çekişmeli yargılama sonucunda ortaya çıkmaktadır. Başvuruçuların bu idari ve yargısal süreçlerdeki usuli sorunlara ilişkin şikayetleri hem 6. madde hem de 10. madde ihlali iddiası şeklinde ortaya çıkmaktadır. Mahkeme’nin yaklaşımı, Sözleşme kapsamında öne sürülen daha ağır ihlal iddiasına yanıt vermek ve diğer iddiayı ele almayı gerekli görmemek biçiminde olabilmektedir. Ya da, *Steel ve Morris* ile *McVicar* davalarında olduğu gibi her iki hak iddiasını da birbiriyle bağlantıları ışığında ayrı ayrı esastan incelemek gerektiğine de kanaat getirebilmektedir. 10. madde mi, yoksa 6. madde kapsamındaki şikâyetin mi temel odak noktasını oluşturması gerektiğine Mahkeme karar verecektir.

Mahkeme ifade özgürlüğü başvurularında usul sorunlarını temel olarak 10. madde bağlamında ele almaktadır. Usul sorunlarını müdahalenin demokratik toplumda gerekliliği ve müdahalenin caydırıcı etkisini de dikkate alarak orantılılığı bağlamında ele almaktadır. Dolayısıyla bir usul sorunu 6. madde bağlamında tek başına ihlal nedeni olarak görülmezken, müdahalenin demokratik toplumda gerekliliği ve ölçülülüğü bağlamında 10. madde çerçevesinde ihlal nedeni olarak görülebilmektedir. Bu hallerde Mahkeme incelemeyi 10. madde kapsamında yapmakta, 6. madde şikayetini ayrıca inceleme konusu yapmamaktadır. Mesela Mahkeme, *Cumhuriyet Vakfı* başvurusunda verilen ihtiyati tedbir kararına ilişkin usulü sorunlar nedeniyle 10. maddenin ihlaline hükmetmiştir (*Cumhuriyet Vakfı ve Diğerleri/Türkiye*, no. 28255/07, 08.10.2013). Aynı davada başvuranlar, uygulanan ihtiyati tedbir kararının yokluklarında, belgelere dayalı deliller düzgün bir şekilde incelenmeden ve herhangi bir gerekçe gösterilmeden alındığı ve yayın yasağının uzun bir süre yürürlükte kaldığı gerekçesiyle Sözleşme’nin 6. maddesi kapsamında adil yargılanma hakkının ve söz konusu tedbir kararına itiraz edebilecekleri etkili bir iç hukuk yolunun bulunmaması nedeniyle Sözleşme’nin 13. maddesi kapsamında etkili başvuru hakkının da ihlal edildiğini iddia etmişlerdir.

Mahkeme bu şikayetlerin kabul edilemezliğini gerektiren bir durum olmadığını belirttikten sonra davanın koşullarını ve Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiği yönündeki tespitini hatırlatarak mevcut başvuruda ortaya konan temel hukuki sorunu incelediğini ve bu nedenle, diğer şikâyetlerle ilgili olarak ayrı bir karar vermeye gerek olmadığını belirtmiştir.

Ancak, *Kövesi/Romanya* (no.3594/19, 05.05.2020) davasında Mahkeme, yasal reformlarla ilgili olarak dile getirdiği eleştirilerin ardından bir savcının görevine erken son verilmesiyle ilgili olarak, savcının görevden alınmasının denetimine ilişkin olarak yerel mahkemeler tarafından getirilen kısıtlamaların Sözleşme'nin 6 § 1 maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir (§§ 157-158). Mahkeme, Sözleşme'nin 10. maddesine ilişkin incelemesinde bir başsavcının görevden alınmasının yargı bağımsızlığını etkileyen ağır bir müdahale olduğu ve bütün yargı mensuplarını kamusal tartışmaya katılmaktan alıkoyan caydırıcı bir etkiye sahip olduğunu vurgulamıştır. Ayrıca görevden alma işlemine karşı başvurulabilecek bir yargısal yol olmaması nedeniyle başvurucunun ifade özgürlüğüne getirilen kısıtlamalara, istismara karşı etkili ve yeterli güvencelerin eşlik etmediğini belirterek bu sorunun da ihlal nedeni olduğunu belirtmiştir (§ 210). Aynı şekilde bir hâkime beyanları dolayısıyla disiplin cezası verilmesi nedeniyle yapılan bir başvuruda Türkiye'de HSK'nın disiplin kararlarına karşı yargı yoluna başvurulamaması nedeniyle AİHM hem 6. maddenin hem de 10. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir (*Eminağaoğlu/Türkiye*, no. 76521/12, 09.03.2021). Bir başka kararda ise aynı nedenle Sözleşmenin 10. maddesinin yanı sıra 13. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir (*Kozan/Türkiye*, no. 16695/19, 01.03.2022).

Usul sorununun ne zaman 10. maddenin dışında ayrıca 6. ya da 13. madde sorunu teşkil ettiği konusunda objektif bir ölçütün geliştirildiğini söylemek mümkün görünmemektedir. Ancak Mahkeme usul sorununun ifade özgürlüğünün bağlamını aşan bir boyutu olduğuna kanaat getirdiği hallerde ayrıca 6. madde ya da 13. madde incelemesi de yapmaktadır.

Mesela *Bulgakov/Rusya* (no.20159/15, 23.06.2020) kararında Mahkeme, bir internet sitesi ile internet sayfasının erişime engellenmesi arasındaki farkların dikkate alınmadığına ilişkin şikayetin temyiz merciince incelenmemiş olması dolayısıyla etkili başvuru hakkının ihlal edildiği şikayetiyle ilgili olarak 13. madde kapsamındaki şikâyetin, 10. madde kapsamındaki şikâyeti ele alırken incelediği olaylarla aynı olaylardan kaynaklandığına dikkat çekmiştir. Bununla birlikte, Sözleşme'nin 13. maddesi tarafından korunan menfaatler ile 10. madde tarafından korunan menfaatlerin niteliği arasında bir fark olduğunu hatırlatan Mahkeme, 13. maddenin usuli bir hakkı yani "etkili başvuru hakkını" güvence altına alırken 10. maddede yer alan usuli gerekliliklerin, ifade özgürlüğü hakkına saygı gösterilmesini sağlamaya yönelik daha geniş bir amaca yardımcı olduğunu belirtmiştir. İki madde tarafından sağlanan güvencelerin amaç farklılığını göz önünde bulunduran Mahkeme, mevcut davada aynı olay dizisini her iki hüküm kapsamında incelemeyi uygun görmüştür (§ 46).

Anayasa Mahkemesi ifade özgürlüğü şikâyeti olan başvurularda genellikle bütün şikayetleri ifade özgürlüğü altında inceleme eğilimindedir. Mahkeme genel bir formül olarak, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmadığını, olay ve olguların hukuki tavsifini kendisinin takdir edeceğini belirterek başvuru sahiplerinin diğer şikayetlerinin de Anayasa'nın 26. maddesinde yer alan ifade

özgürlüğü kapsamında incelenmesi gerektiğine karar vermektedir (Bkz. Hayko Bağdat [1. B.], B. No: 2016/256, 28/11/2019, § 28; Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve diğerleri [GK], B. No: 2018/14884, 27/10/2021, § 76; Keskin Kalem Yayıncılık ve Ticaret A.Ş. ve Ali Ergin Demirhan [2. B.], B. No: 2019/20812, 11/12/2024, § 12).

Hatta AYM, çok açık usul ihlali olan başvurularda bile adil yargılanma şikayetini ayrıca incelemekten kaçınmaktadır. Mesela, Cemal Yıldırım başvurusunda, başvuru hakkında hakaret nedeniyle açılan ceza davasının son celsesinde başvuru avukatı mazeret sunmuştur. Başvuru da duruşmadan varestede tutulduğu için duruşmaya katılmamıştır. Mahkeme avukatın mazeret dilekçesini dikkate almadan Cumhuriyet savcısının mütalaasını almış ve mütalaaya karşı savunma hakkı tanımadan aynı celsede mahkûmiyet kararı vermiş ve kesin olarak adli para cezasına hükmetmiştir. Başvuru AYM nezdindeki başvurusunda ifade özgürlüğünün yanı sıra kovuşturma aşamasında savunmasının bizzat alınmayıp istinabe yoluyla diyeceklerinin sorulduğunu, ayrıca ikinci celse için sunulmuş olan haklı mazeret dilekçesi hakkında bir karar dahi verilmeden Cumhuriyet savcısının mahkûmiyet talepli esas hakkındaki mütalaasına karşı diyeceklerinin sorulmadığını, mütalaaya karşı savunma için ek süre tanınmadığını ve bu şekilde yargılamanın mahkûmiyet kararıyla sonuçlandırıldığı belirtilerek adil yargılanma hakkının da ihlal edildiğini ileri sürmüştür (Cemal Yıldırım [2. B.], B. No: 2022/66222, 17/7/2025, § 10). Başvurucunun bu şikâyeti silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama hakları bakımından oldukça önemli olmasına rağmen AYM herhangi bir açıklama yapmaksızın bütün şikayetlerin 26. madde kapsamında inceleneceğini belirtmekle yetinmiştir (§ 12). Ayrıca AYM bu şikayeti ifade özgürlüğünün usulü boyutu altında da değerlendirmemiş, yalnızca dengeleme testi kapsamında sözlerin bağlamının araştırılıp araştırılmadığı çerçevesinde bu hususa değinmiştir. Kararın 21. paragrafı şöyledir: “Bununla birlikte söz konusu bağlamın ne olduğu konusunda en iyi açıklamayı yapacak konumdaki başvuru savcısının Mahkeme tarafından doğrudan alınmadığı, istinabe yoluyla alınan savunmada ise başvuru sözlerinin bağlamının ne olduğunun sorulmadığı görülmektedir (bkz. § 4). Dahası başvuru müdafinin duruşmaya katılım konusundaki mazereti hakkında herhangi bir ara kararı verilmeden devam eden yargılamada savcılığın esas hakkındaki mütalaasına karşı talep edilen savunma süresi de tanınmadan yargılamanın mahkûmiyet kararıyla bitirildiği görülmektedir (bkz. §§ 5-6). Bu durumda ilk derece mahkemesinin başvuru tarafından sarf edilen sözlerin bağlamını ve dolayısıyla sebepsiz ve sırf tahkir amaçlayan keyfi bir saldırı niteliğinde olup olmadığını tespit etmek için yeterli gayreti gösterdiği söylenemez.”

Bu örnekte de görüldüğü gibi AYM şikayetleri vasıflandırma yetkisini oldukça keyfi bir şekilde kullanmakta ve başvuru sahiplerinin önemli hak ihlallerinin bir kısmını cevapsız bırakmaktadır. Bu durum, usul sorunlarının usuli haklar bağlamında mı yoksa maddi hakların usul boyutu altında mı inceleneceği sorununu aşan bir probleme neden olmaktadır. Esasen AYM, vasıflandırma yetkisini kullandığı görüntüsü altında davayı incelemekten kaçınmaktadır. Oysa Anayasanın 36. Maddesine göre hiçbir mahkeme kendi görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz.

İnsan hakları davalarında avukatlık yapan kişiler açısından yapılması gereken her olayda ortaya çıkan usul sorunlarını hem Sözleşmenin 10. maddesi bağlamında hem de usuli güvenceler sağlayan 6. ve gerekirse 13. madde bağlamında ihlal nedeni olarak ileri sürmektir.

C. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ DAVALARINDA USUL ÖDEVLERİNİN ÇÖZÜMLENMESİ

Görüldüğü gibi insan hakları hukukundaki usule dönüş akımı ile Türkiye’de hukuk devletinden sapma eğilimi birbirine paralel gelişmelerdir. Bu durum ilginç bir paradoksun ortaya çıkmasına neden olmuştur. Bir yandan ulusal yargı mercilerinin uluslararası insan hakları standartlarını hayata geçirme konusundaki yükümlülükleri artmış ama aynı zamanda bizzat yargılama süreçlerinin kendisi otoriterliğin aracına dönüşmüştür.

Son dönemde otoriter rejimlerin hukuku araçsallaştırmasını açıklamak için kullanılan otoriter legalizm,²⁶ yargının savaş aracına dönüştürülmesi (*lawfare*),²⁷ legal dualizm²⁸ gibi kavramlarda ilk akla gelen ülkelerden biri de Türkiye’dir. Bu saptama, yargısal süreçlerdeki usul sorunlarını daha da dikkatli bir şekilde analiz etmeyi ve ayrıntılandırmayı zorunlu kılmaktadır.

Gerçekten de ilerleyen bölümlerde ayrıntılandıracağımız üzere usul güvencelelerinden sapma ile otoriterleşme arasındaki korelasyon gözardı edilemez. Hatta legal otoriterleşmenin en temel aracı, yargı organlarının “adil bir yargılama sürecinin yürüdüğüne” dair bir imaj oluştururken aslında yargılamanın maddi anlamda taşıması gereken unsurları taşımayan bir süreç yürütmeleridir. Ancak bu sapmanın ortaya konması ancak ve ancak usul güvencelerinin ayrıntılı bir şekilde incelenmesi ile mümkün olabilecektir.

Türkiye’de ifade özgürlüğü davalarında mutata hale gelen farklı muhakeme rejiminin anlaşılması için bu ayrıntılı haritalama zorunlu gözükmektedir. Çalışmanın diğer bölümlerinde ceza ve idari yargı süreçlerinde en sık karşılaşılan usul sorunları tartışılacaktır.

Bu incelemede saptanan usul güvencesi sorunları, yazarların içtihat taraması yanında, bu proje kapsamında 6 farklı ilde yapılan atölyelerde hukukçular tarafından dile getirilen ortak sorun tiplerine göre saptanmıştır.

26 Kim Lane Scheppele, “Autocratic Legalism”, *The University of Chicago Law Review* (2018) Vol. 85/2, s.545-584

27 John Carlson and Neville Yeomans, “Whither Goeth the Law - Humanity or Barbarity”, 2013, <https://www.lacweb.org.au/whi.htm> ; Narek Abgaryan, “Lawfare: The Mortal Combat of Jurisprudence”, *Völkerrechtsblog*, 17.03.2025, doi: 10.17176/20250318-000805-0.

28 Kathryn Hendley, “Legal Dualism as a Framework for Analyzing the Role of Law under Authoritarianism” *Annu. Rev. Law Soc. Sci.* 2022. 18:211-26



SORUŞTURMA AŞAMASI

Türkiye’de çok fazla sayıda kişi çok fazla sayıda paylaşım ve diğer ifade kullanımları nedeniyle adli soruşturma konusu yapılmaktadır. İfade özgürlüğüne ilişkin ceza soruşturmalarında yaşanan sorunların üç ana alt başlıkta incelenmesi mümkündür. Sorunların önemli bir bölümü soruşturmanın başlangıcına ilişkindir.

Tabii ki soruşturma aşamasındaki usuli ihlaller ceza muhakemesinin sonraki aşamalarını da etkilemektedir. Bununla birlikte, ceza davasıyla sonuçlanmayan durumlarda bile soruşturma aşamasındaki keyfilikler ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaşmak için yeterli olabilir. Bu nedenle, soruşturma aşaması hem müstakil hem de tüm ceza muhakemesi açısından dikkatle incelenmelidir.

Nitekim AİHM, ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı etkiye sahip bazı koşulların, kesinleşmiş bir karar ile mahkûm olmamış ilgililerin, söz konusu özgürlüğe yapılan bir müdahale nedeniyle mağdur sıfatını haiz olduğuna daha önce karar vermiştir: (*Financial Times Ltd ve diğerleri/Birleşik Krallık*, No. 821/03, § 56, 15.12.2009) *Taner Akçam/Türkiye* davasında, başvuru hakkında milliyetçi bir kişi tarafından şikâyet olduğu için TCK md. 301 uyarınca soruşturma açılmıştır. Başvurucu savcıya ifade vermiş ve fakat savcı başvuruçunun açıklamasının Sözleşme’nin 10. maddesi kapsamında olduğunu belirterek dava açmamıştır. Bununla birlikte, AİHM *Hrant Dink/Türkiye* davasını da dikkate alarak (*Dink/Türkiye*, no. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09, §107, ECHR 2010), hakkında bu şekilde soruşturma açılan kişilerin Türklüğe hakaret eden, “hain” “ajan” damgasını yediğini ve hatta Dink davasında başvuruçunun ultra

milliyetçiler tarafından bu nedenle öldürüldüğünü belirtmiştir. Bu nedenle, Mahkeme bu bağlamda, başvuru hakkında 301. madde uyarınca kovuşturma başlatılması ve kendisinin suçlu bulunmamasına rağmen, Ermenilere ilişkin görüşleri nedeniyle aşırı uç görüşlü kişiler tarafından hakkında yapılan suç duyurularının taciz kampanyalarına dönüştüğünü ve bu hüküm uyarınca başvuranın suçlamalara yanıt vermek zorunda bırakıldığını belirtmiştir. İhtilaflı hükmün başvuran aleyhine uygulanmamasına rağmen, gelecekte başvuran aleyhine açılma olasılığı olan soruşturmanın başvuranı strese sokacağı, kaygılandıracağı ve kovuşturma açılması korkusu yaratacağı gerçeğini kabul etmiştir. (§75)

Dilipak/Türkiye kararında da başvuru hakkındaki dava zamanaşımı nedeniyle düşmüştür. Dava bitmeden AİHM'e başvuran başvuru hakkında AİHM "Bir yandan, başvuranın aleyhindeki suç isnadının kayda değer hatta aşırı bir süre boyunca derdest kaldığı (yukarıda 29. paragraf); öte yandan, ilgili halen gazeteci ve siyasi köşe yazarı olarak ülkenin genel politikası ile silahlı kuvvetlerin ilişkilerine değinen konularla ilgili makaleler yazsa da, ceza yargılaması boyunca olduğu gibi gelecek zamanda da hukuki planda tedirgin edici olaylar yaşayamayacağından emin olamamaktadır" ifadelerini kullanarak, hüküm giymemesine rağmen mağduriyet koşulunun gerçekleştiğine karar vermiştir. (*Dilipak/Türkiye*, no. 29680/05, 15.9.2015, §49)

Bu nedenle salt soruşturmanın varlığının bile ifade özgürlüğüne müdahale niteliği taşıdığı açıktır. Keyfi olarak onbinlerce kişinin soruşturmaya tabi tutulmasının hem bireysel hem de kolektif bir caydırıcı etkisinin bulunduğu belirtilebilir.

Ancak bu caydırıcı etki soruşturmanın keyfiliği ile sınırlı değildir. Soruşturmanın sürecinin yürütülüş şekli de kritiktir. İfade sahiplerinin başta haksız yakalama ve tutuklama tedbirlerinde olduğu gibi kişi özgürlüğü gibi başka hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılması ifade özgürlüğü açısından da ağır sonuçlar doğurabilmektedir. Bu nedenle, soruşturma sürecine ilişkin usul ödevlerinin de yakından incelenmesi gerekir.

Nihayet soruşturma sürecinin ifade sahibinin aleyhine sonuçlanması halinde iddianame hazırlanmaktadır. İddianamelerin kalitesi kovuşturma aşamasını da ciddi bir şekilde etkilemektedir. Çünkü duruşma sırasında iddia makamı sıklıkla yeni herhangi bir talepte bulunmamakta, iddianamedeki cümleleri şüpheli kavramını sanık şeklinde değiştirerek tekrar etmektedir. Bu nedenle, iddianamenin kalitesi sadece soruşturma aşamasının değil kovuşturmanın da sınırlarını çizmektedir.

A. SUÇ TESPİTİ VE İHBARA İLİŞKİN SORUNLAR

1. Sanal Devriye

İfade özgürlüğüne ilişkin ceza soruşturmalarının önemli bir kısmı "sanal devriye" adındaki bir araştırma ile başlamaktadır. Sanal devriye kavramı kolluğun fiziksel olarak gerçekleştirdiği devriye faaliyetine benzetilerek geliştirilmiş bir kavramdır. Nasıl idari kolluk, rutin bir şekilde devriye yaparken bir suça rastlarsa bu suça ilişkin delilleri toplayıp cumhuriyet savcısını haberdar edecekse İnternette gezerken suça rastlayan kolluk için de aynısının olacağı düşüncesinden hareket edilmiştir.

Ancak burada adli kolluk ile idari kolluk arasında bir ayrım yapılması gerekmektedir. Kolluğun kamu düzeni ve güvenliğinin bozulmaması için yaptığı idari kolluk faaliyetleri sırasında bir suça rastlaması ile savcılıktan talimat almaksızın re'sen suç araştırmasına girmesi birbirinden farklı şeylerdir. Uygulamada yapılan çoğunlukla ikincisidir.

Gerçekten de uygulamada kolluk çoğu durumda çok az takipçisi olan, paylaşılmamış veya etkileşim almamış sosyal medya hesaplarına ilişkin araştırma raporu hazırlamakta ve bunun sanal devriye sırasında ortaya çıktığını iddia etmektedir. Türkiye'de her gün on milyonlarca sosyal medya paylaşımı yapılmaktadır.²⁹ Bu paylaşımlar arasında çok az takip edilen, özellikle bakılmadığı takdirde tespit edilmesi mümkün görünmeyen içeriklerin nasıl olup da sanal devriyeye takıldığı savcılıklar tarafından sorgulanmamaktadır. Ancak tahmin edilebileceği üzere bu hesaplara tesadüfen ulaşılmamakta, kolluk adli kolluk faaliyeti niteliğinde sübjektif ölçütlere göre suç saydığı hesapları tespit edip bu kişilerle ilgili araştırma raporu hazırlamaktadır. Bu aşamadan sonra ise savcılık bu raporu esas alarak resmi suçlama yapmaktadır.

Anayasa Mahkemesi bu atipik soruşturma yöntemini Anayasa'ya aykırı bulmuştur. Anayasa Mahkemesi adli kolluk görevi kapsamında sanal devriye faaliyetini düzenleyen 2559 Sayılı Kanun'un Ek 6. maddesine eklenen on sekizinci fıkrayı kişisel verilere müdahale niteliği taşıdığı ve demokratik toplumda zorunlu olmadığı gerekçesi ile iptal etmiştir (AYM 2018/91 E., 2020/10 K., 19/2/2020). Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında, kolluğun bu şekilde bir araştırma yapamayacağını, olası bir suçla karşılaşma halinde durumun derhal Cumhuriyet Savcılığına bildirme yükümlülüğü altında olduğunu açıkça ifade etmiştir:

"101. Buna göre sanal ortamda işlenen suçlar da dahil olmak üzere suç soruşturmasını yapacak yetkili Cumhuriyet başsavcılığının belirlenmesi ve bu konuya ilişkin uyuşmazlıkların çözümü yargı makamlarının görevi kapsamında kalmaktadır. Kanun'da yargı mercilerine, anılan görevin yerine getirilmesini sağlayabilecek bilgiler de dahil olmak üzere suç soruşturmasıyla ilgili bilgilere erişme yetkisinin de tanındığı görülmektedir. Dolayısıyla yalnızca yetkili Cumhuriyet başsavcılığının belirlenmesi amacıyla kolluğa, kişisel verilerin korunmasını isteme hakkını sınırlamak suretiyle kuralda belirtilen yetkiyi tanımanın zorunlu bir toplumsal ihtiyaca karşılık gelmediği ve bu yönüyle dava konusu kuralla getirilen sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmadığı sonucuna ulaşılmıştır".

Aynı Kanun'un Ek 7. maddesinde de idari kolluk kapsamında gerçekleştirilen sanal devriye faaliyeti düzenlenmektedir. Hüküm şu şekildedir: "Polis, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasa düzenine ve genel güvenliğine dair önleyici ve koruyucu tedbirleri almak, emniyet ve asayiş sağlamak üzere, ülke seviyesinde ve sanal ortamda istihbarat faaliyetlerinde bulunur, bu amaçla bilgi toplar, değerlendirir, yetkili mercilere veya kullanma alanına ulaştırır. Devletin diğer istihbarat kuruluşlarıyla işbirliği yapar."

²⁹ Türkiye'de, Instagram'ın 58,4 milyon, YouTube'un 57,5 milyon, TikTok'un 40,2 milyon, Facebook'un 34,8 milyon, X'in 9,7 milyon kullanıcısı olduğu rapor edilmiştir. Kullanıcıların aylık olarak sosyal medya sitelerindeki zaman geçirme süreleri ortalama Instagram'da 32 saat 36 dakika, TikTok'ta 26 saat 26 dakika, YouTube'da 23 saat 31 dakika, Facebook'ta saat 45 dakika, X'te ise 5 saat 4 dakika olarak belirtilmiştir. <https://www.aa.com.tr/tr/gundem/sosyal-medya-kullanicisi-sayisi-58-5-milyona-ulasti/3560857#>, Bkz. Dijital 2025 Türkiye Raporu, <https://wearesocial.com/uk/blog/2025/02/digital-2025-the-essential-guide-to-the-global-state-of-digital/>

Ancak bu hüküm adli kolluğa ilişkin olmadığı gibi bu hükme dayanarak adli soruşturma yapılamaz. Örneğin bu hükme dayanarak bir kişinin profili geriye doğru taranıp, geçmişte işlediği iddia edilen bir suç tespit edilip araştırma raporu tesis edilemez. Popüler bir hesaptan kamu düzenini bozacak nitelikte bir içerikle karşılaşan kolluk gücünün bunun için gerekli birimleri bilgilendirmesi bu kapsamda görülebilir. Ancak kolluğun kendine göre şüphelendiği bir kişinin profilini bütünüyle gezip, hakkında dosya hazırlayıp ardından savcılığa sunması bu nitelikte değildir. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı tam da buna ilişkindir.

İkinci olarak PVSK'nin Ek-7. maddesi “Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasal düzenine ve genel güvenliğine dair önleyici ve koruyucu tedbirleri almak, emniyet ve asayişini sağlamak üzere” sanal ortamlardaki istihbarat faaliyetlerini düzenlemektedir. Bu kapsamda kolluğun bu faaliyeti, düzenlemenin ikinci fıkrasında belirtildiği üzere casusluk suçu hariç CMK'nin 250. maddesinin a, b ve c bentlerinde yazılı suçlar ile sınırlanmıştır. Bu suçlar dışındaki suçlar için Ek-7. madde kapsamında sanal ortamda istihbarat faaliyeti yürütülemez. Düzenleme kapsamındaki suçlarla ilgili olarak bu faaliyetin yürütülebilmesi içinse hâkim kararı gerekmekte; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde sayılı kişilerin yazılı emir verebileceği belirtilse de yazılı emirlerin 24 saat içinde hakim onayına sunulacağı düzenlenmektedir.

Bununla birlikte, uygulamada Ek-7. Madde kapsamında olmayan TCK 216, 217/a, 299 gibi suçların tamamında sanal devriye sonucu hazırlanan araştırma raporlarına göre soruşturma açıldığı ve bu soruşturmalar sonucunda hukuka aykırı elde edilmiş delile dayanarak iddianame tanzim edildiği görülmektedir.

Oysa eğer gerçekten sanal devriye sonucunda Ek-7. madde kapsamında bir suçta rastlanmışsa kolluğun derhal savcılığa durumu bildirmesi ve alacağı talimata göre araştırma raporu gibi adli kolluk faaliyetlerini icra etmesi gerekir. Uygulamada bu tam tersine çevrilmiştir. Neyin suç olduğuna kolluk karar vermekte, tüm belgeleri hazırlamakta ancak bu aşamadan sonra ve şeklen savcılık devreye girmektedir. Savcılık devreye girdikten sonra da asıl işlemleri yine kolluk yapmakta aşağıda ayrıntıları verileceği üzere ifadenin ne şekilde alınacağı da tümüyle kolluğun inhisarına bırakılmaktadır.

Bu nedenle, soruşturma aşamasında sanal devriye yoluyla toplanan veriyle hazırlanan araştırma raporuna dayalı iddianameler hukuka aykırıdır.

Diğer taraftan soruşturma başlatılmasında uygulanan başka bir yöntem de isimsiz e-posta veya ihbarcının kimliğinin belli olmadığı ihbar telefonuna dayalı olarak başlatıldığı açıklanan soruşturmalardır. Bu şekilde soyut ve belirsiz bir şekilde “X kişinin hesabından suç teşkil eden paylaşımlar yapıldığı” şeklindeki ihbarlara dayalı olarak açılan soruşturmaların da ne derece hukuka uygun olduğu kuşkuludur. Bu tür ihbarların sanal devriye yasağını aşmak için kullanılma olasılığı yüksektir.

2. Şikâyeteye Tabi Suçun Re'sen Soruşturulması

Türkiye’de ifade özgürlüğünü tehdit eden en önemli suç tiplerinin arasında Cumhurbaşkanına ve kamu görevlilerine hakaret suçları yer almaktadır. Sadece Cumhurbaşkanına hakaret suçundan yüzbinlerce kişinin soruşturulduğu onbinlerce kişinin de

mahkûm olduğu bilinmektedir. Giriş kısmında Recep Tayyip Erdoğan'ın Cumhurbaşkanı seçilmesinden sonraki TCK m. 299 soruşturma ve kovuşturmalardaki artışa dikkate çekilmiştir. Aynı şekilde özellikle seçilmiş siyasetçilere yönelik eleştiriler kamu görevlisine hakaret teşkil ettiği gerekçesiyle resen soruşturulmakta ve yargılama konusu yapılmaktadır.

AİHM hem Cumhurbaşkanı'na hakareti düzenleyen TCK m. 299'un hem de kamu görevlisine görevinden dolayı hakaret suçunu düzenleyen TCK m. 125/3-a'nın seçilmiş siyasetçiler açısından uygulanmasının Sözleşmeye aykırı olduğuna karar vermiştir. Bu durumda Anayasa'nın 90. maddesi gereği bu hükümler uygulanabilirliğini kaybetmiştir.

Bu konuda çok açık AİHM içtihadı Anayasa Mahkemesi dahil olmak üzere tüm Türkiye yargı organları tarafından bilerek görmezden gelinmektedir. AİHM içtihadı istikrarlı bir şekilde devlet başkanlarının diğer kişilerden farklı ceza hukuku hükümleriyle korunmasını Sözleşmeye aykırı bulmaktadır. (*Colombani/Fransa*, no. 51279/99, 25.6.2002, § 68-69; *Otegi Mondragon/İspanya*, no. 2034/07, 15.03.2011, § 55, 56; *Artun ve Güvener/Türkiye*, no. 75510/01, 26.6.2007, § 31; *Önal/Türkiye* (2), no. 44982/07, 02.07.2019, § 35; *Vedat Şorli/Türkiye*, no. 42048/19, 19.10.2021, § 54.) AİHM'e göre özellikle devlet başkanlarına, başbakanlara, bakanlara veya diğer üst düzey siyasetçilere ayrıcalıklı bir koruma sağlanmamalıdır. (*Tuşalp/Türkiye*, no. 32131/08, 21.2.2012, §48.) Çünkü devletin, devlet başkanının itibarını korumadaki menfaati, bu kişiye kendisi hakkındaki bilgi ve düşüncelerin yayılmasına karşı bireysel ayrıcalıklı bir statü veya özel koruma sağlamanın gerekçesi olamaz. (*Vedat Şorli/Türkiye*, § 43.) Dolayısıyla, AİHM içtihadı hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde devlet başkanlarının diğer kişilerden farklı ceza hukuku hükümleriyle korunmasını Sözleşmeye aykırı bulmaktadır. (*Colombani/Fransa*, no. 51279/99, 25.6.2002, §§ 68-69; *Otegi Mondragon/İspanya*, no. 2034/07, 15.03.2011, §§ 55, 56; *Artun ve Güvener/Türkiye*, no. 75510/01, 26.6.2007, §31; *Önal/Türkiye* (2), no. 44982/07, 02.07.2019, § 35; *Vedat Şorli/Türkiye*, no. 42048/19, 19.10.2021, §54.)

Kaldı ki, devlet başkanlarının korunmasının meşru görüldüğü hallerde dahi AİHM, üst düzey siyasetçilerin içinde bulunduğu baskın konumu da gözetenek, yetkililerin ceza yolunun kullanımında sınırlamaya gitmeleri gerektiğini belirtmektedir. (*Otegi Mondragon kararı*, §58; *Dickinson/Türkiye*, no. 25200/11, 02.02.2021, § 56.)

Nitekim, AİHM içtihadına bakıldığında siyasetçilere özellikle de Başbakan ve Devlet Başkanlarına yönelik olarak kullanılan “adi oportünist”, “ahlak dışılık” ve “şerefsizlik”; “gerizekalı”; “faşist geçmişe sahip”, “S...tir git salak” gibi ifadeleri siyasi nitelikli sert eleştiri olarak değerlendirmiştir. (*Lingens/Avusturya*, no. 9815/82, 08.07.1986, *Oberschlick/Avusturya*, no. 11662/85, 23.05.1991, *Feldek/Slovakya*, no. 29032/95, 12.07.2001, § 86, 90, *Eon/Fransa*, no. 26118/10, 14.03.2013, §59.)

Bilindiği üzere AİHM'in Cumhurbaşkanı'na hakaret suçu ile ilgili olarak Türkiye aleyhinde vermiş olduğu çok sayıda ihlal kararı bulunmaktadır. (*Artun ve Güvener/Türkiye*, no. 75510/01, 26.06.2007, *Önal/Türkiye* (no. 2), no. 44982/07, 02.07.2019, *Vedat Şorli/Türkiye*, no. 42048/19, 19.10.2021).

AİHM son olarak 19.10.2021 tarihli *Vedat Şorli/Türkiye* kararında başvurucunun ağır eleştirel içeriğe sahip bir karikatür ve bir resim kolajını sosyal medya hesabı üzerinden paylaşması nedeniyle Cumhurbaşkanı'na hakarettten mahkûm edilmesi ile

ilgili olarak önüne gelen başvuruda ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir. AİHM kararında ihlalin TCK'nin 299. maddesinden ve uygulamasından kaynaklandığını belirtmiştir. Mahkeme'ye göre Devlet Başkanına özel bir yasayla özel bir korunma sağlanması, Sözleşmenin ruhuyla uyumlu olmadığı gibi Devlet Başkanının kişilik haklarını korumaya ilişkin fayda, bu kişiye kendisine yönelik ifadeler karşısında ayrıcalık veya özel koruma sağlanmasını meşru kılamaz. Buna göre sorunun ve ihlalin kaynağı TCK'nin 299. maddesinin kaleme alınışı ve uygulanışı olduğu için Sözleşmenin 46. maddesi uyarınca iç hukukun Sözleşme standartları ile uyumlu hale getirilmesi zorunluluğu vardır. *Vedat Şorli* kararında AİHM, Sözleşmenin 46. maddesi çerçevesinde, ihlalin doğrudan TCK'nin 299. maddesinden kaynaklandığını belirterek ihlalin giderilmesi için uygun çözümün Cumhurbaşkanına bir ayrıcalık tanıyan bu hükmün Sözleşme ile uyumlu hale getirilmesi olduğunu belirtmiştir.

AİHM'in 15.06.2021 tarihli *Ersay/Türkiye* kararında Cumhurbaşkanı Erdoğan'ın henüz başbakan olarak görev yaptığı tarihte, ODTÜ'ye yaptığı ziyaret sırasında tepki gösteren öğrencilerin göz altına alınmasıyla ilgili olarak "...bunun karşılığında intikam hırsıyla kudurmuş bir köpek gibi öğrencilere saldırmasına karşı atılmış ikinci bir tokattır..." şeklinde sert bir eleştiride bulunması nedeniyle TCK'nın 125. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında cezalandırılmasını ifade özgürlüğü ihlali olarak değerlendirmiştir. Bu kapsamda AİHM, o dönem Başbakan olan Erdoğan'ın görevi ve sorumlulukları dolayısıyla eleştirilere katlanma yükümlülüğünün yüksek olduğunu belirtmiş; TCK 125/3. maddesi ile seçilmiş siyasetçilere yönelik eleştirilerin özel bir hüküm ile suç olarak tanımlanmasının Sözleşme ile uyumlu olmadığına hükmetmiştir (*Ersay/Türkiye*, no. 19165/19, 15.06.2021).

Ceza hukukunun temel ilkelerinden biri Anayasa'nın 38. maddesinde (AİHS md. 7) güvence altına alınan suçların ve cezaların kanuniliği ilkesidir. TCK md. 2'ye göre kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil nedeniyle kimseye ceza verilemez. Bilindiği üzere, AİHM'in *Ömür Çağdaş Ersay* kararı ile TCK m. 125/3'ün AİHS'in 10. maddesiyle çatıştığı ortaya konulmuştur. Bu durumda Anayasa'nın 90/5 maddesi gereği ve Anayasa Mahkemesi'nin içtihadına uygun olarak TCK m. 125/3 zımnen ilga edilmiş olup, kural uygulama kabiliyetini yitirmiştir. Bu nedenle bu kurala dayanılarak kimseye ceza verilemeyecektir. Buna karşın derece mahkemelerince bu husus hiçbir surette dikkate alınmamıştır. Oysa bu kurala dayalı olarak ceza verilmesi aşağıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesini ihlal edilecektir.

15.06.2021 tarihinde AİHM'in, *Ömür Çağdaş Ersay/Türkiye* kararı yayımlanmıştır. Bu kararda AİHM, Türk Ceza Kanunu'nun 125/3 hükmü ile ilgili olarak şu saptamaları yapmıştır:

"Mahkeme ulusal mahkemelerin başvuranı cezaya mahkûm ederken, Türk Ceza Kanunu'nun 125. maddesinin 3. fıkrasının a bendine dayandığını tespit etmektedir. Bu hüküm, kişilerin kendileriyle ilgili bilgi veya görüşlerin açıklanmasıyla ilgili olarak, Türk Ceza Kanunu'nun 125. maddesinin 1. maddesinde öngörülen genel hakaret rejimi ile korunan sıradan şahıslara göre, kamu görevlileri için daha yüksek düzeyde bir koruma sağlamaktadır. Nitekim söz konusu hüküm, sözlerin hedefinde yer alan mağdur suç duyurusunda bulunmasa bile, sözleri sarf eden kişi hakkında kovuşturma başlatılması ve ilgiliye daha ağır cezalar verilmesi olanağını öngörmektedir. Mevcut davada tespit edildiği gibi, ulusal makamların uygulamasından, Türk Ceza Kanunu'nun 125.

maddesinin 3. fıkrasının a bendinin aynı zamanda, hakaret içeren sözlerin, bu hüküm anlamında söz konusu makamlarca kamu görevlisi olarak değerlendirilen, bir başbakan gibi, sorumluluk taşıyan bir görevi olan seçilmiş siyasetçilere yönelik olarak söylenildiğinde de uygulandığı anlaşılmaktadır. Mahkeme öncelikle, bu uygulamanın, daha önce hatırlatılan içtihatlarına uygun görünmediğini tespit etmektedir. Bu içtihatlara göre, kabul edilebilir eleştirinin sınırları, sıradan bir vatandaşa göre, siyasetçi kimliği hedef alınan bir kamu görevlileri için daha geniştir. Mahkeme bu bağlamda, daha önce hakaret konusunda özel kanunla artırılmış bir korumanın, ilke olarak, Sözleşmenin ruhuna uygun olmadığına karar verdiğini hatırlatmaktadır (Colombani ve diğerleri/Fransa, no. 51279/99, § 69, AİHM 2002V, Otegi Mondragon, § 55 ve Önal/Türkiye (no. 2), no. 44982/07, § 40, 02.07.2019). Ayrıca, devlet kurumlarını temsil eden kişilerin, kurumsal kamu düzeninin garantörleri olarak yetkili makamlar tarafından korunmaları, tamamen meşru olsa da Mahkeme, bu kurumların işgal ettiği baskın konumun, yetkililerin ceza yolunun kullanımında itidal göstermelerini gerektirdiğini hatırlatmaktadır (Otegi Mondragon, § 58)". (Ömür Çağdaş Ersoy/Türkiye, no. 19165/19, 15.6.2021, § 58).

Cumhurbaşkanına hakaret ve kamu görevlisine hakaret suçlarında soruşturma ilgilinin şikâyeti olmaksızın başlatılmaktadır. Oysa *Vedat Şorli ve Ömür Çağdaş Ersoy* kararlarının tek hukuki sonucu maddi hukuka ilişkin değildir. Bu kararlar sonrasında şikâyet olmaksızın re'sen soruşturma başlatılması, bir dava koşulu olan şikâyetin yokluğunda yapıldığı için hukuka aykırıdır.

AİHM'in tespitleri çerçevesinde, TCK m. 125/3'te düzenlenen ve daha ağır ceza öngören kamu görevlisine hakaret suçunun kurumsal kamu düzeninin garantörleri olan yetkili makamlar açısından veya kamu görevlilerinin siyasi nitelikli açıklamalarına ilişkin olarak yapılan eleştirilere uygulanması halinde Anayasa ve AİHS'ten kaynaklanan siyasetçilere yönelik ve/veya siyasi nitelikli ifadenin daha nitelikli bir korumadan yararlanması ilkesi arasında bir çatışma ortaya çıkmaktadır. AİHM açıkça kamu görevlilerini korumanın bazı koşullarda meşru olması söz konusu olsa bile bu korumanın siyasetçileri koruma şeklinde genişletilmesinin ifade özgürlüğüne aykırı olacağını saptamıştır. Bu açıklamalar ışığında, TCK 125/3 maddesinin Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca üst düzey siyasetçiler açısından uygulanması mümkün değildir. Zira Anayasa'nın 90. maddesine göre "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."

Anayasa Mahkemesi'ne göre; "Anayasanın 90. maddenin beşinci fıkrası uyarınca, sözleşmeler hukuk sistemimizin bir parçası olup, kanunlar gibi uygulanma özelliğine sahiptir. Yine aynı fıkra göre, uygulamada bir kanun hükmü ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan sözleşme hükümleri arasında bir uyuşmazlığın bulunması halinde, sözleşme hükümlerinin esas alınması zorunludur. Bu kural bir zımni ilga kuralı olup, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümleriyle çatışan kanun hükümlerinin uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırmaktadır" (*Sevim Akat Ekşi*, B. No. 2013/2187, 19.12.2013, §45; *Neşe Aslanbay Akbıyık*, B. No. 2014/5836, 16.04.2015, § 45; *Gülsim Genç*, B. No. 2013/4439, 06.03.2014, § 41).

Nitekim Anayasa Mahkemesi evli kadının evlilik öncesi soyadını kullanmasına ilişkin yaptığı incelemelerde 4721 sayılı Medeni Kanun'un 187. maddesinin AİHS ve diğer uluslararası insan hakları antlaşmaları ile çatıştığı tespitini yaparak Anayasa'nın

90. maddesi uyarınca uygulanması gereken kuralın uluslararası sözleşme hükümleri olduğu sonucuna ulaşmış ve başvuruçuların haklarına yapılan müdahalenin yasal dayanaktan yoksun olduğuna karar vermiştir (Sevim Akat Ekşi, § 47; Neşe Aslanbay Akbıyık, §47; Gülsim Genç, § 42).

AİHM'in Vedat Şorli ve Ömür Çağdaş Ersoy kararında açıkça ortaya koyduğu gibi TCK m. 125/3'ün ve 299'un, siyasetçilere ayrıcalık verecek şekilde uygulanması halinde, siyasetçilerin daha çok eleştiriye açık olması yönündeki açık ilke ihlal edilecek ve hüküm AİHS'in 10. maddesi ile çatışacaktır. Bu nedenle TCK m. 125/3'ün ve 299'un özellikle de iktidardaki siyasetçiler bakımından uygulanması Anayasa'nın 90. maddesi ve Anayasa Mahkemesi'nin içtihadı uyarınca mümkün değildir. Bu durumda zımnen ilga edilmiş bir kurala dayanarak müvekkile ceza verilmesi kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesini ihlal edecektir.

TCK 125/3 hükmündeki düzenlemenin amacı, kamu görevi yapan kişinin bu hizmet nedeniyle ayrıca saldırıya karşı korunmasıdır. Bununla birlikte bir kişi kamu görevlisi olduğu için kendisine yöneltilen her ifadenin 125/3-a kapsamında değerlendirilmesi bu hükmü anlamsız kılacaktır. Anayasa Mahkemesi'nin de belirttiği üzere, "kamu görevlisine karşı işlenen hakaret suçunun nitelikli hal kapsamında sayılabilmesi için hakaret suçunun kamu görevlisinin görevinden dolayı işlenmesi gerekir." (AYM, 2012/78 E, 2012/111 K, 12.09.2012) Dolayısıyla, bu hükmün amacı kamu görevlisini değil kamu hizmetinin düzgün işlenmesini, yani kamu yararını korumaktır. Akisinin kabulü, kamu görevlilerinin diğer vatandaşlardan daha ayrıcalıklı bir konuma sahip olması anlamına gelir ki bunun Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine aykırı olacağı açıktır. Daha somut olarak tarif etmek gerekirse, örneğin bir tapu memurunun görevi sırasında, yani kamuya yönelik bir faaliyeti nedeniyle hakarete uğramasını kanun koyucu daha ağır cezalandırmak istemiştir. Her gün bu tür davranışlarla karşılaşabilecek kişilerin bu hakaretler nedeniyle görevlerini layığıyla yapamamaları, sadece onları değil kamunun ortak yararını da etkileyecektir. Bu nedenle, genel hakaret suçlarından farklı olarak, kamu görevlisine görevi nedeniyle yapılan hakaret suçlarından korunan tek hukuki menfaat kişinin şeref ve haysiyeti değil ve fakat aynı zamanda kamu hizmetinin düzgün yürütülmesidir.

Uygulamada insan hakları hukukunda çok açık bir şekilde düzenlenmiş bu hususlar bütünüyle göz ardı edilmektedir. Bir vatandaşın başka bir vatandaşa hakaret etmesi halinde, yeni yürürlüğe giren muhakeme kuralları uyarınca ön ödemeye davet edilmesi³⁰ ve cüzi bir parayı ödemesi halinde hakkında kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmesine rağmen Cumhurbaşkanına hakaret eden kişi hakkında ön ödeme hükümleri uygulanmamakta, re'sen soruşturma ve dava açılmakta, bazı durumlarda şüpheliler tutuklanmakta, hapis cezaları verilmektedir. Türk Ceza Kanunun ön ödemeyi düzenleyen 75. maddesine hakaret suçu eklenmiş ancak kamu görevlisine hakaret suçu bu kapsam dışında bırakılmıştır.

Bir başka deyişle gerek 125 ve 299. maddeler, gerekse 75. madde açıkça AİHM içtihatlarının tam aksini düzenlemektedir. Bunun sonucu olarak Türkiye Cumhuriyeti'nde yaşayan tüm kişiler ile Cumhurbaşkanı ve üst düzey siyasetçiler arasında

30 Anayasa Mahkemesi hakaret suçlarının ön ödemeye tabi tutulmasına ilişkin düzenlemeyi başka bir gerekçe ile iptal etmiştir. (AYM, E.2024/197, K.2025/86, 27/03/2025). Ancak TCK 125. maddedeki hakaret suçu halen tüm tipleri bakımından uygulanmaktadır.

AİHS'in ruhuna aykırı olarak farklı bir rejim oluşturulmuştur. Oysa Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca bu ayrıcalık hukuka aykırıdır ve soruşturma aşaması da dahil olmak üzere uygulanamaz. Bu nedenle Cumhurbaşkanı ve kamu görevlilerinin şikâyeti olmaksızın soruşturma açılması ifade özgürlüğünün usul bakımından ihlali olduğu gibi bu kişiler bakımından ön ödeme müessesesinin işletilmemesi de ifade özgürlüğünün usul bakımından ihlaline vücut vermektedir.

3. Soruşturma ve Kovuşturma İzin Prosedürlerine İlişkin İhlaller

Yukarıda açıklanan nedenlerle, TCK 299. madde uyarınca şikâyet olmaksızın işlem yapılamayacağı gibi 299. maddenin esas bakımından da uygulanması mümkün değildir. Bununla birlikte, bir an için bunun uygun olduğu düşünüldüğünde de TCK'nın 299 ve Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Türkiye Büyük Millet Meclisini, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ve Devletin yargı organlarını alenen aşağılama suçunu düzenleyen 301'inci maddeleri gereğince soruşturma veya kovuşturma yapılması Adalet Bakanının iznine bağlıdır. Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 18/1 numaralı ve 09.05.2008 tarihli Genelgesi (Adalet Bakanlığı, Ceza İşleri Genel Müdürlüğü, Genelge No: 18/1), Adalet Bakanının iznine bağlı suçlar, Sayı: B.03.0. CİG.0.00.00.05/010.06.02/17-1, 09.05.2008) incelendiğinde izin kurumunun düzenlenme amacının Adalet Bakanlığının, Cumhurbaşkanı'na hakaret olduğu iddiasıyla önüne gelen her soruşturma için otomatik olarak kovuşturma izni verilmesi olmadığı açıktır. Bilakis izin müessesesinin getirilmesinin amacı, hukuka aykırı yargılamaların önüne geçmektir. Buna rağmen herhangi bir gerekçe olmaksızın verilen izin yazıları beraberinde keyfi tutumu da getirecektir.

Türk Ceza Kanununun 301. maddesi açısından da durum benzerdir. Nitekim hükümet Avrupa Konseyi'ni *Taner Akçam* kararı ile ilgili bilgilendirirken bu suçun soruşturma iznine tabi olduğunu, bu iznin de oransal olarak az verildiğini belirtmiştir. Ancak bu iddianın doğru olmadığı izin verilen sayılardaki artıştan anlaşılabilmektedir. 2018 yılında cumhuriyet savcıları tarafından 301. madde kapsamında 9555 soruşturma başlatılmıştır ki bu rakamın 2014 yılında 1983 olduğu hatırlatılmalıdır. Akçam davası 2012 yılında karara bağlandığından bu yana 301. maddeden toplam 29.695 soruşturma başlatılmış ve sadece 12.005 soruşturmada "kovuşturma yapılmasına yer olmadığı" kararı verilmiştir. Ayrıca, 2014 yılında sadece 207 kovuşturma gerçekleşirken, 2018'de 915 kovuşturma yapılmıştır ki bu sayı dört yılda neredeyse dört katına çıkmıştır. Mahkûmiyet oranları da önemli ölçüde artmıştır. 2014 yılında sadece 16 kişi hüküm giymiş ve diğer 22 kişi hakkında hükmün açıklanmasının geriye bırakılmasına (HAGB) karar verilmiştir. 2018 yılında ise 216 kişi hüküm giymiş 256 kişi hakkında da HAGB kararı verilmiştir.³¹

İlgili Genelgede TCK 301. madde kapsamında yapılması gerekenler şu şekilde tarif edilmiştir:

³¹ İfade Özgürlüğü Derneği, Akçam Dava Grubu Kural 9/2 Sunumu, https://ifade.org.tr/reports/rule9/IFOD_Rule9_Akcam_Group_Submission_TR.pdf

- “2- Soruşturma evresindeki izin öncesi ve sonrası tüm adli işlemlerin, bizzat Cumhuriyet başsavcısı veya görevlendireceği bir Cumhuriyet savcısı tarafından yapılması,
- 3- Soruşturma izni verilmeden önce hakkında suç isnadında bulunulan kişilerin savunmasının alınmaması,
- 4- Soruşturma evresinde izin alınmadan önce yapılan inceleme sonunda toplanan delillerin, soruşturma izni talep edilmesini gerektirecek şekilde suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturmaları hâlinde düzenlenecek evrakın; **şüpheliye isnat edilen suçun ne şekilde ve hangi sözlerin sarf edilmesi suretiyle işlendiği ile Cumhuriyet savcısının soruşturma izni verilmesi konusundaki gerekçeli düşüncesini de içeren fezleke ekinde ağır ceza Cumhuriyet başsavcılığı aracılığıyla** Bakanlığımız Ceza İşleri Genel Müdürlüğüne gönderilmesi, aksi durumda inceleme evrakı gönderilmeden kanunî gereğinin mahallinde takdir ve ifa olunması”

Görüldüğü gibi gerek TCK m. 299’da kovuşturma izni gerekse m. 301’de soruşturma izninin usulü gösterildiği gibi, 301 açısından izin alınmadan şüphelinin ifadesinin dahi alınamayacağı belirtilmiştir. Talep yazan iddia makamının yazılan yazıda somut olarak hangi ifadenin neden suç olarak görüldüğünü tanımlaması ve iznin neden zorunlu olduğunu da açıklaması gerekir. Salt bir ifadeyi Bakanlığa yollayıp izin isteme durumunda bu gerekliliğin karşılanmayacağı açıktır. Kovuşturma ve karar bölümlerinde ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere bir ifadenin gerçek anlamı ancak içinde kullanıldığı bağlam içerisinde anlaşılabilir. Bu nedenle, izin talebinde bulunan iddia makamının da izin talebinde suç olduğu düşünülen ifadenin hangi bağlamda suç sayılacağını açıklaması gerekir.

Bunun yanında ifade özgürlüğü ile ilgili davalarda suçlamanın belirsizliği izin konusunda da sorunlar yaratmaktadır. Aynı eylemin önce bir suç tipine girdiği iddia edilmekte, sonra görüş değiştirilerek başka bir suç tipine girdiği iddiası ileri sürülmektedir. Örneğin Terörle Mücadele Yasası’nın 7/2 hükmü uyarınca propaganda olduğu iddia edilen bir ifadenin daha sonra kovuşturma aşamasında TCK 301. maddesi kapsamında devletin askeri veya emniyet teşkilatını alenen aşağılama suçunu oluşturduğu ileri sürülmektedir. Eğer soruşturma en baştan TCK 301. madde uyarınca açılırsa hiçbir işlem yapılmadan Adalet Bakanlığından izin istenmesi gerekirken, kovuşturma aşamasında bu durum fark edilirse kovuşturma Bakanlıktan izin alınınca-ya kadar durdurulmaktadır. Ancak bir kişi hakkında henüz soruşturma bile olmaması ile sanık sıfatı alması arasında önemli bir fark vardır. Soruşturmanın izne bağlı olmasının amacı ifade özgürlüğünün keyfi olarak sınırlandırılmasını engellemektir. Bu nedenle, eğer yanlış bir suç maddesinden dava açıldıysa suç vasfı değiştiği için 301’e dönen davalarda davanın düşmesine karar verilmeli, dosya incelenmek üzere Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmeli, yeni bir soruşturmada izin istenip istenmeyeceğine karar verilmelidir. Bunun yerine kovuşturmayla devam edilip Bakanlıktan cevap beklenmesi hukuka aykırıdır ve ifade özgürlüğüne ölçsüz bir müdahale niteliği taşımaktadır.

4. Toplu Şikâyet ve Hedef Gösterme

Özellikle TCK m. 216, Terörle Mücadele Kanunu 7. madde gibi ifade özgürlüğünü ilgilendiren suç tiplerinde bir ihbar yöntemi de sosyal medyada başlayan kampanyalar, toplu imza yoluyla suç duyurusunda bulunma eylemleridir. Özellikle TCK m. 216 kapsamındaki suçlamalarda çok sayıda imzanın toplanması eylemin kamu düzenini bozma unsurunun parçası olarak gösterilmektedir.

Yargıtay dine hakaret suçlarında, şikayetçi olan kişinin doğrudan doğruya zarar gören sıfatını taşımadığı için kamu davasına katılmasına yasal olanak bulunmadığı gibi, ilk derece mahkemesince verilen katılma kararının hukuki dayanaktan yoksun olduğuna da karar vermektedir. Gerçekten de Yargıtay, bu gibi durumlarda bu kişilerin suçtan zarar gören sıfatı taşımadıkları için temyiz hakkının bulunmadığını, mahkeme tarafından katılan sıfatı verilmesinin de bu durumu değiştirmeyeceğini saptamaktadır (Yargıtay 8. CD., E. 2014/35434, K. 2015/22535, k.t. 12.10.2015).

Ancak suçtan zarar görmediği kabul edilen kişilerin toplu halde yaptıkları başvuruların suçun maddi unsurunun oluştuğuna karar verirken dikkate alındığı görülmektedir. Oysa çok sayıda kişinin bir eylemden rahatsız olduğunu belirtmesi kamu düzeninin bozulduğunu göstermez. Bu görüşün özü şudur: Toplumun çoğunluğu bir konudan rahatsız oluyorsa, bu konunun konuşulmasının ceza yaptırımına bağlanması meşrudur. Ne var ki, bu yaklaşım çok açık bir şekilde toplumsal sorunların tek taraflı tartışılmasının yolunu açar. Gerçekten de, toplumun bir görüşü saldırgan veya iğrenç bulması bu görüşün yasaklanması için yeterli bir sebep değildir, tam tersine bu korumanın gerekçesini oluşturur (FCC v. Pacifica Foundation (1978), 438 US 726, 745. Smolla, s. 93). AİHM de artık bir standart haline gelen *Handyside* kararında bu özelliği şu şekilde vurgulamıştır: “İfade özgürlüğü, 10. Maddenin sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen ya da zararsız ya da ilgilenmeye değmez görülen bilgi ve düşünceler için değil, ama ayrıca Devletin ya da nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, çarpıcı gelen/şok eden, rahatsız eden bilgi ve düşünceler için de uygulanır” demektedir. (*Handyside*/ Birleşik Krallık, Series A. No. 24, §49) Daha yakın tarihli bir kararda belirtildiği gibi bir televizyon programında açıklanan görüşlerden rahatsız olan kişilerin şikâyeti ifade özgürlüğünü kısıtlamak için yeterli bir gerekçe sunmaz. (*Monnat/İsviçre*, no. 73604/01, 21.9.2006, § 63. Krş. *Otto-Preminger-Institut/Avusturya*, §52). Yargıtay’ın da bu standardı ilke olarak kabul ettiği bilinmektedir. (YCGK E. 2001/9-132, K. 2001/155, T. 3.7.2001)

Kaldı ki, siyasi bir görüşe inanan kişi diğerlerini ikna etmek için abartıya başvurabileceği gibi, iftira edebilir veya yanlış bilgi kullanabilir. (*Cantwell v. Connecticut* (1940), 310 U.S. 296, 310). Gazetecilerin abartma ve provokasyon imkanları hakkında bkz. AİHM’nin *Prager ve Oberschlick/Avusturya*, 26.4.1995, Series A. No. 313, § 38). Yargıtay da “eleştirinin doğasından kaynaklanan sertli[ğin] suç oluşturma[yacağını], eleştiri övgü olmadığına göre, sert, kırıcı ve incitici olması[nın] da doğal [olacağını]” kabul etmektedir. Amerikan Yüksek Mahkemesi’ne göre de, “İfade özgürlüğünün temel işlevlerinden biri, tartışma yaratmasıdır. Bu amaca en çok da huzursuzluk yarattığı zaman, mevcut durumdan tatminsizlik oluşmasına sebep olduğunda ve hatta insanları kızdırdığı zaman hizmet eder.”³² Bu durumda, bir görüşün bu görüşe karşı

³² *Terminiello v. Chicago* (1949), 337 US 1, 5. Bu davada sanığın azgın bir kalabalığın kapısında protesto ettiği bir konuşmada belli siyasi ve etnik gruplara yönelik çok sert eleştiriler yaptığını ve polisin önlemlerine rağmen

olanları kızdıracağı için sınırlandırılmasını da normal karşılamamak gerekir. (*Texas v. Johnson* (1989), 491 US 397, 409).

Ama kamu düzenini bozma tezinin çok daha ciddi bir hatası vardır. Bu tez, kamu düzenini bozanın, ifade özgürlüğünü kullanan kişi olduğunu varsaymaktadır. Şüphesiz kimse, kutsal olsun olmasın duymak istemediği bir şeyi dinlemeye zorlanamaz. Söz konusu olan konu bir kişinin kutsal saydığı değerler olunca, doğacak rahatsızlığın daha yoğun olacağı şüphesizdir. Örneğin, alınması zorunlu olan bir derste dersin hocasının öğrencilerin kutsal saydıkları değerlere küfretmesi yaptırma bağlanabilir.

Ancak uygulamada kabul edilen rahatsızlık, bir kişinin duymak istemediği içeriği duymaya zorlanmasından kaynaklanmamaktadır. Kutsal sayılan değerler aleyhine açıklama yapanların çoğunun görüşlerine ancak özel uğraş göstererek ulaşmak mümkündür. Yani kutsalına söz edildiğini söyleyen kişi rahatlıkla bu sözü duymayı, dinlememeyi tercih edebilir (*Cohen v. California* (1971), 403 US 15, 21). TCK 301. maddenin ünlenmesine neden olan ve daha sonra yazarının katledilmesine yol açan yazısını Hrant Dink, 5000 tirajlı AGOS gazetesinde yayımlamıştır. AİHM'nin birçok kararından anlaşılabileceği gibi Türkiye'de mahkemeler ne konuşan kişinin ne de bilgiyi ulaştıran iletişim aracını dikkate almamaktadır (*Özgür Gündem/Türkiye*, no. 23144/93, 16. 3. 2000, §§. 38-46. Bkz. *mutatis mutandis*, Plattform "Ärzte für das Leben"/Avusturya, Series A. No.139, 21.6.1988). Yakın tarihli TCK 216. maddesinden açılan soruşturmalarda da insanlar rahatsız oldukları içeriğe kendileri şahit olmamakta, içeriği hedef gösterenden öğrenmektedir.

Bir görüşten rahatsız olan kişiler, bu görüşü dinlemekten çaba harcamaksızın kaçınabilecekken, bunun yerine, görüşünü açıklayan kişiye sözlü ve hatta bazen fiziksel şiddet uygulamaktadır. Bu durumda aslında kamu düzenini bozan görüşünü açıklayan değil, ona saldıran kişi olmaktadır. Tersini düşünmek şöyle bir sonuç ortaya çıkarabilir: Töresi gereği reşit kız kardeşinin bir başkası ile cinsel ilişkiye girmesine çok sinirlenen erkek kardeşlerin, bu duygu salınımlarını engellemek için kız kardeşlerin davranışlarını ceza yaptırımına bağlamak.

Bunun sesini daha çok çıkaranın kimin konuşup kimin konuşmayacağına karar vereceği anlamına geleceğine şüphe yoktur. Devletin değil böyle bir davranışa izin vermesi tam tersine azınlığın görüşünü özgürce dile getirebilmesi için böylesi bir şiddeti uygulayanları engellemek gibi bir pozitif ödevi vardır. Devletin görevi çoğulculuğu yok ederek gerginliği ortadan kaldırmak değil, çatışma içindeki grupların birbirlerini hoşgörü ile karşılamalarını sağlamaktır. (*Şerif/Yunanistan*, no. 38178/97, 14.12.1999, §53). İfadenin bozulan kamu düzeni ile ilişkisi çok uzaktadır, oysa görüşlere tahammül edemeyip susturmak isteyenler ise doğrudan kamu düzenini bozanlardır.³³

Nefret söylemini yasaklayan kurallar ifadeyi kullanan kişilerin ifadelerinin toplumun diğer kesimini hedef alması halinde yasaklanmasını meşru görürler. Nefret söyleminden bahsedebilmek için nefret söylemini kullanan kişinin temsil ettiği veya mensubu bulunduğu kesimi diğer kesime yönelik şiddete tahrik etmesi

çeşitli karışıklıklar meydana geldiğini, ancak Yüksek Mahkeme'nin yine de sanığın mahkumiyetini Anayasa'ya aykırı bulduğunu hatırlatalım.

33 Burada söylenenler çok da tipik olmayan bir uygulaması için bkz. *Village of Skokie v. National Socialist Party* (1978), 373 N.E.2e 21, 26.

gerekir. Dolayısıyla nefret söyleminin özelliği tahrik olanın iddianamede ifade edildiği gibi endişe duyması değil tahrik olanın diğer gruba saldırma tehlikesinin bulunmasıdır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi başvurucunun TCK 216/1'den tutuklandığı bir başvuruda (Hakan Aygün, B. No: 2020/13412, 12/1/2021 § 60) şu saptamaları yapmıştır:

- “iii. Suçu oluşturan tahrik -soyut saygısızlık ve reddin ötesinde- bir halk kesimine karşı düşmanca tavırlar gösterilmesine yol açmaya veya bu tür tavırları pekiştirmeye objektif olarak elverişli olmalıdır. Bu kapsamda salt yüz çevirme, soyut bir ret veya saygısızlık ifade eden bir davranışta bulunma ya da bu yönde sözler sarf etme suçun gerçekleşmesi bakımından yeterli değildir.
- iv. Fiilin suç teşkil etmesi için bunların ötesinde ağır ve yoğun bir tarzda kin ve düşmanlığa tahrikin var olması gerekir. Diğer bir tabirle etkili bir şiddet çağrısı ya da nefret söylemi içermelidir. Failin fiili, adet ve şahıs olarak muayyen olmayan toplum kesimi üzerinde kin ve nefret duygularının oluşumuna veya mevcut duyguların pekişmesine etkide bulunmalıdır.
- v. Kin ve düşmanlık husumet beslenen konuya karşı tasarlayarak zarar vermeye, öç almayı gerektirecek şiddette nefret duymaya yönelik hareketlerin zeminini oluşturan psikolojik bir hâl olarak açıklanabilir. Kin ve düşmanlık ibaresinin anlamı da dikkate alındığında sadece şiddet içeren ya da şiddet tavsiye eden tahrikler madde kapsamında değerlendirilebilecektir.
- vi. Suçun konusunu oluşturan kışkırtmanın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge farklılıklarından en az birine dayanılarak ve bu kesimleri karşı karşıya getirmek amacıyla gerçekleştirilmesi gerekmektedir.”

Görüldüğü gibi nefret söyleminin oluşabilmesi için konuşmacıdan etkilenen kişilerin diğer gruba yönelik nefret ve şiddet göstermesi gerekir. Burada konuşmacı ve konuşmacının yönlendirdiği grup aynı görüştedir. Konuşmacıya yönelik olarak kalabalık bir grubun öfke duyması halinde nefret söylemi oluşmaz. Daha somut ifade etmek gerekirse, ırkçı bir hatip ülkedeki yabancıları hedef gösterdiğinde ve bu konuşma onu dinleyenleri harekete geçirme potansiyeli taşıdığına nefret söylemi ortaya çıkar. Ancak bir yabancıнын konuşması o ülkedeki ırkçıları çok rahatsız ettiğinde bu suç oluşmaz.

Türkiye’de işte bu denge tersine çevrilmiştir. Örneğin bir karikatürün inançlı kesimleri rahatsız etmesi ve bu kesimlerin kalabalık bir şekilde duygularını ifade etmeleri suçun oluşması için yeterli sayılmaktadır. Bu nedenle de bu kişiler suçun oluştuğunu göstermek için gidip toplu dilekçeler vermektedir. Oysa çok sayıda kişinin şikayetinin suçun unsurunun oluştuğu şekilde yorumlanması ve buna göre soruşturma ilerletilmesi hukuka aykırıdır. Çok kişinin rahatsız olması bir ifadenin nefret söylemi olduğunu göstermez. Nefret söyleminin etkisi altında bir grup nefret objesine yönelme tehlikesi gösteriyorsa, o durumda nefret söylemi hayat bulur.

5. Masumiyet Karinesi ve Üst Düzey Hedef Gösterme

Türkiye’de siyasetçilerin ifade özgürlüğü davalarında davanın taraflarına yönelik açıklamaları masumiyet karinesini ciddi anlamda tehdit etmektedir.

Anayasa Mahkemesi’nin birçok kararında ifade edildiği üzere, adil yargılanma hakkının bir unsuru olan masumiyet karinesinin sağladığı güvencenin iki boyutu bulunmaktadır. Güvencenin ilk boyutu kişi hakkındaki ceza yargılaması sonuçlanıncaya kadar geçen, bir başka ifadeyle kişinin ceza gerektiren bir suçla itham edildiği (suç isnadı altında olduğu) sürece ilişkin olup suçlu olduğuna dair hüküm tesis edilene kadar kişinin suçluluğu ve eylemleri hakkında erken açıklamalarda bulunulmasını yasaklar. Güvencenin bu boyutunun kapsamı sadece ceza yargılamasını yürüten mahkemeyle sınırlı değildir. Güvence aynı zamanda diğer tüm idari ve adli makamların da işlem ve kararlarında, suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kişinin suçlu olduğu yönünde ima ya da açıklamalarda bulunmamasını gerektirir. Dolayısıyla sadece suç isnadına konu ceza yargılaması kapsamında değil ceza yargılaması ile eş zamanlı olarak yürütülen diğer hukuki süreç ve yargılamalarda da (idari, hukuk, disiplin gibi) masumiyet karinesinin ihlali söz konusu olabilir (Galip Şahin, B. No: 2015/6075, 11/6/2018, § 40; Hasan Çölgeçen, B. No: 2016/392, 2/12/2020, § 59).

Hatta bu ifadelerin soruşturma ve kovuşturma makamlarını etki altına alması halinde bu AİHS 18. maddenin ihlali anlamına da gelir:

“229. Söz konusu suçlamaların, Cumhurbaşkanı’nın 21 Kasım ve 3 Aralık 2018 tarihlerinde yaptığı konuşmaların ardından yapılmış olması da önem arz etmektedir. 21 Kasım 2018 tarihinde Cumhurbaşkanı’nın yaptığı konuşma aşağıdaki gibidir: ‘Gezi olaylarında teröristlerin finans kaynağı olan biri var. Bu kişi şu anda içeride. Onun arkasında kim var? Meşhur Macar Yahudisi C.S. Bu adam dünyada milletleri bölmek, parçalamakla adeta birilerini görevlendiren, parası bol ve bu paraları bu şekilde tüketen birisidir. - Türkiye’deki temsilcisi de aynı şekilde babadan zengin ve bu imkânları da bu ülkeyi parçalayıp, bölen işte bu özellikte terör eylemlerine her türlü bu noktada desteği veren kişi...’ - Cumhurbaşkanı, 3 Aralık 2018 tarihinde başvuranın adını açıkça anmış ve aşağıdaki ifadelerde bulunmuştur: ‘Gezi’nin arkasında kimler olduğunu açıkladım. Dış ayağı G.S., iç ayağı Kavala’dır dedim. Kavala’ya para gönderenler belli. ...’ Mahkeme, bu iki konuşmanın yapıldığı tarihlerde, bir yıldan fazla süredir tutuklu bulunan başvuranın savcılık tarafından hala resmi olarak suçlanmamış olmasını göz ardı edememektedir. Ek olarak, sadece, bir yandan halka açık iki konuşma sırasında başvuran aleyhine açıkça yöneltilen suçlamalar ve diğer yandan, söz konusu konuşmalardan yaklaşık üç ay sonra düzenlenen iddianamedeki suç isnatlarının ifadesi arasında karşılıklı ilişki bulunduğu belirtilebilir (bk.,karşıt durum (a contrario), yukarıda anılan Merabishvili, § 324, ve Tchankotadze/Gürcistan, no. 15256/05, § 114, 21 Haziran 2016).

230. Mahkeme’ye göre, yukarıda incelenen birçok nokta, ülkenin en üst düzey yetkilisi tarafından yapılan konuşmalarla (yukarıda alıntılanan) ele alındığında, başvuranın ilk ve daha sonraki tutukluluğunun insan hakları savunucusu olarak onu susturmak şeklinde gizli bir amaç güttüğü iddiasını desteklemektedir. Bununla beraber, savcılığın, iddianamede, yönelttiği suçlamalarla nasıl ilgili olduklarını belirtmeksizin STK’ların faaliyetlerine ve yasal yollarla finansmanına atıfta bulunması da bu iddiayı destekler niteliktedir. Mahkeme, ayrıca, başvuranın tutukluluğunun Türkiye’de insan hakları

savunucularının baskı altında tutulması şeklindeki daha geniş bir kampanyanın parçası olduğu kanaatinde olan İnsan Hakları Komiseri ve üçüncü taraf müdahiller tarafından ifade edilen endişelerin farkındadır." (Kavala/Türkiye, no. 28749/18, 10.12.2019).

Üst düzey siyasetçilerin bu şekildeki açıklamaları masumiyet karinesini ve devletin sınırlama yetkisini kötüye kullanması yasağını ihlal etmesinin yanı sıra kişiler hakkında gereksiz koruma tedbirleri uygulanmasına, zorlama suçlamalarla tutuklama kararı verilmesine ve kişilerin hürriyetinden yoksun bırakılmasına da neden olmaktadır.

Yakın tarihte Adalet Bakanı ve İçişleri Bakanının sosyal medya hesaplarından ifadeleri nedeniyle suçlanan kişilerin cezasız kalmayacağını açıkladıkları³⁴ hatta İçişleri Bakanının bu kişilerin gözaltı görüntülerini yayınladığı görülmektedir.³⁵ Daha hiçbir adli işlem yapılmamış kişiler hakkında o kişinin mahkum edilmesi gerektiğini ifade eden bu görüşlerin masumiyet karinesini ağır bir şekilde ihlal ettiği açıktır.

B. SORUŞTURMA SÜRECİNE İLİŞKİN SORUNLAR

1. Haksız Yakalama ve Tutuklama

İfade özgürlüğü soruşturmalarının başlangıcı kadar sürecinde de ciddi sorunlar vardır. İfade özgürlüğünün kullanımı ile işlendiği iddia edilen suçlar TCK'da görece hafif ceza öngörülen suçlardır. İddia edilen eylem de yapılmış ve tamamlanmıştır ve çoğu durumda bir delil toplama sorunu söz konusu olmamaktadır. Bununla birlikte, yukarıda soruşturmanın başlangıcına ilişkin yaptığımız saptamalar koşulu oluşmamasına rağmen yakalama ve tutuklama tedbirlerine başvurulmasına sebep olmaktadır. Toplumun bir kesimi önce resmi yetkililer veya troller tarafından kışkırtılmakta, daha sonra bu tepkinin sakinleştirilmesi için ifade sahibi özgürlüğünden mahrum bırakılmaktadır.

Anayasa'nın 19. maddesinin birinci fıkrasında herkesin kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına sahip olduğu ilke olarak konulduktan sonra ikinci ve üçüncü fıkralarında şekil ve şartları kanunda gösterilmek şartıyla kişilerin özgürlüğünden mahrum bırakılabileceği durumlar sınırlı olarak sayılmıştır. Maddenin dördüncü, beşinci, altıncı,

34 Mesela Leman Dergisinde yayınlanan bir karikatür ile ilgili olarak Adalet Bakanı kendi sosyal medya (X) hesabından aşağıdaki paylaşımda bulunmuştur: "İnançlarımıza yönelik saygısızlık asla kabul edilemez. Bir mizah dergisi tarafından Peygamber Efendimizin karikatürünün çizilmesiyle ilgili İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından Türk Ceza Kanunu'nun 216. maddesi gereğince 'dini değerleri alenen aşağılama' suçundan adli soruşturma başlatılmıştır. Hiçbir özgürlük, bir inancın kutsallarını çirkin bir şekilde mizah konusu yapma hakkı tanımaz. Peygamber Efendimizin karikatürize edilmesi ya da herhangi bir şekilde görsel olarak temsil edilmeye çalışılması; sadece dini değerlerimize değil, aynı zamanda toplumsal barışa zarar vermektedir. Milyonlarca Müslümanın inançlarını hiçe sayan bu provokasyon girişimine karşı gerekli hukuki adımlar gecikmeksizin atılacaktır."

(<https://x.com/yilmaztunc/status/1939747554822123933>)

35 İçişleri Bakanı, Leman Dergisi karikatüristi D. P.'nin göz altına alınma görüntülerini aşağıdaki açıklama ile paylaşmıştır: "Peygamber Efendimizin (S.A.V) karikatürünü yaparak nifak tohumları ekmeye çalışanları bir kez daha lanetliyorum. Bu alçak çizimi yapan D.P. adlı şahıs yakalanarak gözaltına alınmıştır. Bir kez daha yineliyorum: Bu hayasızlar hukuk önünde hesap verecektir."

(<https://x.com/AliYerlikaya/status/1939773771822366734>)

yedinci ve sekizinci fıkralarında, kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına müdahalede bulunulan kişilere tanınan güvencelere ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir (Safkan Aydoğdu, B. No: 2014/7498, 5/4/2017, § 43).

Anayasa'nın 19. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları bir bütün olarak değerlendirildiğinde suç isnadına bağlı olarak bir kimsenin kamu makamlarınca özgürlüğünden yoksun bırakılmasının tutuklama veya yakalama yolu ile gerçekleştirilebileceği anlaşılmaktadır. Anılan fıkralarda sözü edilen yakalama kavramı özerk bir anlama sahip olup 5271 sayılı Kanun'da düzenlenen yakalama müessesinden daha geniş bir içeriğe sahiptir. Anayasal anlamda suç isnadına bağlı yakalama, kişinin fiziksel özgürlüğünden yoksun bırakıldığı andan tutuklandığı veya tutuklanmaksızın serbest bırakıldığı ana kadar devam eden tüm süreci kapsamaktadır. Bu bağlamda Anayasa'nın 19. maddesinde düzenlenen yakalama kurumunun 5271 sayılı Kanun'daki gözetaltını da kapsadığı söylenebilir. (Hasan Akboğa [GK], B. No: 2016/10380, 27/3/2019, § 49).

Yakalama suretiyle kişi hürriyeti ve güvenliği hakkına yönelik müdahale -temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin ölçütlerin belirlendiği Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşullara uygun olmadığı müddetçe- Anayasa'nın 19. maddesinin ihlalini teşkil edecektir. Bu sebeple sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve yakalama tedbirinin niteliğine uygun düşen kanun tarafından öngörülme, Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen haklı sebeplerden bir veya daha fazlasına dayanma ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama koşullarına uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir (Hasan Akboğa, § 50).

Anayasa'nın 13. maddesiyle tüm temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin getirilen kanunilik şartının kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı yönünden 19. maddede ayrıca belirtildiği görülmektedir. Bu bağlamda birbirleriyle uyumlu olan Anayasa'nın 13. ve 19. maddeleri uyarınca kişi hürriyetine ilişkin müdahale olarak yakalamanın kanuni bir dayanağının bulunması zorunludur.

Suç isnadına bağlı yakalamanın hangi sebeplere dayalı olarak yapılabileceği hususunda Anayasa'nın 19. maddesinde veya diğer maddelerinde açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Fakat bu nitelikteki yakalamanın ancak suç isnadına bağlı olarak uygulanabileceği gerçeği gözetildiğinde bunun meşru amacının soruşturma işlemlerinin yürütülmesini ve nihayetinde suç işlediğinden şüphelenilen kişinin yetkili hâkimin önüne çıkarılmasını temin etmek olduğu anlaşılmaktadır. Şu durumda suç işlendiğine dair somut belirti bulunan hâllerde kişinin hâkim önüne çıkarılmasını ve soruşturma işlemlerinin yürütülmesini temin etmek amacıyla yakalanması mümkündür (Hasan Akboğa, § 53; Hülya Kar [GK], B. No: 2015/20360, 27/2/2019, § 20 (Ali Duran, B. No: 2016/10381, 10/12/2019, § 33). Bu durumda, bir suçun işlenmesinin önlenmesi ve/veya durdurulması amacıyla yapılacak işlemlerin bu bağlamda görülemeyeceği, savcılık tarafından verilen emirle yapılan tüm işlemlerin suç isnadına dayalı soruşturma işlemi olarak görülmesi gerektiği açıktır.

Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesinde "Hâkim kararı olmadan yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir; bunun şartlarını kanun gösterir" hükmüne yer verilmiştir. Buna göre yakalama kararı kural olarak hâkim kararına dayalı olmalıdır. Ancak suçüstü hâlinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde kanunda gösterilen şartlara uygun olarak kişinin hâkim kararı olmadan da yakalanması mümkündür. (Hasan Akboğa, § 54)

Kanuni temeli bulunan ve meşru bir amaca dayanan yakalama tedbirinin Anayasa'ya uygun düşebilmesi için ayrıca ölçülü de olması gerekir. Ölçülülük ilkesi elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Elverişlilik öngörülen müdahalenin ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, gereklilik ulaşılmak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını, orantılılık ise bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir (AYM, E.2016/13, K.2016/127, 22/6/2016, § 18; Mehmet Akdoğan ve diğerleri, B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 38).

Bu bilgiler ışığında bir suçla itham edilen kişinin yakalanmasının i. Yasal dayanağının olup olmadığının, ii. Meşru sebebinin bulunup bulunmadığının, iii. Yakalama işleminin ölçülü olup olmadığının ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bu açıklamalar ışığında, yakalamanın CMK 90 ve 98. maddelerine uygun olup olmadığının ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir.

CMK'nın "Yakalama Emri ve Nedenleri" başlıklı 98/1. maddesi 1. cümlesi "Soruşturma evresinde çağrı üzerine gelmeyen veya çağrı yapılamayan şüpheli hakkında, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine sulh ceza hâkimi tarafından yakalama emri düzenlenebilir." şeklindedir. Bu hüküm uyarınca şüphelinin ifadesinin alınabilmesi için öncelikle davetiye ile çağırılması gereklidir. Şüpheli ancak çağrıldığı halde gelmezse yahut çağrı yapılamayacak durumdaysa hakkında yakalama emri düzenlenebilecektir.

CMK'nın 98. maddesi uygulandığı halde ifade özgürlüğü suçları bakımından yakalama yapılamaz. Kişinin o sırada eylemde olması da bu kapsamda değerlendirilmelidir.

Anayasa Mahkemesi birçok kararında silahlı terör örgütüne üye olma, bilerek örgüte yardım etme, terör propagandası suçlarının Türk hukuk sistemi içinde ağır cezai yaptırımlar öngörülen suç tipleri arasında olup isnat edilen suça ilişkin olarak kanunda öngörülen cezanın ağırlığı kaçma şüphesine işaret eden durumlardan biridir diyerek hâkim kararı olmaksızın yakalamanın gecikmesinde sakınca bulunan hâl koşulunun bu suçlar açısından var olduğunun kabul edilebileceğini belirtmiştir. (Hasan Akboğa, § 61; Burhan Gülseven, B. No: 2019/41753, 5/10/2022, § 36).

Yukarıda da ifade edildiği üzere suç isnadına dayalı yakalamanın meşru amacının soruşturma işlemlerinin yürütülmesini ve nihayetinde suç işlediğinden şüphelenilen kişinin yetkili hâkimin önüne çıkarılmasını temin etmek olduğu açıktır.

Bir başka deyişle, Anayasa Mahkemesi kararlarının açık bir şekilde ortaya koyduğu üzere Anayasa'nın 19/3 hükmü uyarınca yapılacak yakalamanın soruşturma işlemlerinin yürütülmesine ilişkin olması gerekir. Barışçıl bir eylemi engelleme amaçlı yakalama bu kapsamda olmadığı gibi suç işlenmesinin durdurulması da bu kapsamda değerlendirilemez.

İlgilinin yakalanmasının amacının bu suç şüphesine ilişkin soruşturma işlemlerinin yürütülmesini ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını temin etmek olduğu hususunda tereddüt olmaması gerekir (Hülya Kar [GK], B. No: 2015/20360, 27/2/2019, § 20).

Son yıllarda bu konuda geliştirilen yeni bir uygulama ile kişiler sabahın erken saatlerinde evlerinden alınarak kolluğa götürülmekte, bu şekilde götürme görüntüleri medyada ve sosyal medyada paylaşılmakta ancak gözaltı kararı olmadığı

belirtilerek ifadeleri alındıktan sonra salıverilmektedir.³⁶ Bu uygulamanın yasal bir dayanağı bulunmadığı ve basın mensuplarını caydırmak amacıyla bu yola başvurulduğu açıktır.

İfade özgürlüğüyle bağlantılı suçlarda öngörülen cezalar çok kısadır. Yukarıda belirtildiği gibi bu suçlarda delilin karartılması gibi bir ihtimal de yoktur. Bu nedenle, bu suçlamalarda yakalama ve tutuklama tedbirine çok istisnai durumlar dışında başvurulması ölçülü değildir.

Ancak uygulamada bu suçlara ilişkin başvurulmuş adli kolluk tedbirlerinin asıl amacının mesaj vermek olduğu görülmektedir. Bu uygulama sadece şüpheliye değil benzer davranışta bulunması olası kişilere de verilen gözdağı niteliğindedir. Bu “erken cezalandırma” yönteminin iki nedeni olduğu düşünülmektedir. Birincisi, bir kişi üzerinden benzer görüşteki herkesin cezalandırılmasıdır. Özellikle Cumhurbaşkanı'na hakaret, dine hakaret gibi iddialarda yapılan tutuklamalarda bu motivasyonun güçlü olduğu görülmektedir. İkinci önemli motivasyon ise protesto benzeri davranışların yaygınlaşmasını engellemektir. 19 Mart 2025 tarihinde İstanbul Büyükşehir Belediyesi Başkanı Ekrem İmamoğlu'nun tutuklanması sonrasında sosyal medya paylaşımları nedeniyle 20 farklı kişi hakkında yakalama, adli kontrol ve tutuklama tedbirleri uygulanmış daha sonra TCK 216/1'den ceza davası açılmıştır. Bu kişilerin protestoya davet niteliğindeki paylaşımları nedeniyle tutuklanmaları benzer paylaşımlar yapması olası kişiler üzerinde de caydırıcı bir etki yaratmıştır.

Uygulamada karşılaşılan durumlardan biri de ifade açıklamalarına dayalı suçlamaların tutuklama gibi koruma tedbirlerine başvurabilmek için daha ağır cezayı gerektiren suçlar üzerinden yapılmasıdır. Mesela TCK 216/2 veya 216/3 kapsamında değerlendirilebilecek bir ifadenin tutuklama kararı verebilmek için soruşturmanın 216/1'den açılması ve yürütülmesi sık karşılaşılan bir durumdur.³⁷

Tüm bu örneklerin ifade özgürlüğüne ilişkin usuli ihlaller kategorisinde olduğu ve siyasi saiklerle kullanılan araçlar olduğu açıktır.

2. Suçlamayı Öğrenme Hakkı

5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun (CMK) savcının görevlerini düzenleyen 160. maddesine göre, “Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup

36 Gazeteciler Ruşen Çakır, Yavuz Oğhan, Aslı Aydıntaşbaş, Soner Yalçın, Batuhan Çolak ve Şaban Sevinç hakkında İmamoğlu soruşturması kapsamında İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı'na ifadelerinin alınmasına karar verilmiş ve bir kısmı kolluk tarafından erken saatlerde evlerinden alınarak Emniyet Genel Müdürlüğüne götürülmüştür. Bkz. <https://www.bbc.com/turkce/articles/cvg7vqvmqjo>

37 Bu çerçevede pek çok örnek verilebilir. Mesela Leman Dergisinde yayınlanan bir karikatür nedeniyle peygambere hakaret edildiği iddia edilmesine rağmen soruşturma halkın bir kesimini başka bir kesimi aleyhine kin ve nefrete kıskırtmadan soruşturma açılmış ve Dergi çalışanları bu şekilde tutuklanmıştır. Bkz. <https://www.indyturk.com/node/761202/haber/leman-%C3%A7al%C4%B1%C5%9Fanlar%C4%B1-tutukland%C4%B1> . Aynı şekilde Soğuk Savaş ekibi peygambere yönelik olduğu iddia edilen bir espri nedeniyle tutuklanmıştır. Bkz. <https://www.aa.com.tr/tr/gundem/soguk-savas-programina-yonelik-baslatilan-sorusturmada-2-supheli-tutuklandi/3696345> ; benzer bir olayda Flu Tv kurucusu İlker Canikligil tutuklanmış ve daha sonra cezaya çarptırılmıştır. Bkz. <https://bianet.org/haber/ilker-canikligil-e-26-ay-hapis-cezasi-313855>; Başka bir olayda şarkıcı Gülşen bir konseri sırasında çalışanıyla ilgili olarak yaptığı espride İmam Hatip Lisesi mezunu olmasına atıf yaptığı gerekçesiyle tutuklanmıştır. Bkz. <https://www.bbc.com/turkce/articles/cl57y4qg714o>

olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya” başlamak ve “maddî gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür.”

Bu deliller toplandıktan sonra, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenleyecektir (CMK 170/2).

CMK’nin 170/5. maddesi ise savcının gerçekleri araştırma yükümlülüğünün sonucu olarak “İddianamenin sonuç kısmında, şüphelinin sadece aleyhine olan hususlar değil, lehine olan hususlar da ileri sürülür.” düzenlemesine yer vermektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesinin 3. fıkrasının (a) bendinde ifade edildiği üzere şüphelinin “Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek” hakkı bulunmaktadır. Savunma ancak ve ancak suçlamanın ne olduğunun anlaşılması ile yapılabilir. Şüpheliye/sanığa hakkındaki suçlama bildirilmediği sürece gerçek anlamda bir savunma yapılamayacağından, Anayasa’nın 36. maddesinde düzenlenen “savunma hakkının” isnadı (suçlamayı) öğrenme hakkını da kapsadığı sonucuna varılabilir.³⁸ ()

Nitekim Anayasa da 19. maddenin 5. fıkrasında “Yakalanan veya tutuklanan kişilere, yakalama veya tutuklama sebepleri ve haklarındaki iddialar herhalde yazılı ve bunun hemen mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal, toplu suçlarda en geç hâkim huzuruna çıkarılıncaya kadar bildirilir” demektedir.

Anayasa Mahkemesi de isnadı öğrenme hakkını adil yargılanma hakkının bir parçası olarak değerlendirmektedir. Anayasa Mahkemesi’ne göre suçu öğrenme hakkı şekli değil maddi anlamı olan bir haktır. Mahkeme bu hakkı şu şekilde tarif etmiştir:

“[...] suç isnadı altındaki kişiye savunma hakkının şeklen değil gerçek anlamda sağlanması gerekir. Bunun için suç isnadı altında bulunan kişiye, savunmasını hazırlayıp mahkeme önünde dile getirebilmesi ve böylece yargılamanın sonucunu etkileyebilmesi için isnadın bildirilmesi gerekmektedir. Hakkındaki isnadı bilmeyen kimsenin savunma yapması mümkün değildir. Isnat, sanığın savunma yapabilmesi için bildirilmektedir. Bunun için bildirimde, sanığın hangi fiil ile suçlandığının ve hangi suçu işlediğinin açıklanması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle sanık, isnadın sebebinden ve niteliğinden haberdar edilmelidir. Sanığın hangi fiili nerede ve ne zaman işlediği (yüklenen suçu oluşturan olay/olaylar) isnadın sebebini oluşturur. Bunların soyut olarak değil sanığın savunma hazırlayabilmesine yeterli düzeyde ve ayrıntılı olarak açıklanması gerekir. Böylelikle sanık, davaya konu fiili nerede ve ne zaman işlemekle suçlandığını bileceğinden savunmasını buna göre yapabilecektir. Fiilin hukuki yönden vasıflandırılması ise isnadın niteliğidir. Suçlamanın niteliği hakkındaki bilgi de savunma yapmaya yeterli düzeyde olmalı ve bildirimde sanığın işlemekle suçlandığı fiilin hangi normu ihlal ettiği belirtilmelidir. Yargılama sırasında fiilin hukuki niteliğinin değişmesi durumunda da sanık bu değişiklikten haberdar edilmelidir. Böylelikle silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerine uygun olarak yargılamanın adilliği de sağlanmış olur (Ali Kemal Tekin, B. No: 2014/875, 2/2/2017, §§ 40- 43)”.

38 Akif Yıldırım (2022), “Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Isnadı (Suçlamayı) Öğrenme Hakkı”, 10(2) *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi* 537, 541

AİHM, Sözleşme uyarınca suçlamadan “ayrıntılı olarak haberdar edilme” ölçütünün ne anlama geldiğini incelemiştir:

“Bu hükümde atıfta bulunulan “ayrıntılı” bilginin kapsamı her davanın özel koşullarına bağlı olarak değişmekle birlikte, sanığa her halükârda, yeterli bir savunma hazırlamak amacıyla kendisine yöneltilen suçlamaların kapsamını tam olarak anlaması için gerekli olan yeterli bilgi verilmelidir. Bu bağlamda, bilgilendirmenin yeterliliği, herkese savunmasını hazırlamak için yeterli zaman ve kolaylıklara sahip olma hakkı tanıyan 6. maddenin 3. paragrafının (b) bendi ve 6. maddenin 1. paragrafında yer alan daha genel adil yargılanma hakkı ışığında değerlendirilmelidir” (*Mattoccia/İtalya*, no. 23969/94, 25.7.2000, §60).

Ancak, ifade özgürlüğüne ilişkin suçlarda bu temel ilkelere riayet edilmediği görülmektedir. Uygulamada ifadeler genelde kollukta alınmakta, kolluğa yollanan savcılık belgesinde kişinin tam olarak ne ile suçlandığı açıklanmamaktadır. Konuyla ilgili fikri olmayan kolluk personeli ya suçlamayı açıklayamamakta ya da kendince açıklamalara girişmektedir. Bu nedenle, ifadeler alınırken “... sayılı soruşturmaya ilişkin savunmanızı yapın” gibi genel geçer ifadelerle yer verilmektedir. Kolluk, avukatın ifadeye bu açıdan müdahalesini ise şüphelinin ifadesine müdahale olarak değerlendirip engellemeye çalışmaktadır. Oysa bu durumda usulüne ilişkin bir suç bildirme söz konusu değildir. Cumhuriyet savcılıklarının hangi ifadelerin hangi suçu oluşturduğu konusunda kesin bir bilgi vermediği hallerde suçlamayı öğrenme hakkı ihlal edilmiş olacaktır. Bu hallerde durumun tutanak altına aldırılması gerekir. Ayrıca böyle bir durumda savunma yapmak mümkün olmadığından isnat somutlaştırılınca-ya kadar şüphelinin susma hakkını kullanması da düşünülmelidir.

Şüphelinin aynı olayla ilgili olarak ikinci kez ifadesinin alınması ihtiyacı ortaya çıktığında, bu işlem ancak Cumhuriyet savcısı tarafından yapılabilir, polis veya jandarma ifade alma işlemi yapamaz (CMK m.148/5).

C. DELİLLER VE İDDİANAMENİN NİTELİĞİ

5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu’nun 160. maddesi savcının görevlerini saymış olup buna göre, “Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya” başlamak ve “maddî gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür.” Bu deliller toplandıktan sonra, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenleyecektir (CMK 170/2). CMK 170/5 hükmü ise savcının gerçekleri araştırma yükümlülüğünün sonucunu düzenlenmiş olup buna göre; “İddianamenin sonuç kısmında, şüphelinin sadece aleyhine olan hususlar değil, lehine olan hususlar da ileri sürülür.” denmektedir.

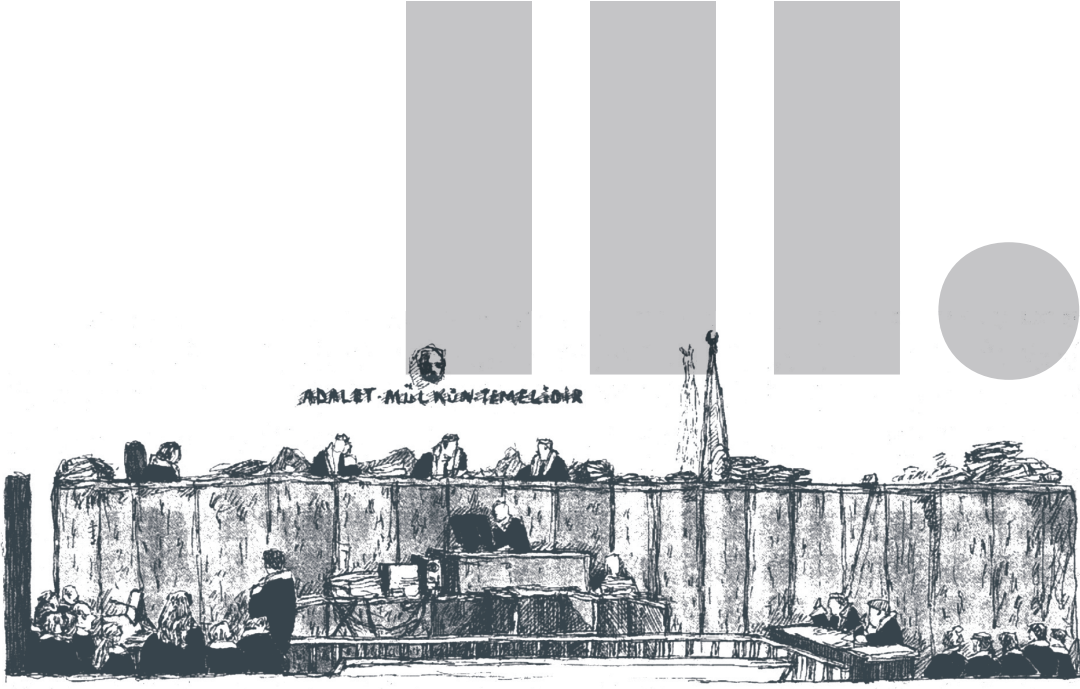
Bu konuda Yargıtay içtihadı da aynı yönde olup Yargıtay 18. Ceza Dairesi’nin, 2016/16989 E. ve 2016/18968 K. sayılı kararında; “CMK’nin 170/2 maddesine göre kamu davası açılabilmesi için soruşturma aşamasında toplanan delillere göre suçun

işlendiğine dair yeterli şüphe bulunması gerekir. Suç ihbar veya şikâyeti yoluyla soruşturma yaparak maddi gerçeğe ulaşma yükümlülüğü ve yetkisi bulunan Cumhuriyet savcısı, soruşturma sonucunda elde edilen delilleri değerlendirerek kamu davası açmayı gerektirir nitelikte yeterli şüphe olup olmadığını takdir edecektir. Bu durum delil değerlendirmesini gerektirir. Diğer bir deyişle Cumhuriyet savcısı elde edilen delillerin kamu davası açılması için yeterli olduğu kanaatine varırsa dava açacak, aksi durumda takipsizlik kararı verecektir. Bu nedenle savcının delilleri değerlendirme yetkisi vardır. Aksi durumun kabulü her ihbar veya şikâyet üzerine Cumhuriyet savcısının kamu davası açmasını, delil takdirinin ise mahkemeye bırakılmasını gerektirir ki bu kabul lekelenmeme hakkıyla bağdaşmayacak ve kanunun ruhuna uygun düşmeyecektir.” ifadelerine yer verilmiştir.

Dolayısıyla savcılığın iddianameyi düzenlerken şüphelinin lehine olan delilleri toplama yönünde özellikle de lekelenmeme hakkı çerçevesinde bir yükümlülüğü mevcuttur. İfade özgürlüğüne yönelik bir sınırlandırmanın olduğu hallerde ise bu yükümlülük daha da ağırlaşacaktır. Nitekim ulusal makamlar ifade özgürlüğüne ilişkin olaylarda bu özgürlüğe ilişkin içtihadı uygun bir değerlendirme yapmak durumundadır (*Cumhuriyet Vakfı/Türkiye*, no. 28255/07, 08.10.2013, §59).

Uygulamada özellikle ifade özgürlüğünü ilgilendiren suçlarda polis fezlekesinin bir özetinin iddianameye dönüştüğü, suç konusu olan ifadelerin hangileri olduğu, hangi ifadenin hangi sebeple hangi suçu oluşturduğunun genellikle iddianamede açıklanmadığı, şüphelinin savunmasının niye dikkate alınmadığı, delil toplamada yukarıda açıklanan sorunların hukuka uygunluk bakımından değerlendirilmediği görülmektedir. Ayrıca yeterli şüphenin olduğundan söz edebilmek için ifade özgürlüğü davalarında savcıların AYM ve AİHM içtihatları çerçevesinde bir değerlendirme yaparak suçlama konusu yapılan ifadenin niçin ifade özgürlüğü kapsamında nitelendirilemeyeceğine ilişkin açıklamalarına iddianamede yer vermeleri gerekir.

Aksi halde gerekçesiz olarak açılan davanın kendisi caydırıcı etkisi dolayısıyla ifade özgürlüğüne müdahale teşkil edecektir.



KOVUŞTURMA AŞAMASINA İLİŞKİN USULİ YÜKÜMLÜLÜKLER

Kovuşturma aşaması yargılama faaliyetinin gerçekleştiği aşamadır. Diyalektik bir süreç olan yargılamanın tez ve antitez sürecinde iddia ve savunma makamlarının karşılıklı argümanlarını eşit koşullarda dile getirebilmeleri ve hâkim veya mahkeme heyetinin tarafsız bir şekilde bu süreci yönetebilmesi gerekir. Bu nedenle bu sürecin sağlıklı bir şekilde yürütülmesi usuli güvencelerin sağlanmış olmasına bağlıdır.

Türkiye’de yargı bağımsızlığına ilişkin özellikle son dönemde dile getirilen ciddi eleştiriler mevcuttur. Ceza yargılamasında ve özellikle ifadenin yargılandığı davalarda, uygulamada pek çok sorun yaşandığı görülmektedir. Bu sorunların bir kısmı yargılama süreçlerine özellikle de mahkemenin tarafsızlığı ve bağımsızlığı ile ilgili sorunlardır. Sorunların ağırlıklı ikinci grubunu ise muhakeme sürecine ilişkin güvencelere saygı gösterilmemesi oluşturmaktadır. Yargılama sürecinde normal koşullarda yaşanmaması gereken isnadı öğrenme hakkı dahil olmak üzere çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkeleri, delillerin toplanması, tanıkların dinlenmesi ve sorgulanması gibi hususlarda ciddi sorunlar yaşanmaktadır.

A. TARAFSIZ VE BAĞIMSIZ MAHKEMECE YARGILANMA HAKKI

AİHS’in 6. maddesinde, adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak davanın tarafsız ve bağımsız bir mahkemede görülmesini isteme hakkı açıkça düzenlenmiştir. AİHM

içtihadında tarafsızlık, genel olarak ön yargı veya yanlılık olmamasını ifade etmektedir (Piersack/Belçika, B. No: 8692/79, 1/10/1982, § 30). Yerleşik içtihadı göre tarafsızlığın varlığı öznel (subjektif) yöntem ve nesnel (objektif) yöntem esas alınarak belirlenir. Öznel yöntem kişisel kanaatin ve belirli bir yargıcın davranışının dikkate alınmasını, diğer bir deyişle yargıcın belirli bir davada kişisel bir ön yargıya sahip olup olmadığının belirlenmesini; nesnel yöntem ise mahkemenin oluşumunun tarafsızlık konusunda herhangi bir meşru şüpheyi ortadan kaldırmak için yeterli güvenceleri sağlayıp sağlamadığının belirlenmesini ifade eder (Fey/Avusturya, B. No: 14396/88, 24/2/1993, § 28). Bir başka anlatımla tarafsızlığın varlığı, bir davada belirli bir yargıcın kişisel kanaatlerini belirleme çabası şeklindeki subjektif test ile bir yargıcın tarafsızlığından haklı kuşku duyulmasına engel olan yeterli güvencelere sahip olup olmadığının belirlenmesi şeklindeki objektif teste göre saptanır (De Cubber/Belçika, B. No: 9186/80, 26/10/1984, § 24).

Objektif ve subjektif tarafsızlık arasındaki sınır kesin olmayıp yargıcın öznel bakımdan tarafsız olduğu varsayımının çürütülmesine olanak verecek deliller sunulmasının güç olabileceği kimi davalarda, nesnel tarafsızlık şartı önemli bir ek güvence sağlar. Nitekim tarafsızlık ile ilgili sorun bulunan başvuruların büyük çoğunluğunda objektif yöntemle başvurulmuştur (Micallef/Malta [BD], B. No: 17056/06, 15/10/2009, § 95).

Subjektif testle ilgili olarak her hâlükârda aksine kanıt bulunmadıkça bir hâkimin kişisel tarafsızlığının olduğu varsayılmaktadır. Objektif test bakımından ise yargıcın kişisel tutumundan farklı olarak kendisinin tarafsızlığı hakkında kuşku uyandıracak belirli olguların olup olmadığı tespit edilmelidir. Bu noktada objektif tarafsızlığın belirlenmesinde hâkimin tarafsızlığına ilişkin herhangi bir meşru kaygıyı, korkuyu bertaraf edecek yeterli güvence sunulup sunulmadığı önemlidir. AİHM içtihatlarında tarafsızlık konusunda görünüşün dahi önem taşıyabileceği, bir başka deyişle adaletin sadece yerine getirilmesi değil ama aynı zamanda yerine getirildiğinin görülmesi ve böylece demokratik toplumda mahkemelerin hak arayanlara güven vermesi gerektiği vurgulanmaktadır (Micallef/Malta, §§ 94, 97, 98).

Bu çerçevede hakkında tarafsız olmadığından kaygı duymak için haklı bir sebep bulunan bir hâkim, davadan çekilmelidir. Bu durum, belirli bir davada bir yargıcın tarafsız olmadığından kaygılanmak için haklı bir sebebin bulunup bulunmadığına karar verilirken sanığın bakış açısının önemli olduğunu fakat belirleyici olmadığını ihsas etmektedir. Belirleyici olan şey, bu kaygının objektif olarak haklı görülüp görülemeyeceğidir. Bu ise her olayın kendi şartlarına bağlıdır (Hauschildt/Danimarka, B. No: 10486/83, 24/5/1989, §§ 47-49).

Anayasa Mahkemesi de Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkının unsurlarından birinin tarafsız ve bağımsız mahkemede yargılanma hakkı olduğunu vurgulamaktadır. AYM içtihadı da AİHM içtihadına paraleldir. Buna göre, genel olarak tarafsızlık davanın çözümünü etkileyecek bir ön yargı, tarafgirlik ve menfaate sahip olunmaması davanın tarafları karşısında ve onların leh ve aleyhlerinde bir düşünce veya menfaate sahip olunmamasını ifade eder (Tahir Gökatalay, B. No: 2013/1780, 20/3/2014, § 61; Serkan Şeker, B. No: 2017/15118, 2/6/2020, § 34).

Mahkemelerin tarafsızlığı kavramı, görülecek davalar karşısında bizzat mahkemenin kurumsal yapısı ile davaya bakmakla görevli hâkimin tutumu üzerinden açıklanmaktadır. Anayasa Mahkemesi'ne göre de tarafsızlığın öznel ve nesnel olmak

üzere iki boyutu bulunmakta olup hâkimin birey olarak mevcut davadaki kişisel tarafsızlığı öznel tarafsızlık, kurum olarak mahkemenin kişide bıraktığı tarafsızlık izlenimi ise nesnel tarafsızlık olarak adlandırılmaktadır. Anayasa'nın 36. maddesinde mahkemelerin tarafsızlığından açıkça bahsedilmemekle beraber Anayasa Mahkemesi içtihadı uyarınca tarafsız mahkemede yargılanma hakkı da adil yargılanma hakkının zımni bir unsurudur. Ayrıca mahkemelerin tarafsızlığı ve bağımsızlığının birbirini tamamlayan iki unsur olduğu dikkate alındığında -Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği- Anayasa'nın 138., 139. ve 140. maddelerinin de tarafsız bir mahkemede yargılanma hakkının değerlendirilmesinde gözönünde bulundurulması gerekir (Tahir Gökatalay, § 60; Serkan Şeker, § 35).

Mahkemelerin kuruluşu ve yapılanmasıyla ilgili yasal ve idari düzenlemelerin mahkemenin nesnel olarak tarafsız olmadığı izlenimi vermemesi gerekir. Esasında kurumsal tarafsızlık, mahkemelerin bağımsızlığı ile bağlantılı bir konudur. Tarafsızlık için öncelikle bağımsızlık ön koşulu gerçekleşmeli ve ek olarak kurumsal yönden de taraf görüntüsü verecek bir yapılanma oluşmamalıdır (AYM, E.2014/164, K.2015/12, 14/1/2015). Bunun yanı sıra yargılama makamının tarafsızlığına ilişkin herhangi bir meşru kaygı veya korkuyu bertaraf edecek yeterli güvenceleri sunması da gerekmektedir (Tahir Gökatalay, § 62; Serkan Şeker, § 36).

Öznel tarafsızlık ise hâkimlerin görülecek davaya ilişkin öznel tutumlarıyla ilgilidir. Davaya bakacak olan hâkimin davanın taraflarına karşı eşit, yansız ve ön yargısız durması, hiçbir telkin ve baskı altında kalmadan hukuk kuralları çerçevesinde vicdani kanaatine göre karar vermesi gerekir. Anayasa ve kanunlar karşısında hâkimlerden beklenen de budur (AYM, E.2014/164, K.2015/12, 14/1/2015). Hâkimler, hâkimliğin gerektirdiği her türlü yüksek nitelikleri taşısalar bile kamu vicdanında tarafsızlıkları konusunda kuşku uyandıracak düzenlemelerden kaçınmalıdır (AYM, E.2013/82, K.2014/100, 4/6/2014).

Yargılamayı yürüten mahkeme üyelerinin taraflardan biriyle veya anlaşmazlık konusu ile maddi veya manevi yönden yakın bir bağının bulunması ya da yargılama sürecinde sarf ettiği ifadeleri ile tarafsız olamayacağı yönünde meşru bir kanaat uyandırması, bunun yanı sıra davadan önce dava ile doğrudan bağlantılı bir konumda bulunması da tarafsızlığı ihlal edebilir. Bununla birlikte belirli bir uyuşmazlıkta yargılamayı yürüten hâkimin taraflardan birine yönelik ön yargılı ve taraflı bir tutumunun, kişisel bir kanaatinin veya menfaatinin, bu bağlamda kişisel bir taraflılığının söz konusu olduğunu ortaya koyan bir delil bulunmadığı ve bu husus kanıtlanmadığı müddetçe tarafsız olduğunun bir karine olarak varsayılması zorunludur (Tahir Gökatalay, § 62). Bir başka deyişle aksi yönde delil bulununcaya kadar bir hâkimin kişisel olarak tarafsız olduğunun kabulü gerekir.

Bu bağlamda hukukumuzda, hâkimin tarafsız kalamayacağı varsayılan veya tarafsızlığından kuşku duyulabilecek durumlarda hâkimin kendi mahkemesinin yetki ve görevine giren belli bir davaya bakamayacağı veya bakmayı reddedilebileceği kabul edilmiştir. Hâkimin yasaklılığı ve reddi kurumları hâkimin bakacağı davada tarafsızlığını sağlamaya yönelik olup temel bir hak olan adil yargılanma hakkıyla ilişkilidir (AYM, E.2011/142, K.2013/52, 3/4/2013).

İfade özgürlüğü davalarında yargının objektif tarafsızlığından şüphelenmeyi gerektiren bir durum mahkemelerin kendiliğinden delil toplama işine girişmiş

olmasıdır. Türk Ceza Yargılaması Hukuku'nda, tahkik sistemi değil, itham sistemi kabul edilmiştir. Yani mahkemeler kovuşturma aşamasında "re'sen araştırma" yapamaz, delil toplayamaz. CMK m.160'a göre, delil toplama yükümlülüğü ve yetkisi cumhuriyet savcılarına aittir. Oysa Eski CMUK'un 237/3. maddesinde mahkemelerin resen delil toplaması yöntemi kabul edilmiştir. Ne var ki, 5271 sayılı yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 177. maddesinde mahkemeye doğrudan delil toplama yetkisi verilmeyip, henüz duruşma başlamadan ve duruşma hazırlığı evresi ile sınırlı olacak şekilde sanık ve müdafine delil sunma ve bu delillerin toplanmasını mahkemeden isteme hakkı tanınmıştır. Ancak 207. maddede delil ve olayın geç bildirilmesinin bu delil ve olayın ortaya koyulması isteminin reddi için yeterli olmayacağı ifade edilmiştir.

Dolayısıyla ceza muhakemesi hukukunda delillerin ikamesi iddia ve savunma makamlarına ait bir yetki olup, mahkemenin kendiliğinden delil araştırmaya girmemesi gerekir. Mahkemenin delil araştırması, objektif tarafsızlığı bakımından kuşku doğurabilecek bir olaydır ve bundan kaçınması gerekir. Ancak uygulamada yaygın şekilde mahkemeler re'sen delil toplama yoluna gitmektedirler. Hatta istinaf mahkemeleri ve Yargıtay'ın taraflarca delil toplanması talep edilmemiş olmasına rağmen eksik inceleme yapıldığı gerekçesiyle bozma kararları verildiği görülmektedir. Oysa böyle bir bozma nedeni mahkemenin objektif tarafsızlığını zedeleyecek bir işlem yapmaya zorlanması anlamına gelmektedir. Dahası ilk derece mahkemesi bölge adliye mahkemesi karar ve hükümlerine direnemediği için (CMK, md. 284) böylesi bir nedenle karar bozulan mahkemenin adil yargılanma hakkı iddiasıyla tutumunu devam ettirme imkânı da yoktur.

Re'sen araştırma ilkesinin ceza yargılamasında kabul edilmemesinin nedeni, delil toplama görevini savcılığa vermek suretiyle mahkemenin tarafsızlığını güvence altına almaktır. Soruşturma aşamasında savcılık makamı maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını sağlayacak her türlü delili toplama yetkisine sahiptir. Kovuşturma aşamasında da toplanılmasını istediği delillerin mahkeme tarafından getirtilmesini isteyebilir. Aynı şekilde savunma makamına da delil sunma ve gerekli delillerin toplanmasını mahkemeden isteme yetkisi tanınmıştır.

Nitekim Yasanın sistematığına bakıldığında delillerin mahkeme tarafından getirilmediği gibi duruşma sırasında da mahkeme tarafından tartışılmaması gerektiği çok açık bir şekilde görülebilmektedir. CMK'nın 216. maddesi şu şekildedir:

Delillerin tartışılması

Madde 216 – (1) Ortaya konulan delillerle ilgili tartışmada söz, sırasıyla katılana veya vekiline, Cumhuriyet savcısına, sanığa ve müdafisine veya kanunî temsilcisine verilir.

(2) Cumhuriyet savcısı, katılan veya vekili, sanığın, müdafinin veya kanunî temsilcisinin açıklamalarına; sanık ve müdafii ya da kanunî temsilcisi de Cumhuriyet savcısının ve katılanın veya vekilinin açıklamalarına cevap verebilir.

(3) Hükümden önce son söz, hazır bulunan sanığa verilir. (Ek cümle: 15/8/2017-KHK-694/148 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7078/143 md.) Bu aşamada zorunlu müdafinin hazır bulunmaması hükmün açıklanmasına engel teşkil etmez.

Görüldüğü gibi Mahkeme delilleri tartışan değil delillerin tartışılması sonrasında karar veren merci olduğu için duruşmada delillerin tartışılmasına katılmaması gerekir. Şüphesiz hâkim önüne getirilen delillerin maddi hakikate ulaşılması için ayrıntılandırılmasını isteyebilir. Bu nedenle, açıkça ifade edilmemiş olsa bile tanığın ve bilirkişinin hâkim tarafından sorgulanması mümkündür. (CMK md. 58, 59 ve 62) Ancak mahkeme önüne getirilen delillerin mahkeme heyeti tarafından açıklığa kavuşturulması bir şey, mahkemenin kendi başına delil bulması, getirmesi, davanın tarafı gibi bunları tartışması ise başka bir şeydir.

Ceza yargılamasında, medenî yargılamadan farklı olarak, şekli gerçekte yetinilmeyip maddi gerçeğin araştırılması gerekmektedir. Ancak bu her ne pahasına olursa olsun maddi gerçeğin araştırılacağı anlamına gelmez. Bir hukuk devletinde ceza soruşturmalarının da insan haklarına saygılı bir şekilde yürütülmesi, adil yargılama ilkelerine uyulması zorunludur. Bu çerçevede delil toplarken yasal sınırlar aşılamaz. Hukuka aykırı elde edilen deliller yargılamada kullanılamaz. Aynı şekilde mahkemenin tarafsızlığını zedeleyecek eylemlerden de kaçınması gerekir. Re’sen araştırma ilkesinin sanığın lehine olan delilleri de ortaya çıkaracağı gibi bir argüman da kabul edilemez. Zira ceza hukukunun temel ilkesi olan “şüpheden sanık yararlanır ilkesi” gereğince ceza yargılamasında, suçun sanık tarafından işlendiği hiçbir kuşkuyla yer vermeyecek şekilde ortaya çıkarılmadıkça mahkûmiyet kararı verilemez. Yani sanık hakkında mahkûmiyet kararı verebilmek için suçluluğunun sübuta ermiş olması zorunludur. Aksi halde sanık hakkında delil yetersizliğinden beraat kararı verilmesi gerekir. Dolayısıyla ceza yargılamasında re’sen araştırma ilkesinin uygulanmasının yasal dayanağı olmadığı gibi herhangi bir makul nedeni de bulunmamaktadır. Aksine adil yargılanma hakkına aykırıdır. Böyle bir uygulamanın söz konusu olduğu hallerde ifade özgürlüğünün usulü boyutunun ihlal edileceğini belirtmek gerekir.

Ancak uygulamada bu sistem bütünüyle tersine çevrilmiştir. Özellikle ifade özgürlüğünü etkileyen birçok suç tipinde iddia makamının uzun celseler boyunca herhangi bir talepte bulunmadığı, tüm yazışmaların mahkeme eliyle yürütüldüğü, tüm delillerin mahkeme tarafından toplandığı görülmektedir.

Örgüt üyeliği suçlaması ile yapılan yargılamalarda bu husus öylesine yaygın bir hale gelmiştir ki mahkemeler tüm yargılamalar için oluşturdukları talep yazılarını taraflara danışmadan çoğu zaman tensip kararıyla birlikte bazen de celse arasında talep etmektedir. Bu suçlamalarda kişinin örgüte yoğun, çeşitli ve sürekli bağı ortaya çıkarılmaya çalışıldığı için yine mahkemeler tanıkları talimat yoluyla dinlemekte, taraflara talimatla dinlenen tanıkların ifadesine bir şey demek isteyip istemediği alınan ifade sonrasında sorulmaktadır. Artık olağanlaşmış olan bu uygulamanın tümüyle Yasaya aykırı olduğu açıktır.

Daha ilginç bazı durumlarda tanıklar mahkeme tarafından tarafların yokluğunda dinlenmektedir. CMK’nın 58. maddesinin 3. fıkrasına göre “Hazır bulunanların huzurunda dinlenmesi, tanık için ağır bir tehlike teşkil edecek ve bu tehlike başka türlü önlenemeyecekse ya da maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından tehlike oluşturacaksa; hâkim, hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan da tanığı dinleyebilir. Tanığın dinlenmesi sırasında ses ve görüntülü aktarma yapılır. Soru sorma hakkı saklıdır”. Ancak uygulamada bazı davalarda bu hükmün tanığı hiçbir şekilde görmeden ve sorgulama imkânı olmadan hayata geçirildiği görülmektedir.

Tüm bu uygulama re'sen araştırma ilkesinin yargı makamları tarafından çok içselleştirilmesinin bir sonucudur.

Mahkemenin objektif tarafsızlığını etkileyen başka bir durum da hâkim veya mahkeme ile savcılık makamı arasındaki ilişkiler ve duruşma sırasındaki tavırlardır. Çoğunlukla mahkeme heyeti savcıyı davanın bir tarafı olarak değil, mahkemenin bir parçası olarak görme ve ona göre muamele etme eğilimindedir. Duruşma salonlarının dizaynı, savcının hâkim ya da heyetle sürekli yakın bir iletişim içinde olmasına olanak sağlamaktadır. Her ne kadar daha önce AİHM *Diriöz/Türkiye* kararından duruşmadaki oturma düzeninin, “fiziken” Cumhuriyet Savcısına ayrıcalıklı bir konum vermesine rağmen, bu durumun duruşma sırasında menfaatlerini savunduğu esnada başvuruları dezavantajlı bir konuma getirmediği gerekçesiyle silahların eşitliği ilkesinin ihlal edilmediğine karar vererek başvuruyu kabul edilemez bulmuş ise de (*Diriöz/Türkiye*, no. 38560/04, §25, 31.05.2012) uygulamada silahların eşitliği ilkesine aykırı uygulamalara neden olduğu açıktır. Hatta yargılama sırasında savcı ile hâkim ya da mahkeme üyeleri arasında sanığın ve müdafinin duyamayacağı şekilde sözlü iletişim kurulması ya da yazılı not alışverişi yapılması gibi olaylara sıklıkla rastlanmaktadır. Söz konusu iletişimin yargılama ile ilgili olup olmadığı sanık ve müdafii tarafından bilinemeyeceği gibi eğer yargılama ile ilgiliyse cevap verme imkânı bulunmamaktadır. Bu gibi uygulamalar mahkemenin tarafsızlığından şüphelenmek için yeterli neden sunmaktadır. Ayrıca bu tür bir iletişim silahların eşitliği ve yargılamanın çelişikliği ilkelerine de aykırıdır.

Çoğu zaman mahkeme heyeti müzakereyi savcı huzurunda yürütmektedir. Yargılama sonunda heyet müzakere için salonu boşaltmakta ancak iddia makamı salonda kalmaktadır. Bu durum öncelikle açıkça Kanuna aykırıdır. Zira CMK m. 227'ye göre müzakerede ancak karara ve hükme katılacak hâkimler bulunur. Diğer taraftan bu durum ifade özgürlüğü davalarında özellikle büyük sorunlar yaratmaktadır. Zira mağduru ya da tarafı devlet ya da yöneticiler olan ifade özgürlüğü suçlarında devlet adına hareket eden savcının mahkeme ile sürekli bir diyalog ve etkileşim içinde bulunması, mahkemenin objektif tarafsızlığı açısından kuşku doğurucudur.

Diğer taraftan temel adil yargılanma ilkelerinden birisi de yargı bağımsızlığıdır. Yargı bağımsızlığı mahkemelerin ve hakimlerin herhangi bir hukuk dışı etki ve baskı altında kalmaksızın karar verme imkanına sahip olması anlamına gelir. Kuvvetler ayrılığı ilkesinin de bir gereği olarak yargının yasama ve özellikle de yürütmenin etkisine karşı güvenceli bir kurumsal çerçeveye sahip olması gerekir. Ülkemizde yargı bağımsızlığına ilişkin sorunlar giderek derinleşmektedir.

Türkiye 1961 Anayasasından beri güney Avrupa ülkelerindeki geleneğe uygun olarak yargı bağımsızlığını güvence altına almak amacıyla yargının yönetim ve denetimini yapmak üzere bağımsız bir anayasal kurul oluşturulmasını kabul edilmiştir. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) olarak anılan bu Kurulun 2017 yılında yapılan Anayasa değişikliği (6771 sayılı Kanun) ile adı ve yapısı yeniden değiştirilmiş ve hâkim ve savcılarının üye seçmesi usulü tamamen ortadan kaldırılmıştır. 13 üyeden oluşan yeni kurulun adı Hakimler ve Savcılar Kurulu olmuş, “yüksek” ibaresi kurulun adından çıkarılmıştır. Kurulun altı üyesi doğrudan Cumhurbaşkanı tarafından atanırken yedi üyenin ise TBMM tarafından seçilmesi öngörülmüştür.

Yeni sistemde Cumhurbaşkanının siyasi parti üyesi hatta parti başkanı olduğu düşünüldüğünde meclis çoğunluğunun da Cumhurbaşkanının partisine mensup milletvekillerinden oluşması ihtimali çok yüksektir. Bu durumda kurulun tüm üyelerinin siyasî etki altında atanması kaçınılmaz hale gelmiştir. Nitekim 2017 Anayasa değişikliklerini değerlendiren bütün uluslararası gözlemciler yeni yapının yargı bağımsızlığını zedeleyeceği, hatta ortadan kaldıracağı uyarısında bulunmuşlardır. Venedik Komisyonu öngörülen yapının yargı bağımsızlığını ciddi şekilde tehlikeye attığını belirtmiştir.³⁹ Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri de 2017 Anayasa değişiklikleri sonucunda oluşan yapının çok ciddi bir sorun ortaya çıkardığını ve bunun diğer bütün sorunların önüne geçtiğini belirtmiştir. Komiser şu ifadeleri kullanmıştır: “HSK’nın yeni yapısının HSK’nın üyelerinin tamamının bütün siyasi partilerin ve menfaatlerin katılımını garanti eden bir usul olmaksızın ya Cumhurbaşkanı ya Meclis tarafından atanmasına imkân verdiğini görmektedir. Bu, hiçbir HSK üyesinin meslektaşları tarafından seçilmediği anlamına gelir ki bu da, hakim ve savcılarının mesleki tutum ve davranışlarını denetlemekle (hakim ve savcılarının atamaları, terfileri, tayinleri, disiplin cezaları ve meslekten çıkarılmaları dahil olmak üzere) yükümlü bu tip yargı kurullarının üyelerinin en az yarısının, yargının her kademesindeki hakimler tarafından, meslektaşları arasından, yargı içinde çoğunluğu gözetir şekilde seçilmesini öngören Avrupa standartlarıyla açıkça çelişmektedir.”⁴⁰

Yakın zamanda Venedik Komisyonu HSK’nın yapısı ve yetkilerine ilişkin kapsamlı bir görüş açıklamış ve Kurulun yapısının mevcut haliyle yürütmenin etkilerine açık olduğunu ayrıntılı bir şekilde ortaya koymuştur.⁴¹ Komisyonun görüşünde öne çıkan değerlendirmeler şu şekildedir:

Öncelikle Komisyon 2016 yılındaki darbe girişiminin ardından gerçekleştirilen 2017 Anayasa değişiklikleriyle Türkiye’nin hükümet sisteminin değiştirilerek Cumhurbaşkanlığı sisteminin kabul edildiğini ve yürütmenin başı ve devlet başkanlığı sıfatlarının Cumhurbaşkanında birleştirildiğini hatırlatmıştır. Bu değişikliklerle Cumhurbaşkanına tanınan geniş yetkiler hatırlatılmış ve Cumhurbaşkanının parti üyesi olmasına izin verildiği vurgulanmıştır. Bu çerçevede HSK’nın yapısında yapılan değişiklikler ve Cumhurbaşkanının Kurul’un altı üyesini doğrudan atama yetkisine sahip olduğu belirtilerek artık tarafsız bir güç olmayan Cumhurbaşkanının kurula yaptığı atamaların siyasi nitelik taşıyacağı vurgulanmıştır. Ayrıca Cumhurbaşkanının parti başkanı olması ve parlamento seçimleriyle Cumhurbaşkanlığı seçimlerinin aynı anda yapılması dolayısıyla Cumhurbaşkanının Parlamento çoğunluğu üzerinde de kontrol sahibi olabileceği belirtilerek Cumhurbaşkanının Parlamento tarafından seçilen Kurul üyelerini de belirleme gücüne sahip olacağı vurgulanmıştır.⁴²

Diğer uluslararası örgütlerin Türkiye’nin yeni hükümet sisteminin kuvvetler ayrılığı ve yargı bağımsızlığı konusunda doğurduğu sorunlarla ilgili tespitlerine yer verilmiştir.⁴³

39 Venedik Komisyonu, “TBMM tarafından 21 Ocak 2017’de onaylanan ve 16 Nisan 2017’de Referanduma Sunulan Anayasa Değişikliğine İlişkin Görüş”, 10- 11 Mart 2017 tarihli oturumda kabul edilmiştir, Doc. CDLAD(2017)005-e, §.119, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=cdlad\(2017\)005-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=cdlad(2017)005-e) ;

40 AK İnsan Hakları Komiseri Dunja Mijatovic, Türkiye Ziyaret Raporu, CommDH(2020)1, 19.02.2020, §14, <https://rm.coe.int/report-on-the-visit-to-turkey-by-dunja-mijatovic-council-of-europe-com/168099823e>

41 Venedik komisyonu, Hakimler ve Savcılar Kurulunun Oluşumu ve Üyelerinin Seçimine İlişkin Görüş, CDLAD(2024)41, <https://www.coe.int/en/web/venice-commission/-/cdl-ad-2024-041-e>

42 Ibid., § 10.

43 Ibid., §§ 13-17.

2016 yılındaki darbe girişiminden sonra yaşanan ihraçlar, yer değiştirme, terfi ve tayinlerde siyasi mülâhazaların rolüne dikkat çekilerek yaşanan bu olayların yargı mensupları arasında korku iklimi yarattığı belirtilmiştir. Ayrıca mesleğe yeni atamalarla yargıç ve savcı sayısının 25 bine çıktığı ve yeni atamaların çoğunluğunun genç ve tecrübesiz olduğu ifade edilerek bunun sonucunda halkın yargıya güveninin dramatik bir şekilde düştüğü vurgulanmıştır.⁴⁴

Avrupa standartlarına göre, yargı kurullarının üyelerinin en az yarısının meslektaşları tarafından seçilmesi gerekmektedir. Bu seçime her düzeydeki yargıçlar katılmalı ve Kurul cinsiyet dahil toplumsal çeşitliliği orantılı bir şekilde yansıtabilecek çoğunluğa sahip olmalıdır. Bu seçim yöntemi, yargısal unsurları siyasi müdahalelerden korumayı amaçlamaktadır. Yargı kurulundaki yargı üyeleri yalnızca hakimler ve savcılar topluluğunun perspektifini temsil etmelidir. Diğer yandan, yargı kuruluna yargıç olmayan üyelerin seçilmesinin amacı, konseyin dış meşruiyetini güçlendirmek ve kurumsal çıkarların (kooptasyon) olumsuz etkilerini azaltmaktır. Yargıç olmayan üyeler avukatlar, akademisyenler, noterler ve sivil toplum temsilcileri arasından seçilebilir. Kurulun yargıç olmayan üyeleri de yargıç üyelerle aynı güvencelere sahip olmalıdır.⁴⁵

HSK'nın sekiz üyesi hâkim veya savcı olmasına rağmen, bu üyeler meslektaşları tarafından seçilmemekte ya yürütme organı tarafından atanmakta ya da parlamento tarafından seçilmektedir. Anayasa ve Kanun, yalnızca belirli bir kategoriye üye olma şartı dışında hiçbir ölçüt belirlemeden, dört üyenin Cumhurbaşkanınca atanmasını öngörmektedir. Bu atamaların siyasi niteliği dolayısıyla, Cumhurbaşkanı tarafından atanan dört HSK üyesi uluslararası standartlara göre "yargı üyesi" olarak kabul edilemez. Ayrıca, Cumhurbaşkanının siyasi parti lideri olarak parlamento çoğunluğu üzerindeki etkisi dikkate alındığında parlamento tarafından seçilen yedi üyenin Cumhurbaşkanının siyasi görüşüne yakın olma olasılığı yüksektir. Bu durum yargı üzerinde güçlü bir siyasi etki oluşturmaktadır.⁴⁶

Komisyon, HSK'nın bu seçim yöntemi bakımından Avrupa standartlarına uymadığını vurgulamış ve yargı içi seçimlere yönelik itirazları da dikkate alarak üyelerin en az yarısının yargı içinden meslektaşları tarafından seçilmesi gerektiği görüşünü tekrarlamıştır.⁴⁷

Ancak Avrupa Konseyi organlarının bu tespitlerine rağmen AİHM Türkiye'den yapılan başvurularda mahkemenin bağımsız olmadığı yönündeki şikayetleri incelemekten kaçınmaktadır.⁴⁸ Bugüne kadar yalnızca Devlet Güvenlik Mahkemelerinde görev alan asker üye nedeniyle bu mahkemelerin bağımsız olmadığına karar

⁴⁴ Ibid., § 19.

⁴⁵ Ibid., § 29.

⁴⁶ Ibid., §§ 32-34.

⁴⁷ Ibid., §§ 36-41.

⁴⁸ AİHM bireysel başvuru incelemeleri sırasında genellikle Konseyin diğer organlarının kararlarına atıf yapmakla birlikte her zaman Konseyin diğer organları ile paralel kararlar verdiği söylenemez. Mesela Venedik Komisyonu 2016 yılında yayınladığı görüşte Sulh Ceza Hakimliklerinin oldukça sorunlu olduğu sonucuna ulaşmıştır. Ancak AİHM tutuklama kararlarını veren sulh ceza hakimliklerinin bağımsız olmadığı iddialarını incelediği Baş/Türkiye başvurusunda Venedik Komisyonunun görüşlerine ve başka bazı uluslararası raporlara atıf yapmakla birlikte Türkiye'deki yasal ve Anayasal güvencelere atıfla somut olayda karar veren hakimlerin bağımsız olmadığı sonucuna varılamayacağına karar vermiştir (Baş/Türkiye, no. 66448/17, §§ 265-289, 03.03.2020)

vermiştir (İncal/Türkiye, no. 22678/93, 09.06.1998). Ancak Mahkeme yargı bağımsızlığı sorunlarına bazı kararlarında dolaylı olarak değinmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Dairesi, *Selahattin Demirtaş/Türkiye* (2) kararında Sözleşmenin 18. maddesinin ihlâl edildiğine karar verirken, yani yargının siyasi amaçlarla hareket ettiği sonucuna ulaşırken HSK'nın mevcut yapısını da dikkate almıştır. (*Selahattin Demirtaş/Türkiye* (2) [BD], no. 14305/17, § 434, 22.12.2020). Mahkeme, HSK seçimlerinde Cumhurbaşkanının oynadığı role ve yeni anayasal sistemde tarafsız bir konumunun olmadığına, bir siyasi parti lideri olarak parlamento çoğunluğunu da kontrol edebildiği ve bu durumun yargı bağımsızlığını tehdit ettiğine ilişkin Venedik Komisyonunun bulgularına atıf yaparak HSK'yı kontrol altına almanın yargıyı kontrol altına almak olduğunu hatırlatmıştır. Ayrıca hâkim ve savcılarının görevden alınmasının yaygın olduğu bir ülkede HSK'nın bu yapısının yargı kararlarını etkileyebileceğini belirtmiştir. Bunun yanı sıra Mahkeme hem Kavala davasında hem de Demirtaş davasında 18. madde ihlâli tespiti yaparken Cumhurbaşkanının açıklamaları ile savcılarının ve yargı organlarının tutumu ve işlemleri arasında büyük paralellikler olduğunu dikkate almıştır (*Selahattin Demirtaş/Türkiye* (2) [BD], § 433; Kavala/Türkiye, no.28749/18, § 229, 11.07.2022).

Yargı bağımsızlığına ilişkin sorunlar özellikle ifade özgürlüğü davaları bakımından özel bir önem taşımaktadır. Zira, bu tür davalarda bazen suçun mağduru yürütme organı mensupları (TCK m. 125/3-a, 299) ya da sanık yürütme gücünü elinde tutanların rakibi ya da muhalifi kişiler olabilmektedir. Bu nedenle bu tür davalarda adil bir karar verilmesi açısından davaya bakan yargıçların bağımsızlığı özel bir önem taşımaktadır.

B. İSNADI ÖĞRENME HAKKI

Soruşturma aşamasında ayrıntılı olarak işlendiği üzere isnadı ayrıntılı olarak öğrenme hakkı savunma hakkının öncülü bir hak olup adil yargılanmanın temel unsurlarından biridir.

İddianamenin sanığa atılı suçu açık bir şekilde tanımlaması yasal bir zorunluluk olmakla birlikte, uygulamada ifade özgürlüğü davalarında çoğunlukla uzun bir konuşma ya da yazılı metne atıf yapılarak sanık tarafından suçun işlendiği iddia edilmekte ve cezalandırılması talep edilmektedir. Söz konusu suçlamalarda ilgili konuşmanın nerede, ne bağlamda yapıldığı tartışılmamakta ya da suçlamaya konu makalenin tamamı yerine sadece suç olduğu iddia edilen bölüm tırnak içine alınarak aktarılmaktadır. Bir kişinin başka bir kişinin sosyal medya paylaşımını yorumsuz paylaştığı durumlarda bile neden başkasının görüşünün paylaşımının suça vücut verdiği açıklanmaksızın başkasının ifadesinin suç olduğu ileri sürülmektedir. Bu tür iddianamelerin reddedilmesi gerekirken çoğunlukla mahkemelerce kabul edildiği ve kovuşturmanın açıldığı görülmektedir.

Böyle bir iddianame ile karşı karşıya kalınan durumlarda mahkemeden suçlamayı somutlaştırması talep edilmelidir. Çoğunlukla hakimler iddianamenin kabul edildiğini belirterek sanığın savunmasını yapmasını istemektedirler. Burada doğrudan neyin suçun olduğunu belirtmek yerine “evet iddianameyi okudun, suçlama ilgili ne

diyeceksin”, “x suçla suçlanıyorsun, ne diyeceksin” gibi soruşturma aşamasında açıklığa kavuşturulmayan suçlamanın kovuşturma aşamasında da muğlaklığını devam ettirdiği görülmektedir.

Ancak ithamın açık bir şekilde ortaya konulmadığı bir durumda savunma yapmak olanaksızdır. Öncelikle mahkemenin ardından da sanığın suçlamanın ne olduğunu anlaması gerekir ki mahkemenin süjeleri yargılamayı adil bir şekilde devam ettirebilsinler. Bu durumda, iddianameyi kabul eden mahkemenin bu suçlamayı anladığının varsayılması gerekir. Bu durumda sanığı sorgulayacak mahkemenin suçlamayı anladığı şekliyle sanığa sorması beklenir. Ancak eğer durum böyle değilse ve iddianame şekli sebeplerle kabul edilmiş ve fakat suçlama konusunda mahkemede tereddüt varsa savcılıktan suç teşkil eden ifadenin somutlaştırılması ve söz konusu ifadenin niçin suç teşkil ettiğinin AYM ve AİHM içtihatları çerçevesinde ortaya konulan kriterlere göre açıklanması sağlanmalıdır.

Aynı şekilde eğer sanık ve/veya müdafî suçlamanın anlaşılmadığını açıklığa kavuşturulmasını istiyorsa ya mahkeme suçlamadan ne anladığını ve yargılamanın hangi kapsamda yürütüleceğini açıklamalı eğer mahkeme de tereddüt içindeyse bu açıklamanın iddia makamından talep edilmesi gerekir.

Aksi halde ispat külfeti yer değiştirmekte, iddia makamının sanığın suçluluğunu ispatlaması yükümlülüğü tersine dönerek, sanığın masumiyetini ispatlaması yükümlülüğüne dönüşmektedir.

5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu’nun savcının görevlerini düzenleyen 160. maddesine göre, “Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya” başlamak ve “maddî gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür.” Bu deliller toplandıktan sonra, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturunca Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenleyecektir (CMK 170/2). CMK’nın 170/5. maddesi ise savcının gerçekleri araştırma yükümlülüğünün sonucu olarak “İddianamenin sonuç kısmında, şüphelinin sadece aleyhine olan hususlar değil, lehine olan hususlar da ileri sürülür” düzenlemesine yer vermektedir.

Yargıtay görüşü de aynı yönde olup Yargıtay 18. CD.’nin 2016/16989 E., 2016/18968 K. sayılı kararında; “CMK’nın 170/2. maddesine göre kamu davası açılabilmesi için soruşturma aşamasında toplanan delillere göre suçun işlendiğine dair yeterli şüphe bulunması gerekir. Suç ihbar veya şikâyeti yoluyla soruşturma yaparak maddî gerçeğe ulaşma yükümlülüğü ve yetkisi bulunan Cumhuriyet savcısı, soruşturma sonucunda elde edilen delilleri değerlendirerek kamu davası açmayı gerektirir nitelikte yeterli şüphe olup olmadığını takdir edecektir. Bu durum delil değerlendirmesini gerektirir. Diğer bir deyişle Cumhuriyet savcısı elde edilen delillerin kamu davası açılması için yeterli olduğu kanaatine varırsa dava açacak, aksi durumda takipsizlik kararı verecektir. Bu nedenle savcının delilleri değerlendirme yetkisi vardır. Aksi durumun kabulü her ihbar veya şikâyet üzerine Cumhuriyet savcısının kamu davası açmasını, delil takdirinin ise mahkemeye bırakılmasını gerektirir ki bu kabul, lekelenmeme hakkıyla bağdaşmayacak ve kanunun ruhuna uygun düşmeyecektir.” ifadelelerine yer verilmiştir.

Dolayısıyla, savcılığın iddianameyi düzenlerken şüphelinin lehine olan delilleri toplama, delilleri olayın tüm koşullarını değerlendirme ve özellikle de lekelenmeme hakkı çerçevesinde bir yükümlülüğü mevcuttur. İfade özgürlüğünün sınırlandırılmasının söz konusu olduğu hallerde ise bu yükümlülük çok daha ağırlaşacaktır. Nitekim ulusal makamlar ifade özgürlüğüne ilişkin olaylarda bu özgürlüğe ilişkin içtihadı uygun bir değerlendirme yapmak durumundadır (Cumhuriyet Vakfı/Türkiye, no. 28255/07, § 59).

İddia makamı, çoğunlukla uzun bir metni aynen alıp iddianameye yapıştırmakta ama bu metin içinde hangi ifadenin ne şekilde suç unsuru sayıldığını, metnin kim tarafından kaleme alındığını veya metinle sanık arasındaki bağlantıyı ortaya koymamaktadır. Oysa iddia konusu suç yönünden değerlendirme yapılabilmesi için, iddia konusu sözlerin hangi bağlamda, kim tarafından kime, ne zaman, nerede, nasıl söylendiği gibi hususlar yönünden değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Dolayısıyla iddianamede sanığın lekelenmeme hakkına saygı gösterilmesi, bu çerçevede itham edilen suçun maddi ve manevi unsurlarının oluştuğunun delillerle ortaya konulması ve sanığın suçsuzluğunu ispatlamak zorunda bırakılmaması gerekir. Zira, ifade özgürlüğünün sınırlandırılması söz konusu olduğu hallerde Anayasa'nın 36. maddesi ve AİHS'in 6. maddesinde yer alan usuli güvenceler ayrı bir öneme sahip olmaktadır ve bu güvenceler soruşturma evresinde de geçerlidir. Sözleşme'nin 6. maddesi herhangi bir istisna gözetmeksizin suç isnadı altında bulunan herkesi kapsamaktadır ve ceza yargılamasının her aşamasında uygulanmaktadır. Dolayısıyla, soruşturma aşamasında yapılan işlemler bakımından da bu hak güvence altına alınmıştır (AİHM, *Imbrioscia/İsviçre*, no: 13972/88, 24/11/1993, § 33; AYM *Bedri Balaban*, B. No: 2013/3168, 21/1/2015, § 75, *Erol Aydeğer*, B. No: 2013/4784, 7/3/2014, § 40).

Tüm bu açıklamalar, savunmanın etkili bir şekilde kullanılması için de bir zorunluluktur. Kaliteli savunma ancak kaliteli bir iddiaya karşı yapılabilir. Yukarıda açıklandığı gibi sorunun bir boyutu suçlamanın tam anlaşılabilmesidir. Ancak bir boyutu da iddia makamının suçu açık bir şekilde ortaya koymaması nedeniyle hangi ifadenin, hangi bağlamda suç olarak değerlendirildiğini bilemeyen sanığın davranışını mahkeme önünde açıklığa kavuşturamamasıdır.

Bu sorun tek bir ifadenin suçlama konusu yapıldığı davalarda da ciddi sıkıntılar yaratmaktadır. Ancak bir kişinin birden çok eyleminin örgüt üyeliği (TCK 314), örgüte yardım (220/7) gibi suçlar bağlamında gündeme gelmesi halinde daha da kompleks bir hal almaktadır. Suçlamanın belirsizliği bu tip davalarda kovuşturma sürecini iyice belirsiz hale getirmekte, savunma yapmayı imkânsız değilse de çok güç hale çevirmektedir.

Gerçekten de bu tür davalarda sanığın farklı tarihlerde katıldığı toplantılar, sosyal medya paylaşımları, evinde bulunan kitaplar, katıldığı toplantılarda atılan sloganlar alt alta sıralanmakta ve bir bütün halinde bu eylemlerin sanığın iradesini terör örgütüne teslim ettiğine delil sayılması talep edilmektedir. Bu alt alta sıralama yönteminde iki temel sorunla karşılaşmaktadır. Birincisi tek tek suç olmayan eylemler, bir liste haline getirilerek suç sayılmaktadır.

Anayasa Mahkemesi *Metin Birdal* kararı ve sonrasında ([GK], B. No: 2014/15440, 22/5/2019) kişilerin anayasal hak ve özgürlükler kapsamında kalan faaliyetlerinin terör örgütünün üyesi olma suçundan verilen mahkûmiyet kararlarının delili olarak kullanılmasının temel haklar üzerinde yaratacağı caydırıcı etki nedeniyle -devletin

toplumu terör örgütlerinin faaliyetlerine karşı korumak şeklindeki pozitif yükümlülüğünün bir sonucu olarak- insanların terörsüz bir ortamda yaşama hakkı ile bu süreçte bireylerin potansiyel olarak etkilenebilecek temel hakları arasında adil bir denge kurulması gerektiğini vurgulamıştır. Söz konusu dengenin sağlandığının kabul edilebilmesi için derece mahkemelerinin kişilerin anayasal hak ve özgürlükler kapsamında kalan faaliyetlerini terör örgütünün üyesi olma suçundan verilen mahkûmiyet kararlarında delil olarak kullanılmalarının zorunlu bir ihtiyacı karşıladığını göstermeleri gerekir. (Cihat Aydoğmuş [1. B.], B. No: 2019/3078, 3/11/2022, § 13) Nitekim Cihat Aydoğmuş başvurusunda Anayasa Mahkemesi şu nedenle örgütlenme özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir:

“Anayasa Mahkemesi başvuru dosyasını dikkatli bir şekilde incelemiştir. Derece mahkemeleri; başvuru üzerine atılı suçun sübutuna esas alınan Derneğin internet sitesinde yayımlanmış haberleri, basın açıklamalarını ve belirli konularda düşünce açıklaması ve yorum tarzındaki yazıları, kermes düzenleme yahut dinî günlerde mevlit okutulması gibi etkinlikleri, çoğu aynı Derneğe mensup kişiler arasında tespit edilen iletişim kayıtlarını suç teşkil eden örgütsel faaliyetler olarak kabul etmiş değildir. Başvurucunun evinde ve Dernek binasında yapılan aramalarında ele geçirilen materyallerin içeriğinde herhangi bir suç unsuru olduğu yahut başvuruca ele geçirilen haklarında toplatma olan bulunan kitapların sadece bulundurulmasının suç olduğu ne iddia edilmiş ne de mahkemelerce bu yönde bir kabule gidilmiştir.” (§ 19)

Bir sürü yasal faaliyetin alt alta sayılarak suç olduğunun belirtilmesi ve fakat bunun gerekçesinin açıklığa kavuşturulmamasının bir diğer sonucu da sanığın ana suçlamadan beraat ederken bu kez başka bir suçlamadan mahkûm edilmesidir. Örneğin kişi katıldığı toplantılar, açıklamalar, sosyal medya paylaşımları ve diğer eylemleri nedeniyle örgüt üyeliği ile itham edilmekte ve fakat bu eylemleri Yargıtay içtihadının aradığı örgüt üyeliğinin “sürekli, çeşitli, yoğun” eylemlerle kanıtlanamamaktadır.⁴⁹ Bu durumda, mahkeme kişiyi örgüt üyeliği suçlamasından beraat ettirmekte ancak yaptığı paylaşımlardan biri veya daha fazlasıyla ilgili olarak propaganda suçundan cezalandırmaktadır.

Kovuşturma aşamasının başından itibaren düzgün bir suçlama yapılmadığı, kişiye hangi koşullarda hangi suçu işlediğinin kabul edileceği açıklanmadığı ve sonuçları gösterilmediği için kişi propaganda ile ilgili suçlamaya düzgün bir cevap vermeksizin mahkûm edilmektedir. Oysa bir kişiye yönelik suçlamaların örgüt üyeliğine vücut vermediğinin açıklığa kavuşması halinde propaganda veya başka bir suçlama varsa bu ihtimale yönelik olarak suçlama açık bir şekilde ortaya konmalı, o suçlama açısından tarafların iddia ve delilleri dinlenmeli ve ona göre karar verilmelidir.

CMK’nın 226. maddesi de bunu gerektirmektedir. Maddenin birinci fıkrasına göre “Sanık, suçun hukukî niteliğinin değişmesinden önce haber verilip de savunmasını yapabilecek bir hâlde bulundurulmadıkça, iddianamede kanunî unsurları gösterilen suçun değindiği kanun hükmünden başkasıyla mahkûm edilemez”. Maddenin üçüncü fıkrasına göre ise “Ek savunma verilmesini gerektiren hâllerde istem üzerine sanığa ek savunmasını hazırlaması için süre verilir”.

⁴⁹ AİHM’in benzer bir suçlamada TCK 314. Maddesinin öngörülemez hale geldiğini saptadığı örnek için bkz. Selahattin Demirtaş/Türkiye (no. 2), [BD] no. 14305/17, 22.12.2020, § 271 vd.

Bu hüküm esasen aynı eyleme uygulanacak yasa hükmünün değişebileceğinin düşünülmesi durumları dikkate almaktadır. Örneğin uygulamada sıklıkla TCK'nın 216. maddesinin 1. fıkrasına göre "halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik etmek"ten başlatılan soruşturmalar daha sonra aynı maddenin 3. fıkrasında düzenlenen halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılama suçuna dönüşmektedir. Bu durumda bile ek savunmanın kullanılmadığı örnekler mevcut olmakla birlikte bu durumun CMK 226. madde kapsamında olduğu şüphesizdir.

Ancak birçok eylemin alt alta sayıldığı durumlarda örgüt üyeliği için "sürekli, çeşitli, yoğun"luk unsurunun gerçekleşmediği durumlarda eğer eylemlerin müstakil olarak başka bir suça vücut verme ihtimali varsa bunun ayrı bir isnadla açık bir şekilde ortaya konması gerektiği açıktır. Ancak örgüt üyeliğinden propagandaya dönen davalarda bunun yapılmadığı ve yargılama sürecinde propaganda oluşturduğu iddia edilen ifadenin ayrıca tekrar tartışılmadığı görülmektedir.

Sonuç olarak; eğer bir iddianame öncelikle suçlamayı açık ve sarıh olarak ortaya koymuyorsa mahkemeden suçlamaların netleştirilmesi ve sanık hakkında ivedilikle beraat kararı verilmesi talep edilmelidir. Bunun yanında, eğer örgüt suçlarında bütünü oluşturan eylemlerin müstakil başka bir suça vücut verdiği düşünülüyorsa bu durumda da ek savunma talep edilmeli, ek savunmanın kullanılmaması halinde bu kendi başına bir bozma sebebi sayılmalıdır.

C. SİLAHLARIN EŞİTLİĞİ VE ÇELİŞMELİ YARGILANMA HAKKI

Anayasa'daki hakların etkili bir biçimde korunması için, davaya bakan Mahkemelelerin Anayasa'nın 36. maddesine göre " tarafların dayanaklarını, iddialarını ve delillerini etkili bir biçimde inceleme görevi" vardır. AİHM içtihatlarına göre bir mahkemenin davaya yaklaşımı, başvuruçuların iddialarına yanıt vermekten ve başvuruçuların temel şikayetlerini incelemekten kaçınmalarına neden olması halinde Sözleşme'nin 6. maddesi davanın düzgün bir biçimde incelenmesi hakkı bakımından ihlal edilmiş olur (*Dulaurans/Fransa*, B. No: 34553/97, 21/3/2000, § 33; *Kuznetsov/Rusya*, B. No: 184/02, 11/4/2007, §§ 84-85).

Adil yargılanma hakkının temel unsurlarından biri olan "silahların eşitliği" ilkesi, iddia makamının tanık veya bilirkişileri ile sanıkların tanık ve bilirkişilerinin duruşmalarda eşit muameleye tabi tutulmasını gerektirir (bkz. *Bönisch/Avusturya*, B. No: 8658/79, 6/5/1985, §§ 32-33).

Hem cezai hem de cezai olmayan davalarda uygulanan silahların eşitliği ilkesi, taraflara, talep ve açıklamalarını diğer tarafa nazaran dezavantajlı olmayacak şekilde ileri sürebilmeleri için makul bir fırsat verilmesini gerektirir (*Kress/Fransa*, B. No: 39594/98, 7/6/2001, § 72). Bu gerekliliğin bir sonucu olarak AİHS'de bilirkişilerin mahkeme önünde dinlenmesi ile ilgili özel bir hüküm bulunmamasına karşın AİHM, bilirkişilik kurumunu, Sözleşme'nin 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (d) bendinde yer alan tanık dinletme hakkından yola çıkarak "silahların eşitliği ilkesi" ile bağlantı kurarak değerlendirmiştir (bkz. *Bönisch/Avusturya*, B. No: 8658/79, 6/5/1985, § 32; *Brandstetter/Avusturya*, B. No: 11170/84, 12876/87, 13468/87, 28/8/1991, § 42).

Anayasa Mahkemesi de silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerini AİHM içtihadına paralel yorumlamaktadır. Buna göre ceza yargılamasının temel amacı maddi gerçeği, temel hak ve hürriyetler ile hukukun öngördüğü usule uygun bir biçimde ortaya çıkarmaktır. Bu amaca uygun olarak yargılama makamının önüne getirilen delillerin ve buna dayanan isnadın çelişmeli yargılama ilkesine uygun olarak tartışılması gerekir (*Yankı Bağcıoğlu ve diğerleri* [GK], B. No: 2014/253, 9/1/2015, § 62).

Ceza davalarında adil yargılamanın temel unsuru olarak silahların eşitliği ilkesi, yargılama faaliyetinde iddia makamı ile sanığın eşit imkânlarla sahip olmaları anlamına gelir. İddia makamı, ceza davalarında bütün bir devlet mekanizmasını arkasına almakta olduğundan, silahların eşitliği, sanığın, savunma hakkının temel bir güvencesi olmaktadır. İlke gereği savunma ile iddia makamı eşit şartlarda davasını hazırlama ve sunmada aynı imkânlarla sahip olmalıdır. Silahların eşitliği ilkesi, ceza yargılamasında asgari olarak, iddia makamı tarafından gösterilen ve edinilen maddi bilgilerin açıklanmasını, dava dosyasının incelenmesi konusunda iddia makamıyla savunma arasında bir farkın gözetilmemesini gerekli kılar (*Yankı Bağcıoğlu ve diğerleri* [GK], § 63).

Silahların eşitliği ilkesi kapsamında, mahkeme önünde cereyan eden yargılama sürecinde davanın tarafları arasında, sahip olunan hak ve yükümlülükler bakımından tam bir eşitlik sağlanmış olmalı ve bu eşitlik, yargılama süresince de devam etmelidir. Yargılama sürecinde yapılan her türlü usuli işlem, delil ve karşı delil sunma, iddia ve karşı iddiada bulunma gibi hususlar da silahların eşitliği ilkesine uygun olarak gerçekleştirilmelidir. Silahların eşitliği prensibi, ceza yargılamasında sanığın aleyhine bir hukuki durumun yaratılmamasını da kapsamaktadır.

Dava dosyasına sunulan belgelerin incelenmesi ve bu belgelerden suret alınması, mahkemenin kararına dayanak oluşturduğu bilirkişi raporlarına ulaşılması ve bunları edinme fırsatının tanınmış olması, keza yargılamanın taraflarından birinin ileri sürdüğü delillere ve belgelere karşı diğer tarafa itiraz etme, görüş açıklama ve bu delilleri çürütme, ayrıca karşı delil gösterme hakkının tanınması silahların eşitliği ilkesinin bir gereğidir.

Silahların eşitliğinin denetlenmesinde esas olan, eşitlik denetimine konu olan işlemin yargılamadaki önemidir. AİHM, silahların eşitliği ilkesine uyulup uyulmadığını denetlerken somut olayda şikâyet konusu eşitsizliğin yargılamayı fiilen ve gerçekten adaletsiz kılıp kılmadığına bakmaktadır (bkz. *Kremzov/Avusturya* B. No: 12350/86, 21/9/1993, § 75). Davanın taraflarından birinin iddiası karşısında diğer tarafın bu iddiaya karşı savunmasının temel dayanağı olan delilleri sunma imkânı tanınmıyorsa silahların eşitliği açısından ihlal doğabilmektedir (bkz. *De Haes ve Gijssels/Belçika* B. No: 19983/92, 24/2/1997, § 58).

İfade özgürlüğü davalarında, suç teşkil ettiği iddia edilen ifadelerin AYM ve AİHM içtihatları çerçevesinde ifade özgürlüğü kapsamında olduğunu ispatlamak için mahkemeden delil toplamasını talep etmek gerekebilir. İfadenin içeriği, bağlamı, muhatabı, ifade sahibinin ve muhatabın konumu, muhatabın önceki eylemleri gibi hususların ispatlanması için bazen mahkemeden delil toplamasını talep etmek zorunlu hale gelebilir. Bu durumlarda söz konusu delilin niçin gerekli olduğunu ortaya koyan gerekçelerle birlikte mahkemeden talep edilmesi gerekir. Bu deliller resmî kurumlar nezdinde bulunan yazılı veya dijital belgeler olabileceği gibi, tanıkların dinlenmesi veya bilirkişi incelemesi gereği de olabilir.

Kovuşturma aşaması ifadenin kullanılmasından çok sonra başlayabilmektedir. Özellikle sosyal medya paylaşımları söz konusu olduğunda bir kişinin bir suç işlediğine dair bir iddia ortaya atıldıktan sonra savcılık kolluktan ilgili kişinin sosyal medya hesabının incelenmesini talep etmekte, kolluk “araştırma raporu” adı altında bir rapor hazırlamaktadır. Bu raporda kolluğun kendi sübjektif değerlendirmesine göre rapor tarihinden yıllar önce yapılmış paylaşımlar raporlanmaktadır. Raporlarlanan bu paylaşımların bazılarına ilişkin iddianame hazırlanmakta ancak bu iddianamede yıllar önce yapılan paylaşımın hangi bağlamda, nerede ve hangi gerekçe ile yapıldığı tartışılmamaktadır. Böyle bir durumda, kovuşturma aşamasında bağlamın tüm ayrıntıları ile tartışılması hem iddia makamının saptama yapmaya davet edilmesi hem de savunmanın bu konudaki görüşlerinin alınması gerektiği açıktır. Dahası konuya ilişkin bir tereddüt oluşması halinde taraflara ifadenin kullanıldığı bağlama ilişkin delillerini sunma fırsatının verilmesi gerekir.

Türkiye’de dava konusu edilmemesi gereken çok sayıda içerik davaya dönüştüğü için bu tür bir araştırma kovuşturma aşamasında iş yükü nedeniyle bir zul olarak görülmektedir. Ancak bu araştırma yapılmayıp, tarafların görüş ve delilleri incelenmediğinde geriye sadece mahkemenin paylaşımla ilgili ne hissettiği gibi son derece sübjektif bir araç kalmaktadır. Karar tarihinden beş, bazen on yıl önce yapılmış bir paylaşımın o anki atmosfer dikkate alınmaksızın karara bağlanması dikkate alındığında değer yargıların bile zaman içinde ne derece değişebileceği görülecektir.

Öte yandan dava konusu ifadenin bir metin değil konuşma veya eylem olduğu durumlarda da başka tipte bir sorun yaşanmaktadır. İfadenin zel tipte bir görünümü olan toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde kişiler atılan sloganlar nedeniyle ya da 2911 Sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Yasasına göre yargılandığı davalarda, iddianame bütünüyle kolluk tarafından hazırlanan bir rapora göre tanzim edilmektedir. Kolluk aynı olayda sıklıkla kötü muameleden dolayı şikâyet edildiği için bir bakıma vakanın tarafı durumundadır. Bir konuşmanın suç olduğunun iddia edildiği durumda da savcılık bu konuşmayı dinlemek izlemek yerine kolluğun hazırladığı raporla yetinmektedir.

Bu şekilde hazırlanmış bir iddianame sonrasında yapılan yargılamada kovuşturma aşamasında bu delillerin tartışılması özel bir önem arz etmektedir. Ancak yine uygulamada çoğunlukla ya sadece kolluğun hazırladığı raporla yetinildiği ya da yeni bir bilirkişi raporu tanzim edildiği görülmektedir. Bu bilirkişi raporları da yine sıklıkla halen görevde olan veya emekli kolluk görevlilerine hazırlatılmaktadır.

Bu uygulama öncelikle ceza muhakemesine hâkim olan duruşmanın doğrudan doğrualığı ilkesine aykırıdır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu bu ilkeyi şu şekilde tarif etmiştir:

“Ceza muhakemesi hukukumuzda duruşmanın doğrudan doğrualığı (yüz yzelik) ve sözlülük ilkeleri esas alınmış olup, hüküm verecek olan mahkeme hâkimi sanık, tanık ve olayın tüm delilleri ile birebir karşı karşıya gelecek, herhangi bir vasıta olmadan örneğin beyan delilini dinleyecek ve belge delilini okuyacaktır. Böylece, belirtilen ilkeler ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde yer alan ‘adil yargılama’ hakkının temel gerekleri ve CMK’nun 217. maddesi uyarınca hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilecektir. Bu nedenle kural olarak sanık, tanık ya da bilirkişiler mahkeme huzurunda dinlenecek ve daha önce yapılan

dinleme sırasında düzenlenmiş tutanağın veya yazılı bir açıklamanın okunması dinleme yerine geçmeyecektir." (18/2/2014 tarihli ve E.2013/4-242, K.2014/79 sayılı kararı. Ayrıca bkz. (Erdal Sonduk [GK], B. No: 2020/23093, 15/2/2024)

Öte yandan bu şekilde bir yargılama silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerine de aykırıdır. Kişi yıllar önce yaptığı bir konuşmayı veya attığı bir sloganı ancak bir rapordan aktarıldığı şekliyle savunmaya çalışmakta, olayın gerçekten nasıl gerçekleştiğini görüp mahkeme önünde tartışma imkanına da sahip olamamaktadır. Her ne kadar müdafî ile temsil edilen kişilerin mahkeme kaleminden alıp bu görüntüleri haricen izleme imkânı olabileceksen de mahkeme salonlarının teknik yetersizliği ve iş yükü gerekçesiyle izlenen görüntülerin tekrarının mahkeme salonunda gösterilmesi mümkün olamamaktadır. Bu uygulamanın da adil yargılanma ilkelerine aykırılığı olduğu ve maddi hakikate ulaşmayı imkânsız kıldığı görülebilmektedir.

Söz konusu taleplerin karşılanmaması halinde bu taleplerin davanın sonucu açısından önemi ortaya konulmalı ve kanun yollarına başvurunken bu hususlara dayanma konusu ihmal edilmemelidir.

Çelişmeli yargılama ilkesi açısından en önemli hususlardan biri savcılık makamının mütalaasında duruşmada tartışılan delillerin kabul edilebilirliğine dair hiçbir değerlendirme yapmaksızın iddianamenin aynen tekrarlanmasıdır. Bu durumda çelişmeli yargılamadan söz etmek mümkün değildir. Zira, bir delilin kabul edilebilir olup olmadığı ve delilin suçlamayı ispatlayıp ispatlamadığına ilişkin argümanların açık bir şekilde mütalaada ortaya konulmaması halinde son savunmanın uygun bir şekilde yapılması mümkün değildir. Ancak mütalaanın düzgün argümanlar içermesi halinde karşı argümanlarla iddia makamının tezleri çürütülebilir ve yargılamanın çelişmeliliğinden söz edilebilir. Yoksa iddia makamı ispat külfetini yerine getirmemiş sayılır. Dahası soruşturma aşamasını kovuşturma aşamasından ayıran temel husus delillerin kovuşturmada mahkeme önünde eşit koşullar halinde tartışılmasıdır. Soruşturma aşamasında, her ne kadar lehe delil toplama yükümlülüğü de bulunmaktaysa da kimse iddia makamından diyalektik bir tartışma yapmasını beklememektedir. Ancak mahkeme ancak tarafların duruşmadaki delilleri tartışmasından sonra karar verecektir. Bunun yapılmadığı durumda iddialar ispatlanmadığından mahkemece beraat kararı verilmesi gerekir. Aksi halde ispat külfeti tersine çevrilir ve sanığa masumiyetini ispatlaması yükümlülüğü yüklenmiş olur ki bu açıkça masumiyet karinesinin ihlali anlamına gelir.

Bu nedenle ifade özgürlüğüne ilişkin davalarda mütalaanın AİHM ve AYM standartları çerçevesinde bir değerlendirme içermemesi halinde mütalaaya karşı savunmada bu husus mutlaka gündeme getirilmeli ve mütalaanın çelişmeli yargılama hakkına aykırı olduğu belirtilerek beraat talebinde bulunulmalıdır.

1. Delillerin Gerçekliğine ve Güvenilirliğine Yönelik İtirazların İleri Sürülmesine Fırsat Verilmesi

Adil yargılanma hakkının unsurlarından olan çelişmeli yargılama ilkesi taraflara dava dosyası hakkında bilgi sahibi olma ve yorum yapma hakkının tanınmasını ve bu

nedenle tarafların yargılamanın bütününe aktif olarak katılmasını gerektirmektedir. Bu anlamda mahkemece tarafların dinlenilmemesi, delillere karşı çıkma imkânı verilmemesi, yargılama faaliyetinin hakkaniyete aykırı hâle gelmesine neden olabilecektir. Dolayısıyla ceza davalarında mahkemenin kararını etkilemek amacıyla dosyaya sunulan görüş ve delillerden sanığın haberdar olmasına ve bunlara karşı etkili bir şekilde karşı çıkmasına fırsat verilmesi gerekir.

Çelişmeli yargılamanın bir amacı da dosyaya bir görüşün/talebin girmesini sağlamakla sınırlı olmayıp onun mahkemece dikkate alınarak bir sonuca ulaşılmasını sağlamaktır. Çelişmeli yargılama ilkesi, sanığın aleyhindeki delillerin çelişmeli bir usul ile mahkemeye sunulmasını ve sadece tanıkların değil diğer delillerin de tartışılmasını gerektirir. Böylelikle başvuruçular delilin davayla ilgisini ve ağırlığını değerlendirecek güvenirliliği hususundaki iddia ve itirazlarını dile getirebilecektir.

Anayasa Mahkemesi alkolmetrenin yanlış ölçüm yaptığını ileri sürerek, hastanede alkol testi yaptırmak isteyen başvuruçunun talebinin Valiliğin genelgesi gerekçe gösterilerek reddedilmesi nedeniyle başvuruçuya kendisinin elde etme olanağı bula-
madığı delilin aksini ortaya koyma hususunda makul imkânlar sunulmadığını ve usule ilişkin imkânlar noktasında dezavantajlı bir konuma düşürüldüğünü tespit ederek yargılamada silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerinin ihlal edildiğine karar vermiştir (Murat Ergen, B. No: 2020/2395, 1/2/2023, § 18).

Benzer şekilde AİHM Hatice Çoban başvurusunda başvuruçunun yaptığı konuşmanın içeriği konusunda polis tarafından tutulan tutanak ile haber ajansları tarafından yapılan haberler arasında çelişki bulunması nedeniyle başvuruçunun bu çelişkiyi gidermek üzere tanık dinletme talebinin kabul edilmemesi nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir (Hatice Çoban/Türkiye, no. 36226/1, §§ 32-40, 29.10.2019). Mahkeme, ulusal mahkemelerin, ilgilinin cezaya mahkûm edilmesine dayanak gösterilen başlıca delil unsurunun içeriğinin güvenilirliği ve doğruluğuna ilişkin olarak başvuran tarafından ileri sürülen ilgili iddialara yanıt vermemiş olmaları sebebiyle, Sözleşme'nin 10. maddesi anlamında mevcut davada söz konusu olan farklı menfaatler arasında adil bir denge gözetme görevlerini yerine getiremediklerini tespit etmiştir (§ 40).

Benzer bir durum kişinin evinde bulunan yayınların yasak olduğu iddiasıyla yapılan suçlamalarda da söz konusudur. Bir kişinin yasak bir yayını bulundurmasının herhangi bir suça vücut vermemesi bir yana ilgili yayınların gerçekten yasaklanıp yasaklanmadığı, suça vücut verip vermediği tartışılmaksızın verilen kararlar adil yargılanma ilkesine aykırı olacaktır. Sanık ve müdafisinin bu konudaki itirazlarının mutlaka incelenmesi gerekir.

2. Savunma Tarafının Sunduğu Delillerin Mahkemece İncelenmesi/Değerlendirilmesi

Silahların eşitliği ilkesi, davanın taraflarının usule ilişkin haklar bakımından aynı koşullara tabi tutulması ve taraflardan birinin diğerine göre daha zayıf bir duruma düşürülmeksizin iddia ve savunmalarını makul bir şekilde mahkeme önünde dile getirme fırsatına sahip olması anlamına gelir. Bu usul güvencesi uyumsuzluğun her iki

tarafına da savunmasının temel dayanağı olan delilleri sunma imkânı tanınmasını kapsamaktadır.

Genel anlamda hakkaniyete uygun bir yargılamanın yürütülebilmesi için silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleri ışığında, taraflara iddialarını sunmak hususunda uygun olanakların sağlanması şarttır. Taraflara tanık delili de dâhil olmak üzere delillerini sunma ve inceletme noktasında da uygun imkânların tanınması gerekir.

Anayasa Mahkemesi istinaf aşamasında dosyaya giren bir bilirkişi raporunun sanığa tebliğ edilmeksizin ve duruşma açılmaksızın istinaf talebinin reddine gerekçe yapılmış olması nedeniyle silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir (Özkan Sarı, B. No: 2020/5353, 19/1/2023, § 32). Aynı şekilde başvurucunun mahkûmiyetine dayanak teşkil eden ByLock'a ilişkin teknik veriler üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılması yönündeki talebin kabul edilmemesi nedeniyle silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir (Esra Saraç Arslan [GK], B. No: 2019/10514, 28/12/2022, § 58-59).

Başka bir olayda Anayasa Mahkemesi beyanları ile başvurucuya disiplin cezası verilmesine neden olan kişilerin tanık olarak dinlenmesi talebinin gerekçesiz bir şekilde reddedilmesi nedeniyle silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkelerinin ihlal edildiğine karar vermiştir (Sözdar Oral, B. No: 2018/21028, 13/9/2022, § 57).

Yukarıda açıklandığı üzere örgüt üyeliği davalarında tanıkların talimat yoluyla ve tarafların yokluğunda dinlendiğine sıklıkla rastlanmaktadır. Her ne kadar Anayasa Mahkemesi rutinleşmiş bu uygulamalarda adil yargılama hakkının ihlal edildiğine karar vermek için başka unsurların da varlığını aramaktaysa da (Atıla Oğuz Boyalı [2. B.], B. No: 2013/99, 20/3/2014, §§ 34-56; Selçuk Demir [2. B.], B. No: 2014/9783, 22/1/2015, §§ 27-46; AZ. M. [2. B.], B. No: 2013/560, 16/4/2015, §§ 45-67; Baran Karadağ [2. B.], B. No: 2014/12906, 7/5/2015, §§ 49-76; Orhan Güleriyüz [1. B.], B. No: 2019/30221, 28/12/2021, §§ 33-42; Abdurrahim Balur [2. B.], B. No: 2013/5467, 7/1/2016, § 80; Onur Urbay [1. B.], B. No: 2014/6222, 6/3/2019, §§ 36, 40; Zekeriya Sevim [2. B.], B. No: 2018/18989, 16/6/2021, §§ 44, 51; Metin Akdemir (2) [1. B.], B. No: 2020/3964, 21/9/2022, § 36; Uğur Özcan [1. B.], B. No: 2021/12137, 26/7/2022, § 40), kanımızca sanığın tanıkları sorgulama imkanı çok istisnai durumlar dışında sınırlandırılmamalıdır.

İfade özgürlüğüne ilişkin davalarda tanık beyanı bir kişinin ne dediği, ne koşulda dediği, öncesi ve sonrası gibi birçok hususu kapsayacağı için AYM kararlarında saptandığı üzere sanığın sorgulama veya sorgulatma imkânı bulamadığı tanık tarafından verilen beyanın mahkûmiyetin dayandığı tek veya belirleyici delil olma ihtimali yüksektir. Bu gibi vakalarda tanığın sanık ve müdafisi tarafından sorgulanamaması halinde savunma tarafının maruz kaldığı bu zorlukların telafi edilmesi amacıyla yeterli düzeyde karşı dengeleyici güvenceler sağlanması da pek mümkün değildir. Bu nedenle, ifade özgürlüğüne ilişkin davalarda tanığın ifadesinin talimat yoluyla alınması veya gizli tanık beyanlarına itibar edilmesi adil yargılama hakkını ihlal edecektir.

Kovuşturma aşamasında sanığa tanınan diğer hakların ihlal edilmesi de ifade özgürlüğü davalarında usul yükümlülüğü ihlali sonucunu doğuracaktır. Mesela kişinin müdafii yardımından yararlandırılmaması veya yargılama dilini anlamaması halinde tercüman yardımından yararlandırılmaması gibi usul ihlalleri adil yargılama hakkının yanı sıra ifade özgürlüğü ihlali sonucunu da doğuracaktır. AİHM, *Steel ve Morris/*

Birleşik Krallık başvurusunda bir hukuk davasında başvuruçuların çok güçlü bir şirkete karşı kendilerini savunmak için adli yardımdan yararlandırırlarak ücretsiz avukat yardımına erişme taleplerinin kabul edilmemesi nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir (Steel ve Morris/Birleşik Krallık, no. 68416/0, 15.02.2005).

D. BASIN ÖZGÜRLÜĞÜ DAVALARINDA İSPAT KÜLFETİ

Basının demokratik sistemin işleyişinde kamunun gözetleyicisi olarak önemli bir rolü bulunmaktadır. Basının bu rolünü hakkıyla oynayabilmesi için belli güvencelere sahip olması gerekir. AİHM bu çerçevede basının bilgiye erişim hakkı, basının haber kaynaklarının korunması hakkı gibi hakları tanımış ve devletin pozitif yükümlülüklerinden söz etmiştir. Bu nedenle Mahkeme, halkın bilgi ve fikir alma ve verme hakkının kolaylaştırılması ve geliştirilmesinde medyanın oynadığı temel rolü sürekli olarak vurgulamaktadır. Mahkeme, gazetecilerin, bilgi toplama süreçlerinin korunması, gizli haber kaynaklarının korunması, iş yerlerinin ve özel konutlarının aranmasına ve materyallere el konulmasına karşı koruma ve editoryal ve yayın özerkliğinin korunması gibi faaliyetlerini sürdürmeleriyle işlevsel olarak ilgili bir dizi özgürlük de dâhil olmak üzere geniş bir koruma kapsamından yararlanmaları gerektiğine karar vermektedir. Sözleşmenin sağladığı bu yüksek korumadan hem profesyonel hem de profesyonel olmayan gazeteciler yararlanır.

Ancak, Sözleşme'nin 10. maddesinin gazetecilere sağladığı koruma, gazetecilerin sorumlu gazetecilik ilkelerine uygun olarak doğru ve güvenilir bilgi sağlamak için iyi niyetle hareket etmeleri şartına tabidir. Sorumlu gazetecilik kavramı ayrıca gazetecinin davranışlarının yasallığını da kapsar ve gazetecinin yasayı ihlal etmiş olması, sorumlu davranıp davranmadığının belirlenmesinde belirleyici olmasa da ilgili bir husustur. (Bédat / İsviçre [BD], no. 56925/08, §§ 48-54, 29.03.2016; Thomaidis/Yunanistan, no. 28345/16, § 27, 07.05.2024).

Bu çerçevede gazetecilerin haber yaparken verdikleri haberin doğruluğunu araştırma yükümlülüğünün çerçevesinin belirlenmesi gerekmektedir. Bu açıdan üzerinde durulması gereken ilk husus haber içeriğinin olgu aktarımı mı yoksa değer yargısı mı teşkil ettiğinin tespitidir. Zira olgular ispatlanabilirken değer yargılarının ispatlanması istenemeyecektir. Değer yargılarının ispatlanmasının istenmesi bizzat ifade özgürlüğünü ihlal edecektir (Morice/Fransa, [BD], no. 29369/10, § 126, 23.04.2015). Bununla birlikte, bir ifade bir değer yargısı niteliğinde olsa bile, onu destekleyecek yeterli olgusal dayanak bulunmalıdır; aksi takdirde, bu ifade aşırı olacaktır (Pedersen ve Baadsgaard/ Danimarka [BD], no. 49017/99, § 76, 17.12.2004)

Basın özgürlüğünü ilgilendiren davalarda gazetecilerin yaptığı haberlerin doğruluğu konusundaki yükümlülüklerinin kapsamının belirlenmesi büyük önem taşımaktadır. Bozhkov/Bulgaristan davasında Mahkeme, ulusal mahkemelerin gazetecilerin mesleki davranışlarını değerlendirirken aşırı katı bir yaklaşım sergilemeleri halinde, gazetecilerin halkı bilgilendirme görevini yerine getirmekten aşırı derecede caydırıcı bir etki doğabileceğini belirtmiştir. Bu nedenle mahkemeler, kararlarının sadece önlerine gelen bireysel davalar üzerinde değil, genel olarak medya üzerinde de yaratabileceği olası etkileri dikkate almalıdır (Bozhkov/Bulgaristan, no. 3316/04, § 51, 19.04.2011).

Bu nedenle Mahkeme, hukuk davası niteliğindeki hakaret davaları bağlamında, bir gazete makalesinde yer alan iddiaların “olasılık dengesi açısından büyük ölçüde doğru” olduğunu kanıtlama şartının, Sözleşme’nin 10 § 2 maddesi uyarınca ifade özgürlüğüne getirilen haklı bir kısıtlama olduğunu tespit etmiştir (*McVicar / Birleşik Krallık*, §§ 84- 87). Ancak hakaret davalarında sanığın yararına olan usul güvencelerinin varlığı, 10. maddeye göre müdahalenin orantılılığını değerlendirirken dikkate alınması gereken faktörler arasındadır. Özellikle, sanığa iddialarının yeterli olgusal dayanağı olduğunu kanıtlamak için gerçekçi bir fırsat verilmesi gerekir (*Morice/Fransa* [BD], § 155).

Mahkeme basında yer alan iddiaların ceza yargılamasında ileri sürülen iddialarla eşit tutulamayacağı kanaatindedir. Bu nedenle hakaret davasına bakan mahkemeler, hakaret davasının sanıklarından savcılık gibi davranmalarını bekleyemez veya sanıkların kaderini, savcılık makamlarının iddialarda bulundukları kişiye karşı ceza davası açıp açmayacağına ve bu kişinin mahkumiyetini sağlayıp sağlayamayacağına bağlı hale getiremez (*Kasabova/Bulgaristan*, no. 22385/03, § 62, 09.04.2011). Bu çerçevede gazetecilerin yalnızca doğruluğunu kesin olarak ispatladıkları olayları haber yapabileceğini söylemek gazetecilik mesleğini oldukça masraflı ve imkânsız hale getirebilir. Mahkeme, gazetecilerin yayınlarında iddia ettikleri gerçeklerin doğruluğunu ispatlama yükümlülüğünden muaf tutulabileceklerini ve adil ve sorumlu davrandıklarını göstererek mahkumiyetten kurtulabileceklerini değerlendirmiştir (*Wall Street Journal Europe Sprl ve Diğerleri/ Birleşik Krallık* (kabul edilemezlik kararı), no. 28577/05, 10.02.2009; *Radio France ve Diğerleri/ Fransa*, no. 53984/00, § 24, 30.03.2004).

AİHM, gazetecilerin başkaları tarafından dile getirilen iddiaları haberleştirmesi ile, kendilerinin doğrudan iddiaları ileri sürmesi arasında da fark olduğunu kabul etmektedir. Başkaları tarafından ileri sürülen iddiaların gazeteci tarafın iddialara mesafe koyarak haberleştirilmesi halinde bu iddiaların doğruluğunu araştırma gibi bir yükümlülüğü yokken, kendileri tarafından ileri sürülen iddiaların doğruluğunu araştırma yükümlülüğü bulunmaktadır (*Rumyana Ivanova/Bulgaristan*, no. 36207/03, § 62, 14.02.2008). Aynı şekilde gazeteci haberini bir resmî belgeye dayanarak yapmışsa resmi belgenin doğruluğu karinesinden yararlanacaktır. AYM, basının resmi kayıtlara dayanarak haber yaptığı durumlarda artık içeriğin doğruluğunu test etmek için ayrı bir araştırma yapmasına gerek olmadığını vurgulamıştır (*Kasım İlimoğlu Başvurusu* (2), B. No: 2015/14545, 29/11/2018, §§ 35-36). Buna göre, basında yer alan haber ve yorumlarda alıntılanan veya referans yapılan görüş veya fikirlerin kamu makamlarınca hazırlanan/hazırlattırılan resmî kayıtlara, raporlara veya verilere dayanması hâlinde basının söz konusu görüş veya fikirlerin doğruluğunu test etmek için ilave bir araştırma yapmasına gerek yoktur (*Mustafa Kemal Çelik* [2. B.], B. No: 2015/20153, 10/10/2018, § 57). Öte yandan, gazeteciler özellikle toplumu ilgilendiren konular bakımından haberin yapıldığı tarihteki bilgi, belgelerle kayıtlı ve sorumludur (*Erla Hlynsdottir/İzlanda* (no. 2), no. 54125/10, § 75, 21.10.2014).

Gazetecilerin ileri sürdüğü iddiaları ispatlama hakkının da dikkate alınması gerekmektedir. Hakaret davalarında davalıların iddialarını ispatlamak için makul imkanlara sahip olması gerekir (*Morice/Fransa* [GC], § 155). Ancak ispat için ileri sürülen belgelerin dile getirilen iddialarla doğrudan ilgili olması gerekir. Ayrıca iddialarını kanıtlaması istendiğinde gazetecilerin bilgi kaynaklarını açıklamaya zorlanacak

olması da dikkate alınması gereken bir husustur. Zira gazeteciler haber kaynaklarını açıklamaya zorlanamazlar (*Sanoma Uitgevers B.V. /Hollanda [BD], no. 38224/03, § 90, 14.09.2010*).

Nihayet, basın davalarında sıklıkla Yasaya aykırı bir şekilde sadece haberi yapan gazetecinin değil ve fakat yayın yönetmeninin de yargılandığı görülmektedir. 5187 Sayılı Basın Kanunu'nun 2. maddesi (c) bendi uyarınca *belli aralıklarla yayımlanan gazete, dergi gibi basılmış eserleri haber ajansları yayınları ile birlikte internet haber siteleri de süreli yayın niteliğindedir ve de Basın Kanununa tabidir. Yasanın basın yoluyla işlenen suçlar bakımından cezai sorumluluğu düzenleyen 11. maddesi ise şu şekildedir:*

"Süreli yayınlar ve süresiz yayınlar yoluyla işlenen suçlardan eser sahibi sorumludur. **Süreli yayınlarda eser sahibinin belli olmaması** veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında bulunması nedeniyle Türkiye'de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümle mahkûm olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde, sorumlu müdür ve yayın yönetmeni, genel yayın yönetmeni, editör, basın danışmanı gibi sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili sorumlu olur. Ancak bu eserin sorumlu müdürün ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin karşı çıkmasına rağmen yayımlanması halinde, bundan doğan sorumluluk yayımlatana aittir".

5187 Sayılı Yasa, 5680 Sayılı Yasadan farklı olarak "kanuni sorumluluk sistemi"nden "basamaklı sorumluluk" sistemine geçmiştir.⁵⁰ Yasa koyucu bu değişikliğin gerekçesini şu şekilde açıklamıştır:

"Maddede ayrıca süreli ve süresiz yayınlar yoluyla işlenen suçlardan sorumlu olacak kişiler belirlenirken, 5680 sayılı Kanundan farklı şekilde, başkasının fiilinden sorumluluk ve objektif sorumluluk hallerine yer vermemek veya bu tür sorumluluk hallerini en aza indirmek amacıyla, esas itibarıyla eser sahibi sorumlu tutulmuş; ancak eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında bulunması nedeniyle Türk mahkemelerinde yargılanamaması veya eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümle mahkum olduğu cezaya etki etmemesi nedeniyle eser sahibinin cezalandırılmasının etkisiz kalması hallerinde süreli yayınlarda sorumlu müdür veya yardımcısı, süresiz yayınlarda yayımcı ve yayımcının bilinmemesi veya basım sırasında yurt dışında bulunması ve Türk mahkemelerinde yargılanamaması hallerinde de basımcı sorumlu tutulmuştur. Basılmış eserler yoluyla işlenen suçlarda satanın ve dağıtanın sorumluluğuna gidilmemiştir."

Yargıtay da eserin sahibinin sonradan tespit edildiği durumlarda bile eğer eser sahibi biliniyorsa sorumlu müdür hakkında ceza sorumluluğuna gidilemeyeceğini hiç şüpheye yer bırakmayacak şekilde tespit etmektedir:

"...5187 sayılı Basın Kanunu'nun 11. maddesinde yer alan 'Süreli yayınlar ve süresiz yayınlar yoluyla işlenen suçlardan eser sahibi sorumludur. Süreli yayınlarda eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında bulunması nedeniyle Türkiye'de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümle mahkum olduğu cezaya etki

50 Kavram için bkz. Hakan Gündüz, "Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu", Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 71 (1) 2022: 349-385, s. 360-361

etmemesi hallerinde, sorumlu müdür ve yayın yönetmeni, genel yayın yönetmeni, editör, basın danışmanı gibi sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili sorumlu olur.’ şeklindeki düzenleme gereği, soruşturma aşamasında eser sahibi tespit edilmeden dava konusu haberin yayınlandığı gazetenin sorumlu yazı işleri müdürü olan sanık ... hakkında dava açılmış ise de, yargılama aşamasında eser sahibinin bildirilip eser sahibi hakkında usulüne uygun olarak dava açılmasının temin edilmesi karşısında, atılı suç açısından sanık ...’in cezai sorumluluğunun bulunmadığı;...” (Y. 12. CD, E. 2013/12380, K. 2014/4502, 24.02.2014)

Hal böyleyken, her yıl internet sitelerine yüklenen onbinlerce içerik ve hatta sosyal medya paylaşımları nedeniyle, muhtemelen bu içerikleri herhangi görme ve inceleme imkânı olmayan yayın sorumluları hakkında da dava açılmakta ve bu yönde yapılan savunmalara da itibar edilmemektedir. Bu durum adil yargılanma hakkının ihlal ettiği gibi ceza hukukunda objektif sorumluluk haline yol açmak gibi çok ciddi bir sorunu daha gündeme getirmektedir.

Dolayısıyla gazetecilerin yargılandığı ifade özgürlüğü davalarında ispat yüküne ilişkin bu hususların da dikkate alınması ve müdafiler tarafından bu savunmaların etkili bir şekilde ileri sürülmesi gerekir.



KARARA İLİŞKİN USULİ YÜKÜMLÜLÜKLER

Bir önceki bölümde kovuşturma sürecindeki ilke, hak ve sorunları tartışmaya çalıştık. O bölümde gördüğümüz sorunların karar aşamasını da doğrudan etkilediğini söylemek yanlış olmayacaktır. Düzgün delil toplanılmayan, düzgün tartışma yürütülmeyen yargılama süreçlerinin sonucunda sağlıklı sonuca ulaşmanın da çok mümkün olmayacağını izah etmeye sanınız gerek yoktur.

Yargılama süreci diyalektik bir süreçtir. Bu sürecin tez ve antitez aşaması soruşturma ve esas olarak da kovuşturma aşamasıdır. Bu süreçte karşılıklı argümanların eşit koşullarda ileri sürülebilmesi gerekir. Karar ise yargılama sürecinin sentez aşamasıdır. Yani kararda, yargılama sürecinde ileri sürülen argümanların hangilerinin niçin kabul edildiği ya da edilmediği açık bir şekilde ortaya konularak mahkemenin ulaştığı sonucun meşruiyeti ortaya konulmalıdır. Kararın meşruiyetini ortaya koymak ancak iyi bir gerekçe ile mümkün olabilir. Gerekçeli karar mahkemeler ve devlet açısından bir yükümlülük, davanın tarafları açısından ise bir haktır. Bu nedenle kararın gerekçeli olması zorunluluğu temel bir usuli yükümlülüktür.

Karara ilişkin bir başka usuli yükümlülük ise kararların aleniyeti yükümlülüğüdür. Kararın aleniyeti konusunda genellikle bir sorun olmaması beklenir. Ancak bizzat Anayasa Mahkemesi'nin birleştirerek verdiği bazı ifade özgürlüğü kararlarında kararın aleniyeti bakımından da çok büyük sıkıntılar olduğunu vurgulamak gerekir (Abbas Yalçın ve diğ.eri, B. No: 2014/8146, 29/3/2023).

A. GEREKÇELİ KARAR HAKKI VE “İLGİLİ VE YETERLİ GEREKÇE” YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Anayasa’nın 36. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Anayasa’nın 36. maddesine “...ile adil yargılanma” ibaresinin eklenmesine ilişkin gerekçede, Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerce de güvence altına alınan adil yargılanma hakkının madde metnine dâhil edildiği vurgulanmıştır. Sözleşme’nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasındaki hakkaniyete uygun yargılanma hakkının kapsamına gerekçeli karar hakkının da dâhil olduğu AİHM’in birçok kararında vurgulanmıştır. Ayrıca Anayasa’nın 141. maddesinde bütün mahkemelerin her türlü kararının gerekçeli olması gerektiği vurgulanmıştır. Dolayısıyla Anayasa’nın 36. maddesi 141. maddesi ile birlikte yorumlandığında adil yargılanma hakkının, gerekçeli karar hakkı güvencesini de kapsadığı açıktır (Abdullah Topçu, B. No: 2014/8868, 19/4/2017, § 75).

Gerekçeli karar hakkı, kişilerin adil bir şekilde yargılanmalarını sağlamayı ve denetlemeyi amaçlamaktadır. Bu hak, tarafların muhakeme sırasında ileri sürdükleri iddialarının kurallara uygun biçimde incelenip incelenmediğini bilmeleri ve demokratik bir toplumda kendi adlarına verilen yargı kararlarının sebeplerini toplumun öğrenmesinin sağlanması için de gereklidir (Sencer Başat ve diğerleri [GK], B. No: 2013/7800, 18/6/2014, §§ 31, 34).

Mahkemelerin anılan yükümlülüğü, yargılamada ileri sürülen her türlü iddia ve savunmaya karar gerekçesinde ayrıntılı şekilde yanıt verilmesi gerektiği şeklinde anlaşılamaz ise de davanın esas sorunlarının incelenmiş olduğu gerekçeli karardan anlaşılmalıdır (Yasemin Ekşi, B. No: 2013/5486, 4/12/2013, § 56).

Bir kararda tam olarak hangi unsurların bulunması gerektiği davanın niteliğine ve şartlarına bağlıdır. Muhakeme sırasında açık ve somut bir biçimde öne sürülen iddia ve savunmaların davanın sonucuna etkili, başka bir deyişle davanın sonucunu değiştirebilecek nitelikte olması hâlinde davayla doğrudan ilgili olan bu hususlara mahkemelerce makul bir gerekçe ile yanıt verilmesi gerekir (Sencer Başat ve diğerleri, § 35). Aksi bir tutumla mahkemenin davanın sonucuna etkili olduğunu kabul ettiği bir husus hakkında ilgili ve yeterli bir yanıt vermemesi ya da yanıt vermeyi gerektiren usul veya esasa dair iddiaları cevapsız bırakması hak ihlaline neden olacaktır (Sencer Başat ve diğerleri, § 39).

Derece mahkemesi kararında esaslı iddiaların karşılanmaması veya bu iddialara makul bir gerekçe ile cevap verilmemesi hâlinde ise kanun yolu incelemesi yapan merciinin -aynı iddiaların kendi önünde de ileri sürülmesi hâlinde- ilgili iddialara yönelik atıf yapacağı bir ilk derece mahkemesi değerlendirmesi söz konusu olmayacaktır. Bu durumda kanun yolu incelemesi yapan merciinin davayla doğrudan ilgili olan bu hususları ayrıca değerlendirerek makul bir gerekçe ile cevap vermesi anayasal yükümlülük gereğidir (Ümmügülsüm Salgar, B. No:2016/12847, 21/10/2021, § 69).

AİHM de itirazın değerlendirilmesi yönünden; kararın itiraz edenin ana iddialarını cevaplaması gerektiğini (Buzescu/Romanya, no. 61302/00, § 67, 24.5.2005; Donadze/Gürcistan, no. 74644/01, § 35, 07.03.2006) ve Sözleşme ve Ek Protokollerinin ihlal edildiğine dair itirazların dikkatli ve titiz bir şekilde incelenmesi gerektiğini tespit etmiştir (Wagner and J.M.W.L./Lüksemburg, no. 76240/01, § 96, 28.6.2007).

İtiraz veya temyiz incelemesi sırasında ayrı ve açık bir yanıt verilmesini gerektiren usul veya esasa dair iddiaların itiraz veya temyiz mercilerince cevapsız bırakılmış

olması gerekçeli karar hakkının ihlaline neden olabilir (Caner Kandırmaz, B. No: 2013/3672, 30/12/2014, § 31). İtiraz merciinin, ret gerekçesinde neleri dikkate aldığını ya da almadığını gösteren ifadeleri özenle seçmediği; dosyanın incelenmediği kuşkusuna sebep olacak şekilde değerlendirme yaptığı durumlarda Anayasa Mahkemesi gerekçeli karar hakkının ihlal edildiğine karar verecektir (Gökhan Ayhan, B. No: 2015/3041, 19/4/2018, § 28).

Bu çerçevede dava sırasında taraflarca ileri sürülen argümanlardan sonuca etkili olanlar mutlaka kararda cevaplandırılmış olmalıdır. İfade özgürlüğü davalarında genel olarak art arda iddianame, savunma ve mütalaanın sıralandığı ardından neden ve hangi gerekçe ile hangisinin tercih edildiği açıklanmaksızın karar verildiği görülmektedir. Hatta bazen, kararın iddianamedeki ifadeleri aynen tekrar ettiği görülebilmektedir. Bu tipte bir kararın gerekçeli karar ilkesine uygun olduğunu söylemek tabii ki mümkün değildir.

Ancak ifade özgürlüğü davalarında kararın gerekçeli olması da yeterli değildir, aynı zamanda ifade özgürlüğünü sınırlandırmaya ilişkin ilgili ve yeterli gerekçenin de sunulması gerekir. Girişte açıklandığı üzere, AİHM ve AYM'nin ifade özgürlüğü davalarında ilk baktığı husus yerel mahkemelerin ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin gerekliliğine ilişkin olarak "ilgili ve yeterli gerekçe" sunup sunmadığıdır. Yine giriş kısmında açıklandığı üzere "ilgili ve yeterli gerekçe" kavramı gerekçeli karardan daha geniş bir kavram olup, yerel mahkemelerin kararında AYM ve AİHM standartları çerçevesinde bir değerlendirme yapması gereğini ifade etmektedir. Dolayısıyla ilgili ve yeterli gerekçe yükümlülüğü esasen müdahalenin esastan değerlendirilmesini gerektiren bir durumdur. Yani buradaki usul yükümlülüğü özünde esas yükümlülüğüne bağlıdır. Bu nedenle de her müdahale türünde AİHM ve AYM tarafından geliştirilen kriterlerin uygulanıp uygulanmadığı ele alınacaktır.

Bu nedenle müdahale nedenine bağlı olarak geliştirilen kriterlerin yerel mahkemelerce kullanılıp kullanılmadığı hususu öncelikle bir usul sorunudur. AYM ve AİHM de bu yönde bir çaba görmediği zaman bunu başlı başına bir ihlal nedeni saymakta ve ilgili ve yeterli gerekçe olmadığı gerekçesiyle ihlal kararı vermektedir. AYM ve AİHM kriterlerinin yerel mahkemeler tarafından uygulandığı hallerde ise AYM ve AİHM kendi değerlendirmesini yapmakta ve yerel mahkemelerden farklı bir sonuca ulaşması halinde yine ihlal kararı vermektedirler. AYM son beş altı yıldır verdiği ihlal kararlarında eğer müdahalenin yasallığı bakımından bir sorun görmemişse yani ihlali demokratik toplumda gereklilik ölçütü yönünden tespit etmişse nihai olarak yerel mahkemelerce ifade özgürlüğüne yapılan müdahale konusunda ilgili ve yeterli gerekçe sunulmadığını belirtmektedir (Gökhan Baba [2. B.], B. No: 2022/45768, 17/9/2025, § 21; Nagihan Toğryuner [1. B.], B. No: 2023/47839, 16/9/2025, § 27). AİHM de aynı şekilde demokratik toplumda gereklilik ölçütü yönünden yaptığı inceleme sonucunda yerel makamların ifade özgürlüğüne yönelik müdahale için ilgili ve yeterli gerekçe sunduğu sonucuna ulaşırsa ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine, aksi takdirde ihlal edildiğine hükmetmektedir (Azadlıq Newspaper/Azerbaycan, no. 12708/13, 25.11.2025; Stanev ve Bulgarian Helsinki Committee/Bulgaristan, no.50756/17, 18.11.2025)

Bu bakımdan AİHM ve AYM'nin ifade özgürlüğüne farklı müdahale nedenleriyle ilgili geliştirdiği ölçütlerin kısaca ele alınması zorunludur. İfade özgürlüğüne müdahale, kişilik hakları gibi başkasının hak ve özgürlüklerinin korunmasına yönelik özel

hukuksal nedenler veya ulusal güvenlik, kamu güvenliği, genel ahlak ve genel sağığın korunması gibi kamusal nedenlere dayanabilir. Bu nedenlerden her birinde, ifade özgürlüğü ile çatışma halindeki hukuksal değerin niteliğine göre müdahalenin demokratik toplumda gerekliliğine ilişkin ölçütler bazı farklılıklar içermektedir.

1. Kişilik Haklarının Korunması Amacına Yönelik Müdahaleler

İfade özgürlüğü ile kişilik haklarının çatıştığı hallerde iki hak arasında adil bir dengelemenin yapılması gerekmektedir. Bu dengelemede dikkate alınacak ölçütler AİHM tarafından geliştirilmiş ve AYM tarafından da uygulanmaktadır. AYM, *Orhan Aydın* kararında bu kriterleri şöyle özetlemiştir: “... Taraflardan birinin ifade özgürlüğü ile diğerinin şeref ve itibarının korunması hakkı arasında adil bir denge kurulmalıdır. Çatışan haklar arasında dengeleme yapılırken kullanılması gereken ölçütler genel olarak şunlardır:

i. İfadelerin kim tarafından dile getirildiği (Kemal Kılıçdaroğlu, B. No: 2014/1577, 25/10/2017, § 59; Nihat Zeybekci, B. No: 2015/5633, 8/5/2019, § 29)

ii. Hedef alınan kişinin kim olduğu, ünlülük derecesi ve önceki davranışları, katlanması gereken, kabul edilebilir eleştiri sınırlarının sade bir vatandaş ile karşılaştırıldığında daha geniş olup olmadığı (hedef alınan kişinin kamusal yetki kullanan bir görevli olması nedeniyle yapılan değerlendirmelerin bulunduğu kararlar için bkz. İlhan Cihaner (2), B. No: 2013/5574, 30/6/2014, § 82; Nilgün Halloran, B. No: 2012/1184, 16/7/2014, § 45; Kadir Sağdıç [GK], B. No: 2013/6617, 8/4/2015, §§ 60-66; Ali Suat Ertosun (7), B. No: 2014/1416, 15/10/2015, § 36; Zübeyde Füsün Üstel ve diğerleri [GK], B. No: 2018/17635, 26/7/2019, §§ 128, 129; hedef alınan kişinin siyasetçi olması nedeniyle yapılan değerlendirmelerin bulunduğu kararlar için bkz. Bekir Coşkun, §§ 66, 67; Ergün Poyraz (2) [GK], B. No: 2013/8503, 27/10/2015, § 56; Kemal Kılıçdaroğlu, §§ 59-61)

iii. İfadelerin genel yarara ilişkin bir tartışmaya katkı sağlayıp sağlamadığı, kamuoyu ile diğer kişilerin düşünce açıklamaları karşısında sahip oldukları hakların ağırlığı (Bekir Coşkun, § 69; Çetin Doğan (2) [GK], B. No: 2014/3494, 27/2/2019, § 62; Ergün Poyraz (2), § 56; Kadir Sağdıç, §§ 60-66; İlhan Cihaner (2), §§ 66-73; Nihat Zeybekci, § 32)

iv. Kamuyu bilgilendirme değeri, toplumsal ilginin varlığı ve konunun güncel olup olmadığı (İbrahim Okur (2), B. No: 2018/12363, 26/5/2021, § 28; Seray Şahiner Özkan, B. No: 2016/6439, 9/6/2021, § 44)

v. Müştekinin kendisine yöneltilen ifadelere cevap verme imkânının olup olmadığı (Temel Coşkun, B. No: 2017/1632, 29/1/2020, § 33; Şaban Sevinç (2), B. No: 2016/36777, 26/5/2021, § 42; Nihat Zeybekci, § 39)

vi. İfadelerin hedef alınan kişinin hayatı üzerindeki etkisi (Ali Suat Ertosun (2), B. No: 2013/1592, 20/5/2015, § 33; Hüseyin Kocabıyık, B. No: 2020/15593, 22/11/2022, § 24)

vii. Cezalandırmaya konu edilen ifadelerin kullanıldığı bağlamdan koparılıp koparılmadığı (Nilgün Halloran, § 52; Bekir Coşkun, §§ 62, 63; Önder Balıkçı, B. No: 2014/6009, 15/2/2017, § 45; Nihat Zeybekci, § 36)

viii. Başvurucunun yaptırma maruz kalma endişesinin kendisi üzerinde caydırıcı etki yaratıp yaratmayacağı (benzer yöndeki değerlendirmeler için bkz. Ergün Poyraz (2), § 79; Kemal Kılıçdaroğlu ve Cumhuriyet Halk Partisi, B. No: 2014/12482, 8/5/2019, § 46)

ix. Dava konusu söylemlerin maddi vakıaların açıklanması veya değer yargısı olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği (Deniz Karadeniz ve diğerleri [GK], B. No: 2014/18001, 6/2/2020, §§ 48, 49; Durmuş Fikri Sağlar (2) [GK], B. No: 2017/29735, 17/3/2021, § 50)

Dolayısıyla TCK'nın 125. ve 299. maddeleri hatta 301. maddesi kapsamında açılan ceza davalarında mahkemelerce verilen kararların bu ölçütler gözetilerek verilmiş olması gerekir. Her bir vakada bu ölçütlerden somut olaya uygulanabilir olanlar mahkemece hükme varılırken değerlendirilmeli ve kararda bu değerlendirmenin sonuçları görülebilmelidir. Kararda burada yer verilen ölçütler çerçevesinde bir değerlendirme yoksa usuli yükümlülüğün ihlali söz konusu olacaktır. Bu ölçütler elbette salt olarak hakaret davaları açısından değil, kişilik haklarını koruyan diğer suç türleri bakımından (mesela özel hayata müdahaleye ilişkin TCK m. 134 veya kişisel verilerin ele geçirilmesine ilişkin TCK m.136 vb. suçlar) da uygulanabilir.

Anayasa Mahkemesi, AİHM tarafından geliştirilen ölçütü genişlettiği ve halen dokuz farklı unsuru saydığı için her kararda mutlaka bu dokuz unsurun da cevaplanması beklenemez. Ancak her bir vakada yarışan iki hak bakımından öne çıkan hususların değerlendirilmesi gerekir. Bu açıdan ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında öne çıkan iki değerlendirme hatasının özellikle vurgulanmasında fayda vardır.

Uygulamada sık karşılaşılan sorunlardan biri bir kelimenin daha önce Yargıtay veya Bölge Adliye Mahkemesi kararında hakaret olarak değerlendirilmiş olmasıdır. Oysa bir kelimenin taşıdığı anlam kullanıldığı bağlamdan bağımsız değerlendirilemez. Anayasa Mahkemesi mahkemelerin kararlarında sıklıkla yapılan bu hatayı şu şekilde saptamıştır:

"Buna ek olarak başvurunun sarf ettiği ifadenin daha önce başka bir davada Yargıtay kararına konu olması ve hakaret olarak kabul edilmesi de Mahkemenin anılan ölçütler kapsamında yapacağı değerlendirmede bağlayıcı bir emsal karar olarak görülemez. Zira her ifade, doğası gereği, kendi bağlamı ve şartları içinde ele alınmak durumundadır. Diğer bir deyişle Yargıtayın bir davanın kendi koşulları içinde hakaret olarak kabul ettiği herhangi bir ifade, birebir aynı dahi olsa her olayda otomatik olarak hakaret suçunun olduğu şeklinde yorumlanamaz. Bunun için davanın kendi subjektif koşulları kapsamında yeni ve yeniden bir hukuki değerlendirme yapılması gerekir ki yukarıda sayılan dengeleme ölçütleri buna hizmet etmektedir. Buna karşın somut olayda Mahkeme, taraflar arasındaki olayların ve yapılan paylaşımın bütününe bakarak başvurunun ifade özgürlüğü ile müştekinin şeref ve itibarın korunması hakkı arasında bir denge kurmaya çalışmamış; anılan ölçütlere göre bir değerlendirme yapmaksızın söz konusu ifadenin hakaret suçunu oluşturduğunu kabul etmiştir." (Fatih Altaylı [1. B.], B. No: 2022/109322, 18/12/2024, § 17. Ayrıca bkz. (Cemal Yıldırım [2. B.], B. No: 2022/66222, 17/7/2025, § 23)

Bu nedenle, kararda yapılan değerlendirmenin dokuz unsuru da dikkate almasa da ifadenin kullanıldığı bağlam içerisindeki anlamı ortaya çıkaracak sorgulamayı yapması gerektiği açıktır. Anayasa Mahkemesi Çağrı Yılmaz, Eyüp Hanoğlu ve Sinan Baran kararlarında ifade özgürlüğüne müdahale niteliğindeki davalarda; "olayın şartları ve

arka planını, ifadenin bağlamını, söylenme şekli ve nedenini, söylenen sözlerin arka planı olup olmadığını, kamusal bir tartışma ekseninde gerçekleşip gerçekleşmediğini gözetmeksizin” hüküm kurulmasının ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini tespit etmiştir (Çağrı Yılmaz Başvurusu, B. No: 2017/34463, 13.02.2020, § 39; Eyüp Hanoğlu B. No: 2015/13431, 23/5/2018, §§ 46,47; Sinan Baran, B. No: 2015/11494, 11/6/2018, § 44). Bu kararlar uyarınca bir ifadenin arka planı ve bağlamının değerlendirilmesi zorunludur.

Bu bağlamda ifade özgürlüğü davalarında en sık karşılaşılan sorunlardan biri siyasetçilere yönelik ifadelerin ceza veya tazminat konusu yapılması durumunda bu kişilerin eleştiriye çok daha açık olmaları gerektiğine ilişkin ilke ve kararların göz ardı edilmesidir. Bu davalarda diğer unsurlar değilse de muhatabın siyasetçi kimliğinin mutlaka değerlendirilmesi ve gerekçede ifade özgürlüğü sınırlandırılırken bunun neden zorunlu olduğunun açıklanması gerekir. Çünkü, AYM ve AİHM içtihatlarına göre üst düzey bir siyasetçiye yönelik ifadelerin sınırlandırılmasının meşru sayılması çok çok istisnai durumlarda kabul edilebilir.

Siyasetçilere yönelik ifadeler bakımından bu kişilerin kendilerini kamuya açmış olmaları sebebiyle kabul edilebilir eleştiri sınırlarının, sade vatandaşlara nazaran çok daha geniş olduğu ve kullandıkları kamusal güç ile orantılı olarak daha ağır düzeydeki eleştirilere katlanmak zorunda oldukları yine Anayasa Mahkemesi ve AİHM içtihatlarıyla tespit edilmiş vaziyettedir (Emin Aydın Başvurusu, B. No: 2013/2602, 23.01.2014; Tuşalp/Türkiye, no:32131/08 ve 41617/08, 21.02.2012, Lingens/Avusturya, no. 9815/82, 08.07.1986, Oberschlick/Avusturya, no. 11662/85, 23.05.1991, Eon/Fransa, no.26118/10, 14.03.2013, Mladina D.D. Ljubljana/Slovenya, no: 20981/10, 17.04.2014). Tüm bu kararlarla demokratik toplum kavramının tam merkezinde yer alan siyasal tartışma özgürlüğü (Lingens/Avusturya, no. 9815/82, 08.07.1986) ve bu bağlamda siyasetçilerin en sert biçimde eleştirilmesi ve yönetenlerin siyasal alandaki tasarruflarının yurttaşlar tarafından etkin bir biçimde denetlenmesi güvence altına alınmıştır.

Anayasa Mahkemesi güncel kararlarında siyasetçilerin kabul edilebilir eleştiri sınırlarının, sıradan bir kimse ile karşılaştırıldığında daha geniş olduğu, bu sebeple siyasetçilere yönelik eleştirilere sıradan insanlara göre daha fazla hoşgörü göstermesi gerektiğinin altını bir kez daha çizmiştir. Bu bağlamda, siyasetçilere yönelik söylenen “edepsiz” “eşkiya” ve “adam olamazsın” gibi ifadelerle ilişkin olarak, eleştiriye katlanma yükümlülükleri oldukça ağır olan siyasetçilerin yararlanmaları gereken ifade özgürlüğünün sınırlarının aynı doğrultuda geniş olması gerektiğini belirtmiştir (Eyüp Hanoğlu, B. No: 2015/13431, 23.05.2018, § 44; Hayko Bağdat, B. No: 2016/256, 28.11.2019, § 45; Turgut Altınok, B. No: 2017/36724, 29.01.2020, § 31, Mehmet Özhasseki, B. No: 2015/4972, 08.05.2019, § 23).

AİHM kararlarında da siyasetçilere özellikle de Başbakan ve Devlet Başkanları’na yönelik olarak kullanılan “adi oportünizm”, “ahlak dışılık” ve “şerefsizlik” (Lingens/Avusturya, no. 9815/82, 08.07.1986). “geri zekalı” (Oberschlick/Avusturya, no. 11662/85, 23.05.1991), “faşist geçmişe sahip” (Feldek/Slovakya, no. 29032/95, §§ 86,90), “S...tir git salak” (Eon/Fransa, no. 26118/10, 14.03.2013, § 59) gibi ifadeleri siyasi nitelikli sert eleştiri olarak değerlendirmiştir. AİHM yukarıda bahsi geçen Önal/Türkiye (2) kararında da başvuruçunun dönemin Cumhurbaşkanı Süleyman Demirel’e yönelik “uyuşturucu kaçakçılığı, devlet içindeki mafyayı yönetme, Kürtlere yönelik savaştan avantaj elde etme, daha önceki Cumhurbaşkanı Turgut Özal’ı yok etmeye çalışma ve devlet

tarafından gerçekleştirilen cinayetleri meşrulaştırma” suçlamalarının ağır olduğunu belirtmekle birlikte bu ifadelerin Sözleşme kapsamında korunduğuna karar vermiştir. Vedat Şorli/Türkiye kararında da oldukça ağır eleştirel içeriğe sahip bir karikatür ve bir resim kolajının başvuru tarafından sosyal medyada paylaşılması nedeniyle ceza verilmesini Sözleşmenin ihlali olarak nitelendirmiştir. Yine Mahkeme Ersoy/Türkiye kararında Cumhurbaşkanı Erdoğan’ın henüz başbakan olarak görev yaptığı tarihte, hakkında aynı somut olaydaki gibi sosyal medya hesabından güncel siyasi bir olay üzerine “...bunun karşılığında intikam hırsıyla kudurmuş bir köpek gibi öğrencilere saldırmasına karşı atılmış ikinci bir tokattır...” şeklinde sert bir eleştiride bulunması nedeniyle TCK’nın 125. maddesinin üçüncü kapsamında cezalandırılmasını ifade özgürlüğü ihlali olarak değerlendirmiştir. Bu kapsamda AİHM, o dönem Başbakan olan Erdoğan’ın görevi ve sorumlulukları dolayısıyla eleştirilere katlanma yükümlülüğünün yüksek olduğunu belirtmiş; TCK 125/3. maddesi ile seçilmiş siyasetçilere yönelik eleştirilerin özel bir hüküm ile suç olarak tanımlanmasının Sözleşme ile uyumlu olmadığına hükmetmiştir (Ersoy/Türkiye, no. 19165/19, 15.06.2021).

Son dönem Yargıtay kararlarında da eski Ankara Belediye Başkanı Melih Gökçek’e yönelik söylenen ve oldukça sert nitelikte olan, “edepsiz” “terbiyesiz” ve “O... çocuğu Melih Gökçek, o bilgiyi babaannenden mi aldın... Ata’mıza sünnetsiz demiş yavşak... Altına mı yattın lan o... çocuğu” şeklindeki ifadelerle yönelik yapılan yargılamalarda verilen beraat kararları onanmıştır. Yargıtay 4. ve 18. Ceza Daireleri tarafından verilen onama kararlarında, “kamu görevinde bulunan veya talip olanların, diğerlerine oranla daha sert eleştirilere muhatap olmasının doğal karşılanması” gerekliliği belirtilmiştir.⁵¹ Yargıtay’ın önceki kararlarında benzer gerekçelerle siyasetçilere yönelik olarak kullanılan “faşist” “megaloman” (Yargıtay 18. C. D., 2015/5105 E., 2017/9614 K., 26.09.2017), “yobaz” “softa” “bağnaz” “mürted” (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 27.09.2006, E: 2006/4-550 K: 2006/570), “seviyesiz beyanlarda bulunan”, “ahlak dışı saldırılar yapan”, “gaflet ve ihanet içinde olan”, “çukurda siyaset yapan” (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 05.02.2014, E: 2013/4-205 K: 2014/56), “dayatıcı”, “din bezirganı”, “sahte laik”, “birilerinin maşası”, “birileri tarafından ipinde oynatılan” (Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 17.11.2005, E: 2004/15600, K: 2005/12337), “edepsiz”, “müsvedde”, “şenayet”, “aklını, izanını kaybetmiş” (Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 17.04.2014 tarih ve E:2014/3761 K:2014/6519) ve “omurgasız” gibi (Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 18.06.2007, E:2006/9641, K:2007/8260) ifadeler, ifadenin muhatabının siyasetçi olması nedeni ile hukuka uygun olarak değerlendirilmiştir.

Bu nedenlerle, özellikle siyasetçilere yönelik ifadeler söz konusu olduğunda siyasetçiye yönelik ifade kullanan kişinin neden bu geniş özgürlük imkanından yararlanmaması gerektiğinin açıklığa kavuşturulması gerekir.

Ayrıca yine bu kapsamda özellikle gazetecilerin cezalandırıldığı davalar bakımından değer yargısı niteliğindeki ifadelerle, olgu aktarımı niteliğindeki ifadeler arasındaki değerlendirme farkının kararda açıklanması beklenmektedir. Maddi vakaları içeren ifadelerin ispatlanabilir olduğu, bununla birlikte değer yargısına dayalı ifadelerin ispatının istenmesinin kanaat özgürlüğünün ihlali niteliğinde olacağı tespit edilmiştir (Tuşalp/Türkiye no: 32131/08 ve 41617/08, 21.02.2012 §. 43).

51 <http://www.diken.com.tr/yargitay-karari-edepsiz-melih-gokcek-demek-hakaret-degil-elistiri/>; <http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/yargitay-onadi-melih-gokceke-o-cocugu-diye-sanik-beraat-etti-729627>

Bu nedenle değer yargısına dayalı ifadeler yönünden ifadenin olgusal temelini olması yeterli görülmüştür. Dolayısıyla olgusal temeli olan ifadelerin sadece sert, kaba ve saldırgan olduklarından bahisle kişilik haklarına saldırı olarak nitelendirilmesi mümkün değildir ve bu ifadeler sarsıcı olsalar dahi eleştiri hakkı ve ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilebilecektir (Tuşalp/Türkiye, no: 32131/08 ve 41617/08, 21.02.2012 § 49.48; Hriko-/Slovakya, B.No: 49418/99, 20.10.2004, § 40, 45; Jerusalem/Avusturya, B.No: 26958/95; 27.02.2001, § 44). Anayasa Mahkemesi'ne göre de "ifade özgürlüğü büyük ölçüde eleştiri özgürlüğünün güvence altına alınmasını hedeflemektedir. Bu nedenle, düşüncelerin açıklanması ve yayılması sırasında kullanılan ifadelerin sert olması doğal karşılanmalıdır" (Bekir Coşkun [GK], B.No 2014/12151, 4/6/2015, § 64). Anayasa Mahkemesi bir kararında olgusal iddialarla desteklenmese dahi değer yargılarının aşırı olmasının kabul edilebilir bir durum olduğunu tespit etmiş vaziyettedir (Ergün Poyraz Başvurusu (2), B. No: 2013/8503, 27.10.2015 §. 75, Jerusalem/Avusturya, B. No: 26958/95, 27/2/2001, § 43.)

Anayasa Mahkemesi Deniz Karadeniz ve diğerleri ([GK], B. No: 2014/18001, 6/2/2020) başvurusunda, iktidar partisinin düzenlediği bir seçim mitingi sırasında bir parti binasında açılan pankartta yer alan "Hırsız Katil AKP" şeklindeki sözlerin ifade özgürlüğü korumasından yararlanıp yararlanamayacağına dair değerlendirmelerde bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi anılan kararda, pankartta yer alan ifadelerin kişilere değil AK Partiye yönelik değer yargısı niteliğinde ifadeler olduğunu belirttikten sonra söz konusu ifadeleri ayrı ayrı irdelemiş ve ifade özgürlüğü korumasından yararlanması gerektiği sonucuna varmıştır. (Ayrıca bkz. Ayhan Algül ve diğerleri [2. B.], B. No: 2016/5921, 16/3/2022)

Bu nedenle, özellikle gazetecilerin güncel olaylara ilişkin değerlendirme yazılarında kullandıkları değer yargısı ifadelerinin neden ifade özgürlüğü kapsamında kalmadığının kararlarda açıklığa kavuşturulması gerekir.

2. Ulusal Güvenlik ve Kamu Düzeninin Korunması Amacına Yönelik Müdahaleler

Ulusal güvenlik ve kamu düzeni gerekçesiyle yapılan müdahalelerde, ifade özgürlüğü ile kamu düzeni arasında kurulması gereken denge AİHM'in 1999 Türkiye kararları ve onu izleyen içtihat tarafından ortaya konulan üçlü test üzerinden değerlendirilmelidir. AİHM, Amerikan Yüksek Mahkemesinin "açık ve yakın tehlike" "*clear and present danger*" ölçütüne benzer bir üçlü test geliştirmiştir. Buna göre; **i-** Sözün kim tarafından, hangi konuda ve hangi araçla söylendiği, **ii-** Şiddete tahrik olup, olmadığı, **iii-** Sözün şiddete yol açma ihtimali bulunup bulunmadığı dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır.

Şiddet unsuru içeren suçlar bakımından (TMK m. 7/2, 6/2; TCK m. 215, 216, 220/6, 220/7, 300, 301, hatta 314/2, 302, 309, 312 kapsamında açılan davalarda) yukarıda belirtilen testin uygulanması gerekir. Türkiye'de terör mevzuatının öngörülemez şekilde yorumlanması ve uygulanması sistemik bir sorun haline gelmiştir. Pek çok kişi bir tweet veya bir yazı, bir söyleşi nedeniyle ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren TCK'nın 302, 309, 312. maddelerinden yargılanmış, tutuklanmış ve

cezalandırılmıştır (Kobane davası, Cumhuriyet davası, Sözcü davası, gazetecilerin yargılandığı FETÖ davaları, Mehmet Hasan Altan, Ali Bulaç, Şahin Alpay, Murat Aksoy, Atilla Taş, Mümtazer Türköne, Nazlı Ilıcak, Ahmet Hüsrev Altan vb).

AIHM TCK 301. madde (veya ETCK 158. madde) uyarınca soruşturulan ve kovuşturulanların ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verdiği tüm davalarda ifadenin “şiddet kullanımına, silahlı direnişe veya ayaklanmaya yönelik herhangi bir çağrı içermediğini ve bu metinlerin herhangi bir nefret söylemi teşkil etmediğini” saptayarak Sözleşmenin 10. Maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. (Surat/Türkiye, § 39; Çamyar/Türkiye, § 69; Balbal/Türkiye, § 32; Yurtsever/Türkiye, § 32; Özer/Türkiye, § 28; Çamyar/Türkiye, § 29).

AIHM Özer/Türkiye (3) (no.69270/12, 11.02.2020) kararında propaganda davalarında uyguladığı inceleme yöntemini açıklamıştır. Buna göre TMK’nın 7. maddesinin 2. fıkrasına dayanılarak açılan ceza yargılamalarına ilişkin davalarda, ihtilaf konusu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığı gerekçesiyle, Sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varırken, genel olarak iki tür inceleme yapmıştır. Bir kısım davada, Mahkeme, ilgili kişilerin cezaya mahkûm edilmesinin dayanağını oluşturan ihtilaf konusu yazılar ile beyanları ve aynı zamanda başvuranlar aleyhinde iddia edilen diğer eylemleri kendisi de incelemiştir. Mahkeme, bu davalarda, söz konusu yazılar, beyanlar ve eylemlerin, bir bütün olarak ele alındığında, bazen düşmanca olsalar ve devlet yetkililerine yönelik sert eleştiri veya belirli yasa dışı örgütlerin, liderlerinin veya üyelerinin lehinde olduğu düşünülebilecek olan görüşler içerseler bile, bunların, şiddet kullanımı, silahlı direniş veya ayaklanma çağrısı içerdiği veya nefret söylemi teşkil ettiği şeklinde değerlendirilemeyeceği ve kendi nazarında dikkate alınması gereken önemli unsurlar olduklarını belirtmekle birlikte, bunların belirli kişilere yönelik derin ve mantık dışı bir nefret aşıl原因arak şiddeti teşvik edemeyecekleri sonucuna varmıştır. (Ayhan/Türkiye (no. 1), no. 45585/99, 10.11.2004; Gül ve diğerleri/Türkiye, no. 4870/02, 08.06.2010; Çamyar ve Berktaş/Türkiye, no. 41959/02, 15.02.2011; Yavuz ve Yaylalı; Faruk Temel; Öner ve Türk; Belge; Fatih Taş/Türkiye (no. 2), no. 6813/09, 10.10. 2017; Selahattin Demirtaş; Bayar/Türkiye [komite], no. 24548/10 , 19.06.2018; Sarıtaş ve Geyik/Türkiye [Komite], no. 70107/11, 19.06.2018, Arslan ve diğerleri/Türkiye [Komite], no. 3752/11, 10.07.2018; Dünder ve Aydınkaya/Türkiye [Komite], no. 37091/11, 10.07.2018; Polat ve Tali/Türkiye [Komite], no. 5782/10, 25.09.2018).

Buna karşın, bazı diğer davalarda, başvuranların ulusal mahkemeler tarafından cezaya mahkûm edilmesine sebep olan ihtilaf konusu yazı, beyan veya eylemleri, kendisi incelememiş, daha çok, ulusal mahkemelerin kararlarında ilgililerin mahkûm edilmesine dayanak gösterdikleri gerekçeler hakkında usul yönünden bir incelemede bulunmuştur. Mahkeme, bu inceleme yöntemine, özellikle ihtilaf konusu yazı, beyan veya eylemlerin şiddet kullanımına, silahlı direnişe ya da ayaklanmaya çağrı içerdikleri veyahut da nefret söylemi teşkil ettikleri şeklinde değerlendirilemeyeceğinin kesin ve net olmadığı durumlarda başvurmuştur ve bu konu, Sözleşme’nin 10. maddesi açısından şiddeti, nefreti veya hoşgörüsüzlüğü beslediği ya da haklı gösterdiği ileri sürülen sözlü veya yazılı ifadelerle ilgili içtihatlarında oluşturulan ilkelere uygun olarak özellikle söz konusu yazı, beyan veya eylemlerin içeriğine, dâhil oldukları bağlama, zarar verme ihtimaline ve davanın koşullarına ilişkin bir inceleme yapılmasını gerektirmiştir.

Mahkeme ayrıca, bu ikinci dava grubunda, ulusal makamların, başvuranların cezaya mahkûm edilmesini haklı göstermek için tatmin edici bir gerekçelendirme yapmadıkları ya da ilgili ve yeterli sebepler sunmadıkları ve özellikle ihtilaf konusu yazı, beyan veya eylemlerin, içerikleri, yazıldıkları bağlam ve zarar verme ihtimalleri bakımından, şiddet kullanımına, silahlı direnişe veya ayaklanmaya çağrı olarak ya da nefret söylemi teşkil ettikleri şeklinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hakkında yeterli açıklamalarda bulunmadıkları; ulusal makamların, ifade özgürlüğüne ilişkin davalarda Mahkeme tarafından bildirilen ve uygulanan bütün kriterler bakımından, uygun bir incelemede bulunmadıkları veya başvuranın ifade özgürlüğü hakkı ile izlenen meşru amaçlar arasında adil ve içtihatlarıyla belirlenen kriterlere uygun bir denge gözetmedikleri kanaatine varmıştır. (Halis/Türkiye, no. 30007/96, 11.01.2005; Menteş/Türkiye (no. 2), no. 33347/04, 25.01.2011, Fatih Taş/Türkiye (no.4), no. 51511/08, 24.04.2018; Mart ve diğerleri/Türkiye, no. 57031/10, 19.03.2019; Yigin/Türkiye [Komite], no. 36643/09, 30.01. 2018; Zengin ve Çakır/Türkiye [Komite], no. 57069/09, 13.02.2018)

Bu durumda ifadenin ulusal güvenlik ve kamu düzenini tehdit ettiği iddia edilen tüm davalarda bu ifadenin ne şekilde şiddete çağrı ve/veya nefret söylemi olarak nitelendirildiğinin kararda açıklığa kavuşturulması gerekir.

Diğer taraftan Mahkeme, *Hatice Çoban/Türkiye* (no. 36226/11, 29 10.2019) davasında, Sözleşme'nin 10. maddesiyle güvence altına alınan ifade özgürlüğünün kullanımına yapılan bir müdahalenin orantılılığının değerlendirilmesi söz konusu olduğunda, dikkate alınması gereken etkenler olan usuli güvenceler alanında, ulusal mahkemelerin, başvuranın cezaya mahkûm edilmesine dayanak olarak kabul ettikleri ana delil unsurunun içeriğinin güvenilirliği ve doğruluğu hakkında başvuran tarafından ileri sürülen uygun iddialara cevap vermemiş olmaları sebebiyle, Sözleşme'nin 10 maddesi anlamında söz konusu farklı menfaatler arasında bir denge kurmaya dayanan görevlerini yerine getirmedikleri kanaatine varmıştır (§§ 38-40). Görüldüğü gibi *Hatice Çoban* başvurusundaki ihlal nedeni doğrudan usuli bir eksiklik, yani, başvurunun yaptığı konuşma hakkında polis tarafından tutulan tutanak ile yayınlanan basın bültenlerindeki içeriklerin örtüşmemesi nedeniyle konuşma içeriğinin tespiti için tanık dinletme taleplerinin kabul edilmemiş olmasıdır. Bu başvuruda da başvurucu ayrıca 6. Madde ihlali talebinde bulunmasına rağmen Mahkeme bu madde yönünden ayrı bir inceleme yapma gereği duymamıştır. Bu usuli eksikliğin ifade özgürlüğünü ihlal ettiğine karar vermekle yetinmiştir.

3. Genel sağlık ve Genel Ahlakın Korunması **Amacına Yönelik Müdahaleler**

Genel sağlık ve genel ahlakın korunması amacıyla ifade özgürlüğüne yönelik müdahalelerde genellikle devletin takdir yetkisinin daha geniş olduğu kabul edilmektedir. Bu çerçevede dini inancın korunmasının, her bir Sözleşmeci Devletin kendine özgü koşullarına bağlı olarak, ahlakın korunması meşru amacı kapsamında değerlendirilebileceği kabul edilmektedir (*Sekmadienis Ltd. / Litvanya*, § 69). Dini inançlara yapılan saldırılar ve başkalarının haklarının korunmasına bağlı yaptırımlar konusunda Avrupa ülkelerinde ortak bir anlayış bulunmadığından, ahlak ya da din konularında

kişisel inançları incitebilecek alanlarda ifade özgürlüğünü düzenlerken, Sözleşmeciler Devletlerin takdir alanı genişlemektedir (Aydın Tatlav/Türkiye, § 24; Rabczewska/Polonya, § 52).

Mahkeme genel sağlığın ve ahlakın korunması amacıyla ifade özgürlüğüne yapılan müdahalelerin demokratik bir toplumda gerekliliğini değerlendirirken ifadenin niteliği, içeriği ve ifadenin etkisi ile yaptırımın ağırlığını dikkate almaktadır.

a) Din Özgürlüğü ile İfade Özgürlüğünün Çatışması Hali

İfadelerin kamusal tartışmaya katkısı müdahale amacından bağımsız olarak devletin müdahale konusundaki takdir yetkisini daraltır. Dine yönelik ifadeler bakımından Mahkeme, ifadelerin tonlama açısından hakaret içerip içermediğinin ve söz konusu inanca mensup kişilerin doğrudan hedef alınıp alınmadığının ya da kutsal sembollere saldırı teşkil edip etmediğinin belirlenmesinin gerektiğini belirtmiştir. Dolayısıyla, dinlerini açıklama özgürlüğünü kullanmayı tercih eden kimseler doğal olarak hiçbir eleştiriye maruz kalmamayı bekleyemez ve dini inançlarının başkaları tarafından reddedilmesine ve hatta kendi inancına ters doktrinlerin diğerleri tarafından yayılmasına tolerans göstermek ve kabul etmek zorundadırlar (Otto-Preminger-Institut / Avusturya, § 47). Mahkeme, bir dine mensup kimselerin duygularını incitebilecek düzeyde provokatif bir şekilde dini tapınma öğelerinin sunulmasının demokratik toplumların temellerinden biri olan hoşgörü ruhunun kötü niyetli olarak ihlal edilmesi olarak görülebileceği kanaatindedir (E.S./Avusturya, § 53). Bu çerçevede AİHM, İslam dininin Peygamberini bir illüstrasyon şeklinde pedofili ile suçlayan bir konuşmacının, bu kötü niyetli saldırılarının ön yargıya sebep olabileceğinden ve dini barışı risk altına sokabileceğinden dolayı mahkûm edilmesinin Sözleşme'nin 10. maddesine yönelik bir ihlal oluşturmadığına karar vermiştir (§§ 57-58).

Diğer yandan Kuran'ın eleştirel bir yorumuna ilişkin kitap yayınlayan başvuruçunun cezalandırılmasıyla ilgili başvuruda Mahkeme, Müslümanların kitabı okuduklarında dinlerine yönelik yapılan iğneleyici yorumlar dolayısıyla incinebilecek olsalar da özellikle Müslümanlar hakkında doğrudan inananlara yönelik yapılan yorumlarda hakaret içeren bir ton ya da kutsal sembollere yönelik kötü niyetli saldırı bulunmadığı yönünde bir kanıya vararak müdahalenin orantısız olduğuna karar vermiştir (Aydın Tatlav / Türkiye, §§ 26-31).

Laik bir hukuk sistemi içerisinde devletin bir dini koruması düşünülmemeyeceği için ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasını meşru kılacak sebep dinin değil o dine inananların haklarının korunmasıdır. Bu nedenle, dinsel nefret söyleminin (*religious hatred*) cezalandırılması konusunda tartışmalı da olsa güçlü bir eğilim bulunmakla birlikte, din ve dinsel duyguları aşağılamaya yönelik suçların (*blasphemy*, *religious insult*) cezalandırılmaması konusunda liberal demokrasilerde yaygın bir kabul oluşmuş durumdadır.

Venedik Komisyonu'nun 2008 raporuna göre, dine hakaret (*blasphemy*) sadece yedi Avrupa Konseyi üyesi ülkede suçken, dinsel duygulara hakaret (*religious insult*) Konsey üyesi ülkelerin yarısında bulunmaktadır. Aynı raporda Venedik Komisyonu açıkça şu ifadelere yer vermiştir: Dine hakaret suçu tüm Konsey üyelerinde terk

edilmelidir. Nefrete teşvikin kurucu unsur olmadığı durumlarda dinsel duygulara hakaret de suç olmaktan çıkarılmalıdır. (European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Report on the relationship between freedom of expression and freedom of religion: the issue of regulation and prosecution of blasphemy, religious insult and incitement to religious hatred, 17-18 October 2008, Doc. No. CDL-AD(2008)026).

Türkiye'nin de tarafı olduğu Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin denetim organı İnsan Hakları Komitesi, 2011 yılında yayımladığı Düşünce ve İfade Özgürlüğü Genel Yorumunda "Bir dine veya inanç sistemine saygı göstermemenin yasaklanmasının Sözleşmeye aykırı olacağını" belirtmiştir. (General Comment No. 34, Article 19: Freedoms of opinion and expression, CCPR/C/GC/34, 12 Eylül 2011, § 48)

Bu nedenle ifade özgürlüğü ile çatışan değerlerin dinin bizzat kendisi değil o dine inananların hakları olduğu dikkate alınmalı ve dengeleme testi buna göre yapılmalıdır. Yani doğrudan bir dinin ya da inanç sisteminin eleştirisi sınırlama konusu yapılmamalı, o dine inananları hedef alan nefret ifadeleri sınırlandırılmalıdır.

Örneğin AİHM içtihadında, bir din görevlisine, din alimine, hatta kilisenin genel olarak dünya görüşüne kötü söz söylediği için cezalandırılması meşru görülen tek bir örnek mevcut değildir. *Ginewski/Fransa* davasında başvuru Katolik kilisesini Yahudi Soykırımının temellerini atmakla itham etmiştir. Başvuru yazısında şu ifadelerle yer vermiştir: "Pek çok Hristiyan, kutsal metinlerdeki Yahudi karşıtlığının ve Eski Ahit'in Yeni Ahit'in 'gerçekleşmesi' doktrininin Yahudi karşıtlığına yol açtığını ve Auschwitz fikrinin ve uygulamasının temelini hazırladığını kabul etmiştir." Başvuru bu ifadesi nedeniyle Hristiyan toplumuna hakaret ettiği gerekçesiyle yargılanıp mahkûm olmuştur. AİHM, bu cezanın Sözleşmeyi ihlal ettiğine karar vermiştir. Mahkeme, ifadelerin dinleyenleri şoke etse bile nefret ve saygısızlık taşımadığını ve ifade özgürlüğü kapsamında kaldığını saptamıştır. (*Ginewski/Fransa*, no. 64016/00, § 52, 31.01.2006,)

Ginewski/Fransa davasında olduğu gibi *Klein/Slovakya* davasında da dini derneklerin şikayeti ile başvuru hakkında ceza soruşturması başlatılmıştır. Klein, ulus, ırk ve inanca hakaretten yargılanmıştır. Klein, Slovakya Kilisesini çok ağır ifadelerle eleştirdiği ve dalga geçtiği yazısında Slovakya Başpiskoposu hakkında "Düzgün Katoliklerin neden böyle bir ucube tarafından yönetilen organizasyondan ayrılmadıklarını hiç anlamıyorum" ifadelerine de yer vermiştir. AİHM söz konusu makalenin inananların inançlarının gereğini yerine getirmesine bir etkisinin olmadığını ve dini inancın içeriğine yönelik bir aşağılama olmadığı gerekçesiyle başvurucağının ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir. (*Klein/Slovakya*, no.72208/01, § 52, 31.10.2006).

Bir kimsenin Sözleşmenin 9. maddesinde öngörüldüğü gibi inancını yaşama hakkını kullanması, çoğunluğun veya azınlığın dinine mensup olması fark etmeksizin onun bu inanca karşı yapılan eleştirilerden masun olacağı anlamına gelmez. İnananlar, dini inanışlarının başkalarının reddedilmesini de bu inanca karşıt görüşlerin propagandasını da sineye çekmek durumundadırlar (*Otto-Preminger-Institut/Avusturya*, no. 13470/87, § 47, 20.09.1994; *İ.A./Türkiye*, no. 42571/98, § 28, 13.09.2005; *Aydın Tatlav/Türkiye*, no. 50692/99, § 27, 02.05.2006). Mahkeme, dini grupların; dinsel duygu ve inanışlarının başkalarının reddedilmesini, inkâr edilmesini, hatta inanışlarıyla

karşıt, taban tabana zıt görüşlerin propagandasının yapılmasını -nefret söylemine veya dinsel hoşgörüsüzlüğe teşvik olmadığı sürece tahammülle karşılamak zorunda olduklarını vurgulamıştır (E.S/Avusturya, no. 38450/12, § 52, 25.10.2018).

Öte yandan çoğunluğun bir inanca sahip olması o inancı daha çok korunmaya layık da kılmaz. AİHM, çoğunluğun rahatsızlığı argümanının azınlığın Sözleşme tarafından korunan haklarının kullanılabilmesinin çoğunluğun rızasına bağlı olması koşulu anlamına geleceğini ve bunun Sözleşme'nin temel ilkelerine aykırı olacağını ve çoğulcu bir demokraside kendi dini inanışlarını açıklayan kişilerin her türlü eleştiriden muaf olmayı beklemelerinin kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. Demokratik bir toplumda inananlar, inançlarının başkaları tarafından reddedilmesini hatta başkalarının inançları aleyhine düşmanca görüşler ileri sürmesini kabul etmeli ve hoşgörü göstermelidir. (Sekmadienis Ltd/Litvanya, no. 69317/14, §§ 79-82, 30.1.2018).

Son dönemde Türkiye'de dine hakaret gerekçesiyle yapılan yargılamalarda bir artış olduğu gözlemlenmektedir. Hatta koşulları hiç mevcut olmamasına rağmen bu yargılamaların bir kısmı TCK'nın 216/1 hükmünde düzenlenen "Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik etme" suçundan yürütülmektedir (Hakan Aygün [1. B.], B. No: 2020/13412, 12/1/2021, özellikle § 60). Sanatçı Gülşen'in konserde imam hatip mezunlarına söylediği ifade nedeniyle yargılanması,⁵² Fazıl Say'ın Hayyam'dan yaptığı bir alıntının suç konusu yapılması⁵³ veya Leman Dergisinde yayımlanan bir karikatür nedeniyle hem sanatçının hem de dergi çalışanlarının suçlanması⁵⁴ bu kapsamda akla gelen ilk örneklerdir.

Bu davalarda karar aşamasında da yaşanan sorunlardan biri AİHM kararlarına yapılan atıflardır. AİHM bu alanda verdiği yakın tarihli kararların çoğunda ifade özgürlüğünün din özgürlüğüne ağır bastığını gerekçeli bir şekilde açıklamıştır. Ancak daha eski tarihli ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasını meşru gördüğü kararlarda da kişilerin ifadeleri nedeniyle özgürlüğünden mahrum bırakılması gerektiğini kabul etmiş değildir. Örneğin AİHM *Otto Preminger Institute/Avusturya* (no. 13470/87, 20.09.1984) başvurusunda başvurunun konusu da derneğin gösterimini yaptığı filme el koyulmasını ölçülü bir müdahale olarak görmüştür. Ancak bir tüzel kişi tarafından yapılan başvuruda ilgililerinin hapis cezası alması söz konusu değildir.

İslam peygamberine ilişkin çok ağır ifadelerin kullanıldığı *İ.A/Türkiye* (no. 42571/98, 13.09.2005) vakasında da AİHM 4'e 3 çoğunlukla ihlal bulmamıştır. Ancak bu sonuca ulaşırken Mahkemenin yaptırımın ölçülülüğünün dikkate alındığı görülmektedir. Başvurucu yargılama sonucunda günün parasıyla 3,291,00 TL para cezasına çarptırılmıştır. O gün itibarıyla bu cezanın 16 dolar düzeyinde olduğu görülmektedir. AİHM bu cezanın orantılı olduğunu saptarken şu ifadeleri kullanmıştır: "İtiraz edilen tedbirin

52 BBC, Gülşen'e 10 ay hapis cezası verildi, hükmün açıklanması geri bırakıldı

<https://www.bbc.com/turkce/articles/clm9g1pjl0o>; AA, Şarkıcı Gülşen'in yargılandığı davada karar açıklandı <https://www.aa.com.tr/tr/gundem/sarkici-gulsenin-yargilandi-davada-karar-aciklandi/2887655>

53 BBC, Fazıl Say'a Hayyam twitinden 10 ay hapis, https://www.bbc.com/turkce/haberler/2013/04/130415_fazil_say_karar

54 Independent Türkçe, LeMan dergisi yöneticileri hakkında 4 yıl 6 aya kadar hapis istemiyle iddianame düzenlendi, <https://www.indyturk.com/node/764373/haber/leman-dergisi-y%C3%B6neticileri-hakk%C4%B1nda-4-y%C4%B1l-6-aya-kadar-hapis-istemiyle-iddianame>

orantılılığı konusunda, Mahkeme, iç hukuk mahkemelerinin kitabı el koyma kararı almadığını dikkate alarak, verilen önemsiz para cezasının amaçlanan hedeflerle orantılı olduğu sonucuna varmıştır (§32).

Buradan da anlaşılabilirliği üzere TCK 216'ya dayanılarak verilecek cezaların çok istisnai hallerde ilgili ve yeterli gerekçeye dayandığı kabul edileceği gibi hapis cezası gibi ağır bir cezanın verilmesi halinde de bunun gerekçesinin çok açık bir şekilde ortaya konması gerekecektir.

Uygulamada bu hususlara da dikkat edilmediği gözlenmektedir.

b) Ahlak ve Kamu Sağlığı

Ahlaki değerler ve kamu sağlığının korunması şeklindeki meşru amacı izleyen bir müdahalenin gerekçelendirilmesine yönelik yapılan incelemede söz konusu materyalin toplum üzerindeki etkisini ölçme konusunda tartışma konusu metne erişimi olan toplumdaki bireylerin kırılganlığı önemli bir kriterdir.

İfadelerin muhatabı olan kitlenin kırılganlığı, genel ahlak bağlamında *Handyside/Birleşik Krallık* başvurusunda müstehcen olduğu iddia edilen içeriklerin 12-18 yaş çocukları hedef alması dolayısıyla müdahalenin meşruiyetine gerekçe yapılmıştır. Bu gerekçe aynı zamanda sağlığın korunması için de geçerlidir. Mahkeme, bütün ürünleri kullanımını teşvik edebilecek yazılar içeren bir derginin okurlarının çoğunluğunu daha savunmasız olan gençlerin oluşturmasından dolayı mesajın bu grup üzerindeki etkisinin dikkate alınması gerektiğini vurgulamıştır. Sonuç olarak, Mahkeme bir davada, suç teşkil eden yayınların insanları, özellikle de gençleri bütün ürünleri tüketmeye teşvik edebilecek nitelikte görülmesinin, müdahaleyi haklı kılmak için ilgili ve yeterli bir neden olduğuna karar vermiştir (*Société de conception de presse et d'édition ve Ponson / Fransa*, no. 26935/05, §§ 58-60, 05.03.2009).

Diğer taraftan, mesajların agresif, cinsel açıdan sansürsüz olmaması ya da belirli bir cinsel davranışı teşvik etmemesi halinde ve reşit olmayanlar için çeşitlilik, eşitlik ve hoşgörü fikirlerinin sunulması halinde mesajların çocuklar gibi savunmasız kitleler için özellikle erişilebilir olması Devletin müdahalesini meşru kılması için yeterli değildir (*Bayev ve Diğerleri / Rusya*, no. 67667/09, § 82, 20.06.2017).

Müdahalenin demokratik toplumda gerekliliğinin diğer bir ölçütü de uygulanan yaptırımın orantılı olmasıdır. Meşru amaca erişmek için gerekli en hafif yaptırımın uygulanmaması halinde yaptırımın ölçülü olduğu söylenemez. Mesela Mahkeme, hamile kadınlara, yaşlarına, sağlık durumlarına veya hamileliğin sonlandırılması konusunda danışmanlık alma nedenlerine bakılmaksızın, yurtdışındaki kürtaj tesisleri hakkında bilgi verilmesine yönelik sürekli bir kısıtlamanın çok geniş olduğuna ve dolayısıyla izlenen amaçlarla orantısız olduğuna karar vermiştir (*Open Door ve Dublin Well Woman / İrlanda*, no. 14234/88 14235/88, §§ 73-80, 29.10.1992).

Aynı şekilde, Mahkeme, başka uygun alternatifler mevcut olmasına rağmen, yerel makamlar tarafından bir derginin tüm nüshalarına el konulmasının orantısız olduğunu tespit etmiştir (*Kaos GL/Türkiye*, no. 4982/07, §§ 61 ve 63, 22.11.2016).

Mahkeme, ilke olarak, barışçıl ve şiddet içermeyen ifade biçimlerinin hapis cezası tehdidinde maruz bırakılmaması gerektiği görüşündedir (*Murat Vural/Türkiye*, no.

9540/07, § 66, 21.10.2014). Feminist bir aktivist olan başvurucunun, Katolik Kilisesi'nin kürtaj konusundaki tutumunu protesto etmek amacıyla Paris'teki bir kilisede üstsüz olarak kürtaj taklidi yaptığı gösteriyle bağlantılı olarak “cinsel teşhir” suçundan yargılanarak bir ay ertelenmiş hapis cezasına çarptırıldığı bir başvuruda, Mahkeme, başvurucuya uygulanan yaptırımı ağır bulmuştur. Mahkeme, başvurucunun ifadesinin kamu yararını ilgilendiren bir konuyla ilgili olması nedeniyle, davalı Devlet'in takdir yetkisinin dar olduğunu ve bu nedenle, ertelenmiş olsa bile, hapis cezasının ancak istisnai durumlarda haklı gösterilebileceğini belirtmiştir (Bouton / Fransa, no. 22636/19, §§ 48-54, 13.10.2022). Hapis cezası, ancak başka bir hakkı ihlal eden nefret söylemi gibi ağır ifadeler karşısında meşru görülebilir. Ancak bu ilke kamu yararını ilgilendirmeyen, mesela ticari reklamlar gibi, ifadeler açısından uygulanmaz (Perrin/ Birleşik Krallık, kk no. 5446/03, 18.10.2005).

Ayrıca, para cezasının veya tazminata hükmedilmesinin orantılılığının değerlendirilmesinde, söz konusu söylemden sorumlu kişinin bireysel durumunun ve özellikle de söz konusu meblağları ödeme kapasitesinin dikkate alınması gerekmektedir. Suç teşkil eden materyalin yayıncılarının para cezası ve tazminat olarak “önemli” meblağlar ödemesine hükmedilen bir davada, Mahkeme, yaptırımın ağırlığını inceleyen, bunun yüksek tirajlı bir dergiden elde edilen gelirle karşılaştırılması gerektiğine karar vermiştir (Société de conception de presse et d'édition ve Ponson / Fransa, § 62).

Mahkeme'ye göre, bir tedbir veya yaptırımın meşruiyeti, söz konusu ifadenin sahibinin ifade özgürlüğü üzerindeki genel etkisi ışığında da incelenmelidir. Bu nedenle, Mahkeme, derneğin kendisinin veya web sitesinin yasaklanmasının orantısız olabileceğini, ancak söz konusu kısıtlamanın kapsamının yalnızca kamuya açık yerlerde afişlerin sergilenmesiyle sınırlandırılmasının, başvuran derneğin haklarının asgari düzeyde zedelenmesini sağlamanın bir yolu olduğunu değerlendirmiştir (Mouvement raëlien suisse / İsviçre [BD], no. 16354/06, § 75, 13.07.2012).

Türkiye'de dine yönelik ifadelerin sıklıkla ceza davalarına konu yapılması gibi cinsel yönelime yönelik de baskının giderek arttığı görülmektedir. Hükümete yakın medya ve hatta üst düzey siyasetçiler LGBTİ+ bireyleri sürekli “sapkın” olarak nitelermekte bu kişilere yönelik tedbirlerin artırılmasını talep etmektedirler. Şarkıcı Mabel Matiz hakkında açılan ceza soruşturmasının⁵⁵ arkasında da bu yeni dalganın rolü olduğu açıktır.

Bu tür davalarda, salt toplumun bir kesiminin rahatsızlığından hareket ederek karar kurulamayacağı açıktır. Madde metninden anlaşılabileceği üzere suçun oluşması için tahrik tek başına yeterli değildir. Aynı zamanda söz konusu eylemin kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlike yaratması ya da kamu düzenini bozma ihtimalinin bulunması gerekir. Tehlikenin ifade nedeniyle ortaya çıkması, diğer bir ifade ile ortaya çıkan tehlike ile ifade arasında illiyet bağının olması, bu şekilde ortaya çıkan tehlikenin varlığının somut olarak saptanması ve bunun yanında, bu tehlikeden kaynaklanan zararın ortaya çıkması durumunun, derhal önlem alınmadığı takdirde gerçekleşmesinin çok güçlü bir ihtimal olduğunun da ortaya konulması gerekmektedir. Yine bu fiilin cezalandırılabilmesi için ifadenin “kamu barışını bozmaya elverişli” olması gerekmektedir. Yargıtay kararları uyarınca da salt yüz çevirme, soyut bir

55 BBC, Mabel Matiz'e 'müstehcenlik' suçlamasıyla üç yıla kadar hapis istemi, <https://www.bbc.com/turkce/articles/cj4yeke1502o>

ret veya saygısızlık ifade eden bir davranışta bulunma veya bu yönde sözler sarf etme, suçun gerçekleşmesi bakımından yeterli görülmemektedir (Yargıtay CGK E:2007/244, K:2008/92, 28.04.2008).

Soruşturma bölümünde de ifade edildiği gibi LGBTİ+ bireylerden hoşlanmayan bir grubun bulunmaması bu unsurun gerçekleştiğini ortaya koymaz. LGBTİ+ bireylere ilişkin bir paylaşımın başkalarının hak ve özgürlüklerini kısıtlama tehdidi içerdiğinin ortaya konması gerekir. Karar bu unsuru tartışmadan salt çoğunluğun rahatsızlığı argümanı ile cezalandırma yönünde kurulursa bu durumda gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmak gerekir.

TCK 216/3, 225, 226, 190/2 vb suçlarla ilgili yargılamalarda ceza mahkemelerinin yukarıda açıklanan ilkeler çerçevesinde bir inceleme ve değerlendirme yapmaları gerekir. Karar gerekçelerinde bu ölçütlere göre bir değerlendirme yapılmaması halinde de AYM ve AİHM ilgili ve yeterli gerekçe yokluğu nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verebilirler.

4. Nefret Söylemine İlişkin Değerlendirme Ölçütleri

Nefret söyleminin uluslararası hukukta evrensel olarak kabul edilen bir tanımı bulunmamaktadır. Ortak tanıma ilişkin bu eksiklik ve terimin anlamı üzerinde uzlaşma olmaması ifade özgürlüğü kapsamındaki söylemlerin engellenmesi amacıyla “nefret söylemi” terimini kötüye kullanıma açık hale getirmektedir.

1997 tarihli Avrupa Konseyi’nin nefret söylemine ilişkin tavsiyesinde, “**nefret söylemi**” teriminin “**ırksal nefreti, yabancı düşmanlığını, antisemitizmi yayan, kışkırtan, teşvik eden veya meşrulaştıran tüm ifade biçimlerini veya agresif milliyetçilik ve etnosantrizm tarafından ifade edilen hoşgörüsüzlük, azınlıklara, göçmenlere ve göçmen kökenli kişilere karşı ayrımcılık ve düşmanlık dahil olmak üzere hoşgörüsüzlüğe dayalı diğer nefret türleri**” kapsayacak şekilde anlaşılması gerektiği” belirtilmiştir.⁵⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi hoşgörüsüzlüğe (dini hoşgörüsüzlük dahil) dayalı nefreti yayan, kışkırtan, teşvik eden veya meşrulaştıran tüm ifade biçimlerinden yalnızca belirli bir düzeyde şiddeti teşvik eden ifadeleri nefret söylemi olarak nitelendirir. Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin 20 (2). Maddesi yasaklanması gereken söylemi, “ayrımcılığa, düşmanlığa veya şiddete tahrik oluşturan her türlü ulusal, ırksal veya dini nefretin savunulması” olarak tanımlanmaktadır. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, bu türden bir “nefret söylemi” propaganda-sının yasaklanmasının, MSHUS Madde 19.3’e göre tüm kısıtlamalara tabi olması ve katı gereklilik ve orantılilik testlerine uyması gerektiğine karar vermiştir.⁵⁷

⁵⁶ Avrupa Konseyi, Bakanlar Kurulu, Tavsiyeler R (97) 20 (1997).

⁵⁷ BM İnsan Hakları Komitesi, Genel Yorum No.34, UN Doc. CCPR/C/GC/34, 12.09.2011, § 50.

Ayrıca bkz. Irkçılığa ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu (ECRI) nefret söylemini aşağıdaki şekilde tanımlanmıştır: “Bir kişiye veya bir gruba karşı aşağılama, nefret veya kötülemenin savunulması, teşvik edilmesi veya kışkırtılması yanı sıra ırk, renk, köken, ulusal veya etnik köken, yaş, engellilik, dil, din veya inanç, cinsiyet, cinsel kimlik, cinsel yönelim ve diğer kişisel özellikler nedeniyle bir kişi veya gruba yönelik her türlü taciz, hakaret, olumsuz klişeleştirme, damgalama veya tehdit ile mahkemelerce meydana geldiği tespit edilen soykırım suçlarının, insanlığa karşı suçların veya savaş suçlarının ve bu tür suçları işledikleri için hüküm giymiş kişilerin yüceltilmesi, alenen inkar, önemsizleştirme, gerekçelendirme veya göz yumma şeklinde olabilir.”

Farklı tanımlar arasında oluşan belirsizliğin giderilmesi, yasaklanacak nefret söylemi ile örneğin saldırgan, şok edici veya rahatsız edici nitelikli hukuka uygun ifadeler arasındaki farkı açıklığa kavuşturmak için ayrımcılığa, düşmanlığa veya şiddete teşvik oluşturan ulusal, ırksal veya dini nefretin savunuculuğunun yasaklanmasına ilişkin BM Rabat Eylem Planı tarafından altı unsurlu bir test geliştirilmiştir:

İfadenin bağlamı: Bağlam, belirli ifadelerin hedef gruba karşı ayrımcılığı, düşmanlığı veya şiddeti teşvik edip etmeyeceğinin değerlendirilmesinde büyük önem taşır. İfade, kullanıldığı yaygın sosyal ve siyasi koşullar içerisinde değerlendirilmelidir.

İfadenin sahibi: İfade sahibinin toplumdaki konumu, özellikle de ifadenin yöneltildiği dinleyici kitlesi bakımından ilgili konumun önemi dikkate alınmalıdır.

Niyet: BM Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi'nin 20. maddesi ihmalen veya dikkatsizlik sonucu kullanılan ifadeler ile yasaklanması gereken savunuculuk ve kışkırtma kapsamındaki ifadeleri ayırmaktadır. Savunuculuk terimi hedef gruba yönelik nefreti alenen teşvik etme niyetini gerektirme şeklinde, kışkırtma ise ulusal, ırksal veya dini gruplara mensup kişilere karşı ayrımcılık, düşmanlık veya şiddete yönelik yakın bir risk oluşturan ifadeler şeklinde anlaşılmalıdır.

İçerik ve biçim: Kullanılan ifadenin ne derece kışkırtıcı ve doğrudan olduğuna ek olarak kullanılan argümanların biçimi, tarzı, niteliği veya kullanılan argümanlar arasında kurulan denge dikkate alınmalıdır.

İfadenin kapsamı: Kapsam bakımından dikkate alınması gereken unsurlar arasında ifadenin etki alanı, ifadenin kamuya açık olup olmadığı, hangi yayma araçlarının kullanıldığı, ifadenin eriştiği kitlenin büyüklüğü gibi unsurlar bulunur.

Tehlikenin gerçekleşme ihtimali: İfadenin, hedefindeki gruba karşı kışkırtılan eylemi teşvik etme girişiminde başarılı olacağına dair makul bir olasılık bulunup bulunmadığı, kışkırtan ifade ile kışkırtılan eylemin gerçekleşmesi arasındaki nedensellik bağının yeterince doğrudan olup olmadığı tehlikenin gerçekleşme ihtimali kapsamında değerlendirilir.

BM Nefret Söylemi Stratejisi ve Eylem Planında⁵⁸ ise söylemin nefret söylemi olduğu tespit edilmesini müteakiben nefret söylemine yanıt vermek için kapsamlı bir yaklaşım benimsemiş ve üç düzeyde hukuka aykırı ve hukuka uygun ifade tanımlamıştır. En üst düzeyde, uluslararası hukuk tarafından yasaklanmış ve “Rabat Eşik Testi”ni karşılayan hukuka aykırı nefret söylemi cezai yaptırım gerektirmektedir. Orta düzeyde, belirli nefret söylemi biçimleri; ancak yalnızca yasalar tarafından kısıtlamalar öngörülmüşse, meşru bir amaç güdüyorsa ve gerekli ve orantılıysa yasaklanabilecektir. Bu daha az şiddetli nefret söylemi biçimleri, medeni veya idari hukuka

⁵⁸ Birleşmiş Milletler, Nefret Söylemine İlişkin Eylem Stratejisi ve Planı, BM Saha Sorumluları için Uygulama Hakkında Ayrıntılı Kılavuz, Eylül 2020, s. 10, https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/UN%20Strategy%20and%20PoA%20on%20Hate%20Speech_Guidance%20on%20Addressing%20in%20field.pdf

dayalı kısıtlamalara veya kamu politikalarına konu olmalıdır. En alt düzeyde; saldırgan, şok edici veya rahatsız edici ve hukuka uygun ifadelerin yayılmasına ise yasal kısıtlamalar getirilmemelidir.

Avrupa Konseyi bölgesinde, internette ifade ve diğer ifade türlerine ilişkin herhangi bir kısıtlama, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinde belirtilen katı kriterleri karşılamalıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihadına göre, içeriğe dayalı herhangi bir kısıtlama veya müdahale kanunla sağlanmalı, meşru bir amaca sahip olmalı, müdahale demokratik bir toplumda gereklilik ve orantılılık testlerine uygun olmalıdır.

AİHM tarafından, konuşmanın niteliğine bağlı olarak, nefret söylemine ilişkin olarak iki farklı yaklaşım benimsenmiştir. İlk olarak AİHM Sözleşme'nin benimsediği temel değerleri dışlayan veya öngördüğü demokratik düzeni yıkma amacı taşıyan nefret söylemini, Sözleşme'nin "Hakları kötüye kullanma yasağı" kenar başlıklı 17. maddesi kapsamında ele almış ve Sözleşme'nin korumasının dışında tutmuştur (Almanya Komünist Partisi/Almanya Federal Cumhuriyeti, no: 250/57, 20/7/1957; Nachtmann/Avusturya, no: 36773/97, 9/9/1998; Garaudy/Fransa, no: 65831/01, 24/6/2003; Norwood/Birleşik Krallık, no: 23131/03, 16/11/2004)

Şiddete teşvik eden ve terörist faaliyetlere destek veren (Roj TV A/S / Danimarka, No. 24683/14, 17/04/2018), Holokost'u inkâr eden ya da Nazi yanlısı bir politikayı meşrulaştıran (Williamson/Almanya, no. 64496/17, 08.01.2019) etnik, dinsel ve ırksal nefret içeren ifadeleri bu kapsamda değerlendirmiştir. Örneğin "Yahudilerin insan onuru hakkına sahip olmadığı"na dair ifadeler (Pavel Ivanov / Rusya, 35222/04, 20.2.2007), "Surinamlıların, Türklerin ve diğer göçmen işçilerin Hollanda'dan çıkarılmasını savunan ırkçı siyasi görüşler" (Glimmerveen ve Haqenbeek / Hollanda, no. 8348/78, 11.10.1979) dini bir grubu bütünüyle ciddi bir terör eylemi ile ilişkilendiren görüşlerin (Norwood / Birleşik Krallık, no. 23131/03, 16.11.2004) AİHS md. 17 çerçevesinde Sözleşmenin korumasından yararlanmayacağı tespit edilmiştir.

AİHM ifadenin temel hakları yok etmeye yönelik olmadığı, Sözleşme ile güvence altına alınan hakları ortadan kaldırma amacı taşımadığı hallerde "nefret söylemi" boyutuna ulaştığını değerlendirdiği ifadeler yönünden Sözleşme'nin 10. maddesinin (2) numaralı fıkrasında öngörülen ifade özgürlüğünün sınırlanma koşullarını göz önüne alarak inceleme yapmıştır.

Bu kapsamda her şeyden önce konuşmanın metni veya içeriğinin yanı sıra yapıldığı bağlamın da dikkate alınması gerektiği, konuşmayı kimin dile getirdiği, nerede ve ne zaman yapıldığı, hedef kitlesi, ifadenin şiddete, nefrete veya hoşgörüsüzlüğe yol açma konusunda gerçek ve yakın bir tehlikenin bulunup bulunmadığı da dahil olmak üzere birçok faktörün değerlendirilmesini gerektiği tespit edilmiştir. AİHM, ulusal mahkemelerce davanın bağlamının, kamu yararının ve yazarın yahut konuşan kişinin niyetinin, bir dereceye kadar provokasyon veya abartı kullanılmasını haklı gösterip göstermediğinin dikkate alınmasının zorunlu olduğunu vurgulamış, bu ölçütlere göre bir değerlendirme yapılmadığı takdirde ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin Sözleşmenin 10. maddesini ihlal ettiğini tespit etmiştir (Tagiyev ve Huseynov/ Azerbaycan, no. 13274/08, § 46, 48, 05.12.2019).

Bu şekilde yapılacak inceleme neticesinde AİHM; şiddet, nefret veya nefret eylemlerini teşvik ve tahrik eden ya da şiddeti yücelten veya meşrulaştıran ifadeleri "nefret

söylemi” kapsamında değerlendirmiş ve başvuruçuların ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin 10. maddeye uygun olduğunu belirtmiştir (Sürek/Türkiye (No.1) [BD], no: 26682/95, 8/7/1999, §§ 61, 62; Gündüz/Türkiye no: 59745/00, 13/11/2003; Leroy/Fransa, no: 36109/03, 2/10/2008, § 45; Le Pen/Fransa, no: 18788/09, 20/4/2010). Görüldüğü gibi bu başvurularda AİHM başvuruyu doğrudan Sözleşmenin 17. Maddesi kapsamında hakkın kötüye kullanılması niteliğinde görerek reddetmemiş, başvuruları esastan incelemiş ancak yapılan müdahalenin haklı olduğu gerekçesiyle ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Nitekim *Soulas ve Diğerleri/Fransa* kararında Mahkeme, özellikle, yerel mahkemelerin başvuruçuları mahkûm ederken, kitapta kullanılan terimlerin okuyucularda esas düşman olarak gösterilen söz konusu topluluklarla ilgili bir ret ve husumet his-sine yol açmayı amaçladığını ve askeri dil kullanımıyla bunun şiddetlendirildiği ve kitabın okuyucularını yazar tarafından önerilen çözümü, yani yeniden etnik fetih savaşını paylaşmaya yönlendirdiğini vurguladıklarına dikkat çekmiş ve başvuruya konu ifadeleri “nefret söylemi” olarak değerlendirerek, ifade özgürlüğüne yönelik müdahaleyi haklı bulmuştur (*Soulas ve Diğerleri / Fransa*, no. 15948/03, 10.7.2008, § 43)

Balsytė-Lideikienė/Litvanya davasında da başvuruçucu, saldırgan milliyetçiliği ve yabancı düşmanlığını savunmuş, (“Litvanya ulusu yalnızca milliyetçi bir ulus olarak hayatta kalacaktır- başka yol yok!”), defalarca Yahudi toplumunu Litvanyalıları karşı savaş suçu ve soykırım işlemekle suçlamış, aynı dili Polonya halkına yönelik olarak da kullanmıştır. AİHM, bu ifadelerin “uluslar arasındaki ilişkilerin önyargılı ve tek taraflı tasviri olduğunu, sivil toplumun bütünleşmesini engellediğini ve ulusal nefreti teşvik ettiğini [ve] ulusal nefreti, yabancı düşmanlığını ve bölgesel talepleri teşvik eden “aşırı milliyetçilik ideolojisine” atfedilebileceğini [ve bu nedenle yetkililerin] başvuruçuya karşı tedbir almalarını zorlayan bir toplumsal ihtiyaç olduğunu düşün-meleri dolayısıyla takdir yetkilerini aşmadıklarını” değerlendirmiştir (*Balsytė-Lideikienė/Litvanya*, no. 72596/01, 04.11.2008, § 79).

Féret/Belçika davasında, “Belçika’nın İslamlaşmasına karşı ayağa kalk”, “Sahte entegrasyon politikasını durdur” ve “Avrupalı olmayan iş arayanları evlerine gönder” sloganlarının, özellikle toplumun daha az eğitilmiş kesimlerinde güvensizlik, ret ve hatta yabancılara karşı nefret duygularını uyandırabileceği kabul edilmiştir (*Féret / Belçika*, no. 15615/07, 16.7.2009, § 71; aynı yönde bkz *Le Pen / Fransa* (k.k.), no. 18788/09, 20.4.2010; *Atamanchuk/Rusya*, no. 4493/11, 11.02.2020).

Görüldüğü üzere AİHM’in 10. madde kapsamında ihlal tespitinde bulunmadığı tüm bu davalarda başvuruçuların ifadelerinde, belirli bir gruba yönelik nefret çok açık bir şekilde ifade edilmiştir. Ancak bu davaları 17. madde kapsamında hiç incelemeden kabul edilemez bulduğu davalardan ayıran hususun bu davalarda başvuru konusu ifadelerin doğrudan şiddete, cezalandırmaya ya da ayrımcılığa teşvik içermiyor olmasıdır.

O halde bu kapsamdaki nefret söylemi içeren ifadelerle ilişkin davalarda öncelikle nefret söyleminin hangi kategoriye ait olduğunun saptanması gerekir. Eğer söylem birinci kategoriye giriyorsa bu söylemlerin cezalandırılması gerekir ve bu söylemlerle ilgili başvurular ifade özgürlüğü kapsamında görülmediğinden başvurular reddedilecektir. Eğer söylem ikinci kategoriye giriyorsa bu durumda başvuru esastan incelenecek ve ifadenin sınırlandırılmasının demokratik toplumda zorunlu olup olmadığının tartışılması gerekecektir.

B. KARARLARIN ALENİYETİ

Sözleşmenin 6. maddesi hükmün açık olarak verilmesini güvence altına almıştır. Ancak Mahkeme, “aleni telaffuz edilen” ifadesinin, mutlak lafzi yorumunu benimsememiştir. (Sutter/İsviçre, 1984, § 33; Campbell ve Fell/Birleşik Krallık, 1984, § 91). Sözleşmedeki ifade kararın mahkemede okunması gerektiğini düşündürse de, bir kararın başka şekillerde aleni hale getirilmesi Sözleşmenin gereğini yerine getirebilir. Genel bir kural olarak, davalı Devletin iç hukuku uyarınca “kararın” yayınlanma şekli, söz konusu yargılamanın özellikleri ışığında ve 6 § 1 maddesinin bu bağlamda izlediği amaç, yani adil yargılanma hakkının korunması amacıyla yargının kamuoyu tarafından denetlenmesini sağlamak açısından değerlendirilmelidir. Bu değerlendirme yapılırken, yargılamanın bütünü dikkate alınmalıdır (Welke ve Biallek/Polonya, 2011, § 8). Dolayısıyla, kararın mahkeme siciline kaydedilmesi ve resmi koleksiyonlarda yayımlanması, aleni ilan gerekliliğini karşılayabilir (Sutter/İsviçre, no. 8209/78, § 34, 22.02.1984).

Bir yargı kararının tamamının kamuoyundan tamamen gizlenmesi haklı gösterilemez. Meşru güvenlik kaygılarının söz konusu olduğu hallerde, yargı kararlarının yalnızca ulusal güvenliği veya başkalarının güvenliğini tehlikeye atacak kısımlarının gizlenmesi gibi belirli tekniklere başvurulabilir (Raza/Bulgaristan, no. 31465/08, § 53, 11.02.2010; Fazliyski/Bulgaristan, no. 40908/05, §§ 67-68, 16.04.2013).

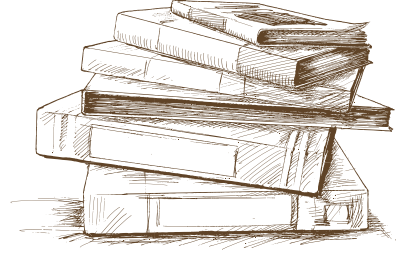
Aleni duruşma hakkı ve kararın aleni olarak açıklanması hakkı, 6. madde kapsamında iki ayrı haktır. Bu haklardan birinin ihlal edilmemiş olması, kendi başına diğer hakkın ihlal edilmeyeceği anlamına gelmez. Başka bir deyişle, hükmün aleni olarak açıklanması, duruşmaların gerekçesiz olarak gizli yapılmasını telafi edemez (Artemov/Rusya, no. 14945/03, § 109, 03.04.2014).

Türkiye’de yargı kararlarının aleniyeti konusunda, özellikle de ceza kararlarının aleniyeti konusunda genellikle sorun yaşanmaz. Ancak son zamanlarda verilen kararlara ilişkin istatistikler konusunda ciddi sıkıntılar yaşanmaktadır. Özellikle ifade özgürlüğünü ilgilendiren suçlardan açılan soruşturma ve kovuşturma sayıları ile verilen kararlar ve içerikleriyle ilgili istatistikler Adalet bakanlığı tarafından sansürlenerek, birçok suç tek bir grup yapılarak açıklanmaktadır. Bu uygulama ifade özgürlüğü sorunları konusunda raporlama yapmayı oldukça zorlaştırmaktadır.

Bir başka sorun da AYM’nin birleştirerek verdiği kararlar konusunda yaşanmaktadır. AYM pek çok başvuruyu birleştirerek tek bir usuli ihlal kararı vererek dosyaları kapatma yoluna gitmektedir. Geçmişte makul süre başvurularında başvurduğu bu uygulamayı bir süreden beri ifade özgürlüğü başvuruları bakımından da uygulamaya başlamıştır. Erişim engelleme nedeniyle yapılmış başvurular açısından birleştirme uygulaması yaptığı gibi Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması kararı verilmiş ceza davalarına ilişkin başvuruları da birleştirerek incelemeye başlamıştır. HAGB ile ilgili olarak birleştirilen başvuru sayısı 3500’ü geçmiş durumdadır. Ancak bu birleştirelerek karar verilen dosyalarda, kararda ne birleştirilen dosyalar ne dosyaların tarafları ve konuları hakkında bir bilgi yer almamaktadır. Bu başvuruların büyük çoğunluğunun hakaret, cumhurbaşkanına hakaret, terör propagandası, halkı kin ve düşmanlığa teşvik gibi esasen ifade özgürlüğü davalarından oluştuğu bilinmektedir. Bu kararlarda sadece bir ekli listeye atıf yapılmaktadır, ancak bu ekli liste ne Resmî Gazetede ne de

AYM'nin internet sitesinde yayınlanmamaktadır. Başvurucular bile tüm listeyi görememekte sadece kendi isimlerinin ve başvurularının olduğu bir excel listesi taraflara karara ek olarak iletilmektedir. (Atilla Yazar ve diğerleri ([GK], B. No: 2016/1635, 5/7/2022; Abbas Yalçın ve diğerleri, B. No: 2014/8146, 29/3/2023 (608 başvuru); Ahmet Alphan Sabancı ve diğerleri (62 başvuru); Abdullah Kaya ve Diğerleri (503 başvuru)).

Bu şekilde verilen kararlar esasen ifade özgürlüğü sorunlarının sansürü anlamına gelmektedir. Bu yönüyle uygulama kararın aleniyeti ilkesini de ihlal etmektedir. Ayrıca bu tür kararların uygulanmasında da büyük sorunlar yaşanmakta ve ihlal kararı herhangi bir sonuç doğurmamaktadır. İhlal kararı HAGB'ye ilişkin usuli sorunlar nedeniyle verildiğinden ilk derece mahkemeleri yeniden yargılama yaptığında önceki kararın aynısını hatta daha ağır sonuçlar doğuracak kararlar vermektedir. Kararın bu şekilde aleni olmaması AİHM başvuruları bakımından da sorunlar doğurmaktadır. AİHM'e başvuru yaparken kişiler AYM kararının kendileriyle ilgili olduğunu ispatlamakta bile büyük zorluklar yaşamaktadır.



İDARE HUKUKUNDA USUL YÜKÜMLÜLÜKLERİ

İfade özgürlüğüne ilişkin usul yükümlülükleri ağırlıklı olarak ceza davaları kapsamında gündeme gelmekteyse de suç oluşturmeyen birçok ifade kullanımı idari yaptırımlar aracılığıyla sınırlandırılmaktadır. Bu yaptırımlara yönelik idari başvuru yolları yanında idari yargı süreçlerinde de ifade özgürlüğünü korumaya yönelik usuli yükümlülükler gündeme gelebilmektedir.

İdarenin ifadeye yönelik müdahaleleri çok farklı şekillerde tezahür etmekle birlikte bu çalışmada en sık karşılaşılan birkaç başlık incelenecektir. i. Kamu Görevlisinin İfade Özgürlüğü; ii. Kamu Görevlisi Dışındaki Kişilerin İfade Özgürlüğüne İdarenin Müdahalesi; iii. Basın ve Yayın Faaliyetlerine İlişkin İdari Tedbirler; iv. İdari Yargıya İlişkin Sorunlar

Ancak bu başlıklara geçmeden önce idari süreçlerde usule ilişkin bazı temel ilkelerin hatırlatılması gereklidir.

A. İDARİ SÜREÇLERDE USULE İLİŞKİN GENEL İLKELER

Tıpkı ceza süreçlerinde olduğu üzere idari süreçlerde de ifade özgürlüğüne yapılan müdahalelerin adil ve ölçülü olması için belirli usuli güvencelerin sağlanması gerekir. AİHM bir öğretim üyesine verilen disiplin cezası ile ilgili yapılan başvuruda (Kula/Türkiye, no. 20233/06, 19.06.2018, § 46) şu saptamayı yapmıştır:

“Mahkeme ayrıca, Sözleşme’nin 10. maddesiyle güvence altına alınan ifade özgürlüğü’nün kullanımına yönelik bir müdahalenin orantılılığını değerlendirmenin söz konusu olduğu durumlarda, davanın hakkaniyete uygunluğunun ve başvurana tanınan usuli güvencelerin dikkate alınması gereken etkenler olduğunu hatırlatmaktadır (Baka/Macaristan [BD], No. 20261/12, § 161, AİHM 2016 ve burada yapılan atıflar). Mahkeme, etkin bir yargı denetimi bulunmamasının, Sözleşme’nin 10. maddesinin ihlalinin tespitini haklı çıkarabileceğini daha önce de belirtmiştir (bk. özellikle, yukarıda anılan Lombardi Vallauri kararı, §§ 4556; bk. aynı zamanda, akademik özgürlük ile ilgili olarak, Mustafa Erdoğan ve diğerleri/Türkiye, No. 346/04 ve 39779/04, § 40, 27.05.2014). Nitekim Mahkeme’nin, bu madde bağlamında daha önce de karar verdiği gibi, “(...) tedbirin gerekliliği konusunda gerçekleştirilen (...) hukuki incelemenin niteliği, ilgili takdir yetkisinin uygulanması konusu da dâhil olmak üzere, bu bağlamda özel bir önem taşımaktadır”

AİHM, Kula vakasında, somut olayda verilen ulusal mahkeme kararlarını incelemiş ve başvurana verilen cezanın, yetkililerce izlenen meşru amaç bakımından gerekli olup olmadığını bu kararlardan hareketle belirlemenin mümkün olmadığını tespit etmiştir. Başvurucu, bir televizyon programına katılmak üzere çalıştığı ili izinsiz terk etmiştir. İdare Mahkemesi kararında yalnızca başvuranın izinsiz olarak ikamet ettiği ilin dışına çıkmasına ilişkin durumun tespitine dayalı inceleme yapılmış ve başvuran tarafından mahkeme önünde açık şekilde ileri sürülen akademik özgürlük bakımından somut olayın koşullarında bu cezanın gerekliliğini incelemeye özen gösterdiğini düşündürecek herhangi bir unsur sunmamaktadır. Bu incelemenin yokluğu AİHM’e göre ihlalin tespiti için yeterlidir.

Özellikle milli güvenlik nedeniyle ifade özgürlüğünün kısıtlandığı vakalarda karar sürecinin yeterli güvenceleri kapsayıp kapsamadığı ayrıca incelenmelidir. *Şeks/Hırvatistan*, no. 39325/20, 3.2.2022, § 61).

İfade özgürlüğüne ilişkin tipik idari sorunlardan biri gizli belgelere erişim taleplerinde yaşanmaktadır. AİHM, gazeteci olan başvurucunun bazı belgelere erişime ilişkin taleplerinin cevapsız bırakıldığı *Yuriy Chumak/Ukrayna* (no. 23897/10, 18.3.2021, § 47) başvurusunda, başvurucunun argümanlarını ele almayan ve talep konusu bilgilerin başvurucuyu kişisel olarak ilgilendirmediğini ve gizli olduğunu belirten kısa bir açıklamaya dayanarak karar veren ve bu sonuca ilişkin başka hiçbir gerekçe sunmayan ulusal mahkemelerin Sözleşme’nin 10. maddesinde yer alan usul ilkelerine uygun standartlar uyguladıklarının ve söz konusu müdahaleyi haklı gösterebilecek “ilgili ve yeterli” gerekçeler sunma yükümlülüklerini yerine getirdiklerinin söylenemeyeceği sonucuna ulaşmıştır.

Yuriy Chumak/Ukrayna başvurusunda da görüldüğü gibi idari süreçlerde yasallık sorunu ve özellikle yasal hükümlerin öngörülebilirliği ve ayrıntıları, müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli ve orantılı olup olmadığı gibi daha geniş kapsamlı konularla yakından bağlantılıdır (§ 47). Bu nedenle idari usulün önemli bir diğer başlığı olan yasallık ilkesinin de incelenmesi gerekir.

1. Yasallık İlkesi

Yasallık ilkesinin özellikle ceza hukuku anlamında suç ve cezaların öngörülebilirliği açısından hukuk devletinde temel bir ilke olduğu açıktır. Öyle ki Anayasa ve AİHS'in 15. maddelerine göre bu ilkedен olağanüstü hâl ve savaş zamanında bile vazgeçilmesi mümkün değildir. İdari suç ve cezalar söz konusu olduğunda ilkenin daha esnek uygulanabileceği Anayasa Mahkemesi tarafından kabul edilmektedir (Seyit Cingöz (2), B. No: 2019/2314, 11/5/2023, § 13). Ancak idari suçlar bakımından da kanun metninde suç ve cezalara ilişkin olarak genel bir şekilde atıfla yetinilmesi yeterli olmayıp söz konusu düzenlemelerin içerik bakımından da belirli amacı gerçekleştirmeye elverişli olması gerekir. Bu açıdan kanun, bireylerin hangi somut fiil ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belirli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek nitelikte olmalıdır (AYM, E.2014/100, K.2015/6, 14/1/2015). Bu nitelikleri haiz bir kanuni düzenleme ile uzmanlık gerektiren veya teknik konulara ilişkin ayrıntıların belirlenmesi konusunda yürütme organına yetki verilmesi, kanuni düzenleme ilkesine aykırılık oluşturmaz. Diğer bir ifadeyle disiplin suç ve cezalarının da çerçevesi kanunla belirlenmeli ve kanun bireyler için belirli bir açıklık ve kesinlikte olmalıdır (Tuncer Yıgıcı, B. No: 2015/5402, 6/2/2019, § 47; AYM, E.2018/110, K.2018/99, 17/10/2018; Kardelen Hasret Kaygusuz, B. No: 2017/38607, 18/5/2021, § 44).

Anayasa Mahkemesi, İsmail Karaca kararında (B. No: 2017/26460, 21/4/2021) disiplin suçlarının tüzükle belirlenmesini öngören kanun maddesinin soyut ve genel bir ölçütü tüzüğe atıf yaptığı belirtilerek yaptırım konusu eylemleri yasal düzeyde belirlemeyen ve ilgili kişilerin -emniyet teşkilatı mensupları- hangi somut fiil ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını yeterli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine yasal çerçevede imkân tanımayan söz konusu düzenlemeye dayanan müdahalenin kanuni dayanağının bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır (AYM, E.2015/85, K.2016/3, 13/1/2016).

Anayasa Mahkemesi, barış için akademisyenlere verilen disiplin cezasını incelediği Deniz Pelin Dinçer Akan ve diğerleri (B. No: 2017/30653, 29/6/2022) kararında 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun disiplin ile ilgili hükümlerinin öğretim üyesi başvurularda uygulanıp uygulanamayacağını değerlendirmiştir. Anılan kararda Anayasa Mahkemesi'nin 7/1/2016 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren E.2014/100, K.2015/6 sayılı Genel Kurul kararı ile öğretim elemanlarının disiplin işlemlerinin Yükseköğretim Kurulunca düzenlenebileceğine ilişkin kanun hükmünü iptal ettiği ancak kanun koyucunun 2/12/2016 tarihine kadar herhangi yasal düzenleme yapmaması nedeniyle ilgili tarihler arasında hukuksal boşluk olduğu vurgulanmıştır. Bu bağlamda kanun koyucunun düzenleme yapmayarak bir tercihte bulunduğu ve söz konusu hukuksal boşluğun giderilmesinde -öğretim elemanlarının nitelikleri, Anayasa'nın amir hükümleri ve ilgili kanun hükümleri ışığında- 657 sayılı Kanun'a başvurulmasının -başvurucular açısından- öngörülebilir ve kesin nitelikte kabul edilemeyeceği gerekçesiyle başvurularda disiplin cezası şeklinde yapılan müdahalelerin ifade özgürlüğünü ihlal ettiği sonucuna ulaşılmıştır. (Aynı yönde bkz. Ayten Alkan, B. No: 2018/34421, 12/1/2023)

Öğrencilerin disiplin cezası nedeniyle öğrenci yurtlarından çıkarılmasına ilişkin idari işlemlerin söz konusu olduğu başvurularda da dayanak gösterilen 351 sayılı

Kanun incelendiğinde öğrenci yurtlarında kalan öğrencilerin disiplin cezası gerektiren fiilleri ve bunların karşılığında öngörülen disiplin cezalarıyla ilgili en azından çerçevesi çizilen, belirli bir açıklık ve kesinlikte olan herhangi bir kural bulunmadığı saptanarak yasallık ilkesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır (Kardelen Hasret Kaygusuz, B. No: 2017/38607, 18/5/2021).

2. Demokratik Toplumda Gereklik Ölçütünün Uygulanması

İdari işlemlerde de ceza yaptırımlarında olduğu gibi ifade özgürlüğünü sınırlandıran işlem veya eylemin demokratik toplum düzeninde gerekli olduğunun gösterilmesi ve bunun ilgili ve yeterli gerekçelerle gösterilmesi gerekir.

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. İfade özgürlüğüne yapılan bir müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun kabul edilebilmesi için kamu makamları tarafından ortaya konulan gerekçelerin ilgili ve yeterli olması gerekir (Cenk Balcıoğlu (2), B. No: 2019/6390, 4/10/2023; Yılmaz Aksu (2), B. No: 2017/28375, 8/6/2023; Ayfer Kılıçaslan, B. No: 2018/25090, 16/11/2022; Serdar Topal, B. No: 2018/23179, 16/11/2022).

Anayasa Mahkemesi, çok sayıdaki kararında ifade özgürlüğüne gerekçesiz olarak veya ortaya koyduğu kriterleri karşılamayan bir gerekçe ile yapılan müdahalelerin Anayasa'nın 26. maddesini ihlal edeceğini ifade etmiştir. İfade özgürlüğüne yapılan bir müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun kabul edilebilmesi için kamu makamları tarafından ortaya konulan gerekçelerin ilgili ve yeterli olması gerekir (diğerleri arasından bkz. Kemal Kılıçdaroğlu, B. No: 2014/1577, 25/10/2017, § 58; Bekir Coşkun, § 56; Tansel Çölaşan, B. No: 2014/6128, 7/7/2015, § 56; Zübeyde Füsun Üstel ve diğerleri [GK], B. No: 2018/17635, 26/7/2019, § 120).

Bir öğretim üyesinin derslerde kullandığı ifadeler nedeniyle disiplin cezasına çarptırıldığı Hasan Mor başvurusunda Anayasa Mahkemesi bir öğretim elemanın söylemleriyle dersin gereği gibi yürütülmesine engel olduğu kabul edilerek müdahale edildiği hâllerde kamu gücünü kullanan organların ve derece mahkemelerin en azından şu değerlendirmelerde bulunmaları beklenir:

a) Dersin genel konusunun, kapsamının ve yürütülmesine ilişkin usul ve esasların neler olduğunun,

b) İfadelerin hangi saik ile kullanıldığının ve kullanıldığı derslerle veya ders saatlerinde işlenen konularla bağlantısının,

c) İfadelerin dersin yürütülmesi üzerindeki etkilerinin oldukça açık, spesifik ve tekil olarak ortaya konması gerekmektedir. (Hasan Mor, B. No: 2019/20996, 25/5/2022, § 32)

Bu değerlendirme yapılmadan disiplin cezasının uygulanması halinde usul güvencelerinin ihlal edildiği sonucuna ulaşılabacaktır.

Bu değerlendirmenin sadece öğretim üyelerinin akademik özgürlüğü için geçerli olmadığı açıktır. İfade özgürlüğünü sınırlandıran başka idari işlemlerde de “ilgili ve yeterli” gerekçenin ortaya konması gerekir. Afiş astığı için cezalandırılan üniversite öğrencilerinin cezalandırılmasına ilişkin başvurularda bu husus Anayasa Mahkemesi tarafından şu şekilde vurgulanmıştır:

“41. Yönetmelik’in 5. maddesinde yükseköğretim kurumu içinde izinsiz olarak afiş asma eyleminin disiplin cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Söz konusu kuralın uygulanması sonucu ortaya çıkan hukuki durum incelenirken Anayasa bağlamında bir değerlendirilmesinin yapılması gerekir. Şöyle ki ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin yönetmelik hükümleri çerçevesinde bir denetiminin anayasallık denetimi teşkil etmeyeceği, aksine yönetmelik hükümlerinin doğru uygulanıp uygulanmadığı ile sınırlı bir kanun yolu incelemesi anlamına geleceği açıktır. Bu bağlamda somut olayda 2547 sayılı Kanun’un verdiği yetkiye dayalı olarak çıkarılan Yönetmelik hükmünün takip edilen meşru amaç ile birlikte ele alınması gerekir.

42.[...] soruşturma raporunda ve derece mahkemeleri kararları ele alındığında asılan afişin somut olarak Üniversitedeki düzeni hangi derecede etkilediğine, ne şekilde bozduğuna veya bozma tehlikesi meydana getirdiğine ilişkin hiçbir değerlendirmede bulunulmadığı görülmüştür. Buna karşılık gerek soruşturma raporunda gerekse derece mahkemeleri kararlarında yalnızca cezalandırmaya konu eylemin başvuru tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği ile sınırlı bir inceleme yapmakla yetinildiği anlaşılmıştır. Ayrıca ne idare ne de derece mahkemeleri söz konusu anmanın duyurulması için Üniversite duvarının geçici olarak kullanılması dışında afişin görüntü veya çevre kirliliğine neden olduğuna dair bir tespit de yapmamıştır” (Cebirail Padak, B. No: 2019/41543, 15/6/2022, § 42).

B. KAMU GÖREVLİLERİNİN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Kamu görevlileri de diğer kişiler gibi farklı konu ve platformlarda görüşlerini ifade etmektedir. Ancak kamu görevlisinin ifade özgürlüğü kendisinden beklenen tarafsızlık ve devlete sadakat ödevi nedeniyle daha fazla kısıtlanabilmektedir. Bu kısıtlamanın ölçülü olması içinse ifadenin görevle ilişkisi, ifadeyi kullanan kamu görevlisinin rolü ve başkalarının hak ve özgürlüğünü etkileme potansiyeli, yerine getirilen kamu görevinin ifade özgürlüğü kullanımı ile bağlantısı gibi birçok hususun dikkate alınması gerekir.

Ancak bu konudaki insan hakları standartlarına geçmeden önce kamu görevlilerinin ifade özgürlüğünün hangi bağlamda korunacağını belirlenmesi gerekir. Kamu görevlileri diğer emekçiler gibi örgütlenme hakkına sahiptir. Kamu görevlilerinin sendikalarının çağrılarına katılmaları nedeniyle yaptırma uğramaları durumunda, bu nedenle sadece ifade özgürlüğü değil sendikal özgürlükler de gündeme gelmektedir. Bu durumda, ifadenin hangi özgürlük bağlamında değerlendirileceği önem kazanmaktadır. Çünkü kolektif eylem niteliğindeki sendikal özgürlük eylemlerine katılan kamu görevlilerinin ifadesini sınırlandırmak konusunda kamu makamlarının çok daha sınırlı bir takdir yetkisi vardır. Bu nedenle öncelikle bu ayrım incelenecek, ardından kamu görevlilerinin ifade özgürlüğüne ilişkin temel ilkeler tartışılacaktır.

1. Sendikal özgürlük-ifade özgürlüğü ayrımı

Anayasa Mahkemesi'nin kamu görevlilerinin sendikal faaliyetlerine ilişkin olarak dar bir yorum yöntemini benimsediği görülmektedir. Mahkemeye göre kamu görevlisinin üyesi olduğu sendikanın daveti üzerine bir eyleme veya açıklamaya katılması, bu eylem ve ifadeyi otomatik olarak sendikal özgürlükler kapsamına sokmayacaktır. Anayasa Mahkemesi, sendikal faaliyetleri üyelerin mesleki çıkarlarının korunmasına yönelenler ve sendikanın baskı grubu olma fonksiyonundan kaynaklananlar olmak üzere ikiye ayırmıştır. Bu itibarla sendikaların kamu görevlilerinin çalışma koşulları, yükümlülükleri, iş güvenlikleri ile sağlık koşullarının geliştirilmesi konularına ilişkin görüş bildirmesi, yetkili makamlara sunulmak üzere çalışmalar yapması, işverenlerle ortak çalışmalar yürütmesi, üyelerine hukuki destek sağlaması, üyelerin mesleki yeterliliklerini artırmaya, sorunlarını çözmeye ve sendikal faaliyetlerini geliştirmeye yönelik kurs ve seminer gibi toplantılar düzenlemesi gibi faaliyetlerinin sendikal faaliyetlerin çekirdek alanında kaldığını belirtmiştir. Sendika çatısı altında çekirdek alana ilişkin faaliyette bulunan kamu görevlilerine yapılan müdahalelerin sendika hakkı kapsamında incelenmesi gerekmektedir (Ahmet Parmaksız, § § 50-62; Ayfer Altuntaş ve İkbâl Ünzile Gürsoy, B. No: 2018/24874, 31/3/2022, §§ 26-36).

Ancak Anayasa Mahkemesi'nin çekirdek alan olarak belirlediği bu alanın dışında kalan sendikal faaliyetler sendika hakkı kapsamında değerlendirilmemektedir. Mahkemeye göre kamu görevlilerinin söz konusu çekirdek alana ilişkin yaptıkları sendikal eylemler doğası gereği işveren pozisyonundaki idareye ve/veya politika oluşturma özelliği nedeniyle siyasi otoriteye yönelmekte ve bu durum kamu görevlisinin düşünce açıklamalarında yansız olmasını öngören statü hukuku ile belirli derecede gerilime neden olmaktadır. Bu nedenle, sendikaların yaptığı her tür düşünce açıklaması ve eylem de otomatik olarak sendika hakkı kapsamında değerlendirilemez. Dolayısıyla söz konusu olan kamu görevlileri olduğunda bir eylemin sendika hakkı kapsamında incelenebilmesi için eylem ile kamu görevlisinin mesleki çıkarları arasında *nesnel ve öngörülebilir* bir ilişkinin bulunması hayati önemdedir (İdris Gürkan [1. B.], B. No: 2018/24432, 7/6/2023, § 22).

Sendikal haklar kapsamında değerlendirilmeyen ifade ve eylemler ifade özgürlüğü kapsamında incelenecektir (Elif Özkan, B. No: 2018/7757, 8/6/2021, §§ 18-21). Bu durumda ise devlet memurları söz konusu olduğunda görüşlerini dengeli ve yansız olarak açıklayıp açıklamadığı, kişisel tavırlar sergileyip sergilemediği ve tarafsızlıklarının güvence altında olup olmadığı hususlarının ifade özgürlüğü incelemesinde değerlendirileceği belirtilmektedir (Hasan Güngör, B. No: 2013/6152, 24/2/2016, § 49; Zeki Çınar, B. No: 2016/3585, 12/6/2019, § 34; Ömer Yalçın, B. No: 2017/30798, 29/9/2020, § 26). Bu nedenle, incelemenin ifade özgürlüğü mü yoksa sendikal özgürlük kapsamında mı yapılacağı önemlidir.

2. Kamu Görevlilerinin İfade Özgürlüğünde Temel Test

Bir kere ifadenin sendikal hak olmadığı tespit edildiğinde kamu görevlisinin ifade özgürlüğünün sınırlarının kamu görevinin özelliklerine göre tayin edilmesi gerekir.

Anayasa Mahkemesi'ne göre kamu görevlilerinin de herkes gibi bir olaya ilişkin herhangi bir düşünceye sahip olması ve onu paylaşması ifade özgürlüğü kapsamında mümkündür. Ancak devlet memurları söz konusu olduğunda görüşlerini dengeli ve siyaseten yansız olarak açıklayıp açıklamadığı, kişisel tavırlar sergileyip sergilemediği ve tarafsızlıklarının güvence altında olup olmadığı hususlarının ifade özgürlüğü incelemesinde değerlendirileceği de hatırlanmalıdır (Hasan Güngör, B. No: 2013/6152, 24/2/2016, § 49; Zeki Çınar, B. No: 2016/3585, 12/6/2019, § 34; Ömer Yalçın, B. No: 2017/30798, 29/9/2020, § 26).

AİHM'e göre de bir Devletin memurlarına statüleri gereği takdir yetkisi vermesinin meşru olduğunu kabul etmiş olsa da memurlar bireydir ve bu nedenle Sözleşme'nin 10. maddesinin korumasından yararlanırlar (Vogt/Almanya, 26.9.1995, Series A no. 323 § 53, ve Guja/Moldova [BD], no. 14277/04, ECHR 2008 § 70). Bu nedenle, her bir davanın koşullarını göz önünde bulundurarak, bireyin temel hakkı olan ifade özgürlüğü ile demokratik bir Devletin kamu hizmetinin 10 § 2 maddesinde sayılan amaçları uygun şekilde yerine getirmesini sağlamaya yönelik meşru menfaati arasında adil bir denge kurulup kurulmadığını belirlemek Mahkeme'ye düşmektedir. Bu incelemeyi yaparken Mahkeme, bir devlet memurunun ifade özgürlüğü hakkı söz konusu olduğunda, 10 § 2 maddesinde atıfta bulunulan "görev ve sorumlulukların" özel bir önem kazandığını ve bu durumun, söz konusu müdahalenin yukarıdaki amaçla orantılı olup olmadığının belirlenmesinde ulusal makamlara belirli bir takdir marjı bırakılmasını haklı kıldığını belirtmektedir (Vogt, § 53; Albayrak / Türkiye, no. 38406/97, § 41, 31.01.2008).

Anayasa Mahkemesi'ne göre gerek Anayasa koyucu gerekse yasa koyucu kamu hizmetlerinin Anayasa'ya sadakat ödevi ile tarafsızlık yükümlülüğüne aykırı davranan ya da aykırı davranabileceği yolunda haklı ve objektif bir kanaat uyandıran kamu görevlileriyle yürütülmesini arzu etmemektedir (Şah İsmail Harmancı, B. No: 2018/15359, 17/11/2021, § 40). Söz konusu arzusunun bir sonucu olarak kanun koyucu kamu görevlisinin meslek hayatı ile sınırlı olacak şekilde apolitik görünmesini amaçlamış ve bu şekilde kamu gücünü kullanan görevlilerin siyasi kutuplaşmalarda yer almasının önüne geçerek idareye tarafsız bir pozisyon kazandırmak istemiştir (Levent Tunçel, B. No: 2017/34185, 16/3/2022, § 44).

Buna göre Anayasa ve kanun koyucunun söz konusu beklentisi başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlükler alanında kamu görevlilerinin sıradan bireylere göre daha fazla sınırlanmaları anlamına gelecektir. Kişi kamu görevine kendi isteği ile girmekle bu statünün gerektirdiği ayrıcalıklardan yararlanmayı ve külfetlere katlanmayı kabul etmiş sayılır, kamu hizmetinin kendine has özellikleri bu avantaj ve sınırlamaları zorunlu kılmaktadır (İhsan Asutay, B. No: 2012/606, 20/2/2014, § 38; Cem Özaydın, B. No: 2017/26800, 13/1/2022, § 36; Elif Güneysu, B. No: 2017/31733, 7/10/2021, § 42).

Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi idarelerin ve idari yargı yerlerinin kamu görevlilerinin ifade özgürlüğünün ilgili ve yeterli gerekçe gösterilmeksizin sınırlandırılmasını ifade özgürlüğünün usul bakımından ihlaline yol açacağını tespit etmektedir:

"31. Başvurucuyu cezalandıran idarenin ve nihai kararı veren bölge idare mahkemesinin gerekçeleri dikkatli bir şekilde ele alınmıştır. Buna göre ne idarenin ne de bölge idare mahkemesinin başvuruya konu paylaşımların başvurusunun yürüttüğü resmî görevin itibarı ile bağdaşmayacak ve güven duygusunu sarsacak nitelikte olduğunu belirtmek dışında Anayasa Mahkemesinin kamu görevlisinin ifade özgürlüğüne yapılan böyle bir müdahalede uygulanmasını öngördüğü ve yukarıda sıralanan değerlendirmelerden hiçbirini yapmadığı anlaşılmıştır.

32. 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. İfade özgürlüğüne yapılan bir müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun kabul edilebilmesi için kamu makamları tarafından ortaya konulan gerekçelerin ilgili ve yeterli olması gerekir (diğerleri arasından bkz. Kemal Kılıçdaroğlu, § 58; Bekir Coşkun, § 56; Tansel Çölaşan, § 56; Zübeyde Füsün Üstel ve diğerleri [GK], B. No: 2018/17635, 26/7/2019, § 120)". (Serdar Topal, B. No: 2018/23179, 16/11/2022)

AYM, Evrim Sönmez kararında (B. No: 2019/2241, 12/7/2023) kamu görevlilerinin ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında idarelerin takdir yetkisinin sınırsız olmadığını vurgulayarak içtihadında geliştirdiği ölçütleri özetlemiş ve bir kamu görevlisinin ifade özgürlüğünü sınırlandıran idari kararlar tesis edilirken şu hususların dikkate alınması gerektiğini saptamıştır:

"i. Söz konusu olan ifade özgürlüğü olduğu için devlet memurlarının da birer birey olduğu, siyasi görüş sahibi olma, ülke sorunlarıyla ilgilenme, tercih yapma gibi sosyal yönleri sahip olma haklarının bulunduğu gözardı edilmemelidir (Hasan Güngör, B. No: 2013/6152, 24/2/2016, § 49; Ömer Yalçın, B. No: 2017/30798, 29/9/2020, § 27; Zeki Çınar, B. No: 2016/3585, 12/6/2019, §§ 34, 35).

ii. Sosyal yönleri de bulunan bireyler oldukları düşünüldüğünde kamu görevlilerinin her tür düşünce açıklamasının değil başkalarını siyasi partiler lehine veya aleyhine ikna etme çabası şeklinde kabul edilecek açıklamalar propaganda olarak kabul edilmelidir. Bu kapsamda bir kamu görevlisinin açıkladığı düşünceyi yahut başkalarının açıklanan bir düşünceyi yorumsuz bir şekilde paylaşmasının başkalarını siyasi partiler lehine veya aleyhine ikna etme çabası olarak kabul edilebilmesi için ise açıklamanın siyasi partilerle yahut siyasal meselelerle ilgili olması tek başına yeterli kabul edilemez.

Açıklamanın içeriği kamu görevlisinin bulunduğu konum ve üstlendiği devlet göreviyle birlikte değerlendirildiğinde bu açıklamanın yapıldığı koşullarda başkalarını siyasi partiler lehine veya aleyhine ikna çabası olarak vasıflandırmaya elverişli olduğunun,

Somut olayın koşullarında kamu görevlisi düşünce açıklamasını kamu görevi statüsünün ve görev yaptığı alanın kendisine sağladığı ünvanı dâhil herhangi bir olanağı kullanarak yapmış ise bunun gösterilmesi gerekir (kamu görevinin niteliğine ilişkin olarak bkz. Adem Talas [GK], B. No: 2014/12143, 16/11/2017, § 47).

iii. Buna ilaveten yaptığı bir düşünce açıklamasının bizzat kamu görevlisini siyasi kutuplaşmanın bir parçası hâline getirdiği veya siyasi kutuplaşmaya neden olduğu yahut kamu görevlisinin apolitik görüntüsünü bozduğu tespit edilmeli ve bunların kamu hizmetlerinin sürekliliğini, etkinliğini, verimliliğini ya da gereği gibi yerine getirilmesini ne şekilde etkilediğinin ve cezayı gerekli kılan -devlet organizasyonu içinde düzenin bozulması, hizmetlerin yürütülememesi gibi- sonuçların neler olduğunun veya bu tür sonuçlara neden olmasının kuvvetle muhtemel olduğunun ortaya konulması gerekir (disiplin cezası ile cezalandırılabilmesi için kamu görevlilerinin fiillerinin memuriyetlerini etkilediğinin gösterilmesi gerekliliğine ilişkin olarak bkz. Yasin Agin ve diğerleri [GK], B. No: 2017/32534, 21/1/2021, §§ 61, 63; Levent Tunçel, §§ 42, 44; disiplin hukukunun amaçları için bkz. Ayfer Altuntaş ve İkbâl Ünzile Gürsoy, § 53).

iv. Her durumda kamu görevlisinin ödev ve sorumluluk derecesinin bulunduğu konum ve görev yaptığı alanla bağlantılı olarak belirlenmesi gerekmektedir (Hikmet Aslan, B. No: 2014/11036, 16/6/2016, § 55; Hasan Güngör, § 48).

v. Hükmedilen disiplin cezasıyla kamusal önemi bulunan objektif amaca (bkz. § 33) ulaşılabilirliği, başka bir deyişle kamu görevlisinin cezalandırılmasının zorunlu bir sosyal ihtiyaca karşılık geldiği gösterilmeli; düşünce açıklamasının kamu görevini etkileme derecesiyle orantılı bir disiplin cezasına hükmedilmez (Mehmet Alanç ve diğerleri, § 45; Şah İsmail Harmancı, § 37; Ayfer Altuntaş ve İkbâl Ünzile Gürsoy, § 45).

vi. Değerlendirmelerin oldukça açık, spesifik ve tekil olarak yapılması gerekmektedir (bireyselleştirilmiş değerlendirme zorunluluğuna ilişkin olarak bkz. Şah İsmail Harmancı, § 41)".

Anayasa Mahkemesi idari mercilerin, kamu görevlilerinin paylaşımlarını soyut bir biçimde niteleyerek eylemin sübuta erdiğini belirtmek dışında başvuru konusu olayın koşullarını -zamanlama, bilgi eksikliği ve psikolojik etmenler- gözeterek değerlendirmedikleri, paylaşımların kamu görevlisinin terör propagandası -övme, desteklenme, yüceltme gibi- karşısındaki yükümlülüklerine ne şekilde aykırılık teşkil ettiğini açıklamadıkları, başvuruçunun kullandığı dilin siyaseten taraflı olduğunu ve ifadeler ile başvuruçunun tabi olduğu statü hukukunun getirdiği yükümlülükler arasında müdahaleyi gerektirecek derecede nesnel ve geçerli bir ilişki bulunduğunu ortaya koyamadıkları durumlarda ifade özgürlüğünün usul bakımından ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

Bu durumda, idari mercilerin Anayasa Mahkemesi'nin kamu görevlisinin ifade özgürlüğüne yönelen müdahalelerde uygulanmasını beklediği ilkelere uygun bir değerlendirme yapmamaları usul bakımından ifade özgürlüğünü ihlal edecektir.

Örneğin bir kamu görevlisinin siyasi paylaşım yaptığı için bir idari yaptırımla karşılaştığı başvuruda (Ayfer Kılıçaslan, B. No: 2018/25090, 16/11/2022, §30) Anayasa Mahkemesi başvuruçuyu cezalandıran idarenin ve nihai kararı veren Bölge İdare Mahkemesinin başvuruya konu paylaşımların "*siyasi parti lehine ve aleyhine faaliyette bulunma*" kapsamında kaldığını belirtmek dışında, Anayasa Mahkemesi'nin kamu görevlisinin ifade özgürlüğüne yapılan böyle bir müdahalede yapılmasını beklediği ve yukarıda sıralanan değerlendirmelerden hiçbirini yapmadığını saptayarak başvuruçunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Anayasa Mahkemesi'ne

göre Bölge İdare Mahkemesi olayda kanun hükmünü aşar biçimde düşünce açıklamasına dolaylı anlamlar yükleyen subjektif yorumlar yapmıştır.

AIHM de benzer ölçütleri uyguladığı vakalarda ifade özgürlüğünün usuli boyutunun ihlal edildiğine karar vermiştir. AIHM devletin kamu hizmetinde çalışan memurları yönünden sadakat yükümlülüğü öngörmesinin, ayrıca onlara ödev ve sorumluluklar yüklemesinin memurların statüleri gereği meşru bir durum olduğunu belirtmiştir. Fakat kamu görevlilerinin de birey olduğunu, siyasi görüş sahibi olma, ülke sorunlarıyla ilgilenme, tercih yapma gibi sosyal yönlerinin bulunduğunu, bu doğrultuda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 10. ve 11. maddelerinden yararlandıklarının şüpheden uzak olduğunu da ifade etmiştir. Memurun bulunduğu konum ve görev yaptığı alanla ilgili olarak ödev ve sorumluluk derecesinin belirlenmesinde ulusal makamların bir takdir marjı olduğunu da eklemiştir (*İsmail Sezer/Türkiye*, B. No: 36807/07, 24/3/2015, §§ 52-54; *Vogt/Almanya* [BD], B. No: 17851/91, 26/9/1995, §§ 51-53; *Ahmed ve diğerleri/Birleşik Krallık*, B. No: 22954/93, 2/9/1998, §§ 53, 54; *Otto/Almanya* (k.k.), B. No: 27574/02, 24/11/2005).

Bu konuda öncü karar niteliğinde olan *Vogt/Almanya* vakasında AIHM şu saptamayı yapmıştır: “Bu ilkeler devlet memurları için de geçerlidir. Her ne kadar bir Devletin, statüleri gereği memurlara takdir yükümlülüğü yüklemesi meşru olsa da memurlar bireydir ve bu nedenle Sözleşme'nin 10. maddesinin korumasından yararlanırlar. Bu nedenle, her bir davanın koşullarını göz önünde bulundurarak, bireyin temel hakkı olan ifade özgürlüğü ile demokratik bir Devletin kamu hizmetinin 10 § 2 maddesinde sayılan amaçlara uygun şekilde yerine getirmesini sağlamaya yönelik meşru menfaati arasında adil bir denge kurulup kurulmadığını belirlemek Mahkeme'ye düşmektedir. Bu incelemeyi yaparken Mahkeme, devlet memurlarının ifade özgürlüğü hakkı söz konusu olduğunda, 10 § 2 maddesinde atıfta bulunulan ‘görev ve sorumlulukların’ özel bir önem kazandığını ve bu durumun, söz konusu müdahalenin yukarıdaki amaçla orantılı olup olmadığının belirlenmesinde ulusal makamlara belirli bir takdir marjı bırakılmasını haklı kıldığını göz önünde bulunduracaktır.”

Guja/Moldova başvurusunda ([BD] no. 14277/04, 12.2.2008) başvuru olay tarihinde Moldova Başsavcılığı Basın Biriminin başındadır. Başvurucu, biri Meclis Başkan Yardımcısı, biri de İçişleri Bakan Yardımcısı tarafından Başsavcılığa yollanan iki mektubu basına sızdırmış, bu mektupların içeriği ulusal bir gazetede yayımlanmıştır. Mektupların özellikle ilkinde, hakkında gözaltında kötü muamele iddiası bulunan polis memurlarına müsamaha gösterilmesi talep edilmektedir. Başvurucu mektuplarını sızdırdığı tespit edilince görevinden ihraç edilmiştir. AIHM Büyük Daire kararında kamu görevlilerinin görevleri nedeniyle ellerine geçen bilgileri ifşa etme konusunda genel ilkeleri ve kamu görevlilerinin ifade özgürlüğünün idari süreçlerde nasıl düzenlenmesi gerektiğini özetlemiştir:

“71. Demokratik bir toplumda kamu görevlilerinin görevi, hükümetin işlevlerini yerine getirmesine yardımcı olmak olduğundan ve halkın, demokratik olarak seçilmiş hükümeti engellememelerini ve ona yardımcı olmalarını bekleme hakkı olduğundan, sadakat ve gizlilik yükümlülüğü onlar için özel bir önem taşımaktadır (...). Ayrıca, konumlarının doğası gereği, kamu görevlileri genellikle hükümetin çeşitli meşru nedenlerle gizli veya gizli tutmak isteyebileceği bilgilere erişebilirler. Bu nedenle, kamu görevlilerinin ihtiyatlılık yükümlülüğü de genellikle güçlü olacaktır.

[...]

73. Yukarıda belirtilen takdir yetkisi göz önüne alındığında, bilgi öncelikle kişinin üstüne veya diğer yetkili makam veya kuruma açıklanmalıdır. Ancak bunun açıkça mümkün olmadığı durumlarda, son çare olarak bilgi kamuoyuna açıklanabilir (...). Bu nedenle, ifade özgürlüğüne getirilen kısıtlamanın orantılı olup olmadığını değerlendirirken, Mahkeme, başvurucunun ortaya çıkarmak istediği suistimali düzeltmek için başka etkili bir yolun olup olmadığını dikkate almalıdır.

74. Böyle bir durumda bir memurun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin orantılılığını belirlerken, Mahkeme bir dizi başka faktörü de dikkate almalıdır. Öncelikle, ifşa edilen bilginin kamu yararına olan yönüne özel dikkat gösterilmelidir. Mahkeme, Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrası uyarınca kamu yararına olan konularla ilgili tartışmalara getirilebilecek kısıtlamaların çok sınırlı olduğunu yinelemektedir (bkz. diğer kaynakların yanı sıra, Sürek/Türkiye (no. 1) [GC], no. 26682/95, § 61, ECHR 1999-IV). Demokratik bir sistemde, hükümetin eylemleri veya ihmalleri sadece yasama ve yargı makamlarının değil, aynı zamanda medyanın ve kamuoyunun da yakından denetimine tabi olmalıdır. Kamuoyunun belirli bilgilere olan ilgisi bazen o kadar güçlü olabilir ki, yasal olarak dayatılan gizlilik yükümlülüğünü bile geçersiz kılabilir (bkz. Fressoz ve Roire /Fransa [GC], no. 29183/95, ECHR 1999I, ve Radio Twist, a.s./ Slovakya, no. 62202/00, ECHR 2006-XV).

75. Bu dengeleme çalışmasıyla ilgili ikinci faktör, ifşa edilen bilginin gerçekliğidir. Yetkili devlet makamları, temelsiz veya kötü niyetle formüle edilmiş iftira niteliğindeki suçlamalara uygun ve aşırı olmayan bir şekilde tepki vermek amacıyla önlemler alabilir (bkz. Castells v. İspanya, 23 Nisan 1992, § 46, Seri A no. 236). Ayrıca, ifade özgürlüğü beraberinde görev ve sorumluluklar da getirir ve bilgi ifşa etmeyi seçen herhangi bir kişi, koşulların elverdiği ölçüde, bu bilginin doğru ve güvenilir olduğunu dikkatle doğrulamalıdır (bkz. mutatis mutandis, Morissens/Belçika, no. 11389/85, Komisyon kararı, 3 Mayıs 1988, DR 56, s. 127, ve Bladet Tromsø ve Stensaas/Norveç [BD], no. 21980/93, § 65, ECHR 1999III).

76. Diğer yandan, Mahkeme, söz konusu ifşanın sonucunda kamu otoritesinin uğradığı zararı, varsa, tartmalı ve bu zararın, bilginin ifşa edilmesinden kamu yararının üstünde olup olmadığını değerlendirmelidir (bkz. mutatis mutandis, Hadjianastassiou/Yunanistan, 16 Aralık 1992, § 45, Seri A no. 252 ve yukarıda atıfta bulunulan Stoll, § 130). Bu bağlamda, ifşanın konusu ve ilgili idari makamın niteliği önemli olabilir (bkz. yukarıda atıfta bulunulan Haseldine).

77. Bildirimde bulunan çalışanın eylemlerinin ardındaki neden, belirli bir ifşanın korunup korunmayacağına karar vermede bir başka belirleyici faktördür. Örneğin, kişisel bir şikâyet veya kişisel bir düşmanlık ya da maddi kazanç dahil olmak üzere kişisel bir avantaj beklentisiyle yapılan bir eylem, özellikle güçlü bir koruma düzeyini haklı çıkarmaz (aynı yer). İfşayı yapan kişinin, bilginin doğru olduğuna, ifşanın kamu yararına olduğuna ve yanlışlığı düzeltmek için başka, daha ihtiyatlı bir yolun bulunmadığına inanarak, iyi niyetle hareket ettiğini tespit etmek önemlidir."

Somut olaya ilgili ilkeleri uygulayan AİHM, siyasilerin yargı mercilerine baskı uygulama girişimlerinin kamuoyunu yakından ilgilendirdiğini, bu hususun üstleri tarafından gündeme getirilmediğini gören başvurucunun bu mektupları basına sızdırmasının meşru olduğunu tespit etmiştir. AİHM, aynı başvurucunun ikinci kez görevden

alındığı davada da ilkeleri hatırlatarak ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. (*Guja/Moldova* (2), no. 1085/10, 27.02.2018) AİHM benzer nedenlerle, Romanya İstihbarat Servisinin usulsüz telefon dinlemelerini kamuya duyuran kamu görevlisinin başvurusunda da ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır (*Bucur ve Toma/ Romanya*, no. 40238/02, 08.01.2013).

Başvurucunun kamu yayıncısında yaşanan sansürü kitaplaştırması nedeniyle işten çıkarıldığı *Matúz/Macaristan* (no. 73571/10, 21.10.2014) başvurusunda da başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Ancak bu başvuruda yazarın bir kamu görevlisi olması yanında gazeteci kimliğinin bulunmasının da etkili olduğunun vurgulanması gerekir.

C. KAMU GÖREVLİSİNİN YÜRÜTTÜĞÜ HİZMETİN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNE ETKİSİ

Buraya kadar açıkladığımız ilkelerin tüm kamu görevlileri bakımından geçerli genel ilkeler olduğu söylenebilir. Bununla birlikte, yürütülen kamu hizmetinin özelliği de kamu görevlisinin kullandığı ifadenin sınırlandırılmasında dikkate alınmaktadır. Hizmetin muhataplarının ifadeden etkilenmesi, hizmetin tarafsızlık niteliği ve hizmetin kendisinin bizzat ifade özgürlüğüne ilişkin olması gibi hususların bu bağlamda dikkate alınması gerekmektedir.

1. Öğretmenler

İfade özgürlüğü bağlamında kamu görevlileri arasında ilk akla gelen özel grup öğretmenlerdir.

AİHM, kamu görevlilerinin devlete sadakat yükümlülüğü hususunda söz konusu devlete özgü durumların dikkate alınabileceğini kabul ettiği gibi memurun görevinin niteliğinin de göz önünde bulundurulması gerektiğini ifade etmiştir. Komünist Partinin eylemlerine aktif olarak katılan bir öğretmenin aldığı disiplin cezasına ilişkin olarak yapılan başvuruda verdiği kararda, öğretmenlerin öğrencileri yönünden bir otoriteyi temsil ettiği gerçeği karşısında iş yaşamları dışında da belli bir dereceye kadar ödev ve sorumluluklarının devam edeceğini kabul etmiştir (*Vogt/Almanya*, §§ 59, 60).

AİHM *Mahi/Belçika* (no: 57462/19, 3/9/2020, § 32) kararında, öğretmenin öğrencileri üzerinde bir otorite figürü olmasından hareketle meslek hayatında tabi olduğu ödev ve yükümlülükleri belirli bir dereceye kadar okul dışında devam ettirmesinin gerekli olduğunu da değerlendirmiştir (*Mahi/Belçika* § 28).

Anılan kararda AİHM, *Charlie Hebdo* saldırısından sonra öğretmen olarak görev yaptığı okulda çıkan olaylardan sorumlu olduğuna dair bazı medya kuruluşlarının yaptığı haberlere yayımladığı bir mektupla cevap veren başvurucunun söz konusu mektupta ayrımcı ve şiddeti meşrulaştıran nitelikte ifadeler kullanması nedeniyle görev yerinin değiştirilmesinin ifade özgürlüğünü ihlal edip etmediğini incelemiştir. Anılan kararda, ifade açıklamasının sözel iletişime dayanmadığını ve spontane bir tepkinin sonucu olmadığını, aksine geniş çapta kamuya açıklanmış ve bu nedenle herkesin erişebileceği yazılı iddialar olduğunu, ifade açıklamasının başvurucuya

yüklenen sağduyu/ihtiyat yükümlülüğüne zamanlama itibarıyla aykırı görülmesinin meşru olduğunu ve başvurucunun yorumlarının öğrencileri üzerindeki potansiyel etkisini de gözönüne alarak başvurucunun başka bir kuruma atanmasının orantısız olmadığına karar vermiştir (Mahi/Belçika, §§ 34, 36, 37).

Ancak AİHM temizlik işçisi olan başvurucunun sosyal medyada bir içeriği beğenmesi (like) nedeniyle disiplin cezası aldığı Melike/Türkiye başvurusunda başvurucunun öğretmenlerden farklı olarak öğrencilerin üzerinde nüfuzunun bulunmamasını dikkate almıştır: “Mahkeme ayrıca, başvuranın görevinin niteliğini dikkate alarak, ilgilinin, iş yerinde sınırlı bir itibara ve temsil gücüne sahip olabileceğini ve Facebook üzerindeki faaliyetlerinin öğrenciler, öğrenci velileri, öğretmenler ve diğer çalışanlar üzerinde belirleyici bir etkiye sahip olamayacağını gözlemlemektedir. Ulusal makamlar öte yandan, kararlarında, parametreleri, bağlantıları ve bu sosyal ağ üzerinde ilgilinin profilinin popülerlik derecesini dikkate alarak, söz konusu kişilerin başvuranın Facebook hesabına veya ihtilaf konusu “Beğenilerine” erişip erişmediklerini tespit etmeye çalışmamışlardır” (no. 35786/19, 15.06.2021, § 51). AİHM, bu hususun değerlendirmeye alınmamasını etkili ve yeterli gerekçe sunma ödevinin ihlali olarak değerlendirmiştir.

Anayasa Mahkemesi de AİHM içtihatları ile paralel bir şekilde öğretmenlerin öğrencilerin üzerindeki nüfuz ve etkilerinin ifade özgürlüğü davalarında dikkate alınması gerektiğini tespit etmiştir. Bu nedenle, öğretmenlerin sadece mesleklerini yaptıkları sırada değil meslek dışında da ifadeleri bakımından dikkatli olmaları beklenmektedir. Anayasa Mahkemesi birçok kararında öğretmenlik mesleğinin diğer kamu görevlilerine ve herhangi bir vatandaşa kıyasla toplum nezdindeki özellikli konumuna vurgu yaparak öğretmenlerin toplumsal meselelere ilişkin olarak yaptıkları ifade açıklamalarının toplumda daha fazla karşılık bulduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte öğretmenin tabi olduğu ödev ve yükümlülüklerin okulla sınırlı olmadığı, öğretmenin bir otorite figürü olmasından hareketle meslek hayatında tabi olduğu ödev ve yükümlülükleri belirli bir dereceye kadar okul dışında da devam ettirmesi gerektiğinin de altını çizmiştir (Elif Güneysu, B. No: 2017/31733, 7/10/2021, § 54; Cem Özaydın, B. No: 2017/26800, 13/1/2022, § 42; Hatice Deniz Aktaş ve Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası, B. No: 2019/18481, 23/11/2022, § 41).

Anayasa Mahkemesi Hüseyin Şen vakasında (B. No: 2017/6883, 18/10/2023, § 22) başvurucunun paylaşımlarının bir kısmında (rotasyon ve disiplin soruşturması) idarenin işleyişini merkeze almış olsa da özellikle siyasi iktidar ve Cumhurbaşkanı’na yönelik kısımlarında (bkz. § 21) herhangi bir bağlam ve kapsam olmaksızın katı ve kesinlikle suçlayıcı bir dil kullanarak açıklamalarını takipçileriyle paylaşması nedeniyle verilen disiplin cezasının ölçülü olduğu sonucuna ulaşmıştır. Mahkemeye göre başvurucunun paylaşımıyla -öğretmenlik mesleğinin etki alanı değerlendirildiğinde- başta öğrencileri olmak üzere ondan nesnel davranması beklentisi olan diğer kişiler üzerinde **tek yanlı, uygunsuz ve şiddetli etkiler yaratmaya elverişli** fikirlerin aşılması tehlikesi yarattığı kabul edilmelidir.

Anayasa Mahkemesi’nin bu yaklaşımı bazı vakalarda açık ifade özgürlüğü kullanımlarının da yaptırımı uğramasına neden olabilmektedir. Kadriye Karabiber başvurusunda (B. No: 2018/18181, 8/2/2023) başvuru 17/2/2016 tarih ve 2016/4 sayılı “Milli Güvenliği Tehdit Eden Örgüt ve Yapılarla İrtibatlı Kamu Çalışanları” başlıklı Başbakanlık

genelgesini (Genelge) üyesi bulunduğu Eğitim-Sen'in talebi doğrultusunda bir şerh koyarak almıştır. Söz konusu şerh şu şekildedir:

"Bu Genelge; Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenen 'Suç ve Cezaların Yasallığı', yani hiç kimsenin yasalarda suç olarak belirtilmeyen bir fiilden dolayı cezalandırılmayacağı ve hiç kimseye yasalarda yer almayan bir cezanın verilemeyeceği ilkesi ile Anayasa'nın 128. maddesinde düzenlenen memurların hak ve yükümlülüklerinin yasayla düzenlenmesi gerektiği kuralına aykırıdır. Genelgeyle hareket, grup, teşekkül veya dernek gibi her türlü demokratik kitle örgütü tehlikeli gibi gösterildiği dolayısıyla örgütlenme hak ve özgürlüğünün de ihlal edildiği şerhiyle Genelgeyi tebliğ alıyorum."

Anayasa Mahkemesi, söz konusu şerhin hizmete etkisini veya öğrenciler üzerindeki etkisini dikkate almamış ve gerek başvurucunun konumu gerekse Genelge'nin önemi ışığında eylemin Genelge'nin objektif etkisini azaltacak nitelikte olduğunu ve dolayısıyla başvurucunun kamu hizmetinin gereği gibi yerine getirilmesini sekteye uğratabilecek şekilde hareket ettiğini kabul etmek gerekir diyerek başvurucuya verilen disiplin cezasının ifade özgürlüğünü ihlal etmediği sonucuna ulaşmıştır.

Öte yandan Anayasa Mahkemesi'nin öğretmenlerin eğitim ve öğretime ilişkin eleştirileri konusunda ifade özgürlüğünün daha geniş yorumlanması gerektiğini tespit ettiği de gözlemlenmektedir. Hikmet Korkmaz ve Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası başvurusunda (B. No: 2019/380, 11/5/2023, § 17-18) AYM, öğretmenlerin de herkes gibi bir olaya ilişkin herhangi bir düşünceye sahip olmasının ve onu paylaşmasının ifade özgürlüğü kapsamında mümkün olduğunu hatırlatmış, başvurucunun haber metnine yansıyan ifadeleriyle sokağa çıkma yasaklarından veya teröre karşı yürütülen operasyonlardan ziyade yaşanan olayların eğitim-öğretim faaliyetleri ve öğrenciler üzerindeki etkilerine değindiğini, anılan açıklamalarında herhangi bir siyasi tonlamaya veya suçlayıcı bir üsluba da rastlanılmadığını belirterek açıklamalarının başta öğrencileri olmak üzere ondan nesnel davranması beklentisi olan diğer kişiler üzerinde tek yanlı, uygunsuz ve şiddetli etkiler yaratmaya elverişli fikirlerin aşılması tehlikesi yarattığının kabul edilmesinin mümkün olmadığına vurgulama yapmıştır. Hal böyleyken idare ve yargı yerlerinin kullanılan ifadelerle üstü kapalı politik mesajlar verildiği, açıklamada terör örgütünün eleştirilmediği ve kullanılan ifadelerin bir öğretmene asla yakışmayacak tonda olduğunu belirtmek dışında söz konusu çıkarımlara nasıl ulaştığına ilişkin herhangi bir açıklama yapmaksızın disiplin cezası takdir ettiği saptanarak öğretmenin ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.

2. Hakimler

Özellikle siyasi tarafsızlık açısından yükümlülüğü daha yoğun olan kamu görevlisi kategorisi hakimler ve savcılardır. Hakimlerin tarafsızlığını şüpheye düşürecek ifadeler kullanmaktan kaçınmaları gerekir. Adil yargılanma hakkının güvence altına alınması için bu haklı bir beklentidir. Ancak öte yandan hakimlerin keyfi soruşturmaların konusu olmaları da yargı bağımsızlığını tehdit edebilir. Bu nedenle, hakimlerin hangi konularda ve hangi sınırdaki görüş beyan edebilecekleri önemli bir tartışma konusudur.

Bu konudaki genel ilkeler AİHM'in *Baka/Macaristan* kararında (no. 20261/12, 23.06.2016) belirtilmiştir. Başvurucu András Baka, on yedi yıl boyunca (1991-2008) AİHM yargıcı olarak görev yaptıktan sonra 22 Haziran 2009 tarihinde Macaristan Parlamentosu tarafından 22 Haziran 2015 tarihine kadar altı yıllık bir dönem için Yüksek Mahkeme Başkanı olarak seçilmiştir. Baka, Macaristan Başbakanı Orbán'ın ikinci hükümeti tarafından başlatılan ve yargıyı doğrudan etkileyen kapsamlı anayasal ve yasal reformların çeşitli yönlerini, özellikle de hakimlerin zorunlu emeklilik yaşının 70'ten 62'ye düşürülmesini kamuoyuna açık bir şekilde eleştirmiştir.

Nisan 2011'de Parlamento, 1949 Anayasasının yerini alan ve 1 Ocak 2012'de yürürlüğe giren yeni Macaristan Temel Yasasını kabul etmiştir. Temel Yasanın 25. maddesi, Kúria'yı ülkenin en yüksek yargı organı olarak ilan etmektedir. Aralık 2011'de Parlamento, Temel Yasanın birkaç Geçiş Hükmünü onaylayarak, Kúria'nın Yüksek Mahkemenin yasal halefi olacağını ve Yüksek Mahkeme Başkanının görev süresinin Temel Yasanın yürürlüğe girmesiyle sona ereceğini hükmetmiştir. Ayrıca, yeni Mahkemelerin Organizasyonu ve İdaresi Kanunu, Kúria'nın yeni başkanının seçimi için yeni bir kriter getirmiş, Macaristan'da en az beş yıllık yargıçlık deneyimi olmayan kişilerin seçilemeyeceğini düzenlemiştir. Bu hükümlerin birleşimi Baka'nın görev süresinin sona ermesine ve yeni bir dönem için seçilemez hale gelmesine, ayrıca ilgili ücret ve sosyal haklarını kaybetmesine yol açmıştır.

AİHM, Baka'nın görev süresinin erken sona erdirilmesinin, yargıyı ilgilendiren kamusal ilgiyi haiz konularda mesleki sıfatıyla kamuoyuna açıkladığı görüş ve eleştirilerinden kaynaklandığı için, ifade özgürlüğü hakkına müdahale teşkil ettiğine karar vermiştir. AİHM Büyük Daireye göre karar sadece Baka'yı değil, diğer hakimleri ve mahkeme başkanlarını da caydırarak, gelecekte mahkemeleri etkileyen yasama reformları ve yargının bağımsızlığı ile ilgili konularda kamuoyundaki tartışmalara katılmalarını engellemiştir ve usul açısından, ifade özgürlüğü hakkına getirilen kısıtlamalar, suistimale karşı etkili ve yeterli güvencelerle desteklenmemiştir. AİHM bu konuda şu saptamaları yapmıştır:

"165. Aynı zamanda, Mahkeme, özellikle kuvvetler ayrılığına verilen önemin artması ve yargı bağımsızlığının korunmasının önemi göz önünde bulundurulduğunda, başvuranın gibi bir konumda bulunan bir yargıcın ifade özgürlüğüne yapılan her türlü müdahalenin Mahkeme tarafından yakından incelenmesi gerektiğini vurgulamıştır (...). Ayrıca, adalet sisteminin işleyişine ilişkin sorular, tartışılması genellikle 10. madde kapsamında yüksek derecede korumaya sahip olan kamu yararı kapsamına girmektedir (...). Tartışılan bir konunun siyasi sonuçları olsa bile, bu durum tek başına bir yargıcın konuyla ilgili açıklama yapmasını engellemek için yeterli değildir (...). Kuvvetler ayrılığına ilişkin meseleler, demokratik bir toplumda halkın bilgilendirilmesinde meşru menfaati olan ve siyasi tartışma kapsamına giren çok önemli konuları içerebilir (...)"

Bu ilkelerden anlaşılabilceği üzere hakimlerin genel siyasi konularda görüş bildirmeleri tarafsızlık açısından ne kadar tehlikeliyse, hakimlerin yargı siyasetine, reformlara ilişkin görüş bildirmeleri de iyi işleyen bir demokrasi için o derece önemlidir. AİHM'in yakın tarihli Türkiye kararları da bu husus teyit etmektedir.

Yargıçlar Sendikası Başkanı sıfatıyla 2017 Anayasa Değişikliğine ilişkin Evrensel gazetesine röportaj verdiği için disiplin cezası alan *Sarısu Pehlivan/Türkiye* vakasında

(no. 63029/19, 06.06.2023, § 49), HSK başvuruçunun röportajında yargı kurumunun toplumdaki saygınlığını zedeleyecek ve kurumun bir bütün olarak etkisiz ve güvenilmez olduğunu düşündürecek ifadeler kullandığını, diğer yandan başvuruçunun açıklamalarının, Anayasa değişikliğine ilişkin referandumun yarattığı sosyal atmosfer göz önüne alındığında, siyasi olarak taraflı olduğunu düşündürdüğünü değerlendirdiğini kaydetmiştir. Ancak AİHM, söz konusu gerekçenin, bu haliyle, Baka ve AİHM içtihadında geliştirilen kriterlere uygun olarak, başvuruçunun ifade özgürlüğü hakkı ile hâkim olarak kendisine düşen ihtiyat ve itidal yükümlülüğü arasında yeterli dengeyi sağlayabilecek herhangi bir değerlendirme içermediğini tespit etmiştir. HSK'nın kararlarının hiçbirinde, bir yandan bir hâkim olarak statüsü ve Yargıçlar Sendikası Genel Sekreteri olarak görevi, diğer yandan da bu açıklamaları çevreleyen bağlam dikkate alındığında, ihtilaf konusu röportajda yargının saygınlığına zarar verdiği ve siyasi olarak taraflı olduğu düşünülen belirli pasajlar veya ifadeler belirtilmemiştir. Bir başka deyişle AİHM, HSK'nın usul güvencelerini ihlal ettiği sonucuna ulaşmıştır.

Eminağaoğlu/Türkiye vakasında YARSAV Başkanı olan başvuruçu, Ergenekon davası ve diğer yargı süreçleri hakkında açıklamalar yapmış, hakkında açılan disiplin soruşturması sonucunda HSYK İkinci Dairesi başvuruçunun medyaya yaptığı açıklamalar ile mesleğin şeref ve nüfuzu ile şahsi onur ve saygınlığını yitirdiği gerekçesiyle, başvuru hakkında 2802 sayılı Kanun'un 68(2)(a) maddesi uyarınca yer değiştirme cezası uygulanmasına oy çokluğuyla karar vermiştir. AİHM başvuruçunun HSYK kararına karşı yargı yoluna başvuramamasının adil yargılanma hakkını ihlal ettiği gibi HSYK'nın olayı başvuruçunun ifade özgürlüğü boyutuyla birlikte incelememesi nedeniyle de ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir:

"150. Belirtmek gerekir ki, demokratik bir Devlette mahkemelerin rolü, hukukun üstünlüğünün varlığını garanti altına almaktır. Bir hâkim aleyhine disiplin yargılamaları başlatıldığında, adalet sisteminin işleyişine olan kamu güveni tehlikededir. Mahkeme, disiplin yargılamalarıyla karşı karşıya kalan her hâkim ve savcının keyfiliğe karşı güvence altına alınması gerektiği görüşündedir. Kişinin, tedbirin hukukiliğine karar vermek ve yetkililerin olası suistimallerini kınamak için olgusal ve hukuki bütün meseleleri gözden geçirmeye yetkili bağımsız ve tarafsız bir organa söz konusu tedbiri inceletebilmelidir. İlgili kişi, kendi bakış açısını sunmak ve yetkililerin iddialarını çürütmek için, bu inceleme organı önünde çelişmeli yargılama usulünden faydalanabilmelidir (...).

151. Ek olarak, somut davada HSYK'nın, Sözleşme'nin 10. maddesinin korumasına dayanan başvuruçunun iddialarını ele almayı uygun görmeden karar verdiği göz önüne alınmalıdır. Bu bağlamda, Hükümetin yargı mensuplarının ketumluk yükümlülüğüne ilişkin görüşleri somut davada ilgili bulunabilse de, Mahkeme, HSYK'nın başvuruçunun ifade özgürlüğü hakkını uygun bir şekilde ve yukarıda belirtilen ilgili kriterlerle uyumlu olarak bir teraziye oturtarak dengelemede başarısız olduğunu gözlemlemektedir. Mahkeme, bu şartlar altında ihtilaf konusu tedbiri haklı çıkarmak için somut davada yeterli gerekçelerin ileri sürüldüğüne ikna olmamıştır. Ek olarak, aynı eksiklikler ile herhangi bir yargı denetiminin olmaması, Mahkemeyi, ulusal makamların söz konusu çeşitli menfaatlerin ağırlık değerlendirmesine ilişkin Mahkeme içtihadındaki yerleşik normları uygulayıp uygulamadığı sorusunu etkili bir şekilde incelemekten alıkoymaktadır".

Hakimler ve savcılarının geniş ifade özgürlüğünden yararlandıkları tek alan yargı siyaseti ve yargı uygulamaları konusunda değildir. Bizzat mesleklerini yerine getirirken kullandıkları ifadenin de ancak çok istisnai durumlarda idari yaptırımın konusu olması gerekir.

Kayasu/Türkiye vakasında (no. 64119/00, 13.11.2008), olay tarihinde savcı olan başvuru 12 Eylül Askeri darbesini yapan generallerin cezalandırılması için önce Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi Başsavcılığına dilekçe sunmuş ardından da Kenan Evren hakkında kendisi bir iddianame tanzim etmiştir. İlk eylemi için başvuru ya kınama cezası verilmiştir. İkinci eylem için ceza davası açılmış ve başvuru görevden çıkarılmıştır. Başvuru ayrıca hem hakaret suçundan hem de görevi kötüye kullanmadan mahkûm olmuştur. AİHM, başvurunun aldığı kınama cezası ve görevi kötüye kullanma cezasını, hükümetin takdir yetkisi içinde bulmakla birlikte, askeri personele hakaret ve görevden çıkarma cezaları bakımından sadece başvuru değil tüm yargı çalışanları açısından caydırıcı bir etkisinin de olacağını dikkate alarak ölçüsüz bulmuş ve Sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır (§ 109).

Başvuru hakimın Özgür Gündem gazetesini okuyup, Med TV izlediğinin iddia edildiği Albayrak/Türkiye başvurusunda AİHM başvurucuya ceza veren HSYK'nın bu iddiaların başvurunun hizmetiyle nasıl bir bağlantısının bulunduğunu tartışmadığını not etmiştir:

"46. Mahkeme, dava dosyasında, başvurunun PKK ile ilgili medyayı takip etmesi de dahil olmak üzere, itiraz edilen davranışının, yargıç olarak görevini yerine getirmesinde ve özellikle daha önceki, devam eden veya yakında görülecek davalarda bir etkisi olduğunu gösteren herhangi bir bilinen olaya atıfta bulunulmadığını tespit etmiştir ...). Mahkeme ayrıca, başvurunun PKK ile açıkça bağlantılı olduğunu veya önüne gelen ilgili davaları tarafsız bir şekilde ele alma yeteneğini sorgulayabilecek şekilde davrandığını gösteren hiçbir kanıtın Hükümet tarafından sunulmadığını da belirtmektedir. Mahkeme'nin görüşüne göre, bunlar yetkililer tarafından alınan önlemin gerekliliğini değerlendirmede temel faktörlerdir".

HSYK'nın usul ödevlerini yerine getirmediğini belirten AİHM, başvurunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.

Hâkim ve savcılarının tarafsızlık yükümlülüğü bulunmaktaysa da bu yükümlülüğün görevleriyle ilişkisi kurulmadan haklarında idari işlem yapılması halinde usul yükümlülüğü ihlal edilmiş olacaktır.

3. Akademisyenler

Akademisyenler diğer kamu görevlilerinden farklı olarak geniş bir şekilde ifade özgürlüğünden yararlanmaktadır. Öğretim üyesinin yaptığı işin sonucu olarak hakikati bulması, bilimsel gerçeğe ulaşması beklenmelidir. Bu anlamda, **devlet memurundan beklendiği tarzda bir şekilde devlete sadakat, bilim insanından beklenemez.** Bu nitelik farkı, üniversite çalışanlarına farklı bir özgürlük alanı tanınmasını da gerektirmektedir. Gerçekten de Anayasa bilim ve sanat özgürlüğünü ifade

özgürlüğünden ayrı bir hükümde düzenlemiştir. Anayasa'nın 27. maddesine göre "Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir". Anayasa'nın diğer maddelerinde sayılan genel sınırlama sebepleri bu nedenle 27. maddede sayılmamıştır.

Akademisyenlerin durumunun Anayasa'da üniversitelere verilen özel anlamdan bağımsız düşünülmesi mümkün değildir. Nitekim, Anayasa Mahkemesi üniversiteleri ve öğretim üyelerinin statüsünü şu şekilde tanımlamıştır: "Anayasa'da üniversite, bilimsel çalışmaların yapıldığı ve bilimin öğretildiği kurum olarak nitelendirilip bilimsel ve idari özerkliğe sahip kılınarak diğer kamu kurumlarından farklı değerlendirilmiş, öğretim üyelerine de kamu görevlisi olmakla birlikte genel sınıflandırma içinde ayrı bir yer verilerek kendilerine özgü önem ve değerinde bir meslek sınıfı olduğu belirtilmiştir" (AYM, T.16.7.2010 E. 2010/29, K. 2010/90).

AİHM de akademik özgürlüğün kapsamına ilişkin olarak şu saptamaları yapmaktadır:

"... Mahkeme ayrıca, akademik özgürlüğün (...) ve akademik çalışmaların önemini vurgulamıştır (...). Bu bağlamda, araştırma ve eğitimde akademik özgürlüğün, ifade ve eylem özgürlüğü, bilgi yayma özgürlüğü, araştırma yapma ve bilgiyi ve gerçeği kısıtlama olmaksızın kitlelere iletme özgürlüğünün güvence altına alması gerekmektedir (bkz. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin 1762 (2006) sayılı Tavsiye Kararı). Dolayısıyla, akademisyenlerin araştırma yapma ve bulgularını yayımlama özgürlüğüne getirilen kısıtlamaların dikkatli bir incelemeye tabi tutulması Mahkemenin içtihadıyla tutarlıdır" (Mustafa Erdoğan/Türkiye (B. No: 346/04, 39779/04, 27/5/2014 § 40).

Akademisyenlerin ifade özgürlüğü öncelikle bilimsel çalışma ve derslerde kullandıkları ifadelerle uygulanacaktır (Hasan Mor, B. No: 2019/20996, 25/5/2022, § 32; Sorguç / Türkiye, B. No: 17089/03, 23/6/2009).

Bununla birlikte, bir akademisyenin akademik bir dergide veya bir konferansta kullanmadığı ifadelerin ya da çok formel şekilde kaleme alınmamış eserlerin akademik özgürlük dışında değerlendirilmesi doğru olmayacaktır. Örneğin Mustafa Erdoğan/Türkiye davasında Anayasa Hukuku profesörü olan başvuru Liberal Düşünce Dergisinin 2001 yılındaki bir sayısında "Fazilet Partisi'ni Kapatma Kararı Işığında Türkiye'nin Anayasa Mahkemesi Sorunu" başlıklı bir makale yazmış ve Mahkemeyi ve üyelerini çok sert ifadelerle eleştirmiştir. Anayasa Mahkemesi üyelerinin tamamı bu makalenin yayımı üzerine başvuru hakkında da yazının hakaret içerdiği ve kişilik haklarına saldırdığı gerekçeleriyle tazminat davası açmış ve bu davayı kazanmıştır. AİHM makalenin bir akademisyen tarafından yazıldığını, akademik özgürlüğün sadece akademik ya da bilimsel araştırmayla sınırlı olmadığını ve akademisyenlerin kendi uzmanlık ve yetkinliklerine göre görüşlerini serbestçe ifade etmelerini de kapsadığını, makale konusunun kamusal çıkarlarla ilgili bir meseleye ilişkin olduğunu belirterek başvuruçunun 10. Maddede korunan ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. (Mustafa Erdoğan/Türkiye (B. No: 346/04, 39779/04, 27/5/2014 § 40)

Anayasa Mahkemesi de Zübeyde Fusun Üstel ve diğerleri ([GK], B. No: 2018/17635, 26/7/2019, § 110-113) kararında bir akademik çalışma olmamasına rağmen 2200 akademisyen tarafından imzalanan "Bu Suça Ortak Olmayacağız" metninin akademik özgürlükle de bağının var olduğunu belirtmiştir.

Akademisyenlerin görüşleri nedeniyle soruşturulmaları keyfi olarak akademik özgürlüklere de müdahale anlamına geleceğinden, kamusal tartışmalara katkıda bulunan akademisyenlerin bu niteliklerinin de dikkate alınması gerekmektedir. Bu hususun değerlendirmede dikkate alınmaması ise ifade özgürlüğünü usul bakımından ihlal edecektir.

D. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ İLE İLGİLİ İDARİ KURUMLARIN USUL YÜKÜMLÜLÜKLERİ

İfade özgürlüğü tüm idari kararlarda söz konusu olabileceği için usul yükümlülüklerin tüm idari birimler açısından dikkate alınması gerektiği açıktır. Bununla birlikte, hizmet gereği bazı idari birimlerin tüm aldığı kararlar ifade ve basın özgürlüğü ile ilgili olduğu için bu kurumların usul ödevlerinin de daha özgün bir nitelik kazandığı belirtilmelidir.

Türkiye’de bu kurumların başında Radyo Televizyon Üst Kurulu, Basın İlan Kurumu ve Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu gelmektedir.

Anayasa Mahkemesi bu kurumların uyguladığı idari yaptırımlarla ilgili usul yükümlülükleri bakımından öncü kararlar vermiştir.

Basın İlan Kurumu (BİK) 2/1/1961 tarihli ve 195 sayılı Basın İlan Kurumu Teşkiline Dair Kanun ile kurulmuş kamu tüzel kişiliğini haiz bir idari organdır. 195 sayılı Kanunun 95. maddesine göre BİK, basın ahlak esaslarına aykırı hareket eden gazetelere şikâyetle bağlı olarak veya resen inceleme yaparak **resmî ilan ve reklamların kesilmesi** yoluyla yaptırım uygulayabilmektedir. Kurumun bu yetkisini muhalif yayın organları aleyhine uyguladığına dair şikâyetler sıklıkla dile getirilmiştir.

Anayasa Mahkemesi *Yeni Gün Haber Ajansı Basın ve Yayıncılık A.Ş. ve diğerleri* pilot kararında ([GK], B. No: 2016/5903, 10/3/2022, §102) konuya ilişkin daha önceki içtihadını hatırlatarak bu tür yaptırımların uygulanmasında dikkate alınması gereken usuli ölçütleri belirlemiştir:

“102. [...] Anayasa Mahkemesi, derece mahkemelerine uygulamalarında yol göstermek amacıyla her defasında dengeleme kriterlerinin kapsamını yineleyerek bu kriterlerin somut olay kapsamında ne şekilde uygulanması gerektiğini göstermeye çalışmıştır. Anayasa Mahkemesi çatışan haklar arasında dengeleme yapılabilmesi için;

Haber veya makalede yer alan ifadelerin kim tarafından dile getirildiği,

Hedef alınan kişinin kim olduğu, kamuoyunda tanınırlık derecesi ile ilgili kişinin önceki davranışları, basının sıkı denetiminde olup olmadığı, katlanması gereken, kabul edilebilir eleştiri sınırlarının sade bir vatandaş ile karşılaştırıldığında daha geniş olup olmadığı,

Haber veya makalenin konusu, bunlarda kullanılan ifadelerin türü, yayının içeriği, şekli ve sonuçları,

Haber veya makalenin yayımlanma şartları,

Yayında kamu yararı bulunup bulunmadığı, genel yarara ilişkin bir tartışmaya katkı sağlayıp sağlamadığı, kamuoyu ile diğer kişilerin düşünce açıklamaları karşısında sahip oldukları hakların ağırlığı,

Kamuyu bilgilendirme değeri, toplumsal ilginin varlığı ve konunun güncel olup olmadığı,

Haber veya makalede yer alan ifadelerin olgusal temele dayalı olup olmadığı, ihtilaflı açıklamanın somut unsurlarla yeterince desteklenip desteklenmediği,

Başkalarının şöhret ve haklarının zarar görme ihtimalinin bulunduğu durumlarda başta meslek ahlakına saygı gösterme, doğru ve güvenilir bilgi verecek şekilde ve iyi niyetli olarak hareket etme ödevi olmak üzere basın mensuplarının kendiliğinden uymaları gereken zorunlu sınırlara, ödev ve sorumluluklara uygun davranıp davranmadığı,

Haber veya makalede dile getirilen düşüncelere cevap verme imkânının bulunup bulunmadığı,

Haber veya makalenin hedef aldığı kişilerin hayatı üzerindeki etkilerinin somut olaya uyduğu ölçüde öncelikle BİK tarafından gözetilerek bu kriterlere uygun bir değerlendirme yapılması gerekliliğine dikkat çekmiştir. Bu itibarla BİK kararlarına karşı itiraz mercii konumunda olan asliye hukuk hâkimliklerinin de öncelikle BİK'in belirtilen kriterlere uygun bir değerlendirme yapıp yapmadığını incelemesi, varsa eksik hususları gidermesi beklenmektedir. Bunun yanı sıra asliye hukuk hâkimliklerince olaya konu haberin ağırlığı ile verilen ceza arasında orantılılık ilişkisinin kurulması gerektiğini de belirtmiştir (Uğurlu Gazetecilik Basın Yayın Mat. Rek. Ltd. Şti. (3), §§ 48-50; Uğurlu Gazetecilik Basın Yayın Mat. Rek. Ltd. Şti. (4), §§ 39-41; Estetik Yayıncılık Anonim Şirketi, §§ 46-48).

105. Anayasa Mahkemesi önüne gelen ve işbu dosyada birleştirilen başvuruların tamamında cezalandırma konusu içerikler ulusal ölçekte yayın yapan gazetelerin basılı nüshasında veya internet sitesinde yer alan haberlere ilişkindir. Bu haberlerle ilgili olarak BİK'in ve devamında asliye hukuk mahkemelerinin dengeleme kriterlerini çok sıkı şekilde uygulaması ve anılan müdahale biçimini başvurulabilecek son çare olarak görmesi gerekliliği defaatle vurgulanmıştır (Uğurlu Gazetecilik Basın Yayın Mat. Rek. Ltd. Şti. (3), § 51; Uğurlu Gazetecilik Basın Yayın Mat. Rek. Ltd. Şti. (4), § 42; Estetik Yayıncılık Anonim Şirketi, § 49)".

Anayasa Mahkemesi benzer bir ilke kararını radyo televizyon yayıncılığı nedeniyle vermiştir. Türkiye'de radyo televizyon yayıncılığı 15/2/2011 tarihli ve 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'da düzenlenmektedir. 6112 sayılı Kanun'un geçici 4. maddesine göre RTÜK'ün radyo ve televizyon alanında frekans planlamalarını Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde yapması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi *Bizim FM Radyo Yayıncılığı ve Reklamcılık A.Ş.* kararında ([GK], B. No: 2014/11028, 18/10/2017) 3984 sayılı mülga Kanun'un ve bu Kanun yerine getirilen 6112 sayılı Kanun'un emredici hükümlerine rağmen idarece bir sıralama ihalesi yapılmadığını tespit etmiştir. Dolayısıyla Türkiye'de hâlen karasal yayın yapan radyolar, 1995 öncesi yayına başlayan radyolarla bu tarihten sonra idari kararlar veya mahkeme kararları ile yayına başlayan radyolardan oluşmaktadır.

Anayasa Mahkemesi bu yönde verdiği kararlarına rağmen gerekli adımların atılmaması üzerine *İyi Haber Yayın Organizasyon Ticaret A.Ş. ve diğerleri* ([GK], B. No: 2018/10782, 11/1/2024, § 71) kararında 6112 sayılı Kanun'un emredici hükümlerine rağmen ön şartları yerine getirmiş müracaatçı kuruluşlara yayın izni ve lisans

vermekle görevlendirilen RTÜK'ün belirlenen zaman zarfında usulüne uygun bir sıralama ihalesi gerçekleştirerek kanal veya frekans tahsisi yapamadığını dikkate alarak, ihlalin ve sonuçlarının giderilebilmesi ve benzeri yeni ihlallerin önüne geçilebilmesi için karasal radyo yayıncılığı alanındaki hukuki belirsizliğin giderilmesi için Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne de gönderilmesine karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi, *Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş.* kararında ([GK], B. No: 2015/18936, 22/5/2019, § 74), 5651 Sayılı Yasanın “Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi” kenar başlıklı 8/A maddesine ilişkin genel değerlendirmeler yapmıştır. Bu madde uyarınca Cumhurbaşkanlığı veya ilgili Bakanlıkların talebi üzerine BTK Başkanı tarafından verilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı, Başkan tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulmaktadır. Anayasa Mahkemesi'ne göre bu şekilde verilecek içerik çıkarma ve erişim engelleme kararlarında şu hususların dikkate alınması gerekir:

i. İnternet içeriğine erişimin engellenmesi kararı verilebilmesi için gecikmesinde sakınca bulunan bir durumun varlığı idari ve/veya yargısal makamlar tarafından ortaya konulmalıdır.

ii. Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerin yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerinden bir veya birkaçına bağlı olarak ortaya çıkabileceği dikkate alındığında yayının içeriği ile bu sebepler arasındaki ilişkinin tam olarak gösterilmesi gerekir.

iii. Böyle bir analizin yapılabilmesi için eğer söz konusu yayının terör örgütleriyle veya terör faaliyetlerinin meşru gösterilmesiyle bir ilişkisi varsa ifade özgürlüğü ile demokratik toplumun terör örgütlerinin faaliyetlerine karşı kendini korumaya ilişkin meşru hakkı arasında denge kurulmalıdır.

iv. Zikredilen dengelemenin yapılabilmesi için;

- Bütünüyle ele alındığında müdahaleye konu yayının özel bir kişiyi, kamu görevlilerini, halkın belirli bir kesimini veya devleti hedef gösterip göstermediğinin, onlara karşı şiddete teşvik edip etmediğinin,
- Bireylerin fiziksel şiddet tehlikesine maruz bırakılıp bırakılmadığının, bireylere karşı nefreti alevlendirip alevlendirmedeğinin,
- Yayında iletilen mesajda şiddete başvurma gerekliliği ve haklı bir önlem olduğunun ileri sürülüp sürülmediğinin,
- Şiddetin yüceltilip yüceltilmediğinin, kişileri nefrete, intikam almaya, silahlı direnişe tahrik edip etmediğinin,
- Suçlamalara yer vererek veya nefret uyandırarak ülkenin bir kısmında veya tamamında daha fazla şiddete sebebiyet verip vermeyeceğinin,
- Kişi veya kuruluşları paniğe yöneltmek yalan ve yanlış bilgileri, tehdit ve hakaret oluşturan ifadeleri içerip içermediğinin,
- Yayın tarihinde ülkenin bir kısmında veya tamamında çatışmaların yoğunluk derecesi ile ülkedeki tansiyonun yükseklik derecesinin yayına erişimin engellenmesi kararına etki edip etmediğinin,
- Karara konu sınırlayıcı tedbirin demokratik bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın karşılanması amacına yönelik olup olmadığının ve tedbirin başvurulabilecek en son çare niteliğinde bulunup bulunmadığının,

- Son olarak sınırlamanın güdülen kamu yararı amacını gerçekleştirmek için ifade özgürlüğüne en az müdahale eden ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının

yayının içeriğiyle birlikte değerlendirilmesi gerekir.”

Bu ilkelerin uygulanmadığı BTK kararları, ifade özgürlüğünü usul bakımından ihlal edecektir.

E. İDARİ YARGILAMADA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜ ETKİLEYEN USUL SORUNLARI

Türkiye’de idarenin ifade özgürlüğünü etkileyen usul sorunları yanında yasadan ve-ya uygulamadan kaynaklanan idari yargılama sorunlarının da vurgulanması gerekir.

1. Re’sen Araştırma İlkesi

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 20. maddesi uyarınca “Danıştay, bölge idare mahkemeleri ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her türlü incelemeyi kendiliğinden yapar.” Buna resen araştırma ilkesi denilmektedir. İdari yargıda bu ilkenin kabul edilmesinin nedeni, idarenin hukuka uygun davranması zorunluluğunu öngören hukuk devleti ilkesidir. Buna göre idarenin eylem ve işlemleri hukuka uygun olmak zorundadır. İdare hukuka dayanmayan bir yetki kullanamayacağı gibi, yetkilerini de hukuka uygun kullanmak zorundadır.

Her ne kadar idari işlemler hukuka uygunluk karinesinden yararlınsa da bir işlem hakkında dava açıldığında işlemin sebebini açıklamak davalı idareye düşer. İdari işlemlerin mutlaka bir sebebe dayanması gerekir. Sebebe dayanmayan ya da sebebi açıklanmayan işlemler keyfi yetki kullanımı niteliğinde olup hukuk devletini ihlal eder. Sebep, idareyi dava konusu işlemi yapmaya iten bir hukuki olgu (idari işlem) veya maddi veya fiili bir olay olabilir. Hukuk devleti ilkesinin gereği olarak idare, işleminin hukuka uygunluğunu göstermek için işlemin dayandığı sebepleri açıklamak zorundadır. Bu zorunluluk normalde işlemin yapılışı sırasında gerekçesinin gösterilmesini gerektirir. Ne var ki, hukukumuzda idari işlemlerin gerekçeleri açıklama yükümlülüğü yasal olarak düzenlenmemiştir. Bu durumda işlemin hukuka aykırılığı yargı yeri önünde ileri sürüldüğünde, yargı yerinin idareye işlemin sebebini sorma ve idarenin de işlemin sebebini gösterme yükümlülüğü vardır. Ancak idari işlemin gerekçeli olarak tesis edilmesi halinde de idari yargı yeri, gösterilen sebebin o sonucu doğuracak nitelikte ve gerçek olup olmadığı resen araştırır. Kural olarak idare, dava konusu idari işlemin hukuka uygun olduğunu ispatlamaya yarayacak bilgi ve belgeleri yargı yerine sunarak işlemin sebebini gerçek ve hukuka uygun olduğunu ispatlamak zorundadır. Bu açıdan idari işlemlerin hukuka uygunluk karinesinden yararlanmasının önemi yoktur.

Bununla birlikte, işlemin yapıldığı tarihte idarenin sebep unsuru olarak görmediği bir hukuki veya fiili durum, daha sonra yargı makamları tarafından resen araştırma yoluyla tespit edilemez. Bir başka deyişle, idari yargı yerinin görevi

işlemin unsurlarının işlemin yapıldığı anda mevcut olup olmadığının tespitinden ibarettir. İşlemin sebep unsuru, işlemin yapıldığı tarihte mevcut değilse, bu eksiklik daha sonra resen araştırma yöntemi kullanılarak yargı mercii tarafından doldurulamaz.

Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun 30/9/1994 tarihli ve E.1993/247, K.1994/559 sayılı kararında belirtildiği gibi “...İdare Hukuku ilkelerine göre, iptal davaları incelenirken, iptali istenilen işlemin tesis edildiği andaki durum yargılanır ve iptal kararı, idari işlemi tesis edildiği tarihten itibaren ortadan kaldırır.⁵⁹ Bu içtihadı da dikkate alan Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu, B.A.Y kararında şu değerlendirmeyi yapmıştır: “İlgili yargı kararlarında belirtildiği üzere (bkz. §§ 37,38) iptal davalarında idari işlemlerin hukuka uygunluğunun yargısal denetiminin söz konusu işlemlerin tesis edildiği tarihteki duruma göre yapılması kuraldır.” (B.A.Y. [GK], B. No: 2019/19788, 5/7/2022, § 66)

Ancak uygulamada özellikle ifade özgürlüğünü ilgilendiren KHK ihraç kararlarında re’sen araştırma ilkesi işlem tarihinde mevcut olmayan hatta işlemi yapan idarenin hiç fikri bile olmayan konulardan mahkemelerin sonradan sebep oluşturması yöntemine dönüşmüştür.

Anayasa’nın 125. maddesine göre “Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez”.

Bu kural öncelikle kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir sonucudur. Ama bir yandan da kişilerin temel hak ve ödevlerinin güvencesi olarak anlaşılmalıdır. Mahkemeler, idarenin yerine geçerek kişiler hakkında temel hakları kısıtlayıcı önlemleri geriye yönelik olarak uygulamamalıdır.

Oysa ihraç dosyalarında mahkemeler, ara karar kurarak işlemi yapan idareler dışında birçok farklı idareye yazılar yazmakta, bu kurumlardan gelen bilgilere göre karar vermekte, işlemi tesis eden idarenin kararında hiç yer almayan bilgilere dayanarak ilgili kamu görevlisinin hakkında işlemin tesisini hukuka uygun bulmaktadır. Bu uygulamanın re’sen araştırma ilkesinin amacından sapan ve hukuk güvenliğini tehdit eden bir pratik olduğu açıktır.

2. Sebep İkamesi Uygulaması

Yukarıda açıklanan bu durumun “sebep ikamesi” kavramından ayrı düşünülmesi mümkün değildir. İptal davalarında, yetki ve şekil unsuru yönünden hukuka uygun olduğu anlaşılan bir idari işlemin tesisinde idarece esas alınmış sebep hukuka uygun veya aykırı bulunmasına karşın, yargı yerince dosyanın incelenmesi aşamasında başka bir hukuka aykırılık ya da uygunluk nedeni saptanmış ise, idarenin ileri

⁵⁹ Ayrıca iptal davalarında idarenin tesis ettiği idari nitelikteki işlemlerin tesis edildikleri tarihteki hukuki duruma göre yargısal denetiminin yapılması gerektiğini vurgulayan kararlar için bkz. Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu E.2006/1009, K.2009/2822, 10/12/2009; Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu E.2006/1876, K.2010/549, 8/4/2010.

sürdüğü sebep dışında dosyada saptanan nedene göre uyumsuzluğun çözümlenmesi, idare hukukunda “sebeplik ikamesi” ilkesi olarak nitelendirilmektedir. Ancak sebeplik ikamesi yapılabilmesi için öncelikle olaya uygulanabilir sebebin varlığı gerekmektedir. İkinci olarak eğer sebeplik ikamesi yapılmışsa davanın taraflarına bu konuda söz hakkının verilmesi gerekir.

Anayasa Mahkemesi idari yargı yerlerinin sebeplik ikamesi yapması halinde adil yargılanma bakımından silahların eşitliği ilkesine uygun yargılama yapılması için gerekenleri şu şekilde tanımlamıştır:

“İdari yargı yerlerince sebeplik ikamesi yapılması durumunda çelişmeli yargılama ilkesi çerçevesinde yeni durumun taraflara bildirmek suretiyle görüş ve itirazların alınarak yeterli tartışma olanağının tanınması yahut ilk derece mahkemesince karar aşamasında sebeplik ikamesi yapılmış ise karara karşı taraflara etkili ve sonuç alabilecek kanun yollarına başvuru yapma imkânı verilerek yeni sebebe ilişkin yeterli itirazların sunulmasının sağlanması ve bu yeni sebebe karşı tarafların ileri sürdüğü uyumsuzluğun sonucuna etkili iddiaların temyiz mercince değerlendirilmesi durumunda çelişmeli yargılama ilkesinin gerekleri yerine getirilebilecektir”. (Koray Erdoğan [I. B.], B. No: 2013/1989, 10/3/2016, § 40)

Danıştay ihraç davalarının özelliğini dikkate alarak dosyaya sonradan sunulan delillerle ilgili olarak “Her ne kadar dava konusu işlemlerin, ülkenin içinde bulunduğu tehdidin ortadan kaldırılması ve bozulan kamu düzeninin ivedi şekilde yeniden tesis edilmesi amacıyla tesis edilen “olağanüstü tedbir” niteliğinde olması nedeniyle anılan işlemlerin dayanağı olan deliller, davalı idare tarafından dava konusu işlemlerin tesisinden sonra tespit edilerek dosyaya sunulmuş ise de bu delillerin terör örgütleri ile millî güvenliğe karşı faaliyette bulunduğu kabul edilen yapılara üyelik, mensubiyet, iltisak veya bunlarla irtibatı ve anayasal düzene sadakat yükümlülüğünün yitirildiğini ortaya koyan geçmişe ilişkin olay ve olgular olduğu görüldüğünden dava konusu işlemlerin hukuka uygunluğunun yargısal denetiminde dikkate alınabileceği tabiidir” saptamasında bulunmuştur. (Danıştay 5. Daire 2016/38273 E., 2022/1720 K.)

Ancak uygulamada sebeplik ikamesi yöntemi sadece işlem öncesinde mevcut olan ve fakat dosyaya sonradan eklenen deliller bakımından uygulanmamaktadır. Barış için Akademisyenlerle ilgili ihraç dosyalarında ihraç edilen akademisyenlerin ihraçlarından yıllar sonra yaptıkları sosyal medya paylaşımları, katıldıkları toplantılar da ilgili kişinin iltisak ve irtibatı bakımından değerlendirme konusu yapılmıştır. Öyle ki bu deliller bazen ihraçtan 8-9 yıl sonra ortaya çıkmış ve işleme dayanak olarak kabul edilmiştir.

Bu uygulamanın bir bütün olarak ifade özgürlüğünün usul bakımından ihlaline vücut verdiği açıktır.

3. Ara Karar Cevaplarının Tebliğ Edilmemesi ve Cevabının İstenmemesi

Resen araştırma ve sebeplik ikamesi ilkelerini daha da ciddi bir usul sorunu haline getiren uygulama re’sen araştırma için ara karar veren mahkemelerin ara kararlarını ve ara kararlara gelen cevapları davacıya yollayarak görüşünü istememesidir. Bu

yöntemle idare mahkemeleri hem iddia eden hem de karar veren haline dönüşmekte daha da kötüsü ilgiliye savunma hakkını da kullandırtmamaktadır.

Bu uygulama davanın tarafı olmayan idarelerin iddia ve delillerinin davanın taraflarının yerine geçmesi sonucunu doğurmakta bu iddialara cevap imkânı verilmediği için de çelişmeli yargılama ve silahların eşitliği ilkelerini ortadan kaldırmaktadır.

Böylece resen araştırma, sebep ikamesi ilkesinin yukarıda aktarıldığı şekilde sorunlu uygulaması ara karar sonuçlarının davacıya gönderilmemesi pratiği ile birleştiğinde özellikle ifadesi nedeniyle ağır idari yaptırımlara uğrayan kişilerin usuli güvencelerden bütünüyle yoksun kalması sonucu doğurmaktadır.

4. İdari Yargıda Duruşma ve Tanık Konusundaki Sorunlar

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Vergi Usul Kanununun uygulanacağı halleri düzenleyen 31. maddesinde sayılmayan usuli güvenceler, ilgili maddede atıf bulunmadığı için idari yargılamada uygulanmamaktadır. Bu açıdan en kritik husus idari yargıda tanık dinletme konusudur.

Kullandığı ifade nedeniyle idari yaptırımla karşılaşan kişilerin en önemli dayanaklarından biri olaya tanıklık eden kişinin mahkeme önünde dinlenmesidir. Ancak bu delil mahkeme önünde dinletilememektedir.

İdare hukukunda idari kararlara karşı yapılacak başvurulara ilişkin olarak, sağlanan yargı denetiminin kapsamının “yeterli” olup olmadığı sorusu, sadece hakkında başvuru yapılan kararın konusunun takdirî veya teknik niteliğine ve başvurucunun mahkemeler önünde kendisi için merkezi bir konu olarak ortaya koymak istediği özel meseleye bağlı olmayabilir, aynı zamanda daha genel olarak, söz konusu “medeni hak ve yükümlülüklerin” niteliğine ve ilgili iç hukukun izlediği politika hedefinin niteliğine de bağlı olabilir (Fazia Ali/Birleşik Krallık, 20.10.2015, no. 40378/10, § 84).

Bu durumda idari yargı önündeki başvuruları, olayların tekrar incelenmesi gereken ve gerekmeyen davalar olarak sınıflandırmak gerekir. Birçok davada yargı incelemesi yapılan inceleme sonrasında alınan kararın hukuka uygunluğunun denetimi ile yetinebilir. Ancak bazı durumlarda, idari yargı yerinin olayı da aydınlatması gerekir.

İdari yargının olayı aydınlatması için duruşma yapılması ve bu duruşmada olayın aydınlatılmasına ilişkin delillerin tartışılması önemli bir araçtır. AİHM, öncelikle, sözlü duruşma hakkının sadece yargılamada tanıkların sözlü olarak ifade vermesi ile ilgili bir konu olmadığını belirtmektedir. Davacılar için, ulusal mahkemeler önünde davalarını sözlü olarak ifade etme imkânına sahip olmak da bu kapsamda koruma altındadır. Dolayısıyla, sözlü duruşma hakkı, yargılama tarafları arasında genel olarak eşitlik ilkesini destekleyen unsurlardan biridir (Margareti/Hırvatistan, no. 16115/13, 05.06.2014, §§ 127-28; Ramos Nunes de Carvalho e Sá/Portekiz, §187).

AİHM, idari davalarda bazı durumlarda duruşma yapılmasının olayların aydınlatılması için bir zorunluluk olduğunu dile getirmiştir. Şu durumlarda duruşma yapılması ve delillerin tartışılması gerekir:

(a) İdare tarafından olayların doğru bir şekilde tespit edilip edilmediğinin değerlendirilmesi gerektiği durumlarda (bkz. *Malhous/Çek Cumhuriyeti* [BD], no. 33071/96, 12.07.2001, § 60);

(b) koşullar, mahkemenin davacılara kendi adlarına veya bir temsilci aracılığıyla kişisel durumlarını açıklama hakkı tanıyarak davacılar hakkında kendi izlenimini oluşturmamasını gerektirdiğinde (bkz. Göç/Türkiye, § 51; Andersson/İsveç, no. 17202/04, 7.12.2010, § 57);

(c) mahkemenin, diğerlerinin yanı sıra duruşma yoluyla belirli hususlar hakkında açıklama alması gerektiği durumlarda (bkz. Fredin/İsveç (no. 2), 23.02. 1994, § 22, Series A no. 283-A ve Lundevall/İsveç, no. 38629/97, 12.11.2002, § 39).

Öte yandan, Sözleşme medeni hak ve ödevler bakımından tanık dinletme hakkını müstakil olarak düzenlememektedir. Bununla birlikte, mahkemeler tanık dinletme taleplerine neden dinlenmesine gerek görülmediği konusunda cevap vermelidir (Carmel Saliba/Malta, no. 24221/13, 29.11.2016, § 77). Mahkeme aynı şekilde, tanık delilinin neden ilgisiz olduğunu da açıklamalıdır (§ 69-70). Taraflardan birinin tanığının dinlerken (somut olayda eski Kars Başsavcısı) diğer tarafın tanıklarının dinlenmemesi de silahların eşitliği ilkesine aykırı olacaktır (Ankerl/İsviçre, no. 17748/91, 23.10.1996, § 38).

Dilek Genç/Türkiye vakasında (no. 74601/14, 21.01.2025) başvuru hakkında tesis edilen idari para cezasına karşı polis tutanaklarına karşı tanık dinletmek istemiş ancak tanık dinletme talebinin dikkate alınmaması nedeniyle polis tutanaklarındaki bulgulara etkili bir şekilde itiraz edemediğini ileri sürerek AİHM'e başvurmuştur. AİHM şu ifadelerle Sözleşme'nin 6. Maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir:

"85. Yukarıdaki hususları göz önünde bulunduran Mahkeme, somut davadaki iç hukuk yargılamalarının adil yargılanma hakkının gerekliliklerini karşılamadığı; bu durumun başvuruçunun kendisine verilen para cezalarının temelini oluşturan, belirleyici olmasa bile yegâne delil olan polis tutanaklarına etkili bir şekilde itiraz etme imkânından onu yoksun bıraktığı sonucuna varmıştır. Bunun nedeni ise başvuruçunun tanığının İzmir İdare Mahkemesi önünde dinlenmesine geçerli yasal çerçevenin ve yerel mahkemelelerin içtihadının izin vermemesi ve bu durumda başvuruçunun maruz kaldığı ön yargının o mahkeme tarafından giderilmemesidir. İzmir İdare Mahkemesi, neden başvuruçunun savunmasına polis tarafından hazırlanan tutanaklardan daha az önem atfettiğini belirtmemiştir. Anayasa Mahkemesi ise bu eksikliği gidermemiştir".

Dilek Genç kararı sonrasında Anayasa'nın 90. Maddesi uyarınca usul ihlaline vücut vermemek için özellikle ifade özgürlüğü ile ilgili davalarda tanık dinletilmesi gerektiği değerlendirilmektedir.

Son olarak idari yargıda medeni yargılama ve ceza yargılamasından farklı olarak duruşmalarda tutanak tutulmamaktadır. İdari yargıda kural olarak yazılılık ilkesi geçerliyse de duruşmada tarafların tezlerinin heyet önünde çatıştığı düşünülecek olursa iddiaların ne şekilde ileri sürüldüğü ve çürütüldüğünün büyük bir önem taşıdığı açıktır. Ancak taraflar duruşma tutanağı tutulmadığı için buradaki tartışmanın karara ne şekilde yansıtıldığını tartışma imkanından yoksundur. Bu hususun da usul güvenceleri açısından sorunlu olduğu vurgulanmalıdır.



SONUÇ

Girişte ortaya koymaya çalıştığımız gibi ifade özgürlüğünün kısıtlanmasını hukuk devleti güvencelerinin ortadan kaldırılmasından bağımsız olarak düşünmek mümkün değildir. Bununla birlikte, hukuki öngörülebilirliğin ortadan kalktığı davaların sadece siyasi olarak gündeme gelen davalar olduğunu düşünmek de yanıltıcıdır. Yeni tip otoriterlik, muhalif olan ve olması olası herkesi susturacak bir hukuk ve yargı ağını ince ince işlemekte ve yaygınlaştırmaktadır. Böylece ifade özgürlüğü üstündeki yargı tacizinden toplumun tüm kesimleri etkilenebilmektedir. Türkiye’de her yıl onbinlerce kişinin ifade özgürlüğü kullanımı nedeniyle cezalandırılma riski ile karşılaşmasının nedeni de budur. Bu kadar yaygın bir baskıyı mümkün kılmak için çok aktöre, çok araca ve çok yöntemle ihtiyaç vardır. Bu raporda ortaya koymaya çalıştığımız gibi iddia makamından, emniyete, mahkemelerden, idari birimlere kadar uzanan bu kontrol ağının yapılan tüm faaliyetlerini hukuk içinde yaptığını göstermesi büyük önem taşımaktadır.

Öte yandan yine raporda ortaya koymaya çalıştığımız üzere bu baskı ağının hukuksal araç ve yöntemlerle hayata geçirilmesi de bilinçli bir tercihtir. Başta Adalet Bakanı olmak üzere üst düzey siyasetçi ve yöneticilerin Türkiye’de ifade özgürlüğünü yok etmek için atılan her adımı “hukuk devleti”nin gereği olarak sunması bu nedenle bir tesadüf değildir. Otokratik legalizmin en tipik görünümlerinden biri yargı mercilerinin siyasi amaç ve saiklerle değil hukukun gereği olarak belirli görüşleri susturduğunu iddia etmeleri ve sunmalarıdır. Modern otokrasiler meşruiyeti sorgulanan çıplak bir şiddet yerine hukuki meşruiyete dayanan bürokratik bir şiddete dayanmaktadır.

Bu şiddet hem kâğıt üstünde uluslararası hukuka, insan hakları ideale uygun düşmekte hem de otokratik rejimi destekleyenlere ahlaki bir savunma hattı sağlamaktadır. Bu nedenle bir ifadeyi bir hukuki süreç sonrasında hukuka aykırı ilan etmek, sorgusuz sualsiz bir şekilde insanları cezaya çarptırmaktan çok daha etkili bir yöntem haline gelmektedir.

Şüphesiz, bu yöntemin öncelikli ihtiyacı suç ve diğer hukuka aykırı davranış tiplerinin çokluğu ve belirsizliğidir. İfadeyi yasaklamak için ne kadar çok kural bulunursa ve bu kurallar ne kadar belirsizse farklı görüşleri susturmak da o derece mümkün olabilir. Başlangıç bölümünde ve bu çalışmanın bütününde ifade etmeye çalıştığımız gibi Türkiye’de hem ceza hukukunda hem de genel olarak kamu hukukunda bu nitelikte çok sayıda kural mevcuttur. Ancak “neyin” yasak olacağının bu şekilde keyfi bir şekilde belirlenmesi tek başına yeterli değildir. Yasağın “nasıl” uygulanacağı da en az neyin yasak olduğu kadar kritiktir. Çünkü aksi takdirde bu keyfi hukuk ağına istenmeyen fikirlerin de takılması riski vardır. Özgürlüğün “nasıl” kısıtlanacağı ise bu raporda incelenen usul güvenceleriyle doğrudan bağlantılıdır.

Ceza muhakemesinin amacı maddi hakikate ulaşmaktır. İfade özgürlüğünü ilgilendiren davalarda bu amaç “kimin, neyi, hangi bağlamda, ne amaçla ve ne şekilde” söylediğini ortaya çıkarmayı amaçlayacaktır. Böylece dava konusu ifadenin, ifade özgürlüğü kapsamında korunması gereken meşru eleştiri, toplumun bir kesimi için şok edici aykırı bir fikir, kamu yararını amaçlayan bir haber vs mi yoksa üçüncü kişilerin haklarını, kamu düzenini, kamu güvenliğini, genel sağlık ve ahlaki korumak amacıyla sınırlandırılması gereken bir beyan mı olduğu ortaya konulabilecektir. Ancak raporda göstermeye çalıştığımız üzere ifade özgürlüğü davalarında soruşturmanın başından karar aşamasına kadar sistemli ve bilinçli olarak gözardı edilen usul kuralları bu soruya sağlıklı bir cevap vermeyi imkânsız hale getirmekte, karar verenlerin ifadeye ilişkin hissiyatlarını maddi hakikatin önüne geçirmektedir. Bu hissiyat ise tamamıyla yine usuli güvencelerden yoksun yargı mensuplarının iktidarı rahatsız etmeyecek tercihlerde bulunmasına neden olmaktadır.

Elinizdeki çalışma, üç bölüm altında ceza muhakemesi süreci ve bir bölümde de idare hukukunda usul güvencelerinin nasıl etkisiz hale getirildiğini ortaya koymaya çalışmaktadır. Yasalarda ve insan hakları hukukunda geliştirilmiş usul güvencelerini etkisiz hale getiren ve tüm uygulayıcılar bakımından kanıksanmış yargılama süreçleri Türkiye’yi legal otoriterliğin en önemli modellerinden biri haline getirmiştir. Gerek ceza gerek idari yargılamada Anayasa Mahkemesi ve AİHM içtihatlarında geliştirilen temel ölçütlerin yargı mercileri tarafından dikkate alınmadığı görülmektedir.

Bu pratiğin doğal sonucu ulusal düzeyde özgürlük alanının ciddi bir şekilde daralmasıdır. Ancak pratiğin uluslararası insan hakları hukuku açısından da gözardı edilmesi gerekmektedir. Özellikle 2010’larla birlikte başlayan ve sürekli AİHM’i baskı altında tutan reform sürecinin en önemli çıktılarından birinin “usule dönüş” ilkesi olduğunu giriş bölümünde açıklamıştık. Usule dönüş ilkesi AİHM’in geliştirdiği ilkelerin ulusal mahkemeler tarafından uygulanmasını ve uluslararası denetimin ise mümkün olduğu ölçüde bu ilkelerin uygulanmasının denetimiyle sınırlı kalmasını hedeflemektedir.

AİHM’de hakkında en çok başvuru yapılan Türkiye’deki pratiğin “usule dönüş” metodunu sorgulamayı zorunlu kıldığı bu çalışmanın bir diğer çıktısıdır. Usule dönüşün varsayımı taraf devlet ve yargı mercilerinin kural olarak bu ölçütleri

uygulayacağıdır. Ancak bu ilke usul ilkelerinin sistemli ve planlı bir şekilde devre dışı bırakıldığı durumlara ilişkin bir acil önlem yöntemi benimsemiş değildir. Bunun sonucu olarak hak ihlaline uğrayan bireyler çok uzun süreler usul güvencelerini bütünüyle hiçe sayan ulusal mekanizmalarda vakit kaybetmeye mahkûm edilmekte, AİHM nihayetinde bir karar verdiğinde de artık yasak ve sansür tüm sonuçlarını doğurmuş olmaktadır. Bu nedenle, elinizdeki çalışmanın usule dönüş ilkesi açısından da dikkate alınması gerektiği açıktır.

Her insan hakları çalışmasında olduğu gibi bu çalışmanın da bu iki temel çıktı sonrasında muhataplarına yönelik bazı öneri ve tavsiyeleri olacaktır. Çalışmanın bütününde ifade edildiği üzere Türkiye’de usul güvencelerinin ihlaline ilişkin yaygın uygulamanın bir tesadüften veya iş yükünden kaynaklandığını düşünmek yanıltıcıdır. Sistematik ve yapısal sorunların ancak siyasi karar alıcılar tarafından topyekûn çözülmesi mümkündür. Yakın vadede bu ihtimal güçlü gözükmemektedir.

Bununla birlikte, hukukçular ve insan hakları savunucularının yargı mensuplarından ısrarlı bir şekilde her bir usul kuralını uygulamalarını talep etme ödevi vardır. Hâkim ve savcılarının ve yargı süreçleri ve öncesinde karar verme aşamasında yer alan idari mercilerin her aşamada bu çalışmada tartışılan usul ihlallerinden kaçınma yükümlülüğü vardır.

Avukatlar ve mağdurların da usul ihlallerini kanıksama ve hoş görme lüksü yoktur. Bu ihlallere karşı hem etkili bir şekilde itiraz imkanları kullanılmalı hem de ihlaller sistematik bir şekilde raporlanmalıdır. Mahkeme salonları, yargılamalar kâğıt üstünde kamuya açık yapılsa ve kararlar kamuya açık bir şekilde ilan edilse bile pratikte kapalı, iyi izlenmeyen mekanlardır. Bu nedenle, usul ihlallerinin takip ve raporlanması kritik bir öneme sahiptir.

İnsan hakları örgütlerinin, bu raporlamayı daha sistematik bir şekilde yapması ihlallerin görünürlüğünü artıracak ve bu ihlallere yönelik mücadeleyi güçlendirecektir. Ancak bu izlemenin tüm süreçleri kapsayacak ve iyi hazırlanmış kontrol listeleri ile yapılması gerekir. Bu çalışmanın bu anlamda bir başlangıç rehberi olarak kullanılması mümkündür.

Otokratik rejimlerde ifade özgürlüğüne yönelik müdahalelerin temel amacı toplumun tamamını olup bitenler karşısında suskunluğa büründürmek, eleştirel görüşleri ifade etmekten caydırmak ve korkutmaktır. Bu nedenle ifade özgürlüğü kullanımına yönelik soruşturma ve kovuşturmaların kamusal bir şova dönüştürülmesi, şüpheli ve sanıkların linç kampanyasına maruz bırakılması, yakalama, göz altına alma gibi koruma tedbirlerinin iktidar yanlısı medyada uzun uzun gösterilmesi kamuoyunun korkutulması mekanizmasının parçalarıdır. Bu medya tacizlerini mümkün kılan çoğunlukla soruşturma ve kovuşturma makamlarının usul ihlalleridir. Bu nedenle ifade özgürlüğünün savunulması yalnızca ifadenin içeriğinin savunusundan ibaret görülmemeli, her usul ihlali tespit edilmeli, ifşa edilmeli ve usulsüz işlemlere karşı da güçlü bir savunma gerçekleştirilmelidir.

Nihayet, başta AYM ve AİHM olmak üzere insan hakları denetim mekanizmalarının sistematik ve yaygın usul ihlallerine ilişkin içtihatlarını gözden geçirmeleri bir zorunluluktur. Usul güvencelerinin sistemli bir şekilde ihlal edildiği yargı pratiğinin yaygın olduğu hukuk rejimleri bakımından usule dönüş ilkesinin işletilmesi amaçlananın tam aksine sonuçlar doğurmaktadır. Bu nedenle otokratik legalizmin hâkim

olduğu rejimler söz konusu olduğunda esasa ilişkin denetimin seri olarak gerçekleştirilebildiği alternatif yöntemler üzerinde düşünülmesi gerekir. Bu rejimler karşısında denetim mekanizmalarının aşırı iş yükünden kaçınma veya kendilerini koruma refleksiyle geri çekilmeleri bu rejimleri cesaretlendirmekte ve hak ihlallerini yaygınlaştırmaktadır. Bunun sonucu olarak koruma mekanizmaları da işlevsiz hale gelmektedir. Bu nedenle koruma mekanizmalarının ihlalleri daha ilk aşamada tespit edecek ve yaygınlaşmasını önleyecek stratejiler geliştirmesi kaçınılmazdır. Bu çerçevede sistematik ihlal ihtimali olan durumlarda daha ilk vakalarda pilot karar usulünün uygulanması önemli bir işlev görebilir. Aksi halde ilk aşamada ihlalleri göremezden gelip, mağdurları yerel otoritelerin insafına bırakmak yıllar içinde yüzbinlerce hak ihlalinin önünü açmak anlamına gelmektedir. Yüzbinlerce kişi ağır ihlallere maruz kaldıktan sonra ortaya çıkan durumu idare etmek koruma mekanizmaları açısından da çoğu zaman imkansız hale gelmektedir.



Türkiye’de ifade özgürlüğünün çok yönlü ve çok boyutlu baskı altında olduğu, ifade alan ve olanaklarının giderek daraldığı ortadadır. İfade özgürlüğünün kısıtlanmasını hukuk devleti güvencelerinin ortadan kaldırılmasından bağımsız olarak düşünmek mümkün değildir. Bununla birlikte, hukuki öngörülebilirliğin ortadan kalktığı davaların sadece siyasi olarak gündeme gelen davalar olduğunu düşünmek de yanıltıcıdır. Yeni tip otoriterlik, muhalif olan ve olması olası herkesi susturacak bir hukuk ve yargı ağını ince ince işlemekte ve yaygınlaştırmaktadır. Sansür mekanizmasının bir ayağında ifadeyi yasaklayan normlar yer alırken diğer ayağında da bu normları oldukça esnek ve öngörülemez bir şekilde yorumlayan yargı bulunmaktadır. Yargı ifade özgürlüğüne yönelik baskıların uygulanmasında ikili bir rol oynamaktadır. Bir taraftan ceza hukuku uygulamalarıyla bizzat sansürün aracına dönüşmektedir. Diğer taraftan idare ve hukuk yargılamalarında koruyucu işlevini yerine getirmeyerek sansüre alet olmaktadır. Bunu mümkün kılan ise önemli ölçüde usulü güvencelerin ihlal edilmesi suretiyle normların muğlak yorumuna dayalı kararlar verilmesidir. Bir bütün olarak ifade özgürlüğü üzerindeki yargı tacizinden toplumun tüm kesimleri etkilenebilmektedir. Türkiye’de her yıl onbinlerce kişinin ifade özgürlüğü kullanımı nedeniyle cezalandırılma riski ile karşılaşmasının nedeni de budur. Bu kadar yaygın bir baskıyı mümkün kılmak için çok aktöre, çok araca ve çok yönetime ihtiyaç vardır. İddia makamından emniyete, mahkemelerden idari birimlere kadar uzanan bu kontrol ağının yapılan tüm faaliyetlerini hukuk içinde yaptığını göstermesi büyük önem taşımaktadır.

Otokratik rejimlerde ifade özgürlüğüne yönelik müdahalelerin temel amacı toplumun tamamını olup bitenler karşısında suskunluğa büründürmek, eleştirel görüşleri ifade etmekten caydırmak ve korkutmaktır. Bu nedenle ifade özgürlüğü kullanımına yönelik soruşturma ve kovuşturmaların kamusal bir şova dönüştürülmesi, şüpheli ve sanıkların linç kampanyasına maruz bırakılması, yakalama, göz altına alma gibi koruma tedbirlerinin medyada ifşa edilmesi kamuoyunun korkutulması mekanizmasının parçalarıdır. Bu medya tacizlerini mümkün kılan çoğunlukla soruşturma ve kovuşturma makamlarının usul ihlalleridir. Bu nedenle ifade özgürlüğünün savunulması yalnızca ifadenin içeriğinin savunusundan ibaret görülmemeli, her usul ihlali tespit edilmeli, ifşa edilmeli ve usulsüz işlemlere karşı da güçlü bir savunma gerçekleştirilmelidir.

ISBN
978-625-99747-7-4



ifade.org.tr

iFOD
İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ DERNEĞİ



Hollanda Kraliyeti