



**Başvuru Numarası: 42048/19**  
**Vedat Şorli/TÜRKİYE**

Üçüncü Taraf Görüşü

**İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ DERNEĞİ (İFÖD)**

Tarafından Sunulmuştur

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

## Giriş

1. İFÖD, Vedat Şorli/Türkiye (no. 42048/19) başvurusuna ilişkin bu üçüncü taraf görüşünde sosyal medya platformlarında ifade özgürlüğü ve Cumhurbaşkanına hakaret (TCK'nin 299. maddesi) konularını ele alacaktır. Bu davada, başvuru Facebook sosyal medya platformunda yaptığı iki paylaşım nedeniyle gözaltına alınmış, daha sonra 11 ay 20 gün hapis cezasına çarptırılmış ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiştir. Başvurucunun ilk Facebook paylaşımı, Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı ve eski ABD başkanı Barack Obama'nın yer aldığı tanınmış bir fotoğraf kolajının paylaşılmasına ilişkindir. Kolajda; Obama, kadın kıyafetleri giymiş uzun saçlı bir şekilde tasvir edilen Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı'na öpüyor gibi gözükmektedir ve Cumhurbaşkanı Erdoğan, Kürtçe yazılmış bir konuşma balonunda şunları demektedir *“Suriye'nin tapusunu benim adıma yapacan mı kocacım?”* İkinci Facebook paylaşımında, eski Türkiye Cumhuriyet Başbakanı Ahmet Davutoğlu ve Cumhurbaşkanı Erdoğan'ın fotoğrafları şu yorumlarla paylaşılmıştır:

*“Kandan beslenen iktidarınız yerin dibine batsın/ Can aldıkça sağlamaştırdığımız/ koltuklarınız yerin dibine batsın/ Çaldığınız hayallerle yaşadığınız lüks hayatlarınız yerin dibine batsın/ Başkanlığınız da/ İktidarınız da/ Hırslarınız da/ Yerin dibine batsın!!!”*

2. Dava dosyasından başvuru konusundaki içerikleri kendisinin **üretmediği, başka Facebook kullanıcıları tarafından oluşturulan içeriği sadece paylaştığı** anlaşılmaktadır. Başvuru konusundaki paylaşılan Facebook paylaşımının ise Türkiye'nin dış politikası ve Başkanlık sistemine yönelik eleştirilere ilişkin olduğu görülmektedir.
3. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (“Mahkeme”) başvuru konusundaki ifade özgürlüğü hakkına, özellikle AİHS'in 10. maddesinin birinci fıkrası anlamında bilgi veya fikir verme hakkına müdahale edilip edilmediğini sormuştur. Eğer varsa, müdahalenin; yayınların yöneldiği kişinin (Türkiye Cumhurbaşkanı) konumu, içeriklerin paylaşıldığı bağlam, yayınların paylaşıldığı sosyal medya platformunun özellikleri, verilen cezanın niteliği dikkate alındığında kanunla gerçekleşip gerçekleşmediği sorulmuştur. Ayrıca Mahkeme, ulusal mahkemelerin kararlarında Mahkeme içtihadıyla belirlenen kriterlere uygun bir şekilde başvuru konusundaki ifade özgürlüğü ile şikâyet edenin özel hayatına saygı hakkı arasında makul bir denge kurulup kurulmadığını sormuştur.<sup>1</sup>
4. İFÖD'ün bu sunumunda gösterileceği üzere, hakaret suçuna ilişkin ceza hukuku düzenlemeleri genellikle hükümet yetkilileri, özellikle de Türkiye Cumhurbaşkanı lehine eleştirileri susturmak amacıyla uygulanmaktadır ki sonuçta demokrasi ve çoğulculuğun bastırılmasına neden olmaktadır. Mevcut başvuru konusundaki bu arka plan ile birlikte değerlendirilmesi gerekir. Bu görüş, iç hukuktaki mevzuat ve uygulamanın Avrupa Mahkemesinin içtihadı ve hukuki standartları ile uyumunu tartışacaktır.<sup>2</sup> Ardından, sosyal

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

<sup>2</sup> Artun ve Güvener/Türkiye, no. 75510/01, 26.07. 2007, § 31; Önal/ Türkiye (no. 2), no. 44982/07, 02.07.2019; Otegi Mondragon/İspanya, no. 2034/07, 15.03.2011; Stern Taulats ve Roura Capella/İspanya, no. 51168/15,

medya paylaşımlarına ilişkin yasal çerçeve ve bu paylaşımların etkisinin değerlendirmesiyle ilgili ilkeler ele alınacaktır. Bu nedenle İFÖD, sosyal medya platformlarında paylaşılan yorumların büyük bir kısmının nitelik olarak çok önemsiz olup olmadığını ve/veya Facebook gibi yarı kapalı sosyal medya platformlarında paylaşımlara erişimin oldukça sınırlı olup olmadığı hususlarındaki çok önemli konuları değerlendirecektir. İFÖD, üçüncü kişiler tarafından üretilen ancak diğer kişiler tarafından **küçük ve sınırlı bir Facebook kullanıcı grubu ile paylaşılan veya beğenilen içeriklerin**, ana akım bir web sitesinde yayımlanan bir ifade ile **aynı ağırlığı taşımaması gerektiğini** savunacaktır. Bu kapsamda, ihtilafli ifadelerin yazarları ile ifadelerin yayılmasına katkıda bulunan ikincil kişiler arasında ayırım yapılmalıdır. Sonuç olarak, İFÖD ceza davalarında AİHS'in 10. maddesi ile korunan ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddialarına ilişkin olarak dikkate alınması gereken ve 'genel ilkeleri' tartışan bir **prosedürel inceleme modeli** ileri sürecektir.

## I. Siyasetçilere Yönelik Hakaret ile İlgili Avrupa Standartları

### A. Siyasi Nitelikli Konuşmalar ve Kamusal Tartışma

5. Siyasi nitelikli konuşmalar, Sözleşme kapsamında ayrıcalıklı bir statüye sahiptir. Mahkeme'nin *Lingens/Avusturya* kararında belirttiği üzere "siyasi tartışma özgürlüğü, Sözleşme'ye hakim olan demokratik toplum kavramının merkezinde yer alır".<sup>3</sup> İfade özgürlüğü ile demokrasi arasındaki önemli ilişki nedeniyle kamusal konulara yönelik tartışmalar ile ilgili siyasi veya saldırgan ifadeler, ifade özgürlüğü hakkı kapsamında yüksek düzeyde korumaya hak kazanır.<sup>4</sup> Bu nedenle kamusal konulara ilişkin ifadelerin sınırlandırılmasının "**gerekliliği**" konusunda kamu otoritelere tanınan takdir marjı oldukça dardır.

### B. Siyasilere Yönelik İfadeler

6. Bu yaklaşımın bir sonucu olarak Mahkeme, "kabul edilebilir bir eleştirinin sınırlarının, bir politikacı için özel bir kişiye göre daha geniş olduğunu" belirtmektedir.<sup>5</sup> Bir siyasetçi, kaçınılmaz olarak her sözünün ve eyleminin hem gazeteciler hem de kamuoyu tarafından yakından incelendiğini bilmektedir ve özellikle eleştirilmeye elverişli açıklamalarda bulunduğu daha yüksek düzeyde hoşgörü göstermelidir.<sup>6</sup> Bununla birlikte bir siyasetçinin itibarı, tartışmalı olsa dahi, Sözleşme'nin sağladığı korumadan yararlanmalıdır.<sup>7</sup>
7. Bu nedenle, bir siyasetçinin özel hayatını hedef alan ifadeler<sup>8</sup> ile kamusal rolünü hedef alan ifadeler arasında ayırım gözetmek gerekir.<sup>9</sup> Saldırıya uğrayan kişi bir kamu görevlisiyse, Mahkeme, saldırıların profesyonel alana mı yoksa kişisel alana mı yönelik olduğuna özellikle dikkat eder. Bu bağlamda Mahkeme, kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirirken

13.03.2018.

<sup>3</sup> *Lingens/Avusturya*, no. 9815/82, 08.07.1986, § 42.

<sup>4</sup> *Lindon, Otchakovsky-Laurens ve July/Fransa*, no. 21279/02, 22.10.2007, § 48.

<sup>5</sup> *Fedchenko/Rusya*, no. 33333/04, 11.2.2010, § 33; *Tuşalp/Türkiye*, no. 32131/08, 21.02.2012, § 45.

<sup>6</sup> *Lopes Gomes Da Silv/Portekiz*, no. 37698/97, 28.09.2000, § 30.

<sup>7</sup> *Tuşalp/Türkiye*, no. 32131/08, 21.02.2012, §. 45.

<sup>8</sup> Diğer örnekler için bkz, *Tammer/Estonya*, no. 41205/98, 06.02.2001.

<sup>9</sup> *Cojocar/Romanya*, no. 32104/06, 10.02.2015, § 95.

başarılı olmaları için gereksiz tedirginliklerden uzak koşullarda halkın güvenini kazanmaları gerektiği ve bu nedenle onları hakaret ve küfür içeren sözlü saldırılardan korumanın gerekli olduğu kanaatindedir.<sup>10</sup> Ancak **bu koruma, siyasi tartışmaların odağında yer alan siyasetçileri kapsayamaz.** Mahkeme, demokratik bir toplumda siyasetçilerin görevlerini yerine getirmelerine ilişkin kamusal tartışmalara katkıda bulunabilecek olgulara ilişkin ifadeler ile böyle bir işlevi olmayan kişilerin özel hayatlarına ilişkin detayların bildirilmesi arasında temel bir ayırım gözetmektedir.<sup>11</sup>

8. Mahkemenin siyasetçilere yönelik hakarete ilişkin içtihatlarında geliştirilen bir diğer önemli ilke, siyasetçilere yönelik aşağılama veya hakarete karşı özel bir düzenlemeler ya da özellikle basın yoluyla işlenmesi halinde daha ağır cezalar uygulamak suretiyle siyasetçilere daha geniş bir koruma sağlanması kural olarak Sözleşme'nin ruhuna ve 10. maddesine aykırı olacaktır.<sup>12</sup> Böyle bir **ayrıcılıklı koruma, özellikle devlet başkanlarına, başbakanlara, bakanlara veya diğer üst düzey siyasetçilere<sup>13</sup> sağlanamaz.** 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.<sup>14</sup> Mahkeme, *Artun ve Güvener*<sup>15</sup> kararında ve son olarak *Önal (no.2)*<sup>16</sup> kararında, Cumhurbaşkanı hakaret suçuna ilişkin cezaî yaptırımlar bağlamında, devlet içinde kamusal bir görev üstlenen ve kamu düzeninin koruyucusu olan yetkili makamları temsil eden kişilerin **cezai takibat yoluna başvurmakta kendilerini sınırlandırması** gerektiğini tespit etmiştir.<sup>17</sup> Cumhurbaşkanı Erdoğan'ın, siyasi tartışmalarda tarafsız bir konumda olan İspanya kralı veya Türkiye'de daha önce olduğu gibi bir siyasetçiden çok tarafsız devlet adamı konumuna sahip olan cumhurbaşkanlarına kıyasla daha çok siyasi bir kimliğe sahip olduğuna şüphe yoktur.<sup>18</sup>
9. Diğer bir taraftan, **ifadenin kullanıldığı bağlam** da çok önemlidir.<sup>19</sup> Sözleşme'nin 10. maddesi özellikle gazetecilerin, bir siyasetçinin söylediklerine tepki gösterdiği durumlarda abartılı hatta saldırgan dil kullanımını da korur.<sup>20</sup> Bir siyasetçinin genel menfaate ilişkin

<sup>10</sup> *Janowski/Polonya* [GK], no. 25716/94, 21.01.1999, § 33; *Busuioc/Moldova*, no. 61513/00, 21.12. 2004, § 64; *Taffin ve Contribuables Associes/Fransa*, no. 42396/04, 18.02.2010, § 64.

<sup>11</sup> *Otegi Mondragon/İspanya*, no. 2034/07, 15.03.2011, § 57.

<sup>12</sup> *Artun ve Güvener/Türkiye*, no. 75510/01, 26.07. 2007, para. 31; *Önal/Türkiye (no. 2)*, no. 44982/07, 02.07.2019; *Otegi Mondragon/İspanya*, no. 2034/07, 15.3.2011; *Stern Taulats ve Roura Capellera/İspanya*, no. 51168/15, 13.03.2018.

<sup>13</sup> *Tuşalp/Türkiye*, no. 32131/08, 21.02.2012; *Turhan/Türkiye*, no. 48176/99, 19.05.2005, para. 25.

<sup>14</sup> Bkz, mutatis mutandis, *Colombani ve Diğerleri/Fransa*, no. 51279/99, § 68, ECHR 2002-V; *Artun ve Güvener/Türkiye*, no. 75510/01, 26.7. 2007, § 31 ve *Otegi Mondragon/İspanya*, no. 2034/07, 15.3.2011, § 55.

<sup>15</sup> *Artun ve Güvener/Türkiye*, no. 75510/01, 26.07. 2007.

<sup>16</sup> *Önal/ Türkiye (no. 2)*, no. 44982/07, 02.07.2019.

<sup>17</sup> Hukuk davalarında Cumhurbaşkanının statüsünün aşırı korunması ile ilgili olarak bkz., *Pakdemirli/Türkiye*, no. 35839/97, 22.02.2005, § 52.

<sup>18</sup> *Otegi Mondragon/İspanya*, no. 2034/07, 15.03.2011, § 56.

<sup>19</sup> *Tammer/Estonya*, no. 41205/98, 06.02.2001, para. 61.

<sup>20</sup> *Oberschlick/Avusturya (no. 2)*, no. 20834/92, 01.07.1997, para. 32. Hicvin doğasında olan gerçekliğin abartılması ve çarpıtılması da 10. madde kapsamında korunmaktadır. *Vereinigung Bildender Künstler/Avusturya*, no. 68354/01, 25.1.2007, para. 33; *Eon/Fransa*, no. 26118/10, 14.6.2013, para. 60.

ifadelerine yanıt niteliğindeki polemik içeren ifadeler, eleştiren kişi dilinde kasıtlı bir dikkatsizlik göstermediği sürece sınırlandırılmaz.<sup>21</sup> Başka bir deyişle, Mahkemeye göre bir dereceye kadar abartıya izin verilmelidir.<sup>22</sup>

10. Öte yandan, tek amacının hakaret etmek olduğu durumlarda, saldırgan bir ifade; ifade özgürlüğünün korumasının dışında kalabilir.<sup>23</sup> Bununla birlikte, Mahkeme'nin *Lopes Gomes Da Silva* kararında belirttiği gibi, siyasi saik çoğu zaman kişisel alana yayılır, bunlar demokratik bir toplumun güvencesi olan siyasetin ve fikirlerin özgürce tartışılabilmesinin risklerindedir.<sup>24</sup>
11. Bu nedenle, yerel mahkemeler ifadeleri bağlamlarının dışına çıkarmamalı ve salt belirli ifadeleri dikkate alarak hakaret olarak nitelendirmemelidir, zira saldırgan bir ifadenin değerlendirmesinde kaba ifadelerin kullanımı tek başına belirleyici olmamalıdır, çünkü bu yalnızca bir üslup amacı taşıyabilir. *Tuşalp* kararında Mahkeme, yerel mahkemelerin davayı incelerken, açıklamaları kendi bağlamında ve ifade edildikleri üslubu dikkate alarak değerlendirmeyi ihmal ettiklerini gözlemlemiştir.<sup>25</sup> Mahkeme, *Instytut Ekonomichnykh Reform, Tov/Ukrayna* kararında, bir gazetecinin makalesinin hakaret olup olmadığına karar vermek için yazarın kullandığı dil bilgisi biçimleri ve hiciv tonunun yerel mahkemeler tarafından dikkate alınması gereken faktörlerden olduğunu belirtmiştir.<sup>26</sup>
12. Ayrıca, Hükümet ve üyelerinin işgal ettiği hakim durum, bunların -ve genel olarak kamu görevlilerinin- cezai takibata ve buna bağlı olarak gözaltı tedbirlerine başvurma konusunda kendilerini sınırlamalarını gerekli kılmaktadır, özellikle kendilerine yönelik saldırılara ve muhaliflerinin eleştirilerine yanıt verebilecekleri başka yolların mevcut olduğu hallerde durum budur.<sup>27</sup> Bu bağlamda, Mahkeme birçok kez, kamuyu ilgilendiren bir konu hakkında görüşlerini ifade eden kişilere uygulanan ceza hukuku yaptırımlarının, bir bütün olarak toplum aleyhine, caydırıcı etki yarattığına ve bunun aynı zamanda müdahalenin orantılılığını etkileyen bir faktör olduğuna hükmetmiştir.<sup>28</sup>

### C. Türk Ceza Kanunu'nun 299. maddesi

13. Başvurucu, Türk Ceza Kanunu'nun Türkiye Cumhurbaşkanına hakareti suç olarak düzenleyen 299. maddesi kapsamında suçlu bulunmuştur. Bu hükme göre Türkiye Cumhurbaşkanına hakaret eden kişi bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cumhurbaşkanı Abdullah Gül'ün görev süresi boyunca, 299. maddenin kullanımı önemli

<sup>21</sup> *Unabhangige Initiative Informationsvielfalt/Avusturya*, no. 28525/95, para. 43.

<sup>22</sup> *Mamère/Fransa*, no. 12697/03, 07.11.2006, para. 25.

<sup>23</sup> Örnek için bkz, *Rujak/Hırvatistan*, no. 57942/10, 02.10.2010, para. 30.

<sup>24</sup> *Lopes Gomes Da Silva/Portekiz*, no. 37698/97, 28.09.2000, para. 34.

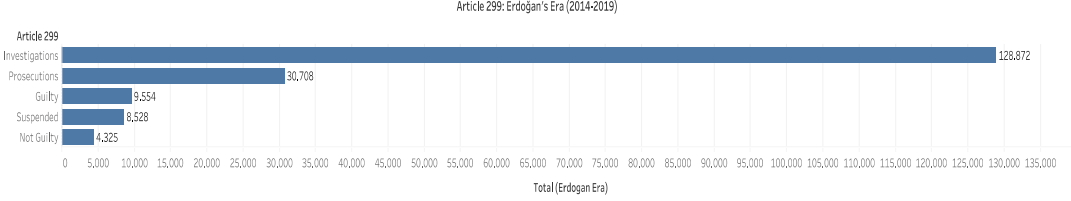
<sup>25</sup> *Tuşalp/Türkiye*, nos. 32131/08 ve 41617/08, 21.02.2012, § 48; *Roland Dumas/Fransa*, no. 34875/07, 15.7.2010, §§ 50-51.

<sup>26</sup> *Instytut Ekonomichnykh Reform, Tov/Ukrayna*, no. 61561/08, 2.6.2016, para. 56

<sup>27</sup> *Kandzhov/Bulgaristan*, no. 68294/01, 06.11.2008, § 73. Daha fazlası için bkz, *Erdoğan ve İnce/Türkiye*, no. 25067/94, § 50, 8.7.1999; *Başkaya ve Okçuoğlu/Türkiye*, no. 23536/94, § 62, 08.7.1999; *Sürek/Türkiye* (no. 4), no. 24762/94, § 57, 08.7.1999; *Sürek/Türkiye* (no.2), no. 24122/94, § 34, 8.7.1999; *Yalçın Küçük/Türkiye*, no. 28493/95, § 38, 5.12.2002; *Erdoğan/Türkiye*, no. 25723/94, §§ 61-62, 15.6.2000.

<sup>28</sup> *Cumpana ve Mazare/Romanya*, no. 33348/96, 17.12.2004, §114.

ölçüde artmıştır. Recep Tayyip Erdoğan'ın Cumhurbaşkanlığı ile 299. maddenin kullanımı zirveye ulaşmıştır ve 299. madde siyasetçilerden gazetecilere, öğrencilerden ünlülere kadar binlerce kişinin suçlandığı bir hüküm haline gelmiştir. Aşağıdaki **Şekil-1**'de görüleceği üzere, Erdoğan'ın Cumhurbaşkanlığı döneminde (2014-2019) Türk Ceza Kanunu'nun 299. maddesiyle ilgili **128.872 soruşturma ve 30.738 kovuşturma** açılmıştır.



**Şekil 1**

14. Soruşturma ve kovuşturmanın çoğunun ayrıntıları bilinmemektedir, soruşturma ve kovuşturmalarda olgular ve değer yargıları arasında bir ayırım yapıp yapılmadığı ya da bunların yüzde kaçının hükümetin sıklıkla iddia ettiği gibi ağır küfür ve hakaretler içeriği belli değildir.
15. Venedik Komisyonu soruşturma ve kovuşturma sayılarının yüksek oluşunu fark etmiş ve Mart 2016 tarihli raporunda bu düzenleme hakkında şöyle demiştir: “Devletlerin Devlet Başkanına hakaretin suç olmaktan çıkarılması veya bu suçun sadece çok ağır sözlü saldırı biçimleriyle sınırlanması gerektiğine işaret eden Avrupa mutabakatını dikkate almamaktadır. Komisyon, AİHS’in 10. maddesinin daha fazla ihlal edilmesinin önlenmesi için tek çözümün 299. maddenin tamamen yürürlükten kaldırılması olduğunu düşünmektedir”.<sup>29</sup>

#### **D. Türk Hukukunda Cumhurbaşkanına Yönelik Özel Muameleler**

16. Cumhurbaşkanı Erdoğan'ın yerel mahkemeler önünde eşi görülmemiş ve benzersiz bir konunun olduğu görülmektedir. Yukarıdaki rakamlardan da anlaşılacağı üzere 2019 yılı sonu itibarıyla 128.872 kişi adli soruşturmaya tabi tutulmuş ve Cumhurbaşkanı Erdoğan'a hakareten 30.738 kişi yargılanmıştır. Başvuran bu kişilerden sadece biridir.
17. Öncelikle, Yargıtay'ın Cumhurbaşkanına hakaret suçunu düzenleyen Türk Ceza Kanunu'nun 299. maddesi kapsamındaki yargılamalarda sistematik olarak Avrupa Mahkemesi içtihadını görmezden geldiğinin belirtilmesi gerekmektedir. Nisan 2015 ile Haziran 2017 arasında Yargıtay'ın verdiği 460 kararın incelenmesi ile 388 tanesinin Yargıtay 16. Ceza Dairesi tarafından verildiği ve bu kararlarda AİHM kararlarında yalnızca iki atfın, karşı oy yazılarında yer aldığı ortaya çıkmıştır.<sup>30</sup>
18. Bununla birlikte aynı Daire, 3713 sayılı Kanunun 7/2 maddesinde düzenlenen terör propagandası suçu kapsamındaki davalarda, AİHM kararlarına sistematik olarak atıfta

<sup>29</sup> Venedik Komisyonu, Türk Ceza Kanununun 216, 299, 301 ve 314. Maddeleri Hakkında Görüş, Strazburg, 15.03.2016.

<sup>30</sup> Yargıtay 16. Ceza Dairesi kararları için bkz., E: 2016/1780, K: 2016/3567, 24.05.2016; E: 2016/1783, K: 2016/4413, 22.06.2016

bulunmuştur.<sup>31</sup> Daha önemlisi, 299. madde kapsamındaki beraat kararlarının önemli bir kısmı Yargıtay tarafından bozulmakta veya yerel mahkemeler düzeyinde kesinleşen beraat kararları Adalet Bakanlığının yazılı talebi ile Ceza Muhakemesi Kanununun (“CMK”) 309. maddesi kapsamında Yargıtay tarafından kanun yararına bozma kararları verilmektedir.<sup>32</sup> Son olarak Yargıtay 16. Ceza Dairesi, iki ayrı kararında Türkiye Cumhurbaşkanı ve eski ABD Başkanı Barack Obama'nın yer aldığı aynı fotoğraf kolajını incelemiştir. 16. Ceza Dairesi ilk kararında, temyiz incelemesi kapsamında çoğunluk kararı ile aynı fotoğraf kolajı ile ilgili verilen beraat kararını bozmuştur.<sup>33</sup> Diğer kararda ise 16. Ceza Dairesi aynı fotoğraf kolajı ile ilgili beraat kararının Adalet Bakanlığı yazılı talebi üzerine kanun yararına bozulmasına karar vermiştir.<sup>34</sup>

19. İkinci olarak, çok sayıda dava ve mahkûmiyet kararı olduğu göz önüne alındığında; Anayasa Mahkemesi tarafından **karara bağlanan bireysel başvuru sayısının, şimdiye kadar yalnızca bir başvuruda kabul edilemezlik kararı verildiği gözetildiğinde, çarpıcı bir şekilde düşük olduğu** görülmektedir. Anayasa Mahkemesi; itibarın korunması ile ifade özgürlüğü arasında çatışma olduğu durumlarda Axel Springer testini uygulamakla birlikte Cumhurbaşkanı Erdoğan'ın tarafı olduğu davalarda Axel Springer testini uygulamamaktadır. Anayasa Mahkemesi; Umut Kılıç Başvurusunda, AİHM'in devlet başkanlarına hakaret ile ilgili içtihadını göz ardı ederek başvuru hakkında kabul edilemezlik kararı vermiştir.<sup>35</sup> Anayasa Mahkemesi ayrıca 299. maddenin Anayasaya uygunluğunu denetlerken de AİHM içtihadını göz ardı etmiştir.<sup>36</sup> Yerel mahkemeler; AİHM içtihadına dayanarak 299. madde ile Cumhurbaşkanıya tanınan ayrıcalıklı konunun Anayasanın eşitlik ilkesini ihlal ettiğini belirterek düzenlemenin iptalini talep etmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi, bu talebi reddetmiştir.
20. Anayasa Mahkemesi, Cumhurbaşkanı lehine olan yaklaşımını hukuk davalarına ilişkin başvurularda da devam ettirmiştir. Neşe Özgen Başvurusunda, başvuru Cumhurbaşkanı tarafından yapılan bir konuşmada kendisine hakaret edildiğini iddia etmiştir.<sup>37</sup> Dava, başvuru iddiaları değerlendirilmeksizin açıkça dayanaktan yoksun bulunmuştur. Benzer şekilde, Kemal Kılıçdaroğlu Başvurusunda, ana muhalefet partisi genel başkanı başvuru; Meclis'te yaptığı bir konuşma nedeniyle Recep Tayyip Erdoğan'a tazminat ödemeye mahkûm edilmiştir. Anayasa Mahkemesi bu konuşmanın başvuru yasama dokunulmazlığı kapsamında korunmadığını belirtmekle kalmamış; yerel mahkemenin kararının Anayasayı ihlal etmediğine de karar vermiştir.<sup>38</sup> Anayasa Mahkemesi başvuru

<sup>31</sup> Örnek için bkz. E: 2016/6853, K:2017/1107, 23.02.2017.

<sup>32</sup> Yargıtay 16. Ceza Dairesi örnek kararları için bkz: E: 2019/11164 K: 2020/2033, 06.03.2020; E: 2019/11075, K: 2020/1805, 06.03.2020.

<sup>33</sup> Bkz. E: 2016/1783, K: 2016/4413.

<sup>34</sup> Bkz. E: 2017/1949, K: 2016/5852.

<sup>35</sup> *Umut Kılıç Başvurusu*, B. No: 2015/16643, 4.4.2018. Türk Ceza Kanunu'nun 125/3-c maddesine tabi olarak bir kamu görevlisine, Başbakan Erdoğan'a hakaretle ilgili kabul edilemezlik kararı için ayrıca bkz. *Ömür Çağdaş Ersoy Başvurusu* (B. No: 2015/11715, 12.12.2018).

<sup>36</sup> E: 2016/25, K: 2016/186, 14.12.2016.

<sup>37</sup> *Neşe Özgen Başvurusu*, B. No: 2018/23127, 1.4.2019

<sup>38</sup> *Kemal Kılıçdaroğlu Başvurusu*, B. No: 2014/1577, 25.10.2017.

aleyhine karar verirken konuşmanın yapıldığı bağlamı göz ardı etmiştir. Bu dava, AİHM'e taşınmış ve AİHM, yakın tarihli *Kemal Kılıçdaroğlu/Türkiye* kararında Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.<sup>39</sup> AİHM, kararda Anayasa Mahkemesi ve yerel mahkemelerin yaklaşımını eleştirerek "Yerel mahkemelerin yaptığı gibi, iki konuşmada da kullanılan dil ve ifadelerin tahrik edici ve kaba olduğu; bazı ifadelerin saldırgan olduğunun varsayılabilmesi, ancak söz konusu beyanların temel olarak olguların ifade edilmesi değil, değer yargılarından oluştuğunu"<sup>40</sup> belirtilmiştir. AİHM'e göre "bu husus, dava konusu ifadelerin **yeterli olgusal temele sahip olup olmadığına ilişkin bir analiz yapmayan** hukuk mahkemeleri tarafından dikkate alınmamıştır. Anayasa Mahkemesi ise **bu hususu derinlemesine analiz etmeden bazı ifadelerin soyut nitelikte olduğunun altını çizmiştir.**<sup>41</sup> Mahkeme bu nedenle yerel mahkemelerin davayı incelerken, **ifadelerin bağlamlarını ve ifade ediliş biçimleri dikkate almadıkları sonucuna varmıştır.** Mahkemeye göre, Anayasa Mahkemesi de dahil olmak üzere yerel mahkemeler, **olgular ile değer yargıları arasındaki ayrımı gözetmemiş;** yalnızca konuşmalardaki ifadelerin davacının kişilik haklarına ve itibarına zarar verip vermeyeceğini değerlendirmişlerdir.<sup>42</sup> Daha da önemlisi, son olarak Mahkeme, "yerel mahkemelerin, konuşmanın bağlamı, kamu yararına katkıda bulunup bulunmadığı ve konuşmayı yapanın niyeti dikkate alındığında bir dereceye kadar abartının ve provokasyonun meşru görülüp görülemeyeceğini incelemeleri gerektiğini" belirtmiştir.<sup>43</sup> Mahkeme'ye göre ifade özgürlüğü hakkı ile özel hayata saygı hakkı arasında denge kurarken hakarete ilişkin ceza davalarında yerel mahkemelerin takdir yetkisinin ifade özgürlüğü lehine daraldığı unutulmamalıdır.<sup>44</sup>

21. Diğer taraftan Anayasa Mahkemesi hukuk veya ceza davalarında Recep Tayyip Erdoğan'a hakaret ettiği gerekçesiyle mahkûm edilen ya da tazminat ödemesine hükmedilen kişiler tarafından yapılan birçok başvuruyu şikayetlerin temellendirilmediği gerekçesiyle  **kabul edilemez olduklarına** karar vermiştir. Mustafa Akaydın Başvurusunda<sup>45</sup>, dava konusu konuşmayı yaptığı sırada muhalefet partisinin belediye başkan adayı olan başvurusunun, Recep Tayyip Erdoğan'a tazminat ödemesine hükmedilmiştir. Başvurusunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasını içeren bireysel başvurusunu; Anayasa Mahkemesi **başvurusunun ihlal iddiasını kanıtlamadığı gerekçesi** ile kabul edilemez bulmuştur. Anayasa Mahkemesi, Abdurrahman Erol Özkoray Başvurusu<sup>46</sup> ve mevcut davanın başvurusunun başvurusuyla<sup>47</sup> ilgili olarak aynı gerekçeyi tekrarlamıştır. Açıkça temellendirilmemiş şikayet doktrininin bu şekilde uygulanması, AİHM içtihatlarıyla bütünüyle çelişmektedir.

<sup>39</sup> *Kemal Kılıçdaroğlu/Türkiye*, no. 16558/18, 27.10.2020.

<sup>40</sup> Karşılaştırın, *Keller/Macaristan*, no. 33352/02, 04.04.2006 ve bkz, diğerleri arasında, *Tuşalp/Türkiye*, nos. 32131/08 ve 41617/08, 21.02.2012, § 47.

<sup>41</sup> *Kemal Kılıçdaroğlu/Türkiye*, no. 16558/18, 27.10.2020, § 57.

<sup>42</sup> *Kemal Kılıçdaroğlu/Türkiye*, no. 16558/18, 27.10.2020, § 64.

<sup>43</sup> *Ibid.*

<sup>44</sup> Bkz. mutatis mutandis, *Cumpana ve Mazare/Romanya*, no. 33348/96, 17.12.2004, § 115.

<sup>45</sup> *Mustafa Akaydın Başvurusu*, B.No: 2015/14800, 8.01.2020.

<sup>46</sup> *Abdurrahman Erol Özkoray Başvurusu*, B.No: 2015/798, 9.01.2020, para. 24

<sup>47</sup> *Vedat Şorli Başvurusu*, B.No: 2017/37028, 21.03.2019.



22. Açıklanan nedenlerle Anayasa Mahkemesi ve diğer yerel mahkemelerin; **Cumhurbaşkanının taraf olduğu davalarda Strazburg standartlarını uygulamamaya devam ettikleri görülmektedir.**<sup>48</sup>

#### **E. Konuşmacı/İçeriğin Üreticisine Karşı İçeriği Yayan Kişi**

23. Bu görüşte, sosyal medya paylaşımlarının etkisinin ve bu paylaşımlar ile ilgili yasal konuların değerlendirilmesi de önemlidir. Bu bağlamda ilk olarak **çeşitli sosyal medya kullanıcıları arasında bir ayırım yapılması gerekmektedir.** İfade sahibinin unvanı ve konumu Mahkeme içtihadında önemli olsa da sosyal medya platformlarının Mahkeme tarafından henüz değerlendirilmemiş farklı türdeki kullanıcıları söz konusu olabilir. Bu nedenle, eğer varsa, ceza hukuku alanında sorumluluğun tespiti kapsamında aşağıdaki kullanıcı türleri arasında ayırım yapılması gerekmektedir:

- a. **Konuşmacı**, orijinal içeriği **oluşturan, üreten ve sahibi** olan kişidir.
- b. **Doğrudan yayan kişi**, orijinal içeriği **paylaşan** kişidir.
- c. **Dolaylı yayan kişi**, orijinal içeriği **beğenen** kişidir.

24. Sosyal medya paylaşımları ve içerikleri dolayısıyla **konuşmacı kategorisi** için sorumluluk doğsa dahi, bu sorumluluğun zorunlu olarak dağıtıcı kategorisini kapsamaması gerekmez; zira aşağıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere dağıtımın potansiyel etkisinin Mahkeme'nin içtihadı çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir.

#### **F. Facebook'da İçeriği Yaymanın Potansiyel Etkisi**

25. Çeşitli sosyal medya platformları ve kullanıcılarının bu platformları kullanma biçimleri arasında önemli farklılıklar vardır. Örneğin; Twitter büyük ölçüde açık bir mikroblog platformu olarak kabul edilirken, Facebook ise kullanıcıların çoğunlukla "arkadaşları" tarafından görülebilen "duvarlarında" paylaşımda bulunmaları (paylaşımları herkesin erişimine açmadıkları sürece) nedeniyle genellikle yarı-kapalı bir platform olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle Facebook kullanıcıları, hesaplarının ve profillerinin herkese açık olup olmayacağına veya hesaplarının aile ve arkadaşlarla sınırlı olup olmayacağına kendileri karar verirler. Bundan dolayı İFÖD, ihtilafli **paylaşımların yapıldığı platformun niteliğinin**, yani herkese açık bir İnternet platformu, İnternet sitesi ya da yarı-özel bir platform olup olmadığının dikkate alınmasının önemli olduğu görüşündedir.<sup>49</sup>

26. Mahkeme, **ifade aracının potansiyel etkisinin, bir müdahalenin orantılılığının değerlendirilmesinde önemli bir faktör** olduğunu tespit etmiştir.<sup>50</sup> Mahkemenin içtihadına göre, "**küçük bir okuyucu kitlesine ulaşan çevrimiçi olarak yayımlanan bir ifadenin potansiyel etkisinin** ana akım veya çok ziyaret edilen web sitelerinde yayınlanan bir ifadenin

<sup>48</sup> Anayasa Mahkemesi, bugüne kadar Erdoğan'ın mağdur olarak yer aldığı hakarete ilişkin hukuk veya ceza davalarında ve hatta Türkiye Cumhurbaşkanı'nın internet erişiminin engellenmesini talep ettiği davalarda ifade ve basın özgürlüğünün ihlal edildiğine hükmetmemiştir.

<sup>49</sup> Karşılaştırınız *Savva Terentyev/Rusya*, no. 10692/09, 28.08.2018, § 79.

<sup>50</sup> *Murphy/İrlanda*, no. 44179/98, § 69, ECHR 2003 IX.

potansiyel etkisi ile **kesinlikle aynı olmadığı** açıktır".<sup>51</sup> Bu nedenle çevrimiçi bir yanının kamuya erişiminin kapsamını belirlemek için potansiyel etkisinin değerlendirilmesi elzemdir. Benzer şekilde *Tamiz/Birleşik Krallık* başvurusunun<sup>52</sup> kabul edilebilirlik incelemesinde yer alan Mahkeme'nin yorumuna göre, "milyonlarca İnternet kullanıcısı her gün çevrimiçi olarak yorum göndermektedir ve bu kullanıcıların birçoğunun ifadelerinde saldırgan ve hatta onur kırıcı olarak görülebilecek ibareler yer almaktadır. Bununla birlikte, **yorumların çoğu, nitelik bakımından önemsiz ya da erişimi bakımından herhangi bir kişinin itibarına ya da devlet kurumlarına önemli bir zarar veremeyecek kadar sınırlıdır**"<sup>53</sup> ve herhangi bir ceza davası açılmasını veya işten atma gibi herhangi bir yaptırım uygulanmasını gerektirmez.<sup>54</sup>

27. Bu nedenle İFÖD, yayınların **kamuya açık, tanınmış veya etkili bir şahsiyet**<sup>55</sup> veya **tanınmış bir blog yazarı** veya **YouTuber**<sup>56</sup> veya **halkın ilgisini çekebilecek popüler bir sosyal medya kullanıcısı**<sup>57</sup> tarafından yapılıp yapılmadığı ve bu nedenle söz konusu ifadelerin potansiyel etkisinin artıp artmadığı<sup>58</sup> ile sosyal medya platformlarında orijinal içerik üretmek yerine **paylaşım ya da beğenisi** ile doğrudan veya dolaylı olarak ifadenin dağılımına katkı sunan kişiler arasında ayırım gözetilmesi gerektiğini belirtmektedir.<sup>59</sup> Başvurucu, ihtilaf konusu içeriği üretmediyse, Mahkeme, diğer Facebook kullanıcıları tarafından oluşturulan ve platformda zaten mevcut olan içeriğin dağıtımına başvuranın katkısının ne olduğunu dikkate almalıdır.. Bu bağlamda Mahkeme, içeriği üreten kişinin tespit edilip edilmediğini ve o kişi hakkında ceza soruşturması olup olmadığını da değerlendirmelidir.
28. Son olarak Mahkeme, yerel adli makamların başvurusunun Facebook'taki gönderilerinin potansiyel etkisini ve/veya **orijinal içeriğin dağıtımındaki önemsiz rolünü** değerlendirip değerlendirmedeğini incelemelidir.
29. İFÖD, bu hususların **dikkate alınması gereken önemli faktörler olduğu ve mevcut başvuruda Mahkeme tarafından** değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir.

### **G. Facebook Paylaşımlarının İçeriği**

30. Açıklananlara ek olarak Mahkeme, paylaşılan gönderilerin içeriğini de göz önünde bulundurmalı ve bunların siyasi nitelikleri olup olmadığını, **genel ve kamuoyunu**

<sup>51</sup> *Savva Terentyev*, § 79.

<sup>52</sup> *Tamiz/Birleşik Krallık*, no. 3877/14, 19.09.2017.

<sup>53</sup> *Tamiz/Birleşik Krallık*, no. 3877/14, 19.09.2017, § 80-81.

<sup>54</sup> Düşünce ve ifade özgürlüğünün geliştirilmesi ve korunmasına ilişkin Özel Raportör Frank La Rue, 07.09.2012 tarih ve 16/4, A/67/357 sayılı İnsan Hakları Konseyi kararı kapsamında sunduğu Raporunda belirttiği üzere: "*Bir birey tarafından küçük ve kısıtlı bir Facebook kullanıcı grubuna yapılan bir paylaşım ana akım bir web sitesinde yayınlanan bir ifade ile aynı ağırlığı taşımamaktadır*", bkz. <https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/67/357>, § 46.

<sup>55</sup> Karşılaştırınız, *Osmani ve Others/Eski Makedonya Yugoslav Cumhuriyeti*, no. 50841/99, 11.10.2001; *Féret/Belçika*, no. 15615/07, §§ 75 ve 76.

<sup>56</sup> *Rebechenko/Rusya*, no. 10257/17, 16.04.2019, § 25.

<sup>57</sup> *Magyar Helsinki Bizottság/Macaristan* [GK], no. 18030/11, § 168, ECHR 2016.

<sup>58</sup> *Savva Terentyev*, § 81.

<sup>59</sup> *Stomakhin/Rusya*, no. 52273/07, 09.05.2018, §131.

**ilgilendiren bir konuda siyasi bir tartışmanın parçası olup olmadıklarını** ve başvurucular tarafından paylaşılan ifadelerin **kamuoyunun ilgisini çekip çekmediğini** dikkate almalıdır.

31. Mahkemenin yerleşik içtihadı; siyasi nitelikli ifadelerin yüksek derecede koruma gördüğünü ve siyasi ifadeler ile kamusal tartışmalara katkı sunan ifadelerin sınırlandırılması için Sözleşmenin 10 § 2 maddesi kapsamında oldukça sınırlı bir alan olduğunu belirtmektedir., Kamu yararını ilgilendiren konulara ilişkin tartışmalar söz konusu olduğunda Devletlerin takdir yetkisi daralmaktadır.<sup>60</sup> Bu nedenle yerel mahkemeler davaya konu çevrimiçi ifadelerin siyasi nitelikte olup olmadığı veya kamusal tartışmalara ilişkin olup olmadığını değerlendirmelidir. İfadeleri **“ilgili tartışma bağlamında analiz etmeli ve hangi fikri vermeye çalıştığını ortaya koymalıdır”**.<sup>61</sup> Mahkeme Terentyev/Rusya kararında haklı olarak belirttiği üzere yerel mahkemeler **“söz konusu beyanların, yapıldıkları siyasi ve sosyal arka planı ve erişimlerinin kapsamını dikkate alarak, herhangi bir zararlı sonuç doğurma potansiyelini değerlendirme girişiminde bulunmamışlardır.”**<sup>62</sup>
32. Ayrıca yerel mahkemeler, ihtilaf konusu ifadelerin hakkaniyetli bir şekilde yorumlandığında ve yakın veya daha geniş bir bağlamı dikkate alındığında, **doğrudan veya dolaylı bir şiddet çağrısı ya da şiddetin, nefretin veya hoşgörüsüzlüğün meşrulaştırılması** olarak görülüp görülemeyeceğini **değerlendirmelidir.**<sup>63</sup>
33. Mahkeme, kasıtlı bir aşağılama anlamına geliyorsa, saldırgan bir dil kullanımının ifade özgürlüğünün korumasının dışında kalabileceğini belirtmiştir; ancak **salt kaba ifadelerin kullanımı, saldırgan bir ifadenin değerlendirilmesinde belirleyici değildir.** Zira kaba dil kullanımı, yalnızca bir üslup meselesi olabilir. Mahkemeye göre üslup, ifade biçimi olarak iletişimin bir parçasını oluşturur ve ifade edilen fikir ve bilgilerin özüyle birlikte korunur.<sup>64</sup> Mahkeme, belirli kişiler veya gruplar tarafından saldırgan veya aşağılayıcı olarak algılanabilecek her açıklamaya bir yaptırım uygulanmasının meşru görülemeyeceğini vurgulamaktadır. Yalnızca rahatsız edici, incitici ve saldırgan kelimelerin kullanıldığı bağlamın dikkatli bir şekilde incelenmesiyle, Sözleşmenin 10. maddesi altında korunan şok edici ve incitici ifadeler ile demokratik bir toplumda hoş görülemeyecek saldırgan ifadeler arasındaki ayrım yapılabilir.<sup>65</sup> Bu bağlamda, Mahkeme başvuranın kullandığı dili veya metninin tonunu onaylamasa da **“Her Rus şehrinin merkezinde, ana meydanda... Auschwitz’de olduğu gibi, bir fırın olsaydı ve her gün, daha da iyisi günde iki kez (mesela öğlen ve gece yarısı) yolsuz polisler törenle yakılsaydı harika olurdu. İnsanlar onları yaksaydı. Bu, toplumu serseri polis- pisliğinden arındırmanın ilk adımı olurdu”** şeklindeki

<sup>60</sup> Satakunnan Markkinapörssi Oy ve Satamedia Oy/Finlandiya, [GK], no. 931/13, § 167, 27.06.2017

<sup>61</sup> Savva Terentyev/Rusya, no. 10692/09, 28.08.2018, § 82.

<sup>62</sup> Savva Terentyev/Rusya, no. 10692/09, 28.08.2018, § 82.

<sup>63</sup> Diğerleri arasında bkz., *Incal/Türkiye*, no. 22678/93, 09.06.1998, § 50, Raporlar 1998-IV; *Özgür Gündem/Türkiye*, no. 23144/93, § 64, ECHR 2000-III; *Gündüz/Türkiye*, no. 35071/97, §§ 48 ve 51, ECHR 2003-XI; *Hizb ut-Tahrir ve Diğerleri/Almanya*, no. 31098/08, § 73, 12.06.2012; *Fáber/Macaristan*, no. 40721/08, §§ 52 ve 56-58, 24.07.2012 ve *Vona/Macaristan*, no. 35943/10, §§ 64-67, ECHR 2013.

<sup>64</sup> *Gül ve Diğerleri/Türkiye*, no. 4870/02, § 41, 08.06.2010; *Grebneva ve Alisimchi/Rusya*, no. 8918/05, § 52, 22.11.2016; *Savva Terentyev/Rusya*, no. 10692/09, 28.08.2018, § 68.

<sup>65</sup> *Vajnai/Macaristan*, no. 33629/06, §§ 53 ve 57, ECHR 2008.

beyanları kışkırtıcı bir metafor olarak değerlendirmiş; başvurucunun polisin rüşvet alan ve görevi kötüye kullanan memurlardan (“yozlaşmış polisler”) “arındırıldığını” görmek istediğini belirten ve başvurucunun durumun düzeltilmesi için önlem alınması yönünde yaptığı duygusal bir çağrı olarak yorumlamıştır.<sup>66</sup>

34. Açıklanan nedenlerle İFÖD, bağlam analizine ek olarak içerik analizinin somut başvuru ve gelecekte sosyal medya içeriklerine ilişkin benzer başvuruların değerlendirmesinde önemli bir zorunlu unsur olduğuna inanmaktadır.

### **Sonuç**

35. Görüldüğü üzere Türk Ceza Kanunu'nun 299. maddesi eleştirilerin susturulması ve iktidardaki üst düzey bir siyasetçi olarak Cumhurbaşkanı'na ayrıcalıklı bir koruma sağlanması amacıyla kullanılmaktadır ve bu Strazburg Mahkemesi'nin yerleşik içtihadına aykırı olarak Türkiye'de kamusal tartışmanın bastırılması sonucunu doğurmaktadır.
36. İFÖD Mahkeme'yi, 299. maddenin Sözleşme standartlarına aykırı olduğunu ve Türkiye'deki yargısal uygulamalarının bu hükmün siyasi tartışma üzerindeki caydırıcı etkisini daha da kötüleştirdiğini dikkate almaya davet eder.
37. Son olarak İFÖD, Mahkeme'yi sosyal medya paylaşımlarının etkisini değerlendirmeye ilişkin kriterleri ve özellikle Facebook gibi yarı kapalı platformlardaki çeşitli sosyal medya kullanıcıları arasındaki farkı dikkate almaya davet eder.

**09.11.2020**

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

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

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

<sup>66</sup> Savva Terentyev/Rusya, no. 10692/09, 28.08.2018, § 72.