

SUÇ VE CEZA

CEZA HUKUKU DERGİSİ

HAKEMLİ VE BİLİMSEL BİR DERGİDİR.

Cilt: 12 | Sayı: 3 | Eylül 2019

TCHD

TÜRK
CEZA HUKUKU
DERNEĞİ
TARAFINDAN
ÜÇ AYDA BİR
YAYIMLANIR.

SUÇ VE CEZA
CRIMEN E POENA

CEZA HUKUKU DERGİSİ

ISSN: 1308-0474
E ISSN: 2687-3044

Sahibi

Türk Ceza Hukuku Derneği İktisadi İşletmesi adına

Av. Mehmet İpek (İstanbul Barosu, mehmet@ipekakin.com)

Genel Yayın Yönetmeni

Prof. Dr. Köksal Bayraktar (Galatasaray Üniversitesi Emekli Öğretim Üyesi,
info@bayraktarhukuk.com)

Sorumlu Müdür

Av. Mehmet Oral (İstanbul Barosu, mehmet.oral@libertehukuk.com)

Yayın Kurulu

Doç. Dr. Güçlü Akyürek (MEF Üniversitesi, akyurekg@mef.edu.tr)
Dr. Mualla Buket Soygüt Arslan (İstanbul Bilgi Üniversitesi, buket.arslan@bilgi.edu.tr)
Av. Tuğçe Duygu Köksal (İstanbul Barosu, tugceduygukoksal@gmail.com)
Arş. Gör. Aras Turay (İstanbul Bilgi Üniversitesi, aras.turay@bilgi.edu.tr)
Arş. Gör. Yeşim Yılmaz (Altınbaş Üniversitesi, yesim.yilmaz@altinbas.edu.tr)
Av. Müşerref Gözde Kaya (İstanbul Barosu, gkaya@yakalin.av.tr)

Danışma Kurulu

Prof. Dr. Duygun Yarsuvat (Yeditepe Üniversitesi)
Prof. Dr. Köksal Bayraktar (Galatasaray Üniversitesi Emekli Öğretim Üyesi)
Prof. Dr. Erdener Yurtcan (İstanbul Üniversitesi Emekli Öğretim Üyesi)
Prof. Dr. Timur Demirbaş (Yaşar Üniversitesi)
Prof. Dr. Ayşe Nuhoğlu (Bahçeşehir Üniversitesi)
Doç. Dr. Güçlü Akyürek (MEF Üniversitesi)
Doç. Dr. Hasan Sınar (Altınbaş Üniversitesi)
Doç. Dr. Koray Doğan (Dokuz Eylül Üniversitesi)
Doç. Dr. Güneş Okuyucu (Ankara Üniversitesi)
Dr. Sinan Altunç (Bahçeşehir Üniversitesi)
Dr. Asuman Aytekin İncoğlu (İstanbul Bilgi Üniversitesi)
Dr. Barış Erman (Yeditepe Üniversitesi)
Dr. Mualla Buket Soygüt Arslan (İstanbul Bilgi Üniversitesi)
Av. Kemal Kumkumoğlu (İstanbul Barosu)
Av. Fikret İlkiz (İstanbul Barosu)
Av. Hasan Fehmi Demir (İstanbul Barosu)
Av. Dr. Salih Oktar (İstanbul Barosu)

Copyright Türk Ceza Hukuku Derneği

- Türk Ceza Hukuku Derneği yayınıdır

Yayınlanma Aralığı

- Üç ayda bir yayınlanır

Yayın Dili

Türkçe

İletişim Adresi

Türk Ceza Hukuku Derneği
Lale Sokak, No: 15 1. Levent – İstanbul

E-Posta

bilgi@tchd.org.tr

Basım Yeri

Birlik Fotokopi Baskı Ozalit Gıda San. Tic. Ltd. Şti.
Nispetiye Mah. Birlik Sokak No: 2
Nevin Arıcan Plaza 1. Levent/Beşiktaş/İST.
Tel: (0212) 269 30 00 (Sertifika No. 20179)

Basım Tarihi

Eylül 2019

Dergimiz Hakkında

“Suç ve Ceza Dergisi” yıllar önce, 2008’de yayınlanmaya başladı...O tarihlerde Türk Ceza Hukuku Derneği’nin Yönetim Kurulu, gerçekleştirdikleri pek çok önemli etkinlikle birlikte düzenli yayın hareketinin de olumlu olabileceği düşüncesi ile bu girişimde bulundular. Amaçları Ceza Hukukundaki yenilikleri Hukuk Dünyasına tanıtmak, önemli konuları tartışmak, genç hukukçuların görüşlerine yer vermek ve onları desteklemektir...

Bugün Dergi, on yaşındadır. Amacımız gene aynıdır. Yenilikleri aktarmak, tartışmak, gençlerle birlikte çalışmak... Bunlara, çağdaş hukuk yolunda çabalar da bulunmayı da ekleyebilirsiniz.

Önemli olan bu amaca erişmek için girişilen çabaların hep özgür bir ortamda gerçekleşmesi, düşünce ve görüşlerin özgürlüğe giden süreci oluşturmasıdır.

Dergi hep bu görüşlerle okuyucuya erişmek istemektedir.

Suç ve Ceza

İçindekiler

Hakemli Makaleler

- SUÇA İŞTİRAK HÜKÜMLERİNİN UYGULANMASINA İLİŞKİN SORUNLAR **1**
THE PROBLEMS WITHIN THE IMPLEMENTATION OF PROVISIONS ON PARTICIPATION TO CRIME
Doç. Dr. Devrim AYDIN
- ÇOK SANIKLI BİR CEZA DAVASINDA TEMYİZ SÜRECİ DEVAM EDERKEN, TEMYİZ HAKKI BULUNMAYAN SANIKLAR HAKKINDA CEZA İNFAZINA BAŞLANABİLİR Mİ? “CUMHURİYET DAVASI ÖZELİNDE BİR İNCELEME **27**
IS IT POSSIBLE TO START THE EXECUTION OF IMPRISONMENT FOR THE DEFENDANT WHO HAS NO RIGHT TO APPEAL IN A MULTIPLE DEFENDANTED CRIMINAL CASE WHILE THE COURT OF APPEAL PROCESS STILL CONTINUES? “AN EXAMINATION SPECIFIC ON CUMHURİYET CASE”
Doç. Dr. Hasan SINAR
- NORBERT ELIAS'IN UYGARLIK KURAMI ÜZERİNE BİR İNCELEME **65**
AN EXAMINATION OF NORBERT ELIAS' THEORY OF CIVILIZATION
Esma NALBANT ARABACI
- ANAYASA MAHKEMESİNİN KADRI ENİS BERBEROĞLU KARARININ İNCELENMESİ **97**
EVALUATION OF KADRI ENIS BERBEROĞLU JUDGEMENT OF THE CONSTITUTIONAL COURT
Yusuf Enes KAYA
- Hakemli Çeviri**
- 11-12 MART 2016 GÜNLÜ VENEDİK KOMİSYONU GÖRÜŞÜ'NÜN TÜRKÇE'YE AKTARIMI VE KISA BİR BAŞLANGIÇ **115**
TRANSLATION OF VENICE COMMISSION'S 11-12 MARCH 2016 OPINION TO TURKISH AND A BRIEF INTRODUCTION
Deniz YAZGAN

Hakemsiz Makale

CEZA MUHALEMESİNDE İDDİA GÖREVİNİN
YÜRÜTÜLMESİNDE GÜNCEL SORUNLAR

179

Dr. İhsan BAŞTÜRK

Serbest Kürsü

BİLİMSEL GÖRÜŞ

211

Prof. Dr. Duygun YARSUVAT
Dr. Öğr. Ü. Mualla Buket SOYGÜT

SUÇA İŞTİRAK HÜKÜMLERİNİN UYGULANMASINA İLİŞKİN SORUNLAR^{*}, ^{**}

Doç. Dr. Devrim AYDIN^{***}

Özet

Türk Ceza Kanunu'nda suça iştirak hükümleri yalın ve anlaşılabilir bir dille hazırlanmıştır ancak suça iştirak kurumunun olaylara uygulanmasında kimi tereddütler yaşanmaktadır. İştirak hükümlerinin en sorunlu ve tartışmalı konusu olan ağırlatıcı ve hafifletici nedenlerin iştirakçilere sirayeti ile kararlaştırıldan başka suçun işlenmesi halinde iştirakçilerin sorumluluğunun tespiti konusunda kanunda açık bir düzenleme bulunmaması, uygulamada farklı kararlar verilmesine neden olmaktadır. Mahkeme kararlarındaki farklılıklara baktığında, bu sorunların bağlılık kuralı ile çözülebileceği yönündeki beklentinin gerçekleşmediği görülmektedir. Örgüt yöneticilerini örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı, fail olarak sorumlu tutan düzenleme ile örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dahil olmamakla birlikte örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişinin örgüt üyesi olarak cezalandırılmasına dair düzenleme de iştirak kurumu açısından oldukça tartışmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Suç, Suça İştirak, Fail, Yardım Edenler, Türk Ceza Hukuku.

* Hakemli makaledir. Eserin dergimize geliş tarihi: 24/06/2019. İlk hakem raporu tarihi: 27/09/2019. İkinci hakem raporu tarihi: 29/09/2019.

** Bu çalışma, Türk Ceza Hukuku Derneği tarafından 24 Kasım 2018 tarihinde “Dönmezer-Erman-Kunter-Erem” anısına, İstanbul Barosu'nda düzenlenen konferanstaki konuşma esas alınarak hazırlanmıştır.

*** Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Öğretim Üyesi, daydin@politics.ankara.edu.tr, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-7878-8836.

THE PROBLEMS WITHIN THE IMPLEMENTATION OF PROVISIONS ON PARTICIPATION TO CRIME

Abstract

The provisions of Turkish Criminal Code on participation in crime are in a simple and comprehensible manner however, some problems related to participation in crime cannot be solved by these provisions. There is not a provision on the infiltration of the causes of aggravating or alleviating punishment to the participants and determination of the responsibility of the participants in case a crime other than that agreed is committed. Contrary to expectations these problems could not be solved by the dependence rule. The provision that holds the leaders of criminal organization responsible for all crimes committed within the scope of the activities of the criminal organization and the provision that considers the helps of the non-member offender to the criminal organization as a member of the organization are controversial in terms of mens rea of participation in crime.

Key Words: Crime, Participation In Crime, Offender, Complicity, Turkish Criminal Law.

1- Giriş

1926 tarihli 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenlemeler esasen İtalyan Ceza Kanunu esas alınarak kanunlaştırılmıştı. 2005 yılındaki ceza kanunu değişikliği ile 5237 sayılı Kanun çok büyük ölçüde Alman ceza hukuku düzenlenmesinden etkilenmiştir. İtalyan ve Alman Ceza Kanunu, Romanik-Germenik anlayışa dayanan Kıta Avrupası ceza hukukuna ait olsa da İtalyan ceza hukukunda iştirak kurumu (özellikle Rocco Kanunu'nun bakışı) ile Alman ceza hukuku sisteminin bakışı arasında kimi farklılık bulunmaktadır.¹

1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'na dayanan mülga Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) iştirakçiler asli (maddi-manevi) ve fer'i (maddi-manevi) failer biçiminde düzenlenmiştir. Büyük ölçüde Alman

1 Bkz. Devrim AYDIN, *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*, Yetkin Yay., Ankara, 2009, s. 43 vd.

Ceza Kanunu hükümleri esas alınarak düzenlenmiş olan 5237 sayılı TCK'da ise mülga Kanundan farklı olarak asli iştirak - fer'i iştirak şeklindeki düzenlemeden vazgeçilerek faillik, azmettirme ve yardım edenler şeklinde bir düzenlemeye gidilmiştir.² Mülga Kanun'da tipik fiili işleyen ve doğrudan doğruya beraber işleyen asli maddi iştirakçiler yerine, 5237 sayılı TCK'da "fail" terimini kullanılmış, asli manevi iştirakçi olarak ifade edilen azmettiren ayrıca düzenlenmiş, fer'i iştirakçiler, "yardım edenler" başlığı altında düzenlenmiştir. Mülga kanunda ayrı bir hükümlerle düzenlenen "zorunlu fer'i faile" ise yer verilmemiştir.

5237 sayılı TCK, Dönmezer Tasarısı olarak bilinen tasarıdakinden farklı biçimde kanunlaşmıştır. Kanunun yürürlüğünün üzerinden 15 yıl geçmiş olmasına karşın kanundaki kimi hükümlerin içeriğinin anlaşılması ve uygulanmasına dair tereddütler vardır. Suça iştirake ilişkin düzenlemeler yalın ve anlaşılır bir dille hazırlanmış olsa da iştirakçilerin sorumluluğunun belirlenmesine ilişkin tereddütler yaşanmaktadır. 2005 yılına kadar oluşan içtihatlar İtalyan Ceza Kanunu sistemine dayanan öğretiyeye göre şekillenmişken, 2005'ten sonraki içtihatlar Alman sistemine dayanan görüşlere göre şekillenmeye başlamıştır. Ancak içtihatlarla ilgili sorun görüşlerin hangi hukuk sistemine dayandığı değildir. Yaklaşık 15 yıldır yürürlükte olan 5237 sayılı TCK'nın birçok hükmünün çok farklı kanun hükümleriyle değişikliğe uğraması nedeniyle Kanun metnindeki terim birliği yer yer bozulmuş, yaşanan birçok hukuki ve siyasi gelişme sonunda Yargıtay'ın yapısı ve üyelerindeki değişimler içtihat birikimini büyük ölçüde bozmuş, yeni ve tutarlı bir içtihat henüz oluşamamıştır. Öte

2 5237 sayılı TCK'da, mülga TCK'da olduğu gibi asli-fer'i iştirak ayrımı yapılmamış ve "suç ortaklığı" ifadesi kullanılmış olmasına rağmen "yardım edenler" başlıklı 39. maddeye yer verilmiş olması, kanunun gerekçesinde belirtilenin aksine esasen "asli-fer'i faillik" ayrımına tümüyle son verilmediği ve ikilik sisteminin benimsenmeye devam edildiği biçiminde yorumlanmıştır. Bkz. Veli Özer ÖZBEK: "5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Teşebbüs ve Kusurluluğa İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", Kazancı Hukuk Dergisi, S. 5, 2005, s. 25; Yener ÜNVER: "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Kusurluluk", Ceza Hukuku Dergisi, S. 1, 2006, s. 68; Mustafa Ruhan ERDEM: "Yeni TCK'da Faillik ve Suç Ortaklığı", Hukuki Perspektifler Dergisi, S. 5, 2005, s. 204; Timur DEMİRBAŞ: "Ceza Hukuku Genel Hükümler", Seçkin Yay., 3. B., Ankara 2005, s. 419; Duygun YARSUVAT: "Yeni Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri, Genel Değerlendirme, İlkeler ve Genel Kurallar", YÜHFD, C. 2, S. 2, 2005, s. 357; Fatih S. MAHMUTOĞLU: "Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu", İÜHFİM, C.LXIII, S.1-2, 2005, s. 61; Nur CENTEL-Hamide ZAFER-Özlem ÇAKMUT: "Türk Ceza Hukukuna Giriş", 10. B., Beta Yay., İstanbul, 2017, s. 491.

yandan biçimsel kanunilik ilkesine dayanan bir ceza hukuku sisteminde kanunda açıkça düzenlenmemiş olan hususların içtihatla çözümlenmesini beklemek de kanunilikten sapmadır. Bu nedenle iştirakle ilgili çözüm bekleyen temel tartışmaların yapılacak bir kanun değişikliğiyle giderilmesi en doğrusu olacaktır.

Kanunda birçok değişiklik yapılmış olmasına rağmen genel hükümlerde çok sınırlı birkaç değişiklik olmuş, iştirak kurumunu düzenleyen hükümlerde ise herhangi bir değişiklik olmamıştır. Ancak tasarıdaki iştirak hükümlerine yönelik eleştirilerin ve işaret edilen eksikliklerin yerinde olduğu da zaman içinde doğrulanmıştır. İştirak hükümlerinin en sorunlu ve tartışmalı konusu olan ağırlatıcı ve hafifletici nedenlerin sırayeti ile kararlaştırılardan başka suçun işlenmesi halinde iştirakçilerin sorumluluğunun TCK m. 40'ta düzenlenen "bağlılık kuralı" ile çözülebileceği yönündeki beklenti gerçekleşmemiş, bu konulardaki tereddüt kanunilik ilkesine uygun biçimde giderilememiştir.

2- Kim Olduğu Bilinmeyen İştirakçinin Ortaya Çıkarılmasını Sağlayanın Sorumluluğu

TCK m. 38/3'te "*Azmettirenin belli olmaması hâlinde, kim olduğunun ortaya çıkmasını sağlayan fail veya diğer suç ortağı hakkında ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunabilir. Diğer hâllerde verilecek cezada, üçte bir oranında indirim yapılabilir.*" denilmek suretiyle mülga Kanun'da yer almayan olumlu bir hafifletici bir nedene yer verilmiştir. Bu indirim nedeni, kişisel bir indirim nedeni olup sadece azmettirenin bilinmediği olaylarda ve sadece azmettirenin ortaya çıkmasını sağlayan iştirakçiye uygulanabilir. Verilen bilgiler, kim olduğu bilinmeyen azmettiren hakkında soruşturma ve kovuşturma başlatabilecek nitelikte olmalı ve yargılama sonunda bu kişinin azmettirici olduğuna karar verilmiş olmalıdır. Azmettirenin bilinmemesi halinde azmettireni ortaya çıkaran iştirakçinin cezasının indirilmesi konusu yargıcın takdirine bırakılmıştır, ancak azmettirenin ortaya çıkarılması durumunda cezanın indirilmesi kanunî indirim nedeni olarak düzenlenmelidir.³

3 AYDIN, s. 227.

Kim olduğu bilinmeyen azmettirenin ortaya çıkarılmasını sağlamak amacıyla getirilen yukarıdaki düzenlemenin, kim olduğu bilinmeyen fail, müşterek fail ya da yardım edenin ortaya çıkarılmasında neden kabul edilmediğini anlamak zordur. Çünkü azmettirenin bilinmesi önemli olmakla beraber gizli kalan (bilinmeyen) bir diğer iştirakçinin tespiti de maddi gerçeğe ulaşılması açısından önemlidir. Gizli kalan asıl failin veya müşterek faillerden birinin ortaya çıkarılması için benzeri bir düzenlemeye yer verilmesi doğru olacaktır.⁴ Ancak mevcut düzenlemelere göre yargıç takdiri indirim yetkisini kullanarak kim olduğu bilinmeyen müşterek faillerden veya yardım edenlerden birinin veya birkaçının veya hepsinin ortaya çıkmasını sağlayan iştirakçinin cezasını TCK m. 62/2'ye göre indirebilir.

3- Kararlaştırılan Suçun Dışına Çıkılması Halinde İştirakçilerin Sorumluluğu

Kararlaştırılanın dışına çıkılarak suçun nitelikli halinin, bir başka suçun ya da kararlaştırılan suçun yanı sıra başka bir suçun işlenmesi söz konusu olabilir. Örneğin A, B'yi sözlü olarak tehdit etmesi için faili azmettirmiş ancak fail suçu silahla işlemişse kararlaştırılan suçun nitelikli hali; A, B'yi sözlü olarak tehdit etmesi için azmettirmiş, fail tehdit suçunda kullanacağını söyleyerek C'den bir silah temin etmiş ancak fail B'yi ateş ederek öldürmüştüğü kararlaştırılan başka bir suç; A, B'nin arabasına zarar vermesi için faili azmettirmiş, fail mala zarar vermede kullanacağını söyleyerek C'den bir demir çubuk temin etmiş ancak bu demir çubukla arabayı tahrip ederek mala zarar vermenin yanı sıra çubukla vurarak B'yi de yaralamışsa kararlaştırılanın yanı sıra başka bir suç; A, B'yi yaralaması için faili azmettirmiş, fail yaralamada kullanacağını söyleyerek C'den sopa temin etmiş ancak yaralama sırasında sopa darbelerine bağlı olarak B'nin vücudunda kemik kırılması ya da darbelere bağlı olarak ölüm meydana gelmişse kararlaştırılan suçun sonucu nedeniyle ağırlaşmış hali (ağırlaşmış suç) söz konusudur. Bu tür durumlarda belli ve somut bir suçun işlenmesi bakımından iradeler birleşmiş olmasına karşın gerçekleşen suç, iştirak iradesinin dışındadır. Bu durumda hem azmettiren hem de yardım edenler açısından kararlaştırılanın

4 ÜNVER, s. 68; AYDIN, s. 228.

dışındaki suçlardan dolayı sorumluluğunun nasıl belirleneceği konusunda Kanunda açık bir hüküm yoktur. Kanun'un gerekçesinde ise bu sorunun bağlilik kuralı ile çözüleceği söylenmiştir. Öte yandan TCK m. 38/1'de "*Başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır*" denildiği için kararlaştırıldan başka suç işlenmesi halinde azmettirenin gerçekleşen farklı suçtan sorumlu olup olmayacağı belirsizdir.

a- Kararlaştırılan Suçun Nitelikli Halinin İşlenmesi Halinde Sorumluluğun Belirlenmesi

Nitelikli suç, kararlaştırılan suçun daha hafif veya daha ağır ceza ile cezalandırılmasını gerektiren halidir. Gerçekleştirilen suç, kararlaştırılan suçun daha hafif cezayı gerektiren hali ise iştirakçilerin tümü gerçekleşen bu suçtan sorumlu tutulmalıdır.⁵ Çünkü daha az cezayı gerektiren nitelikli hal, kararlaştırılan suçun kapsamındadır. Örneğin A, B'nin kolunu kırması için C'yi azmettirmiş ancak C, B'yi sadece basit bir tıbbi müdahaleyi gerektirecek biçimde yaralamışsa iştirakçiler gerçekleşen bu sonuçtan sorumludurlar.

Kararlaştırılan suçun nitelikli halinin işlenmesi halinde asıl sorun kararlaştırılan suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halinin gerçekleşmesi durumunda söz konusu olmaktadır. Daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal kullanılan araçtan, suçun işleniş biçiminden, suçun işlendiği yer ve zamandan, fail ile mağdur arasındaki akrabalık ilişkisinden, mağdurun sıfatından kaynaklanabilir.⁶ Örneğin azmettiren, failden B'ye bir tokat vurmasını istemiş ancak fail yaralama fiilini silahla işlemişse, kararlaştırılan suçun (daha ağır cezayı gerektiren) nitelikli hali söz konusudur.

Objektif düşünceden hareketle, sorumluluğun sınırını şartların eşitliğine dayanarak açıklayanlar, kararlaştırılan suç aynı kalmakla beraber, suçun işleniş biçimi ya da kullanılan araçlar nedeniyle suçun nitelikli hali işlenmişse iştirakçilerin meydana gelen ağır sonuç-

5 Vesile Sonay EVİK: "Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu", XII Levha Yay., İstanbul, 2011, s. 176.

6 Bkz. Seydi KAYMAZ: "5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Nitelikli Hallerin Diğer Suç Ortaklarına Geçiş Sorunu", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVI, Y. 2012, S. 2, s. 125 vd.

tan da sorumlu tutulması gerektiğini savunmaktadırlar.⁷ Sübjektif düşünceden hareket ederek sorumluluğun sınırının anlaşmaya göre belirleneceğini savunanlar, iştirak iradesinin dışında kalan ağır suçtan sadece bu ağır suçu işleyen sorumlu olabileceğini savunmaktadırlar.⁸

Bir diğer görüşe göre, kararlaştırılan suçun daha ağır halinin işlenmesi halinde fail neden sorumlu olacaksa diğer iştirakçiler de o suçtan sorumlu olmalıydılar.⁹ Sorumluluğun sınırının kanundaki düzenlemeye göre belirleneceğini ileri süren bu görüşe göre, kararlaştırıldan daha ağır sonucun faile yüklenebileceğine dair kanunda hüküm bulunması halinde diğer iştirakçiler de bu ağır sonuçtan dolayı sorumlu olacaklardır.¹⁰

Sorumluluğun sınırına ilişkin kanunda açık bir düzenleme olmadığı gibi, günümüzde objektif ve sübjektif düşünceler de yeterli olmamaktadır. Bu konuda ileri sürülen bir diğer görüşe göre, kanunda sirayet konusunda açık bir düzenleme bulunmadığından, kişisel nedenlerin suç ortaklarına sirayet etmesi mümkün değildir.¹¹ Kanunda açıkça yer almayan bu sorunun çözümünü gerekçede ya da öğretideki farklı fikirlerle çözmeye çalışmak kanunilik ilkesine aykırı olacaktır.

Bu sorunu aşmak için iştirakçilerin nedensel katkısıyla beraber iştirakçilerin kararlaştırıldan başka bir suç işleme olasılığını birlikte değerlendiren “insani nedensellik” (la causalita’ umana) görüşünden yola çıkılarak bir düzenleme yapılması yoluna gidilebilir.¹² Buna göre, iştirakçilerden birinin anlaşma dışı işlediği suç, diğer iştirakçilerin hareketlerinin nedensel bir sonucu olmalı ve ayrıca meydana gelen farklı suç, tecrübelerle göre olağan bir netice olmalıdır.

7 Bkz. Zeki HAFIZOĞULLARI-Muharrrem ÖZEN: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, US-A Yay., Ankara, 2012, s. 364; EVİK, s. 177.

8 Bkz. Ferrando MANTOVANI: *Diritto Penale, Parte Generale*, 4. Ed., Milano, 2001, s. 559; CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, s. 497; KAYMAZ, s. 131.

9 Bkz. Sergio SEMINARA: “Riflessioni Sulla Condotta Istigatoria Come Forma di Partecipazione al Reato” RIDDP, Fasc. 4, 193, s. 1129-1130; MANTOVANI, s. 559; HAFIZOĞULLARI-ÖZEN, s. 364.

10 EVİK, s. 179; DEMİRBAŞ, s. 429.

11 KAYMAZ, s. 133.

12 Francesco ANTOLISEI: *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, 13. Ed., Giuffrè, Milano, 1994, s. 220 vd.

Aksi halde öngörülmesi mümkün olmayan bir neticeden, nedensel katkılarının bulunmasına rağmen diğer iştirakçiler sorumlu tutulamazlar.¹³ Örneğin mağdura bir tokat atarak basit tıbbi müdahale gerektirecek düzeyde yaralamak için anlaşmış olan A ve B'nin yaptıkları plana göre A mağdurun kolunu tutarken, B plan dışına çıkarak yerden aldığı demir çubukla vurarak mağduru yaralamışsa, meydana gelen silahla yaralamadan sadece buna neden olan B sorumlu olacak, A ise sadece kararlaştırılan sorumlu olacaktır.

b- Kararlaştırılandan Başka Suçun İşlenmesi Halinde Sorumluluğun Belirlenmesi

İşlenen suçun kararlaştırılandan farklı olması halinde, örneğin mağduru dövmesi için A tarafından azmettirilmiş olan B'nin, mağduru yağmalaması veya öldürmesi halinde iştirakçilerin sorumluluğu hakkında da farklı fikirler ileri sürülmüştür. Sorumluluğun sınırını şartların eşitliğinde arayan görüşe göre, nedensel katkılar arasında bir ayırım yapma imkânı yoktur. Kastedilenden daha ağır suçu doğuran şartlar eşit olduğuna göre meydana gelen ağır netice iştirakçilerin hareketleriyle bağlantılıysa diğer iştirakçilerin de bundan sorumlu olacaklarını savunan bu görüş, esasen objektif sorumluluk esasına dayanmaktadır.¹⁴

Mülga TCK döneminde Yargıtay'ın da sıklıkla kabul ettiği çözüme göre, iştirakte failer arasındaki sorumluluğun sınırını aralarındaki "anlaşma" belirler.¹⁵ Tamamen subjektif nitelikteki bu çözüm, iştirakçilerin kastını esas alarak her bir iştirakçiyi gerçekten istediği sonuçtan sorumlu tutmayı amaçlamaktadır.¹⁶ Buna göre bir failin iş-

13 **Gabriele FORNASARI: I Principi del Diritto Penale Tedesco**, CEDAM, Milano, 1993, s. 440; SEMINARA: s. 1133-1134; MAHMUTOĞLU, s. 100; HAFIZOĞULLARI-ÖZEN, 365; AYDIN, s. 122.

14 **Muharrem ÖZEN: Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk**; US-A Yay., Ankara 1998, s. 228; MANTOVANI, s. 560.

15 "Sanık T'nin iradesi ve ittifakı gasp içindir. Bir anlık gelişme sonucu ortaya çıkan öldürmede dabi yoktur ve vukfundan bahsedilemez. Diğerlerinin aşkın hareketleri ile anlaşma bududunu tecavüz ederek meydana getirdikleri aşkın ve taşan sonuç; birleşmiş iradelerinin hilafına ve rağmenine bir mahiyet gösterildiğinden; eylemi ilk suç için orada bulunmaktan ibaret sanık T'nin yeni ve değişik suçtan sorumluluğu mümkün değildir." (YCGK, 27. 10. 1986, E.1-293, K. 466, bkz. V. SAVAŞ-S. MOLLAMAHMUTOĞLU, **Türk Ceza Kanununun Yorumu**, C.1, Seçkin Yay. Ankara, 2001, s. 1019.)

16 **Nezvat TOROSLU-Haluk TOROSLU: Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş Yay., Ankara, 2018, s. 345; **Mahmut KOCA – İlhan ÜZÜLMEZ: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yay.,

tirak iradesini aşan hareketi, bu hareketi bilmeyen ve istemeyen diğ er iştirakçilere yüklenemez.¹⁷ Bu nedenle iştirak iradesinin dışında kalan suç u işleyen, gerçekleşen suçtan; diğ erleriye sadece iradele rine ilişkin (kararlaştırılan) suçtan sorumlu olacaklardır.¹⁸ Bu durum da örneğ in konutta hırsızlık yapmak için anlaşmış olan A ve B'nin yaptıkları plana göre A gözcülük yaparken, konuta giren B içeride karşılaştığı mağduru öldürmüş, mağdura cinsel saldırıda bulunmuş sa, meydana gelen bu farklı suç iştirak iradesinin dışında kaldığı için bu farklı suçtan sadece bunu işleyen B sorumlu olacak, A ise sorumlu olmayacaktır.

Kararlaştırıldan farklı suçun işlenmesi halinde diğ er iştirakçilerin bundan sorumlu olup olmayacağı konusunda 5237 sayılı TCK'da da açık bir hüküm bulunmamakla beraber gerekçede “Müşterek faillikte, birlikte suç işleme kararının yanı sıra, fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurulduğu için, her bir suç ortağı fail statüsündedir. Ortak hâkimiyetin kurulup kurulmadığının saptanmasında suç ortaklarının suçun icra-

-
- Ankara, 2008, s. 391; FORNASARI: s. 453. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, bu görüşü bir başka kararında yinelemiştir: “Sanıklarda, adam öldürme konusunda, soyguna başlamadan önce verilmiş bir irade birliği bulunmamaktadır. Önceden aralarında bu konuda anlaşmamışlar, sadece bankayı soymayı planlamışlar, soygunla ilgili fikir birliğine varmışlardır. Sanık Abdullah'ın diğ er iki sanıkta silah bulunduğ unu bilmesi, onların bu silahla işleyebilecekleri tüm suçları, onlarla birlikte bulunmakla önceden kabul ettiğ i, silahlı sanıklara manevi destek olduğ u şeklinde kabul edilemez. Zira, önceden iştirak iradesi olmadığ ı gibi suçun icrası sırasında 'müzaheret ve muavenet'de bulunmamaktadır... Gelenlerin korkutulması maksadıyla verilen silahın amaç aş ılarak adam öldürme suçunda kullanılması halinde, silahı verenin öldürme fiiline iştirakinden söz edilemez....Yani suça katılanlar önceden, belli bir suç u işleme konusunda aralarında anlaşmalı, irade birliğine varmalıdırlar. Kararlaştırılan bir suç işlenirken, faillerden birisinin diğ erlerinden habersiz bir başka suç u daba işlemesi halinde ise önceden anlaşma olmadığ ı için, ikinci failin icrasına yardım etmeyen diğ er failler, bu suçtan sorumlu tutulamazlar.” (YCGK, E. 1994/1-320, K. 1994/347, bkz. Yargıtay Kararları Dergisi, 1995, C. 21, S. 8, s. 1286-1290.)
- 17 MANTOVANI, s. 561; TOROSLU-TOROSLU, s. 345; CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, s. 496. MAHMUTOĞ LU, s. 105. “Sanıkların iştirak iradeleri gasp suçuna ilişkindir. Sanık A, diğ er sanık C ile vardıkları iştirak iradesi dışına çıkarak yeni ve değ iş ik bir kasıtle öldürme olayını gerçekleştirmiş tir. O halde sanık C'nin öldürme eylemine katıldığ ı kabul edilemez.” (YCGK 14. 10. 1991, E.1-193 - K. 269, bkz. İ. MALKOÇ: Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, Yetkin Yay., Ankara, 2002, s. 675.)
- 18 Silvio RANIERI: *il Concorso di più Persone in un Reato*, Giuffrè Ed., Milano, 1949, s. 131; Sahir ERMAN-Çetin ÖZEK: *Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kiş ilere Karşı İş lenen Suçlar*, Dünya Yay., İstanbul, 1994, s. 56-57; ANTOLISEI, s.534; MANTOVANI, s 562; TOROSLU-TOROSLU, s. 346. “Sanık Turban'ın, ölene tokat atıp diğ er sanık Yaş ar'a 'Bunu götür dersini ver sakın bıç ak kullanma.' demesi üzerine, sanık Yaş ar'ın bodruma götü rdüğ ü maktülü elini beline atması nedeniyle sanık Turban'dan habersiz üzerine aldığ ı bıç ağı ç akıp kalçasına bir kez vurarak maktülün kan kaybından ölü müne sebep olduğ u olayda; sanık Turban'ın eyleminin, sadece maktüle tokat atıp dövmeye azmettirme olduğ u ...” (1. CD, 03. 06. 2003, E. 4724-K. 1237. Bkz. Kazancı Biliş im)

sındaki rolleri ve katkılarının taşıdığı önem göz önünde bulundurulur. Bu durumda, fiilin icrası veya sonuçsuz kalması ortak faillerden her birinin elinde bulunmaktadır.” denilmiştir. Gerekçedeki bu ifade, kararlaştırılan suçtan başka suçları işleyenlerin sorumluluğunu açıklamakta yeterli olmadığı gibi kanunilik ilkesi nedeniyle gerekçenin hukuki bağlayıcılığı da yoktur. Ancak gerekçede “Müşterek faillik bakımından zorunlu diğer bir koşul, failler arasında birlikte suç işleme kararının varlığıdır. Belli bir hareketin icrasına ve neticenin meydana gelmesine ilişkin birlikte suç işleme kararı, kast kapsamında düşünülmelidir. Suç ortaklarının suçun işlenişine ilişkin kastlarının doğrudan veya olası kast gibi farklılık göstermesinin, müşterek fail olarak sorumlulukları üzerinde bir etkisi yoktur” denilerek iştirakçiler arasında sorumluluğun sınırı belirlenirken subjektif esastan hareket edildiği söylenebilir.

İştirakçilerin kararlaştırılandan başka bir suç işleme olasılığını birlikte değerlendiren “insani nedensellik” görüşüne göre, anlaşma dışında kalan netice ile iştirakçilerin hareketleri arasında nedensel bağ bulunmalıdır. İştirakçilerden birinin anlaşma dışı işlediği suç, diğer iştirakçilerin hareketlerinin nedensel bir sonucu olmalı ve ayrıca meydana gelen netice tecrübelerine göre olağan bir netice olmalıdır. Aksi halde öngörülmesi mümkün olmayan bir neticeden, nedensel katkılarının bulunmasına rağmen diğer iştirakçiler sorumlu tutulamazlar.¹⁹ Bu nedenle bir evi soymak için anlaşan iştirakçilerden biri gözcülük yaparken diğeri girdiği evde karşılaştığı ev sahibini öldürerek kararlaştırılanın dışına çıkarsa, bu farklı suçun gerçekleşmesinde tecrübelerine göre olağan ve nedensel katkı varsa diğer iştirakçi de bu farklı sonuçtan sorumlu olacaktır.

4- Sonucu Nedeniyle Ağırlaşmış Suçlarda İştirakçilerin Sorumluluğunun Belirlenmesi

Suçun varlığı için kanuni tipte öngörülenden daha ağır bir sonuçun (zarar veya tehlikenin) meydana gelmesi halinde suçun cezası ağırlaştırılmaktaysa, neticesi (sonucu) sebebiyle ağırlaşmış suç söz konusudur.²⁰ Neticesi sebebiyle ağırlaşmış bir suç, kastedilenden

19 FORNASARI, s. 440; SEMINARA, s. 1133; HAFIZOĞULLARI-ÖZEN, s. 364; AYDIN, s. 129.

20 Hamide ZAFER: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yay., İstanbul, 2013, s. 283; ANTOLISEI, s. 358; ÖZEN, s. 183 vd.

daha ağır veya başka bir suçun gerçekleşmesi halinde söz konusu olmaktadır. Bu tür suçlarda iştirakçilerin, kastedilenden daha ağır veya daha başka sonuçtan da sorumlu olup olmayacakları sorunu konusunda Kanun'da açık bir hüküm yoktur. Örneğin C'ye birkaç tokat vurması için B'yi azmettiren A'nın, B'nin çok sert yumruk vurarak C'nin kemiğinin kırılmasına (ağırlaşmış yaralama) ya da ölümüne (farklı suç) neden olması halinde azmettirdiği suçtan mı yoksa meydana gelen farklı sonuçtan mı sorumlu olacağı açık değildir.

İştirak halinde işlenen bir suçta bütün iştirakçilerin gerçekleşen farklı sonuçtan sorumlu olup olamayacakları sorunu, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar açısından kanunda kabul edilen sisteme bağlı olarak değişir. Gerçekleşen ağır neticeden sorumluluk için bu farklı netice açısından failin kusurlu olması şartı aranacaksa, gerçekleşen ağır netice açısından kusuru olmayan iştirakçiler sorumlu olamazlar. Eğer gerçekleşen ağır netice açısından objektif sorumluluk sistemi kabul edilmişse, gerçekleşen ağır netice açısından kusurlu olup olmadıklarına bakılmaksızın bütün iştirakçiler ağır neticeden sorumlu olacaktır.²¹

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda sorumluluğun düzenlendiği "Netice sebebiyle ağırlaşmış suç" başlıklı TCK m. 23'te "*Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi hâlinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir.*" denilerek meydana gelen farklı neticeden sorumluluk için netice açısından failin en azından taksir düzeyinde bir kusurunun bulunması aranmıştır. Hükümde fail ve iştirakçiler biçiminde bir ayrıma gidilmediğinden, iştirak halinde işlenen suçlar açısından maddedeki "kişi" ifadesi, fail ve iştirakçileri kapsar.²² TCK m 23, Alman ceza hukukundaki (Alm.CK m. 18)²³ çözümü benimseyerek gerçekleşen farklı sonuçtan dolayı failin sorumluluğunu nedensel katkısına göre

21 İZZET ÖZGENÇ: *Uygulamalı Ceza Hukuku, Çözümlü Örnek Olaylar ve Karar Tahlilleri*, 2. B., Sebat Yay., İstanbul, 1998, s. 132 ve 166.

22 EVİK, s. 35.

23 Alman Ceza Kanunu m. 18, "*Fiilin özel neticelerin sebebiyle daha ağır ceza - fiilin doğurduğu bir özel netice ile bağlantılı olarak kanunun daha ağır bir ceza verdiği hallerde, fail veya şerikin daha ağır ceza ile cezalandırılabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirinden sorumlu olması gerekir.*" şeklindedir. Tercüme için bkz. FERİDUN YENİSEY-Gottfried PLAGEMANN: *Alman Ceza Kanunu*, Beta Yay., İstanbul, 2009, s. 18.

değil, meydana gelen ağır sonuç açısından kusuruna göre değerlendirilmiştir.²⁴ Bu düzenleme karşısında meydana gelen farklı veya ağır sonuç açısından en azından taksir düzeyinde kusuru bulunmayan iştirakçileri gerçekleştiren farklı sonuçtan sorumlu tutmak olanaklı değildir.²⁵ Bu nedenle yukarıdaki örnekte olduğu gibi basit yaralama suçunun işlenmesi için faili azmettiren, olay anında A'nın B'ye defalarca yumruk atarak burnunu kırması halinde gerçekleşen ağırlaşmış yaralamadan değil, iştirak iradesini oluşturan basit yaralamadan sorumlu tutulmalıdır. Ancak uygulamada taksir karinesinin kabulü ve dolayısıyla objektif sorumluluk sonucuna varılması halinde hükmün pratik bir önemi kalmayacaktır.

5- Ağırlatıcı ve Hafifletici Nedenlerin İştirakçilere Sirayeti Sorunu

Mülga TCK m. 66 ve 67'de iştirak halinde işlenen suçlarda suçta etki eden nedenlerin sirayeti açıkça düzenlenmişti.²⁶ Mülga TCK m. 66'ya göre, kişisel ağırlatıcı nedenler iştirak iradelerinin açıklandığı anda veya bu irade ile harekete geçildiği anda bilme koşuluyla diğer failer hakkında da uygulanmaktayken TCK m. 67'ye göre cezayı ağırlatıcı fiilî nedenler suçun işlendiği anda "ağırlatıcı nedeni bilmeleri koşuluyla" diğer iştirakçiler hakkında da uygulanmaktaydı. Mülga kanun bilmeyi, bir hususun gerçekleşeceğini kesin olarak bilmek anlamında ele almaktaydı. Anlık bir gelişme ve değişme sonucu ortaya çıkan ağırlatıcı nedenler açısından bilme koşulunun gerçekleşmediği kabul edilmekteydi.²⁷

24 EVİK, s. 350; M. Ruhan ERDEM: "Netice Yüzünden Ağırlaşan Suçlar", 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Ankara, 2009, s. 110.

25 Berrin AKBULUT: "Bağlılık Kuralı", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIV, Y. 2010, S.1, s. 199; CENTEL-ZAFER-ÇAMUT, s. 496; EVİK, s. 350; ERDEM, s. 110; KOCA-ÜZÜLMEZ, s. 220-221; AYDIN, s. 267 vd.

26 Bkz. Meral Ekici ŞAHİN: "İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti" AÜHFED, C. 64, S. 3, 2015, s. 638 vd.

765 s. Mülga TCK m. 66-"Bir cürüm veya kabahati beraber işleyenlerden veya icrasını kolaylaştırmağa yardım edenlerden biri hakkında teşdidî cezayı mucip olan şahsa merbut daimi veya arizi ahval ve evsaf, cürüm veya kabahate iştirak eyledikleri zamanda ona vakıf olan failere dahi sirayet eder. Ancak haklarında terettüp eden cezanın altıda biri indirilebilir ve ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis ile müebbet ağır hapis cezasına bedel yirmi seneden yirmi dört seneye kadar ağır hapis cezası hükmolünür."

765 s. Mülga TCK m. 67- "Fiilin cezasını teşdit eden maddi esbabı dahi cürüm veya kabahatin vasfını tebdil edecek şekilde olsa bile fiil işlendiği zamanda ona vakıf olan şeriklere saridir."

27 Bkz. EVİK, s. 287.

Mülga kanundan farklı olarak 5237 sayılı TCK'da, iştirak halinde işlenen suçlarda ağırlatıcı ve hafifletici nedenlerin sirayeti düzenlenmemiş, kanunun gerekçesinde TCK m. 40'taki "bağlılık kuralı" ile bu sorunun çözülebileceği ifade edilmiştir.²⁸ TCK m. 40/1'deki bağlılık kuralı "*Suçta iştirak için, kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir. Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır.*" biçimindedir. TCK m. 40'ın gerekçesinde "*Hükümet Tasarısında, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda olduğu gibi, "kişisel ağırlatıcı nedenlerin" ve "fiili ağırlatıcı nedenlerin şeriklere uygulanması" hükümlerine yer verilmiştir. Bu hükümler, bağlılık kuralının henüz bilinmediği 19. yüzyıl ceza hukuku düşüncesinin ürünü olarak kanuna konmuştur. Bağlılık kuralına metinde yer verildikten sonra, bu hükümlerin korunmasına gerek kalmamıştır. Kaldı ki ağırlatıcı nedenlerin kişisel veya fiili olarak ayırımı tabii tutulması bilimsel olmadığı için, uygulamada duraksamalara ve çelişkili kararlara neden olmaktadır. Belirtilen nedenlerle, Hükümet Tasarısının 43 ve 44. maddeleri hükümleri metinden çıkarılmıştır.*" denilmişse de bu değerlendirme isabetli olmadığı gibi ne Kanun metni ne de gerekçedeki açıklama ağırlatıcı veya hafifletici nedenlerin sirayetini açıklamakta yeterlidir.²⁹ TCK m. 40'ta yer alan "*Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır*" hükmünün içeriği ve kapsamı konusunda bir tereddüt yoktur. Zira ceza sorumluluğu olmayan A ile ceza sorumluluğu olan B aralarında anlaşarak birlikte bir suç işlediklerinde A cezalandırılmayacak, B ise cezalandırılabilir. Örneğin A ve arkadaşı B aralarında anlaşarak B'nin babasının otomobilini çalıp satmışlarsa, TCK m. 167/2'deki şahsi cezasızlık nedeniyle A cezalandırılmayacak ancak B'nin ceza sorumluluğu devam edecektir. Ancak gerekçede ileri sürüldüğü gibi bu düzenleme, yani "*diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler*" ağırlatıcı ve hafifletici nedenin sirayetini

28 Bkz. İzzet ÖZGENÇ; *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. B., Seçkin Yay., Ankara, 2014, s. 526 vd.

29 Bkz. ZAFER, s. 450; EVİK, s. 295; ÜNVER, s. 70; EVİK, s. 292; AYDIN, s. 231. Bağlılık kuralının ağırlatıcı ve hafifletici nedenlerin sirayetini çözmekte yeterli olduğunu belirten fikirler için bkz. ÖZGENÇ, s. 562 vd.; KOCA-ÜZÜLMEZ, s. 387.

ya da kararlaştırıldan başka suç işlenmesi halinde diğer iştirakçilerin sorumluluğunu açıklayamamaktadır. Bu düzenleme asıl failin ya da iştirakçilerden birinin cezalandırılmasını önleyen kişisel bir nedenin varlığı halinde bu durumun diğer iştirakçiler açısından sonuç doğurmayacağına ilişkindir.

Kişisel (şahsi) hafifletici nedenler, sübjektif nitelikte olduklarından sadece ilgili olduğu kişiye bağlıdır ve diğer iştirakçiler hakkında uygulanmaz.³⁰ Kişisel hafifletici neden, failin şahsi durumu, sıfatı, kusuru ya da kişiliği dikkate alınarak cezanın azaltılması sonucunu doğurduğundan, bundan sadece ilgili iştirakçi yararlanabilir.³¹ Örneğin kişisel bir indirim nedeni olan haksız tahrikin varlığı ya da hırsızlık suçunun aynı evde birlikte yaşanan kardeşe karşı işlenmesi, sadece ilgili iştirakçi açısından sonuç doğurur.

Fiilden kaynaklanan (fiili) hafifletici nedenler ise hareketin niteliği, kullanılan araçlar, suçun işlendiği yer ve zaman gibi objektif nitelikte olduklarından, bunların varlığının veya yokluğunun failer tarafından bilinmesinin de önemi yoktur; iştirakçiler fiile bağlı hafifletici nedenin varlığını bilmeseler de bundan yararlanırlar.³² Ancak bu durum hafifletici nedenin bütün iştirakçilere sirayetinin sonucu değil, sorumluluğun gerçekte işlenen fiile göre olması ilkesinin sonucudur. Örneğin, henüz gece başlamamışken gecenin başladığını sanarak bir malı çalan ya da çok değerli ve pahalı bir malı çalmak isterken ekonomik değeri az bir malı çalan iştirakçiler, gerçekleşen basit hırsızlıktan sorumlu olacaklardır.

Kanunda açık bir düzenlemenin olmaması ve yukarıda belirtildiği gibi üye yapısının çok hızlı değişmesinin de etkisiyle Yargıtay'ın aynı dairesinin çok kısa sürede farklı (çelişkili) kararlar vermesi kişisel (şahsi) ağırlatıcı nedenlerin diğer iştirakçilere sirayeti konusundaki kararlarda görülmektedir.³³ Özellikle insan öldürme suçunda

30 ANTOLISEI, s. 529; ŞAHİN, s. 669.

31 KAYMAZ, s. 150; EVİK, 293; AKBULUT, s. 213; AYDIN, s. 232.

32 RANIERI, s. 254; EVİK, s. 293; AKBULUT, s. 213; ŞAHİN, s. 666.

33 2008 yılında Y.1 CD (23.07. 2008 tarih ve E.2007/9263, K. 2008/6219 sayılı karar, bkz. Kazancı Bilişim) azmettiren kaynaklanan şahsi ağırlatıcı nedenin faile sirayet edeceği yönünde; 2009'da ise (16.12.2009 tarih ve E.2009/2628, K. 2009/7796 sayılı karar, bkz. Kazancı Bilişim) azmettiren kaynaklanan şahsi ağırlatıcı nedenin faile sirayet etmeyeceği yönünde; yine 2009'daki bir başka kararında (28.09.2009 tarih ve E. 2008/10045, K. 2008/5418 sayılı karar, bkz. Kazancı Bilişim) eşinin öldürülmesini temin etmesi için üçün-

ağırlatıcı nedenlerin sirayeti konusundaki tereddütün bir nedeni de bu suçun ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası gerektirmesi nedeniyle yargıçların asıl fail dışındaki iştirakçilere ağırlatıcı nedeni uygulamaktan kaçınmaya çalışması olabilir.

Şahsi ağırlatıcı nedenlerin sirayeti için sadece bu nedenin diğer iştirakçiler tarafından bilinmesi yetmez; ayrıca o nedenin suçun işlenmesinde etkili olması veya suçun işlenmesini kolaylaştırması, yani söz konusu ağırlatıcı nedenin fiilin işlenmesine nedensel katkısı (suçun işlenmesinde etkili olması/suçtu kolaylaştırması) da gerekir.³⁴ Mağdur ile fail arasındaki yakınlık cinsel saldırı, yaralama, yağma, insan öldürme gibi suçlarda ortaya çıkmaktadır. Bu ağırlatıcı nedenlerin fiilden veya failden kaynaklanıp kaynaklanmadığına dair tartışma olmasına rağmen bunlar ancak biliniyorsa diğer iştirakçilere sirayet etmelidir.³⁵ Örneğin A, eşi olduğunu açıkça söyleyerek B'yi öldürmesi için C'yi azmettirmişse, ağırlatıcı neden faile uygulanmalıdır; ancak A mağdur ile arasındaki evlilik bağı gizleyerek B'yi öldürmesi için C'yi azmettirmişse ağırlatıcı neden faile uygulanmamalıdır.

Fiile bağlı (fiili) ağırlatıcı nedenler suçun işleniş biçiminden, suçta kullanılan araçtan, suçun işlendiği yer ve zamandan, fail ile mağdur arasındaki yakınlıktan, mağdurun sıfatından, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığından kaynaklanabilir. Fiilden kaynaklanan ağırlatıcı nedenler bunun varlığını bilen iştirakçilere uygulanabilir.³⁶

cü bir kişiyi azmettiren fail hakkında ağırlatıcı nedenin uygulanması, aracı azmettiren ve asıl fail hakkında ise ağırlatıcı nedenin uygulanmaması yönünde karar vermiştir. Bkz. EVİK, s. 295-296, 104 nolu dipnot. Aynı dairenin 12.06.2008 tarihli 2 sayfalık (E.2008/489, K. 2008/4996, bkz. Kazancı Bilişim) kararında ise ilginç bir çelişki görülmektedir. Kararın 1. sayfasında "Suça yardım eden olarak katılana, katıldığı suçun asıl failinin şahsına bağlı ağırlatıcı nedenler sirayet edeceğinden..." denilerek şahsi ağırlatıcı nedenin sirayeti kabul edilmiş; 2. sayfada ise "5237 sayılı TCK.nun 40/1-2. maddeleri gereğince, şahsa bağlı ağırlatıcı nedenler müşterek faile sirayet etmeyeceğinden" denilerek asıl failin şahsına bağlı ağırlatıcı nedenin müşterek fail hakkında uygulanmaması ancak yardım eden hakkında uygulanması yönünde karar verilmiştir.

34 HAFIZOĞULLARI-ÖZEN, s. 362.

35 EVİK, s. 294; RANIERI, s. 255. "Sanık Ali'nin, maktul Bekir'in sanık Neriman'ın eşi olduğunu bilerek suç işlemesi nedeniyle TCY'nin 66. maddesi nazara alınarak TCY'nin 449. maddesi uygulanarak ceza tayini gerekirken 448. madde uygulanmak suretiyle karar verilmesi kanuna aykırıdır." (1. CD, 31. 03. 1998, E. 816-K. 962, bkz. MALKOÇ, s. 707) "Fer'i fail durumunda suçta birlikte işlerken asıl failin şahsına bağlı şiddetlendirici sebebin varlığını bilen sanık hakkında da aynı şiddet sebebi uygulanır." 1. CD, 22. 3. 1983, E. 485-K. 947, bkz. Cevat ÖZEL: **İçtihatlı Türk Ceza Kanunu**, Arion Yay., İstanbul 1995, s. 432.

36 EVİK, s. 294; ŞAHİN, s. 667.

Fiilden kaynaklanan ağırlatıcı nedeni bilmeyen, bir başka ifadeyle en geç icra hareketlerine başlamadan önce suçun ağırlatıcı nedenine yönelik iştirak iradesi olmayan iştirakçinin gerçekleşen ağır sonuçtan sorumlu tutulmaması gerekir.³⁷ Örneğin A, gerçekte kamu malı olan sivil plakalı bir otomobilin, komşusu K'ya ait olduğunu söyleyerek camını kırması için B'yi kandırarak yönlendirmiş olsun. Bu durumda sivil plakalı otomobilin K'ya ait olduğu konusunda hataya düşürülerek otomobilin camını kıran B mala zarar vermeden, gerçekte nitelikli hal olduğunu bilen A ise mala zarar vermenin nitelikli halinden sorumlu olmalıdır.

Ağırlatıcı ve hafifletici nedenlerin iştirakçilere sirayeti tartışması, iştirak kurumunun en önemli sorunlarından biridir. Gerekçede bu ve başka sorunların TCK m. 40'taki bağıllık kuralı ile çözülmesi önerilmiş olmasına rağmen bu yeterli değildir. Fail-iştirakçi ayrımı yapan Alman ceza hukukuna ait bir kavram olan bağıllık kuralı, iştirakçilerin davranışlarının cezalandırılabilmesi için failin davranışlarının cezalandırılabilir olmasını düzenlemektedir. Bağıllık kuralı ile iştirakçilerin davranışları failin davranışlarına bağlı kılınmaktadır. Şahsi ağırlatıcı ve hafifletici nedenler ayrımı yapan Alman Ceza Kanunu m. 28/2'de sirayet açısından istisna bir hükme yer verilerek katı bağıllık kuralı yumuşatılmıştır.³⁸ Bu hükme göre kanun, özel kişisel unsurlar nedeniyle cezayı artırmayı, indirmeyi veya ceza verilmesine yer olmadığına karar vermeyi öngörmüşse bu düzenleme sadece bu tür özel nitelikleri şahsında gerçekleştirmiş bulunan suç ortağı (fail veya şerik) hakkında uygulanır.³⁹ Görüldüğü gibi Alman Ceza Kanunu'ndaki bağıllık kuralının, kişisel ağırlatıcı ve hafifletici nedenlerin suç ortaklarına sirayetini çözmekte yeterli olduğu Alman Hukuku açısından tartışma konusu değilken, TCK m. 40'taki bağıllık kuralı düzenlenmesi, tam anlamıyla Alman Ceza Kanunu'ndaki düzenlemeyi yansıtmamaktadır.

Ağırlatıcı ve hafifletici nedenlerin iştirakçilere sirayeti konusunda öğretide görüş ayrılığı olduğu gibi Yargıtay uygulamasında da çok çelişkili uygulamalar ve kararlar söz konusu olacaktır. İstinaf kanun

37 EVİK, s. 294; ZAFER, s. 450; HAFIZOĞULLARI-ÖZEN, s. 363; AYDIN, s. 234.

38 EVİK, s. 295-296.

39 Bkz. YENİSEY-PLAGEMANN, s. 22.

yolunun da benimsenerek Bölge Adliye Mahkemelerinin kurulmasıyla bu konuda çok farklı ve çelişkili kararların verileceği açıktır. Kanunun gerekçesinde ifade edildiğinin tersine, TCK m. 40'taki bağlılık kuralı ile 15 yıl içinde sorunun aşılamadığı görülmektedir. Bu nedenle açık bir düzenleme yapılmalıdır. Bu konuda farklı öneriler getirilebilir. Tamamen Alman sistemi de kabul edilebilir. Ancak hangi görüş kabul edilirse edilsin kanunda açık bir düzenlemeye yer verilmesi gerekir.⁴⁰

6- Örgüt Yöneticilerinin Örgütün Faaliyeti Çerçevesinde İşlenen Bütün Suçlardan Dolayı Fail Olarak Sorumlu Tutulmaları Sorunu

Örgütlü suçlarda suç örgütünün temel özelliği bunların uzun zamanı hedefleyen bir yapılarının olması, genellikle şiddete başvurmaları ve belli bir işbölümüne dayanan hiyerarşik yapılarının varlığıdır.⁴¹ Suç örgütlerinin amaçlarını yerine getirebilmeleri, ancak belli sayıda kişinin bir araya gelmesiyle mümkündür. Suç örgütünün disiplinli ve hiyerarşik örgütlenme yapısı iştirak kurumunu aşan bir oluşumu doğurmaktadır.⁴² Suç örgütlerinin başta gelen özellikleri, çok failli bir örgütlenme yapısına sahip olmaları, gizlilik, dayanışma, süreklilik ilkelerine göre faaliyette bulunmalarıdır. Örgütler, siyasal amaç taşıyan örgütler, çıkar amaçlı suç örgütleri ya da terör örgütleri biçiminde olabilir.

Kanunda suç örgütünün varlığı için zorunlu olarak aranan sayıdan fazla kişinin örgütün üyeleri olmadan örgüte yönelik katkıları halinde ise iştirak hükümleri söz konusu olacaktır.⁴³ Suça iştirak için aranan iştirak iradesi, örgütün amaçları ve örgütün kolektif faaliyetlerini bilerek, örgütün amacının gerçekleşmesini isteyerek yardım etmeyi zorunlu kılar.⁴⁴ Örgütün veya örgüt üyelerinin baskısı, kor-

40 EVİK, s. 297; AKBULUT, s. 213; ŞAHİN, s.672; KAYMAZ, s. 133.

41 Bkz. Vesile Sonay DARAGENLİ: “Organize Suçluluk”, Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu, Beta Yay., İstanbul 1998, s. 245.

42 Çetin ÖZEK: “Organize Suç”, Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, İstanbul, 1998, s. 195.

43 Gaetano INSOLERA: “Il Concorso Esterno Nei Delitti Associativi”, La Ragione di Stato e Gli Inganni Della Dogmatica, il Foro Italiano, P. 2, 1995, s. 424; Francesco SIRACUSANO: “Il Concorso Esterno e Le Fattispecie Associative”, Cass. Pen. P. 2, 1993, s. 1871.

44 Angela CORVI: “Partecipazione e Concorso Esterno”, Un’Indagine sul Diritto Vivente, RI-DPP, Fasc. 1, 2004, s. 248; Yargıtay, mülga TCK döneminde verdiği bir kararında “Çetele ba-

kutmaları sonucu yardım etmeye mecbur edilmiş kişilerde iştirak iradesi yoktur.

Bu tür suçlarla ilgili yürütülen bir tartışma, örgüt yöneticisi konumundaki kişilerin, örgütün (örgüt üyelerinin) işlediği tüm suçlardan sorumlu olup olmayacaklarıdır. Bir görüşe göre örgütü kurup yöneten kişiler, örgütün amaçları doğrultusunda işlenen bütün suçlara maddi olarak iştirak etmemiş olsalar bile manevi olarak iştirak etmişlerdir ve işlenen bütün suçlardan sorumludurlar.⁴⁵ Bu hükmün uygulanabilmesi için örgüt yöneticisinin örgütsel faaliyet çerçevesinde işlenen her suçun planlamasını yapıp kararını vermiş olması gerekmez. Örgüt kapsamında işlenen suçlarda, suçun işlenebilmesi için iştirakçiler arasında örgütlenmeyi ve hiyerarşiyi sağlayan örgüt yöneticileri örgütsel faaliyet çerçevesinde işlenen bütün suçlardan sorumlu tutularak fail sıfatıyla cezalandırılmaktadırlar.

Örgüt yöneticilerinin tüm üyeleri kontrol edemeyecekleri ve bu nedenle örgüt yöneticilerinin sadece işlenmesini emrettikleri, doğrudan tahrik ettikleri suçlardan sorumlu olabilecekleri fikrini ileri süren görüşlere karşın örgüt yöneticilerinin, örgütün eylem aşamasına geçmesi konusunda karar almalarının şiddete başvurmak konusunda “manevi hareket” olsa da belirgin ve somutlaşmış bir suçun işlenmesi söz konusu olmadığı için bu hareketlerin azmettirme olarak değerlendirilemeyeceği savunulmuştur.⁴⁶

TCK m. 220/f. 5’te, “Örgüt yöneticileri, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılır.” denilerek örgüt yöneticisinin örgütün işlediği tüm suçlardan dolayı sorumlu tutmak kabul edilmiştir. Maddenin gerekçesinde “Maddenin beşinci fıkrasında, örgüt yöneticilerinin, örgütün faaliyeti çerçevesinde

rimacak yer göstermek, yardım etmek, silah, cepbane veya elbise sağlamak, çetenin hareketlerini kolaylaştırmak suçlarının oluşması için m. 168/f.1’de belirlenen suçları işlemek için oluşturulan silahlı cemiyet veya çetenin bulunması veya bir çetede hususi bir görev almış olanların herhangi bir duraksamaya yer vermeyecek şekilde durumlarının bukuken belirgin olması gerekir.” demiştir. (YCGK, E. 1987/422, K. 1988/1, bkz. YKD, C. 14, S. 4, Nisan 1988, s. 549.)

45 Bkz. Christina De MAGLIE: “Teorie e Prassi Dei Rapporti Tra Reati Associativi e Concorso Di Persone Nei Reati-Fine”, RIDPP, Fasc. 4, 1987, s. 938.

46 Çetin ÖZEK, “Silahlı Çete-Amaç Suç” İlişkisinde İştirak Sorunları, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Yılmaz Günel’e Armağan, C. 49, S. 3-4, 1994, s. 365-366. Ancak örgütün eyleme geçmesi konusunda karar veren yöneticiler, örgüt üyelerinin işlediği bir suçu azmettirmiş veya bizzat müşterek faili olarak işlemiş ise örgüt yöneticisi olmanın yanı sıra işlenen bu suçtan da iştirak hükümlerine göre sorumlu olacaklardır.

sinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılması gerektiği kabul edilmiştir. Örgüt yapısı içinde, kendisine suç işlemek gibi örgütün amacına uygun bir görev verilen kişi bu görevini yerine getirmese, hemen yerine bir diğeri rabatlıkla ikame edilebilmektedir. Bu nedenle, örgütün yöneticisi konumunda olan kişiler, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak sorumlu tutulmalıdırlar” denilmişse de bu ifade düzenlemenin hukuki dayanağını açıklamakta yeterli değildir. Çünkü kanun, yöneticiyi işlenmesi talimatını vermediği, belki de işlendiğinden habersiz olduğu diğer suçlardan da sorumlu tutmak yoluna gitmiştir. Suç örgütü yöneticilerini, örgüt üyelerinin işlediği bütün suçlardan sorumlu tutmak objektif sorumluluk anlamına geleceğinden yöneticileri, maddi ya da manevi olarak doğrudan iştirak ettikleri suçlardan sorumlu tutmak gerekmektedir.⁴⁷ Örneğin yakalanmış, gözaltına alınmış, tutuklanmış, mahkum olmuş olması nedeniyle dış dünya ile irtibatı azalmış, adli makamlarca örgütü yönetmesi fiilen önlenmiş ya da ciddi bir sağlık sorunu nedeniyle başkalarıyla iletişim kurma imkanı fiilen ortadan kalkmış yöneticinin bilgisi ve nedensel katkısı olmadan, diğer üyeler tarafından işlenen suçlardan dolayı da sorumlu tutulması doğru olmaz. Bu nedenle yöneticiyi, doğrudan emri ve bilgisi kapsamında işlenen suçlardan sorumlu tutan bir düzenleme doğru olacaktır.

7- Örgüt İçindeki Hiyerarşik Yapıya Dahil Olmamakla Birlikte Örgüte Bilerek ve İsteyerek Yardım Edenin Sorumluluğu

TCK m. 220/7'ye göre, “Örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dahil olmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişi, örgüt üyesi olarak cezalandırılır. Örgüt üyeliğinden dolayı verilecek olan ceza, yapılan yardımın niteliğine göre üçte birine kadar indirilebilir”.⁴⁸ Örgütün hiyerarşik yapısında yer almayan, ancak suç örgütüne bilerek ve isteyerek yardım eden kişiye verilecek ceza, yapılan yardımın niteliğine göre indirilebilecektir. Bu indirim, örgütün hiyerar-

47 De MAGLIE, s. 950-951. Bu yöndeki tartışmalar için Bkz. ÖZEK, “Silahlı Çete-Amaç Suç” İlişkisinde İştirak Sorunları, s. 365 vd.

48 TCK m. 314/3'de “Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna ilişkin diğer hükümler; bu suç açısından aynen uygulanır” hükmüne yer verilerek, TCK m. 220/7'ye atıf yapılmıştır.

şik yapısına dahil olmamakla birlikte suç örgütüne maddi yardımda bulunan kişinin yaptığı yardımın önem ve niteliğine göre dikkate alınabilecektir.

TCK m. 220/7’de geçen “yardım” kavramının anlamını genişletmemek, bunu maddi yardımla sınırlı tutmak, bu şekilde ceza sorumluluğu alanını “suçta ve cezada kanunilik” prensibi ile uyumlu olacak biçimde dar tutmak gerektiği ileri sürülmüştür.⁴⁹ 220. maddenin gerekçesinde “Örgüte hâkim olan hiyerarşik ilişki içinde olmamakla beraber, örgütün amacına bilerek ve isteyerek hizmet eden kişinin, örgüt üyesi kabul edilerek cezalandırılması öngörülmüştür. Bu nedenle, “örgüte yardım ve yataklık” adıyla ayrı bir suç tanımlaması yapılmamıştır. Bu kavram altında söz konusu edilen fiiller, nitelik bakımından örgüte üye olmak dolayısıyla sorumluluğu altında söz konusu edilen fiiller, nitelik bakımından örgüte üye olmak dolayısıyla sorumluluğu gerektirmektedir.” denilmiştir. Buna göre, suç örgütüne bilerek ve isteyerek yardım eden kişi hakkında örgüt üyeliği suçundan ceza verilecektir. Madde gerekçesinde bahsedilen örgüte yardım ve yataklık suçu, 765 sayılı Mülga TCK’nın cürüm işlemek için kurulan cemiyetin mensuplarına yardım etme suçunu düzenleyen 314. maddesinde yer almaktaydı. Buna göre “Yukarıdaki madde uyarınca oluşturulan teşekküllerin mensuplarına bilerek ve isteyerek barınacak yer gösteren veya erzak yahut silah ve cephane tedarik veya yardım edenlere altı aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir. Bu yardım; dernek, siyasi parti, işçi ve meslek kuruluşlarına veya bunların yan kuruluşlarına ait bina, lokal, büro veya eklentilerinde veya öğrenim kurumlarında veya öğrenci yurtlarında veya bunların eklentilerinde yapılırsa bu fıkradaki ceza, bir kat artırılır.” biçimindeydi. 5237 sayılı Kanun ise bu tür fiilleri ayrı bir suç olarak değerlendirmek yerine, örgüt üyeliği kapsamında değerlendirerek cezalandırmak yoluna gitmiştir. Bu durumda, örgüte üye olmayan kişinin örgütün işlediği bir suça yardım etmek suretiyle iştirak etmesi halinde örgüt üyesi olarak sorumlu tutulması tartışmasının yanı sıra “yardım” olarak nitelenecek davranışların neler olabileceği de somut değildir. Bu nedenle, m. 220/7’deki örgü-

49 Bkz. Ersan ŞEN: Örgüte Bilerek ve İsteyerek Yardım Etme (<http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2344101-orgute-bilerek-ve-isteyerek-yardim-etme>, son erişim, 15.02.2019)

te yardımdan söz edilebilmesi için failin davranışlarının niteliğinin belirlenmesinde TCK m. 39'da sayılan yardım suretiyle iştirak davranışlarının ve 765 sayılı mülga Kanun m. 314'deki davranışların yol gösterici olabileceği ileri sürülmüştür.⁵⁰ Kanunilik ilkesine dayanan bir ceza hukuku düzeninde davranışların zararlı ve tehlikeli olması değil, fiilin açıkça yasaklanmış olması ceza sorumluluğu doğurabilir. Bu nedenle TCK m. 220/7 ile ilgili tartışmalara son verilebilmesi için örgüte yardım ayrı bir suç türü olarak ya da söz konusu suçta iştirak biçimi olarak düzenlenmeli ve örgüte yardım eden failin ayrıca örgüt üyesi olarak cezalandırılması yoluna gidilmemelidir.⁵¹ Bu durumda örgüte yardım niteliğindeki davranışlar da mülga kanunda olduğu gibi "örgüt mensuplarına bilerek ve isteyerek barınacak yer gösterme, silah veya araç ve gereç tedarik etme" şeklinde somutlaştırılmalıdır. Aksi halde birçok olayda olduğu gibi, örgüt üyesi olmamakla beraber örgüte yardım nedeniyle sorumlu tutulmak, uzun tutukluluk süresinin mahkumiyetten indirilmesine bir kılıf olmaya devam edecektir.

TCK m. 220/7 ile m. 39 kapsamında cezai sorumluluğun tespiti açısından, yardımda bulunan kişinin kastının örgüte yardım etmeye mi yoksa örgüt üyelerinin işlediği somut bir suçta yardım etmeye mi ilişkin olduğunun tespiti de önemlidir. Failin yardımda bulunmak kastı örgütün amaçlarının gerçekleşmesine yönelik ise "örgüte yardım etmek" söz konudur ve fail hakkında TCK m. 220/7 uygulanabilir. Yok, eğer failin kastı somut bir suçta, örgüt üyelerinden birinin işlediği bir suçta yardım niteliğinde ise genel hüküm olan "suçta yardım suretiyle iştirak" söz konusu olup fail hakkında TCK m. 39 uygulanmalıdır.⁵² İkinci durumda, failde örgüte yardım etmek kastı olmadığından, fail hakkında üyesi olmadığı örgüte üyelikten (TCK m. 220/2) hüküm

50 Bkz. ŞEN.

51 "Örgüte yardım etme suçunun yalnızca temel cezanın belirlenmesi yönünden örgüt üyeliği suçuna atıf yapıp örgüte üye olma suçundan ayrı ve bağımsız bir suç tipi olarak düzenlendiği, örgüte yardım eden kişinin örgüt üyesi olarak kabul edilemeyeceği..." (Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 1.11.2018 tarih ve E. 2016/6-1177, K. 2018/495 sayılı kararı için bkz. Kazancı Bilişim)

52 Bkz. ŞEN.

Yargıtay, sanığın örgüt üyesi olan kardeşini evinde barındırmasını ve eylemde kullanılacak otomobili getirmek için İstanbul'a gidecekleri aracı temin etmesini silahlı terör örgütüne yardım etmek kapsamında değerlendirmiştir. (Yargıtay 16. CD'nin 20.9.2018 tarihli E. 2018/2445, K. 2018/2842 sayılı kararı için bkz. Kazancı Bilişim)

kurulmayacaktır. Suç işlemek amacıyla kurulmuş örgüte bilerek ve isteyerek (kasten) yardım edilmiş olması için yardımın, örgütün suç işlemek amacıyla kurulmuş bir örgüt olduğu bilinerek doğrudan örgütün amaçlarının gerçekleşmesi için yardım edilmiş olmalıdır.⁵³ Örgütün varlığı bilinmeden ya da örgütün amacı benimsemeyen sadece örgüt üyesinin somut bir fiiline yönelik yardımı, aynı zamanda örgüte yapılan yardım olarak değerlendirmemek gerekir. Örneğin X örgütünün üyesi olmayan, örgütün amaç ve faaliyetlerini bilmeyen ya da benimseyen ancak örgüt üyesi B ile olan akrabalık bağı nedeniyle B'yi bir süre evinde saklayan failin sorumluluğu örgüte yardım etmek (m. 220/7) değil, suça yardım suretiyle iştirak (TCK m. 39) kapsamında değerlendirilmelidir.⁵⁴

8- Sonuç

5237 sayılı TCK'daki iştirak kurumu büyük oranda Alman ceza hukukundan etkilenecek şekilde hazırlandığı için bu ülkenin ceza kanunundan izler taşımaktadır. TCK, iştirakçiler arasında "fail-yardım eden" ayrımını benimseyerek esasen mülga TCK döneminde "asli-fer'i iştirak" biçiminde formüle edilen ikilik sistemini benimsemeye devam etmiştir. 5237 sayılı TCK ile iştirak kurumuna ilişkin yeni düzenlemeler getirilmiş olsa da iştirakin maddi ve manevi unsurunu doğrudan etkileyecek bir değişiklik yoktur. İştirakin maddi unsuru, birden fazla kişinin bir araya gelerek suça yönelik davranışlarda bulunmalarından; iştirak kastı olarak da ifade edilen manevi unsuru ise belli bir suçun birlikte işlenmesinin kararlaştırılmasından ibarettir.

53 İzzet ÖZGENÇ, *Suç Örgütleri*, 10. Baskı, Seçkin Yay., Ankara, 2017, s. 41.

54 "Örgüt talimatı üzerine olayı gerçekleştirmek üzere görevlendirilen örgüt üyeleri sanıklar ... ve bilahare güvenlik güçleri ile girdiği silahlı çatışmada öldürülen ...'u Şanlıurfa'dan alarak Bayındır'daki dayısı sanık ...'ün evine getirip burada saklanıp barınmalarını sağlayan, patlamada kullanılacak bombanın hazırlanması için gerekli malzemelerin teminine yardımcı olan, olay yeri olan Foça'da keşif yapmaları için olaydan birkaç gün önce adı geçen sanıkları olay yerine götürmekten ibaret eyleminin, icra hareketlerine başlanmasından itibaren sanık ... ve ... ile birlikte hareket ederek ya da olay esnasında doğrudan sonuca müessir fonksiyon ortaya koyan bir hareketle katılarak fiil üzerinde müşterek hakimiyet kurmaması sebebiyle müşterek fail olarak sorumlu tutulma imkanı bulunmadığından; fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak ve suçun işlenmesinden önce yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak suretiyle diğer sanıkların eylemine yardım ettiği anlaşıldığından, 5237 Sayılı TCK'nın 39/2-b ve c maddeleri delaletiyle 39/1 kapsamında kaldığının gözetilmesi gerekir." (Yargıtay 16. CD 15.2.2018 tarih ve 2017/3156, K. 2018/382 sayılı kararı, bkz. Kazancı Bilişim)

5237 sayılı TCK'da iştirake ilişkin en olumlu düzenlemelerden biri, kim olduğu bilinmeyen azmettirenin ortaya çıkarılmasını sağlayan iştirakçinin cezasının indirilebilmesidir. Ancak bu durumun takdiri indirim nedeni olmaktan çıkarılarak kanunî indirim nedeni şeklinde düzenlenmesi ve kim olduğu bilinmeyen fail, müşterek fail ya da yardım edenin ortaya çıkarılmasını sağlayan iştirakçinin de cezasının indirilmesini sağlayacak bir düzenleme yapılması daha doğru olacaktır.

İştirak hükümlerinin en sorunlu ve tartışmalı konularından biri olan ağırlatıcı ve hafifletici nedenlerin iştirakçilere sirayeti ile kararlaştırılardan başka suçun işlenmesi halinde iştirakçilerin sorumluluğunun belirlenmesinde, TCK m. 40'taki bağıllık kuralına ilişkin düzenleme yeterli olmamaktadır. Kararlaştırılanın dışına çıkılarak suçun nitelikli halinin, bir başka suçun ya da kararlaştırılan suçun yanı sıra başka bir suçun işlenmesi halinde sorumluluğunun nasıl belirleneceği ile ağırlatıcı ve hafifletici nedenlerin sirayeti sorunu konusunda kanunda açık bir düzenleme yoktur. Gerekçede ileri sürüldüğünün aksine, TCK m. 40'taki bağıllık kuralının bu konuyu düzenlemediği, öğreti ve uygulamadaki tereddütleri ortadan kaldırmadığı görülmektedir. Bu nedenle, sorumluluğun tespiti konusunda öğretide ileri sürülen görüşlerden hangisi kabul edilirse edilsin kanunda açık bir düzenlemeye yer verilmesi gerekmektedir.

TCK m. 220/f. 5'teki düzenlemeyle, örgüt yöneticileri, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılacağı düzenlenmiş de yöneticiyi, doğrudan emri ve bilgisi kapsamında işlenen suçlardan sorumlu tutan bir düzenleme doğru olacaktır. Son olarak, TCK m. 220/7'deki düzenlemedeki örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dahil olmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişinin örgüt üyesi olarak cezalandırılmasına dair düzenleme gözden geçirilmelidir. Maddede geçen "yardım" kavramının anlamını genişletmemek, bunu TCK m. 39'daki maddi yardım türleri ile sınırlı tutmak gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- AKBULUT, Berrin: “Bağlılık Kuralı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XIV, Y. 2010, S.1, s.167-214.
- ANTOLISEI, Francesco: Manuale di Diritto Penale, Parte Generale, 13. Ed., Giuffrè, Milano, 1994, s. 220 vd.
- AYDIN, Devrim: Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Yetkin Yay., Ankara, 2009.
- CENTEL, Nur – ZAFER, Hamide – ÇAKMUT, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 10. B., Beta Yay., İstanbul, 2017.
- CORVI, Angela: “Partecipazione e Concorso Esterno”, Un’Indagine sul Diritto Vivente, Rivista Italiana Diritto Penale e Procedure, Fasc. 1, 2004, s. 242-288.
- DARAGENLİ, Vesile Sonay: “Organize Suçluluk”, Ceza Hukuku Günleri, 70. Yılında Türk Ceza Kanunu, Beta Yay., İstanbul 1998, s. 245-250.
- De MAGLIE, Christina: “Teorie e Prassi Dei Rapporti Tra Reati Associativi e Concorso Di Persone Nei Raeti-Fine”, Rivista Italiana Diritto Penale e Procedure, Fasc. 4, 1987, s. 924-972.
- DEMİRBAŞ, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay., 3. B., Ankara 2005.
- ERDEM, M. Ruhan: “Yeni TCK’da Faillik ve Suç Ortaklığı”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S. 5, 2005, s. 204-215.
- ERDEM, M. Ruhan: “Netice Yüzünden Ağırlaşan Suçlar”, 3. Yılında Yeni Ceza Adaleti Sistemi, Ankara, 2009, s. 257-262.
- ERMAN, Sahir – ÖZEK, Çetin: Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Dünya Yay., İstanbul 1994.
- EVİK, Vesile Sonay: “Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu”, XII Levha Yay., İstanbul, 2011.
- FORNASARI, Gabriela: I Principi del Diritto Penale Tedesco, CEDAM, Milano, 1993.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki – ÖZEN, Muharrrem: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yay., Ankara, 2012.
- INSOLERA, Gaetano: “Il Concorso Esterno Nei Delitti Associativi”, La Ragione di Stato e Gli Inganni Della Dogmatica, il Foro Italiano, Part. 2, 1995, s. 423-431.
- KAYMAZ, Seydi: “5237 Sayılı Türk Ceza Kanuna Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Nitelikli Hallerin Diğer Suç Ortaklarına Geçiş Sorunu”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVI, Y. 2012, S. 2, s. 117-167.

- KOCA, Mahmut - ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay., Ankara, 2008.
- MAHMUTOĞLU, S. Fatih: “Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu”, İÜHFİM, C. LXIII, S. 1-2, 2005, s. 57-112.
- MALKOÇ, İsmail: Açıklamalı Türk Ceza Kanunu, Yetkin Yay., Ankara, 2002.
- MANTOVANI, Ferrando: Diritto Penale, Parte Generale, 4. Ed., Milano, 2001.
- ÖZBEK, Veli Özer: “5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Teşebbüs ve Kusurluluğa İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Kazancı Hukuk Dergisi, S. 5, 2005, s. 16-39.
- ÖZEK, Çetin: “Organize Suç”, Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan, İstanbul, 1998, s. 195-297.
- ÖZEK, Çetin: “Silahlı Çete- Amaç Suç” İlişkisinde İştirak Sorunları, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Yılmaz Günel’e Armağan, Ankara, 1998, C. 49, S. 3-4, s. 357-378.
- ÖZEL, Cevat: İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Arion Yay., İstanbul, 1995.
- ÖZEN, Muharrem: Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk; US-A Yay., Ankara, 1998.
- ÖZGENÇ, İzzet: Uygulamalı Ceza Hukuku, Çözümlü Örnek Olaylar ve Karar Tahlilleri, 2. B., Sebat Yay., İstanbul, 1998.
- ÖZGENÇ, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. B., Seçkin Yay., Ankara, 2014.
- ÖZGENÇ, İzzet: Suç Örgütleri, 10. Baskı, Seçkin Yay., Ankara, 2017.
- RANIERI, Silvio: il Concorso di più Persone in un Reato, Giuffrè Ed., Milano, 1949.
- SAVAŞ, Vural-MOLLAMAHMUTOĞLU, Savaş: Türk Ceza Kanunu’nun Yorumu, C.1, Seçkin Yay., Ankara, 2001.
- SEMINARA, Sergio: “Riflessioni Sulla Condotta Istigatoria Come Forma di Partecipazione al Reato” Rivista Italiana Diritto Penale e Procedure, Fasc. 4, 193, s. 1121-1136.
- SIRACUSANO, Francesco: “Il Concorso Esterno e Le Fattispecie Associative”, Cass. Pen. Part. 2, 1993, s. 1870-1879.
- ŞAHİN, Meral Ekici: “İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 64, S. 3, 2015, s. 637-686.
- ŞEN, Ersan: Örgüte Bilerek ve İsteyerek yardım Etme (<http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2344101-orgute-bilerek-ve-isteyerek-yardim-etme>, son erişim, 15.02.2019)

TOROSLU, Nevzat-TOROSLU, Haluk: Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş Yay., Ankara, 2018.

ÜNVER, Yener: “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Kusurluluk”, Ceza Hukuku Dergisi, S. 1, 2006, s. 37-73.

YARSUVAT, Duygun: “Yeni Türk Ceza Kanunu Genel Hükümleri, Genel Değerlendirme, İlkeler ve Genel Kurallar”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, 2005, s. 341-358.

YENİSEY, Feridun - PLAGEMANN, Gottfried: Alman Ceza Kanunu, Beta Yay., İstanbul, 2009.

ZAFER, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yay., İstanbul, 2013.

ÇOK SANIKLI BİR CEZA DAVASINDA TEMYİZ SÜRECİ DEVAM EDERKEN, TEMYİZ HAKKI BULUNMAYAN SANIKLAR HAKKINDA CEZA İNFAZINA BAŞLANABİLİR Mİ? “CUMHURİYET DAVASI ÖZELİNDE BİR İNCELEME”*

Doç. Dr. Hasan SİNAR**

Özet

Cumhuriyet davası gerek ilk derece mahkemesi gerekse kanun yolu aşamasında pek çok hukuki tartışmayı da beraberinde getirmiştir. Bu tartışmaların en önemlilerinden birini de yargılanan kişilerin temyize başvuru süreçlerinde kanundan kaynaklanan kısıtlamalar sonucu ortaya çıkan durum oluşturmaktadır. Bu bakımdan, bazı sanıklar açısından temyiz kanun yolu devam ederken, diğer sanıklar hakkında verilen mahkûmiyet kararlarının yasal temyiz sınırının altında kalarak kesinleşmesi sonucu infaz sürecine başlanması ile ortaya çözülmesi gereken önemli hukukî bir sorun çıkmıştır. Çalışmada her ne kadar Cumhuriyet davası özelinde bu sorun ele alınmaya çalışılsa da, temelde “hukuk devleti ilkesi”, “kanun önünde eşitlik ilkesi” ve “hak arama özgürlüğü” gibi kavramlar çerçevesinde söz konusu hukuki sorun incelenecektir. Bu amaçla, öncelikle Cumhuriyet davası süreci hakkında bilgi verilecek, sonrasında ise söz konusu ilkeler çerçevesinde, uygulamada birçok mağduriyete sebep olan hukuki soruna Anayasa Mahkemesi’nin güncel içtihatları da göz önüne alınarak kalıcı çözümler üretilemeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Cumhuriyet Davası, Kanun Yolu, Temyiz Sınırı, Yasal Temyiz Sınırı, CMK md. 286, Hukuk Devleti İlkesi, Hak Arama Özgürlüğü, Kanun Önünde Eşitlik İlkesi.

* Hakemli makaledir. Eserin dergimize geliş tarihi: 18/10/2018. İlk hakem raporu tarihi: 20/10/2019. İkinci hakem raporu tarihi: 21/10/2019.

** Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, hasan.sinar@altinbas.edu.tr, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-7554-1528.

**IS IT POSSIBLE TO START THE EXECUTION OF
IMPRISONMENT FOR THE DEFENDANT WHO HAS NO RIGHT
TO APPEAL IN A MULTIPLE DEFENDANTED CRIMINAL CASE
WHILE THE COURT OF APPEAL PROCESS STILL CONTINUES?
“AN EXAMINATION SPECIFIC ON CUMHURİYET CASE”**

Abstract

Cumhuriyet case brought several legal discussions into the agenda both in first instance court level and following legal remedy levels. One of the most significant discussion on this topic is the legal situation of the prosecuted people on the appeal process that arise from the limitations of the legal statute. In this respect, while the application to the court of appeal process may still valid for some defendants; some other defendants in the same case may be subjected to the imprisonment due to their finalised conviction which is below the legal appeal limit designed in Turkish Criminal Procedure Code. In this study, although this legal problem dealt within the context of Cumhuriyet case, the legal problem will also basically will be examined under the certain terms of “the principle of the state of Law”, “the equal protection of law”, “the right to legal remedies”. For this purpose, firstly basic information will be given about the legal process of Cumhuriyet case and then, this legal problem that caused several unjust treatments in practice will be examined, according to the mentioned principles.

Keywords: Cumhuriyet Case, Legal Remedy, Limitation Of Appeal, Legal Limitation Of Appeal, Turkish Criminal Procedure Code Art. 286, The Principle of The State of Law, The Right to The Legal Remedies, The Equal Protection of Law.

GİRİŞ

Hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak ceza adaleti sisteminin iyi ve etkin bir biçimde işletilebilmesi, yargı makamları tarafından verilen kararların denetime tabi tutulmasını gerektirir. Bu itibarla, ceza muhakemesinde bir yargı mercii tarafından verilmiş olan bir kararın hukuka aykırı ya da hatalı olup olmadığının başkaca bir yargı

mercii tarafından denetlenmesi ve gerektiğinde bu kararın düzeltilmesi ve değiştirilmesi için kanun yolları müessesesi ihdas edilmiştir.

Ceza muhakemesinde kanun yollarına başvuru hususu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1984 yılında yürürlüğe giren 7. Ek Protokolü'nün 2. maddesinde bir hak olarak düzenlenmiş ve bu Protokol 6684 sayılı Kanun ile Türkiye tarafından 2016 yılında onaylanarak yürürlüğe girmiştir. Bu Protokole göre, mahkeme tarafından ceza gerektiren bir suç nedeniyle mahkum edilen herkes, mahkumiyetinin veya hükmolunan cezanın yüksek bir mahkeme tarafından incelenmesini sağlama hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanımı, kullanımının dayanakları dâhil Kanunla düzenlenir.

Türk hukukunda ceza muhakemesinde kanun yollarına başvuru ile ilgili esaslar 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (CMK) kapsamlı şekilde düzenlenmiştir. Bu konuda CMK sisteminde Mülga 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile benimsenen iki dereceli olağan kanun yolu düzeninden vazgeçilmiş ve bölge adliye (istinaf) mahkemelerinin sisteme dâhil edilmesi suretiyle üç dereceli bir olağan kanun yolu düzeni benimsenmiştir. Bu çerçevede, inceleme konumuzu doğrudan ilişkili bulunan temyiz kanun yolu ise, bu düzenin içerisindeki son olağan kanun yolu olarak, bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin bozma dışında kalan hükümlerine karşı başvurulmuş bir kanun yolu olarak benimsenmiştir. Hükme esas teşkil eden veya başkaca kanun yolu öngörülmemiş olan bölge adliye mahkemesi kararları, hükümle birlikte temyiz edilebilir (CMK md. 287).

Temyiz incelemesi Yargıtay ilgili ceza daireleri tarafında yapılır ve bu daireler CMK md. 233'de hüküm olarak belirlenmiş bulunan kararlara ilişkin başvuruları incelerler. Buna göre, CMK md. 233 uyarınca verilmiş olan beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararı birer hükümdür ve temyiz incelemesine konu olurlar. Bu noktada, CMK md. 233 kapsamında verilmiş olan mahkûmiyet hükmünün muhatabının birden fazla sanık olması ve bu sanıklar hakkında farklı miktarlarda ceza mahkûmiyetine karar verilmiş olması durumunda, sanıkların bir kısmı hakkında temyiz kanun yoluna başvurma hakkı

mevcut iken; aynı hükümde geçen bir bazı sanıklar hakkında ise CMK md. 286/1. ve 2. fıkralarındaki sınırlamalar uyarınca, temyiz kanun yoluna başvurma hakkı mevcut bulunmayabilir. Bu tarz bir olasılığın gerçekleşmesi durumunda, temyiz hakkı bulunan sanıklar için temyiz süreci devam ederken, aynı hakka sahip bulunmayan sanıklar hakkında ise artık olağan kanun yolları tüketilmiş olduğu için, bu sanıklar hakkında mahkûmiyet hükmünün infazına başlanıp başlanamayacağı hususu bir hukukî sorun olarak ortaya çıkar.

Bu çalışmada, kamuoyunda “Cumhuriyet davası” olarak bilinen dava dosyası özelinde ortaya çıkmış olan bu hukukî soruna ilişkin olarak, öncelikle mezkûr davaya ilişkin dava ve yargılama safahati ortaya konulacak, sonrasında ise ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukunun belirli genel ilkeleri çerçevesinde hukukî sorunun çözümlenmesi yoluna gidilecektir.

I. CUMHURİYET DAVASINDA YARGILAMA SAFAHATİNİN KISACA AÇIKLANMASI

İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 2016/97293 numaralı soruşturma dosyasıyla bazı Cumhuriyet Gazetesi yazar ve çalışanları ile Cumhuriyet Vakfı yöneticileri hakkında bir ceza soruşturması başlatılmış ve bu soruşturma kapsamında 28.10.2016 tarihinde tümü Cumhuriyet Vakfı yöneticisi, Cumhuriyet Gazetesi yazar ve çalışanlarından olan 16 kişi hakkında gözaltı kararı verilmiştir. Belirtmek gerekir ki, soruşturmaya konu olan CUMHURİYET VAKFI, Türk mevzuatına göre kurulmuş, merkezi İstanbul'da bulunan bir vakıftır. Cumhuriyet Vakfı, Cumhuriyet Gazetesinin “imtiyaz sahibi” olup, isim hakkı kendisine aittir. Vakıf bu isim hakkını YENİ GÜN HABER AJANSI BASIN VE YAYINCILIK A.Ş. 'ye kiralamıştır ve gazete bu şirket tarafından yayınlanmaktadır. Diğer deyişle, Yeni Gün A.Ş., Cumhuriyet Gazetesinin çalışanlarına ve üçüncü kişilere karşı “yayıncı” sıfatıyla sorumludur.

Bu soruşturma kapsamında 4.11.2016 tarihinde gözaltına alınan 13 kişinin (Mehmet Murat Sabuncu, Güray Tekin Öz, Turhan Günay, Kadri Gürsel, Hacı Musa Kart, Hakan Karasinir, Önder Çelik, Bülent Utku, Mustafa Kemal Güngör, Hikmet Arslan Çetinkaya, Aydın En-

gin, Bülent Yener ve Günseli Özaltay) İstanbul Emniyet Müdürlüğü Terörle Mücadele Şube Müdürlüğünde Savcı tarafından ifadeleri alınmıştır.

Gözaltında ifadeleri alınan tüm Cumhuriyet Gazetesi yazar ve çalışanları ile Cumhuriyet Vakfı mensuplarına (*kısaca Cumhuriyet mensupları*), “Silahlı Terör Örgütlerine (FETÖ/PDY ve PKK/KCK) Üye Olmamakla Birlikte Örgüt Adına Faaliyette Bulunmak (TCK m. 220/6)” suçu ile “Örgütün Cebir, Şiddet veya Tehdit İçeren Yöntemlerini Meşru Gösterecek veya Övecek ya da Bu Yöntemlere Başvurmayı Teşvik Edecek Şekilde Propagandasını Yapmak (TCK m. 220/8)” suçları isnat edilmiştir. Ancak Cumhuriyet mensupları savcılıkta verdikleri ifadelerde, kendilerine yöneltilen tüm suçlamaları reddetmişlerdir.

Savcılık ifadelerinin ardından, CMK md. 109 uyarınca adli kontrol tedbiri uygulanarak, yurtdışına çıkış yasağıyla serbest bırakılan Günseli Özaltay ve Bülent Yener dışındaki diğer 11 Cumhuriyet mensubu aynı günün gecesi tutuklama istemiyle İstanbul 9. Sulh Ceza Hâkimi önüne çıkarılmışlar ve sulh ceza hâkimi önünde yapılan ayrıntılı sorgularında da yine tüm suçlamaları reddetmişlerdir. İstanbul 9. Sulh Ceza Hâkimi, sorguların ardından 9 Cumhuriyet mensubunun tutuklanmasına karar vermiştir. Tutuklama kararında yüklenen suç sadece “Silahlı Terör Örgütlerine (FETÖ/PDY ve PKK/KCK) Üye Olmamakla Birlikte Örgüt Adına Faaliyette Bulunmak (TCK md. 220/6)” olarak belirtilmiştir.

Haklarında tutuklama kararı verilen Cumhuriyet mensuplarının müdafileri tarafından 26.12.2016 tarihinde Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru yolu işletilmiş ve sonrasında da 02.03.2017 tarihinde de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne başvuruda bulunularak, soruşturma sürecinde Cumhuriyet mensuplarının kişi özgürlüğü haklarının ve ifade özgürlüklerinin ihlal edildiğinin tespiti talep edilmiştir. Müdafiler ayrıca tutuklama tedbirinin Ceza Muhakemesi Kanunu’ndaki düzenleniş amacının dışında kullanıldığının da tespitini istemişlerdir.

Soruşturma başladığında yurtdışında olduğu için hakkındaki gözaltı kararı uygulanamayan Cumhuriyet Gazetesi İcra Kurulu Başkanı

Akın Atalay 11.11.2016 tarihinde Türkiye'ye dönüş yapması üzerine gözaltına alınmış ve 12.11.2016 tarihinde tutuklanmıştır. Cumhuriyet Gazetesi muhasebe ve finans departmanı çalışanı Yusuf Emre İper ise 7.4.2017 tarihinde gözaltına alınmış, 18.4.2017 tarihinde telefonuna Bylock uygulamasının yüklenmiş olduğu iddiasıyla “FETÖ/PDY” üyesi olma suçlamasıyla tutuklanmıştır. Yusuf Emre İper hakkında düzenlenen iddianame 3.8.2017 tarihinde İstanbul 27. Ağır Ceza Mahkemesi'nce kabul edilmiş ve açılan dava 24.07.2017'de Cumhuriyet Gazetesi Davasıyla birleştirilmiştir. Cumhuriyet Gazetesi muhabiri Ahmet Şık ise 29.12.2016'da gözaltına alınmış ve 30.12.2016 tarihinde “FETÖ/PDY ve PKK/KCK silahlı terör örgütlerinin propagandasını yapmak (TMK md. 7/2)” suçlamasıyla hakkında tutuklama kararı verilmiştir.

Soruşturma sürecinin ardından İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından 03.04.2017 tarihinde 17 Cumhuriyet mensubu hakkında iddianame düzenlenmiştir. Bu iddianame ile Cumhuriyet mensuplarının TCK md. 220/7 yollamasıyla TCK md. 314/2 uyarınca FETÖ/PDY, PKK ve DHKP-C şeklindeki silahlı terör örgütlerine yardımda bulunmak ve TCK md. 155 uyarınca güveni kötüye kullanmak suçlarından dolayı kamu davası açılarak cezalandırılmaları istenmiştir. Bu iddianame, İstanbul 27. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından 19.04.2017 tarihinde kabul edilerek kamu davası açılmış ve Cumhuriyet mensupları hakkında tensip tutanağı düzenlemiştir.

İstanbul 27. Ağır Ceza Mahkemesi'ndeki yargılamaya 24.07.2017 tarihinde başlanmış ve gerçekleştirilen duruşma süreciyle 28.07.2017 tarihinde Cumhuriyet mensuplarından Bülent Utku, Mustafa Kemal Güngör, Güray Öz, Musa Kart, Hakan Karasinir ve Önder Çelik hakkında tutuklama kararına son verilerek, bu Cumhuriyet mensupları tahliye edilmişlerdir. Sonrasında gelişen yargılama süreçlerinde Cumhuriyet mensuplarından Kadri Gürsel 26.09.2017 tarihinde, Yusuf Emre İper 29.12.2017 tarihinde, Murat Sabuncu ve Ahmet Şık 09.03.2018 tarihinde ve son olarak Akın Atalay hükümlerle birlikte 25.04.2018 tarihinde tahliye edilmiştir.

Yargılama sürecinin ilerleyen aşamalarına gelindiğinde, 16.03.2018 tarihinde duruşma savcısı tarafından düzenlenen esas

hakkındaki mütalaa yayınlanmış ve bu mütalaada savcılık makamı tarafından Cumhuriyet mensupları hakkında özetle, TCK md. 220/7 yollamasıyla TCK md. 314/2 uyarınca silahlı terör örgütüne yardım suçundan dolayı mahkumiyet; TCK md. 155 uyarınca güveni kötüye kullanma suçundan dolayı ise beraat kararı verilmesi yönünde görüş bildirilmiştir.

Esas hakkında mütalaanın ardından Cumhuriyet mensuplarının son savunmalarını alan İstanbul 27. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından 25.04.2018 tarihinde tefrik, mahkumiyet ve beraat içeriğini haiz bir hüküm tesis edilmiş bulunmaktadır. Aşağıda, ilk derece mahkemesi tarafından her bir Cumhuriyet mensubu hakkında ulaşılan hükmün, ilerideki hukuksal irdelemeye konu olması itibarıyla, burada kısaca aktarılmasında yarar bulunmaktadır.

İstanbul 27. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 25.04.2018 tarih ve 2018/62 karar sayısı ile tesis ettiği bu hüküm ile, her biri Cumhuriyet mensubu olan sanıklardan;

- Can Dünder ve İlhan Tanır'ın haklarında yakalama kararı bulunmasına karşın, yakalanamamış ve savunmaları alınamamış olması nedeniyle, bu sanıklar hakkındaki kamu davasının tefrikinde;
- Bülent Yener, Günseli Özaltay ve Turhan Günay'ın beraatlerine;
- Ahmet Kemal Aydoğdu'nun 10 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına;
- Akın Atalay'ın 7 yıl 13 ay 15 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına;
- Aydın Engin'in 7 yıl 6 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına;
- M. Murat Sabuncu'nun 7 yıl 6 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına;
- Ahmet Şık'ın 7 yıl 6 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına;
- M. Orhan Erinç'in 6 yıl 3 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına;
- Hikmet Aslan Çetinkaya'nın 6 yıl 3 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına;

- Bülent Utku'nun 4 yıl 6 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına;
- Güray Tekin Öz'ün 3 yıl 9 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına;
- Önder Çelik'in 3 yıl 9 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına;
- H. Musa Kart'ın 3 yıl 9 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına;
- Hakan Karasinir'in 3 yıl 9 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına;
- Mustafa Kemal Güngör'ün 3 yıl 9 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına;
- Yusuf Emre İper'in 3 yıl 1 ay 15 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına;
- A. Kadri Gürsel'in 2 yıl 6 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına;

karar verilmiştir.

İstanbul 27. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından verilen bu hükme karşı, Cumhuriyet mensuplarının müdafileri tarafından istinaf kanun yoluna başvurulmuş olup; istinaf mahkemesi sıfatıyla dosyayı inceleyen İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 3. Ceza Dairesi'nin 18.02.2019 tarih ve 2019/205 numaralı kararı ile:

“Mahkemenin kararında usule ve esasa ilişkin herhangi bir hukuka aykırılığın bulunmadığı, delillerde ve işlemlerde herhangi bir eksiklik olmadığı, ispat bakımından değerlendirmenin yerinde olduğu, eylemlerin doğru olarak nitelendirildiği ve kanunda öngörülen suç tiplerine uyduğu, mahkumiyet hükümleri yönünden cezaların kanuni bağlamda uygulandığı anlaşıldığından, istinaf başvurusunda bulunan Cumhuriyet savcısı ve sanıklar müdafilerinin ileri sürdüğü nedenler yerinde görülmemiş olmakla, CMK'nın 280/1-a maddesi uyarınca İSTİNAF BAŞVURULARININ ESASTAN REDDİNE”; diğer bir ifadeyle ise İstanbul 27. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından Cumhuriyet mensupları için yukarıda belirtilen ilk derece hükmünün “onanmasına” karar verilmiştir.

İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 3. Ceza Dairesi'nin bu onama kararı ile, bu dosyada birlikte yargılanmakta olan Cumhuriyet men-

suplarına ilişkin olarak şu şekilde ilginç bir netice ortaya çıkmış bulunmaktadır. Onama kararında da belirtildiği üzere, aynı dosyada haklarında 5 yıldan fazla mahkumiyet hükmü verilmiş ve bu hüküm istinaf mahkemesi tarafından onanmış bulunan Cumhuriyet mensuplarından Ahmet Kemal Aydoğdu, Akın Atalay, Aydın Engin, M. Murat Sabuncu, Ahmet Şık, M. Orhan Erinç ve Hikmet Aslan Çetinkaya hakkında verilen hüküm, CMK md. 286 uyarınca temyiz edilebilir nitelikte olduğu için, istinaf mahkemesi kararında bu sanıklar hakkında verilen hükme karşı temyiz yolu açık olduğu belirtilmiş ve dolayısıyla aynı dosyada yargılanan belirtilen kişiler yönünden hüküm kesinleşmemiştir.

Buna karşın, aynı dosyada haklarında mahkumiyet hükmü verilmiş olmasına rağmen, mahkumiyet süreleri 5 yıldan az olan ve bu hüküm istinaf mahkemesi tarafından onanmış bulunan Cumhuriyet mensuplarından Bülent Utku, Güray Tekin Öz, Önder Çelik, H. Musa Kart, Hakan Karasinir, Mustafa Kemal Güngör, Yusuf Emre İper ve A. Kadri Gürsel hakkında verilen hüküm, CMK md. 286 uyarınca temyiz edilebilir nitelikte olmadığı için, istinaf mahkemesinin onama kararı ile bu kişiler bakımından verilen hüküm kesinleşmiştir.

İstinaf mahkemesinin onama kararıyla birlikte, Cumhuriyet mensupları müdafileri tarafından 26.02.2019 tarihinde temyiz kanun yolu başvurusu gerçekleştirilmiş olup; bu başvuruda ayrıca aynı davada yargılanmış ve fakat temyiz hakkına sahip bulunmayan Cumhuriyet mensupları için de infazın durdurulması talebinde bulunulmuştur. Bu dosya halen Yargıtay'da temyiz incelemesi sürecinde bulunmaktadır.

Bununla birlikte, istinaf mahkemesinin onama kararının hemen ardından İstanbul 27. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından kesinleşme kararının infaz savcılığına gönderilmesi üzerine, 25.04.2019 tarihinde temyiz hakkına sahip bulunmayan Cumhuriyet mensupları Bülent Utku, Güray Tekin Öz, Önder Çelik, H. Musa Kart, Hakan Karasinir, Mustafa Kemal Güngör, Yusuf Emre İper'in cezalarının infazına başlanmıştır.

Yargıtay'daki temyiz incelemesi sürecinde ise dosya halen Yargıtay 16. Ceza Dairesi önünde derdest durumda olmasına karşın,

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın dosya üzerinde yapmış olduğu inceleme üzerine hazırlanmış olduğu 16.07.2019 tarihli mütalaada;

*“Kanuna aykırı, sanıklar müdafilerinin temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde görülmemiş olduğundan, hükümlerin bu sebepten dolayı **BOZULMASI**,ve CMK'nın 286/2-g maddesindeki düzenlemeye göre ceza süresindeki kesinlik sınırı nedeniyle Bölge Adliye Mahkemesi tarafından temyiz istemleri reddedilen ve Cumhuriyet Vakfı Yönetim Kurulu üyesi olan sanıklar **Bülent Utku, Güray Tekin Öz, Hacı Musa Kart, Hakan Karasınır, Mustafa Kemal Güngör, Önder Çelik** 'e de CMK'nın 306. maddesi gereğince **SİRAYET ETTİRİLMESİ**” talep edilmiştir.*

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından hazırlanan bu mütalaanın hemen ardından, halen cezaları infaz edilmekte olan Cumhuriyet mensuplarının müdafileri tarafından 18.07.2019 tarihinde Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nden yeniden bir “öncelikli inceleme ve infazın durdurulması” talebinde bulunulmuştur. Bu talebe ilişkin olarak, araya giren adlî tatil sürecinin ardından Yargıtay 16. Ceza Dairesi tarafından 12.09.2019 tarihinde verilen bir kararla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın tebliğnamesine uyararak, Cumhuriyet gazetesi mensuplarına terör örgütüne yardım suçundan verilen mahkumiyet kararlarının BOZULMASINA ve bu bozma kararının haklarında verilen mahkumiyet kararları CMK'da öngörülen kesinlik sınırının altında bulunan sanıklara da SİRAYET ETTİRİLMESİNE karar vermiştir. Bu kararın zorunlu sonucu olarak kararda adı geçen Cumhuriyet mensupları aynı gün cezaevinden tahliye edilmişlerdir. Buna karşın, aynı kararda Cumhuriyet mensuplarından Yusuf Emre İper hakkındaki mahkumiyet cezasının onanmasına karar verildiği için, Cumhuriyet mensuplarından yalnızca Yusuf Emre İper'in özgürlüğüne kavuşmadığını ifade etmek gerekir.

II. HUKUKİ SORUN

Aynı davada birlikte yargılanan ve ilk derece mahkemesi tarafından haklarında verilen mahkumiyet kararı istinaf mahkemesi tarafından onanmış olan sanıklardan, CMK md. 268 uyarınca temyiz hakkına sahip olanlara ilişkin temyiz süreci devam ederken, aynı da-

vadaki temyiz hakkına sahip olmayan diğer sanıklar hakkında hükmün kesinleştiği gerekçesiyle cezanın infazına başlanması hukuka uygundur?

III. DEĞERLENDİRME

A. GENEL OLARAK

Günümüzde çağdaş ceza hukukunun öncelikli amacı, bireylerin toplum içerisinde birlikte yaşam sürebilmeleri için gerekli bulunan ve genelde toplum, özelde ise bireyler bakımından korunması zorunlu bulunan yaşam, sağlık, özgürlük ve malvarlığı gibi hukuksal değerleri¹ himaye etmek suretiyle bireylerin güvenli, sağlıklı ve özgür bir ortamda yaşamalarını sağlamaktır². Ceza hukukunun bu amaca ulaşabilmek için izlemesi gereken suç siyaseti ise, bir yandan temel hak ve özgürlüklerin sağlanması, diğer yandan ise toplumsal düzenin tesis edilmesi ve korunması için belirli temel ilkeler üzerine inşa edilmek durumundadır³. Gerçekten, ceza hukuku, tüm hukuk dalları içerisinde kişi hak ve özgürlüklerine en derin ve kapsamlı müdahaleleri içeren hukuk dalı olması itibarıyla, ceza hukukunun aynı zamanda sınırlarını oluşturan bazı koruyucu ilkelere bizatihi anayasal düzeyde yer vermek ve böylelikle bu ilkeleri bir anayasal teminat ve koruma altına almak gerekliliği bulunmaktadır⁴.

Suç siyasetine yön veren temel ilkeler içerisinde, inceleme konumuz yönünden özellikle “Hukuk Devleti İlkesi” (1982 Anayasası md. 2) ve bu ilkeye bağlı olarak “Kanun Önünde Eşitlik İlkesi”nin (1982 Anayasası md. 10) ön plana çıktığı ifade edilmelidir. Bu ilkesel yapı içerisinde aynı zamanda hukuki sorun yönünden özellik taşıyan “Hak Arama Hürriyeti” (1982 Anayasası md. 36) de irdelenmeli ve bu ilkeler ışığında somut vakıdaki hukuksal soruna ilişkin teorik ve bilimsel bir çerçevenin oluşturulması gerekmektedir.

- 1 Yener Ünver, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara, 2003, s. 442 vd.
- 2 Mehmet Emin Artuk-Ahmet Gökçen-Mehmet Emin Alşahin-Kerim Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, Ankara, 2018, s. 5.
- 3 Kayıhan İçel-Süheyl Donay, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, 1. Kitap, 4. Bası, İstanbul, 2005, s. 72; Claus Roxin-Osman İsfen, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Genel Hükümleri”, in: Suç Politikası, (çeviren: Osman İsfen), Ankara, 2006, s. 281.
- 4 Duygun Yarsuvat, Türk Ceza Kanunu’nun Temel İlkeleri, Sempozyum: Türk Ceza Kanunu’nun 2 Yılı, İstanbul, 2008, s. 17 vd.

B. İLKESEL YAKLAŞIM

1. Hukuk Devleti İlkesi

1982 Anayasası'nın 2. maddesinde; *“Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, millî dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir”* ifadesine yer verilmiştir. Hukuk devleti özü itibarıyla, tüm işlemlerinde hukuka bağlı olan ve yurttaşlarına hukukî güvence sağlayan devlet olarak tanımlanabilir⁵. Buna göre, hukuk devletinin ayırıcı özelliği, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu adaletli bir hukuk düzeni kuran, bunu sürdürmekle kendini yükümlü sayan ve bütün eylem ve işlemleri yargı denetimine bağlı olan devlettir⁶. Nitekim AYM uygulamasında da, hukuk devleti ilkesinin önemine özel vurgu yapıldığı görülmektedir:

*“Hukuk devleti, insan haklarına saygılı ve bu hakları koruyucu adaletli bir hukuk düzeni kuran bunu sürdürmekte kendini yükümlü sayan bütün eylem ve işlemleri yargı denetimine bağlı olan devlettir. Hukuk devleti ilkesi; devletin tüm organlarının üstünde hukukun mutlak egemenliğinin bulunmasını, yasa koyucunun da her zaman Anayasa ve Hukukun üstün kuralları ile kendisini bağlı saymasını gerektirir. Bu bağlamda yasa koyucunun yasal düzenlemelerin yapılması sırasında yaparken ki takdir yetkisi, sınırsız ve keyfi olmayıp, hukuk devleti ilkelere sınırlıdır”*⁷.

Hukuk devleti ilkesi ceza hukuku alanında da önemli bir yere sahiptir ve ceza hukuku alanındaki görünümüyle hukuk devleti ilkesinin biri şekli, diğeri ise maddi olmak üzere iki anlamının bulunduğu ifade etmek gerekir.

Şekli anlamda hukuk devleti ilkesine, kişi hak ve özgürlüklerine en fazla müdahalede bulunan hukuk dalı olarak ceza hukukunun, bireylere karşı kötüye kullanılmasının engellenmesi yönünden büyük bir

5 Kemal Gözler, *Anayasa Hukukuna Giriş, Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, Bursa, 2003, s. 210.

6 Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 9. Baskı, Ankara, 2008, s. 125.

7 AYM, T: 14.10.2015, E: 2015/94 – K: 2016/27.

gereksinim duyulmaktadır⁸. Hatta denilebilir ki, hukuk devleti ilkesi başka hiçbir hukuk dalında olmadığı kadar, ceza hukuku alanında belirgin bir biçimde ortaya çıkmak durumundadır; zira hukuk devleti ilkesi, bireysel özgürlükler bakımından yaşamsal öneme sahip birtakım güvencelerin düzenlenmiş olması anlamını taşır. Bu kapsamda ilk olarak, ceza hukukunun güvence fonksiyonu olarak da isimlendirilen, suçta ve cezada kanunilik ilkesine değinmek gerekir⁹. Hukuk devleti ilkesinin ceza hukuku alanındaki en temel görünümünü oluşturan bu ilke 1982 Anayasası'nın 38. maddesinde “*Kimse işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez*” şeklinde ifade edilmiş ve yine aynı maddede “*Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulu*” vurgusu yapılmıştır. Bu anayasal ilkenin Türk Ceza Kanunundaki (TCK) yansımaları ise, TCK md. 2'de; “*Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükümlenemez*” şeklinde düzenlenmiştir.

Hukuk devleti ilkesi bağlamında suçta ve cezada kanunilik ilkesinin önemli bir neticesi, idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza ihdas etmesinin, 1982 Anayasası'nın 38. maddesi ile anayasal düzeyde yasaklanmış olmasıdır. Ayrıca yine Anayasa'nın 91. maddesi ile normlar hiyerarşisinde kanundan sonra gelen Cumhurbaşkanının kararnamelemleri ile de suç ve ceza ihdas edilmesi yasaklanmıştır¹⁰. Bunun yanı sıra, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin diğer önemli bir neticesi olarak, ceza içeren hükümlerin kıyasa yol açabilecek şekilde geniş yorumlanamayacağı ve kıyas yasağı ile hukuk devleti ilkesi desteklenmiş bulunmaktadır. Bu durum aynı zamanda TCK md. 2/3'de; “*Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz*” şeklinde ifade edilmiştir.

8 Bülent Tanör-Necmi Yüzbaşıoğlu, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 12. Bası, İstanbul, 2012, s. 110.

9 Zeynel Kangal, “Anayasal Güvence Olarak Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi”, Ceza Hukuku Dergisi, Y: 6, Sy: 17, 2011, s. 62 vd.

10 Veli Özer Özbek-Koray Doğan-Pınar Bacaksız-İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara, 2017, s. 72.

Maddi anlamda hukuk devleti ilkesine gelince, hukuk devleti ilkesinin bu görünüm biçimi esas itibarıyla, devletin hukuka bağımlılığını en iyi ve doğru biçimde gerçekleştirebilmesi için ceza hukukunun içerik olarak nasıl düzenlenmesi gerektiği ile ilgilidir. Bu kapsamda, ilk olarak ifade etmek gerekir ki, insanlığın binlerce yıla dayanan ortak acı ve zulüm geçmişi gerektirdiği bir yüzleşmenin neticesi olarak, çağdaş hukuk düzenlerinde ceza kanunları insana saygı esassından hareket etmek durumundadır. Bu gerçeklik, 1982 Anayasası'nın 17. maddesinde; *“Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz”* ifadeleri ile, insana saygı esasının anayasal güvenceye bağlanması zorunluluğunu yaratmıştır. Bu kuralın yasa düzeyinde desteklenmesi ise, Türk Ceza Kanunu'nda “İşkence-TCK md. 94” ve “Eziyet-TCK md. 96” fiillerinin bağımsız birer suç tipi olarak düzenlenmesi şeklinde gerçekleşmiştir.

Bunun yanı sıra, maddi anlamda hukuk devleti ilkesinin inceleme konumuz olan hukukî sorun yönünden önem taşıyan görünümü ise, 1982 Anayasası'nın 10. maddesinde “Kanun Önünde Eşitlik” ilkesine yer verilmesi ve bu ilkenin toplumsal yaşama aktarılarak içselleştirilmesini de hukuk devletinin zorunlu bir görevi olarak benimsenmesidir¹¹. Hukuk devleti ilkesinin bu görevinin yerine getirilebilmesinde ise, özellikle yargısal uygulamaların çok önemli ve öncelikli bir işlev üstlendiğini ifade etmek gerekir.

2. Kanun Önünde Eşitlik İlkesi

1982 Anayasası'nın *“Kanun önünde eşitlik”* başlıklı 10. maddesine göre; *“Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir”*. Bu kural aslında, tüm devlet organlarının ve idarenin, kimseye imtiyaz tanımaksızın herkese dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle eşit şekilde davranmasını zorunlu kılan ve “ayırımcılık yasağı” getiren bir buyruk olma anlamını taşır¹². Anayasa'nın 10. maddesi eşitlik ilkesinden faydalana-

11 Yılmaz Aliefendioğlu, “Eşitlik İlkesi”, İlhan Akın'a Armağan, İÜHF Yayını, İstanbul, 1999, s. 79 vd.

12 Tanör-Yüzbaşıoğlu, s. 120.

cak kişi ve ilkenin kapsamı konusunda bir sınırlama getirmemiştir. Anayasa'nın 11. maddesinde yer alan; “Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır” hükmü uyarınca Anayasa'nın “genel esaslar” bölümünde düzenlenen eşitlik ilkesinin sayılan organlar, kuruluşlar ve kişiler açısından da geçerli olduğu hususu tartışmadan uzaktır. Bunun yanı sıra, Anayasa'nın 10. maddesinin son fıkrasında yer alan; “Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar” hükmü gereğince yasama, yürütme ve yargı organları ve idari makamları eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına uygun davranmakla yükümlüdürler¹³.

Eşitlik ilkesi salt bir ulusal mesele değil, aynı zamanda uluslararası hukukun ve insan hakları mücadelesinin de temel bir meselesidir. Bu itibarla, uluslararası hukukta, Türkiye'nin de imzalamış olduğu pek çok uluslararası belge bu ilkeyi güvence altına alınmak istenmiştir. Bunların ilki Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1948 tarih ve 217 A(III) sayılı Kararıyla ilan edilmiş olan BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'dir. Bildirge'nin ilk iki maddesi doğrudan doğruya bu ilkedен bahseder.

“Madde 1- Bütün insanlar özgür, onur ve haklar bakımından eşit doğarlar. Akıl ve vicdana sahiptirler; birbirlerine karşı kardeşlik anlayışıyla davranmalıdırlar.

Madde 2- Herkes, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya başka bir görüş, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğuş veya herhangi başka bir ayırım gözetmeksizin bu Bildirge ile ilan olunan bütün haklardan ve bütün özgürlüklerden yararlanabilir. Ayrıca, ister bağımsız olsun, ister vesayet altında veya özerk olmayan ya da başka bir egemenlik kısıtlamasına bağlı ülke yurttaşı olsun, bir kimse hakkında, uyruğunda bulunduğu devlet veya ülkenin siyasal, hukuksal veya uluslararası statüsü bakımından hiçbir ayırım gözetilmeyecektir.”

Eşitlik ilkesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 14. maddesinde, ayrımcılık yasağı görünümünde olarak, Sözleşme'de ta-

13 Özbudun, s. 150.

nınan hak ve özgürlüklerin kullanılmasında cinsiyet, ırk, renk, din, dil, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal ya da toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilemeyeceği şeklinde ifadesini bulmuştur. AİHS’in 14. maddesi tek başına ele alınabilen bir düzenleme olmaktan ziyade; AİHS’de ve Ek Protokollerde düzenlenmiş bulunan normatif hükümlerin her biri yönünden tamamlayıcı niteliktedir¹⁴. Sözleşme’nin 14. maddesi, benzer koşullardaki birey ve grupları, AİHS’de ve Ek Protokoller’de belirtilen hak ve özgürlüklerin kullanılmasında her türlü ayrımcılığa karşı korumaktadır.

Bununla birlikte, gerek ulusal gerekse uluslararası düzeyde vurgulanan kanun önünde eşitlik ilkesi, herkesin her yönden aynı hükümlere tâbi olması ve aynı uygulamalarla karşılaşması anlamını taşımaz¹⁵. Bu ilke, en basit ifade şekliye, eşit durumda olanlar arasındaki eşitliği ifade eder. Diğer bir deyişle, 1982 Anayasası’nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik anlayışı, hukuksal eşitliktir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de kanun önünde eşitlik ilkesini bu şekilde değerlendirmekte ve yorumlamaktadır:

“Benzer nitelik ve durumda olanlar arasında farklı uygulamayı engelleyen, ayrı nitelik ve durumda olanların aynı kurallara bağlı tutulmasını zorunlu kılmayan eşitlik ilkesi, hukukun üstünlüğü temeli üzerine oturan hukuk devletinde her türlü ayrıcalığı reddeden önemli bir öğedir. Kimi kurum ve kuruluşları, statü farkı nedeniyle, belli bir konuda öbürlerinden ayrı tutmak, ayrı düzenlemeye bağlı kılmak ya da genel bir düzenlemenin kapsamı dışında bırakmak, onlara ayrıcalık tanımak değil, durumlarındaki değişiklik gereği olan bir uygulamadır.”¹⁶

Yine AYM, bir başka kararında, AY md. 10’da düzenlenen eşitlik ilkesini şu şekilde tanımlamıştır:

“Anayasa’nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil,

14 Şeref Gözübüyük-Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 4. Baskı, Ankara, 2003, s. 400-401.

15 Jülide Gül Erdem, “Yargı Kararlarında Kanun Önünde Eşitlik İlkesi ve Kadın Erkek Eşitliği”, Akademik Hassasiyetler Dergisi, C: 4, Şy: 8, 2017, s. 24.

16 Anayasa Mahkemesi, K.T.19.04.1988, E.1987/16, K.1988/8.

bukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı bukuksal durumlar aynı, ayrı bukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa’da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.¹⁷

Görüldüğü üzere, Türk anayasal düzeninde geçerli bulunan ve AYM uygulaması tarafından benimsenen “hukuksal eşitlik” anlayışında, farklı hukukî konumlarda bulunan kimseler arasında farklı kurallar uygulanması tek başına eşitlik ilkesinin ihlali olarak kabul edilemez. Buna göre, haklı nedenlerin varlığı halinde, farklı hukukî konumda bulunanlar arasında farklı uygulamalar söz konusu olabilir. Ancak farklı hukukî konumdakilere yapılan farklı hukukî uygulama, haklı nedenlerle yapılıyor olsa bile, bu farklı durumdaki herkese eşit şekilde uygulanmalıdır. Kanun önünde eşitlik ilkesinin anayasa koyucununun maksadına uygun bir biçimde uygulanmasında önemli bir yere sahip olan bu “haklı neden” ölçütü, süreç içerisinde Anayasa Mahkemesi tarafından şematize edilerek, sistematik bir biçimde kullanılmaya başlanmıştır¹⁸.

3. Hak Arama Özgürlüğü

“Hak arama özgürlüğü” 1982 Anayasası’nın 36. maddesinin birinci fıkrasında “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir” şeklinde düzenlenmiştir.

Hak arama özgürlüğü, genel olarak pozitif hukuk tarafından tanınmış tüm hakların önkoşulu ve usulî güvencesi olma özelliği taşımaktadır. Bu özgürlüğün var olabilmesi ve hukuk düzeni içerisinde

17 Anayasa Mahkemesi, K.T 17.03.2011, E.2009/47, K.2011/51.

18 Anayasa Mahkemesi, T. 30.6.1988, E. 1988/1, K. 1988/26; Anayasa Mahkemesi, T.19.4.1988, E.1987/16, K.1988/8; Anayasa Mahkemesi, T.10.3.2011, E.2008/54, K.2011/45. (Erdem, s. 28).

kullanılabilmesi, yetkili makamlara başvuru hakkının ve başvuru yollarının tanınmasıyla mümkün olabilir. Bu bağlamda, idare makamlarına yapılan yönetsel, TBMM’ye yapılan siyasal ve bağımsız mahkemelere yapılan yargısal başvurular hak arama özgürlüğünün birer görünümüdür¹⁹.

1982 Anayasası’nın 36. maddesinde ifadesini bulan iddia ve savunma hakkı birbirini bütünleyen ve birbirinden ayrılması olanaksız bir kurum olma niteliğiyle hak arama özgürlüğünün temelini oluşturur. Ancak, bu özgürlük aynı zamanda iddia ve savunmanın, yargılama usulüne ilişkin usulî güvenceler ile donatılmasını ve böylelikle hakkaniyete uygun, dürüst bir yargılamanın gerçekleştirilmesini zorunlu kılması itibarıyla, adil yargılanma hakkını da kapsayan geniş ve çok boyutlu bir içeriğe sahip bulunmaktadır²⁰.

Hak arama özgürlüğünün uluslararası hukuk belgelerinde de özgün bir yere sahip olduğu tespit edilebilir. Bu anlamda, ilk olarak değişik alanlardaki özellikleri ile İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nin 6-12 maddelerinde kendisine yer bulmuş ve Bildiri’nin 10. maddesinde; “*Etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı*” başlıklı 10. maddesinde “*Herkes, anayasa ve kanunların kendisine tanıdığı temel haklarını ihlal eden fiillere karşı ulusal yargı yerleri önünde hak aramak için etkili bir hukuki yola başvuru hakkına sahiptir*” biçiminde spesifik olarak düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nde (BMMSHS) de, taraf devletlere, Sözleşmede tanınan hakları veya özgürlükleri ihlal edilenlere, ihlal fiili resmi sıfatlarıyla hareket eden kişilerden başka kimseler tarafından işlense dahi, etkili bir hukuki yola başvurma hakkı sağlamak, bu tür bir hukuki yola başvurmak isteyen kişinin hakkının yetkili yargısal, yönetsel ya da yasama organları veya Devletin hukuk sisteminin öngördüğü başka bir yetkili makamlar tarafından karara bağlanmasını sağlamak ve yargısal hukuk yollarına başvurma imkanını geliştirmek, bu gibi hukuki yolların tanınması halinde, yetkili makamlar tarafından bu hukuki yolların işletilmesini sağlamak şeklinde bir yükümlülük getirildiği görülmektedir (BMMSHS md. 2/3a,b,c). Ni-

19 Mesut Aydın, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hak Arama Özgürlüğü”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C: 61, Sy: 3, 2006, s. 4.

20 İbrahim Özden Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, Afa Yayınevi, İstanbul, 1999, s. 95.

hayet, hak arama özgürlüğü AİHS’de ise ilk olarak “*Adil yargılanma hakkı*” başlıklı 6. maddede; “*Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili anlaşmazlıkların çözümlenmesi, gerek kendisine yöneltilen herhangi bir suçlamanın karara bağlanması konusunda, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde adil ve açık olarak görülmesini istemek hakkına sahiptir*” şeklinde ifade edilmiştir. Bunun yanı sıra, AİHS md. 13’de; “*Bu Sözleşmede tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, ihlal fiili resmi görev ifa eden kişiler tarafından bu sıfatlarına dayanılarak yapılmış da olsa, durumun düzeltilmesi için ulusal bir makama başvurma hakkına sahiptir*” denilmektedir. AİHS’nin 13. maddesiyle, hak arama özgürlüğünün güvence altına alınması konusunda ilk ve asıl görevlinin “devlet” olduğu açıkça hükme bağlanmaktadır.

Hak arama özgürlüğü, adalete ulaşma, hakkını elde etme ve haksızlığı giderme arayışında olan herkese, hukuk düzeni içerisinde meşru bir yöntem ve çıkış yolu sunmak suretiyle, demokrasinin vazgeçilmez koşullarından birini oluşturur²¹. Bu özgürlüğün etkili bir biçimde kullanılabilmesi sayesinde, bireyin tüm anayasal haklarına işlerlik ve anlam kazandırılmasının yanında, toplumsal barışı kuvvetlenmesi ve toplumu oluşturan bireylerin bir aidiyet duygusu içerisinde bir arada huzur ve esenlik içinde yaşama kararlılığının pekişmesi mümkün olabilir.

Hak arama özgürlüğü, yetkili makamlar nezdinde yapılabilen tüm başvuruları ve bu anlamda siyasi ve idari başvuruları da güvence altına almak ile birlikte; bu özgürlüğün anlam ve önemini kaynağını, bağımsız mahkemelere yapılan yargısal başvurular oluşturmaktadır. Şöyle ki, hak arama özgürlüğü kapsamında anayasal himaye altına alınmış olan adil yargılanma hakkı, bir yandan kişinin hak arama yolunu açarken, diğer yandan ise, bu hak arama mücadelesinde kanunun hatalı, eksik veya keyfi uygulanmasını önlemeye yönelik önemli usulî güvenceler sağlamaktadır. Buna karşın, adil yargılanma hakkının, bir hukukî uyumsuzluğun taraflarına sağladığı tüm bu güvencelere karşın, gerçekleştirilen yargılama sürecinde gerek maddi

21 Mustafa Erdoğan, İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, Orion Kitabevi, Ankara, 2007, s. 193; Ali Rıza Çoban, “Türk Hukukunda Hak Arama Özgürlüğü”, DEÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 1995, s. 72.

olayın değerlendirilmesinde gerekse hukuk kurallarının uygulanmasında bir biçimde yanlıya düşülmüş olması ve böylelikle hatalı bir kararın ortaya çıkmış olması olasıdır. Bu olasılığın gerçekleşmesi durumunda ise, bu hatalı karar nedeniyle mağdur olan taraflara bu mağduriyete katlanma yükümlülüğü öngörülmesi ise, hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayacağı gibi, adil yargılanma hakkı bağlamında hak arama özgürlüğünün ruhu ile de çelişen bir durum yaratacaktır. Bu nedenle, hak arama özgürlüğünün gerçek anlamda gerçekleşebilmesi için, bir hukukî uyuşmazlığın taraflarının, o uyuşmazlıkla ilgili bağımsız hâkim veya mahkeme tarafından ulaşılan kararı haksız, adil veya tatmin edici olmaktan uzak bulmaları durumunda, bu karara karşı bir başka yargı mercii tarafından denetlenmesini isteme hakkına sahip olmaları gerekir.

Yargı kararlarının denetlenmesini isteme hakkı özellikle temel hak ve özgürlüklere en ağır sınırlamaları getiren ceza mahkûmiyeti yönünden özel bir önem ve anlam taşımaktadır. Nitekim bu nedenle, gerek BMMSHS’nde ve gerekse AİHS’de, ceza mahkûmiyetinin ve ceza mahkûmiyeti ile hükmolunan cezanın bir başka yargı mercii tarafından denetlenmesi hakkına ilişkin bir güvence kuralı getirilmiştir. Buna göre, ilk olarak BMMSHS md. 14/5’de; *“Bir suçtan hüküm giyen herkes, mahkûmiyet ve cezanın yasalara uygun olarak daha yüksek bir yargı organınca yeniden incelenmesi hakkına sahip olacaktır”* şeklinde bir düzenleme öngörülmüştür. Benzer şekilde AİHS Ek 7. Protokolün 2. maddesinde ise; *“Mahkeme tarafından cezayı gerektiren bir suç nedeniyle mahkûm olan herkes, mahkûmiyetinin veya hükmolunan cezanın yüksek bir mahkeme tarafından yeniden incelenmesini isteme hakkına sahiptir”* şeklinde bir hak düzenlemesi yapılmıştır.

1982 Anayasası’nın 90. maddesinin son fıkrası uyarınca, Türk hukuku yönünden de bağlayıcı birer iç hukuk düzenlemesi niteliğine sahip bu düzenlemeler ile normlar hiyerarşisinin en üst basamağında yer alan Anayasa’nın 36. maddesindeki “hak arama özgürlüğü”ne ilişkin düzenleme birlikte yorumlandığında, bu düzenlemelerin kişinin bir ceza mahkemesinde aleyhine verilmiş olan ve hatalı olduğunu düşündüğü bir kararın, bir başka yargı mercii önünde denetlenmesini isteme hakkının güvence altına alındığını ifade etmek gerekir.

C. İLKELER İŞİĞİNDE SOMUT VAKIADAKİ HUKUKİ SORUNUN İRDELENMESİ

Öncelikle somut vakiadaki hukuki sorunu yeniden kısaca hatırlatmak gerekirse, İstanbul 27. Ağır Ceza Mahkemesi'nin ilk derece mahkemesi sıfatıyla 2018/148 Esas ve 2018/62 Karar sayılı dosyada Cumhuriyet Gazetesi mensubu sanıklar hakkında vermiş olduğu mahkumiyet kararının, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 3. Ceza Dairesi'nin 2018/1915 Esas ve 2019/205 Karar sayılı kararı ile onanması ile birlikte; haklarında 5 yıldan az ceza mahkumiyetine karar verilmiş olan sanıkların mahkumiyetleri kesinleşirken, haklarında 5 yıldan fazla ceza mahkumiyetine karar verilen sanıkların ise CMK md. 286 uyarınca temyiz hakkı ortaya çıkmış ve fakat bu aynı dosyada bu sanıklar yönünden temyiz süreci devam ederken, aynı dosyada temyiz hakkı bulunmayan sanıkların ise cezalarının infazına başlanmıştır.

Bu uygulamayı doğru bir biçimde irdeleyebilmek için öncelikle, Türk ceza yargılaması düzeninde temyiz kanun yoluna ilişkin normatif çerçeveyi ve bu konuda yakın zamanda ortaya çıkan gelişmeleri kısaca ortaya koymak zorunlu bulunmaktadır.

Bugün Türk hukukunda geçerli bulunan ceza yargılaması düzeni, ilk derece mahkemesi, istinaf mahkemesi ve temyiz mahkemesi olmak üzere üç dereceli bir yargılama usulünü benimsemiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 272. maddesine göre, ilk derece mahkemeleri tarafından verilen hükümlere karşı -aynı maddenin 3. fıkrasındaki istisnai durumlar dışında- istinaf kanun yoluna başvurulabilir. İstinaf kanun yolunda incelemeyi yapan Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairelerinin, yapmış oldukları incelemenin neticesinde tesis etmiş oldukları hükümlerden hangilerine karşı temyiz kanun yoluna başvurulabileceği hususu ise, CMK md. 286/1'de düzenlenmiştir. Buna göre, bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin bozma dışındaki kararlarına karşı temyiz kanun yoluna başvurulabilir. Buna karşın, CMK md. 286'nın 2. fıkrasında ise bu kuralın istisnalarına yer verilmiş ve bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin temyiz edilemez nitelikteki kararları belirtilmiştir. Buna göre;

"a) ilk derece mahkemelerinden verilen beş yıl veya daha az hapis cezaları ile miktarı ne olursa olsun adli para cezalarına karşı

istinaf başvurusunun esastan reddine dair bölge adliye mahkemesi kararları,

b) ilk derece mahkemelerinden verilen beş yıl veya daha az hapis cezalarını artırmayan bölge adliye mahkemesi kararları,

c) hapis cezasından çevrilen seçenek yaptırımlara ilişkin ilk derece mahkemesi kararları ile ilgili olarak bölge adliye mahkemesince verilen; seçenek yaptırımlara ilişkin her türlü kararlar ve istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararlar,

d) ilk derece mahkemelerinin görevine giren ve kanunda üst sınırı iki yıla kadar (iki yıl dâhil) hapis cezasını gerektiren suçlar ve bunlara bağli adli para cezalarına ilişkin her türlü bölge adliye mahkemesi kararları,

e) adli para cezasını gerektiren suçlarda ilk derece mahkemelerinden verilen hükümlere ilişkin her türlü bölge adliye mahkemesi kararları,

f) sadece eşya veya kazanç müsaderesine veya bunlara yer olmadığına ilişkin ilk derece mahkemesi kararları ile ilgili olarak istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararlar,

g) on yıl veya daha az hapis cezasını veya adli para cezasını gerektiren suçlardan, ilk derece mahkemesince verilen beraat kararları ile ilgili olarak istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararlar,

h) davanın düşmesine, ceza verilmesine yer olmadığına, güvenlik tedbirine ilişkin ilk derece mahkemesi kararları ile ilgili olarak bölge adliye mahkemesince verilen bu tür kararlar veya istinaf başvurusunun esastan reddine dair kararlar, (1) bu sayılanlarda yer alan sınırlar içinde kalmak koşuluyla aynı hükümdede, cezalardan veya kararlardan birden fazlasını içeren bölge adliye mahkemesi kararları temyiz edilemez.”

CMK md. 286/2’de temyiz edilemez nitelikteki kararların kapsamının bu denli geniş tutulmuş olması, öğretilerde ve uygulamada haklı eleştirilere²² yol açmış ve bu düzenlemenin, anayasal ilkelere aykırılık oluşturduğu düşüncesi ortaya konulmuştur. Bu konuda özellikle,

22 Feridun Yenisey-Ayşe Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Bası, Ankara, 2019, s. 907.

CMK md. 286/2-a'daki ve “ilk derece mahkemelerinden verilen beş yıl veya daha az hapis cezaları” ile CMK md. 286/2-b'deki “ilk derece mahkemelerinden verilen beş yıl veya daha az hapis cezalarını artırmayan bölge adliye mahkemesi kararları”na ilişkin temyiz yasağı düzenlemeleri -yine CMK md. 284'deki istinaf mahkemesi kararlarına karşı direnme yasağı ile birlikte- bir sorun olarak gündeme taşınmış ve bu düzenlemelere ilişkin olarak Denizli, Elmadağ, İstanbul Asliye Ceza, İskenderun Ağır Ceza, İstanbul Çocuk Mahkemesi tarafından Anayasa Mahkemesine itiraz yoluyla iptal istemli başvurular yapılmıştır. Bununla birlikte, yapılan iptal istekli itirazları birleştiren Anayasa Mahkemesi, iptal başvurularının reddine karar verirken²³, ret kararında özellikle şu gerekçe dikkat çekmektedir:

“...Bu nedenlerle, yargılamanın bızlandırılması ve makul sürede neticelenmesine yönelik kamu yararı amacıyla öngörülen itiraz konusu kural, hukuk devleti ilkesine ve adil yargılanma hakkına bir aykırılık taşımadığı gibi, davaların en kısa sürede sonuçlandırılmasını öngören Anayasanın 141. Maddesiyle de uyumludur”.

Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi'nin bu iptal kararı, CMK sisteminde istinaf mahkemesi kararlarına karşı benimsenen temyiz yasaklarının kapsamı ve içeriğine ilişkin tartışmalara son verebilmiş ve bu konudaki beklentileri karşılayabilmiş değildir. Nitekim süreç içerisinde, CMK md. 286/2'deki temyiz yasakları düzenlemesinin bir başka yönüne ilişkin olarak yine bir Anayasa'ya aykırılık iddiası ortaya çıkmış ve Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 1. Ceza Dairesi'nin başvurusu ile, CMK md. 286/2'nin 18/6/2014 tarihli ve 6545 sayılı Kanun'un 78. maddesiyle değiştirilen (d) bendinin, Anayasa'nın 36. maddesine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi istenmiştir. Bu noktada, inceleme konusu dosyanın istinaf aşamasında -27.12.2018 tarihinde- ortaya çıkan Anayasa mahkemesi iptal kararı²⁴, istinaf mahkemesi kararlarının temyize açılmasına ilişkin tartışmaya yeni bir boyut kazandırmış bulunmaktadır.

Buna göre, CMK md. 286/2-d'de yer alan ve “ilk derece mahkemelerinin görevine giren ve kanunda üst sınırı iki yıla kadar (iki yıl dâhil)

23 Anayasa Mahkemesi, K.T.27.09.2017, E.2017/47, K.2017/129.

24 Anayasa Mahkemesi, K.T.27.12.2018, E.2018/71, K.2018/118.

bapis cezasını gerektiren suçlar ve bunlara bağlı adli para cezalarına ilişkin her türlü bölge adliye mahkemesi kararları”na karşı temyiz yolunu kapatan düzenleme, Anayasa Mahkemesi tarafından 1982 Anayasası’nın 36. maddesinde yer alan “Hak arama özgürlüğü”ne aykırı olduğu gerekçesiyle iptal edilmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi’nin bu sonuca ulaşırken ortaya koymuş olduğu gerekçeler, bir yandan az önce değindiğimiz CMK md. 286/2- a ve b bentlerine ilişkin daha önce iptal istemini reddederken ortaya koyduğu gerekçelendirmeden ayrıldığı gibi; diğer yandan ise, inceleme konumuz olan hukukî sorunun doğru şekilde analiz edilebilmesi yönünden de yol gösterici bir özellik taşımaktadır.

Şöyle ki, Anayasa Mahkemesi bu iptal kararında, iki yıla kadar hapis cezasını gerektiren suçlarda her türlü bölge adliye mahkemesi kararlarına karşı temyiz yolunun kapalı tutulmasını hak arama özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirirken, özellikle kararın 32. ve 33. paragraflarında yer verilen şu ifadeler fevkalade önemlidir:

32.Hükmün denetlenmesini talep etme hakkının ceza yargılaması sonucu verilen bütün hükümlere karşı bu denetimi talep etme imkânı tanınmasını zorunlu kılan bir yönü bulunmamaktadır. Bu bakımdan *hafif nitelikteki suçlara ilişkin mahkûmiyetlerin kesin olması, hükmün denetlenmesini talep etme hakkına yönelik orantılı bir sınırlama olarak nitelendirilebilir. Ancak hürriyeti bağlayıcı ceza yaptırımını içeren suçların hafif nitelikte olduğu söylenemez.*

33. Yargılamanın makul bir sürede sonuçlandırılması ve usul ekonomisinin sağlanması amacıyla da olsa hapis cezasına ilişkin mahkûmiyet hükümlerinin denetime tabi kılınmamasının sanığa aşırı bir külfet yükleyeceği açıktır. Diğer bir ifadeyle *hürriyeti bağlayıcı cezaya ilişkin mahkûmiyet hükümlerinin denetime kapalı tutulmasıyla sanığa yüklenen külfet, yargılamanın makul sürede sonuçlandırılması ve usul ekonomisinin sağlanması amaçlarıyla haklaştıramaz. Hürriyeti bağlayıcı cezaya ilişkin mahkûmiyet hükmünün denetletilmesi vasıtasıyla elde edecek bireysel yarar, makul sürede yargılanma hakkı ve usul ekonomisi ilkesine feda edile-*

mez. Bu itibarla bölge adliye mahkemesince ilk defa verilen ve hürriyeti bağlayıcı ceza içeren mahkûmiyet hükümlerine karşı denetim imkânının bulunmamasının hükmün denetlenmesini talep etme hakkına yönelik orantısız bir sınırlama getirdiği sonucuna ulaşılmaktadır”.

Görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemesi'nin Bölge Adliye Mahkemesi kararlarına karşı temyiz yasağı kapsamındaki CMK md. 286/2-d'nin iptaline karar verirken ortaya koymuş olduğu bu gerekçelendirme, yine Anayasa Mahkemesi'nin aynı temyiz yasağına ilişkin CMK md. 286/2 a ve b bentlerini iptali istemini reddederken kullanmış olduğu gerekçelendirmeden bütün olarak ayrılmaktadır. Buna göre, Anayasa Mahkemesi önceki iptal kararında, 5 yıldan az mahkumiyet kararlarına karşı temyiz kanun yolunun kapalı olmasını anayasaya uygun sayarken kullanmış olduğu “yargılamanın hızlandırılması”, “makul sürede neticelenmesi” ve “davaların en kısa sürede sonuçlandırılması” şeklindeki gerekçelendirmeden tümüyle ayrılarak bir içtihat değişikliğine gitmiş ve artık yeni içtihadında (*somut başvuruda 2 yıla kadar olan*) hapis cezasına ilişkin mahkumiyet hükümlerinin denetime kapalı tutulmasıyla sanığa yüklenen külfetin, yargılamanın makul sürede sonuçlandırılması ve usul ekonomisi ile haklılaştırılmayacağını ve bir hürriyeti bağlayıcı ceza mahkumiyetinin denetletirilmesine ilişkin bireysel yararın bunlara feda edilemeyeceğini içtihat etmiştir²⁵.

Bu içtihat değişikliği inceleme konumuzu oluşturan hukukî sorunun çözümü yönünden de büyük bir öneme sahiptir. Şöyle ki, Anayasa Mahkemesi'nin bu iptal kararının ardından, her ne kadar kanun koyucu 20.02.2019 tarih ve 7165 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile, CMK md. 286/2-d bendini yeniden düzenlemek ve bu bende “ilk

25 Anayasa Mahkemesi'nin bu içtihat değişikliğinin kamuoyuna yapılan “basın duyurusu”nda da şu şekilde gerekçelendirildiği görülmektedir: “Yargılamanın makul bir sürede sonuçlandırılması ve usul ekonomisinin sağlanması amacıyla da olsa hapis cezasına ilişkin mahkûmiyet hükümlerinin denetime tabi kılınmamasının sanığa aşırı bir külfet yükleyeceği açıktır. Hürriyeti bağlayıcı cezaya ilişkin mahkûmiyet hükmünün denetlenmesiyle elde edilecek bireysel yarar, makul sürede yargılanma hakkı ve usul ekonomisi ilkesine feda edilemez. Bu itibarla bölge adliye mahkemesince ilk defa verilen ve hürriyeti bağlayıcı ceza içeren mahkûmiyet hükümlerine karşı denetim imkânının bulunmamasının hükmün denetlenmesini talep etme hakkına yönelik orantısız bir sınırlama getirdiği sonucuna ulaşılmıştır”. **Anayasa Mahkemesi Basın Duyurusu, T: 15.02.2019, No: 4/19.**

defa bölge adliye mahkemesince verilen ve 272nci maddenin 3. fıkrasının kapsamı dışında kalan” ibaresini eklemek durumunda kalmışsa da; bu yeni düzenleme de, Anayasa Mahkemesi kararında dikkat çekilen denetim eksikliğini ve bu alanda yaşanan tartışmayı ortadan kaldırmak için yeterli değildir.

Gerçekten, hürriyeti bağlayıcı cezaya ilişkin ortaya çıkan bir mahkumiyet hükmü, bugün hukuk düzeni içerisinde kabul edilmiş en ağır yaptırımdır ve başta kişi özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklere en derin müdahaleyi içeren bu yaptırıma ilişkin denetim talebinin, üç dereceli yargılama düzeninin kabul edildiği CMK sisteminde, neden ikinci derecede bıçak gibi kesildiği ve kişi özgürlüğünü ortadan kaldıran olası bir hatalı karara karşı neden üçüncü dereceye başvurma hakkının engellendiği hukuken anlaşılır ve izah edilebilir bir durum değildir.

Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin değişen içtihadı ile ortaya konulduğu üzere, yargılamanın makul sürede sonuçlandırılması veya usul ekonomisi gibi gerekçeler, kişinin kendisini özgürlüğünden yoksun bırakan mahkûmiyet kararlarına ilişkin adalete ulaşma çabasını ve bir hak arayışını içeren mahkumiyet kararının denetlenmesini isteme hakkından mahrum edilmesini meşrulaştıramaz.

Bu itibarla, CMK md. 286/2'de temyiz edilemez nitelikteki kararların hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkumiyet kararlarını da kapsar şekilde düzenlenmesi ve uygulanması; 1982 Anayasası'nın 2. maddesinde düzenlenen ve devletin tüm eylem ve işlemlerinde olduğu gibi, ceza yargılamasına kurallarının ihdas edilmesine ilişkin olarak da hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren ve her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdürme idealini ortaya koyan “Hukuk devleti ilkesi” ile açık bir çelişki içerisinde.

Diğer yandan, CMK md. 286/2-a ve b bentlerinde, hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkumiyet halinde temyiz kanun yoluna başvurabilmek için ceza miktarına göre getirilmiş olan sınırlamanın hukukiliğini de ayrıca tartışmak gerekmektedir. Şöyle ki, somut vakıada olduğu gibi, aynı davada, aynı suçlamalar ile yargılanan ve haklarında aynı deliller toplanarak aralarında ayırım gözetilmeksizin mahkumiyet

kararı verilen sanıklar arasında, bir üst denetim organı olan temyiz kanun yoluna başvurma imkanının yalnızca verilen ceza miktarına göre belirlenmesi özellikle 1982 Anayasası'nın 10. maddesinde düzenlenmiş olan “kanun önünde eşitlik ilkesi”ni zedeler mahiyettedir. İnceleme konusu hukukî soruna ilişkin ilkesel çerçeveyi çizerken değindiğimiz üzere, 1982 Anayasası'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik anlayışı, hukuksal eşitliktir. Bu itibarla, buradaki eşitlik şekli bir içeriğin ötesinde, aynı durumda bulunanlar için haklarda ve ödevlerde, yararlarda ve yükümlülüklerde, yetkilerde ve sorumluluklarda, fırsatlarda ve hizmetlerde eşit davranma zorunluluğunu içermektedir. Bu ilkesel zorunluluk çerçevesinde, eşitlik ilkesinin bağlamını oluşturan “aynı durumda bulunma” kriterini de özellikle irdelemek gerekir. Çünkü, bir kuralın her zaman herkes için aynı şekilde uygulanması mümkün olmadığı gibi; çoğu kez o kuralın muhatabı olan kişilerin sahip buldukları öznel birtakım özellikleri yönünden benzerliklerine veya farklılıklarına dayanan bir özelleştirme yapılması gerekliliği ortaya çıkabilir. Nitekim, ilgili bölümde değinildiği üzere, Anayasa Mahkemesi de eşitlik ilkesini yorumlarken, bu ilkenin herkesin her yönden aynı hükümlere bağlı olması gerektiği anlamına gelmediğini ve bu ilke ile güdülen amacın, benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunan durumların aynı işleme tabi tutulmasını sağlamak olduğunu belirtmiştir²⁶. Yine Anayasa Mahkemesi'nin vurguladığı şekliyle, 10. maddedeki eşitlik, “*her yönüyle aynı hukukî durumda olanlar arasında söz konusudur. Hukuk felsefesine girmiş bir deyimle “eşitlerin eşitliği” anlamındadır*”²⁷.

Yüksek yargı tarafında ortaya konulan saptama ışığında, somut vakıadaki sanıkların durumu incelendiğinde, dava dosyası kapsamında Cumhuriyet gazetesi mensuplarının;

- tümünün aynı davada birlikte yargılandıkları,
- bu davada yargılanan sanıklara yöneltilen suçlamanın gerek iddianamede gerekse ilk derece mahkemesinin mahkumiyet kararında aynı temel suçlamaya (TCK md. 220/7 yollamasıyla TCK md. 314/2'deki suçun işlendiği savına) dayandığı,

26 Özbudun, s. 150.

27 Anayasa Mahkemesi, T: 27.09.1988, E: 1988/7 - K: 1988/27.

- bu suçlamanın dayanağı olarak dava dosyasında ve özellikle ilk derece mahkemesinin mahkumiyet kararında delil olarak ortaya konulan bilgi ve belgelerin, esasen Cumhuriyet gazetesinin yayın politikası bağlamında gazetecilik faaliyetinin icrası kapsamında yer alan ve yine tüm sanıkların gazetede üstlendikleri görevlerine uygun olarak katkı sağladıkları haber, manşet ve makalelerden ibaret olduğu; diğer bir ifadeyle, suçlamaya esas olarak tüm sanıklar hakkında aslında aynı “delil”lerin toplandığını ve değerlendirildiğini,
- sonuç olarak ise, bu değerlendirmenin ardından Cumhuriyet gazetesi mensupları hakkında ayırım gözetilmeksizin hükmedilen ceza mahkumiyetleri arasında, yalnızca ceza miktarlarına ilişkin bir farklılığın bulunduğunu, tespit edebilmek mümkündür.

Bu tespiti, yukarıda Anayasa Mahkemesi’nin eşitlik ilkesinin uygulanabilmesi için varlığı bir zorunlu temel koşul olarak ortaya koymuş olduğu “aynı durumda bulunma” kriteri süzgecinde değerlendirdiğimizde, aynı davada, aynı suçlamalar ile yargılanan ve toplanmış olan aynı delillere bağlı olarak haklarında ceza mahkumiyeti tesis edilmiş olan Cumhuriyet mensuplarının, bu mahkumiyet kararlarına karşı hukuk düzeni içerisinde giriştikleri hak arama mücadelesinin de, tüm sanıklar yönünden özdeş bir durum niteliği taşıdığı ve bu itibarla bu davada birlikte yargılanan tüm sanıkların “aynı hukukî durumda buldukları”nı kabul etmek bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu itibarla, hukuksal eşitlik ekseninde, aynı hukukî durumda bulunan Cumhuriyet mensupları hakkında, salt kendilerine verilen ceza miktarının farklı takdir edilmiş olması nedeniyle, temyiz kanun yoluna başvuru hakkı noktasında bir ayırmacılığa gidilerek bazılarının bu haktan mahrum bırakılmış olması, aynı hukukî durumda bulunan eşitler arasındaki bir eşitsizlik yaratılmasıdır. Bu şekilde ortaya çıkan bir eşitsizliğin ise, 1982 Anayasası’nın 10. maddesinde düzenlenen ve hukuksal eşitliği esas alan “Kanun Önünde Eşitlik” ilkesinin açık bir ihlalinin oluşturduğunu ifade etmek gerekir.

Bununla birlikte, inceleme konusu dosyada yalnızca “Kanun Önünde Eşitlik” ilkesini ihlal eden bir uygulama yapılması ile yeti-

nilmediği, ancak aynı zamanda dosya henüz temyiz sürecinde ve derdest olma vasfını muhafaza ederken, temyiz hakkından mahrum bırakılmış olan sanıklar yönünden, haklarındaki ceza mahkumiyetinin kesinleşmiş olduğu gerekçesiyle cezalarının infazına başlandığını yeniden hatırlamak gerekir. Bu şekildeki bir uygulamanın ise, “Hukuk Devleti” ve “Kanun Önünde Eşitlik” ilkelerinin yanında, özellikle “hak arama özgürlüğü” yönünden irdelenmesi zorunluluğu ortaya çıkmaktadır.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, 1982 Anayasası'nın 36. maddesinde düzenlenen hak arama özgürlüğü, ilgili bölümde değinildiği üzere, diğer tüm anayasal hak ve özgürlüklerin ön koşulunu ve usulî güvencesini oluşturur ve bu yönüyle adeta özgürlükler hukukuna anlam ve işlev kazandıran başat bir role sahiptir. Bununla birlikte, hak arama özgürlüğünün, diğer hak ve özgürlüklerin koruyucusu olabilmesi için, bu özgürlüğün uygulamada etkili ve işlevsel hak arama yollarıyla birlikte hayata geçirilmiş olması gerekir. Hukuk düzeni içerisinde düzenlenmiş hak arama yollarının etkili ve işlevsel bir biçimde çalıştırılabilmesi ise bunlara getirilen sınırlamaların kapsamı ve içeriğiyle doğrudan ilişkilidir. Buna göre, hak arama yollarına ilişkin bir sınırlama getiriliyorsa, bu sınırlamanın 1982 Anayasası'nın 13. maddesi uyarınca hak arama özgürlüğünün özüne dokunmaksızın ve Anayasa'da belirtilen özel sınırlama sebeplerine uygun olarak kanunla yapılması gerekir. Yine bu sınırlandırma, anayasal çerçeve uyarınca Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

Bu çerçeve içerisinde, inceleme konumuz yönünden önem taşıyan ve gerek Türk hukukunda gerekse evrensel hukuk uygulamasında hak arama özgürlüğünün sınırlandırılmasındaki en somut ve önemli ilke, ölçülülük ilkesidir. Diğer bir deyişle, tüm temel hak ve özgürlükler için olduğu gibi, hak arama özgürlüğü yönünden de getirilen sınırlamanın ölçülü olması, özgürlüğün sınırlandırılmasında başvurulacak amaç ile araç arasındaki hassas dengenin mutlak şekilde korunması gerekir. Anayasa Mahkemesi, çeşitli kararlarında ölçülülük ilkesini değerlendirme konusu yaparak, bu ilkeyi tanımlamak üzere alt unsurlarını belirleme yoluna gitmiştir. Buna göre;

“Ölçülülük ilkesinin alt ilkelerini oluşturan, ‘elverişlilik ilkesi’, başvurulmuş önlemin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, ‘gereklilik ilkesi’ başvurulmuş önlemin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve ‘orantılılık ilkesi’ ise başvurulmuş önlem ve ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir²⁸”. Şu hâlde, bu esaslar uyarınca, hak arama özgürlüğünün sınırlandırılmasında ölçülü davranılması için öncelikle, hak arama yoluna ilişkin olarak getirilen sınırlama aracının, sınırlama ile ulaşılmak istenen amacın gerçekleştirilebilmesi için elverişli olması; sınırlamada kullanılan aracın yine amaç bakımından gerekli olması ve nihayet, sınırlama aracı ile amaç arasında bir orantılılığın bulunması gerekir.

İnceleme konumuz yönünden hak arama özgürlüğüne ilişkin sorun, bir mahkeme kararının bir başka yargı mercii tarafından denetlenmesini isteme hakkı bağlamında ortaya çıkmaktadır. Bu çerçevede, ilk derece mahkemesi tarafından verilen ceza mahkumiyeti hükmünün istinaf mahkemesi tarafından onanması üzerine -yukarıda izah olunduğu üzere- aynı dosyada ve aynı suçlama ile yargılanan bazı sanıklar yönünden salt ceza miktarı nedeniyle bu hüküm kesinleşmiş iken; diğer sanıklar yönünden ise, temyiz kanun yolu süreci devam etmektedir. Şu halde, ceza muhakemesinin özünü oluşturan yargılama konusu fiile ilişkin olarak yasal süreç halen devam etmekte olup, henüz yargılamaya konu suçlama yönünden bir sübuta ulaşılmış değildir. Diğer bir ifadeyle, halen temyiz süreci devam etmekte olan sanıklar yönünden, temyiz mercii olan Yargıtay tarafından, fiilin sübut bulmadığı gerekçesiyle bir “bozma” kararı verilebilmesi ve bu karar doğrultusunda yeniden bir yargılama sürecine girişmesi olanak dahilindedir. Bu tarz bir durumda ise yanıtlanması gereken soru, Yargıtay tarafından devam etmekte olan temyiz sürecinde ulaşılabilecek olası bir bozma kararı halinde; bu kararın aynı dosyada aynı suçlama ile yargılanan fakat temyiz hakkına sahip bulunmayan sanıklar yönünden nasıl bir etkide bulunacağına ilişkin ortaya çıkmaktadır. Ceza Muhakemesi Kanunu’nun hazırlanması sürecinde bu tarz bir sorunun ortaya çıkması olasılığı ise bizzat kanun koyucu tarafından öngörülmüş ve sorunun yanıtı CMK md. 306’da kanun koyucu

28 Anayasa Mahkemesi, T: 14.01.2010, E: 2007/68 - K: 2010/2.

tarafından verilmiştir. “Hükümün bozulmasının diğer sanıklara etkisi” başlıklı CMK md. 306’ya göre;

“Hüküm, sanık lehine bozulmuşsa ve bu bususların temyiz isteminde bulunmamış olan diğer sanıklara da uygulanması olanağı varsa, bu sanıklar da temyiz isteminde bulunmuşçasına hükmün bozulmasından yararlanırlar”.

Şu hâlde, somut vakıda Cumhuriyet gazetesi mensupları hakkında devam etmekte olan temyiz süreci sonunda, Yargıtay tarafından bir bozma kararının verilmesi durumunda, bu bozma kararı aynı dosyada yargılanan ve fakat temyiz hakkına sahip bulunmayan diğer sanıklar hakkında da uygulanmak ve temyiz hakkı bulunmayan, diğer sanıklar da bu bozma kararından yararlandırılmak durumundadır.

Oysa, somut vakıda bu açık gerçeklik göz ardı edilmiş ve bu davada, fiilin sübutuna ilişkin olarak devam etmekte olan temyiz sürecinin sonuçlanması beklenmeksizin, istinaf mahkemesinin onama kararının hemen ardından, İstanbul 27. Ağır Ceza Mahkemesi tarafından kesinleşme kararı infaz savcılığına gönderilerek, aynı davada aynı suçlama ile yargılanan, temyiz hakkı olmayan sanıkların derhal cezalarının infazına başlanmıştır.

Bu durumda, devam etmekte olan temyiz sürecinde Yargıtay tarafından bir bozma kararı verilse dahi, cezalarının infazına başlanmak suretiyle özgürlüğünden yoksun bırakılmış olan kişiler yönünden bu kararın pek bir anlamı olmayacaktır. Çünkü, infazın başlanmasına ilişkin alelacele uygulamaya konulan bu keyfi idari işlem nedeniyle, ileride bu dosyada haklarında beraat kararı verilse bile, bugün itibarıyla CMK md. 306 uyarınca temyizdeki olası bozma karardan yararlanma hakları olmasına karşın; bu hakları göz ardı edilerek, özgürlüklerinden yoksun bırakılmış oldukları gerçeği ortadan kalkmayacaktır. Bu itibarla, temyiz süreci devam etmekte olan somut vakiye ilişkin aynı dosyada yargılanan ve temyiz hakkı olmayan sanıkların hak arama özgürlüğüne idari bir kararla getirilen bu sınırlamanın “ölçüsüz” bir nitelik taşıdığı tartışmadan uzak bir biçimde açığa çıkmaktadır.

SONUÇ YERİNE SOMUT ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Yukarıda ayrıntılarıyla izah edildiği üzere, aynı davada birlikte yargılanmakta olan sanıklardan, temyiz hakkına sahip olanlara ilişkin temyiz süreci devam ederken, aynı davadaki temyiz hakkına sahip olmayan diğer sanıklar hakkında hükmün kesinleştiği gerekçesiyle cezanın infazına başlanması, gerek 1982 Anayasası'nın 2. maddesindeki “Hukuk Devleti İlkesi”ni gerek 10. maddedeki “Kanun Önünde Eşitlik İlkesi”ni ve gerekse 36. maddedeki “Hak Arama Özgürlüğü”-nü ihlal eden, hukuka aykırı bir uygulamadır.

Ancak bir kez bu hukuka aykırılık tespitini yaptıktan sonra, bu hukuka aykırılığın ve halen kişi özgürlüğü yönünden devam etmekte olan ihlalin ortadan kaldırılabilmesi için, somut çözüm önerilerinin de ortaya konulmasında büyük yarar bulunmaktadır.

Kanımızca, somut vakiadaki hukuka aykırılığın giderilebilmesi için gerek yasama organı gerekse yargı organları tarafından icra edilebilecek çözüm yolları bulunmaktadır. Bu bağlamda, esas olarak somut vakiadaki hukuka aykırılığın giderilmesine yönelik olarak Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin 12.09.2019 tarihli kararı ile -asında çok daha önce hayata geçirilmesi gereken- basit ve kolay bir çözüm ortaya konulmuş olduğu için; bu aşamada artık benzer hukuka aykırı uygulamaların yaşanmaması için uzun erimli olarak hayata geçirilebilecek genel ve soyut mahiyetteki çözüm önerilerine kısaca değinmek yararlı olacaktır.

Bu konuda ilk çözüm önerisi, yasama organı tarafından, 5 yıla kadar olan hürriyeti bağlayıcı cezalara temyiz kanun yolunu kapatan ve bu yönüyle gerek öğretisi gerekse uygulamada ciddi ve haklı eleştirilere neden olan CMK md. 286/2-a ve CMK md. 286/2-b bentlerinin, yasama organı tarafından yürürlükten kaldırılmasıdır. Türk hukukunda CMK sistemi ile üç dereceli ceza yargılama sisteminin benimsendiği göz önüne alındığında, bugün için hürriyeti bağlayıcı ceza içeren mahkumiyet kararlarının önemli bir kısmının üçüncü derece denetiminden mahrum bırakılmasının hukuken hiçbir izahı bulunmamaktadır. Bunun yanında, hukuk düzeni içerisinde bir yargısal kararın başka bir yargı mercii tarafından denetlenmesini isteme hakkına hiç kuşkusuz en çok ihtiyaç bulunan alan da yine, kişi öz-

gürlüğüne en ağır sınırlamayı getirmeleri itibarıyla, hürriyeti bağlayıcı cezaları içeren ceza mahkumiyetleridir. Oysa, CMK md. 286/2-a ve b bentlerinde yer alan temyiz yasağı düzenlemeleri ile, hürriyeti bağlayıcı cezalara ilişkin mahkumiyet kararları, bu üç dereceli denetim sisteminin dışında bırakılmakta olup; bu olumsuzluk yasama organı tarafından aksiyon alınması ile kalıcı şekilde çözümlenebilir. Bu önerimizin çok yeni tarihli bir gelişme ile kısmen kanun koyucu tarafından da benimsenmiş olduğunu görmek, eksik olmakla birlikte memnuniyet verici bir gelişmedir. Şöyle ki, 30.05.2019 tarihinde kamuoyuna açıklanan “Yargı Reformu Strateji Belgesi” kapsamındaki ilk somut açılımı ifade eden ve kamuoyunda Yargı Reformu 1. Paketi olarak ifade edilen metin, TBMM tarafından 17.10.2019 tarih ve 7188 sayısı ile “Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” şeklinde kabul edilmiştir²⁹. Bu Kanun’un 29. maddesinde ise CMK md. 286’ya bir 3. fıkra eklenmek suretiyle, temyiz edilebilecek kararların kapsamının genişletildiği görülmektedir. Buna göre 7188 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesi ile birlikte;

a) Türk Ceza Kanununda yer alan;

1. Hakaret (madde 125, üçüncü fıkra),
2. Halk arasında korku ve panik yaratmak amacıyla tehdit (madde 213),
3. Suç işlemeye tahrik (madde 214),
4. Suçu ve suçluyu övme (madde 215),
5. Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama (madde 216),
6. Kanunlara uymamaya tahrik (madde 217),
7. Cumhurbaşkanına hakaret (madde 299),
8. Devletin egemenlik alametlerini aşağılama (madde 300),
9. Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin kurum ve organlarını aşağılama (madde 301),

29 Resmi Gazete, Tarih: 24.10.2019 – Sayı: 30928.

10. Silâhlı örgüt (madde 314),

11. Halkı askerlikten soğutma (madde 318),

suçları.

b) Terörle Mücadele Kanununun 6 ncı maddesinin ikinci ve dördüncü fıkrası ile 7 nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan suçlar.

c) Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun 28 inci maddesinin birinci fıkrası, 31 inci maddesi ve 32 nci maddesinde yer alan suçlar,

nedeniyle verilen bölge adliye mahkemeleri ceza dairelerinin kararları temyiz edilebilir. Görüldüğü üzere, bu düzenleme ile –Kanun’un gerekçesinde de belirtildiği üzere- özellikle ifade özgürlüğü üzerinde doğrudan etkili olan suç tipleri seçilerek, bu suç tiplerine karşı temyiz kanun yolunun açılması suretiyle hak ihlallerinin önüne geçilmesi ve farklı uygulamaların önüne geçilerek ülke genelinde yeknesak bir uygulamaya ulaşılması hedeflenmektedir. Kanımızca, CMK md. 286’da düzenlenen temyiz yasaklarının kapsamının kanun koyucu tarafından bu şekilde daraltılması olumlu bir adım olmak ile birlikte; yine de bu Kanun’un kapsamı dışında kalan ve hürriyeti bağlayıcı ceza içeren suçlara ilişkin olarak ortaya çıkan mahkumiyet kararlarının halen üçüncü derece denetiminden yoksun bulunduğu ve bu itibarla, bu suçlar yönünden temyiz yasağının halen bir sorun oluşturduğunu ifade etmek gerekir.

Bu konuda kalıcı bir netice yaratabilecek ikinci çözüm önerisi ise, 5 yılın altında hürriyeti bağlayıcı ceza içeren ceza mahkumiyetlerine ilişkin temyiz yasağı getiren CMK md. 286/2-a ve b bentlerindeki düzenlemenin, somut norm denetimi yoluyla ceza mahkemeleri tarafından Anayasa Mahkemesi önüne getirilmesidir. Bu konuda, bir an için, bahse konu düzenlemeler ile ilgili olarak daha önce Anayasa Mahkemesi’ne başvuruda bulunulduğu ve bu başvurunun reddedilmiş olduğu ileri sürülebilir. Ancak, Anayasa Mahkemesi’nin yukarıda değinilmiş olan 27.09.2017 tarih 2017/129 sayılı bu ret kararı incelendiğinde, gerek bu kararın ortaya çıkmasına neden olan iptal başvurularının ve gerekse kararın içeriğinin, esas itibarıyla CMK md. 284’de

düzenlenmiş olan “Direnme Hakkı”na ilişkin olduğu tespit edilebilir. Diğer bir deyişle, Anayasa mahkemesi bahse konu iptal kararında, istinaf mahkemeleri tarafından verilen karar ve hükümlere karşı getirilen direnme yasağının Anayasaya aykırılığını esas yönünden inceleyerek karara bağlarken; CMK md. 286/2-a ve b bentlerine ilişkin iptal talebini ise, bu hükümlerin başvurusu yapan mahkeme önünde görülmekte olan davada “uygulanma kabiliyetleri olmadığı” gerekçesiyle “yetki yönünden” reddetmiştir. Buna karşın, Anayasa Mahkemesi tarafından içtihat değişikliği anlamındaki çok önemli tespitler içeren bu hükümlere ilişkin başvurunun, yalnızca yetki yönünden reddedilmiş olması karşısında, Anayasa’nın 152/son maddesinde düzenlenen 10 yıl içinde tekrar başvuru yasağının kapsamına girmediğini ifade etmek gerekir. Diğer bir deyişle, CMK md. 286/2-a ve b bentleri hükümlerinin bugün itibarıyla yeniden bir “somut norm denetimi” konusu yapılarak, bu hükümlerin Anayasaya aykırılığı gerekçesiyle iptal başvurusunda bulunulmasına bir engel yoktur. Hatta bu konuda, inceleme konusu somut vakti yönünden temyiz incelemesini yapmakta olan Yargıtay’ın ilgili dairesi tarafından da Anayasa Mahkemesi’ne bir somut norm denetimi başvurusunda bulunulması da, yine bir çözüm önerisi olarak ortaya konulabilir.

Nihayet, inceleme konumuzu oluşturan hukuki soruna ilişkin olarak kanun koyucunun yine güncel bir gelişme ile aksiyon aldığını ve yukarıda değindiğimiz üzere, Yargı Reformu 1. Paketi olarak bilinen 7188 sayılı “Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”un 32. maddesi ile, salt bu soruna ilişkin olarak kalıcı çözüm getirmeyi hedefleyen bir hüküm öngördüğü tespit edilebilir. Bu hüküm ile, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’a, “Hükümlünün istemiyle infazın ertelenmesi” başlıklı 17. maddeden hemen sonra gelmek üzere bir 17/A maddesi eklenmiş olup, bu maddede şu esaslara yer verilmiştir: “Birlikte işlenmiş olup da 4/12/2004 tarihli Ceza Muhakemesi Kanununun 280 inci maddesinin üçüncü fıkrasının ve 306 ncı maddesinin uygulanma olanağının bulunduğu hallerde, hükmü veren ilk derece mahkemesinden infazın ertelenmesine veya durdurulmasına ilişkin karar verilmesi istenebilir. Karar verilmeden önce cumhuriyet savcısı ve hükümlünün görüşlerini yazılı olarak bildirmesi istenebilir. Karar, duruşma açıl-

maksızın verilir ve bu karara karşı itiraz yoluna gidilebilir. Erteleme veya durdurma talebinin kabulü, güvence gösterilmesine veya diğer bir şarta bağlanabilir”.

Görüldüğü üzere, kanun koyucu bu hüküm ile, aynı davada birlikte yargılanan ve haklarında mahkumiyet hükmü verilmiş olan sanıklardan bazıları hakkında olağan kanun yolları tükenmiş olmasına karşın; olağan kanun yolları süreci devam eden diğer sanıklar hakkında, bu süreçte ortaya çıkabilecek lehe bir kararın önceliklere de sirayet etmesi olanağının bulunduğu halleri düzenleme altına almakta ve bu tarz bir durumda hükmü veren ilk derece mahkemesinden infazın ertelenmesi veya durdurulmasına ilişkin bir karar vermesini isteme hakkını getirmektedir. Böylelikle, bundan sonraki süreçte, aynı davada yargılanan kişiler hakkında, CMK md. 286'daki temyiz yasakları nedeniyle oluşabilecek olan sanık ve hükümlü statüleri arasındaki farklılık nedeniyle, temyiz yasağına tabi olanlar hakkında cezanın infazına başlanması, talep halinde ertelenebilecek veya durdurulabilecektir. Bununla birlikte, yukarıda ayrıntılarıyla incelediğimiz ilkesel çerçeve içerisinde bu şekildeki bir infaz süreci zaten açık bir hukuka aykırılık taşıdığı için, kanımızca yasal düzenlemede bu hususun talebe bağlı ve mahkemenin takdir yetkisi içerisinde bir husus olarak değil; ancak bu durumda bulunan tüm kişiler için otomatik olarak hayata geçirilen ve infaz mercilerinin re'sen uymaları zorunlu olan bir kural şeklinde düzenlenmesi daha yerinde olurdu.

KAYNAKÇA

- Aliefendioğlu Yılmaz, “Eşitlik İlkesi”, İlhan Akın’a Armağan, İÜHF Yayını, İstanbul, 1999.
- Artuk Mehmet Emin-Gökçen Ahmet-Alşahin Mehmet Emin-Çakır Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, Ankara, 2018.
- Aydın Mesut, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hak Arama Özgürlüğü”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C: 61, Sy: 3, 2006.
- Çoban Ali Rıza, “Türk Hukukunda Hak Arama Özgürlüğü”, DEÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 1995.
- Erdem Jülide Gül, “Yargı Kararlarında Kanun Önünde Eşitlik İlkesi ve Kadın Erkek Eşitliği”, Akademik Hassasiyetler Dergisi, C: 4, Sy: 8, 2017.
- Erdoğan Mustafa, İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, Orion Kitabevi, Ankara, 2007.
- Gözler Kemal, Anayasa Hukukuna Giriş, Genel Esaslar ve Türk Anayasa Hukuku, 3. Bası, Bursa, 2003.
- Gözübüyük Şeref-Gölcüklü Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 4. Baskı, Ankara, 2003.
- İçel Kayıhan-Donay Süheyl, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, 1. Kitap, 4. Bası, İstanbul, 2005.
- Kaboğlu İbrahim Özden, Özgürlükler Hukuku, Afa Yayınevi, İstanbul, 1999.
- Kangal Zeynel, “Anayasal Güvence Olarak Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi”, Ceza Hukuku Dergisi, Y: 6, Sy: 17, 2011.
- Özbek Veli Özer-Doğan Koray-Bacaksız Pınar-Tepe İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara, 2017.
- Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 9. Bası, Ankara, 2008.
- Roxin Claus-İsfen Osman, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Genel Hükümleri”, in: Suç Politikası, (çeviren: Osman İsfen), Ankara, 2006.
- Tanör Bülent-Yüzbaşıoğlu Necmi, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 12. Bası, İstanbul, 2012.
- Ünver Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara, 2003.
- Yarsuvat Duygun, Türk Ceza Kanunu’nun Temel İlkeleri, Sempozyum: Türk Ceza Kanunu’nun 2 Yılı, İstanbul, 2008.
- Yenisey Feridun-Nuhoğlu Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Bası, Ankara, 2019.

NORBERT ELIAS'IN UYGARLIK KURAMI ÜZERİNE BİR İNCELEME*

Esmâ NALBANT ARABACI**

Özet

Norbert Elias'ın uygarlık kuramı "uygarlaşan insan"ı hem psikolojik hem de sosyolojik süreçleri içerisinde anlamaya çalışır. Elias'a göre insanın dönüşümü ile toplumun dönüşümü ayrı olarak değerlendirilemeyecek bir bütündür. Birey; bu dönüşüm sürecinde, dışarıdan gelen zorlamaların etkisi ile birlikte kendi davranışlarını içselleştirerek kendisi üzerinde bir öz denetim mekanizması kurmaktadır. Bu öz denetim mekanizması zamanla öyle güçlenir ki birey hiçbir dış zorlamanın böylesine etkili olamayacağı bir boyutta kendi üzerinde baskı kurmaya başlar.

Çalışmamızda Elias'ın uygarlık kuramına göre insan doğasının nasıl doğal olandan sosyal olana doğru evrildiğini ayrıntılarıyla incelemeye çabalarken, onun kuramına getirilen eleştirileri ve onun cevap niteliğindeki görüşlerini de ele almaya çalıştık.

Anahtar Kelimeler: Uygarlık Kuramı, Şiddet Tekeli, Öz Kontrol, Adab-ı Muaşeret, Modernite.

AN EXAMINATION OF NORBERT ELIAS' THEORY OF CIVILIZATION

Abstract

Norbert Elias' theory of civilization tries to understand the civilized human in both psychological and sociological processes. According

* Hakemli makaledir. Eserin dergimize geliş tarihi: 21/08/2019. İlk hakem raporu tarihi: 11/09/2019. İkinci hakem raporu tarihi: 25/06/2019.

** Avukat, İzmir Barosu, esma.nalbant@hotmail.com, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-5040-8851.

to Elias; the transformation of human and the transformation of society is a whole that cannot be considered separately. The person in this transformation process; with the effect of external coercions, internalizes her/his own behavior and establishes a self control mechanism for herself/himself. The self control mechanism becomes stronger over time so that the person begins to put the pressure on herself/himself in such a way that no external coercion can be so effective.

In our study; while trying to elaborate on how human nature evolves from natural to social according to Elias' theory, we also tried to examine criticisms of his theory and his views as an answer.

Keywords: Theory of Civilization, Monopoly of Violence, Self Control, Forms of Politeness, Modernity.

Giriş

Norbert Elias "Uygarlık Süreci" eserinde Orta Çağ Avrupası'ndan bu yana yaklaşık 500 yıl boyunca Batı toplumunun nasıl "uygarlaştığı" sorusunu ele alır. Bunu yaparken klasik anlamda bir sosyoloji çalışması yapmak yerine; tarih, sosyoloji ve psikoloji gibi bilim dallarından yararlanarak kendine özgü bir uygarlık kuramı geliştirir. Zaten Elias'ı diğerlerinden ayıran da, çalışmalarını disiplinler arası yürütmesi ve toplumsal süreçler ile bireysel süreçleri birbirinden ayrılmaz parçalar olarak görmesidir.

Biz bu çalışmamızda Elias'ın Uygarlık Süreci eserinden ve doktrin-deki farklı yorumlar ile eleştirilerden yararlanarak, Elias'ın uygarlık kuramını etraflıca incelemeye çalıştık. İlk bölümde, onun uygarlaşma kavramının sosyolojisine bakışını ve eserinin genel özelliklerini tartıştık. İkinci bölümde; uygarlaşmanın duygu kontrolü üzerindeki etkisini, yani adab-ı muşeretin kişinin kendini disiplin altına alması üzerindeki etkisini ele aldık. Üçüncü bölümde ise; şiddet ve saldırganlık davranışlarındaki değişimi ve devlet kurumunun tekelleşmesi ile iktidarın bunun üzerindeki etkisini incelemeye çalıştık. Nihayet dördüncü bölümde Elias'ın uygarlık kuramına getirilen eleştirilere yer verdik. Bu kısımda öncelikle; belki de en ciddi eleştirilere konu olmuş olan şiddet davranışlarındaki dönüşüme yönelik eleştiriyi,

hemen ardından sırasıyla ilerlemecilik, diğer sosyal tabakaların küçümsenmesi, sekülerlik, ruhsal hastalıkların görmezden gelinmesi, Avrupamerkezcilik, erkek egemen bakış ve iktidar unsurunun ihlali gibi diğer eleştirileri inceledik. Elias'ın Almanlar Üzerine Çalışmalar adlı eserinden yola çıkarak, şiddet davranışlarındaki dönüşüme yönelik eleştiriye karşı savunmasına da genel hatlarıyla yer vermeye çalıştık.

I. “Uygarlık Süreci”ne ve Uygarlaşmanın Sosyolojisine Genel Bir Bakış

Uygarlık kuramlarında amaç; genellikle bir uygarlığın ya da kültürün özelliklerini ortaya çıkarmak, onun temel niteliklerini anlamak ve gelişmelerine açıklama getirmeye çalışmaktır. Batılı toplumların bu şekilde açıklanmasına yönelik belki de en kapsamlı uygarlık kuramı Norbert Elias tarafından geliştirilmiştir.¹

Norbert Elias “Uygarlık Süreci”nde Ortaçağ’dan 19. Yüzyılın ortalarına kadar Batılı toplumlardaki uygarlaşma ve devletin oluşum süreçlerini inceler ve kendine özgü bir uygarlık kuramı geliştirir. O güne kadar çok sık kullanılmamış olan görgü kuralı kitapları gibi malzemelerden yola çıkarak, insan davranışlarındaki değişimleri izlemeye çalışır.² Uygarlık Süreci eserinin odağında bugün Batılı “uygar” diye adlandırdığımız insanların tipik görülen davranış biçimlerinin aslında sonradan edinildiği gerçeği yer alır. Bugün “barbar” olarak nitelendirilen toplumlardaki insanların uygarlık dışı görünen davranışları, aslında Batılı toplumların geçmişinde de vardır.³

Uygarlık Süreci’nin temel tezi, insan doğasının sosyal hayat tarafından değiştirildiği ve 500 yıl gibi bir süreç içerisinde insanoğlunun karmaşık psikolojik ve sosyolojik bir süreçle beraber uygarlaşmış olduğudur.⁴ Kuramın ulaştığı en önemli sonuçlar; psiko-oluşumsal

- 1 Peter Imbusch, “Uygarlık Kuramları ve Şiddet Sorunu”, çev. Ender Ateşman, *Toplum ve Bilim Dergisi*, Sayı 84, Bahar 2000, s.91.
- 2 Heike Hammer, “Norbert Elias’ın Uygarlık Kuramı: Eleştiriler ve Gelişmeler”, çev. Ender Ateşman, *Toplum ve Bilim Dergisi*, Sayı 84, Bahar 2000, s.75-90.
- 3 Norbert Elias, *Uygarlık Süreci- Batılı Dünyevi Üst Tabakaların Davranışlarındaki Değişimler*, Cilt 1, çev. Ender Ateşman, 2. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2002, s.61.
- 4 Michael W. Jackson, “Norbert Elias’ın Medenileşme Süreci Teorisi”, çev. Engin Topuzkannanmış, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:11, Özel Sayı, 2009, s.1601.

ve sosyo-oluşumsal gelişmelerin iç içe geçmiş olduğu, insanların davranış ve düşüncelerinin belirli bir yöne doğru geliştiği, bedensel ve duygusal gereksinimlerin gizlilik kazanarak tabulaştığı ve böylelikle insanların aslında kendileriyle aralarına koyduğu mesafenin arttığıdır. Kişilik yapılarında giderek artan bir şekilde dürtü ve duygu özdenetimi artmakta, utanma ve sıkılma eşiği düşmektedir.⁵ Çünkü toplumsal olarak istenen ve yasak olan şeylerin standardı ve toplumsal kaçınma sınırı değişmiştir. Belirtilmelidir ki bu gelişmelerle bağlantılı pek çok durum daha vardır. Örneğin çocukların davranışları ile yetişkinlerin davranışları arasındaki mesafenin uygarlık süreciyle beraber büyüdüğü bilinmektedir. Bugün psikologların ve pedagogların en çok ilgi duyduğu konulardan biri olan erişkinleşme süreci, aslında yüzyıllar boyunca süren toplumsal uygarlık sürecinin bir sonucudur. Kısacası birey kendi toplumunun uzun yıllar boyunca yaşadığı süreci kendi kısa tarihinde bir kez daha yaşamış olur.⁶ Tüm bu psikolojik yapı değişimleri toplumsal süreçlerle ilişkili olup artan işbölümü ile şiddetin tekelleşmesi de bu süreçleri gerektirmiş ve desteklemiştir.⁷ Anlaşılacağı üzere Elias'ta ruhsal oluşum ile sosyal oluşum birbirine paralel kavramlardır.⁸

Elias'a göre birey ve toplum kavramlarını birbirinden bağımsız iki ayrı kavrammışçasına görme eğilimi yanlıştır. Çünkü bu kavramlar aslında aynı insanın birbirinden ayrılması mümkün olmayan iki farklı görünüş şeklidir. Bu görünüş şekilleri de ancak bir yapısal dönüşüm içerisinde kavranabilirler. Kısacası her iki kavram da süreç özelliğini barındıran bir anlama sahiptir ve aslında iç içedir.⁹ Bu iç içelik nedeniyle toplumsal yapı dönüşümlerinin anlaşılabilmesi için toplumsal imajın gelişimine bakmak kadar bireylerin kişilik imajlarının gelişimini de göz önünde bulundurmak gerekir. Aslında insan imajı kavramı birey olarak insan imajı ve toplum olarak insan imajı kavramlarını beraberce içerir. Bu durum ise biraz karmaşık ve çelişkilidir. Bazı sosyoloji kuramlarının tek başına hareket eden birey-

5 Hammer, s.75-90.

6 Elias, I, s.63-64.

7 Hammer, s.75-90.

8 Ulrich Bröckling, Disiplin- Askeri İtaat Üretiminin Sosyolojisi ve Tarihi, çev. Veysel Atayman, 1. Basım, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2001, s.31.

9 Elias, I, s.18.

den yola çıkması, diğer bazılarının ise bağımsız toplumsal bütünden yola çıkması bu karmaşa ve çelişkinin bir sonucudur. Şöyle ki, kişi hem bireyin özgürlüğünden hem de mensup olduğu ulus devletin özgürlüğünden bahseder. Kişinin ilk ideali karşılıklı bağımlılıklardan kurtulup tek başına karar alması anlamına gelir. İkinci ideali ise kendisine ait olan çoğu şeyi toplumsal bütüne adamasını gerektirir. İşte ideallerdeki bu ikilik, bu içsel çelişki, sosyoloji kuramlarına da yansımıştır.¹⁰ Sosyolojinin ve insan bilimlerinin içinde bulunduğu bu çıkmaz sokaktan kurtulmak için, toplum dışındaki birey kavramı ile birey dışındaki toplum kavramının yetersiz olduğunu kavramak gerekir.¹¹

Elias'a göre tıpkı birey ve toplum kavramlarında olduğu gibi bilim dalları da birbirlerinden bağımsız bir şekilde var olamazlar. Uygarlık Süreci, toplumların yapılarını ve tarihlerini birbirinden ayrılmaz bütünlükler olarak gören, tüm sosyal bilimlerin ve tarih bilimlerinin keşiştiği bir çalışmadır.¹² Bu doğrultuda Elias'ın çalışmasının psikoloji, sosyoloji ve tarih bilimlerinden beslenen disiplinler arası bir çalışma olduğu belirtilmelidir.¹³ Jackson da bir yazısında bu eserin disiplinler arası oluşuna vurgu yapmış ve çalıştığı üniversitenin kütüphanesinde kitabın Almanca baskısının tarih bölümünde yer almasına karşın İngilizce baskısının siyasi bilimler bölümünde yer almasını bu durumla ilişkilendirmiştir. Hatta kütüphane için sipariş ettiği yeni Fransızca baskıların, kütüphanenin sosyoloji veya psikoloji bölümlerinde yer bulabileceklerini belirtmiştir.¹⁴

Elias'a göre; çok sayıda insanın iradesinin planlanmamış, karmaşık bir süreçle iç içe geçmesiyle toplumsal dönüşümler oluşur. Bu toplumsal dönüşümleri incelemek, sosyolojinin temel görevlerinden biridir. Sosyal süreçler teorisinde; sadece şimdiki zamana yönelmiş olan sosyal bilimler, eleştiriye açıktır. Çünkü toplumsal olay ve dönüşümler uzun vadeli olup planlanmamış süreçlerden kaynaklanmaktadır. Şimdiki zaman ve geçmiş zaman kavramları birbirinden bağımsız

10 Elias, I, s.40-41.

11 Elias, I, s.46.

12 Erk Yontar, Norbert Elias'ın İnsan Bilimleri Kavramı ve Bilgi Sosyolojisi", çev. Ender Ateşman, *Toplum ve Bilim Dergisi*, Sayı 84, Bahar 2000, s.112-128.

13 Hammer, s.76.

14 Jackson, s.1620.

değildir ve bu kavramlar gelişen bir sürekliliğin parçalarıdır. Bu nedenle sosyolojinin “şimdiki zamana geri çekilmesine” karşı çıkılmaktadır.¹⁵ Elias, Uygarlık Süreci’nde bugünkü sosyoloji anlayışının daha kısa süreçlerle ya da toplumun belirli bir andaki sorunlarıyla ilgilenmesini eleştirmiş ve uzun süreli dönüşümlerin göz önünde bulundurulması gerektiğini vurgulamıştır.¹⁶ Çünkü toplumsal dönüşümlerin anlaşılabilmesi, kuşaklar boyunca tek bir yöne doğru ilerleyen uzun süreli bir sürecin incelenmesi ile mümkün olabilmektedir.¹⁷

Krieken, Elias’ın bu sosyolojik yaklaşımını birbirine bağlı bazı prensiplerle açıklamaktadır. Bu prensipler şöyle sıralanmaktadır: Her ne kadar insan davranışları bireysel alanda planlamayla ortaya çıkıyorsa da, bu davranışların karmaşık bir bileşimi olan toplumsal süreçler planlı bir şekilde oluşmamaktadır. Sosyologlar, bu planlı davranışların nasıl olup da sosyal süreçleri harekete geçirdiğini açıklamaya çalışmalıdır. Bireyler yalıtılmış kimlikleriyle değil, toplumun diğer bireyleriyle olan ilişkileriyle açıklanabilirler. Sosyal hayat da durumlar üzerinden değil, ilişkiler üzerinden anlaşılabilir. Örneğin Foucault’nun iktidardan değil iktidar ilişkilerinden söz etmesi bu manada anlamlıdır. İnsan toplumlarının zamandan koparılmış olarak ve durağan şartlar içerisinde değil, uzun dönemli gelişim ve değişimler içerisinde anlaşılabilmesi mümkündür. Son olarak tabiat bilimlerindekinin aksine sosyal bilimlerde araştırmacı da araştırma konusunun bir parçasıdır.¹⁸

Görüldüğü üzere Elias’ın sosyolojisinde temel kavram “süreç”-tir.¹⁹ Tabii ki uygarlaşma sürecinin bir başlangıç noktası yoktur, fakat 1550’ler civarında bu süreç belirgin bir hale gelmiştir.²⁰ İşte Norbert Elias Uygarlık Süreci eserinde bu “süreç” kavramının yaklaşık 500 yıldır Batılı insanın davranış kalıplarını nasıl değiştirdiğini irdeler. Bu incelemeyi yaparken başvurduğu yol, tekil bireylerin gündelik

15 Yontar, s.112-128.

16 Elias, I, s.10.

17 Elias, I, s.13.

18 Robert van Krieken, “Norbert Elias and Process Sociology”, The Handbook of Social Theory, edited by George Ritzer& Barry Smart, Sage, London, 2001, pp.353-367’den aktaran Engin Topuzkanamış, Hukuk ve Disiplin- Modern Toplumda Hukuka Uymanın Dayanakları, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Mart 2013, s.187.

19 Topuzkanamış, s.188.

20 Jackson, s.1601.

hayatlarındaki alışkanlıklarında meydana gelen değişimleri izlemek olmuştur.²¹

Elias'ın insan figürasyonunda antropolojik olarak iki sabit özellik vardır. İlk özellik insanın toplumsal olmasıdır. Bu, insanın başka insanlara tabi olması anlamına gelir. İkinci özellik ise, değişkenliktir. Bunun nedeni de insanların toplum tarafından şekillendirilmiş çevreleriyle sürekli bir etkileşim halinde olmalarıdır. İnsanın bu iki özelliği onu “karşılıklı bağımlı” kılar. İnsanın kişiliği toplumsal sürecin bir ürünüdür. Onun ne kadar rasyonel ya da içgüdüsel dürtülerle hareket edeceği, mevcut toplumun uygarlaşma sürecinin seviyesine bağlıdır. Toplumsal karşılıklı bağımlılık seviyesi arttıkça insanların dürtülerine hakim olma ve kendilerini gütmeye mecburiyetleri de artmaktadır. Zaten Elias insanlardan hep çoğul olarak söz eder. Çünkü ona göre insan sadece birey olarak yani tek başına var olamaz.²² Hatta uygarlık ve tabiat arasındaki karşıtlık ilişkisi de sahtedir. Çünkü insanların kendilerini daha fazla kontrol etmeleri aslında tabiatlarına aykırı olmadığı için uygarlaşma adı verilen süreç işler bir halde bulunmaktadır.²³

Sosyologlar arasında sık sık Norbert Elias'ın Uygarlık Süreci yapısının yanlış zamanda ve yanlış ülkede yazıldığı belirtilmiştir. Bunun nedeni Almanca olarak kaleme alınan kitabın faşizmin yükselişinden kaçılarak İngiltere’de basımına gönderilmesi, fakat basımından önce “geçirmek, sümkürmek” gibi uygarlık dışı konulardan bahsettiği gerekçesiyle geri çevrilmesi olmuştur. Böylece Elias 1940’lı yıllarda İngiltere’de adı duyulmamış bir sosyolog olarak taşra üniversitesinde çalışmaya mahkûm edilmiştir. Bu durum, ta ki kitabının 1960’ların sonunda Almanya’da yeniden basılmasına ve nihayet Elias’ın 80 yaşındayken ödül almasına dek sürmüştür.

Burada, Elias’ın nasıl olup da 1930’lu yıllar Almanya’sında uygarlık meselesine merak sardığı da sorulabilir. Çünkü Elias’ın eseri, yazarının içinde bulunduğu siyasi gelişmelerden ve eleştirel düşün-

21 Topuzkanamış, s.188-189.

22 Yontar, s.114-115; Taner Akçam, “Türk Ulusal Karakterini Anlamak ve Norbert Elias’ın Almanlar Üzerine Çalışmaları”, *Toplum ve Bilim Dergisi*, Sayı 84, Bahar 2000, s.253.

23 Fontaine Stanislas, “The Civilizing Process Revisited: Interview with Norbert Elias”, *Theory and Society*, Vol.5, No.2, March,1978, p.250’den aktaran Topuzkanamış, s.190.

ce ikliminden izoleymiş izlenimi vermektedir. Ancak Elias hiçbir sosyoloğun fikrinin kendisini Freud kadar etkilemediğini belirtmiş olduğundan ve Sigmund Freud ve öğrencilerinin o dönem Almanyası'nda ne denli etkili oldukları bilindiğinden, Elias'ın uygarlık çözümlemesinin dönemin fikir ikliminin bir ürünü olduğu sonucuna varılabilir. Bu durumda da Elias'ın kitabını aslında yanlış zamanda yazmış olmadığı savunulabilir. Zaten Freud da 1915-1930 yılları arasındaki çalışmalarında kültür ve uygarlık konularını ele almış olup; insanın gelişmesi ile toplumun gelişmesi arasında bir paralellik olduğunu ileri sürmüştür. Freud'a göre her insanda var olan içgüdüler toplum tarafından bastırılmakta, fakat hiçbir zaman kaybolmamaktadır. Modern insan sürekli olarak temel içgüdüleri ile toplumsal kurallar arasında gerilim yaşamaktadır. Savaş ortamı gibi toplumsal kontrolün zayıfladığı anlarda ise içgüdüler tekrar ortaya çıkmakta ve "çocukça" ya da "gayri medenice" olarak adlandırılan davranışlar kendini göstermektedir.²⁴ Freud'un id, ego, süper-ego arasında kurduğu ilişki biçimi Elias'ın teorisinin kaynağını oluşturmaktadır. İnsanın benliği üzerindeki dış baskılar, zamanla onun kendi üzerinde uyguladığı bir zorlama mekanizmasına dönüşür. Bu dönüşümü incelerken Elias en çok öz-denetim, arzu kontrolü ve kendini kısıtlama kavramlarına başvurur. Modern Batılı dediğimiz insan işte bu kontrolü kurmuş olan insandır.²⁵

Zygmunt Bauman da Elias üstüne bir yazısında açıkça Elias'ın Freud'un etkisi altında olduğunu şu ifadelerle belirtmiştir: "Freudcu ve Weberci medeniyet yorumlamaları arasındaki tanıdık tartışmada Elias açıkça ve ikna edici bir biçimde Freud'un tarafında yer alıyor. Modern medeniyetin esası kontrol, rasyonalite değil. Her neyse "medeniyet" olarak içselleştirilen, ...gerisinde bir zamanlar "asil adam öyle şeyler yapmaz" türünden bir emir var."²⁶

Elias'a göre uygarlaşma süreci, insan davranışı ve hissiyatının spesifik bir yönde değişmesini ifade eder. Aslında bu kavram tarih boyunca çoğunlukla yarı metafizik bir anlamda kullanılmış ve ol-

24 Ayşe Öncü, "Elias ve Medeniyetin Öyküsü", *Toplum ve Bilim Dergisi*, Sayı 84, Bahar 2000, s.8-11.

25 Topuzkanamış, s.191.

26 Zygmunt Bauman, "The Phenomenon of Norbert Elias", *Sociology*, 1979'dan aktaran Öncü, s.12-13.

dukça bulanık kalmıştır.²⁷ Uygarlaşma sürecinin temelinde yatan şey aslında bir “eklemlenme düzeni”dir. Şöyle ki; tek tek insan plan ve eylemlerinin eklemlenişi ile; hiçbir tekil insanın planlamış olmadığı, karşılıklı bağımlılıklardan doğan, çok özgül türden, güçlü ve zorlayıcı bir düzen ortaya çıkmıştır.²⁸

Uygarlık kavramı ise basitçe Batılı özbilinci ifade etmek için kullanılır. Bu kavramla Batılı toplumların daha önceki toplumlardan ya da o gün var olan daha ilkel toplumlardan farklı olarak sahip oldukları ve övündükleri birtakım özellikler ifade edilir. Sürekli hareket halinde olan ve daima ileriye doğru giden bir süreç ya da en azından bu sürecin sonucu vurgulanmaya çalışılır. Bu kavram ulusların arasındaki farkları belli ölçüde yok sayar ve bütün insanlara ait olması gereken birtakım şeyleri anlatır.²⁹ Elias, uygarlık kavramını tanımlarken insanın tabiatının ehlileştirilmesine ve insanın bizzat kendisi tarafından kontrol altına alınmasına vurgu yapar.³⁰ Bauman da, Uygarlık Süreci ile paralel olarak Yasa Koyucular ile Yorumcular adlı eserinde “medeniyet” kavramının eski ve yeni anlamlarının farklı olduğunu; eski “medeniyet (civillite)” kavramının yalnızca bir görünüşü içermesi ve bireyin kişiliğinden bağımsız olması karşısında yeni “medeniyet (civilisation)” kavramının içselleştirilmiş bir anlam taşıdığını belirtmektedir.³¹ Bugünkü anlamıyla uygarlık kavramının temelinde yatan bu kontrolün yani özdenetimin nedeni, insana adeta dışarıdan gelen birtakım özellikler değildir. “Koşullar”dır. Koşullar, insanları birbirleriyle birlikte yaşamak zorunda bırakmış, bu da insanların ilişki tarzlarının ve güdü bütçelerinin değişimine neden olmuştur.³²

Yeri gelmişken belirtilmelidir ki; Elias’a göre hiçbir insan grubunun tamamen uygar olduğu kesin bir dille söylenemez, fakat bazı insan gruplarının eskiye nazaran daha uygarlaşmış olduklarının

27 Elias, I, s.12.

28 Norbert Elias, Uygarlık Süreci- Toplumun Değişimleri/ Bir Uygarlaşma Teorisi İçin Taslak, Cilt 2, çev. Erol Özbek, 2. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2004, s.300-302.

29 Elias, I, s.73-74.

30 Topuzkanamış, s.191.

31 Zygmunt Bauman, Yasa Koyucular ile Yorumcular- Modernite, Postmodernite ve Entelektüeller Üzerine, 1. Baskı, çev. Kemal Atakay, Metis Yayınları, İstanbul, 1996, s.110-112.

32 Elias, II, s.360.

söylenmesi mümkündür.³³ Zaten hiçbir zaman uygarlaşma sürecinin tamamlandığı söylenemez. Uygarlaşma bugün de hala devam etmektedir.³⁴ Orta Çağ'da aristokrasinin başlatmış olduğu uygarlaşma sürecinin bugün hala devam etmesini sağlayan şey, demokratikleşmedir. Demokratikleşme ile astlık-üstlük ilişkisi azalır ve iktidar unsuru topluma eşit bir biçimde dağılır. Bu durumda eşitler arası ilişkiler gündeme gelir ve kişinin bu ilişkilerde kendi üzerindeki kontrolü artar. Çünkü kişi üstten gelmeyen otoriteyi kendi üzerinde sağlamaya çalışır.³⁵

Elias'ın uygarlık süreci teorisinde “disiplin” kavramı ise bireyin kendisini kısıtlamasını gerektiren sosyal zorlamayı ifade eder. Uygarlık sürecinde disiplin, toplumun işlevlerinin gittikçe farklılaşması ve bu farklılaşmanın bireyi karşılıklı bağımlılıklar örgüsüne çekmesi ile oluşur. Bu süreçte birbirine sıkı sıkıya bağlı iki gelişme yer alır. Bunlardan biri fiziksel şiddet ve güç uygulamasının tekelleşmesini sağlayan kurumlaşmanın gerçekleşmesi iken, diğeri psikik kendini zorlama aygıtının kurulması ve kendiliğinden oluşan ruhsal çalkantıların denetlenmesidir. Kişinin bu süreçten geçerek toplum yapısı içindeki biçimlenişi; birilerinin birilerini disiplin altına soktuğu, bilinçli, amaçlı bir durum değildir. Elias'a göre bu süreç neredeyse sosyalizasyon süreci ile denk düşer. Kısacası uygarlaşma teorisinde disiplin altına girmek; tepeden inme bir strateji uygulamasının sonucu olmayıp, kişinin kendi davranışları ile toplumun talepleri arasındaki çelişkiyi farkında olmadan çözme eğilimi göstermesi anlamına gelir.³⁶ Görüldüğü üzere Elias'a göre disiplin sosyalleşme ve uyumun bir ifadesi olarak karşımıza çıkar. Ancak bizler bugün bu süreci disiplin kavramıyla değil, kişinin kimliğinin oluşması ya da sosyalleşme gibi daha psikolojiye yakın kavramlarla açıklama eğilimi göstermekteyiz. Sahip olduğumuz kontrolü ve öz-denetimi çoğunlukla “disiplin” kavramıyla ifade etmemekteyiz.³⁷

33 Elias, I, s.19.

34 Elias, II, s.429.

35 Topuzkanamış, s.194-195.

36 Bröckling, s.31.

37 Topuzkanamış, s.194.

II. Uygarlaşmanın Duyguların Kontrolü Üzerindeki Etkisi

Elias Uygarlık Süreci'nde insanın uygarlaşma sürecinin mikro-tarihini tanıtmak üzere Orta Çağ'dan³⁸ itibaren “uygar” sözcüğünün gündelik hayatlardaki anlamının değişimini, insan bedeninin aslında en doğal olan fonksiyonlarının nasıl olup da zaman içerisinde adab-ı muşerete aykırı hale geldiğini ve hatta utanma, yüz kızarması gibi duygulara dönüştüğünü inceler.³⁹ Görgü kuralları ilk başta idrar yapmak, tükürmek, dışkılamak, yemek yemek, cinsellik ve şiddet gibi bedensel ve fiziki fonksiyonların hayvani bir tatminden sosyal ritüellere dönüşmesiyle ortaya çıkmıştır. Bu dönüşüm ile insan doğal doğası doğal olandan sosyal olana doğru evrilmiştir.

Uygarlaşma süreci ile bireyler kendi bedenlerini ve ruhlarını kontrol altına alma ve idare etme sorumluluğuyla yükümlü tutulmuşlardır. Aslında tarihin her döneminde bireyler davranışlarına bir miktar kontrol uygulamışlardır, fakat Rönesans dönemi Avrupası'nda bu durum çok büyük ölçüde artmıştır. Bunun nedeni adab-ı muşeretin içeriğinin genişlemesi, görgü kurallarının bireylerden daha fazla kontrol talep etmesi ve bu durumun artık bir kişisel bilinç haline dönüşmesidir. Bugün ise bizler için beden davranışlarının kontrolü adeta kültürümüzün bir parçasıdır ve çocukken öğrenilen sıradan bir süreçtir.⁴⁰ Erken yaşlardan itibaren otomatik bir özdenetim; istikrarlı bir “üst-ben” oluştururuz.⁴¹

Bireylerin kazandığı kontrolde toplumsal bir denetim aracı olarak hatalarının sürekli olarak nazikçe, saygılı ve son derece yumuşak bir biçimde düzeltilmesi etkili olmuştur. Artık içte pasifize edilmiş toplumlar oluşmuş, özdenetim zorlaması artmış ve toplumsal denetim daha bağlayıcı bir hale gelmiştir. Böylesi bir etkinin herhangi bir fiziksel şiddet tehdidi ile kazanılması ise çok daha zordur.⁴² Bedenin ve ruhun doğal tepkilerine karşı geliştirilen bu kontrol mekanizma-

38 Elias; aslında başlangıcı olmayan bir sürecin neresinden başlanırsa başlansın çalışmasının eksik kalacağını, fakat geçmişin araştırılmasında belirli bir sınırın çizilmesinin zorunlu olduğunu, bu yüzden de çalışmasına Orta Çağ döneminden başlamayı yeterli gördüğünü belirtmiştir (Elias, I, s.143).

39 Öncü, s.12.

40 Jackson, s.1602-1604.

41 Elias, II, s.316.

42 Elias, I, s.172.

sı, aslında bireyleri daha girift ve soyut işleri yapabilir bir hale de getirmiştir. Böylelikle uygar insan, atalarına nazaran daha fazla erteleme ve konsantrasyon sağlama gücüne sahip olmuştur.⁴³

Uygar insanın geliştirdiği kontrol mekanizması; bireyler arasında mesafeler yaratmış, kısıtlama ve yasakları çoğaltmıştır. Bu kısıtlama ve yasaklar, Freud'un süper-ego kavramıyla açıkladığı üzere, daha sonra otomatik bir sürece dönüşmüştür. Orta Çağ Avrupası'nda dıştan gelen şiddet ve baskı ile uygulanmak zorunda kalınan davranış biçimleri, zaman içerisinde toplumun bütününe yayılmaya başlamış, yüzyıllar içerisinde de içselleştirilip bireylerin kendi kendilerine uyguladığı bir baskıya evrilmiştir. Elias bu durumu anlamlandırabilmek için eserinde 1500'lü yıllardan 1800'lü yıllara kadarki görgü kuralları literatürüne genişçe yer vermiştir. Daha önce de belirtildiği üzere bu dönemlerde insanların içgüdülerini ya da dürtülerini sosyal alanda kısıtlamaları bugüne oranla çok daha düşüktür.⁴⁴ Fakat yine de tarihin hiçbir döneminde mutlak anlamda toplum tarafından biçimlenmemiş durumunun, yani herhangi bir sıfır noktasının bulunduğu söylenemez. Hangi dönemde yaşamış olursa olsun, hiçbir kısıtlamaya sahip olmayan insan kavramı, ancak bir hayal ürünüdür.⁴⁵ Fakat Orta Çağ toplumundaki bu tarz kısıtlamalarda en azından bir istikrar yoktur, süper-egonun terbiyesi şiddete dayalıdır. Modern pasifize edilmiş bireyde var olan arka plana itilmiş otomatik mekanizmalar oluşmamıştır. Daha çok dışarıdan gelen fiziksel zorlama tehdidi nedeniyle sapma niteliğindeki davranışlardan kaçınılmıştır.⁴⁶

Elias'ın incelediği literatürde ilk olarak dikkate çarpan şey, adab-ı muâşeretin ilk başta bir hijyen ya da sağlık bilgisiyle doğmadığı, yalnızca bir kibarlık ve statü göstergesi olarak ortaya çıktığıdır. Hatta bugün bile geliştirdiğimiz birçok yasağın hijyen ile ilgisi bulunmayıp bu yasakların nedeni sıkılma duygumuzdur. Örneğin yemekte ağız şapırdatılmaması kuralı sağlıklıyla da hijyenle ilgili bir kural değildir. Ancak geliştirilen kontrol mekanizmalarının zaman içerisinde genel-

43 Jackson, s.1610.

44 Topuzkanamış, s.195-196.

45 Elias, I, s.337; Elias, II, s.361.

46 Topuzkanamış, s.206.

likle hijyenik olarak da doğru olduklarının görülmesi, onları daha da güçlendirmiştir.⁴⁷ Kısacası uygarlaşmanın temelinde bir “akılcı bakış” yer almaz. Değişim bir bütün olarak plansız gerçekleşir, ama yine de bu değişimin kendine özgü bir düzeni olduğu inkâr edilemez. Yani yapısallığı olmayan, kargaşa içindeki bir değişim süreci söz konusu değildir.⁴⁸ Uygarlaşma mantıklı bir süreç değildir, fakat akıldışı olduğu da söylenemez.⁴⁹

Adab-ı muâşeret başlarda statü arayıcıları arasında kavgasız bir rekabet ortamı doğurmuştur. Soyluların yapacağı ya da yapmayacağı şeklinde nitelendirilmiş bulunan bu davranış kuralları, sonraki dönemlerde ise “iyi” veya “kötü” olarak gerekçelendirilmeye başlanmıştır. Oluşan duyarlılık ve sıkılma duygusu önceleri küçük bir saraylı çevrenin ayırt edici özelliği iken, zamanla tüm topluma yayılmıştır.⁵⁰ Bu yayılma biçimsel açıdan önce sıvının merkezinde oluşan kristalleşmenin daha sonradan etrafa yayılması şeklinde gerçekleşen kristalleşme kimyasal sürecine benzetilebilir.⁵¹ Söz konusu yayılma için çoğu zaman bir uyarının varlığı dahi gerekli değildir. Örneğin bir çocuk, ailesinin uyarısına maruz kalmamış olsa dahi, yetişkinler dünyasına tamamen yerleşmiş olan çatalı ve bıçağı çevresindeki dünyanın ona örnek oluşturması nedeniyle kullanmaya başlar. Aslında bu durumda saklanmış bir baskı söz konusudur ve çocuk bu davranış kuralını sanki doğanın ona verdiği bir özellikmişçesine içselleştirir. Başlarda farkında olunan ya da olunmayan bir baskıyla gerçekleştirilen davranış, zamanla bir öz zorlama mekanizmasına dönüşür ve sürekli yeniden üretilir.⁵² Öz zorlama ile edinilen davranış biçimi ise birey üzerinde “kendi sağlığı” ya da “insan onuru” için yapılmış hissi yaratır.⁵³ İnsanların güdülerini bu şekilde düzenlemesinin nedeni her ne kadar çoğunlukla utanç ya da şeref duygusu kılıfına bürünse de, çoğunlukla kendi itibarlarının başkalarının gözünde azalmasından duyulan bir korkudur.⁵⁴

47 Jackson, s.1604-1605.

48 Elias, II, s.299-300.

49 Elias, II, s.304.

50 Jackson, s.1604-1605; Elias, I, s.211-264.

51 Elias, I, s.213.

52 Elias, I, s.228.

53 Elias, I, s.254.

54 Elias, II, s.331; Elias, II, s.350.

Elias çalışmasında Erasmus'un 1530 yılında yayımlanan kısa bir yazısından yola çıkmış ve öncelikle görgü kurallarının değişimini gözlemiştir.⁵⁵ Erasmus'un yazısında doğallıkla ifade ettiği pek çok görgü kuralının, daha sonraki yılların "uygarlaşmış" insanları tarafından dile getirilmeleri dahi imkânsızdır. Erasmus'un ve çağdaşlarının insan davranışlarını ele alırken sergiledikleri rahatlık ve açıklık, bugünkü utanç sınırlarımızın ötesindedir. Ancak unutulmamalıdır ki; Erasmus'un yazdıkları bizler için her ne kadar rahatsız ediciyse de, Erasmus yaşadığı dönemde dünyevi üst tabakaya yeni bir utanma ve sıkılma standardı getirmiş bir yazardır. Yani Erasmus'un o dönemdeki nezaketi ile bu dönemdeki rahatlığı arasında aslında bir çelişki bulunmamaktadır. Çünkü onun yaşamış olduğu toplum, bugünkü topluma göre duyguların farklı bir denetimi aşamasında yer almaktadır.⁵⁶

Dikkat çekici noktalardan biri de, Erasmus ve çağdaşlarının yazdıkları şeylerden "sonradan öğrenilmesi gereken şeyler" olarak bahsetmeleridir.⁵⁷ Bunun nedeni yazdıkları şeylerin o dönemde sadece saraylarda yaşanıyor olmasıdır. Ayrıca gerek Erasmus'un bahsettiğimiz yazısında, gerekse dönemin diğer görgü kuralı kitaplarında insan davranışlarıyla ilgili verilen öğütler, bugün için son derece temel öğütlerdir.⁵⁸ Hatta bu öğütler bugün insanların çocuklar üzerinde oluşturduğu sınırlamalara benzetilmektedir.⁵⁹ Çünkü o dönem erişkinlerinin eğilimleri, bugün çocukların sahip oldukları eğilimlerin aynısıdır. Bu eğilimler, günümüzde erken yaşlarda giderildiklerinden, toplumsal yaşamımızda nadiren karşılaşılan bir boyut kazanmışlardır. Bu tarz eğilimlerle karşılaşıldığında da kişiler hasta, patolojik ya da sapık olarak adlandırılıp toplumdan dışlanırlar.⁶⁰

Elias'ın kitabındaki bölüm başlıkları, hangi davranış biçimlerinin süreç içerisinde değişmiş olduğunun bir göstergesi gibidir. Sofra adabı, çatal kullanımı, etin yenilmesi, tükürmek, sümürmek, yatak odasındaki davranışlar vs. şeklinde sıralanan başlıklar, bu davranış

55 Elias, I, s.156.

56 Elias, I, s.236.

57 Elias, I, s.162.

58 Elias, I, s.150.

59 Topuzkanamış, s.199.

60 Elias, I, s.244-245.

biçimlerindeki değişimi ortaya koyar.⁶¹ Elias'a göre bu bölümlerde ele alınan konular, diğer bölümlerden izole edilerek tek başlarına ele alınamazlar. Örneğin yemek yeme biçimindeki değişim hakkındaki örnekler, yalnızca yemek yeme biçiminin değiştiğini göstermez. Çünkü değişen sadece yemek yeme biçiminin kendisi değildir; düşünüş biçimi de, konuşma biçimi de, kısacası ortaya çıkış zamanları ve hareketteki yerleri farklı olsa da diğer tüm davranış biçimleri de paralel bir şekilde değişim gösterir.⁶²

Orta Çağ dönemi eserlerine bakıldığında o dönemde hayvanların sofraya bütün olarak ya da büyük parçalar halinde getirildiği, sofrada parçalandığı görülür. Hatta iyi yetiştirilmiş bir kişinin sofrada etin nasıl parçalanacağını bilmesi gerektiği vurgulanır. Çünkü sofrada etin parçalanması ve dağıtılması bir onurdur. Bu durumun zamanla bir gelenek olmaktan çıkmasında ise; ailelerin ve ev yaşantısının küçülmesi, evin daha çok bir tüketim merkezi haline dönüşmesi, bu tarz görevlerin uzman kişilerce yerine getirilmeye başlaması gibi toplumsal faktörler etkili olmuştur. Bugün ise hiç kimse sofrada bir hayvanı tüyleriyle birlikte bir bütün olarak görmek istemez. Et yemekleri etin kaynağını unutturacak şekilde hazırlanır. Hatta et yemeyi dahi reddeden insanlar vardır. Bu, toplumsal süreçlerin ruhsal değişimlere nasıl neden olduğunu gösteren açık bir örnektir.⁶³

Bir başka örnek yatak odasının ve çıplaklığın insan yaşantısının en gizli alanı haline gelmesidir. Aileyi çevreleyen duvarlar, baskılamayan "hayvanca" şeyleri başkalarından gizler ve sahnenin arkasına atar. Bu durum yetişkinlerle çocuklar arasındaki mesafeyi de artırır. Bu nedenle bugün çocukları "cinsel konularda bilgilendirme sorunu", en önemli sorunlardan biri haline gelmiştir. İşte konuşmada bile gözlenen bu zorluk, bireylerin içindeki sosyo-oluşumsal baskının güzel bir örneğidir. Orta Çağ'da ise durum oldukça farklıdır. O dönemde çıplaklık kavramının normalliyi; dönemin banyo ve hamam gelenekleri, evlilik yatağına şahitler huzurunda girilmesi, vücutlarını satan kadınların toplum yaşantısında bir yere sahip olması gibi örneklerden anlaşılabilir. Yine o dönemde aynı aileden

61 Topuzkanamış, s.197.

62 Elias, I, s.204.

63 Elias, I, s.216-219.

dahi olmayan kişilerin aynı yatakta uyumaları tamamen normal karşılanmaktadır.

16. Yüzyıldan itibaren bu rahatlık yavaş yavaş ortadan kalkar ve diğer örneklerde olduğu gibi dürtüsel davranışların ötelenmesiyle utanma sınırı yaklaşır.⁶⁴ Utanma, insanın bir bağ içerisinde bulunduğu diğer insanlarla veya kendisiyle çelişki içerisinde düştüğü bir şeyi yapması ya da yapmak üzere olmasıdır.⁶⁵ Utanma sınırının düşmesi de, insan ilişkilerinin değişiminin tamamen doğal bir sonucudur.

Uygarlığın birçok davranışı kapalı kapılar ardına yerleştirme yönündeki ilerleyişi, insanı ilginç bir bölünmüşlüğe sevk eder. Herkesin bildiği fakat kimsenin konuşmadığı davranışlar ortaya çıkar. Ve bu bölünmüşlük insana o kadar doğal gelmeye başlar ki, insan böylesi bir ayrımın farkına dahi varmaz. İnsan davranışlarının bu şekilde “alenen yapılabilenler” ve “alenen yapılamayanlar” olarak ikiye ayrılması, insanın ruhsal yapısında önemli değişikliklere yol açmıştır. İnsan dürtüleriyle ilgili konularda kendisini öyle denetler bir hale gelmiştir ki, artık çoğu zaman tek başınayken dahi başka türlü davranmaya cesaret edemez.⁶⁶ Çünkü otomatik ve körlemesine işleyen bir özdenetim aygıtı pekiştirmiş ve artık istese bile karşı koyamayacağı bir iç zorlama oluşturmuştur.⁶⁷

Orta Çağ döneminde ele alınan bu konuları bugün incelerken duyduğumuz utanç aslında uygarlık sürecinin apaçık bir belirtisidir. Oysa şimdiki insan davranışları, bugün “uygarlaşmamış” dediğimiz insan davranışlarından türemiştir. İşte bugün bir meta olarak karşımızda duran ve genellikle nasıl sahip olduğumuzu sorgulamadığımız “uygarlık”, aslında insanların da içinde yer aldığı bir süreçtir.⁶⁸

Uygarlık süreci içerisinde insanların utanma duygularının kapladığı konular zamanla genişler ve bu duygular bireyi oluşturan temel unsurlar haline gelir. Çünkü insanların gizli ve özel alanları genişlemiştir. İnsanlar herkesin bildiği, fakat kimsenin konuşmadığı ayrı bir kimlik edinirler. Bu kimlik onlarda utanma ve iğrenme eşiğinin

64 Elias, I, s.269-295.

65 Elias, II, s.377.

66 Elias, s.306.

67 Elias, II, s.305.

68 Elias, I, s.136-142.

düşmesine ve pek çok davranışın sosyal hayatın gerisinde bırakılmasına neden olur. Böylelikle kişiler arasındaki mesafeler büyür.⁶⁹ Orta Çağ döneminde en ufak bir huzursuzluğa dahi yol açmayan davranışlar bugün hoşnutsuzluk, tiksinti, utanma, korku gibi duygulara neden olur. Tüm bu duygular toplumsal olarak oluşturulmuştur ve sürekli olarak yeniden üretilmektedir.⁷⁰

Uygarlaşma sürecinin bizden sonraki aşamalarında yer alacak olan insanların da, tıpkı günümüz insanların geçmişe bakınca hissettikleri gibi, günümüz davranışlarına bakıp utanma duygusu yaşamaları son derece mümkündür.⁷¹

Elias'a göre uygarlık sürecinin kesinlikle düz bir çizgide ilerlemediğini, belirtilen değişimlerin yalnızca genel eğilimleri göstermeye yardımcı olabildiğini belirtmekte fayda görüyoruz. Kısacası böylesine uzun bir süreçte yer alan ve bir bütünün parçalarını oluşturan tüm bu davranış dönüşümleri, birbirleriyle kesiştiği kadar birbirlerine karşıt hareketler de içerebilir. Ancak Elias'a göre önemli olan tarihsel hareketi bütünlüğü içerisinde değerlendirebilmektir.⁷²

III. Şiddet, İktidar ve Disiplin

Uygar insanın davranışlarındaki önemli bir dönüşüm de şiddetin değişimidir. Elias'a göre son 500 yılda korkunç boyuttaki bir şiddetten yüksek bir öz-kontrole geçilmiştir. Bugün kişiler arası ilişkilerde ortaya çıkan şiddet ve saldırganlık seviyesi, Orta Çağ toplumunda toplumun içinden doğan kontrolsüz şiddetle kıyaslanamayacak ölçüde azdır.⁷³

69 Topuzkanamış, s.198-199.

70 Elias, I, s.226-227.

71 Elias, I, s.136-142.

72 Elias, I, s.301-302.

73 Gerçi Orta Çağ'daki savaşlarda duyguların dışavurumu da kavimler göçünün gerçekleştiği İlkçağ'daki kadar serbest değildir. Ama tabii ki Yeniçağ'ın standartlarıyla karşılaştırıldığında neredeyse tamamen serbest gibi görülmektedir. Yeniçağ'da; başkalarına eziyetten ve vahşetten duyulan zevk anlayışı, devlet aracılığıyla gerçekleşen güçlü bir toplumsal denetim altına alınmıştır. Orta Çağ'da ise savaşçılar, barış dönemlerinde dahi savaş hayaliyle yaşamışlar ve bu dönemlerde tıpkı savaşları andıran turnuvalara katılmışlardır. Yine 16. Yüzyılda Paris'te kedi yakmanın bir eğlence olduğu bilinmektedir. Bugün böyle bir davranış sergileyen kişi hiç şüphesiz "anormal" bulunacaktır. Görüldüğü üzere; o dönemde keyif veren pek çok şey, şu dönemde tiksinti uyandırmaktadır. Kavga ve saldırganlık dürtülerinin ortaya çıkmasına toplum sadece boks maçları ya da at yarışları gibi durumlarda izin vermektedir. (Elias, I, s.308-324.)

Şiddet duygusunun bu şekilde bir iç kontrolle baskılanması öncelikle zorlayıcı bir dış güç olan modern toplum merkezi devletinin varlığının bir sonucudur.⁷⁴ Tepkilerin kontrolü ile disipline edilmiş bir yurttaşlık yaratılmıştır.⁷⁵ Merkezi devletin varlığıyla şiddet tekeli onun eline geçmiş, şiddet doğrudan fiziksellik özelliğini kaybetmiş, devletin meşrulaştırdığı uzman grupların işi haline gelmiş ve bireyler gündelik hayatlarında pasifize edilmişlerdir. Bahsi geçen uzman gruplar da, yalnızca savaş ve toplumun altüst olması gibi durumlarda şiddet uygulamakla sınırlandırılmışlardır. Birey ise bu pasifize edilmiş durumunu hemen hemen hiç hissetmez bir hale gelmiştir. Çünkü bireyin davranış ve dürtüleri, gençlik çağının en erken evrelerinden itibaren toplumun inşa biçimine uyumlu bir hale getirilmiştir.⁷⁶ Belirtilmelidir ki; şiddet ve saldırganlık duygularının bu şekilde giderek engellenmesinde, devletin denetim ve yaptırım gücünün merkezileşmesi ve tekelleşmesinin yanında, toplumsal işbölümünün ve uzayan bağımlılıklar zincirinin de etkisi yadsınamaz.⁷⁷ Tüm bunlar birleştirildiğinde insanlar gerek siyasi alanda gerekse ekonomik alanda, birbirleriyle sürekli bir karşılıklı bağımlılık ilişkisi içerisine girerler.⁷⁸

Elias'a göre; insanlar aslında diğer dürtülere benzeyen şekilde bir saldırganlık dürtüsüne sahip değildir. Yalnızca bir tehlike hissettiklerinde otomatik olarak bu hislere sahip olur. Yani insanlardaki saldırganlık potansiyelini bir çatışma durumunun varlığı harekete geçirir. Çatışmayı ayaklandıran şey saldırganlık değildir; saldırganlığı ayaklandıran şey çatışmadır. Çatışma, insan yaşamının ve toplumsal yapının doğal bir boyutudur. İnsanlığın gelişiminde daha önce hiçbir zaman milyonlarca insan bu denli bir barış hali içerisinde yaşamamıştır. İnsanlığın eski dönemleri ise çok büyük bir şiddetle çevrilidir. Peki, insanlar günümüzde nasıl bu denli büyük toplumsal gruplarda görece olarak barış içinde yaşamaktadır? İşte bunu mümkün kılan, özel bir toplumsal örgütlenme türüdür. Bu örgütlenme türünde; şiddet tekeli, devlet tarafından denetlenmekte, asker ve polis tarafından temsil edilmektedir. Şiddete ilişkin bu devlet tekeli büyü-

74 Topuzkanamış, s.199-204.

75 Jackson, s.1616.

76 Bröckling, s.32.

77 Imbusch, s.97.

78 Elias, II, s.412-413.

dükçe bireyin zihninde etkili olan şiddet yasakları artar. Bunun en temel sonucu olarak da birey zaman içerisinde önce diğer bireylerle arasındaki şiddete gönülsüzlük duyar, daha sonra onun bu hissi şiddete karşı derin bir hoşnutsuzluğa ve hatta nefrete dönüşür.⁷⁹

Modernlik öncesi dönemlerde görece serbest olan bireysel şiddetin bu yollarla pasifize edilişi, daha önce de belirttiğimiz gibi, ancak istikrarlı bir şekilde işleyen tekel bir kurum olan devletin varlığına bağlıdır. Çünkü ancak bu sayede bireyde oluşan dışsal baskı otomatikleşerek içsel bir alışkanlık haline gelebilir.⁸⁰ Bedensel şiddet uygulamalarının tekelleşmesi ile bireyi belirleyen tüm mekanizmalar ve bu kapsamda bireyin korkuları da önemli ölçüde değişmiştir.⁸¹ Tekil kişilere karşı sürekli düşmanlık zorunluluğu; yerini daha barışçı, para ya da prestij edinmeye yönelik, duygu dışavurumlarının orta bir çizgiye kaydığı bir sürece bırakmıştır. İnsanın insana karşı oluşturduğu tehdit daha öngörülebilir olmuştur. Gündelik yaşam şok halinde patlak veren değişimlerden arınmış ve şiddet eylemi kışlaya konulmuştur.⁸² Bu yolla uygar insan savaş halinde dahi dürtülerini doğrudan doğruya serbest bırakamaz bir hale gelmiştir.⁸³

Geleneksel devletler ise, modern devletlerin aksine, kişiler arasındaki şiddete genellikle kayıtsızdır. Geleneksel devlette vergilendirme engellenmiyor ve düzensizlik ortaya çıkmıyorsa, bireyler arasındaki şiddet eylemlerine müdahale edilmez. Anlaşılacağı üzere bu devletler insanları “modern anlamda” yönetmez.⁸⁴

Şiddetin engellenmesinde istikrarlı tekelleşmiş bir kurum olarak devletin varlığının ne kadar önemli olduğunu kavramımızda, uluslararası düzeydeki şiddet uygulamaları yardımcı olabilir. Şöyle ki; uluslararası düzeyde devletlerin tepesinde devlet gibi bir şiddet tekeli bulunmamaktadır. Bu nedenle uluslararası düzeyde ilkel atalarımızın yaşadığı gibi yaşamaktayız. İlkel atalarımız güçlü komşularından kor-

79 Norbert Elias, Şiddet ve Medeniyet: Fiziki Şiddet Üzerindeki Devlet Tekeli ve Bunun İhlali, çev. Ahmet Çiğdem- Levent Köker, *Birikim Dergisi*, Sayı 38-39, Haziran- Temmuz 1992, s.58-68.

80 Topuzkanamış, s.199-204.

81 Elias, I, s.66-67.

82 Elias, II, s.312-313.

83 Elias, I, s.321.

84 Anthony Giddens, *Ulus Devlet ve Şiddet*, çev. Cumhur Atay, Kalkedon Yayınları, İstanbul, 2008, s.1-87.

karak yaşarlardı. Çünkü onlar için tehditler, tahripler ve köleleştirme risk oluşturmaktaydı. İşte günümüzde de benzer bir durum, devletlerin devletlere karşı tehlike teşkil etmeleridir. Günümüzdeki devletler, kendilerinden daha büyük devletlerin işgali korkusu altındadır. Her ne kadar iç ilişkilerde şiddet uygulamaları yasak ve cezai müeyyidelerle çevrili olsa da, uluslararası alanda işleyiş farklıdır. Büyük devletler diğer devletlere karşı devamlı bir şiddet hazırlığı içerisinde. Yani insan türünün uluslararası alandan daha çok yerel alanda uygarlaştığı rahatlıkla söylenebilir. Bunun nedeni ise insanların doğası gereği kötü ya da saldırgan olması değildir. Yalnızca, iç ilişkilerdekinin aksine uluslararası alanda devlet gibi engelleyici bir kurumun kurulmamış olmasıdır.⁸⁵

İstikrarlı şiddet tekelinin en önemli sonucu, bireyi bir yandan ani saldırılardan korurken diğer yandan onun saldırı güdüsünü baskılamasıdır. Tekil insan bedensel şiddetin hayatına bir şok halinde girmesine karşı büyük ölçüde korunurken, aynı zamanda kendi tutkularının patlamasını baskılamaya zorlanmıştır.⁸⁶ Orta Çağ döneminde bu güdülerin baskılanması ne gerekli, ne yararlı, ne de mümkün olmuştur.⁸⁷ Hatta çoğunlukla hayatta kalmak, bu güdülerin korunması ile sağlanmıştır. Orta Çağ savaşçılar toplumunda da tabii ki bir miktar özdenetim vardır. Ancak bu; bedensel şiddet eylemleriyle terbiye edilen, zorla dayatılan ve sürdürülen bir özdenetimdir. Bugünkü özdenetim başarısızlığından duyulan korku yerine, dolaysız fiziksel tehditten kaynaklanan bir korku mevcuttur.⁸⁸ Modern toplumda ise, geleneksel toplumdakinin aksine, toplumsal bağlar ve iş bölümü, şiddet zoruyla değil hukuki mekanizmalar yoluyla sağlanmaktadır.⁸⁹

Özdenetimin ve hukukun getirdiği toplumsal davranış kuralları ile şiddet tekelini bir arada düşündüğümüzde, modern bireyin aslında nasıl da özgürlüklerle “kuşatıldığını” görürüz. Bu kuşatmanın sonucu olarak özgür birey artık itaat etmez, hukuka “uyar”. Çünkü itaat kavramı bireyin sürekli bir tehdit ya da korku ile baskılanması

85 Elias, Şiddet ve Medeniyet, s.58-68.

86 Elias, II, s.309.

87 Elias, II, s.219.

88 Elias, II, s.314.

89 Topuzkanamış, s.204-205.

anlamına gelir.⁹⁰ Hukuka uyan bireyler ise bir emrin zorlamasına gerek duymazlar.

IV. Norbert Elias'ın Uygarlık Kuramına Yöneltilen Eleştiriler

A. Şiddet Davranışlarındaki Dönüşüme Yönelik Eleştiri

Elias'ın uygarlık kuramına yönelik en ağır eleştiriler 20. Yüzyıl-da meydana gelen olayların, özellikle Naziler tarafından uygulanan şiddet ve kitlesel imha hareketlerinin, kuramı çürütmüş olduğu üzerinedir.⁹¹ Devletin şiddet tekeli olarak ortaya çıkışıyla birlikte kendiliğinden duygusal kökenli fiziksel şiddet günlük hayatta azalmış olabilir, fakat aynı zamanda şiddet tekeline sahip kurumların planlı fiziksel şiddet uygulamaları artmıştır.⁹²

Moderniteye bakışta aslında şiddete yönelik iki farklı yaklaşım izlenmektedir. İlk yaklaşımda şiddet, modernite öncesi bir fenomen olarak görülür. Modernite ve şiddet birbirine karşıt olgular olup, şiddetin önemi ve boyutu devletin bir şiddet tekeli olarak ortaya çıkışıyla birlikte etkin bir şekilde sınırlandırılmıştır. Yoğun ticari etkiler ve ekonomik çıkarlar da pasifize edici bir etkiyle şiddete ve savaşa engel olmaktadır. Bu yaklaşımda genellikle kesintisiz bir büyük gelişim trendi içerisinde sapmalardan, kısa süreli gerileyişlerden söz edilir. Elias'ın ve birçok diğer düşünürün “uygarlık kesintisi” gibi sözleri, bu duruma işaret eder.

Şiddet içermeyen modernite tezi karşısındaki diğer yaklaşım ise, modernite tarihindeki şiddetin karakterini ve yıkım potansiyelini vurgular ve tarihi “engellenemeyen afetler tarihi” olarak görür. Bunun en büyük dayanakları; Yahudi soykırımı, Birinci ve İkinci Dünya Savaşları, Hiroşima ve Nagazaki, terör olayları, faşizm ve Stalinizm gibi örneklerdir. 20. Yüzyıl da, tıpkı 14. Yüzyıl gibi afet düzeyine ulaşmış olağandışı şiddet örnekleriyle doludur. “Karanlık Orta Çağ” yorumuyla bu durum arasında büyük bir çelişki vardır. Ayrıca mikro düzeydeki şiddet de, azalsa dahi sürekli olarak varlığını sürdürmek-

90 Topuzkanamış, s.205-206.

91 Hammer, s.82.

92 Jonathan Fletcher, *Violence and Civilization- An Introduction to the Work of Norbert Elias*, Westdeutscher Verlag, Cambridge, 1997'den aktaran Hammer, s.83.

tedir. Kısacası modernitenin şiddet içermediğini söylemek oldukça zordur. 20. Yüzyılda barbarlıklar ve makro suçlar öylesine yoğundur ki bu yüzyılın genel özelliği olağanüstü şiddet içermesidir. Şiddet araçlarının devlette tekelleşmesi ile yıkıcı güçler katlanarak büyümüş, terör ve şiddet devletleşmiştir.⁹³

Aslında bu yaklaşım farklılıkları uygarlık kuramlarında modernite kavramının çokanlamlılığının bir göstergesidir. Imbusch'a göre modernite ile barbarlık arasındaki ilişkiyi açıklamaya çalışan yaklaşımlar arasındaki en isabetli görüş, şiddet içermeyen modernitenin yalnızca bir hayal olduğudur. Modernitenin egemen söylemi olan şiddetin patolojik bir durum olması düşüncesi hatalıdır. 20. Yüzyılda yaşanan şiddet deneyimlerinin diğerlerinden bile korkunç olan boyutu, barbarlık ile bilim ve tekniği birleştirmiş olmasıdır.⁹⁴

İşte Elias'ın uygarlık kuramında da genellikle eleştirilen nokta şiddeti “eski”, “yabancı” bir şey olarak göstermesidir. Çünkü Elias çizgisel ve evrimci uygarlık süreci analizi ile ilginç bir şekilde Birinci Dünya Savaşı'nın ve nasyonal sosyalist şiddetin reel deneyimlerine hiç değinmemiştir. Imbusch'a göre; Elias'ın uygarlık kuramı, makro suçları ve bunların modernite içerisindeki yerini sadece sınırlı bir şekilde açıklayabilmektedir. Ona göre insanlar aynı anda hem canı hem de sanatseverdir. Gündüzleri işkenceci, akşamları sevecen bir aile babası olabilir. Ruhsal ve ilkel olanın bastırıldığını, fakat hiçbir zaman aşılamadığını söyleyen düşünürler haklıdır.⁹⁵

Elias ise; büyük kitlesel kıyım biçimindeki barbarlıkları uygarlık sürecinin “kısmi ve geçici sapmaları” olarak küçümsediği eleştirisine karşı cevabını, sessiz bir özeleştiri niteliğindeki Almanlar Üzerine Çalışmalar adlı eserinde vermiştir.⁹⁶ Elias'a göre barbarlığı ve uygarlık dışına çıkmayı, özgür bir kişisel kararın ifadesi olarak görmek kolaydır, fakat bu tür iradeci bir açıklama son derece hatalıdır.⁹⁷ Ona göre tarihsel olgular her zaman uzun erimli bir tarihsel süreç içinde ele alınmalıdır. Örneğin bu çalışmasında Alman ulusal kimliğinin

93 Imbusch, s.92-104.

94 Imbusch, s.106-107.

95 Imbusch, s.97-108.

96 Akçam, s.250.

97 Elias, Şiddet ve Medeniyet, s.58-68.

oluşumunu 150-200 yıllık bir perspektif içerisinde değerlendirmiştir. Bu sayede Alman tarihinin sürekliliği ile Yahudi soykırımına yol açan kopuş arasındaki ilişkiyi teorik olarak kurabilmiştir. Elias bu eserinde; belli bir dönemde yaşanan toplumsal olayların gerçek anlamda etkilerinin en az yüz yıl sonra ortaya çıktığını savunur. İnsanlardaki ruhsal yapının anlaşılabilmesi için uzun süreli modellere ihtiyaç duyulur. Buna “uzun dönemli psikolojik analiz” denilebilir.

Elias, eserinde Alman ulusal devletinin oluşum sürecindeki ana boyutları inceler. Ona göre uygarlık kuramının istisnaları altında çok derin toplumsal süreçler yatar. Biz de bu boyutları, Elias'ın en büyük eleştirisine karşı başarılı bir cevabı olarak gördüğümüzden, çok kısaca özetleme gerekliliği duyuyoruz. Birinci özellik; Almanya'nın “orta konumu”dur. Latinleşmiş ve Slav gruplar bir yandan nüfusça kalabalık Alman devleti tarafından tehdit ediliyor hissedilerken, bir yandan da Alman devleti temsilcilerinin kenarlardan sürekli tehdit altında hissetmelerine neden olmuşlardır. İşte bu “orta konum”un yarattığı haleti ruhiye ile devlet, “kenarları” kendine yönelik bir tehdit unsuru olarak görmüştür. İkinci özellik, devletlerarası hiyerarşide Almanya'nın eski üstün konumunu kaybetmiş olmasıdır. Statü kaybetme korkusu, kendi durumunun aslında değişmediğini dünyaya göstermek amacıyla iktidar gösterilerine ve hatta savaşlara dönüşür. Kısacası korku, birçok soruna kaynaklık eder. “Büyük geçmiş”e özlem duyguları ağırlık kazanır. Diğer bir temel özellik ise; Alman devletinin İngiltere ve Fransa'ya kıyasla istikrarsız bir gelişim seyri göstermesidir. Tarihsel kopukluk, ulusal kimliğin oluşmasını engeller ve bu durum kendi değerlerini abartılı överek aşağılık kompleksi çekmeye kadar varır. İşte Elias'a göre tüm bu özellikler birlik ve beraberliği bozan, “dış kontrol” ihtiyacını kuvvetli bir lidere özleme dönüştüren ve sonuç olarak Hitler'i doğuran faktörlerdir.⁹⁸

Kanaatimizce Elias'ın uygarlık kesintilerinin altında derin toplumsal süreçlerin yattığına yönelik iddiasında ve Hitler'i doğuran faktörlere ilişkin tespitlerinde haklılık payı bulunmaktadır. Bunun yanında, uygar insanların toplum içerisinde gösterdikleri barbarlık boyutundaki şiddet davranışların eskiye oranla azaldığı iddiası da isabetlidir. An-

98 Akçam, s.251-258.

cak önemle belirtmeliyiz ki; faşizmin ve uluslararası alandaki şiddetin uygar toplumlardaki yaygınlığı düşünülürken, bu şiddet türlerinin “istisnai kesintiler”in ötesinde bir boyutta olduğu ve Elias’ın kuramının bu soru işaretini tam olarak aydınlatamadığı kanaatindeyiz.

B. Diğer Eleştiriler

1. İlerlemecilik Eleştirisi

Elias çalışmasında Avrupa uygarlığının ilerlemeci olduğunda ısrar eder. Çalışmasını kabaca 1500 ve 1800 yılları arasında sınırlamış, barbarlığa gerileyiş durumlarını ise tam olarak açıklamamıştır.⁹⁹ Aslında uygarlaşmanın uzun bir dizi yükseliş ve iniş hareketleriyle gerçekleştiğini kabul etmiştir¹⁰⁰, ancak dönemin ya da önceki dönemlerin birçok katliamından bahsetmemiştir. Kısacası Elias barbarlaşmaları yalnızca normdan sapma olarak ele almış ve devamlı olarak artan uygarlaşma betimlemesinde bulunmuştur.¹⁰¹

Biz de yukarıda belirttiğimiz düşüncemiz paralelinde Elias’a yöneltilen ilerlemecilik eleştirisinde haklılık payı bulunduğu kanaatindeyiz. Uluslararası alandaki kesintisiz şiddetin boyutu karşısında “normdan sapma” durumundan değil, adeta bir uluslararası barbarlık durumundan bahsedilebileceği fikrindeyiz.

Doktrinde yine insanların tepki kontrolünün artmasının her zaman olumlu bir sonuç doğurup doğurmayacağı sorusu da eleştiriye konu olmuştur. Belki de adab-ı muaşeretin sahtekârlığı yerine, arzuların kontrol dışında düzensiz çoğalmasının tepki kontrolünden daha iyi olacağı ve esasında daha çok tepki kontrolü sağlayacağı belirtilmiştir.¹⁰² Ancak Elias’a göre uygarlaşma tüm çokanlamlılığına rağmen son kertede insanların birbirleriyle barış içinde yaşamalarının tek olanağıdır.¹⁰³

Kanaatimizce adab-ı muaşeretin “sahtekâr” bir boyutu olduğu eleştirisinde haklılık payı bulunmaktadır. Nitekim Elias’a göre de

99 Bröckling, s.33.

100 Elias, II, s.327.

101 Bröckling, s.33.

102 Jackson, s.1617-1618.

103 Hammer, s.79.

insanlar; tek başlarıyken ve toplum içindeyken farklı kişiliklere bürünmektedirler. Ancak arzuların kontrol dışı düzensiz çoğalmasının tepki kontrolünden daha iyi bir sonuç doğurabileceği iddiası hakkında şüphelerimiz mevcuttur. Nasıl hukuk normlarının baskılayıcı gücü ile bulunduğu bir toplumda, her ne kadar normdan sapan insanlar var olsa da, toplumsal kaos ortamında bir iyileşme mevcut-sa; uygarlaşmaya yönelik baskılayıcı tepki kontrolünün de arzuların kontrolsüz çoğalmasına göre daha çok tepki kontrolü sağlayabileceği fikrindeyiz.

2. Diğer Sosyal Tabakaların Küçümsemesi Eleştirisi

Elias çalışmasında saraylılar dışındaki sosyal tabakaların kendi adab-ı muâşeretlerinden, belki de küçümseyici bir bakış açısıyla, bahsetmediği için eleştirilmiştir. Sahiden de Elias, saraylılar dışındaki kitlelere çok az gönderme yapmıştır. Oysa bazı toplumsal tarihçiler, bu diğer kitlelerin zengin bir kültürel hayata sahip olduklarını ve onların kültürlerinin seçkin kesimler tarafından, seçkinlerin kültürüne saldırdıkları gerekçesiyle, yok edildiğini belirtmektedir.¹⁰⁴ Kısacası Elias'ın ilkel dünyaya atıf yapmaması eleştirilerin odağında yer almıştır.¹⁰⁵

Bu noktada belirtmek gerekir ki Elias'a göre örneğin sürekli aç kalma tehlikesinde olan, sıkıntı ve sefalet içerisindeki bir toplumsal tabakadaki bireyler, zaten uygar davranamaz. İstikrarlı bir "üst-ben" aygıtının geliştirilebilmesi için, görece yüksek bir yaşam standardı ve hayli yüksek bir güvenlik düzeyi gerekir.¹⁰⁶

Görüldüğü gibi Elias'a göre uygarlıktan bahsedebilmemiz için öncelikle daha temel sorunların çözüme ulaşmış olması gerekir. Bu kapsamda düşündüğümüzde; bahsettiğimiz eleştiriye konu olan "diğer sosyal tabakaları küçümseme" durumunun, belki de Elias'ın bu fikrinin bir ürünü olabileceği, yani onun küçümseyici bakış açısıyla değil de bilinçli olarak yalnızca saraylı kitleden bahsetmeye yönelik bir tercihte bulunmuş olabileceği söylenebilir.

104 Jackson, s.1618.

105 Öncü, s.12.

106 Elias, II, s.397.

3. Sekülerlik Eleştirisi

Elias'ın çalışmasındaki bakış tarzı tamamen sekülerdir. O, din unsuruna uygarlaşma sürecinde hiçbir rol tanımamıştır. Oysa Elias'ın etraflıca faydalandığı Erasmus'un görgü kuralları kitabını şekillendiren en temel unsur kilise arka planıdır. Bu nedenle Elias'ın teolojik konuları tümüyle görmezden gelmesi eleştirilere konu olmuştur.¹⁰⁷

Gerçekten de sosyolojik ve psikolojik süreçleri bir bütün olarak ele alan ve çalışmasını oldukça etraflıca tutmayı tercih eden Elias'ın; din unsurunun uygarlaşan insan üzerindeki etkilerine “en azından” değinmemiş olması son derece şaşırtıcıdır.

4. Ruhsal Hastalıkların Görmezden Gelinmesi Eleştirisi

Elias'ın uygarlaşmanın hayvani içgüdülerin bastırılması yoluyla mümkün olduğu tezi, daha önce de belirttiğimiz gibi, Sigmund Freud'un görüşüne çok yakındır. Ancak Freud'a göre söz konusu baskı, insanlarda nevroz ve psikozlara yol açabilir. Bunun nedeni egonun süper-egodan gelen baskıyı kolayca hazmedememesidir. Eğer ego böyle bir direnç gösterirse ruhsal hastalıklar oluşur. Elias'ın kuramında eleştirilen nokta ise ruhsal hastalıklardan hiç söz etmemesidir. Bu da onun teorisinde egonun süper-egoya hiç mi direnmediği sorusunu doğurur. Eleştirilere göre; ruhsal hastalıklardan bahsedilmese dahi, uygarlığın bir bedeli olarak en azından ego ile süper-ego arasındaki “gerilim”den bahsedilmesi gerekir.¹⁰⁸

Aslında Elias Uygarlık Süreci'nin ikinci cildinde; insanlar arasındaki dolaysız gerilim ve tutkunun bir kısmının artık insanların kendi içlerinde yaşanmak zorunda kaldığını, “üst-ben” ile “bilinçdışı” arasındaki gerilimin büyüdüğünü belirtmiştir.¹⁰⁹ Elias'a göre; insanların pasifize olma süreçleriyle birlikte, daha önceleri diğer insanlara karşı dolaysızca ortaya dökebilecekleri gerilimler, kendi kendisiyle mücadeledeki bir iç gerilime evrilmiştir.¹¹⁰ Bu durumda; eleştirilere neden olan şey, Elias'ın insanın iç gerilime evrilen kendi mücadelesini yal-

107 Jackson, s.1618.

108 Jackson, s.1619.

109 Elias, II, s.317-318.

110 Elias, II, s.384.

nızca belirtmekle yetinmesi ve bu konuda daha ayrıntılı bir açıklama yapmaması olmuştur denebilir. Ancak Elias'ın çalışmasının ne kadar kapsamlı olduğu düşünüldüğünde, ruhsal hastalıkların tamamen ayrı bir çalışmaya dahi konu olabileceği unutulmamalıdır kanaatindeyiz.

5. Avrupamerkezcilik Eleştirisi

Avrupamerkezcilik eleştirisi, Elias'ın araştırmasının Batı Avrupa ile sınırlı olmasını ve özdenetim artışı ile devletin şiddet tekeli arasındaki ilişkinin tüm uygarlık süreçleri için genelleştirilmesini içerir. Doktrinde bu nedenle Elias'ın uygarlık kuramının geçerlilik alanının Batı Avrupa ile sınırlı olması gerektiği ya da en azından başka topluluklarda fazlaca bir araştırma yapılmadan uygulanamayacağı belirtilmiştir.¹¹¹ Hatta Breuer'e göre uygarlık kuramı yalnızca mekânsal değil, aynı zamanda zamansal sınırlandırmaya da tabidir.¹¹² Kanaatimizce de her topluluğun ve dönemin kendine özgü nitelikleri gereği, Elias'ın uygarlık kuramının çalışmaya konu topluluk hakkında yeterli araştırma yapılarak uygulanması gerekir.

Elias'a göre ise "Batı'nın uygarlık sürecini özel ve eşsiz kılan olgu, burada dünya tarihinde hiç eşi görülmemiş boyutlarda bir işlev bölümünün, eşi görülmemiş istikrara sahip şiddet ve vergi tekellerinin, eşi görülmemiş genişlikteki coğrafyaları ve büyüklükteki insan kitlelerini kapsayan karşılıklı bağımlılıkların ve rekabetlerin oluşmuş olmasıdır."¹¹³ Bu nedenle Elias'ın Avrupamerkezciliğinin temelinde Batı'nın bu benzersiz olduğunu belirttiği özelliklerinin bulunduğu ve Elias'ın çalışmasını tercihen Avrupa ile sınırlı tutmuş olduğu kanaatindeyiz.

6. Feminist Eleştiri

Elias'ın çalışmasında sömürgeci şiddet, cinsiyetler arası şiddet ve özellikle aile içi şiddet ihmal edilmiştir. Bu durum da onun tezinin erkek merkezli bir bakış içerdiği gerekçesiyle eleştirilmesine neden olmuştur. Aslında dönemin diğer yazarlarının aksine Elias cinsiyetler

111 Hammer, s.78.

112 Stefen Breuer, Die Gesellschaft des Verschwindens- Von der Selbstzerstörung der technischen Zivilisation, Hamburg, 1995'den aktaran Hammer, s.78.

113 Elias, II, s.322.

arası ilişkiyi tamamen gözardı etmez, fakat bu ilişkinin üzerinde pek fazla da durmaz. Yani toplumsal bir kategori olarak cinsiyet Elias'ı pek ilgilendirmez.¹¹⁴

Gerçekten de Elias'ın tezinde hiç üzerinde durmadığı konulardan biri de kadına yönelik şiddettir. Kadına yönelik şiddetin “uygarlaşmış” insanlar arasındaki yaygın durumu, tıpkı uluslararası alandaki şiddette olduğu gibi, istisnai sayılamayacak bir boyuttadır ve uygarlık tezinde ihmal edilmiştir. Günümüz dünyasında dahi artarak devam eden bu şiddet türünün nedenlerine ayrı ve kapsamlı birden çok çalışmanın yoğunlaşabileceğinin farkındayız. Ancak Elias'ın tezinde sürekli olarak “uygarlaşan” ve “ilerleyen” insanların neden karşılardaki insanın sadece bir kadın olması nedeniyle barbar davranışlar gösterme eğiliminde oldukları hususunda en azından bir soru işareti bırakılması gerekirdi kanaatindeyiz. Bu düşüncemizin temelinde, tek yönlü olan yaygın bir şiddet türünün “uygarlık kesintisi” gibi bir kavramla açıklanamayacak nitelikte olması yatmaktadır.

Ayrıca Elias her ne kadar kadın ve erkeğin uygarlaşma süreçlerinin farklı olduğunu ve kadınların dürtüsel yaşantısındaki baskınlıkların erkeklerden daha fazla olduğunu düşünse de; ona göre mutlakiyetçi saray toplumundaki evliliklerde kadın, erkek ile neredeyse eşit haklara sahiptir. Bu gelişme, ona göre kadının ilk özgürleşme hareketidir.¹¹⁵ Ancak doktrinde bu özgürleşme tezine kanaatimizce haklı olarak şüpheyle yaklaşılmaktadır. Çünkü Elias'ın kuramında kadının yaşamı ve davranışları çok az incelenmiştir. Bunun yanında özgürleşme tezini doğrulayan belge ve gerçekler olduğu kadar, yanlışlayan belgelerin de var olduğu ileri sürülmüştür.¹¹⁶

7. İktidar Olgusunun İhmali Eleştirisi

Doktrinde Elias'ın disipline etme sürecinde “iktidar” olgusunun bir parça ihmal edildiği ileri sürülmüştür. Gerçekten de Elias'ın uygarlaşma adı verdiği süreç, onun ima ettiği gibi otomatik bir şekil-

114 Hammer, s.83-84.

115 Hammer, s.84.

116 Claudia Opitz, Zwischen Macht und Liebe- Frauen und Geschlechterbeziehungen in Norbert Elias' höfischer Gesellschaft, Klein/Liebsch, Zivilisierung des weiblichen Ich, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1997'den aktaran Hammer, s. 84.

de çatışma ve şiddeti ortadan kaldırmış değildir. Sanayi Devrimi ile birlikte çatışma ve güç kullanma biçimlerinin değişmesiyle birlikte şiddet de şekil değiştirmiştir. Elias'ın "kendiliğinden" dediği disipline etme süreci aslında belli bir noktadan sonra tekelci mekanizmaların bilinçli olarak sürdürdüğü bir toplumsal dönüştürme sürecine dönüşmüştür. Ancak Elias'ın, çalışmasının sınırları gereği bu konuyu ele almamış olabileceği de belirtilmiştir.¹¹⁷

Sonuç

Norbert Elias'ın uygarlık kuramı sosyolojik ve psikolojik süreçleri ayrılmaz bir bütün olarak gören, bu süreçleri bir arada inceleyen, kendine özgü bir kuramdır. Elias'ın uygarlaşma sürecine bu bakış açısıyla bakması, onu birçok yazardan ayrı kılmıştır. Elias, Uygarlık Süreci'nde adab-ı muaşeretini önce tek tek incelemiş, ardından şiddetin ve ekonominin tekelleşmesinin bu toplumsal dönüşüme neden olduğu sonucuna ulaşmıştır. Adab-ı muaşeret önceleri saraylılar arasında bir statü göstergesi olarak ortaya çıkmış, fakat zaman içerisinde toplumun geneline yayılarak insanlar tarafından benimsenmiştir. Önce dışarıdan gelen zorlamalarla uyulmak zorunda kalınan bu davranış biçimlerine, daha sonra bireyin içselleştirmesiyle birlikte bir öz kontrol sonucu uyulmaya başlanmıştır. Bu öz kontrol öylesine baskındır ki çoğu kez bireyin onun sözünden çıkması beklenemez. Oysa dışarıdan gelen baskılara bireyin karşı çıkması daha mümkündür.

Elias'a göre Orta Çağ'dan bu yana birey davranışlarında gözlenen bu denli bir değişim, aslında toplumsal dönüşüm sürecinin bir sonucudur. Birey diğer bireylerle karşılıklı bağımlı bir hale geldikçe, kendi üzerinde kurduğu özdenetim inanılmaz bir boyutta artmıştır. Bireyin en büyük korkusu toplumdaki yerini kaybetmek haline gelmiş ve utanç eşiği düşmüştür. Utanç eşiğinin böylesine düşmesi, yetişkinlerle çocuklar arasındaki davranış farklılıkları arasında uçurumlar oluşması gibi pek çok başka olguyu da tetiklemiştir. İnsanlar Orta Çağ dönemindeki en doğal hislerini artık kapalı kapılar ardında itiraf edebilir hale gelmiş; toplumdaki birey, evdeki birey ve yalnız başına bulunan birey arasında çelişkiler oluşmuştur. Hatta özden-

117 Topuzkanamış, s.206-207.

tim unsuru bireyi öylesine sarmıştır ki, bireyin tek başınayken dahi bu unsurdan tamamen kurtulduğu ve “Orta Çağ insanı” na dönüştüğü söylenemez.

Davranışlarda gözlenen bu dönüşümün asıl nedeni, belirttiğimiz gibi, şiddetin devlet kurumunda tekelleşmesidir. İstikrarlı şiddet tekelinin varlığıyla birlikte birey ani saldırılardan korunmaya başladığı gibi, kendi içindeki şiddet dürtülerinin dışarıya çıkmasına engel olmaya da başlamıştır. Bu durum önce merkezi devletin oluşturduğu bir dış zorlamayla, zaman içerisinde ise kişinin kendisi üzerinde kurduğu bir iç zorlamayla oluşmuştur.

Elias'ın kuramı pek çok farklı eleştiri de almıştır, fakat belki de içlerinde en baskın olan eleştiri, 20. Yüzyıl makro suçlarını açıklayamayan kuramının çökmüş olduğu eleştirisidir. Elias'a yöneltilen ilerlemecilik eleştirisi de buna paralel bir eleştiridir. Uygarlaşma her zaman ileriye doğru, daha iyiye mi gider? Bu eleştirilerin merkezinde şiddet içermeyen modernite tezinin yalnızca bir hayal olduğu fikri yatar. Gerçekten de 20. Yüzyıl'da barbarlıklar, terör, katliamlar, makro düzeydeki şiddet öylesine yoğunlaşmıştır ki; tekil bireyler arasında azalan şiddet olgusu belki de önemini yitirmiştir. Elias ise kimilerine göre sessiz bir eleştiri niteliğinde olan Almanlar Üzerine Çalışmalar adlı eserinde; bu tür kıyımların uzun erimli süreçler içerisinde özel olarak ele alınması gerektiğini ve bu boyuttaki toplumsal olayların aslında yüzyıllık bir süreç içerisinde özel koşullarda doğduğunu belirtmiştir.

Elias'ın uygarlık tezi son derece kapsamlı bir çalışma olup insanın uygarlaşma süreci üzerindeki mekanizmaları aydınlatmaktadır. Ancak tarafımızda, Elias'ın kuramına yönelik şiddet kavramı odaklı eleştirilerde haklılık payı bulunduğu kanaati oluşmuştur. Özellikle uluslararası alandaki şiddetin günümüzdeki boyutu kanaatimizi destekleyici niteliktedir. Her ne kadar Elias uluslararası alandaki devlet şiddetini engelleyebilecek devletler üstü bir mekanizmanın yokluktan bahsetmiş olsa da, devletlerin karar mekanizmalarının da aslında “uygar” insanların ta kendileri oldukları düşünüldüğünde, uygar insanların “maskeli barbarlar” olup olmadıkları sorusu zihnimizde belirlemektedir.

KAYNAKÇA

- Akçam, Taner. “Türk Ulusal Karakterini Anlamak ve Norbert Elias’ın Almanlar Üzerine Çalışmalar’ı”, *Toplum ve Bilim Dergisi*, Sayı 84, Bahar 2000, ss.246-260.
- Bauman, Zygmunt. *Yasa Koyucular ile Yorumcular- Modernite, Postmodernite ve Entelektüeller Üzerine*, 1. Baskı, çev. Kemal Atakay, Metis Yayınları, İstanbul, 1996.
- Bröckling, Ulrich. *Disiplin- Askeri İtaat Üretiminin Sosyolojisi ve Tarihi*, çev. Veysel Atayman, 1. Basım, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2001.
- Elias, Norbert. “Şiddet ve Medeniyet: Fiziki Şiddet Üzerindeki Devlet Tekeli ve Bunun İhlali”, çev. Ahmet Çiğdem- Levent Köker, *Birikim Dergisi*, Sayı 38-39, Haziran- Temmuz 1992, ss.58-68.
- Elias, Norbert. *Uygarlık Süreci- Batılı Dünyevi Üst Tabakaların Davranışlarındaki Değişimler*, Cilt 1, çev. Ender Ateşman, 2. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2002.
- Elias, Norbert. *Uygarlık Süreci- Toplumun Değişimleri/ Bir Uygarlaşma Teorisi İçin Taslak*, Cilt 2, çev. Erol Özbek, 2. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2004.
- Giddens, Anthony. *Ulus Devlet ve Şiddet*, çev. Cumhuriyet Atay, Kalkedon Yayınları, İstanbul, 2008.
- Hammer, Heike. “Norbert Elias’ın Uygarlık Kuramı: Eleştiriler ve Gelişmeler”, çev. Ender Ateşman, *Toplum ve Bilim Dergisi*, Sayı 84, Bahar 2000, ss.75-90.
- Imbusch, Peter. “Uygarlık Kuramları ve Şiddet Sorunu”, çev. Ender Ateşman, *Toplum ve Bilim Dergisi*, Sayı 84, Bahar 2000, ss.91-111.
- Jackson, Michael W. “Norbert Elias’ın Medenileşme Süreci Teorisi”, çev. Engin Topuzkanamış, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:11, Özel Sayı, 2009, ss.1601-1620.
- Öncü, Ayşe. “Elias ve Medeniyetin Öyküsü”, *Toplum ve Bilim Dergisi*, Sayı 84, Bahar 2000, ss.8-17.
- Topuzkanamış, Engin. *Hukuk ve Disiplin- Modern Toplumda Hukuka Uymanın Dayanakları*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Mart 2013.
- Yontar, Erk. “Norbert Elias’ın İnsan Bilimleri Kavramı ve Bilgi Sosyolojisi”, çev. Ender Ateşman, *Toplum ve Bilim Dergisi*, Sayı 84, Bahar 2000, ss.112-128.

ANAYASA MAHKEMESİNİN KADRI ENİS BERBEROĞLU KARARININ İNCELENMESİ*

Yusuf Enes KAYA**

Özet

Bu çalışmada Anayasa Mahkemesi'nin Kadri Enis Berberoğlu (B.No:2017/27793) kararı kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı ile seçilme hakkı açısından incelenecektir. Bu kapsamda öncelikle başvurucunun bireysel başvuruya konu ettiği tutulma hâlinin niteliği üzerinde durulacaktır. Tutma halinin niteliği belirlendikten sonra, tutma halinin niteliğinin başvurucunun Anayasa'nın 83. maddesinin üçüncü fıkrası gereğince sahip olduğu dokunulmazlık üzerindeki etkisi kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı bağlamında tartışılacaktır. Son olarak kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı bağlamında yapılan tespitler doğrultusunda başvurucunun seçilme hakkının ihlal edilip edilmediği ortaya konulacaktır.

Anahtar Kelimeler: İnfaz Engeli Olan Dokunulmazlık, Suç isna-dına Bağlı Tutma, Mahkumiyete Bağlı Tutma, Seçilme Hakkı, Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkı.

EVALUATION OF KADRI ENİS BERBEROĞLU JUDGEMENT OF THE CONSTITUTIONAL COURT

Abstract

In this study, Kadri Enis Berberoğlu (Application No:2017/27793) judgement of the Constitutional Court will be examined in terms of right to liberty and security and right to be elected. In this context,

* Hakemli makaledir. Eserin dergimize geliş tarihi: 30/07/2019. İlk hakem raporu tarihi: 30/08/2019. İkinci hakem raporu tarihi: 09/09/2019.

** Anayasa Mahkemesi Raportörü, yusuf.enes.kaya@anayasa.gov.tr, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-9830-340X.

first of all, the nature of the applicant's detention, which is the subject matter of the individual application, will be focused. After the determination of the nature of the detention, the effect of the nature of the detention on the immunity which the applicant had in accordance with the third paragraph of Article 83 of the Constitution will be discussed in the context of the right to liberty and security. Finally, it will be established whether the applicant's right to be elected has been violated in accordance with the findings of the right to liberty and security.

Keywords: Parliamentary Immunity from The Execution of a Criminal Sentence, Detention on Remand, Detention After Conviction, Right to be Elected, Right to Liberty and Security.

I. Başvuruya Konu Olay

Millî İstihbarat Teşkilatına ait malzemelerin bulunduğu tırların iki ilde durdurulması ve aranması olayıyla ilgili başlatılan soruşturma neticesinde bazı kolluk görevlileri ve yargı mensupları tutuklanmıştır.

Bir gazetede, iki farklı günde yayımlanan haberlerde tırlarda bulunduğu iddia edilen silah ve mühimmata ilişkin fotoğraflara ve bilgilere yer verilmiş, Cumhuriyet Başsavcılığı devletin güvenliğine ilişkin bilgileri temin etme, siyasi ve askerî casusluk, gizli kalması gereken bilgileri açıklama, terör örgütünün propagandasını yapma suçlarından soruşturma başlatmıştır.

Bu kapsamda soruşturma konusu haberlerden dolayı gazeteciler Erdem Gül ve Can Dündar hakkında kamu davası açılmıştır. Bu davanın devamı sürecinde başvuru Enis Berberoğlu hakkında da suça konu haberlerde yer alan görüntüleri Can Dündar'a veren kişi olduğu iddiasıyla soruşturma başlatılmıştır.

Cumhuriyet Başsavcılığının iddianamesi ile başvuru kişinin devletin gizli kalması gereken bilgilerini siyasal veya askerî casusluk amacıyla temin etme ve silahlı terör örgütüne (FETÖ/PDY) bilerek ve isteyerek yardım etme suçlarını işlediğinden bahisle cezalandırılması istemiyle kamu davası açılmıştır.

Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “Seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili, Meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz” hükmü uyarınca yasama dokunulmazlığına sahip olan başvurucunun devletin güvenliği veya iç ve dış yararları bakımından niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgileri siyasal veya askeri casusluk maksadıyla temin etme, yasa dışı (anayasal düzene ve devletin güvenliğine karşı) kurulmuş örgüte bilerek ve isteyerek yardım etme suçlarını işlediği belirtilerek dokunulmazlığının kaldırılması istemiyle 18/4/2016 tarihinde fezleke düzenlenmiş ve Türkiye Büyük Millet Meclisine (TBMM) sunulmak üzere Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğüne gönderilmiştir.

Bu sırada, TBMM Genel Kurulu'nda 20/5/2016 tarihinde kabul edilen 6718 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle Anayasa'ya eklenen geçici 20. madde ile “*Bu maddenin Türkiye Büyük Millet Meclisinde kabul edildiği tarihte; soruşturmaya veya soruşturma ya da kovuşturma izni vermeye yetkili mercilerden, Cumhurbaşkanlığına, Cumhurbaşkanlığına bağlı kuruluşlardan ve mahkemelerden; Adalet Bakanlığına, Başbakanlığa, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına veya Anayasa ve Adalet komisyonları üyelerinden kurulu Karma Komisyon Başkanlığına intikal etmiş yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin dosyaları bulunan milletvekilleri hakkında, bu dosyalar bakımından, Anayasa'nın 83 üncü maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi hükmü uygulanmaz. Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren on beş gün içinde; Anayasa ve Adalet komisyonları üyelerinden kurulu Karma Komisyon Başkanlığında, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığında, Başbakanlıkta ve Adalet Bakanlığında bulunan yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin dosyalar, gereğinin yapılması amacıyla, yetkili merciine iade edilir.*” hükmü getirilmiştir.

Bu kapsamda başvurucu hakkındaki fezlekeye konu olan soruşturma dosyası da 9/6/2016 tarihinde İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığına geri gönderilmiştir. İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının 19/8/2016 tarihli iddianamesi ile başvurucunun devletin gizli kalması gereken bilgilerini siyasal veya askeri casusluk amacıyla temin etme ve silahlı terör örgütüne (FETÖ/PDY) bilerek ve isteyerek yar-

dım etme suçlarını işlediğinden bahisle cezalandırılması istemiyle kamu davası açılmıştır.

Yapılan yargılama sonucunda İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesi 14/6/2017 tarihinde başvurusunun sübut bulan eyleminin siyasi ve askeri casusluk maksadıyla devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından gizli kalması gereken bilgileri açıklama suçunu oluşturduğundan bahisle 25 yıl hapis cezasıyla cezalandırılmasına karar vermiştir. Mahkeme ayrıca hükümlerle birlikte başvurusunun tutuklanmasına karar vermiştir.

Başvurucu hakkında aynı gün tutuklama müzekkeresi düzenlenmiş ve başvuru, ceza infaz kurumuna konulmuştur. Başvurucu, tutuklama kararına itiraz etmiş; İstanbul 15. Ağır Ceza Mahkemesi 19/6/2017 tarihinde itirazın kesin olarak reddine karar vermiştir. Başvurucu 23/6/2017 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

Başvurucu, mahkûmiyet kararına karşı istinaf kanun yoluna başvurmuş; İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesi 9/10/2017 tarihinde hükmün bozulmasına ve başvurusunun tutukluluk halinin devamına karar vermiştir. İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesi 6/11/2017 tarihinde, İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesinin bozma kararının usul ve yasaya aykırılık teşkil ettiği ve verilen bozma kararı yönünden yapılacak başka bir işlem olmadığı gerekçesiyle başvuru hakkında yeni bir karar verilmesine yer olmadığına ve dosyanın gereğinin takdir ve ifası için İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesine iadesine karar vermiştir.

Bunun üzerine İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesince 10/11/2017 tarihinde kamu davasının yeniden görülmesine karar verilmiştir. Daire 3/2/2018 tarihinde, başvuru hakkında İstanbul 14. Ağır Ceza Mahkemesince devletin güvenliğine ilişkin gizli kalması gereken bilgileri casusluk maksadıyla açıklama suçundan verilen 25 yıl hapis cezasına ilişkin mahkûmiyet hükmünün kaldırılmasına; başvurusunun eyleminin devletin güvenliği veya iç veya dış siyasal yararları bakımından niteliği itibarıyla gizli kalması gereken bilgilerini açıklama suçunu oluşturması nedeniyle bu suçtan 5 yıl 10 ay hapis cezasıyla cezalandırılmasına ve tutukluluk halinin devamına karar vermiştir.

Başvurucu, hakkındaki mahkûmiyet hükmünü temyiz etmiştir. Bireysel başvuru hakkında karar verildiği tarihte başvurusunun yargılandığı dava Yargıtay'da derdesttir.¹

II. Başvurucunun İddiaları

Başvurucu; hukuka aykırı olarak tutuklanmasına karar verildiğini, kaçma şüphesinin olduğuna dair hiçbir somut olgu bulunmadığını, aksine yargılama boyunca tutuklanmasına karar verilen oturum da dahil olmak üzere- tüm duruşmalara katıldığını ve olayda delillerin karartılması ihtimalinin de söz konusu olmadığını belirterek Anayasa'nın 19. maddesinin üçüncü fıkrası bağlamında kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvurucu ayrıca dokunulmazlığının kaldırılmasına esas olmayan ve hakkındaki fezlekedede yer almayan bir sevk maddesine dayalı olarak mahkûmiyete bağlı tutuklama kararı verildiği ve bu durumun açık bir hak ihlaline neden olduğunu ileri sürmüştür.

Başvurucu gereksiz olarak verilen bir kararla tutuklanması nedeniyle -Anayasa'nın 19. maddesinin yedinci fıkrasıyla bağlantılı olarak- Anayasa'nın 67. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınan seçilme hakkının da ihlal edildiğini de ileri sürmüştür.

III. Anayasa Mahkemesinin Değerlendirmesi

Anayasa Mahkemesi başvurusunun bireysel başvuruya konu ettiği tutulma hâlinin bir suç isnadına bağlı tutma niteliğinde değil mahkûmiyete bağlı tutma, diğer bir ifadeyle mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi niteliğinde olduğunu belirtmiş, bu nitelikte bağlantılı bir ihlal iddiası söz konusu olduğunda Anayasa Mahkemesi'nin görevinin kişinin hürriyetten yoksun bırakılmasının kısmen ya da tamamen bu koşullarda gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit etmekle sınırlı olduğunu vurgulamıştır. Anayasa Mahkemesi benzer nitelikteki çok sayıda başvuruda, hükümlerle birlikte verilen tutuklama veya tutuklamaya yönelik yakalama kararı uyarınca hürriyetinden yoksun bırakılan ki-

1 Kadri Enis Berberoğlu, B. No: 2017/27793, 18/7/2018, § 6-28.

şilerin kişi hürriyeti ve güvenliği haklarının ihlal edildiği iddialarını açıkça dayanaktan yoksun bulduğunu ve kabul edilemezlik kararı verdiğini ifade etmiştir.²

Başvurucunun dokunulmazlığın kaldırılmasına dayanak olan fezlekedede yer almayan bir sevk maddesine dayalı olarak tutuklandığı iddiasına ilişkin Anayasa Mahkemesi, yasama dokunulmazlığının kaldırılması istemine ilişkin fezlekedede, iddianamede, ilk derece mahkemesinin ve Bölge Adliye Mahkemesi Ceza Dairesi'nin mahkûmiyet kararlarında yer alan suçlama konusu fiilin aynı olduğunu, eylemin hukuki niteliğine ilişkin ise farklı değerlendirmelerde bulunulduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla Mahkeme tutuklamaya konu eylemin yasama dokunulmazlığına Anayasa değişikliği ile getirilen istisnanın dışında olduğunun kabulünün mümkün görülmediği sonucuna ulaşmıştır.³

Mahkeme başvurucunun yeniden milletvekili seçilmesine ilişkin olgunun hükümlerle birlikte uygulanan tutukluluğunun devamına engel teşkil edip etmediğinin ikincillik ilkesi uyarınca öncelikle olağan başvuru yollarında derece mahkemelerince incelenmesi gerektiğini vurgulamıştır, Başvurucunun yeniden milletvekili seçilmesi olgusuna bağlı olarak tahliye talebiyle olağan başvuru yollarını tükettikten sonra bireysel başvuruda bulunduğu ilişkin herhangi bir bilgi ve belgenin başvuru dosyasında bulunmaması nedeniyle başvurucunun yeniden milletvekili seçilmesinin hükümlerle birlikte uygulanan tutukluluğunun devamına engel oluşturup oluşturmadığını bu aşamada incelememiştir.

Son olarak Mahkeme başvurucunun tutuklama kararının hukukî olmadığı iddiasının açıkça dayanaktan yoksun bulunduğunu belirterek hükümlerle birlikte verilen tutuklama kararının seçilme hakkını da ihlal ettiği iddiası yönünden farklı bir sonuca varılmasını gerekli kılan bir durum olmadığı sonucuna varmış, bu iddiayı da kabul edilemez bulmuştur.⁴

2 Kadri Enis Berberoğlu, § 56.

3 Kadri Enis Berberoğlu, § 58-59.

4 Kadri Enis Berberoğlu, § 65.

IV. Değerlendirme

A. Kişi Hürriyeti ve Güvenliği Hakkı Yönünden

Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı hukukun üstünlüğüne bağlılığını açıklayan bütün siyasal rejimlerin merkezinde yer alan bir haktır.⁵ Bu nedenle, hem Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 5. maddesinde hem de Anayasa'nın 19. maddesinde kamu gücü kullanılarak kişi özgürlüğüne hangi durumlarda müdahale edileceği ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı mutlak bir hak değildir. Nitekim Sözleşme'nin 5. maddesinde “Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir.” denildikten sonra takip eden fıkralarda yasanın öngördüğü usule uyulması şartı ile istisnalar birinci fıkrada sınırlı olarak sayılmıştır. Bu istisnalar; yetkili mahkeme tarafından verilen mahkûmiyet kararı sonrasında tutulma, mahkeme tarafından verilen bir karara uyulmaması sebebiyle veya yasanın öngördüğü bir yükümlülüğün uygulanması amacıyla yakalanma veya tutulma, suç işlendiğinden bahisle inandırıcı sebeplerin bulunması veya suç işlenmesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engelleme zorunluluğunu haklı gösterecek makul gerekçelerin varlığı halinde yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanma ve tutulma, küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği veya yetkili merci önüne çıkarılmak üzere tutulması, bulaşıcı hastalıkların yayılmasını engellemek amacıyla, hastalığı yayabilecek kişilerin, akıl hastalarının, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılarının veya serserilerin tutulması ve usulüne aykırı olarak ülke topraklarına girmekten alıkoyma veya hakkında derdest bir sınır dışı ya da iade işleminin olması nedeniyle yakalanma veya tutulmadır.

Buna göre kişinin hukuka uygun bir şekilde özgürlüğünden yoksun bırakıldığının kabul edilebilmesi için öncelikle tutma halinin iç hukukta yeterli bir temele dayanması, yasal mevzuatın öngördüğü usule ilişkin koşulların yerine getirilmesi ve aynı zamanda tutma işleminin içerik ve esas yönünden de mevcut hukuk kurallarına uygun

5 Osman Doğru/ Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Açıklama ve Önemli Kararlar*, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara 2013, C.1, s.366.

olarak tatbik edilmesi gerekir.⁶ İkinci olarak tutma hali yukarıda sayılan istisnalardan birisinin kapsamına girmelidir.

Bu istisnalar sınırlı olarak sayılmıştır ve yorum yoluyla genişletilemezler. Bu fıkradaki durumlardan birine girmeyen bir tutma hali iç hukuk buna cevaz verse bile hukuka aykırı olacaktır.⁷

Anayasa'nın 19. maddesinde de, bazı farklılıklar olsa da Sözleşme'nin 5. maddesine büyük ölçüde benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Anayasa'nın 19. maddesinin birinci fıkrasında herkesin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına sahip olduğu ilke olarak konduktan sonra, ikinci ve üçüncü fıkralarında şekil ve şartları kanunda gösterilmek şartıyla kişilerin özgürlüğünden mahrum bırakılabileceği durumlar sınırlı olarak sayılmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin de belirttiği üzere kişinin özgürlük ve güvenlik hakkının kısıtlanması ancak Anayasa'nın anılan maddesi kapsamında belirlenen durumlardan herhangi birinin varlığı halinde söz konusu olabilir.⁸ Anayasa'da belirtilen tutma halleri de Sözleşme'de belirtilen tutma halleriyle aynıdır. Bu tutma hallerinden birisi yukarıda belirttiğimiz üzere mahkûmiyete bağlı tutma halidir.

AIHM'e göre kanun gereği yetkilendirilmiş, yürütme organı ve taraflardan bağımsız ve yeterli güvencelere sahip yargısal organ olarak mahkemece verilen ve özgürlükten mahrumiyete yol açan her türlü mahkûmiyet kararı Sözleşme'nin 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (a) bendi kapsamına girmektedir.⁹ 5. maddenin (1) numaralı fıkrasının (a) bendinde yer alan "sonra" ifadesi, tutmanın zaman bakımından mahkûmiyetin ardından ve mahkûmiyete bağlı olarak veya mahkûmiyet sebebiyle gerçekleşmesini ifade eder.¹⁰ Ayrıca AIHM'e göre mahkûmiyet kararı ile söz konusu özgürlükten yoksun bırakma arasında yeterli bir nedensellik ilişkisi bulunmalıdır.¹¹ Anayasa Mahkemesi'nin de belirttiği üzere mahkemelerce verilmiş mahkûmiyet kararlarının yerine getirilmesi dolayısıyla ortaya çıkan özgürlükten

6 DJ.Harris/ M.O'boyle, / E.PBates / C.M.Buckley, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, çev. Mehveş Bingöllü Kılçı, Ulaş Karan, Şen Matbaa, Ankara, 2013, s. 135.

7 Harris/O'boyle/Bates/Buckley, s. 139.

8 Murat Narman, B.No: 2012/1137, 2/7/2013, § 42.

9 Engel ve diğerleri Hollanda [GK], B. No: 5100/71, 8/6/1976, § 68.

10 Weeks Birleşik Krallık [GK], B. No: 9787 /82, 2/3/1987, § 42.

11 Monnell ve Morris Birleşik Krallık, B. No: 9562/81, 9818/82, 2/3/1987, § 40.

yoksun bırakma halleri mahkûmiyet kararının değil tutmanın hukuka uygun olmasını güvence altına almaktadır. Dolayısıyla bu güvence kapsamında, kişi hakkında hükmedilen hapis cezasının yerindeliği veya orantılılığı incelemeye tabi tutulamayacaktır.¹²

AİHM ve Anayasa Mahkemesi kesinleşmese bile ilk derece mahkemesince verilen mahkûmiyet kararı sonucu tutulma halini de “*mahkûmiyete bağlı tutma hali*” kapsamında görmektedir.¹³

Anayasa Mahkemesi’ne göre kişi serbest bırakılmadan yargılanmakta olduğu davada ilk derece mahkemesi kararıyla mahkûm olmuşsa, mahkûmiyet tarihi itibarıyla tutukluluk hali sona erer. Bu durumda kişinin hukuki durumu “*bir suç isnadına bağlı olarak tutuklu*” olma kapsamından çıkmaktadır. Bireysel başvuru incelemesi açısından, tutuklamanın şartları ile mahkûmiyete hükmedilmesi arasındaki esaslı fark bunu gerektirir. Zira mahkûmiyete karar verilmiş olmakla, isnat olunan suçun işlendiği, bundan failin sorumlu olduğunun sübuta erdiği kabul edilmekte ve bu nedenle sanık hakkında hürriyeti bağlayıcı cezaya ve/veya para cezasına hükmedilmektedir. Mahkûmiyetle birlikte kişinin kuvvetli suç şüphesi ve bir tutuklama nedenine bağlı olarak tutukluluk hali sona ermektedir. Bu açıdan mahkûmiyet kararının kesinleşmiş olması ayrıca gerekmemektedir.¹⁴ Ancak bozma kararı sonrasında bireyin durumunun tekrar suç isnadına bağlı tutmaya dönüştüğü kabul edilmektedir.¹⁵

Anayasa Mahkemesi’ne göre bir kimsenin “*mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi*” kapsamında hürriyetinden yoksun bırakıldığının söylenebilmesi için her şeyden önce hürriyeti kısıtlayıcı ceza veya güvenlik tedbirinin bir mahkeme tarafından verilmesi, ikinci olarak yerine getirilecek kararın hürriyeti kısıtlayıcı ceza veya güvenlik tedbirlerine ilişkin olması gerekir. Son olarak hürriyetten yoksun bırakılmanın mahkemece verilen hürriyeti kısıtlayıcı ceza veya güvenlik tedbiri-

12 Günay Okan, B. No: 2013/8114, 17/9/2014, § 18.

13 Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. Savaş Çetinkaya, B. No: 2012/1303, 21/11/2013, § 42; AİHM kararları için bkz: Solmaz/Türkiye, B. No: 27561/02, 16/1/2007, §§ 23-24; Şahap Doğan/Türkiye, B. No: 29361/07, 27/5/2010, § 26.

14 Bkz. Korcan Pulatsü, B. No: 2012/726, 2/7/2013, § 33, Mehmet İlker Başbuğ, B. No: 2014/912, 6/3/2014, § 49.

15 Savaş Çetinkaya, § 42.

nin kapsamını aşmaması gerekir.¹⁶ Ancak kanaatimizce bu şartlardan önce tutma halinin hukuki dayanağının olması gerekir.¹⁷ Diğer bir deyişle kişinin tutulması önünde kanuni ya da anayasal herhangi bir engel söz konusuysa o kişinin tutulması hukuka aykırı olacaktır.

Somut olayda Anayasa Mahkemesi'nin başvurusunun tutma halini 19. maddenin ikinci fıkrasındaki "*mahkemelerce verilmiş hüriyeti kısıtlayıcı cezaların yerine getirilmesi*" kapsamında görmesi doğrudur, zira başvuru henüz karar kesinleşme de mahkûmiyet kararı sonrasında tutulmuştur ve tutulmaya devam etmiştir. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesince 9/10/2017 tarihinde ilk derece mahkemesi hükmünün bozulmasıyla başvurusunun tutma hali, suç isnadına bağlı tutma haline dönüşmüşse de İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 2. Ceza Dairesi'nin 10/11/2017 tarihinde verdiği ikinci kararla birlikte suç isnadına bağlı bu tutma hali tekrar mahkûmiyete bağlı tutma haline dönüşmüştür.

Anayasa Mahkemesi milletvekili olan başvuru yönünden suçlamaya ve dolayısıyla -ilk derece mahkemesince mahkûmiyet hükmüyle birlikte verilen- tutuklamaya konu eylemin yasama dokunulmazlığına Anayasa değişikliği ile getirilen istisnanın dışında olduğunun kabulünün mümkün görülmediğini belirtmiştir. Anayasa değişikliği ile getirilen istisna Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi hükmüne ilişkindir. Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesine göre seçimden önce veya sonra bir suç işlediği ileri sürülen bir milletvekili meclisin kararı olmadıkça tutulamaz, sorguya çekilemez, tutuklanamaz ve yargılanamaz. Bu hükme istisna tanındığından başvurusunun tutuklanması veya tutulması söz konusu olabilecektir. Ancak somut olayda Anayasa Mahkemesi Anayasa'nın 83. maddesinin üçüncü fıkrasını gözden kaçırmıştır. Burada başvurusunun bu hükmün uygulanması yönünde bir talebi olmadığı için dikkate alınmaması gerektiği iddia edilebilir. Ancak böyle bir iddianın Anayasa Mahkemesi kararları incelendiğinde yerinde olmadığı açıktır. Anayasa Mahkemesi, tutuklamanın (suç isnadına bağlı)

16 Ercan Bucak (2), B. No: 2014/11651, 16/2/2017, § 40; Şaban Dal, B. N o: 2014/2891, 16/2/2017, § 32.

17 Benzer yönde Amuur/Fransa, B.No: 19776/92, 25/6/1996, § 50.; Mehmet İlker Başbuğ, B. No: 2014/912, 6/3/2014, § 50.

hukuki olmadığına ilişkin başvuruları incelerken başvuruçular sadece kuvvetli suç şüphesinin ya da tutuklama nedenlerinin var olmadığından şikâyet etmelerine rağmen tutuklamanın kanuni dayanağının olup olmadığını, meşru amaca (tutuklama nedenleri) hizmet edip etmediğini ve son olarak ölçülü olup olmadığını resen değerlendirmektedir.¹⁸ Dolayısıyla mahkûmiyete bağlı tutma halinde de başvuruçuların tutulmasının önünde yasal ya da anayasal bir engel olduğunu ileri sürmese de böyle bir engelin varlığı Anayasa Mahkemesince re'sen dikkate alınmalıdır. Başvuruçunun tutma halinin hukuka aykırı olduğunu söylemesi yeterlidir.

Anayasa'nın 83. maddesinin üçüncü fıkrasına göre Türkiye Büyük Millet Meclisi üyesi hakkında, seçiminden önce veya sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesi, üyelik sıfatının sona ermesine bırakılır; üyelik süresince zamanaşımı işlemez. Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesindeki düzenleme doktrinde muhakeme engeli olan yasama dokunulmazlığı olarak adlandırılırken, Anayasa'nın 83. maddesinin üçüncü fıkrasındaki düzenleme infaz engeli olan yasama dokunulmazlığı olarak adlandırılmaktadır.¹⁹

İnfaz engeli olan bu dokunulmazlık, meclis kararıyla kaldırılmaz; sadece milletvekilinin yeniden seçilememesi veya yasama dönemi bitmeden, kişinin milletvekilliğinin sona ermesi durumunda ortadan kalkar. Bu çerçevede, milletvekilinin mahkûm olduğu suç, milletvekili seçilmeye engel bir suç ise, kesin hükmün Anayasa'nın 84. maddesinin ikinci fıkrası gereğince Meclis Genel Kurulu'na bildirilmesiyle birlikte, milletvekilliği ve infaz engeli olan dokunulmazlık sona erer. Sonuç olarak milletvekili seçilmeye engel teşkil etmeyen bir suçtan dolayı cezası infaz edilmekte iken kişinin milletvekili seçilmesi durumunda, infaz ertelenecektir. Aynı şekilde, milletvekili seçildikten sonra muhakeme engeli olan dokunulmazlığın kaldırılması veya somut olayda bulunmaması nedeniyle yargılanan milletve-

18 Bkz. Adem Sökmen, B. No: 2014/13791, 12/6/2018, §§ 29,40-50, Recep Uygun, B. No: 2016/76351, 12/6/2018, §§ 26, 39-52, Turhan Günay [GK], B. No: 2016/50972, 11/1/2018, §§ 43,44, 73-80.

19 Özkul, Fatih; "Türk Anayasalarında Yasama Dokunulmazlığı", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:8, Sayı:32, Ekim 2017, s.121-125; Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku, 2. Baskı, Bursa, Ekin Yayıncılık, Temmuz 2018, s.545.

kili hakkında verilen bir ceza mahkûmiyetinin infazı da milletvekili-ğinin sona ermesine bırakılacaktır.²⁰

Anayasa'ya eklenen geçici 20. maddeyle²¹ Anayasa'nın 83. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan yani muhakeme engeli olan yasama dokunulmazlığına ilişkin hükmün uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Diğer bir deyişle Anayasa'nın geçici 20. maddesiyle Anayasa'nın 83. maddenin ikinci fıkrasına istisna getirilmiş, üçüncü fıkrasına ise istisna getirilmemiştir. Dolayısıyla bu hüküm somut olayda uygulanma kabiliyetini haizdir. Bu hüküm doğrudan başvurucunun durumunu ilgilendirmektedir ve başvurucunun tutulmasının önünde bir engel oluşturmaktadır. Kanaatimizce infaz engeli olan bu dokunulmazlığın uygulanabilmesi için mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesi gerekmemektedir. Şöyle ki; Anayasa Mahkemesi'nce de kabul edildiği üzere başvurucunun tutma hali Anayasa'nın 19. maddesinin ikinci fıkrasındaki *"mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların yerine getirilmesi"* kapsamındadır ve yine Anayasa Mahkemesi'ne göre bu hürriyeti kısıtlayıcı ceza hükmünün kesinleşmesi gerekmemektedir.²² Anayasa'nın 19. maddesindeki *"mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların yerine getirilmesi"* ibaresi, 83. maddenin üçüncü fıkrasındaki *"ceza hükmünün yerine getirilmesi"* ibaresiyle eşdeğerdir.

Bu durumda Anayasa Mahkemesi'nin 19. maddenin ikinci fıkrasındaki hükme getirdiği, kesinleşmenin gerekmediğine ilişkin yorumunun 83. maddenin üçüncü fıkrasındaki hüküm açısından da kabul edilmesi gerekir. Dolayısıyla infaz engeli olan bu dokunulmazlığın uygulanabilmesi için mahkûmiyet hükmünün kesinleşmesi aranmayacaktır. Somut olayda da böyle bir durum söz konusudur. Anayasa'nın 83. maddesinin üçüncü fıkrası gereğince somut olaydaki

20 Feyzioğlu, Metin, *"Yasama Dokunulmazlığı Üzerine Düşünceler"*, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004, s.400; Gözler, a.g.e., s. 545.

21 Geçici 20. madde şöyledir: *Bu maddenin Türkiye Büyük Millet Meclisinde kabul edildiği tarihte; soruşturmaya veya soruşturma ya da kovuşturma izni vermeye yetkili mercilerden, Cumhuriyet başsavcılıklarından ve mahkemelerden; Adalet Bakanlığında, Başbakanlığa, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığında veya Anayasa ve Adalet komisyonları üyelerinden kurulu Karma Komisyon Başkanlığına intikal etmiş yasama dokunulmazlığının kaldırılmasına ilişkin dosyaları bulunan milletvekilleri hakkında, bu dosyalar bakımından, Anayasanın 83 üncü maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi hükmü uygulanmaz.*

22 Bkz. Korcan Pulatsü, B. No: 2012/726, 2/7/2013, § 33.

“ceza hükmünün yerine getirilmesi”nin üyelik sıfatının sona ermesine bırakılması ve dolayısıyla başvuru- cunun tahliye edilmesi gerekirdi. Bu açıklamalar doğrultusunda başvuru- cunun tutulmasının hukuka aykırı olduğu ve kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının ihlal edildiği sonucuna varılması gerekmektedir. Zira başvuru- cunun tutulmasının önünde anayasal bir engel söz konusudur. Diğer bir deyişle başvuru- cunun tutulmasının hukuki dayanağı yoktur.

B. Seçilme Hakkı Yönünden

Seçilme hakkı Anayasa'nın 67. maddesinde ve Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesinde düzenlenmiş olup ortak koruma alanında olan bir haktır. AİHM, Sözleşme'ye Ek 1 No.lu Protokol'ün 3. maddesindeki serbest seçim hakkını, yasama organının seçimi ya da bu organın iki meclisi varsa en azından bir meclisin seçimi ile sınırlı olarak değerlendirmektedir.²³

AİHM, belediye seçimlerini²⁴, bölgesel seçimleri²⁵, il genel meclisi seçimlerini²⁶, belediye ve ilçe meclisi seçimlerini²⁷ serbest seçim hakkının kapsamına girmedigine karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi de Anayasa ve Sözleşme'nin ortak koruma alanı dışında kalan bir hak ihlali iddiasını içeren başvurunun esasının incelenmesinin mümkün olmadığını belirterek belediye seçimlerine ilişkin şikâyetleri konu bakımından yetkisizlik gerekçesiyle kabul edilemez bulmuştur.²⁸

Seçilme hakkı, sadece seçimlerde aday olma hakkını değil, aynı zamanda seçildikten sonra milletvekili olarak parlamentoda bulunma ve görevini ifa etme hakkını da ihtiva etmektedir.²⁹ AİHM'e göre devletler kendi iç hukuk düzenlerinde seçimlerde aday olma

23 Gorizdra/Moldova (kk.), B. No: 53180/99, 2/7/2002, hukuk kısmı, § 2.

24 Cherepkov/Rusya (kk.), B. No: 51501/99, 25/01/2000.

25 Malarde/France (kk.), B. No: 46813/99, 5/9/2000.

26 Santoro/Italy, B. No: 36681/97, 16/1/2003.

27 Molka/Poland (kk.), B. No: 56550/00, 11/4/2006.

28 Nejdet Atalay, § 62; Nevzat Azak, B. No: 2014/973, 5/4/2017, § 35.

29 Mehmet Haberal, B. No: 2012/849, 4/12/2013, § 96; Mustafa Ali Ballbay, B. No: 2012/1272, 4/12/2013, § 111; AİHM kararları için bkz. Sadak ve diğerleri/Türkiye (2), § 33; Ilıcak /Türkiye, B.No: 15394/02, 5/4/2007, § 30; Sılay /Türkiye, B.No: 8691/02, 5/4/2007, § 27; Sobacı /Türkiye, B.No. 26733/02, 29/11/2007, § 27.

haklarını, kural olarak 3. maddeye aykırı düşmeyecek şartlara (yaş, mahkûm olmama, kamu çalışanı olmama vb.) tabi tutabilirler.³⁰ Bu konuda devletlerin geniş bir takdir marjı vardır, ancak bu şartların, söz konusu hakkın özünü zedeleyecek ve etkili olmaktan yoksun bırakacak şekilde kullanılmasının engellenip engellenmediği, meşru bir amaç için konulup konulmadığı ve kullanılan araçların orantısız olup olmadığı mahkemenin denetimine tabidir.³¹

Anayasa Mahkemesi seçilme hakkına ilişkin bir şikâyeti değerlendirirken müdahalenin kanunla öngörülüp öngörülmediğini, müdahalenin meşru bir amaca hizmet edip etmediğini son olarak müdahalenin ölçülü ve demokratik toplum açısından gerekli olup olmadığını incelemektedir.³² Müdahalenin varlığı tespit edildikten sonra diğer ölçütlerden herhangi birinin sağlanmaması durumunda söz konusu hak ihlal edilmiş olur. Burada sıralama önemlidir. Mesela bir başvuruda kanunla öngörülme ölçütü sağlanmamışsa diğer ölçütlere riayet edilip edilmediğinin ayrıca değerlendirilmesine gerek yoktur.

Anayasa Mahkemesi, somut olayda tutuklama kararının hukukî olmadığı şikâyetini kabul edilemez bulduğu için tutuklama kararının seçilme hakkını da ihlal ettiği iddiası yönünden farklı bir sonuca varılmasını gerekli kılan bir durum bulunmadığı sonucuna varmıştır. Anayasa Mahkemesi yakın dönemde verdiği birçok kararda da milletvekili olan başvurucuların tutuklama dolayısıyla siyasi faaliyette bulunma ve seçilme haklarının ihlal edildiği iddialarını kişi hürriyeti ve güvenliği hakkıyla bağlantılı olarak incelemiştir. Bu incelemelerde tutuklamanın hukuki olduğu sonucuna varıldığından tutuklama tedbirlerinin siyasi faaliyette bulunma ve seçilme haklarını ihlal ettiği yönünde dile getirilen iddialar açıkça dayanaktan yoksun görülerek kabul edilemez bulunmuştur.³³

30 Ayrıntılı bilgi için bkz. Şirin, Tolga; “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne Göre Serbest Seçim Hakkı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.XVII, Ocak 2011, S.1-2, s. 283-348.

31 Oran/Türkiye, B.No:28881/07 37920/07, 15//4/2014, § 49; Hirst / Birleşik Krallık (2) [BD], B.No:74025/01, 6/10/2005, § 62; Yumak ve Sadak, B.No:10226/03, 8/7/2008, § 109; Tanase / Moldova [BD], No. 7/08, 27/4/2010, § 161.

32 Bkz. örneğin Mustafa Hamarat [GK], B. No: 2015/19496, 17/1/2019.

33 Gülsel Yıldıırım (2) [GK], B. No: 2016/40170, 16/11/2017, §§ 186, 187; Selahattin Demirtaş [GK], B. No: 2016/25189, 21/12/2017, §§ 200, 201; Selma Irmak, B.No: 2016/32948,

Bu başvurularda tutuklamanın hukuki olmadığı şikâyetleri ifade özgürlüğü, seçilme hakkı şikâyetlerinde yapılan müdahale testine (müdahalenin kanuni olup olmadığı, müdahalenin meşru amaca hizmet edip etmediği, müdahalenin ölçülü olup olmadığı) göre incelenmiş³⁴ ve açıkça dayanaktan yoksun bulunmuştur. Bu kararlarda, tutuklamanın hukukiliğinin incelenmesinde müdahale testi incelemesi yapıldığı için ifade özgürlüğü, seçilme hakkı ve siyasi faaliyette bulunma hakları yönünden ayrıca bir müdahale testi incelemesi yapılmadan açıkça dayanaktan yoksunluk kararı verilmiştir.³⁵ Buradan çıkan sonuç tutuklamanın hukuki olmadığı sonucuna varılması halinde anılan haklar yönünden müdahale testi incelemesi yapılarak karar verilmesi gerektiğidir.³⁶ Örneğin tutuklamanın kanuni dayanağının bulunmaması halinde tutuklama yoluyla ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin de kanuni dayanağının olmadığı sonucuna varılması gerekir.

Yukarıda başvurunun tutulmasının hukuka aykırı olduğunu belirtmiştik. Dolayısıyla seçilme hakkı yönünden müdahale testi uygulanarak bir inceleme yapılmalıdır. Başvurucunun tutuklu olması nedeniyle parlamentoda bulunması engellendiği için seçilme hakkına müdahale edildiği açıktır. Anayasa Mahkemesi kararlarında da belirtildiği üzere seçilme hakkı sadece seçimlerde aday olma hakkını değil, aynı zamanda seçildikten sonra milletvekili olarak parlamentoda

7/3/2018, §§ 118, 119; İdris Baluken, B. No: 2016/41020, 21/3/2018, §§ 120, 121; Figen Yüksekdağ Şenoğlu, B. No: 2016/25187, 4/4/2018, §§ 131, 132.

34 Anayasa Mahkemesi yakın dönemde verdiği bütün kararlarda tutuklamanın hukuki olmadığı şikâyetlerini bu şekilde incelemektedir.

35 Ancak Anayasa Mahkemesi bu kararlarında sadece ilk tutuklamayı müdahale kabul etmiştir. Tutuklama dolayısıyla anılan haklara yapılan müdahalenin devam eden niteliğini (kişi halen tutukluysa) dikkate almamaktadır. Burada örneğin başvurunun incelendiği tarihte kişi iki yıldır tutukluysa seçilme hakkı açısından ölçülülük değerlendirilmesi bu iki yıllık tutukluluk durumu dikkate alınarak yapılmalıdır. Anayasa Mahkemesi tutukluluğun makul süreyi aştığı şikâyetlerini incelerken başvurunun yapıldığı tarihteki tutukluluk süresini değil başvurunun incelendiği tarihteki tutukluluk süresini dikkate almaktadır. Başvurucular başvuruda buldukları tarihten sonraki süreçten şikâyetçi olmasalar bile Anayasa Mahkemesi bu süreyi de dikkate almaktadır. Çünkü burada devam eden bir müdahale söz konusudur (Birçok karar arasında bkz. Erdal Tercan [GK], B. No: 2016/15637, 12/4/2018).

36 Anayasa Mahkemesi, Ayhan Bilgen (B. No: 2017/5974, 21/12/2017) başvurusunda başvurunun kuvvetli suç şüphesi olmadan tutuklandığını tespit etmesine rağmen seçilme hakkı yönünden ayrıca inceleme yapılmasına gerek olmadığına karar vermiştir (bkz. § 126). Kanaatimizce Anayasa Mahkemesi'nin bu yaklaşımı yerinde değildir. Zira kuvvetli suç şüphesi olmadan gerçekleştirilen ve 7 ay süren bir tutuklama seçilme hakkı açısından başlı başına ölçüsüz bir müdahale oluşturur ve bu hak yönünden de ayrıca ihlal kararı verilmesi gerekir.

bulunma hakkını da ihtiva etmektedir.³⁷ Ancak başvurucunun seçilme hakkına yapılan bu müdahalenin, müdahale testinin ilk koşulu olan kanunilik şartını sağlamadığı anlaşılmaktadır. Zira yukarıda kişi hürriyeti ve güvenliği hakkı yönünden yaptığımız değerlendirmelerde görüldüğü üzere başvurucunun tutulmasının önünde anayasal bir engel söz konusudur. Diğer bir deyişle başvurucunun tutulmasının ve dolayısıyla seçilme hakkına yapılan müdahalenin hukuki bir dayanağı bulunmamaktadır. Bu yönüyle seçilme hakkının da ihlal edildiği sonucuna varılması gerekir.

V. Sonuç

Anayasa'nın 83. maddesinin üçüncü fıkrasına göre Türkiye Büyük Millet Meclisi üyesi hakkında, seçiminden önce veya sonra verilmiş bir ceza hükmünün yerine getirilmesi, üyelik sıfatının sona ermesine bırakılır. Bu hükmün uygulanabilmesi için ceza hükmünün kesinleşmesi gerekmez. Anayasa'nın 83. maddesinin üçüncü fıkrasındaki *"ceza hükmünün yerine getirilmesi"* ibaresi Anayasa'nın 19. maddesinin ikinci fıkrasındaki *"hürriyeti kısıtlayıcı cezaların yerine getirilmesi"* ibaresine tekabül etmektedir. Dolayısıyla mahkûmiyete bağlı tutma durumunda ceza hükmü kesinleşmese bile milletvekili bu dokunulmazlıktan yararlanır. Diğer bir deyişle milletvekili hakkındaki ceza hükmünün yerine getirilmesi milletvekili sıfatının sona ermesine bırakılmalıdır. Bunun sonucu da kişinin tahliye edilmesidir. İncelediğimiz bu kararda da başvuru bir mahkûmiyet hükmünün yerine getirilmesi kapsamında tutukludur ve Anayasa'nın 83. maddesinin üçüncü fıkrası başvuru açısından geçerlidir. Ancak Anayasa Mahkemesi bu hükmü dikkate almamıştır. Bu hükmün dikkate alınmaması nedeniyle ihlal kararı verilmesi gereken bir başvuruda kabul edilemezlik kararı verilmiştir.

37 Mustafa Ali Balbay, § 111; İbrahim Ayhan, B. No: 2013/9895, 2/1/2014, § 53.

KAYNAKÇA

Kitaplar ve Makaleler

- Feyzioğlu, Metin: “Yasama Dokunulmazlığı Üzerine Düşünceler”, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul, 2004.
- Özkul, Fatih: “Türk Anayasalarında Yasama Dokunulmazlığı”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl:8, Sayı:32, Ekim 2017.
- Doğru, Osman/Nalbant, Atilla: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Açıklama ve Önemli Kararlar, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara 2013, C.1.
- Harris, D.J./ O’boyle, M. / Bates, E.P.B./ Buckley, C.M.: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku, çev. Mehveş Bingöllü Kılıcı, Ulaş Karan, Şen Matbaa, Ankara, 2013.
- Gözler, Kemal: *Türk Anayasa Hukuku*, 2. Baskı, Bursa, Ekin Yayıncılık, Temmuz 2018.
- Şirin, Tolga: “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne Göre Serbest Seçim Hakkı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.XVII, Ocak 2011.

Karar Dizini

AİHM Kararları

- Amuur/Fransa, B.No: 19776/92, 25/6/1996.
- Cherepkov/Rusya (kk.), B. No: 51501/99, 25/01/2000.
- Engel ve diğerleri Hollanda [GK], B. No: 5100/71, 8/6/1976.
- Gorizdra/Moldova (kk.), B. No: 53180/99, 2/7/2002.
- Hirst / Birleşik Krallık (2) [BD], B.No:74025/01, 6/10/2005.
- Ilıcak /Türkiye, B.No: 15394/02, 5/4/2007.
- Malarde/France (kk.), B. No: 46813/99, 5/9/2000.
- Molka/Poland (kk.), B. No: 56550/00, 11/4/2006.
- Monnell ve Morris Birleşik Krallık, B. No: 9562/81, 9818/82, 2/3/1987.
- Oran/Türkiye, B.No:28881/07 37920/07, 15//4/2014.
- Santoro/Italy, B. No: 36681/97, 16/1/2003.
- Sılay /Türkiye, B.No: 8691/02, 5/4/2007.
- Sobacı/Türkiye, B.No. 26733/02, 29/11/2007.
- Solmaz/Türkiye, B. No: 27561/02, 16/1/2007.
- Şahap Doğan/Türkiye, B. No: 29361/07, 27/5/2010.

Tanase / Moldova [BD], No. 7/08, 27/4/2010.
Weeks Birleşik Krallık [GK], B. No: 9787 /82, 2/3/1987.
Yumak ve Sadak, B.No:10226/03, 8/7/2008.

Anayasa Mahkemesi Kararları

Adem Sökmen, B. No: 2014/13791, 12/6/2018.
Ayhan Bilgen, B. No: 2017/5974, 21/12/2017.
Ercan Bucak (2), B. No: 2014/11651, 16/2/2017.
Figen Yüksekdağ Şenoğlu, B. No: 2016/25187, 4/4/2018.
Gülser Yıldırım (2) [GK], B. No: 2016/40170, 16/11/2017.
Günay Okan, B. No: 2013/8114, 17/9/2014.
İbrahim Ayhan, B. No: 2013/9895, 2/1/2014.
İdris Baluken, B. No: 2016/41020, 21/3/2018.
Kadri Enis Berberoğlu, B. No: 2017/27793, 18/7/2018.
Korcan Pulatsü, B. No: 2012/726, 2/7/2013.
Mehmet Haberal, B. No: 2012/849, 4/12/2013.
Mehmet İlker Başbuğ, B. No: 2014/912, 6/3/2014.
Murat Narman, B.No: 2012/1137, 2/7/2013.
Mustafa Ali Balbay, B. No: 2012/1272, 4/12/2013.
Mustafa Hamarat [GK], B. No: 2015/19496, 17/1/2019.
Recep Uygun, B. No: 2016/76351, 12/6/2018.
Savaş Çetinkaya, B. No: 2012/1303, 21/11/2013.
Selahattin Demirtaş [GK], B. No: 2016/25189, 21/12/2017.
Selma Irmak, B.No: 2016/32948, 7/3/2018.
Şaban Dal, B. N o: 2014/2891, 16/2/2017.
Turhan Günay [GK], B. No: 2016/50972, 11/1/2018.

11-12 MART 2016 GÜNLÜ VENEDİK KOMİSYONU GÖRÜŞÜ'NÜN TÜRKÇE'YE AKTARIMI VE KISA BİR BAŞLANGIÇ*

Deniz YAZGAN**

Özet

Avrupa Hukuk Yolu ile Demokrasi (“Venedik”) Komisyonu, 11-12 Mart 2016 günlerinde gerçekleşen 106. genel kurulunda, Türk Ceza Kanunu’nun 216., 299., 301., ve 314. maddeleri gibi problematik uygulama geçmişine sahip maddeleri ele almıştır. Bu çalışma, yakın Türkiye tarihinin önemli dönüm noktalarından biri olan 15 Temmuz 2016 gününden dört ay önce, belirtilen maddeler ışığında Türkiye’deki ifade özgürlüğünün Z raporunu çıkaran bu görüşün Türkçe’ye aktarılması ve bu görüşten sonra Türkiye’nin geliştirdiği uygulama ile “gelişen Avrupa konsensüsü” arasındaki mesafenin kısa yoldan değerlendirilmesinden ibarettir.

Anahtar kelimeler: İfade Özgürlüğü, Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama Suçu, Cumhurbaşkanı Hakaret Suçu, Türk Milletini Türkiye Cumhuriyeti Devletini Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama Suçu, Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma Suçu, Silahlı Örgüt Suçu, Gelişen Avrupa Konsensüsü.

TRANSLATION OF VENICE COMMISSION’S 11-12 MARCH 2016 OPINION TO TURKISH AND A BRIEF INTRODUCTION

Abstract

At its 106th Plenary session on March 11-12, 2016, European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission)

* Hakemli çeviridir. Eserin dergimize geliş tarihi: 01/05/2019. İlk hakem raporu tarihi: 09/09/2019. İkinci hakem raporu tarihi: 11/09/2019.

** Avukat, İstanbul Barosu, denizyazgan95@gmail.com, yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-8680-2845.

assessed the provisions that had a problematic implementation history, such as Articles 216, 299, 301, and 314 of the Turkish Criminal Code. This study aims to translate the above-mentioned opinion and evaluate the implementation of these articles in Turkey within the aspect of the “emerging European consensus”.

Keywords: Freedom of Expression, Provoking the Public to Hatred, Hostility or Degrading, Insulting the President of the Republic, Degrading Turkish Nation, State of Turkish Republic, The Organs and Institutions of the State, Establishing Organizations for the Purpose of Committing Crimes Armed Organization, Emerging European Consensus

BAŞLANGIÇ

2000’li yılların başlarından itibaren süregelen soruşturma ve kovuşturmalarda, savcılıklar ve yerel mahkemelerce en çok gündeme getirilen suçların “halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama”, “Cumhurbaşkanına hakaret”, “Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin kurum ve organlarını aşağılama”, “suç işlemek amacıyla örgüt kurma”, “silahlı örgüt” suçları olduğu Venedik Komisyonu’nun da dikkatini çekmiştir.

Komisyon, aşağıdaki görüşüyle, ifade özgürlüğü sorununun, kişilerin özgürlüklerinden yoksunluğu ile orantı ilişkisini sayılara da dökerek, tıpkı bir gün sonu hesabı gibi, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun doğum yılı olan 2005’ten 2016 yılının ilk üç ayına dek Türkiye’nin özgürlükler raporunu gözler önüne sermektedir.

Komisyon, halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçunu değerlendirirken, 765 sayılı mülga Ceza Kanununun 312. maddesinin yürürlükteki Türk Ceza Kanunu’nun 216. maddesi ile değiştirilmesine rağmen, “*bu yeni hükümlerin eski metnin içeriğini bozmadan lafzını değiştirdiği, bu bakımdan “Kamu organlarına hakaret” ve “nefret tahrik ve kanunları çiğnemek” ile ilgili hükümlerin yeni yasada kaldığını*” belirtmiştir.¹ Nefret söyleminin devamlı mücadeleyi ge-

1 CM/Inf/DH(2008)26, Türkiye’deki ifade özgürlüğü: Elde edilen süreç - Olağanüstü olaylar 23 Mayıs 2008., Venedik Komisyonu Türk Ceza Kanunu’nun 216., 299., 301., Ve 314. Maddeleri Hakkında Görüş 831/2015 Sayılı Görüş Raporu (Venedik, 11-12 Mart 2016) § 38.

rektirdiği ve bu nitelikteki söylemlerin, şiddete teşvik eden söylemlerle birlikte ifade özgürlüğü kapsamı dışında tutulması gerektiğine yönelik görüş² kabul edilmekle birlikte, Türk hukukunda aşağılama fiiline yönelik “tanımsızlık” ve farklı suçların düzenlendiği 216. maddede fıkraları arasındaki unsur eksikliği³, korunan hukuksal değerlerin pratikteki yansımalarının da nefret söylemi olduğuna yönelik hukuki bir kesinlikten yoksundur.

Mart 2016’da Komisyonun Cumhurbaşkanına hakarete ilişkin “gelişmekte” olarak nitelendirdiği Avrupa konsensüsü, artık yerleşik hale gelmiştir. Bu kapsamda “...sözel saldırıların en ciddi örnekleriyle sınırlandırılması ve aynı zamanda yaptırımların hapis cezasını içermeyecek şekilde”⁴ sınırlandırmanın, demokratik toplumda kabul göreceği Komisyonca da tespit edilmiştir. “Suçun Devletin saygınlığına karşı işleniyor olarak kabul edilmesi nedeniyle, eylemin Cumhurbaşkanının görev ve fonksiyonlarıyla ilgili bulunması zorunlu değildir.”⁵ savı üzerine inşa edilmiş bir uygulamada Ağustos 2014’teki referandumun ardından halk oyu ile seçilen ve eşyanın doğası gereği halkın beğenisine, yorumlarına, eleştirilerine kendisinden önceki Cumhurbaşkanlarından daha açık olması gereken bir Cumhurbaşkanı’nın varlığı halinde dahi ısrarcı olmak, gelişen ve yerleşen bir Avrupa konsensüsünden uzak kalma sonucunu doğuracaktır.

Türk Ceza Kanunu’nun 301. maddesi hem ulusal hem de uluslararası arenada önemli tartışmalara neden olmuştur. Bunlardan ilki, Türklük tanımına ilişkindir. “Türklük kelimesi sözlük anlamıyla, etnik bir aidiyet içermekte ve ‘Türk olmayı’ ifade etmektedir. Fakat Anayasanın 66/1 maddesinde; ‘Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkes Türk’tür’ denilmesi nedeniyle, Ceza Kanununda ‘Türklük’ kavramının Anayasadaki anlamıyla mı, yoksa etnik anlamıyla mı kullanıldığı sorusu cevaplandırılmalıdır.”⁶ Komisyonun

2 TÜRAY Aras, Nefret Söylemi Ve İfade Özgürlüğü Arasındaki İlişkiye Yönelik Görüşlerin Kısa Bir Değerlendirmesi, Suç Ve Ceza 2018 Sayı: 2, s. 147-152.

3 Venedik Komisyonu Türk Ceza Kanunu’nun 216., 299., 301., Ve 314. Maddeleri Hakkında Görüş 831/2015 Sayılı Görüş Raporu (Venedik, 11-12 Mart 2016) § 39.

4 Venedik Komisyonu Türk Ceza Kanunu’nun 216., 299., 301., Ve 314. Maddeleri Hakkında Görüş 831/2015 Sayılı Görüş Raporu (Venedik, 11-12 Mart 2016) § 56.

5 ÖZEK Çetin, Devlet Başkanına Karşı Suçlar, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1970, s. 180.

6 YAŞAR Osman - GÖKCAN Hasan Tahsin - ARTUÇ Mustafa; Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu”, C. VI (madde 257-345), Adalet, Ankara, 2010, s. 8319-8320.

da belirttiği gibi, yürürlükte olan hükümdeki “Türk Milleti” lafzı bu soruya tatmin edici biçimde cevap verir nitelikte değildir⁷. Dahası, 216. maddede olduğu gibi, konuya ilişkin yerleşik içtihat yoksunluğundan kaynaklanan problemler 301. madde için de geçerli durumdadır⁸.

Türk Ceza Kanununun 314. maddesinde düzenlenen “silahlı örgüt” suçuna ilişkin Komisyon değerlendirmesi, 15 Temmuz 2016 gününden önce ve özellikle sonraki Komisyon görüşleri Türkçe’ye aktarılmıştır.⁹ İki yıla yakın bir süre devam etmiş olağanüstü hâl ve olağanüstü halin sebep olduğu insan hakları ihlalleri ve hukuka aykırılıklar farklı bir değerlendirmeyi gerektirmişken, Komisyonun değerlendirmesi olağanüstü halden önceki ceza yargılaması üzerine bir kez daha düşündürecek niteliktedir. Bu çalışma, Venedik Komisyonu’nun bu Görüşünü Türkçe’ye aktarmayı ve Komisyonca tespit edilen sorunları güncel olarak analiz etmeyi amaçlamaktadır.

7 Venedik Komisyonu Türk Ceza Kanunu’nun 216., 299., 301., ve 314. Maddeleri Hakkında Görüş 831/2015 Sayılı Görüş Raporu (Venedik, 11-12 Mart 2016) § 86.

8 Venedik Komisyonu Türk Ceza Kanunu’nun 216., 299., 301., ve 314. Maddeleri Hakkında Görüş 831/2015 Sayılı Görüş Raporu (Venedik, 11-12 Mart 2016) §87.

9 Venedik Komisyonu, Türkiye Sokağa Çıkma Yasalarının Yasal Çerçevesi Hakkında Görüş Raporu 842/2016 sayılı Görüş Raporu, (Venedik, 10-11 Haziran 2016)., Venedik Komisyonu Türkiye Anayasa’nın 83. Maddesinin İkinci Fıkrasının Askıya Alınması Hakkında Görüş (Yasama Dokunulmazlığı) 858 / 2016 Sayılı Görüş Raporu (Venedik, 14-15 Ekim 2016)., Son Dönemde Çıkarılan Kanun Hükümünde Kararnamelerde Yer Alan Medya Özgürlüğüne İlişkin Tedbirler Hakkında Görüş 872 / 2016 Sayılı Görüş (Venedik, 10-11 Mart 2017).



Strazburg, 15 Mart 2016

CDL-AD(2016)002

Görüş No. 831/2015

AVRUPA HUKUK YOLUYLA DEMOKRASİ KOMİSYONU
(VENEDİK KOMİSYONU)

TÜRKİYE

**TÜRK CEZA KANUNU'NUN 216., 299., 301., ve 314.
MADDELERİ HAKKINDA
GÖRÜŞ**

**Venedik Komisyonu Tarafından
106. Genel Kurul Toplantısında Kabul Edilmiştir
(Venedik, 11-12 Mart 2016)**

İşbu görüş, aşağıdaki katılımcıların yorumlarına dayanılarak kabul edilmiştir:

Sn. Veronika BÍLKOVÁ (Üye, Çek Cumhuriyeti)
Sn. Sarah CLEVELAND (Üye, Amerika Birleşik Devletleri)
Sn. Jorgen STEEN SØRENSEN (Üye, Danimarka)
Sn. Herdis KJERULF-THORGEIRSDOTTIR (Üye, İzlanda)
Sn. Pieter VAN DIJK (Uzman, Eski Üye, Hollanda)

İÇİNDEKİLER

I. GİRİŞ	121
II. İLGİLİ KANUN HÜKÜMLERİ	121
III. AVRUPA İNSAN HAKLARI STANDARTLARI	125
A. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ	125
B. TÜRKİYE'DEKİ İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNE İLİŞKİN İLKE KARARLARI, RAPORLAR ve AÇIKLAMALAR	126
IV. ANALİZ.....	129
A. Öncül Açıklamalar	129
B. TCK 216 (Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama)	132
C. TCK 299 (Cumhurbaşkanına Hakaret).....	139
D. TCK 301 (Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama)..	152
E. TCK 314 (Silahlı Örgüt)	160
1. Silahlı Örgüt Üyeliği (TCK 314)	160
2. TCK 314'ün TCK 220 ile Birlikte Uygulanması	166
V. SONUÇLAR.....	170

I. Giriş

1. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin (AKPM), 29 Ocak 2015 gününde kabul edilen Avrupa'daki gazetecilerin güvenliği ve medya özgürlüğü konulu 2035 sayılı İlke Kararı'nda (2015) Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, Venedik Komisyonu'ndan "TCK 216, 299, 301 ve 314'ün Avrupa insan hakları standartları ile uyumunun analizi" isteminde bulunmuştur. 3 Kasım 2015 günlü toplantısında ise, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi İzleme Komitesi Venedik Komisyonu'ndan TCK 299 ve uygulaması kapsamındaki analizin genişletilmesi isteminde bulunmuştur.
2. Bu görüşün oluşturulması doğrultusunda, Sn. Veronika Bílková, Sn. Sarah Cleveland, Sn. Pieter Van Dijk, Sn. Jorgen Steen Sørensen, ve Sn Herdis Kjeruff Thorgeirsdottir'i raportör olarak görevlendirilmiştir.
3. 13 ve 14 Ocak 2016 günlerinde, Venedik Komisyonu delegasyonu Ankara'yı ziyaret etmiş ve Adalet Bakanlığı, Cumhuriyet Başsavcılığı ve Yargıtay Başkanlığı yetkilileri, Türkiye Barolar Birliği, Ombudsmanlık, Anayasa Mahkemesi yetkilileri, Meclis'te bulunan siyasi partilerin yetkilileri, Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı'nın yetkilileri ve bununla birlikte birtakım sivil toplum kuruluşunun temsilcileri ile bir dizi toplantı gerçekleştirmiştir.
4. Venedik Komisyonu, ziyaretin kusursuz bir biçimde organize edilmiş olmasından ötürü Türk yetkililere minnet ve teşekkürlerini sunar.
5. İşbu görüş, demokratik kurumlar Alt komisyonu toplantısında görüşülmesinin ardından Venedik Komisyonu tarafından 106. Genel Kurul Toplantısında (Venedik, 11-12 Mart 2016) kabul edilmiştir.

II. İlgili Kanun Hükümleri

6. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, hak ve özgürlüklere dair bir katalogu ihtiva eder. (17-40) Bu katalog, *inter alia* haberleş-

me hürriyetini (TCK 22), din ve vicdan hürriyetini (TCK 24), düşünce ve kanaat hürriyetini (TCK 25), düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetini (TCK 26), basın hürriyetini (TCK 28), dernek kurma hürriyetini (TCK 33) ve toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkını da ihtiva etmektedir.

7. Yürürlükteki Türk Ceza Kanunu (5237)¹⁰ Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından ("Millet Meclisi") 26 Eylül 2004 gününde onaylanmış ve 1 Haziran 2005 gününde yürürlüğe girmiştir. 340'tan fazla hükmü ile kapsamlı bir yasama ürünüdür.
8. TCK 216, halkın farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahriki cezalandırmaktadır ve şu şekilde düzenlenmiştir:
 - (1) Halkın sosyal sınıf, ırk, din, mezhep veya bölge bakımından farklı özelliklere sahip bir kesimini, diğer bir kesimi aleyhine kin ve düşmanlığa alenen tahrik eden kimse, bu nedenle kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
 - (2) Halkın bir kesimini, sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılayan kişi, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
 - (3) Halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılayan kişi, fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması halinde, altı aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
9. TCK 299, 5377 sayılı Kanun tarafından 29 Haziran 2005 gününde değiştirildiği gibi (TCK 35), Cumhurbaşkanı'na hakaret edenlerin cezai sorumluluğunu öngörmektedir ve şu şekilde düzenlenmiştir:
 - (1) Cumhurbaşkanı'na hakaret eden kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
 - (2) Suçun alenen işlenmesi hâlinde, verilecek ceza altıda biri oranında artırılır.

¹⁰ CDL-REF (2016)011 Türk Ceza Kanunu.

- (3) Bu suçtan dolayı kovuşturma yapılması, Adalet Bakanının iznine bağlıdır.
10. TCK 301, 5759 sayılı Kanun¹¹ tarafından 29 Nisan 2008 gününde değiştirildiği gibi, Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin kurum ve organlarını aşağılamayı suç haline getirmektedir ve şu şekilde düzenlenmiştir:
- (1) Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Türkiye Büyük Millet Meclisini, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ve Devletin yargı organlarını alenen aşağılayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
- (2) Devletin askerî veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişi, birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılır.
- (3) Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.
- (4) Bu suçtan dolayı soruşturma yapılması, Adalet Bakanının iznine bağlıdır.
11. TCK 314, suç örgütünü kurma, yönetme ve örgüte üyelik fiillerini suç haline getirmektedir ve şu şekilde düzenlenmiştir:
- (1) Bu kısmın dördüncü ve beşinci bölümlerinde yer alan suçları işlemek amacıyla, silahlı örgüt kuran veya yöneten kişi, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
- (2) Birinci fıkrada tanımlanan örgüte üye olanlara, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası verilir.
- (3) Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna ilişkin diğer hükümler, bu suç açısından aynen uygulanır.
12. TCK 220 (Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma), TCK 314'ün uygulamasında ayrı bir önem taşımaktadır. Yargıtay tarafından verilmiş yeni kararlarda TCK 314'ün üçüncü paragrafındaki "suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna ilişkin diğer hüküm-

11 2008 Değişikliği, "Türklük" ifadesinin, halihazırdaki 301 hükmünde olduğu gibi "Türk milleti" şeklinde değişmesine sebep olmuş, tutukluluğun üst sınırını aşağı çekmiş, ağırlaştırıcı hal değerlendirmesini hükümden çıkarmış ve suça ilişkin soruşturma ve kovuşturmayı Adalet Bakanlığının iznine tabi tutmuştur.

ler” lafzı nedeniyle TCK 220 ile birlikte uygulanacağı (özellikle 6. ve 7. fıkraları) belirtilmiştir ve şu şekilde düzenlenmiştir.

- (1) Kanunun suç saydığı fiilleri işlemek amacıyla örgüt kuranlar veya yönetenler, örgütün yapısı, sahip bulunduğu üye sayısı ile araç ve gereç bakımından amaç suçları işlemeye elverişli olması halinde, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, örgütün varlığı için üye sayısının en az üç kişi olması gerekir.
- (2) Suç işlemek amacıyla kurulmuş olan örgüte üye olanlar, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
- (3) Örgütün silahlı olması halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza dörtte birinden yarısına kadar artırılır.
- (4) Örgütün faaliyeti çerçevesinde suç işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı da cezaya hükmolunur.
- (5) Örgüt yöneticileri, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen bütün suçlardan dolayı ayrıca fail olarak cezalandırılır.
- (6) Örgüte üye olmamakla birlikte örgüt adına suç işleyen kişi, ayrıca örgüte üye olmak suçundan da cezalandırılır. Örgütte üye olmak suçundan dolayı verilecek ceza yarısına kadar indirilebilir. (Ek cümle: 11/4/2013-6459/11 md.) Bu fıkra hükmü sadece silahlı örgütler hakkında uygulanır.
- (7) (Değişik: 2/7/2012 - 6352/85 md.) Örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dahil olmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişi, örgüt üyesi olarak cezalandırılır. Örgüt üyeliğinden dolayı verilecek ceza, yapılan yardımın niteliğine göre üçte birine kadar indirilebilir.
- (8) Örgütün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun basın ve yayın yolu ile işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.¹²

12 11 Nisan 2013 günlü 6459 Sayılı Kanun'un 11.maddesi ile, bu fıkrada yer alan “veya amacı-

III. Avrupa İnsan Hakları Standartları

A. İfade Özgürlüğü

13. Türkiye, Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi (“MSHS”) ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (“İHAS”) de dahil olmak üzere önde gelen tüm uluslararası insan hakları sözleşmelerine taraf bir devlettir.
14. İfade özgürlüğü İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 19. maddesi ile MSHS'nin 19. maddesi ile ve İHAS'ın 10. maddesi ile güvence altına alınmıştır.
15. İfade özgürlüğünün kullanılması sınırlamalara tabi olabilir. Söz konusu sınırlamalar İHAS 10/2 ve MSHS 19/3-(a) ve (b) bentlerinde öngörülen şartlara uymak zorundadır. a) Yasalık: sınırlama, “yasa ile öngörülmüş”¹³ olmalıdır (İHAS 10/2 ve MSHS 19/3). Kanun, yeterli ölçüde erişilebilir ve öngörülebilir nitelikte olmalıdır, örneğin “vatandaşın davranışını düzenlemesine olanak vermek için yeterli belirlilikte ifade edilmiş” olması gereklidir. “Sözleşme ile güvence altına alınmış haklara, kamu makamları tarafından yapılabilecek keyfi bir müdahaleye karşı hukuki koruma tedbirlerinin alınması”¹⁴ gerekmektedir. b) Meşruiyet: sınırlama meşru bir amaca ilişkin olmalıdır. Söz konusu meşru amaçlar sınırlı sayıda olmak üzere İHAS 10/2 ve MSHS 19/3'te sayılmaktadır. c) demokratik bir toplumda gereklilik: sınırlama “açık, zorlayıcı ve belirli bir sosyal ihtiyaca”¹⁵ yönelik ve “müdabalenin amacıyla orantılı”¹⁶ olmalıdır.
16. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (“İHAM”) ve BM İnsan Hakları Komitesi, sırasıyla İHAS 10 ve MSHS 19'un yorumu ve uygulanmasında geniş bir içtihadı sahiptir. Bu kapsamda,

nın” ibaresi “cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde” şeklinde değiştirilmiştir.

13 İHAM, Sunday Times v. Birleşik Krallık, Başvuru No. 6538/74, 26 Nisan 1979, para. 49.

14 İHAM, Melone v. Birleşik Krallık, Başvuru No. 8691/79, 2 Ağustos 1984, para. 97.

15 İHAM, Vajnai v. Macaristan, Başvuru No. 33629/06, 8 Haziran 2008, para. 51.

16 İHAM, Parti Nationaliste Basque – Organisation Regionale d' Iparralde v. Fransa, Başvuru No. 71251/01, 7 Eylül 2007, para. 45. Ayrıca, bakınız 19. madde üzerindeki Genel Yorum 34: Düşünce ve İfade Özgürlükleri, İnsan Hakları Komitesi (2011), para. 22 ve 24.

İHAM, işbu görüşte ele alınan dört hüküm de dahil olmak üzere, TCK hükümlerini (hem yürürlükteki hükümleri hem de mülga hükümleri) tekrar tekrar değerlendirmiştir.¹⁷

17. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, 29 Haziran 2007 günlü 1805 (2007) sayılı *dine bakaret ve kişilere dini inançları nedeniyle nefret söyleminde bulunma* konulu Genel Tavsiye Kararı; ve 4 Ekim 2007 günlü *Hakaretin Suç Olmaktan Çıkmasına Doğru* 1577 (2007) sayılı Karar ve 1814 (2007) sayılı Tavsiye Kararı da dahil olmak üzere, hakarete ilişkin çeşitli belgeleri kabul etmiştir. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, *Basın Özgürlüğü ve Çatışma Alanlarındaki Gazetecilerin Çalışma Koşulları Hakkında* 28 Nisan 2005 günlü 1438 (2005) sayılı Karar ve 1702 (2005) sayılı Tavsiye Kararı; *Gazetecilerin Yaşamları ve İfade Özgürlüklerine Tebditler Hakkında* 27 Ocak 2007 günlü 1535 (2007) sayılı Karar; ve *Avrupa'da Gazetecilerin Güvenliklerinin ve Basının Korunması Hakkında* 29 Ocak 2015 günlü 2035 (2015) sayılı Karar ve 2062 (2015) sayılı Tavsiye Kararı da dahil olmak üzere, gazetecilerin korunması da ele almıştır.

18. Venedik Komisyonu, hakarete¹⁸ ilişkin yasal düzenlemelere ve ifade özgürlüğü ile din özgürlüğü arasındaki ilişkiye dair genel bir araştırmaya dair iki adet görüş açıklamıştır.¹⁹

B. Türkiye'deki İfade Özgürlüğüne Dair İlke Kararları, Raporlar ve Açıklamalar

19. Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı ("AGİT") Medya Özgürlüğü Temsilcisi, TCK Tasarısını 2005 yılından incelemiştir.²⁰

17 Örneğin bakınız, İHAM, *Incal v. Türkiye*, Başvuru No. 22678/93, 9 Haziran 1998; *Pakdemirli v. Türkiye*, Başvuru No. 35839/97, 22 Şubat 2005; *Şirin v. Türkiye*, Başvuru No.47328/99, 15 Mart 2005; *Artun ve Güvener v. Türkiye*, Başvuru No. 75510/01, 26 Haziran 2007; *Siz v. Türkiye*, Başvuru No. 895/02, 26 Mayıs 2005; *Altuğ Taner Akçam v. Türkiye*, Başvuru No. 27520/07, 25 Ekim 2011.

18 Venedik Komisyonu, CDL-AD(2013)024, Görüş No.629/2012 Azerbaycan Cumhuriyeti'nin Hakareti Koruma ile İlgili Olan Yasası, 14 Ekim 2013 CDL- AD(2013)038, Görüş No. 715/2013 İtalya'nın Hakaret üzerine olan Yasası, 9 Aralık 2013.

19 Venedik Komisyonu, CDL-AD(2008)026, İnceleme no. 406/2006, İfade Özgürlüğü ve Din Özgürlüğü arasındaki ilişkinin bildirim: *Düzenlemenin Konusu Ve Dine Yapılan Küfürün, Dini Aşağılamanın ve Dini Nefrete Teşvikin Kovuşturması*, 23 Ekim 2008.

20 OSCE, TCK Taslağının Yeniden Gözden Geçirilmesi, Medya Özgürlüğü, Viyana, Mayıs 2005.

Rapor, işbu görüşte ele alınan söyleme dayalı suçlara ilişkin üç hükmü (TCK 216, 299 ve 301) eleştirmektedir.

20. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, özellikle Türkiye'de ifade özgürlüğü ve basın özgürlüğünü²¹ ele alan 2011 tarihli raporunda, “TCK’da yapılan çeşitli tadillerin (...) ifade özgürlüğünün etkin bir şekilde temin edilmesini sağlamak için yeterli olmadığını” belirtmiştir.²² TCK 216 ve 301, açıkça, “gazeteciler, yazarlar ve insan hakları savunucuları aleyhine” açılan cezai soruşturmalara hukuki dayanak oluşturan madde hükümleri arasında anılmaktadır.²³
21. Komiser aynı raporda, mevcut yasaların hakimler ve savcılar tarafından yorumlayıp uygularken orantılılık ilkesinin uygulanmamasının, ceza soruşturmalarında ve gözaltında geçen sürelerinin aşırılığının, sanıkların dava görülürken aleyhlerindeki delillere erişiminde yaşadıkları sorunların ve savcıların ceza soruşturma açma konusundaki sınırsız tutumunun Türkiye’deki ifade özgürlüğü kullanımında *caydırıcı etki yarattığını* ve Türk medyasında *otosansüre* sebep olduğunu belirtmiştir.²⁴
22. Komiser, Aralık 2014’te gazetecilerin ve basın mensuplarının, terör örgütü kurma ve terör örgütüne üye olma iddiaları (TCK 314) ile tutuklanmalarına müteakiben, “(...) *basın özgürlüğü, Türkiye’de uzun zamandır süregelen bir sorun ve söz konusu tedbirler Türkiye’nin yakın zamanda titizlikle kat ettiği gelişim sürecini sonlandırabilecek yükseklikte risk taşımaktadır. Şiddete maruz kalmak ve misillemelere uğramak da dabil olmak üzere, halihazırda yüksek bir baskı altında olan gazetecilere ve muhalif görüşte olanlara yeni, caydırıcı bir mesaj yolluyorlar. Türk mille-*

21 CommDH(2011)25, Thomas Hammarberg tarafından hazırlanan Rapor, Avrupa Komisyonu’nun İnsan Hakları Komiserliği, Türkiye ziyaretine müteakip olarak 27-29 Nisan 2011, 12 Temmuz 2011. Ayrıca bakınız, CommDH(2012)2, Avrupa Komisyonu’nun İnsan Hakları Komiserliği’nin Raporu. Göz önüne alınan hususlar: Türkiye’deki adalet yönetimi ve insan haklarının korunması, 10 Ocak 2012; CommDH(2013)24, Nils Muiznieks’in raporu, Avrupa Komisyonu İnsan Hakları Komiserliği, 1-5 Temmuz 2013 arasındaki Türkiye ziyaretine müteakip olarak, 26 Kasım 2013.

22 CommDH(2011)25, syf.2.

23 Ibidem. para. 16.

24 A.g.e.

tini daba da kutuplaştırmaya ve devletin insan haklarını destekleme kabiliyetine ilişkin güvensizliğini artırmaları da muhtemel. Yetkilileri basın özgürlüğü üzerindeki baskıya son vermeye ve hukukun üstünlüğü ile insan haklarına uyumlu bir şekilde hareket etmeye davet ediyorum.” Şeklinde bir beyanda bulunmuştur.²⁵

23. BM Irklar Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi (“CERD”) 2009 yılında şunları belirtmiştir: “TCK'nın artık “Türklük”ü değil de “Türk milletini” aşağılamayı suç haline getirdiği ve soruşturma ve kovuşturmanın Adalet Bakanlığı iznine tabi tutulduğu unutulmamakla birlikte, Komite, hükmün yeni halinin de İHAS kapsamında haklarını kullanan kişiler aleyhinde cezai işleme dönüşebileceği konusunda halen kaygı duymaktadır.²⁶

24. BM İnsan Hakları Komitesi, Kasım 2012’de Türkiye hakkında yayınlanan nihai gözlemlerinde, TCK’nın 216 ve 314 dahil olmak üzere, ifade özgürlüğünü olumsuz yönde etkileyebilecek birtakım kanun hükümleri ile ilgili endişesini dile getirdi. Komite, “insan hakları savunucuları ve medya çalışanlarının mesleklerini icra ettikleri gerekçesi ile mabkumiyete konu edilmeye devam edildiğini, (...) dolayısıyla kamu yararına ilişkin konulara yönelik eleştirel düşüncelerin ifade edilmesinde veya eleştirel medya aktarımlarında caydırıcılığın taraf Devletteki ifade özgürlüğünü olumsuz yönde etkilediğini” belirtmiştir. MSHS 19’daki genel yaklaşımı ile uyumlu olarak, Komite, Türkiye’ye *inter alia*, “Türkiye, insan hakları savunucularının ve gazetecilerin cezai ve hukuki yargılamalara konu olma korkusu olmadan mesleklerini sürdürmelerini sağlamayı”, “haka-reti suç olmaktan çıkarmayı ve ancak en ciddi davalarda ceza hukukunun uygulanması gerektiğini, hapis cezasının asla uygun bir ceza olmadığını”²⁷ tavsiyelerinde belirtmiştir.

25 Türkiye’deki gazetecilerin tutuklanmasından endişe duyan Komisyon Üyesi: <http://www.coe.int/en/web/commissioner/-/commissioner-concerned-about-arrest-of-journalists-in-turkey?inheritRedirect=true&redirect=%2Fen%2Fweb%2Fcommissioner%2Fcountry-report%2Fturkey>

26 BM Dök. CERD/C/TUR/CO/3, Irksal Ayrımcının Ortadan Kaldırılması Hakkında Komisyonu’nun son gözlemleri, 24 Mart 2009, para. 16. Ayrıca bakınız, BM Dök. A/HRC/15/13, Periyodik Evrensel İnceleme hakkında Çalışma Grubu Raporu. Türkiye 17 Haziran 2010.

27 BM Dok. CCPR / C / TUR / CO / 1, Türkiye’nin ilk raporuna hakkında son gözlemler, 13 Kasım 2012, para. 24.

25. Avrupa Komisyonu 2015 yılındaki Gelişim Raporu'nda Türkiye'nin insan hakları sicilini değerlendirmiştir. Raporunda, *inter alia* şu hususlar belirtilmiştir “Ceza Kanununun (...) ilgili ifade özgürlüğünü sınırlayan hiçbir hükümünde değişiklik meydana gelmemiştir. Aşağılama veya madde 314'te düzenlenen silahlı örgüt suçları gibi gazetecilerin aleyhine dava açılmasına sebep olan birtakım hükümler halen revize edilmeye muhtaçtır.”²⁸
26. 14 Ocak 2016 günü, kolluk güçleri, 27 Akademisyeni, Türkiye'nin Güneydoğusundaki askeri operasyonlara bir son verilmesine çağrıda bulunan ve hükümeti uluslararası hukuku ihlal etmekle suçlayan bir dilekçeye 1.000'den fazla akademisyenle beraber imza attıkları gerekçesiyle gözaltına almıştır²⁹. Basına göre, “terör propagandası” yapmak ve Devleti aşağılamak (TCK'nın 301. maddesi)³⁰ suçlarından dolayı akademisyenlere karşı soruşturma açılmıştır. Avrupa Konseyi Genel Sekreteri 15 Ocak 2016 günlü açıklamasında akademisyenlerin gözaltına alınması ile ilgili endişesini dile getirmiştir³¹.

IV. ANALİZ

A. Öncül Açıklamalar

27. Devletlerin, farklı ve alternatif düşüncelerin yeşerebileceği, bireylerin kendilerini özgürce ifade edebilecekleri ve toplumsal müzakere ortamına korkusuzca katılabilecekleri uy-

28 SWD(2015)216Son, *Turkey: 2015 Report*, 10 Kasım 2016, pp. 63-64.

29 <http://www.theguardian.com/world/2016/jan/15/turkey-rounds-up-academics-who-signed-petition-denouncing-attacks-on-kurds> Dilekçenin tam metnini görmek için: <http://www.ibtimes.co.uk/turkish-dons-arrested-full-text-declaration-criticising-military-campaign-against-kurdish-1538161>.

30 http://www.nytimes.com/2016/01/16/world/europe/turkey-kurds.html?_r=0
<http://www.lefigaro.fr/flash-actu/2016/01/15/97001-20160115FILWWW00042-turquie-des-signataires-d-une-petition-arretes.php>

31 “Akademisyenlerin ve düşünürlerin tutuklanmalarıyla ilgili Türkiye'den gelen raporlar içinde bulunduğumuz dönemde oldukça endişe vericidir. Türkiye'nin terörist saldırılar nedeniyle büyük zorluklar içinde olduğu bu dönemde, herkesi şiddete ve teröre ve ifade özgürlüğü dahil insan haklarına saygı için karşı güçlerini birleştirmeye çağırıyorum. Bu durumu azaltmak için hiçbir çabadan kaçınılmamalıdır”.

gun ortamı yaratma yükümlülükleri vardır³². Bu yükümlülük devletlere ifade özgürlüğünün kullanımında toplum genelinde *caydırıcı etki* yaratacak, ifade özgürlüğüne tehdit yaratacak, cesaret kırıcı yasal faaliyetlerden kaçınma yükümlülüğü de getirmektedir³³.

28. Venedik Komisyonu'nun Ankara ziyareti sırasında, yetkili makamlar, Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi tarafından ifade özgürlüğüne ilişkin ilkel bir yaklaşıma sahip, uluslararası insan hakları standartlarını uygulayan birçok kararı örnek göstermiştir. Örnek olarak, Anayasa Mahkemesi, 4 Haziran 2015 günlü bireysel başvuru kararında, ilk derece mahkemesince verilen (tanınmış bir gazeteci ve köşe yazarı olan) başvurucuya ilişkin, köşesinde kamu görevlilerini aşağıladığına yönelik fiilinden dolayı sabit bulduğu TCK 125 (hakaret suçu) kararını, ifade özgürlüğünün ihlali olarak nitelendirmiştir. AYM, İHAM'ın yerleşik içtihadına uygun biçimde, sağlıklı temeller üzerine kurulu bir demokraside, siyasilere yönelik eleştiri hakkının sıradan vatandaşlarla kıyaslandığında çok daha geniş olduğunu, hükümetin sadece yasama veya yargı organlarıncı değil, aynı zamanda medya/basın veya diğer siyasi aktörler tarafından da kontrol edilmesi gerektiğini belirtmiştir.³⁴
29. TCK 216 (mülga 312), dini değerleri aşağılayacak ya da küçük düşürecek nitelikteki ifadeleri cezalandırmak için son zamanlarda sıklıkla kullanılmaktadır. 2012'de, dünyaca ünlü bestekâr ve piyanist Fazıl Say'a, 11. ve 12. yüzyılın ünlü şairlerinden Ömer Hayyam'a ait bir şiirden birçok dizeyi Twitter'da paylaşması sonucu TCK 216/3'te düzenlenen suç isnat edilmiştir. 2013 Eylül ayında gerçekleşen yargılama ile Fazıl Say, dini değerleri aşağıladığı gerekçesi ile 10 ay hapis cezasına mahkûm edilmiştir. 12 Ekim 2015 günlü kararında,

32 İHAM, Dink v. Türkiye, Başvuru No. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09, 14 Eylül 2010, para. 137.

33 Bkz. gazeteciliğin korunması ve gazetecilerin ve diğer medya aktörlerinin hakkında Bakanlar Kurulu tarafından 30 Nisan 2014 tarihinde 1198. Bakan Vekilleri toplantısında kabul edilen Avrupa Komisyonu Bakanlar Kurulu Komitesi Beyannamesi.

34 Anayasa Mahkemesi Kararı no. 2014/12151, 4 Haziran 2015, 1 Temmuz 2015 günlü Resmi Gazete.

Yargıtay, ilk derece mahkemesinin kararını, “suçun konusunu oluşturan kişinin, ne kamu güvenliği açısından açık veya yakın bir tehlike ortaya koyduğunu; ne de şiddet çağrısında bulunduğunu, sanığın ifade özgürlüğünü kullandığı” gerekçesiyle bozmuştur.³⁵

30. Yetkililer, ifade özgürlüğü kapsamında, henüz inceleme aşamasında olan dosyalara ilişkin olarak Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının tebliğnameleri de temin etmişlerdir.³⁶ Bu metinlerin birçoğunda, savcı, şiddet içermeyen ifade biçiminin ifade özgürlüğü kapsamında olması nedeniyle Yargıtay'ın yetkili dairesinin dosyaları bozmasını ve demokratik bir devletin yetkililerinin bu eleştiriye katlanması gerektiğini salık vermiştir.
31. Venedik Komisyonu, ulusal yüksek mahkemelerin şiddet içermeyen ifadelerle ilişkin davalarda İHAM'ın aradığı şartları uyguladıkları ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının tebliğnamesindeki prensipli yaklaşımını içtenlikle karşılamaktadır. Yüksek mahkemelerin rehberliği, ilk derece mahkemelerinin içtihatlarında insan hakları standartlarının yorumlanması ve uygulanması açısından oldukça önemlidir. Lakin bu görüş konu kanun hükmüne dayanılarak bilhassa gazeteciler aleyhine yapılan çok sayıda soruşturma ve kovuşturma göz önünde bulundurulurak; Venedik Komisyonu, kamu menfaati hakkındaki görüşlerin belirtilmesindeki caydırıcı etkinin ve buna bağlı olarak oluşan oto sansürlerin yalnızca yüksek mahkemelerin özgürlüğü sınırlayıcı kararlarına bağlı olmadığına, aynı zamanda yetkili makamlar tarafından yapılan soruşturmalar, kovuşturmalar gözaltı ve tutuklamalar gibi zorlayıcı, hürriyeti bağlayıcı tedbirlere bağlı olduğuna kanaat getirmektedir.
32. Birçok vakada, İHAM, başvurular aleyhine TCK 301 (mülga 159) uyarınca yapılan cezai soruşturmaları³⁷ veya cezai

35 Yargıtay 8. Ceza Dairesi, E. 2014/35434, K. 2015/22535, 12 Ekim 2015.

36 Türk hukuk sisteminde, birinci derece mahkemenin kararına itiraz edildiğinde, dava dosyası ilk olarak Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir. Başsavcı, davayla ilgili görüşünü (tebliğname) Yargıtay'ın yetkili birimlerine gönderir.

37 İHAM, Dilipak / Türkiye, Başvuru no. 29680/05, 15 Eylül 2015 (henüz kesin değil).

kovuşturmaları³⁸ veya geçerli ve yeterli nedenler olmaksızın başvuranın tutuklu olarak uzun süre³⁹ yargılanmasına devam edilmesini, yargılama süreci sonunda aleyhlerinde hüküm verilmemesine rağmen başvuruların ifade özgürlüklerine müdahale olarak görmüştür. Mahkeme, bu tedbirlerin, özellikle gözaltı tedbirinin başvuruların kamu yararına olan konular da görüşlerini ifade etmelerinde caydırıcı etki yarattığını ve bu önlemlerin oto sansüre yol açan bir ortam yarattığını kabul etmiştir.

33. Binaenaleyh, aşağıdaki analiz, Devlet'in şiddet içermeyen meşru söylemlere yönelik her türlü caydırıcı etkiyi önleme yükümlülüğü ışığında da okunmalıdır. Bu itibarla, yalnızca yüksek mahkemeler tarafından verilen kararlar önemli olmayıp, aynı zamanda cezai soruşturmaların, kovuşturmaların ve tutuklamaların sayı ve içeriği de önem arz etmektedir.

B. TCK 216 (Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama)

34. Bu hükmün her fıkrası ayrı bir suç düzenler: halkın farklı kesimlerini kin veya düşmanlığa tahrik etme (TCK 216/1); halkın bir kesimini alenen aşağılanma (TCK 216/2) ve halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılama (TCK 216/3). Bu maddenin ilk iki fıkrasındaki suçların işlenebilmesi için "aşağılama" unsurunun sosyal köken, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölgesel farklılıklara dayandırılması gerekmektedir.
35. Yetkililerce temin edilmiş açıklama notuna göre, 1. fıkrada yer alan "nefrete tahrik", "münferit yapılan saygısızlığın ve itirazın ötesinde ve objektif olarak halkın belli bir kısmını düşmanca davranışlara tahrik etmeye elverişli" olmalıdır. "Kin" ve "düşmanlık" terimleri, kin gibi duyguların temelini oluşturan zarar vermeye yönelik ve mağlup etmeyi amaçlayan psikolojik bir ruh hali olarak açıklanmaktadır. Dahası, 1. fıkradaki suçun işlenmesi için "kin veya düşmanlığa tahrik",

38 İHAM, Taner Akçam v. Turkey, Başvuru no. 27520/07, 25 Ekim 2011.

39 İHAM, Nedim Sener v. Turkey, Başvuru no. 38270/11, 8 Temmuz 2014.

kamu güvenliğine açık ve yakın bir tehlike oluşturmaldır. Hâkimin, belirli bir davada, 1. fıkradaki suçun işlendiğini kabul edebilmesi için, maddi gerçekler temelinde, kamu güvenliğine karşı yapılan tehdidin yeterince açık ve yakın olup olmadığına da karar vermelidir. Açıklayıcı not aynı zamanda, haber muhabirliği sınırlarını aşmayan ve eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamalarının suç oluşturmayacağını düzenleyen TCK 218'i öne sürmektedir. Bu çerçevede, not sadece şiddete tahrik eden ifade biçimlerinin TCK 216/1'i ihlal edebileceği sonucuna varmaktadır.

36. Yürürlükteki Ceza Kanununun 216/1 ve 216/2 hükümleri, mülga Ceza Kanununun 312. maddesinin yerine geçmiştir. İHAM, mülga Ceza Kanununun⁴⁰ 312. maddesi uyarınca mahkûm edilen kişiler hakkında birçok davayı incelemiştir. Bu davalarda, İHAM, başvuranların nefrete, düşmanlığa ve de suçluları övmeye teşvik ettiği iddia edilen makale veya kitapları yayınlama suçundan mahkûm edilmeleri sebebi ile İHAS 10'un ihlal edildiğini tespit etmiştir.⁴¹ Mahkeme, bu tür makale ve kitapların kamu politikalarına yönelik (özellikle de terörle mücadele kapsamındaki faaliyetler hakkında) sert eleştiriler içermesine rağmen, bunların nefret ve şiddete teşvik etmediğini ve uygulanan yaptırımın meşru amaç ile açıkça orantısız olduğunu belirtmiştir.

37. *Dicle v. Türkiye*⁴² başvurusunda olduğu gibi, terörle mücadeleye karşı devlet politikalarını eleştirmek ve "Türk Devleti'nin son derece olumsuz bir resmini çizmek ve böylece anlatıya

40 İlgili paragraflarda belirtilen:

(1) Bir suç olarak kanunen cezalandırılan veya yasayı çiğnemeye teşvik eden bir davayı açıkça öven ya da kınayan bir kişi, mahkûmiyet kararı ile altı ay ile iki yıl hapis ve Altı bin ila otuz bin Türk lirası ağır para cezasıyla cezalandırılır.

(2) İnsanları, sosyal sınıflar, ırklar, dinler, mezhepler veya bölgeler arasındaki ayrımı temel alarak kin veya düşmanlığa teşvik eden bir kişi, mahkûmiyet kararı ile bir ila üç yıl hapis ve bir Dokuz bin ila otuz altı bin liraya kadar cezalandırılır. Bu tahrik, kamu güvenliğini tehlikeye atarsa, ceza üçte birinden bir buçuk oranında artırılır.

41 Bakınız İHAM, Incal v. Türkiye, Başvuru No. 22678/93; Birdal v. Türkiye, Başvuru No. 53047/99; Ceylan v. Türkiye, Başvuru No. 23556/94; Dicle v. Türkiye, Başvuru No. 34685/97; Gümüş ve diğerleri v. Turkey, Başvuru No. 40303/98; Gündüz Müslüm v. Türkiye, Başvuru No. 35071/97; Yazar v. Türkiye, Başvuru No. 57258/00.

42 İHAM, Dicle v. Türkiye, 10 Şubat 2005.

düşmanca bir ton vermek”, İHAM tarafından şiddet, silahlı direniş ya da ayaklanmayı teşvik eden nefret söylemi olarak görülmemektedir. Terörle mücadele bağlamında ifade biçimleri, örneğin “*Türk ve Kürt proleterlere karşı bir Devlet terörü!*”⁴³, “*(...) Şu anda ülkede Kürt halkına karşı özel bir savaş yürütülmektedir*”⁴⁴; “*Kürtleri İslam adına öldürüyorsun (...); onlar Anadolu'nun biçare çocukları, köyleri zorla tabliye ediliyor, onlara işkence ediliyor (...) onlar, failleri meçbul cinayet kurbanları, hapishaneleri dolduranların bepsi Kürtler (...)*”⁴⁵ ya da yerel mahkemeler tarafından mülga Ceza Kanununun 312. maddesi uyarınca mahkumiyetlerin temeli olan eleştirilerde “Devlet terörizmi” ve “soykırım”⁴⁶ gibi kuvvetli bir üslubun kullanılması İHAM tarafından İHAS 10 uyarınca korunan eleştiri olarak kabul edilmiştir. Şu ana kadar İHAM, yürürlükteki TCK 216 uygulamasına ilişkin olarak herhangi bir başvuru incelememiştir.

38. Türkiye, İHAM'ın mülga Ceza Kanunu 312 ile ilgili kararlarına tepki olarak, yeni bir Ceza Kanununu uygulamaya koymuştur. Ancak Bakanlar Komitesi, İHAM kararlarının Türkiye tarafından uygulanmasına ilişkin 2008 günlük raporunda, problemli olan 312. maddenin, 216. madde de dahil olmak üzere çeşitli yeni hükümlerle değiştirilmesine rağmen, “*bu yeni hükümlerin eski metnin içeriğini bozmadan lafzını değiştirdiği, bu bakımdan “Kamu organlarına hakaret” ve “nefrete tabrik ve kanunları çiğnemek” ile ilgili hükümlerin yeni yasada kaldığını*” belirtmiştir.⁴⁷
39. Venedik Komisyonu, TCK 216/2 ve TCK 216/3'te, sırasıyla, halkın bir kısmını ve dini değerleri aşığılama suçunun ilk fıkradaki kin ve düşmanlığı tahrik etmekten ayrı olarak cezalandırılabilmediğini gözlemlemektedir. Bu iki ek paragraf sorunludur, zira “aşığılayıcı” kelimesine çok geniş bir anlam

43 İHAM, Incal v. Türkiye, para. 10.

44 A.g.e.

45 İHAM, Varlı ve diğerleri v. Türkiye, para. 11.

46 İHAM, Ceylan v. Türkiye para. 33.

47 CM/Inf/DH(2008)26, Türkiye'deki ifade özgürlüğü: Elde edilen süreç - Olağanüstü olaylar 23 Mayıs 2008.

yüklenebilecektir ve rencide edici, şok edici ve rahatsız edici ifadeler prensip olarak İHAS 10'un güvencesi altında olacaktır. Öte yandan TCK 216/1'deki ifadenin “*kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlike oluşturma*” şartı TCK 216/2 veya TCK 216/3'te bulunmamaktadır. Buna göre 2 ve 3 numaralı fıkralar çok daha sınırlayıcı olarak formüle edilmeli veya 1 numaralı fıkra ile bütünleştirilmelidir.

40. Bununla beraber, Venedik Komisyonu, yukarıdaki içtihat ışığında, hükmün lafzından aşkın olarak, TCK 216'ya ilişkin ciddi problemlerin, yerel mahkemelerin ve kolluk kuvvetlerinin yorumlamasından ve uygulamasından kaynaklandığını düşünmektedir. Siyasi söylemler ya da kamu yararına olan konularda yapılan tartışmalar hakkında yapılacak olan müdahalenin İHAS 10/2 uyarınca dar bir kapsamı olduğu hatırlanmalıdır. Venedik Komisyonu, terörle mücadele kapsamında ortaya çıkan sorun ve güçlükleri göz ardı etmemektedir. Ancak, demokratik toplumda, devletin faaliyet ve ihmali sadece yasama ve adli makamlar tarafından değil, aynı zamanda kamuoyu tarafından yakından incelemeye tabii tutulmalıdır. Bu nedenle hükümet politikalarına karşı düşmanca ton veya rencide, şok veya rahatsız edici ve sert eleştiri içeren ifadelerde dahi cezai işlemlere başvurulması (TCK 216 temelinde dâhil olmak üzere) ancak bu ifadelerin şiddete teşvik edici nitelikte olması halinde mümkün olmalıdır. Demokratik bir toplumda ifade özgürlüğü hakkına yapılan müdahalenin “gerekliliğini” incelerken dikkate alınması gereken temel unsurlar bunlardır.

41. İlaveten, Türkiye hakkında dördüncü denetleme döngüsü raporunda (2011); Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu (“*ECRF*”); TCK 216/1 ve 2'nin, gazetecileri, yazarları, yayıncıları, insan hakları sivil toplum kuruluşu üyeleri, azınlık grupları ve özellikle Kürt meseleleri ile ilgili konularda hak savunan ya da şiddete yönelik olmayan düşünceleri ifade edenleri, kovuşturmak ve mahkûm etmek için kullanıldığını kabul etmiştir. Sivil toplum aktörlerine göre, bu rapor aynı zamanda, TCK 216'nın, azınlık gruplarının üyelerine karşı

ırkçı söylemler sergileyen kişileri kovuşturmak için nadiren kullanıldığının altını çizmektedir.⁴⁸ Ankara'daki toplantılarda İstanbul 41. Asliye Ceza Mahkemesinin kararı yetkililerce temin edilmiştir. Söz konusu davada, bir sokak eylemi sırasında Ermeni azınlığa “ırkçı ifadeler” kullanan sanıklar hapis cezasına çarptırılmış ve bu ceza daha sonra adli para cezasına⁴⁹ çevrilmiştir. Venedik Komisyonu, söz konusu hükmün ancak halk güvenliğine açık ve yakın bir tehlike oluşturan “ırkçı ifadeler”⁵⁰ bağlamında kullanılması gerektiğini ve hükümet politikalarına yönelik sert eleştirilere ceza vermek için kullanılmaması gerektiğini vurgulamaktadır.

42. **TCK 216/3** “halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri alenen aşağılamak” suçuyla ilgilidir. Dine hakaret, dinlere yönelik aşağılama ve dinleri sebebiyle insanlara karşı nefret söylemi üzerine 1805 (2007) sayılı Görüşü ile Parlamenter Meclis, “*ulusal yasanın yalnızca kasıtlı ve ciddi biçimde kamu düzenini bozan ve kamusal şiddete sebep olacak dini konular üzerindeki ifadeleri cezalandırması gerektiği*” düşüncesindedir.
43. Venedik Komisyonu'nun İfade Özgürlüğü ve İnanç Özgürlüğü arasındaki ilişkiye dair 2008 raporuna göre: “*Gerçek bir demokraside ifade özgürlüğüne yönelik sınırlamalar, ne kadar aşırı olursa olsunlar, toplumu muhalif görüşlerden koruma amacı olarak kullanılmamalıdır. Özgür toplumsal müzakeraları temin etmek ve korumak, bir yandan toplumu ve bireyleri ayrımcılığa karşı korurken diğer yandan da ifade ve inanç özgürlüğü gibi vazgeçilemez değerleri muhafaza etmenin temel fonksiyonu olmalıdır. Asıl olan sadece nefreti teşvik eden ve bir demokratik rejim ile tamamen uyumsuz olan radikal fikirlerin yayınlanması ve söylenmesinin yasaklanmasıdır.*”⁵¹

48 CRI(2011)5 10 Aralık 2010'da kabul edildi, 8 Şubat 2011'de yayımlandı, para. 25.

49 İstanbul 41. Asliye Ceza Mahkemesi, E. 2012/312, K. 2012/884, 26 Aralık 2012.

50 Bkz. ECRI, Irkçılık ve Irk Ayrımcılığıyla Mücadeleye Yönelik Ulusal Mevzuat Hakkında 7 No'lu Genel Politika Önerisi, 13 Aralık 2002'de 18 nokta kabul edilmiştir.

51 CDL-AD(2008)026 İfade Özgürlüğü ve Din Özgürlüğü arasındaki ilişki üzerine rapor: Report on the Relationship Between Freedom of Expression and Freedom of Religion: Düzenlemenin Konusu Ve Dine Yapılan Küfürün, Dini Aşağılamanın ve Dini Nefrete Teşvikin Kovuşturması, para. 46.

44. Venedik Komisyonu, Raporunda dine yönelik nefrete tahrik suçlarının, neredeyse tüm Avrupa Devletlerinde olduğu gibi cezai yaptırımlara konu olmalarını tavsiye etmektedir. Bununla birlikte, Komisyon, temel unsurunun nefreti teşvik olmadığı kayıtsız şartsız dini bir hakaret suçu yaratmanın (ör. dini hissiyata hakaret etme) ne gerekli ne de arzu edildiğini vurgulamış ve dine küfür eyleminin suç olmaktan çıkarılmasını tavsiye etmektedir.⁵²
45. İHAM, *Aydın Tatlav v. Türkiye* başvurusunda, İslam'ı “Allah'ın İsteği” doğrultusunda sosyal adaletsizliği meşrulaştıran bir din olarak eleştirdiği için mülga Ceza Kanununun 175. maddesine dayanarak bir yıl hapse çarptırılan başvuranın ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini tespit etmiştir.⁵³
46. Türk yetkilileri tarafından Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'ne sunulan istatistiklere göre, TCK 216/3 kapsamında Cumhuriyet savcılarınca düzenlenen iddianame sayısı artmıştır: sayılar daha fazla olabilmekle birlikte, 2010'da 10 adet, 2011'de 10 adet, 2012'de 26 adet, 2013'de 42 ve 2014'de 32 adettir.⁵⁴ İlaveten, 1980'ler ve 1990'larda serbest konuşma özgürlüğü karşıtı kovuşturmaların çoğu Atatürk'e, Türklüğe ve ülkenin bölünmezliğine karşı iken, bunların yerini geçtiğimiz yıllarda dine hakaret (TCK 216/3) ve Cumhurbaşkanına (TCK 299)⁵⁵ hakaret suçlarının aldığı rapor etmiştir.
47. Kolluk kuvvetleri ve yerel mahkemeler TCK 216/3'ü uygularken, İHAM'ın *Otto-Preminger Institute v. Avusturya* başvurusunda⁵⁶ vurguladığı üzere, dini inançlarını açıklama özgürlüğünü kullanmayı tercih eden kişilerin her türlü eleştiriden muaf olmayı makul surette bekleyemeyeceklerini her daim hatırlamalıdır. Bu kişiler, dini görüşlerinin başkaları tara-

52 A.g.e., para. 89.

53 İHAM, *Aydın Tatlav v. Türkiye*, Başvuru No. 50692/99, 2 Mayıs 2006.

54 DH-DD(2015)447rev. Yaman Akdeniz ve Kerem Altıparmak tarafından yayımlanan farklı bir istatistiğine göre (Türkiye'de Riske Maruz Kalmış Gazetecilikte muhalefet ve ifade özgürlüğüne sessizlik etkisi. Tehditler, zorluklar ve perspektifler, Avrupa Konseyi yayınevi, Ekim 2015, syf. 159), bu sayılar: 66(2012), 107(2013) ve 47(2014).

55 Yaman Akdeniz, Kerem Altıparmak, a.g.e, s. 147.

56 Başvuru No. 13470/87, 20 Eylül 1994.

findan reddedilmesini ya da kabul edilmesini ve hatta kendi inançlarına ya da başkalarının inançlarına karşıt olan propagandaları hoş görmelidirler. Şu husus da hatırlanmalıdır ki, BM İnsan Hakları Komitesi'nin 34 numaralı Genel Yorumu'na göre, ayrımcılığa, şiddete veya düşmanlığa teşvik içeren dini nefreti destek eden durumlar haricinde, dine hakaret dahil olmak üzere bir dini inanca ya da başka bir inanç sistemine saygısızlığa karşı olan yasaklar Sözleşme ile de uyumsuzluk göstermektedir. Dolayısıyla, TCK 216/3 sadece *kasıtlı ve ağır olarak kamu düzenini tehdit eden ve sonuç olarak toplumsal şiddeti çağrıştıran aşırı* olaylar için kullanılmalı ve buna göre yorumlanmalıdır. Bu bağlamda, Venedik Komisyonu genel olarak, Yargıtay'ın Fazıl Say⁵⁷ hakkında verdiği 12 Ekim 2015 günlü kararındaki yaklaşımları desteklemektedir (bkz. 29 numaralı paragraf). Bununla birlikte, bu yaklaşım yalnızca ilk derece mahkemelerince değil, aynı zamanda Cumhuriyet savcılarınca da benimsenmelidir, zira yürütülen soruşturmalar ve kovuşturmalar, bir sonuca varamasalar bile, tartışmalı alanlarda meşru ifade özgürlüğünü kullanmaktan alıkoymaktadır.

48. Sonuç olarak, İHAS 10 ile güvence altına alınmış şok edici ya da rencide edici ifadeler, TCK 216/1'de çok geniş bir anlam yüklenilebilen "tahrik edici" teriminin kapsamına girebildikleri için, TCK 216/2 ve TCK 216/3 kapsamında "aşağılayıcı" kelimesinin tanımı daha kısıtlı bir şekilde ifade edilmelidir. Türk yetkililer bu iki fıkrayı 1. fıkra ile birleştirmeyi de düşünebilir. Uygulanmasıyla ilgili olarak, TCK 216'nın tamamı yerel mahkemelerce yukarıda belirtilen uluslararası standartlara uygun olarak yorumlanmalıdır⁵⁸. Madde hükümet politikalarına yönelik, şiddet içermeyen sert eleştirileri cezalandırmak maksadıyla değil, daha ziyade özellikle ulusal azınlıklara yönelik, kamu güvenliği bakımından açık ve yakın bir tehlike oluşturacak ırkçı söylemleri önlemeye yönelik olarak uygulanmalıdır. TCK 216/3, dini eleştirileri cezalandırmaya yöne-

57 Yargıtay 8. Ceza Dairesi, E. 2014/35434, K. 2015/22535, 12 Eylül 2015.

58 Bkz. sırasıyla bu görüşün 39., 40., 41. ve 47. paragrafları.

lik olarak uygulanmamalı, kasıtlı olarak ve ciddi bir şekilde toplumu rahatsız etmeye, kışkırtmaya ve şiddete yöneltecek dini hakaret vakalarını cezalandırmalıdır.

C. TCK 299 (Cumhurbaşkanına Hakaret)

49. TCK 299, Cumhurbaşkanına hakareti suç olarak düzenlenmiştir. Bu madde mülga Ceza Kanununun 158. maddesinin yerine geçmiştir. Bu suç TCK'nın "Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler" başlıklı 4. kısmının "Devletin Egemelik Alametlerine ve Organlarının Saygınlığına Karşı Suçlar" başlıklı 3. bölümünde düzenlenmiştir.
50. Yetkililerce sağlanmış temin edilmiş bilgilendirme notuna göre, Türk Anayasası kapsamında Cumhurbaşkanının Anayasanın uygulanmasını ve Devlet organlarının düzen ve uyum içinde işlemesini koruma gibi önemli görev ve yetkileri vardır. Bu nedenle, Cumhurbaşkanına hakaret suçu, "Devlete karşı suçlar" arasında sayılmaktadır. Bununla birlikte, "hakaret" TCK 299'da tanımlanmamışsa da, "hakaretin" genel düzenlemesinin bulunduğu ("şerefe karşı suçlar" başlığı altında) TCK 125'teki tanım, TCK 299 uygulanırken kullanılmaktadır. TCK 125 çerçevesinde, hakaret *"bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat etmek veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldırmak"* niteliğindedir.
51. TCK 299/3, *"bu suçtan dolayı kovuşturma başlatılması, Adalet Bakanının iznine bağlıdır."* şeklinde düzenlenmiştir. Bu hüküm, *"Bu suçtan dolayı soruşturma yapılması, Adalet Bakanının iznine bağlıdır."* şeklinde olan TCK 301/4 ile benzeşmektedir. Kovuşturma (TCK 299) veya soruşturma (TCK 301) aşamalarında Adalet Bakanlığının izninin alınmasını öngören bu hüküm, TCK 301⁵⁹ bakımından İHAM'ca tartışılmıştır. Bu nedenledir ki, izin prosedürü bu Raporda TCK 301 kapsamında incelenmiştir, ancak izin prosedürü ile ilgili

59 Altuğ Taner Akçam v. Türkiye (Başvuru No. 27520/07, 25 Kasım 2011) ve Dink v. Türkiye (Başvuru No. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09, 14 Eylül 2010).

öne sürülmüş olan hususlar TCK 299/3 bakımından da geçerlidir.⁶⁰

52. TCK 216/3'te (dini değerleri aşağılama) de olduğu gibi TCK 299 kapsamındaki soruşturma ve kovuşturma sayısında da belirgin bir artış vardır. Adalet Bakanlığı'na göre, eski Cumhurbaşkanı Abdullah Gül'ün yedi senelik görev dönemi boyunca, 1359 soruşturma açılmış ancak bunlardan 545'inde kovuşturma aşamasına geçilmiş ve kimse tutuklanmamıştır. Erdoğan'ın cumhurbaşkanlığındaki yalnızca ilk yedi ayda ise (Ağustos 2014 ve Mart 2015 arasında), TCK 299 kapsamında 236 kişi hakkında kovuşturma izni isteminde bulunulmuş⁶¹ 105'i hakkında kovuşturma başlatılmış ve 8'i resmi olarak tutuklanmıştır. Dahası, Cumhurbaşkanı'na hakaret edilmesi nedeniyle Adalet Bakanlığı'ndan kovuşturma izni istemine ilişkin sunulan dosya sayısı 2014 yılında 397 iken 2015 yılının ilk altı ayından 962'ye çıkmıştır. Adalet Bakanlığı tarafından, 2014 yılında 107 dosyaya kovuşturma izni verilmesine kıyasla, 2015 yılının ilk altı ayında 486 dosyanın kovuşturulmasına izin verilmiştir.⁶²
53. TCK 299 (mülga Ceza Kanunu 158), nispeten alt kademedeki mahkemelerce birçok olayda konu edilmiştir. 2009 yılında, Yargıtay⁶³, bir köşe yazarının, kamusal alanda başörtüsü yasasından sorumlu tuttuğu dönemin Cumhurbaşkanı Ahmet Necdet Sezer'e yönelik hakareten sorumlu tutulduğu davayı görmüştür. Mahkeme, Cumhurbaşkanı'nca verilmiş bir kararı eleştirmenin ifade özgürlüğüne güvence altına alındığını belirtmekle birlikte, "*Kıçına kına yakabilir*"⁶⁴, *Türkiye'nin sosyal barışını inanılmaz politikalarla dinamitleyen Çankaya'daki adam*⁶⁵ gibi manalı ifadelerin kullanımının korunmayacağına karar vermiştir.

60 Bkz bu Görüşün 90. paragrafı ve sonrası.

61 Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü belge no. 76608343-622-03-0079-2015/155/18839, 17 Mart 2015 (<http://meldaonur.net/?p=5434>).

62 SWD(2015)216Final, syf. 64.

63 Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2009/9-190 K. 2009/253, 3 Kasım 2009.

64 Türkçe'de "Bir tarafına kına yakmak" ifadesi aşırı memnuniyet anlamına gelmektedir.

65 Cumhurbaşkanlarının eski ikametgahı.

54. İHAM, 2007 yılında, mülga Ceza Kanunu 158'e ilişkin *Artun ve Güvener ve Güzel* başvurularını incelemiştir.⁶⁶ 2005 yılındaki *Pakdemirli* başvurusunda, Cumhurbaşkanı'na hakaret kapsamındaki hukuki sorumluluk ele alınmıştır.⁶⁷ Üç başvuruda da, Türkiye'nin "demokratik toplumda gereklilik" ölçütünü sağlamadığı dolayısıyla İHAS 10'un ihlal edildiğine karar vermiştir.
55. Tarihi bakımdan, Cumhurbaşkanı'na hakaret, Avrupa ülkelerinin ceza kanunlarında da yerini almıştır. Ancak, geçtiğimiz yıllar içinde, ilgili kanun hükümlerinin uygulanmasının sakıncalı olduğu ya da hükmün tamamen kaldırıldığına tanık olmaktadır. Cumhurbaşkanı'na hakaret, örneğin Macaristan'da (1994) ve Çek Cumhuriyeti'nde (1998) suç olmaktan çıkarılmıştır. Almanya'da, Devlet başkanına hakaret suçu Ceza Kanununda yer sahibi olsa da, 2000 yılında, Federal Anayasa Mahkemesi, sert siyasi eleştiri, ne kadar haksız olduğuna bakılmaksızın bu suçu oluşturmayacak ve bu suç nadiren de olsa kullanılmayacaktır.⁶⁸ Hollanda'da, Kral'a ve kraliyet ailesinin belli üyelerine kasten hakaret halen bir suç olarak bulunsa da, bu suça ilişkin en yakın tarihli mahkumiyet 1960'lı yıllardan kalmıştır. Aynı durum Belçika, Yunanistan, Portekiz, Romanya ve İspanya'da da geçerlidir. Halen Polonya ve İtalya gibi ülkelerde Cumhurbaşkanı'na suç aralıklarıyla uygulansa da, cezalar para yaptırımı şeklindedir. Fransa'da, Basın Kanunu 2000 yılında hapis cezasını ortadan kaldıracak şekilde değiştirilmiştir.⁶⁹
56. *Artun ve Güvener v. Türkiye* başvurusunda, İHAM, Cumhurbaşkanı'na bir ayrıcalık veya özel koruma sağlamanın, statüsüne ve fonksiyonuna özgü eleştirilerden korumanın modern uygulama ve politik kavramlarla bağdaştırılamayacağını ifade etmiştir. *Cumpăna ve Mazare v. Romanya* başvurusunda⁷⁰ İHAM, "bir tartışma kapsamında bir kişiye hakarete ilişkin klasik bir

66 İHAM, *Artun ve Güvener v. Türkiye*, Başvuru No. 75510/01, 26 Haziran 2007; ve *Güzel v. Türkiye*, no. 6586/05, 24 Temmuz 2007.

67 İHAM, *Pakdemirli v. Türkiye*, Başvuru No. 35839/97, 22 Şubat 2005.

68 Germany: A positive environment for free expression clouded by surveillance, online: <https://www.indexoncensorship.org/2013/08/germany-a-positive-environment-for-free-expression-clouded-by-surveillance/>

69 Ayrıca bkz. PEN, *Defamation and 'Insult': Writers React*, Ekim 2007.

70 İHAM, No. 33348/96, 17 Aralık 2004, para. 106.

davada kişinin hapis cezasına çarptırılması yerinde bir kamu yararı örneği değildir” şeklinde yorum yapmıştır. Venedik Komisyonu, Azerbaycan Cumhuriyeti’ndeki Cumhurbaşkanı hakaret suçuna ilişkin Raporunda, “Azerbaycan Devlet Başkanının onurunu ve itibarını sarsmak veya aşağılamak” suçunun kanunda korunması halinde, bir yaptırım olarak hapis cezasına çarptırmanın yalnızca nefret söylemi ve şiddete teşvik gibi başka temel hakların da ciddi olarak ihlal edileceği istisnai durumlarda sınırlandırılması gerektiğini belirtmiştir⁷¹. MSHS 19 kapsamında Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi de “taraf Devletlerin hakareti suç olmaktan çıkarmaları gerektiğini ve her halükarda, ceza hukukunun yalnızca en ciddi durumlarda uygulanması gerektiğini ve *hapis cezası vermenin hiçbir zaman uygun ceza olmadığını*”⁷² belirtmiştir.

57. Avrupa’daki gelişmeler, Cumhurbaşkanı hakaretin suç olmaktan çıkarılması ya da bu suçu sözel saldırıların en ciddi örnekleriyle sınırlandırılması ve aynı zamanda yaptırımların hapis cezasını içermeyecek şekilde sınırlandırılması yönünde gelişen bir konsensüs bulunduğu yönündedir. TCK 299’un lafzı bu gelişen konsensüse uygun değildir, hüküm (en az) 1 yıldan 4 yıla hapis cezası öngörmektedir, dahası hükmün ikinci fıkrasında, suçun alenen işlenmesi halinde suçun altında biri oranında artırılacağı belirtilmekte, ancak ceza, indirilmesi halinde bile para cezasına dönüştürülebilecek ya da hakim tarafından ertelenebilecektir. Ancak, bu hükmün uluslararası standartlarla ve gelişen Avrupa konsensüsüyle uyumunu değerlendirebilmek için bu hükmün uygulandığı somut olaylar, özellikle gazeteciler açısından ele alınmalıdır.
58. Ankara ziyareti sırasında yetkililer, 2007 yılındaki Anayasa reformundan bu yana Cumhurbaşkanı’nın halk oyu ile seçildiğini ve sonuç olarak Cumhurbaşkanı’nın önceki Cumhurbaşkanı’na göre politika ile daha çok ilgili olduğunu açıklamışlardır. Bu durum anlatıldığına göre Cumhurbaşkanı’na

71 CDL-AD(2013)024 Azerbaycan Cumhuriyeti’nin aşağılanmasına karşı kanunla ilgili Görüş, Venedik Komisyonu tarafından 96. Genel Kurul (Venedik, 11-12 Ekim 2013), para. 50 ve 51.

72 19. madde hakkında 34. Genel Yorum: Fikir ve İfade Özgürlükleri, İnsan Hakları Komitesi (2011) para. 47.

yönelik saldırıların yoğunluğunu ve sayısını artırmaktadır. Böylelikle, yetkililere göre, TCK 299 kapsamındaki kovuşturmaların güncel artımındaki birincil neden Cumhurbaşkanına yönelik haksız aşağılamaların sayısının artmasıdır.

59. Bunun dışında, yetkililere göre, geçmişe kıyasla bu hükme ilişkin daha özgürlükçü bir tutum Yargıtay ve diğer mahkemelerce benimsenmiştir. Bu açıdan, yetkililer bir Yargıtay kararı ve Yargıtay'ın ilgili daireleri önünde bekleyen davalara ilişkin Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının kaleme alınan birçok tebliğnameyi sunmuşlardır⁷³. 6 Ekim 2015 günlü kararında Yargıtay, Antalya 15. Ağır Ceza Mahkemesi'nin sanığın bir İnternet haber sitesinde (anlaşılan o ki, dönemin Cumhurbaşkanının eski Cumhurbaşkanılarından birinin cenazesine katılması üzerine) “*Arkasından beroyunu çevirdiler ve şimdi de utanmadan cenazesine katılıyorlar, insanın biraz onuru olur.*”⁷⁴ (görünen o ki o zamanki Cumhurbaşkanının eski bir Cumhurbaşkanı'nın cenazesine katılması eleştiriliyor) şeklindeki paylaşımı nedeniyle 10 ay hapis cezasına hükmettiği kararını bozmuştur. Yargıtay bu söylemin ifade özgürlüğü sınırları içinde bulunduğunu belirtmiştir.
60. Yetkililerce sunulan Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından kaleme alınan görüş örneklerinin çoğu Başbakanına hakarete (şu anki Cumhurbaşkanı) ve TCK 125'e ilişkindir. “*Ampul Tayyip*”⁷⁵ sloganı ve “*Kimi 15'inde ölür ve sonsuz olur, kimi 60'ında yolsuz olur.*” veya “*Ne söylendiğiyle değil cinayetle ilgileniyorum.*” gibi pankartlar taşımak, ilk derece mahkemelerince ifade özgürlüğünün kullanımı olarak değerlendirilmiş ve davalılar beraat etmiştir.⁷⁶ Bu davaların Yargıtay'da derdest durumda oldukları görülmektedir ve Cumhuriyet Başsavcısı, yazılı mütalaalarında, Yargıtay dairesinin ilk derece mahkemesinin beraat kararlarını onamasını tavsi-

73 Türk hukuk sisteminde ilk derece mahkemesinin kararı temyiz edilirse, dava dosyası öncelikle Yargıtay'da Cumhuriyet Başsavcısının ofisine gönderilir, Cumhuriyet Başsavcısı bir tebliğname hazırlayıp Yargıtay'ın ilgili dairesine dosyayı gönderir.

74 Yargıtay E.2015/2678, K.2015/2921, 6 Ekim 2015.

75 Ampul, Akp'nin sembolüdür.

76 Bursa İlk derece ceza mahkemesi, E. 2014/558, K. 2015/562, 15 Eylül 2015 ve Niğde İlk derece ceza mahkemesi, E. 2014/499, K. 2015/477, 11 Eylül 2015.

ye etmiştir⁷⁷. Anlaşılan odur ki, bu davalar Yargıtay önünde beklemektedir ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, kararların Yargıtay ceza dairesince onanması gerektiği yönünde görüş vermiştir. Ancak, “*Hırsız ve Katil*” yazan bir pankart, Niğde ilk derece mahkemesince beraat kararı verilmişse de, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından ifade özgürlüğü sınırlarının dışında kalması nedeniyle, kararın bozulması yönünde görüş verilmiştir⁷⁸.

61. Yetkililerce temin edilmiş bilgilendirme notunda, savcıların istemde bulunup Adalet Bakanlığı'nın kovuşturma izni verdiği dosyalarda bulunan söylemlere ilişkin bir liste bulunmaktadır (TCK 299/3 kapsamında). Bu söylemler, bilgilendirme notuna göre, “*tolerans seviyesini aşmış, kişinin kutsi değerlerine rezilce sövme özelliklerine sahiptir*” ve ifade özgürlüğünün kapsamı içinde görülemez. Bu söylemler (çoğu muhtemelen İnternet'te yayınlanmış olan) Cumhurbaşkanı'na ve aile üyelerine yönelik küfür içerikli sözcükler barındırmaktadır. Yetkililer, bu bazen cinsel içerikli ve eleştiri formunda olmayan küfürlü sözcükler değerlendirilirken, ülkenin kültürel ve ahlaki özelliklerinin de dikkate alınması gerektiğini vurgulamışlardır.
62. Buna yönelik olarak, yetkililer Yargıtay'ın iki yeni kararını temin etmişlerdir: 21 Ekim 2015 günkü kararında Yargıtay, İstanbul 3. Çocuk Mahkemesi'nin (olay döneminde 17 yaşında olan)⁷⁹ sanığın beraatine karar verdiği (4 Kasım 2014 günlü) kararını bozmuştur. Cumhurbaşkanı'nın “İnternete erişim özgürlüğü Türkiye'de kısıtlanacak.” sözlerine yer verdiği demeçlerine cevap olarak, çocuk, bir internet sitesinde “İnternete erişim özgürlüğü Türkiye'de kısıtlanacak.”, “s... git p... dedirtecek ifadeler.” paylaşımında bulunmuştur. Yargıtay, bu söylemde bulunan sövmenin Cumhurbaşkanı'na yönelik olduğunu ve TCK 299'u ihlal ettiğini belirtmiştir⁸⁰. 15 Ocak 2014 günlü bir başka kararında Yargıtay, sanığa ilk derece

77 Yargıtay Cumhuriyet Savcısının Mütalaası, no. 2015/380064, 29 Aralık 2015.

78 A.g.e.

79 İstanbul 3. Çocuk Mahkemesi E. 2014/445, K. 2014/820, 4 Kasım 2014.

80 Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2015/906, K. 2015/3278, 21 Ekim 2015.

mahkemesince 11 ay 20 gün hapis cezasının para cezasına çevrilmesini onamıştır⁸¹. Hükümlü kişi, Atatürk'e hakaret olarak yorumladığı bir Facebook paylaşımına cevap olarak dönemin Cumhurbaşkanı'nın fotoğrafını birkaç küfürle sözcük dizisi ile paylaşmıştır.

63. Yetkililer, Cumhurbaşkanı'nın kendisi ve ailesi hakkında medyada yer alan Cumhurbaşkanlığı köşkünde "altın kaplama tuvaletlerin olduğu" gibi bilinçli olarak yanlış bilgi içeren haberlerden de Cumhurbaşkanı'nın itibarının lekelenmemesi adına korunması gerektiğini vurgulamışlardır.
64. Sivil toplum kuruluşlarına göre, TCK 299'un aşırı kullanımı, uygulamada eleştiri ve hakaret/aşağılama arasında bir farkın belirlenmemesi ve hükmün karşıt sesleri susturmak ve ülkedeki karşıt siyasi görüşlü kişileri tedirgin etmek amacıyla kullanılmasından kaynaklanmaktadır. Sivil toplum temsilcileri, otosansürün özellikle medyada oldukça yaygın olduğunu ve TCK 299'un aktif bir caydırıcı olduğunu belirtmektedirler. STK'lar, henüz geçtiğimiz aylarda 42 gazetecinin TCK 299 kapsamında soruşturmadan veya kovuşturmadan geçtiğini iddia etmektedirler.
65. Yukarıdaki bilgiler ışığında, Venedik Komisyonu **ilk olarak**, hüküm kapsamındaki soruşturmaların, kovuşturmaların, yakalama, gözaltı ve tutuklamaların yalnızca küfür içerikli söylemlerle sınırlı olmadığını gözlemlemektedir. Özellikle gazetecilere ilişkin soruşturma ve kovuşturmalar, Aralık 2013'teki yolsuzluk soruşturması⁸², Suriyeli mülteci krizi⁸³ ve terör propagandasıyla mücadele kapsamındaki hükümet politikalarını protesto eden ana muhalefet liderine karşı soruşturma⁸⁴

81 Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2013/5019, K. 2014/551, 15 Ocak 2014.

82 *Cumhuriyet* gazetesinin genel yayın yönetmenine karşı açılan soruşturma. Bu soruşturma Cumhuriyet Savcısının takipsizlik kararıyla sona ermiştir. <https://cpj.org/blog/2015/07/erdogan-vs-the-press-president-uses-insult-law-to-phil> http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/turkiye/227225/Can_Dundar_in_yazi_dizisine_takipsizlik.html

83 *Hürriyet* gazetesinde yazan bir köşe yazarının Suriyeli mülteci krizi ile ilgili olarak Cumhurbaşkanı'na ülkeyi "babasının malı" zanneden bir "Diktatör" demesiyle ilgili açılan soruşturma. <http://www.hurriyetdailynews.com/hurriyet-columnist-faces-up-to-five-years-in-prison-for-insulting-president-erdogan-.aspx?pageID=238&ID=91776&NewsCatID=339>

84 "Fikirlerini açıklayan akademisyenler çakma (sahte) diktatör tarafından verilen talimatlara

kamu yararını en çok ilgilendiren önemli tartışma konularıdır. Örnekler, özellikle yeni olanlar, basın raporlarında oldukça fazladır: 10 Aralık 2015 günü, günlük *BirGün* Gazetesinin editörü, yetkili müdürü ve bir gazeteci, 17 Şubat 2015 günü “*Hırsız Katil Erdoğan*” ve “*Nefret ettiğin 35 milyonun içindeyiz. Biz de aynı suçu işledik.*”⁸⁵ manşetli gazete nedeniyle 11 ay 20 gün hapis cezasına mahkum edilmişlerdir.” Anlaşılan odur ki, manşet, bir mitingde bu sloganı attıkları için Cumhurbaşkanı'na hakaret suçundan yargılanan kişilere destek amacıyla yayınlanmıştır. Eylül 2015'te, polis, Cumhurbaşkanı'na hakaret ve terör örgütü propagandası suçlarına ilişkin soruşturma nedeniyle haftalık *Nokta* dergisine baskın düzenlemiş, derginin son sayısının yayınlanması yasaklanmıştır. Derginin kapakındaki fotoşoplu fotoğrafta, Cumhurbaşkanı arkasında Türk bayrağına sarılı ve askerlerce taşınan bir tabutun önüne geçip özçekim (selfie) yapmaktadır. Saatlerce gözaltında kalan *Nokta* bölüm editörü, fotoğrafın Güneydoğu'da güvenlik güçleri ve PKK'nın arasında yükselen şiddete atıf yaptığını açıklamıştır.⁸⁶ Mart 2015'te, *Penguen* dergisinden iki karikatürist, Erdoğan'ın Cumhurbaşkanlığına erişimine dair çizdikleri karikatür nedeniyle 11 ay 20 gün hapis cezası almışlardır.⁸⁷ 25 Ocak 2016 günü, Erdoğan tarafından ana muhalefet partisi liderine Cumhurbaşkanı'na “sahte diktatör” dediği için açılan davaya ilişkin haberde “Diktatör mahkemede” söylemini kullandıkları dolayısıyla Cumhurbaşkanı'na hakaret edildiği dolayısıyla CNN-Türk Haber Kanalı'na karşı soruşturma başlatılmıştır⁸⁸.

66. Venedik Komisyonu basın tarafından raporlanan Cumhurbaşkanı'na harekete ilişkin bol sayıdaki soruşturma, kovuşturma ve mahkumiyetleri kaygıyla not etmektedir. Komisyon, Avru-

göre birer birer gözaltına alınıyor” ifadesini kullanan ana muhalefet partisi liderine karşı açılan soruşturma. <http://www.reuters.com/article/us-turkey-president-idUSKCN0UW1FR>

85 http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/turkiye/446146/BirGun_e_acilan_Erdogan_basvurusunda_hapis_cezasi.html

86 <http://www.theguardian.com/world/2015/sep/15/turkish-magazine-nokta-raided-and-copies-seized-for-mock-erdogan-selfie>

87 <http://www.hurriyet.com.tr/2-karikaturiste-11-er-ay-hapis-28545792>

88 <http://www.hurriyetdailynews.com/how-turkish-cnn-insulted-erdogan-and-got-sued.aspx?PageID=238&NID=94373&NewsCatID=411>

pa Komisyonu'nun Türkiye'ye ilişkin 2015 raporunda altını çizdiği “*Cumburbaşkanına hakaret iddiasına ilişkin hapis cezası, erteleme veya para yaptırımını ile sonlanabilecek oldukça geniş bir uygulama, gazetecilere, yazarlara, sosyal medya kullanıcılarına ve halkın diğer üyelerine karşı sürdürülmektedir*”.⁸⁹ Aynı rapora göre, bu tedirgin edici iklim otosansüre yol açmaktadır. Buna ek olarak, son zamanlardaki basın raporlarına göre, 6 Ocak 2016 günü, Emniyet Genel Müdürlüğü, tüm polis teşkilatından, Cumhurbaşkanı dahil olmak üzere devlet büyüklerine hakarete bulunan kişilere karşın derhal hukuki süreç başlatma isteminde bulunduğu bir sirküler yayınlamıştır⁹⁰.

67. Venedik Komisyonu, kırıncı, şok edici ve rahatsız edici söylemlerin, özellikle kamu yararını ilgilendiren konular, ifade özgürlüğün kapsamında güvence altına alınmıştır. Soyut olarak, örneğin “Hırsız” (yolsuzluk soruşturması ile bağlantılı olarak), “Katil” (Gezi olayları esnasında hayatını kaybeden göstericilerle bağlantılı olarak) “Diktatör” vb. söylemler kamudaki tartışma kapsamında değerlendirilmelidir. İHAS 10/2’de, geniş olarak tanımlanmış kamu yararını ilgilendiren siyasi söylem ve tartışmayı sınırlayan oldukça küçük bir kısım mevcuttur⁹¹. Ayrıca, kaba sözlerin varlığı, ifade özgürlüğü kapsamında güvence altında olan, iğneleyici (sarkastik) amaçlar da dahil olmak üzere biçimsel olarak kullanılmış olabileceğinden, kendi içinde belirleyici olmayacaktır⁹². Komisyon, demokratik toplumda, güçlü kamu tartışmalarına yer olması gerektiğini ve İHAM içtihadının, kamu figürü olan kişilere yönelik eleştiri de dahil olmak üzere siyasi söyleme verdiği önemin özellikle yüksek olduğunu vurgulamaktadır. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi’nin altını

89 http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2015/20151110_report_turkey.pdf (SWD(2015) 216 final).

90 <http://dcr.coe.int/WiresLectureF.asp?WiresID=277192>

91 İHAM, Wingrove v. the Birleşik Krallık, 25 Kasım 1996, Reports 1996-V, pp 1957-58, § 58.

92 İHAM, Tuşalp v. Türkiye, Başvuru No. 32131/08 ve 41617/08, 21 Şubat 2012, paragraf 48. MSHS 19 ile ilgili 34 no.lu Genel Yorumunda BM İnsan Hakları Komitesi “*ifade biçimlerinin kamusal figürleri aşağılayıcı olarak kabul nitelendirilmesi tek başına müeyyidelerin uygulanmasını meşru kılmak için yeterli değildir*” şeklinde bir görüş bildirmiştir.

çizdiği üzere, “ ifade biçimlerinin bir kamu figürüne hakaret olarak algılanması buna yönelik cezanın baklı kılınması için yeterli değildir. Kamu figürleri, devlet ve hükümetin başkanları da dahil olmak üzere, hukuki olarak eleştirinin ve siyasi karşılığın süjesidir.” Gerçekten de, “kamusal alanda ve kamu kurumlarında, kamu figürlerini ilgilendiren kamu tartışmalarında, Sözleşmenin sınırlanmamış ifadeye tanıdığı önem özellikle yüksektir.”⁹³. Venedik Komisyonu, Artun ve Güvener başvurusunun ilgili kısmının altını çizmektedir: “ kabul edilebilir eleştirinin limitleri siyasiler için özel kişilere kıyasla daha geniştir. Özel kişiden farkla, siyasi, kendini kaçınılmaz ve bilinçli bir şekilde kendini gazetecilerin ve kamuoyunun dikkatli incelemesine açık etmektedir ve sonuç olarak yüksek seviyede tolerans sahibi olmalıdır.”⁹⁴ ”

68. İkinci olarak, Cumhurbaşkanına ve aile üyelerine yönelik küfür içerikli aşağılama kapsamında, –yetkililere göre– hiçbir eleştirel içeriğe sahip olmayan söylemlerle eleştiri arasında fark yaratılmalıdır. Eğer amaç yalın olarak, ahlaksızca Cumhurbaşkanını aşağılamak veya gereksiz olarak kişisel saldırı ise, yerinde bir yaptırım, kural olarak, ifade özgürlüğünün ihlali niteliğinde olmayacaktır.⁹⁵ Buna rağmen, Venedik Komisyonu Cumhurbaşkanına hakaret nedeniyle hapis cezaları, gözaltı ve tutuklamalar karşısında şaşkın kalmıştır. Hakaret küfürlü sözler içerse de, 16 yaşındaki bir çocuğun okulunda Cumhurbaşkanına hakaret ettiği gerekçesiyle yakalanması, ve mahkemelerce verilmiş hapis cezaları (bkz. 62. ve 65. paragraflar) toplumda bir bütün olarak caydırıcı etki yaratmaya oldukça elverişlidir ve Cumhurbaşkanının onurunu ve itibarını korumak gibi bir meşru amacı yerine getirmek adına ölçülü olarak yorumlanamaz.⁹⁶

69. Eon v. Fransa başvurusunda İHAM, başvurucuya verilen 30 Euro para yaptırımının güncel konulara satirik biçimde eleş-

93 İnsan Hakları Komitesi, Genel Yorum No.34 (2011), paragraf 38.

94 İHAM, Artun ve Güvener v. Türkiye, para. 26.

95 Bkz., *mutatis mutandis*, İHAM, Skalka v. Polanya, no. 43425/98, 27 Mayıs 2003, para. 34, Pakdemirli v. Türkiye, para. 46.

96 <http://www.bbc.com/news/world-europe-30602250>.

tiri getirmek bakımından caydırıcı etkiye neden olacağını belirtmiştir. Bu sonuç *evleviyetle* sert hapis cezaları için de geçerli olacaktır. Bu kapsamda özel konuşmaların –ihbar edilirse veya bulunursa– da suça konu olduğu dikkate alındığında, TCK 299/2'deki en az ceza olan 1 yıl hapis cezası tamamen ölçüsüzdür. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin MSHS 19/3'e uygun olarak belirttiği gibi, “*sınırlayıcı tedbirler ölçülülük ilkesi ile uyumlu olmalıdır; koruyucu işlevlerini yerine getirecek nitelikte olmalıdır; kullanılacak araç koruyucu işlevin başarıyla sağlanmasına yönelik en az müdahaleyi sağlayacak araç olmalıdır; yararın korunmasını sağlayacak uygunlukta olmalıdır.*”⁹⁷ Dahası, ayrıca, “*Bir taraf Devlet, ifade özgürlüğünü hukuki olarak sınırlandıracaksa tehdidin tüm doğasını özel ve kişiselleştirilmiş bir biçimde ispat etmeli ve özellikle ifade e tehdit arasındaki bağlantıyı kurarak gerekli ve ölçülü özel tedbiri almalıdır.*”⁹⁸

70. Cumhurbaşkanı karşı haksız saldırılara yönelik olarak, hukuki yargılamalar veya yalnızca en ciddi olaylarda devreye girmek üzere, cezai yargılamalar, TCK 299 yerine TCK'nın genel düzenlemeleri (TCK 125) tercih edilerek uygulanmalıdır. İlgili hukuki yargılamalarının⁹⁹ sonucundaki tazminatın orantılılığı veya cezai yaptırımlarda hakaret konusundaki genel hükmün uygulanması İHAS 10/2'de öngörülmüş sınırlamalara uyumluluk açısından azami öneme sahip olacaktır.

71. Üçüncü olarak, Cumhurbaşkanı ve aile üyelerine yönelik olarak bilinçli olarak yanlış haberlerin yayınlanması kapsamında, yetkililere göre, İHAS 10, gazetecilerin basın etiği¹⁰⁰ ile uygun olarak, kamu yararını ilgilendiren haberleri dürüstlük kuralına uygun olarak ve kesin doğrulara yönelik olarak “güvenilir ve tam” haber yapma haklarını ile uyumlu olmak üzere “güvenilir ve kesin” bilgi sağlamaları şartıyla gazetecilerin bilgi açığa çıkarma hakkını korumaktadır. Ancak, İHAM'ın

97 İnsan Hakları Komitesi, Genel Yorum No: 34 (2011), paragraf 34.

98 A.g.e., para. 35.

99 Bkz. İHAM Pakdemirli v. Türkiye.

100 Bkz. Örneğin, İHAM, Vesti ve Ukhov v. Rusya, Başvuru No. 21724/03, 30 Mayıs 2013, para. 60.

konuyla ilgili içtihadıyla belirlediği, “değer yargıları” ve “olgu beyanı”¹⁰¹ farkı dikkate alınmalıdır. Eğer bir söylem, “olgu beyanı” değil, bir “değer yargısı” niteliğindeyse, hakaret yargılamalarında davalının değer yargısı oluşturan söyleminin doğruluğunu ispat gerekliliği, onun ifade özgürlüğünü ihlal edecektir¹⁰². Değer yargıları “bir fiili ya da olguyu bir kişiye atfetme”¹⁰³ olarak kabul edilemez, bunun yerine bir görüş, kişinin sübjektif değerlendirmesi, davranışı, politikası vb. olarak ele alınmalıdır. Bir söylemin değer yargısı veya olgu beyanı olup olmadığına karar vermek her zaman kolay değildir. *Feldek v. Slovakia* başvurusunda İHAM, politikacının “faşist geçmişi” söylemini bir “değer yargısı” olarak nitelendirmiştir. Benzer olarak Venedik Komisyonu, Cumhurbaşkanı tarafından ana muhalefet liderine, Cumhurbaşkanlığı köşkünde “altın kaplama tuvaletler” olduğunu iddia ettiğinden dolayı açılmış hukuk davasının, iddianın Köşke harcanan paralara ilişkin siyasi bir eleştiri olarak kabul edilmesi gerektiği kararıyla ilk derece mahkemesi tarafından reddedildiğini gözlemlemiştir¹⁰⁴.

72. Diğer yandan, bir olgu beyanı, kanıtlanmaya hazırdır ve hakaret yargılamasında davalıdan bu beyanın doğruluğunu kanıtlaması isteminde bulunmak başkalarının hak ve itibarını korumak açısından makuldür¹⁰⁵. Ancak, birinci olarak davalıya olgu beyanlarının doğruluğunu kanıtlama fırsatı tanınmalıdır¹⁰⁶. BM İnsan Hakları Komitesi'nin 34 No.'lu Genel Yorumunda belirttiği gibi, “Tüm [hakaret] hükümleri, özellikle cezai hakaret hükümleri, gerçeğin savunulması gibi savunmaları barındırmalıdır”¹⁰⁷. İkinci olarak, ispat yükünün kaldırılmasında, davalının bir savcı gibi doğruluk ispatında bulunması beklenmemelidir¹⁰⁸. *Flux v. Moldova* (no.6) başvurusunda¹⁰⁹ İHAM, bir gazeteden siyasilere yönelik yolsuzlukta bulduklarına yönelik

101 İHAM, Lingens / Avusturya, Başvuru No. 9815/82, 8 Temmuz 1986, para. 46.

102 Jacobs, White ve Ovey, İnsan Hakları hakkında Avrupa Konvensiyonu, 2010, syf. 435.

103 Bkz. TCK'nın 125. maddesi (Hak İhlali Genel Hükümleri).

104 <http://www.internethaber.com/mahkemeden-erdogana-altin-klozet-reddi-155538h.htm>

105 Jacobs, White ve Ovey, a.g.e., syf. 435.

106 Bkz, diğerlerinin yanında, Colombani ve diğerleri v. Fransa no. 51279/99, 25 Haziran 2002, para. 66.

107 İnsan Hakları Komitesi, Genel Yorum No: 34 (2011), para. 47.

108 ECtHR Kasabova v. Bulgaristan, Başvuru No. 22385/03, para 46.

109 no. 22824/04, 29 Temmuz 2005, para. 31.

iddialara sınırlama getirmesi isteminde bulunmak İHAS 10 ile bağdaşmayacaktır.¹¹⁰

73. TCK 127, “İsnadın ispatı” başlığı ile, “İsnat edilen ve suç oluşturan fiilin ispat edilmiş olması halinde kişiye ceza verilmez.” (birinci cümle) “Bu suç nedeniyle hakaret edilen hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı verilmesi halinde, isnat ispatlanmış sayılır.” (ikinci cümle) “Bunun dışındaki hallerde isnadın ispat isteminin kabulü, ancak isnat olunan fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunmasına veya şikayetçinin ispata razı olmasına bağlıdır” (üçüncü cümle) şeklinde düzenlenmiştir.
74. TCK 127'nin (İkinci Kısım – Kişilere Karşı Suçlar'da düzenlenmiş) TCK 299 (Dördüncü Kısım – Devlete ve Millete Karşı Suçlar bakımından uygulanıp uygulanamayacağı konusunda bir açıklık yoktur. Ancak, Anayasanın 39. maddesi (İspat hakkı)¹¹¹ ışığında, Komisyon TCK 127'deki isnadın ispatının TCK 299 için de uygulanabileceğini varsaymaktadır. Buna ek olarak, TCK 127'deki isnadın ispat isteminin kabulü, ancak isnat olunan fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunmasına veya şikayetçinin ispata razı olması koşuluna (üçüncü cümle) bağlı olup; kamu görevlilerinin görevleriyle bağlantılı hakaret olaylarında ve buna bağlı olarak Cumhurbaşkanına yönelik hakaretlerde uygulanamayacaktır (Anayasanın 39. maddesi). Bu yorumlama doğru ise, bu Anayasal hüküm yukarıdaki İHAM içtihadı ile aynı yöndedir.
75. **Sonuç olarak**, Komisyon gelişen Avrupa konsensüsü ve uluslararası standartlara doğrultusunda, Devletlerin Cumhurbaşkanına hakareti suç olmaktan çıkarması veya en azından bu suçu sözlü saldırıların en ciddi biçimi için uygulanacak ve yaptırımları sınırlayarak hapis cezasını bir yaptırım olmaktan çıkaracak şekilde düzenlemesi gerektiğini vurgulamaktadır.

110 Bkz, Lawrence Early, Madde 10: Adalet, İspat ve Kanıtların, İfade Özgürlüğü İçerisinde Sorunları, Nicolas Bratz'nın Onuruna Denemeler, 2012, syf. 561 ve devamı.

111 Madde “Kamu görev ve hizmetinde bulunanlara karşı, bu görev ve hizmetin yerine getirilmesiyle ilgili olarak yapılan isnatlardan dolayı açılan hakaret davalarında, sanık, isnadın doğruluğunu ispat hakkına sahiptir. Bunun dışındaki hallerde ispat isteminin kabulü, ancak isnat olunan fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunmasına veya şikayetçinin ispata razı olmasına bağlıdır” şeklindedir.

Komisyon, tam tersine, bu hükmün Türkiye'deki uygulamanın arttığını ve İHAS 10 kapsamında ifade özgürlüğü niteliğinde olan söylemlerde dahi kullanıldığını ifade etmektedir. Uygulanan yaptırımlar, hapis cezası dahil olmak üzere, açıkça aşırıdır. Yargıtay ve Cumhuriyet savcılığınca bu hükmün aşırı kullanımını engellemek amacıyla bazı girişimlerde bulunulduysa da bunlar yeterli olmamıştır. Bu şartlar altında, Komisyon İHAS 10 kapsamındaki müstakbel ihlalleri engellemek için tek çözümün hükmün tamamen ilga edilmesi olduğunu belirtmektedir. Bu kamuoyu ve siyasi meselelerle ilgili olarak özel olarak ifade edilmiş ifade özgürlüğü ilkelerini göz önünde bulundurarak herhangi bir vatandaşı korumak için tasarlanan Cumhurbaşkanının aşırı nitelikteki hakaretlere ilişkin hukuk ve ceza yargılamalarındaki genel hükümlerle halen korunmasını sağlayacaktır. Ölçülülük ilkesi ve hapis cezası öngörmeyen yaptırıma sınırlama gereği son örnekte geçerli olacaktır.

D. TCK 301 (Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama)

76. TCK 301, Türk milletinin, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin, Devletin organ ve kurumlarının aşağılanmasına yönelik eylemleri suç olarak kabul etmektedir. TCK 301, mülga Kanundaki 159. maddenin yerini almıştır. Mülga Ceza Kanunu 159 ile yürürlükteki TCK 301, 2008'de yapılan değişikliğe kadar, "Türklük" ifadesine yer verilmiştir. 2008'deki değişiklik ile birlikte "Türklük" ifadesi "Türk Milleti" olarak değiştirilmiştir.
77. Dahası, 2008 yılında yapılan değişiklik ile 301. maddenin 1. fıkrasında öngörülen 3 yıllık azami hapis cezası 2 yıla indirilmiştir. Bu hükmün eski halinde bulunan "Türklüğü aşağılamanın yabancı bir ülkede bir Türk vatandaşı tarafından işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte bir oranında artırılır" şeklindeki düzenlemesi 3. paragraf tamamen silinmiştir. 301. maddenin eski halindeki 4. fıkrada yer alan "Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz." hükmü de maddenin yeni halinin 3. fıkrasında muhafaza edilmiştir.

78. Türk Hükümeti tarafından 2008'de İHAM'a sunulan verilere göre¹¹², 2003 ve 2007 arasında TCK 301 (veya TCK 159/1) kapsamında başlatılmış cezai işlemlerin sayısı 1,894'tür. Bunların 744 tanesi mahkûmiyetle sonuçlanmış, 1142'sinde beraata hükmedilmiştir; Yargıtay'ın ilk derece mahkeme kararlarını iptal eden kararları sonrasında 193 dava hala derdesttir. Hükümet, 2008 yılında yapılan değişiklikler sonrasında, TCK 301 kapsamındaki kovuşturmalarda önemli bir azalma olduğunu ayrıca rapor etmiştir.
79. 30 Ekim 2009 günü İHAM'a sunulan ek belgelerde ise Hükümet, 8 Mayıs 2008 ve 30 Eylül 2009 tarihleri arasında Adalet Bakanlığı'nın TCK 301 uyarınca cezai soruşturma başlatabilmek adına 955 adet yetki izin başvurusu aldığını açıklamıştır. Bakanlık bu başvuruların 878'ine izin vermezken, 77'sini ise izin vermiştir. Hükümet, Adalet Bakanlığı'nın soruşturma izni vermeyi reddettiği 244 davada, yapılan şikâyetlerin genel olarak basın tarafından gerçekleştirilen yayın faaliyetlerine ilişkin olduğunu da ayrıca belirtmiştir. 2009 yılından sonraki dönem için buna benzer herhangi bir veri bulunmamaktadır. Anlaşılan o ki, TCK 301'in uygulanmasında her ne kadar bir belli bir düşüş olsa da (yerini TCK 216/3 ve 299 almıştır) bu madde halen zaman zaman uygulanmaktadır.
80. 2005 yılında, ünlü romancı ve Nobel ödülü kazanmış ilk Türk olan Orhan Pamuk bir İsviçre gazetesi olan *Tages Anzeiger*'e verdiği öportaj sırasında: "Burada *da 30 bin Kürt'ü öldürdüler. Ve bir milyon Ermeni. Ve neredeyse hiç kimse bunu dile getirmeye cesaret edemiyor. O halde ben yapıyorum.*" şeklindeki ifadesinden sonra TCK 301 ile suçlanmıştır. Bu durum, Uluslararası Af Örgütü ve PEN American Center dahil olmak üzere uluslararası sivil toplum kuruluşlarının protestosuna konu olmuştur. Ocak 2006'da Pamuk'a karşı suç isnadında bulunmak için gerekli iznin Adalet Bakanlığı'ndan alınmadığı gerekçesiyle suçlamalar düşürülmüştür.¹¹³

112 Bkz. İHAM, Altuğ Taner Akçam v. Türkiye, para. 27-29.

113 Bkz. İHAM, Altuğ Taner Akçam v. Türkiye, para. 26.

81. Bilinen bir başka kovuşturma da Ermeni-Türk gazeteci Fırat (Hrant) Dink hakkındadır. 2003 ve 2004 yıllarında yayınlanan bir dizi makalede Dink, başka konuların yanı sıra Ermeni asıllı Türk vatandaşları hakkında görüşlerini açıklamıştır. Dink 2006 yılında TCK'nın 301. maddesini ihlal ettiği gerekçesiyle yargılanmış, 6 aylık hapis cezası almış ve bu ceza ertelenmiştir. Dink, Ocak 2007'de genç bir milliyetçi tarafından öldürülmüştür.
82. TCK 301, hem ulusal hem de uluslararası alanlarda defaat ile eleştirilmiştir. 2010 yılında Türkiye Evrensel Periyodik İncelemesinde, 5 devlet (Ermenistan, Kıbrıs, Fransa, İspanya ve Amerika Birleşik Devletleri) Türkiye'ye açıkça TCK 301'in ilga edilmesini¹¹⁴ veya revize edilmesini önermiştir. AGİT'in Medya Özgürlüğünden Sorumlu Temsilcisi TCK 301'in (orijinal metniyle) çeşitli şekillerde yorumlanmaya açık olduğunu ve toplumsal tartışmaları yatıştırabileceğini ifade etmiştir¹¹⁵. Uluslararası Af Örgütü son raporunda, 2008 yılında yapılan değişikliklerden sonra bile, şu yorumda bulunmuştur: *TCK 301, yüzeysel birkaç değişiklik geçirmişse de, ifade özgürlüğüne doğrudan ve yasaklayıcı bir kısıtlama getirmektedir. (...) Türkiye'nin uluslararası yükümlülüklerini yerine getirmesi adına uygulayabileceği yegâne çözüm yolu ise (...) bu maddenin yürürlükten kaldırılmasıdır*¹¹⁶. Freedom House 2015 yılı "Türkiye'de Basın Özgürlüğü" isimli raporunda "*TCK 301 uyarınca yapılan kovuşturmaların çok azında mahkûmiyet kararı verilse de tüm bu yargılama süreçleri çok zaman alan ve pahalı süreçler olup, ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı etki yaratmaktadır*"¹¹⁷ diyerek ekleme yapmıştır.
83. *Dink v. Türkiye* başvurusunda İHAM, Sözleşmeciler devletlerin bireylerin kamu tartışmalarına katılıp kendilerini korkusuzca ifade edebilecekleri uygun ortam yaratmaya yönelik pozitif yükümlülüğünü de ele almıştır. Dink'in aşırı milliyetçi bir

114 BM DOC. A / HRC / 15/13, syf. 20-22.

115 AGİT, Türk Ceza Yasası Taslağı Taslağı: Medya Özgürlüğü Endişeleri, Viyana, Mayıs 2005, syf. 10.

116 Uluslararası Af Örgütü, TCK 301: Bitirin, Değiştirmeyin, 3 Nisan 2013.

117 Freedom House, Türkiye: Basın Özgürlüğünde 5 Yıllık Düşüş, Aralık 2015.

grup tarafından saldırıya uğraması ve “zorlayıcı toplumsal ihtiyaç” olmaksızın suçtan hüküm giymesi ışığında İHAM, Türkiye'nin Dink'in ifade özgürlüğünü güvence altına almaktaki “pozitif yükümlülüğünü” sağlamadığına karar vermiştir.¹¹⁸

84. TCK 301'in öngörülebilirliğine ve böylece, yasallık ilkesine¹¹⁹ uygunluğuna ilişkin olarak, Yargıtay 11 Temmuz 2006 gününde verdiği kararında (Dink davası) Türklük konseptini tanımlamıştır. Yargıtay'a göre bu terim, “insanı oluşturan milli ve ahlaki değerlerinin tümünün yanı sıra milli dil, milli duygular ve gelenekler”i¹²⁰ içermektedir. Dink başvurusunda İHAM, Türklük kavramını irdelerken, suçun öngörülebilirliğine ilişkin ciddi şüpheler doğabileceğini de belirtmiş ancak sorunu daha fazla incelemeyi reddetmiştir.¹²¹

85. *Taner Akçam* başvurusunda ise İHAM, bu sorunu incelemiştir. İHAM, kararında “... ‘Türklük’ kavramının ‘Türk Ulusu’ şeklinde değiştirilmesine rağmen Mahkeme, Yargıtay tarafından aynı şekilde anlaşıldığı için bu kavramların yorumlanmasında değişiklik veya temel farklılık olmadığını dikkate alır. Bu doğrultuda, ‘Türklük’ kavramının anlamının belirlenmesi amacıyla hükmün içeriğinin yasa koyucular tarafından değiştirilmesi somut bir değişiklik getirmez veya ifade özgürlüğü hakkının korunmasının genişletilmesine katkıda bulunmaz” şeklinde görüş beyan etmiştir.¹²² Ayrıca “...yargı teşkilatı tarafından yorumlandığı üzere TCK'nın 301. maddesinde yer alan ifadelerin kapsamı, çok geniş ve muallak olup ifade özgürlüğü hakkının kullanımında süregelen bir tebdidi oluşturmaktadır. Diğer bir deyişle, bu maddenin lafzı, bireylere hareketlerini yönetebilme ya da eylemlerinin sonuçlarını öngörebilme olanağı vermemektedir” yorumları da paylaşılmaktadır¹²³.

118 İHAM, Dink v. Türkiye, para. 137.

119 İHAS 7, MSHS 15/1.

120 İHAM Dink v. Türkiye, para. 28.

121 Dink v. Türkiye, para. 116.

122 *Taner Akçam v. Türkiye*, para. 92.

123 ‘Kanun’ olarak karakterize edilen bir norm, bireylerin eylem ve hareketlerini ona göre düzenlemelerini sağlamak adına yeterli derecede bir kesinlik ile formüle edilmeli ve kamuya açık olmalıdır. Bir kanun ifade özgürlüğü kısıtlaması konularında yetkililere dizginsiz / sınırsız bir takdir yetkisi tanınamalıdır.

86. İHAM'ın bulgularıyla uyumlu olarak Venedik Komisyonu, yerleşikleşmiş bir içtihadın yokluğunda TCK 301'in, öngörülebilirlik ihtiyaçlarını yeteri kadar karşılamadığına kanaat getirmiştir. Aşağılamanın kamusal bir karaktere sahip olması gerekliliğinden ayrıksı olarak, "aşağılama" terimi belirli değildir. Yetkililer tarafından sağlanan bilgilendirme notunda "Aşağılama, TCK 301'de belirtilen değerlere karşı saygının azalmasını amaçlayan davranış ve eylemlerden oluşur" yönündeki tanım yalnızca 'aşağılama' ifadesini 'saygıyı azaltma' ifadesi ile değiştirdiğinden ve pratikte bu hükmün nasıl uygulanması gerektiği hakkında bir açıklama getirmediğinden öngörülebilirlik sorununu ortadan kaldıramamıştır. Bu sorun, salt eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamalarının suç oluşturmayaacağı yönündeki hükmün TCK 301'in 3. fıkrasına eklenmesi ile kısmen -tamamen olmasa da- çözülmüştür. "Aşağılamak" ve "Eleştirmek" arasındaki ayırım yeterince açık değildir ve bu konu tamamen mahkemelerin takdirine bırakılmış görünmektedir. "Aşağılama"nın açıkça tanımını yapan yerleşikleşmiş bir içtihat olmadığı sürece, muhtemel kovuşturmalar ve cezalar öngörülebilir olmayacaktır. Bu durum özellikle maddede düzenlenen sert yaptırım açısından önem taşımaktadır: 6 aydan 2 yıla kadar hapis cezası. Ek olarak, İHAM ile uyumlu olarak Komisyon da Yargıtay'ın 11 Temmuz 2006 günü Türklük ifadesinin içeriğine ilişkin verdiği karara rağmen, "Türk Milleti"nin hangi hallerde "aşağılanmış" sayılacağı ve "Türk Milleti" ile "Türkiye Cumhuriyeti Devleti" arasındaki ayırımın belirli olmadığını değerlendirmektedir.
87. Dolayısıyla, "Türk Milleti" ve "aşağılama" gibi terimler, daha yüksek kademeli mahkemelerin içtihatları ile açık ve yeterli olarak tanımlanmadıkça, İHAM'ın kararları halen uygulanacak ve sahip olduğu muğlak ifadede dolayı TCK 301 hükmü de İHAS 10 ile uyumsuz olarak kalmaya devam edecektir. Bu durum, bireyleri bilhassa medya organlarını ve çalışanlarını bilgi akışına ve bilgi/görüş alışverişine ciddi bir etkide buluncak ve oto-sansür uygulamalarına yöneltmeye sebebiyet verecektir.

88. İkinci olarak, 1. fıkrada gözlemlenen 'aşağılama' teriminin muğlaklığı, aynı ifadenin kullanıldığı 2. fıkra için de aynı şekilde geçerlidir. Dahası, 1. fıkra ile getirilen korumanın bu organlara da genişletilebileceği düşünüldüğünde, daha fazla bir açıklama bulunmazken, devletin askeri ve emniyet teşkilatlarını korumaya yönelik ayrı bir hükme niçin ihtiyaç duyulduğu da açık değildir.
89. Üçüncü olarak, İHAM, *Dink* başvurusunda, failin şiddete yönelik bir tahriki olmadığı sürece, devlet organlarının itibarsızlaştırılmasını önlemek adına korumanın, kamu düzeninin meşru olarak korunması olarak nitelendirilmesine ilişkin şüphelerini ortaya koymuştur¹²⁴. İHAS 10/2, kişilerin siyasi görüşlerini açıklaması ve kamu yararını sorgulamasına ilişkin ifade özgürlüğü kullanımının yalnızca şiddete tahrik gibi istisnai durumlarda devlet tarafından sınırlanabileceğini kabul etmektedir¹²⁵. Ayrıca, Devlet tarafından bu alanda ceza hukuku araçlarının sınırlanarak kullanılması gerektiğini ve şiddete tahrik bulunmadığı sürece hapis cezası uygulanmasının demokratik toplumun gerekliliklerine uygun olmayacağı yinelenmiştir. (Hrant Dink başvurusunda olduğu gibi¹²⁶). Bu sonuçlar geçerliliğini korumaktadır.
90. Son olarak, TCK 301 kapsamında soruşturma yapılmasını Adalet Bakanlığının iznine tabii olduğuna ilişkin TCK 301/4'ün, yetkili makamlar tarafından hazırlanan bilgilendirme notunda olumlu bir gelişme olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir, "Adalet Bakanı takdir yetkisini ülkenin yararı için kullanmalı ve bu yetkisini devretmemelidir". Bunlara ek olarak, bilgilendirme notuna göre, bu yasa değişikliği, yargının iş yükünü azaltmıştır ve bu suçun işlenmesine yönelik suçlamalara ilişkin açılan davaların sayısında belirgin bir azalma gözlemlenmiştir.
91. Şişli (İstanbul) 2. Asliye Ceza Mahkemesi, TCK 301/4'ün Adalet Bakanlığının yürütme erki olarak yargıçların fonksiyonuna

124 Dink v. Türkiye para. 118. Ayrıca Genel Yorum No. 34, para. 38'e bakınız. ("Devlet partileri, ordu ya da idare gibi kurumların eleştirilmesini önleyemez").

125 Dink v. Türkiye para. 133'ün sonu.

126 A.g.e., para. 133.

müdahale etme ihtimalinden dolayı yargı bağımsızlığı prensibine ve kuvvetler ayrılığına aykırı olduğunu iddia ederek Anayasa Mahkemesi'nden bu hükme ilişkin bir norm denetimi isteminde bulunmuştur. İlk derece mahkemesi ayrıca, TCK 301 kapsamında soruşturma başlatılması için Adalet Bakanlığından izin alınması zorunluluğunun, kamu görevlilerine karşı hakarete ilişkin diğer hükümlerin böyle bir izin gerektirmemesi sebebiyle TCK ile tutarsızlık oluşturduğunu iddia etmiştir. 7 Mayıs 2009¹²⁷ günlü kararda Anayasa Mahkemesi, “*bu maddenin 4. fıkrasıyla verilen yetki, bakanın yargı denetimiyle ilgili değil, devletin ve toplumun çıkarları için kullanılması gereken siyasi takdir yetkisi ile ilgilidir*” sonucuna vararak itirazı reddetmiştir.

92. İHAM, *Taner Akçam başvurusunda* “*yargı organlarının 301. maddeye suistimal edici biçimde başvurmasına engel olmak adına yasama tarafından oluşturulan önlemler, güvenilir veya kesintisiz garanti sağlayacak nitelikte ya da hükümden direkt olarak etkilenme riskini tamamen ortadan kaldıracı halde değildir çünkü herhangi bir siyasi değişim Adalet Bakanlığı'nın hükmü yorumlamaya olan yaklaşımını değiştirebilecek ve keyfi soruşturmalara yeni bir yol açabilecektir.*” sonucuna varmıştır¹²⁸. Buna benzer olarak, İnsan Hakları Komiseri, 12 Temmuz 2011 tarihli raporunda “*2008 yılında kabul edilen, her bir dosya için soruşturmayı Adalet Bakanlığı tarafından ön izne tabii tutan yasa değişikliği, Sözleşmenin benzer ihlallerini önlemek için, ilgili İHAS standartlarının Türk hukuk sistemine entegrasyonunu sağlamak ve Sözleşmenin benzer ihlallerini önlemek için kalıcı bir çözüm değildir*” açıklamasında bulunmuştur.
93. Ankara'daki ziyaretler esnasında, yetkililer, savcılar tarafından soruşturmaya izin verme istemleri incelenirken Adalet Bakanlığı'nın, İHAS 10'a ilişkin İHAM'ın içtihatlarına dayandığının altını çizmiştir. Bu, olumludur. Ancak, Anayasa 90/5¹²⁹

127 E. 2009/25, K. 2009/57.

128 *Taner Akçam v. Türkiye*, para. 94.

129 “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar

gereğince, İHAS, Türk hukuk sisteminin mütemmim cüzü niteliğindedir ve tüm mahkeme ve savcılıkların Sözleşmeyi ve İHAM içtihatlarını iç hukuka uygulama konusunda yasal yükümlülükleri vardır. Venedik Komisyonu ayrıca, izin verme sisteminin kalıcı bir çözüm olmadığını ve Adalet Bakanına bırakılan takdir yetkisinin siyasi değerlendirmeye tabi olabileceğini ve bu prosedürün ihtiyari soruşturmayı önlemek için yeterli olamayabileceğini öngörmektedir.

94. Sonuç olarak, öncelikle bu hükmün yeniden düzenlenmesi ve hükümde kullanılan tüm kavramların öngörülebilirlik ve yasallık ilkelerini karşılayacak şekilde daha açık ve belirli olması adına kapsamlı değişikliklere tabi tutulması önerilmektedir. İkinci olarak, hüküm, yerel mahkemeler tarafından yukarıda bahsedilen İHAM içtihatları (*Dink v. Türkiye*) çerçevesinde yorumlanmalıdır. İHAM gibi Komisyonun da failin şiddete teşviki bulunmadığı hallerde, devlet organlarının itibarsızlığa karşı korunmasını, kamu düzenini korumak için meşru bir amaç olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkin şüpheleri vardır¹³⁰. Bu bakımdan, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin 34 Nolu Genel Yorumuna göre, “Devletler, ordu ya da idare gibi kurumların eleştirilmesini önlememelidir”. Bu hüküm, hükümet politikalarına yapılan sert eleştirileri, kamuoyunu susturacak nitelikte cezalandırmak amacıyla değil, sadece “şiddete veya kine teşvik edici” olarak değerlendirilebilecek beyanlar için uygulanmalıdır. Ayrıca, Komisyon, ceza hukuku araçlarının devlet tarafından politik ifade ve kamu yararı konuları alanında kısıtlı bir şekilde kullanılması gerektiğini hatırlatmaktadır ve şiddete teşvikin yokluğunda hapis cezası kararı verilmesi, demokratik bir toplumlarda olması gereken zorunluluk ilkesini karşılamamaktadır.

hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”

130 İHAM, *Dink v. Türkiye*, para.118.

E. TCK 314 (silahlı örgüt)

95. TCK 314, Kanununun IV. kısmının (Millete ve Devlete Karşı Suçlar) 4. ve 5. bölümlerinde listelenen suçları işlemek amacıyla silahlı örgüt kurmak, yönetmek ve bu örgüte üye olmak fiillerini cezalandırmaktadır.
96. TCK 314/1'in atıfta bulunduğu IV. kısmın 4. ve 5. bölümleri, devletin güvenliğine karşı (4. bölüm- devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak, düşmanla işbirliği yapmak, devlete karşı savaşa tahrik, temel milli yararları karşı faaliyetlerde bulunmak için yarar sağlama, yabancı devlet aleyhine asker toplama, askeri tesisleri tahrip ve düşman askeri hareketleri yararına anlaşma, düşman devlete maddi ve mali yardım) ve anayasal düzene ve onun işleyişine karşı (5. bölüm- anayasayı ihlal, cumhurbaşkanına suikast ve fiili saldırı, yasama organına karşı suç, hükûmete karşı suç, Türkiye Cumhuriyeti hükûmetine karşı silahlı isyan, silâh sağlama, devlete ve millete karşı- suç için anlaşma) olan suçların listesini içermektedir.
97. TCK 314/3, "suç işlemek amacıyla örgüt kurmaya ilişkin diğer hükümler ayrıca bu suç için de uygulanır" şeklindedir. Suç örgütü kurmak ile ilgili "diğer hükümlere" atıfta bulunan TCK 314, çoğu kez "*Suç işlemek amacıyla örgüt kurma*" hakkındaki TCK 220 ile birlikte uygulanmaktadır. Özellikle, TCK 220/6 ve 7'de öngörülen örgüt "adına" suç işleyen (fıkra 6) veya örgüte bilerek ve isteyerek yardım eden kişiler (fıkra 7), *örgüt üyesi olmasalar bile* örgüte üye olmak suçundan dolayı çoğunlukla TCK 314 ile bağlantılı olarak/birlikte cezalandırılmaktadırlar.

1. Silahlı Örgüt Üyelığı (TCK 314)

98. Madde, silahlı örgüt ya da silahlı grup tanımlarını içermektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 3 Nisan 2007 günlü E.2006/10-253 K. 2007/80 sayılı kararında bir suç örgütünün TCK 220 doğrultusunda sahip olması gereken ana kriteri listelemiştir. Örgütün en az üç üyesi olmalı, örgütün üyeleri arasında sıkı veya gevşek hiyerarşik bağlantı olmalıdır ve üyeler

arasında “soyut bir bağ” olması yeterli değildir; üyelerin suç işlemek için ortak niyetleri bulunmalı (suç henüz işlenmemiş olsa bile) örgüt zaman içerisinde süreklilik göstermeli; ve örgütün yapısı, üye sayısı, örgütün kullanımındaki araçlar ve gereçler planlanan suç komisyonu için yeterli/uygun olmalıdır.

99. Ankara'daki görüşmeler sırasında, yetkililer, örgütün TCK 314 kapsamında “silahlı” olarak nitelendirilmesi için, örgütün kullanımında olan silahların, Devlete ve Millete karşı suçlar ile ilgili suçların işlenmesinde yeterli ve uygun olması gerektiğini açıklamıştır. (Ceza Kanununun IV. kısım- 4. ve 5. bölümleri).
100. Yüksek Mahkemenin geliştirdiği silahlı örgüte “üyelik” kriteri hakkında Yargıtay'ın gelişmiş bir içtihadı vardır. Yargıtay, ilgili şüphelinin örgüt ile herhangi bir “organik bağı”¹³¹ olup olmadığını ya da davranışlarını “hiyerarşik yapı”¹³² içerisinde bilerek ve isteyerek işleyip işlemediğini kanıtlamak amacıyla ilgili şüphelinin “devamlılık, yoğunluk veya çeşitlilik”lerini¹³³ dikkate alarak farklı davranışlarını incelemiştir. 6 Şubat 2012 günlü E. 2010/2839, K. 2012/1406 sayılı kararda, bir terör örgütüne üye olmaya gönüllü yeni adaylara daima sığınak ve sahte kimlik temin eden ve onları örgüte takdim eden ve örgüt için yeni üyeler arayan şüpheliler, silahlı bir örgüte üye olmalarından dolayı mahkûm edilmişlerdir¹³⁴. Gerçek kimliğini saklamak amacıyla kod ad edinme (örgütün içinde) ve terör örgütü üyesi tarafından gönderilen bombayı evinde saklama¹³⁵; yeni üyelere örgütün yapısı ve amaçları üzerine ders verme¹³⁶, cezaevinden çıktıktan sonra örgütle yeniden irtibata geçme ve örgüt için para toplamaya ve yeni üyeler bulmaya çalışma¹³⁷, üyesi olmak için “özgeçmiş raporunu” örgüte teslim

131 Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2013/9229, K. 2013/13608, 13 Kasım 2013.

132 Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2013/3018, K. 2013/6315, 24 Nisan 2013.

133 Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2012/4191, K. 2013/3971, 14 Mart 2013.

134 Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2010/2839, K. 2012/1406, 6 Şubat 2012.

135 Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2007/11916, K. 2009/1340, 4 Şubat 2009.

136 Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2007/5744, K. 2007/5430, 20 Haziran 2007.

137 Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2008/2010, K. 2009/11270, 11 Kasım 2009.

etme¹³⁸ ya da örgüt üyesi olmaya istekli yeni gelenleri örgütün kamp yerine götürme¹³⁹, örgüt için vergi toplanması kisvesi altında örgüt için para toplama¹⁴⁰ ya da örgütün kamp yerine gönderilmeden önce yeni üyelerin tıbbi tedavisini organize etmek¹⁴¹ vb. hareketlerin hepsi, atfedilen eylemlerin devamlılığı, yoğunluğu ve çeşitliliği sanıkların silahlı örgütün hiyerarşik yapısı içinde bilerek ve isteyerek hareket ettiklerini gösterdiği için Yargıtay tarafından TCK 314'e göre sanığın silahlı örgüte üyeliğini kanıtlar nitelikte olarak değerlendirilmiştir.

- 101.** Örgüt ile olan bu “organik bağ” sanığa atfedilen herhangi bir “süreklilik, çeşitlilik ya da yoğunluk” göstermeyen eylemler temelinde kanıtlanamaz ise TCK 220 kapsamında “silahlı örgüte yardım ve yataklık” ya da “silahlı örgüt yararına suç işleme” ye ilişkin maddeler uygulanabilir (bakınız aşağıda)¹⁴². Örgüte sempati duyan fakat örgüte katılmak için sınırı geçmeye çalışırken tutuklanan¹⁴³ ya da örgüt üyeleriyle örgüte üye olmak için irtibat kurmaya çalışan kişi¹⁴⁴, tutuklandığı sırada organik bağ henüz kurulmadığı için silahlı örgüt üyesi olarak değerlendirilmemiştir. Dahası, “PKK yandaşı basın kuruluşları tarafından yapılan genel çağrıyı takip eden sokak eylemine katılmak, zafer işareti yapmak ve terör örgütü lideri lehine ve onu desteklemek için slogan atmak, güvenlik güçleriyle çatışmak ve barikat oluşturmak” gibi eylemler de üyelik olarak değil örgüt adına işlenmiş suçlar olarak değerlendirilmiştir¹⁴⁵.
- 102.** Hükümet dışı kaynaklara göre, TCK 314'ün uygulanmasında, yerel mahkemeler, birçok davada, çok zayıf kanıtlara dayanarak kişilerin silahlı örgüt üyeliğine karar vermektedir ve bu durum TCK 314'ün uygulanmasının “öngörülebilirliğine” ilişkin soru işaretleri yaratmaktadır. Benzer olarak, Freedom House 2015 yılı Türkiye’de Basın Özgürlüğü Raporu’nda

138 Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2010/16588, K. 2011/1626, 9 Mart 2011.

139 Yargıtay 16. Ceza Dairesi, E. 2015/4767, K. 2015/1862, 16 Haziran 2015.

140 Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2009/851, K. 2011/1311, 28 Şubat 2011.

141 Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2009/12804, K. 2011/2467, 25 Nisan 2011.

142 Bakınız, bir sonraki başlık “Madde 314’ün 220. maddeyle birlikte Uygulanması”.

143 Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2008/9178, K. 2010/3894, 6 Nisan 2010.

144 Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2009/11886, K. 2011/2637, 2 Şubat 2011.

145 Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2007/9-282, K. 2008/44, 4 Mart 2008.

“TCK 314'teki geniş terörizm ve silahlı örgüt üyeliği tanımı (...), gazetecilere, özellikle de Kürtlere ve sol siyasetle ilişkili olanlara karşı kullanılmaya devam edilmektedir.” şeklinde konuya dikkat çekmiştir¹⁴⁶. Ayrıca, Uluslararası Af Örgütü, 2013 yılı Türkiye Raporu'nda¹⁴⁷, tek başına suç oluşturmayan yürütmenin, örneğin toplantı, dernek kurma ve ifade özgürlüğü haklarının kullanımıyla ilgili bir faaliyetin, sanıkların silahlı örgüte üyeliğinin kanıtı olarak sayıldığını değerlendirmiştir. Rapora göre bu yaklaşımın sebebi, kovuşturma birimlerinin, bu faaliyetlerin terörist gruplarla aynı genel amaca sahip olduğunu düşünmesidir ve bunun sonucunda “ bireyler sadece, barışçıl ve kendi başlarına, yasal Kürt yanlısı aktivitelere katılımlarıyla ilişkili iddialar sebebiyle terör örgütü üyeliği suçundan yargılanmışlardır”¹⁴⁸. Sanıkları terörist organizasyona bağladığı düşünülen kanıtların dahil olduğu Uluslararası Af Örgütü tarafından sağlanan somut dava örneklerinde, sanıkların, terörist organizasyonun organize ettiği iddia edilen 6 farklı eyleme katılımı, ve bu eylemlerden birinde yapılan bir konuşma ya da başka bir vakada sanığın Barış ve Demokrasi Partisi (BDP- tanınan Kürt yanlısı bir siyasi parti) tarafından organize edilen “Siyaset Akademisi” ne katılımı ve bu Akademi çerçevesindeki çeşitli aktiviteleri de mevcuttur.

103. Venedik Komisyonu ilk etapta belirtmektedir ki; mülga Ceza Kanunu 168 kapsamında silahlı bir örgüte üye olmak suçundan mahkûm edilen başvuranlara ilişkin birtakım kabul edilebilirlik kararlarında, İHAM başvuranların düşüncelerini açıklamalarından dolayı ya da toplantılara katılmalarından dolayı değil, silahlı örgüt üyesi olmalarından dolayı mahkûm edildiğini gözlemlemiş ve başvuranların ifade özgürlüklerine bir müdahale olmadığını sonucuna varmıştır¹⁴⁹. Görünen o ki, bu davalarda

146 Freedom House, *Turkey: 5-Year Decline in Press Freedom*, Aralık 2015.

147 Uluslararası Af Örgütü, *Turkey: Decriminalize Dissent. Time to Deliver on the Right to Freedom of Expression*, EUR 44/001/2013, 2013, syf. 19 vd.

148 A.E. syf. 20.

149 Şirin v. Türkiye (kabul edilebilirlik kararı), Başvuru No. 47328/99; Kılıç v. Türkiye (kabul edilebilirlik kararı), Başvuru No. 40498/98; Siz v. Türkiye (kabul edilebilirlik kararı), Başvuru No. 879/02; Turan v. Türkiye (kabul edilebilirlik kararı), Başvuru No. 31320/02; Kızılöz v. Türkiye (kabul edilebilirlik kararı), Başvuru No. 32962/96.

yerel mahkemenin elinde bulundurduğu kanıtlar sadece ifade biçimlerinden oluşmamıştır: örneğin *Kızılöz* başvurusunda, ulusal mahkemeler, başvuranın para toplamasına, örgüt üyelerine kalacak yer ve iş binası sağlamasına ve sahte kimlik kartı, sürücü belgesi ve resmi dokümanların tasdiki için damga üretmesine dayanarak başvuranın silahlı örgüt üyesi olduğu sonucuna varmıştır.

104. Ayrıca, *Yılmaz ve Kılıç v. Türkiye* başvurusunda (68514/01) (mülga Ceza Kanunu 169 kapsamında olmasına rağmen - terör örgütüne yardım ve yataklık ile ilgili) Mahkeme, başvuranların madde 169'a dayanılarak verilen mahkûmiyet kararına dayanak olan tek kanıtın ifade biçimleri (sanık ifadeleri, sokak eylemleri sırasında attıkları sloganların içeriği vb.) olması sebebiyle, başvuranların ifade özgürlüğü hakkına bir müdahale (kararın 58. paragrafı) olduğu sonucuna varmıştır. Buna paralel olarak, Mahkeme bu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmasına bağlı olarak hukuka uygun olup olmadığını incelemiştir. Mahkeme, *Gül ve diğerleri v. Türkiye* (4870/02) davasındakiler ile aynı ilkeleri uygulamış ve başvuranların eski Ceza Kanunu 169'a dayandırılan cezai hükümlüklerinin, sokak eylemleri sırasında attıkları sloganların içeriğinin kendilerine karşı kullanılan tek kanıt olduğundan dolayı ifade özgürlüğü hakkına bir müdahale oluşturduğunu tespit etmiştir.
105. İkinci olarak, Komisyon, TCK 314'ün uygulanmasında güçlü olmayan delillere dayanılarak verilen mahkûmiyet kararlarının, kıyas yapılmasında olduğu gibi¹⁵⁰, ceza hukukunun sanıkların aşırı zararına bir biçimde yorumlanmaması gerektiği prensibini düzenlemesi sebebiyle diğerlerinin yanı sıra, İHAS 7¹⁵¹ bakımından problem yaratabileceğini vurgulamaktadır. Ulusal mahkemeleri sanıkları silahlı bir örgüte üye olmaktan ötürü mahkûm etmeye yönelten tek kanıtın yukarıda bahse-

150 İHAS 7'ye göre "Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez."

151 Bkz. İHAM Başkaya ve Okçuoğlu v. Türkiye (Başvuru No. 23536/94 ve 24408/94), 8 Temmuz 1999, para. 58.

dilen *Yılmaz ve Kılıç* başvurusunda olduğu gibi yalnızca ifade biçimleri olduğu durumlarda, güçlü olmayan kanıtlara dayanarak davalının ifade özgürlüğü hakkına yapılan müdahale “öngörülebilirlik” ile ilgili sorunlara yol açmaktadır. *Güler ve Uğur v. Türkiye* başvurusunda başvuranlar, güvenlik güçleri tarafından öldürülen iki PKK üyesinin anısına dini bir törene katılmalarına dayanılarak bir terör örgütü propagandası yaydıkları iddiasıyla mahkûm edilmişlerdir. İHAM, başvuranların, yalnızca dini bir hizmette yer almalarının, terör örgütü propagandası ile ilgili hükümlerin uygulanması kapsamına gireceğini öngörmelerinin mümkün olmadığı sonucuna varmıştır. Bu nedenle, başvuranların din özgürlüğüne yapılan müdahale, açıklık ve öngörülebilirlik şartlarını yerine getirmediği için “kanun ile öngörülmüş” olarak kabul edilemez. Venedik Komisyonu için, İHAM’ın bu sonucu dava bazında olmasına rağmen, aynı zamanda TCK 314 alanında da büyük uygulama alanına sahiptir. Silahlı bir organizasyona üyeliğe dair herhangi bir iddia ikna edici kanıtlar ve makul şüphenin üzerine kurulmalıdır.

106. Sonuç olarak, Venedik Komisyonu, öncelikle, Yargıtay içtihatlarında davalıya atfedilen eylemlerin “devamlılıkları, çeşitlilikleri ve yoğunlukları”nın kişinin silahlı örgütle “organik ilişkisi”ni göstermesi ya da kişinin eylemlerinin örgütün “hiyerarşik yapısı” içerisinde bilerek ve isteyerek işleyip işlemediğini değerlendirdiği yerleşik kriterlerinin katı bir şekilde uygulanmasını önermektedir. Bu kriterlerin geniş yorumlanması, özellikle İHAS 7 anlamında yasallık ilkesine ilişkin sorunlara neden olabilir.
107. İkinci olarak, bir görüşün farklı şekillerde ifade edilmesi, ulusal mahkemelere göre bir sanığın silahlı bir örgüte üyeliğine karar vermek için gereken tek kanıtı teşkil etmemelidir. Tek kanıt ifade şekillerinden oluştuğunda, silahlı bir örgüte üye olma sebebiyle mahkûmiyet, sanıkların ifade özgürlüğü hakkına müdahale teşkil eder ve bu müdahalenin gerekliliği, özellikle de “şiddete teşvik” kıstasları İHAM içtihatlarında belirtildiği üzere her davanın somut koşullarına göre incelenmelidir.

2. 314. Maddenin 220. TCK ile Beraber Uygulanması

108. TCK 314/3 “Suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçuna ilişkin diğer hükümler, bu suç açısından aynen uygulanır.” hükmündedir. Yargıtay’ın yakın tarihli birçok kararında TCK 314’ün 3. fıkrasındaki yapılan suç örgütü oluşturmakla ilgili “diğer hükümler”e atıf sebebiyle TCK 314’ün TCK 220’nin 6 ve 7. fıkralarıyla birlikte uygulanmasından dolayı TCK 220’nin özel bir önemi vardır. TCK 220’nin 6. ve 7. fıkralarına göre, bir örgüt adına suç işlemiş (fıkra 6) ya da bilerek ve isteyerek bir örgüte yardım ve yataklık etmiş herhangi bir kişi (fıkra 7), bu örgütün üyesi olmasa da, örgüt üyesi olma suçundan da cezalandırılmaktadır (TCK 314).
109. 4 Mart 2008 günlü bir kararda¹⁵² Yargıtay Ceza Genel Kurulu, PKK yanlısı medya organlarından yapılan genel bir çağrıdan sonra toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılmak, zafer işareti yapmak ve terör örgütünün liderini desteklemek için ve onun lehine sloganlar atmak ve güvenlik güçleriyle çatışmak gibi eylemleri terör örgütü adına işlenen suçlar olarak değerlendirmiştir. Bu durumda, silahlı bir örgüte üyeliği belirlenmiş olmamasına rağmen, sanık TCK 314 ile birlikte uygulanan TCK 220’nin 6. paragrafına göre mahkûm edilmiştir. Bu kararla Yargıtay, “söz konusu örgütün, belirsiz bir topluluğa eylem çağrısı yapmasından ziyade, söz konusu eylemi doğrudan yerine getirebilme yetisine sahip bir bireye eylem çağrısında bulunmuş olması gerekir”¹⁵³ şeklindeki Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesi kararını bozmuştur.
110. Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 24 Mart 2011 günlü kararında¹⁵⁴, silahlı örgütün internet sitesinde genel bir çağrı yapılması üzerine yasal olmayan bir toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılmak, gösteri boyunca kimliğini saklamak amacıyla yüzünü gizlemek ve silahlı örgütü destekleyen sloganlar atmak, silahlı örgüt adına suç işlemek olarak değerlendirilmiştir ve sanık, üyeliği kanıtlan-

152 Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2007 / 9-282 K. 2008/44.

153 Diyarbakır Ağır Ceza Mahkemesi, 31 Mayıs 2007, İHAM’ın kararındaki alıntı, Gülcü / Türkiye kararı, Başvuru No. 17526/10, 19 Ocak 2016, para. 58.

154 Yargıtay 9. Ceza Dairesi, E. 2011/1012- K. 2011/1879.

mamış olmasına rağmen, silahlı örgüte üye olmaktan mahkûm edilmiştir (TCK 220/6 ve TCK 314 ile bağlantılı olarak).

111. Örgüte bilerek ve isteyerek yardım ve yataklık etmeye ilişkin TCK 220/7, ifade özgürlüğüne ilişkin davalara da uygulanmıştır. *Nedim Şener* davasında¹⁵⁵ başvuran, bir suç örgütü üyeliğinden şüphelenilenlerin talebi üzerine hükümetin eylemlerini eleştiren kitapların hazırlanmasına katkıda bulunduğu için TCK 220/7 (silahlı bir örgüte yardım ve yataklık etmek) ile birlikte TCK 314/3 kapsamında yargılanmıştır. Yargıtay'ın 4 Haziran 2012 günlü kararında¹⁵⁶, sanıkların terör örgütü tarafından internet sitelerinde başlatılan bir kampanya çerçevesinde “Öcalan’a Sayın Öcalan demek suç ise, ben burada [Öcalan’a Sayın Öcalan diyerek] bu suçu işliyorum ve kendimi [yetkililere] ihbar ediyorum” ifadesini içeren bir bildiri hazırlamaları ve bu bildiri için imza toplamaları “bilerek ve isteyerek suç örgütüne yardım etmek” olarak değerlendirilmektedir.
112. Sonuç olarak, Yargıtay'ın TCK 314 ile ilgili içtihadında geliştirdiği yerleşik kriter temelinde sanığın silahlı bir örgüte “organik ilişkisi” kanıtlanmamış olmasına rağmen (100. ve 101. paragraflar), silahlı örgüt lehine suç işlemiş olarak değerlendirilen (TCK 220/6) veya silahlı bir örgüte bilerek ve isteyerek yardım ve yataklık etme (TCK 220/7) suçlarını işlediği kabul edilen sanıklar, TCK 314 uyarınca örgüt üyesi olmak suçundan da cezalandırılmışlardır.
113. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, 10 Ocak 2012 tarihinde yayınlanan raporunda¹⁵⁷, TCK 220 ile ilgili temel endişenin, “özellikle bir terör örgütüne üyeliğin henüz kanıtlanmadığı durumlarda ve bir eylem ya da açıklamanın terör örgütünün amaç ya da talimatları doğrultusunda olduğu varsayıldığında, Türk terörle mücadele mevzuatında ve TCK 220’de yer alan hükümlerin çok geniş yorumlanmaya” imkân vermesini olduğunu belirtmiştir. 1 Kasım 2010 tarihli İnsan Hakları İzleme Örgütü

155 İHAM Nedim Şener v. Türkiye.

156 E. 2010/15798- K. 2012/7455. Bu dava şu anda Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nda karara bağlanmamış olarak görünmektedir.

157 İnsan Hakları Komiseri(2012)2, 10-14 Ocak 2011 arası Türkiye ziyareti üzerine.

Raporu'na göre “*bu yasal çerçeve, silahlı bir PKK mücabidi ve sivil bir gösterici arasında herhangi bir ayırım yapmamaktadır*”. Uluslararası Af Örgütü, 27 Mart 2013 tarihli bir raporunda “*220/6. maddenin ne gerçekten terörizmle ilişkili suçlardan dolayı kişilerin yargılanmasında gerekli olduğu, ne de uygulamada ifade özgürlüğü hakkını koruyacak şekilde kullanıldığı*”¹⁵⁸ değerlendirmesinde bulunmaktadır.

114. Bu eleştiriye tepki olarak, 11 Nisan 2013 tarihli değişiklikle, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesine yeni bir fıkra eklenmiştir. Bu yeni fıkraya göre, 7. maddenin 2. fıkrasında gösterilen (terör örgütünü destekleme propagandası); 6. maddenin 2. fıkrasında gösterilen (terör örgütlerinin şiddet içeren veya tehditkar yöntemlerini meşrulaştıran veya öven ya da bu yöntemlerin kullanılmasını teşvik eden bildirimleri basmak ve yaymak); 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun 28. maddesinin 1. fıkrasında gösterilen (yasadışı gösteriye katılmak) suçları işleyenler, TCK 220/6 nedeniyle ayrıca cezalandırılmayacaklardır. Yetkililer, bu değişiklik ile terörle mücadele mevzuatının uygulanmasında ifade özgürlüğünün kapsamının genişletildiğini belirtmektedirler.
115. Venedik Komisyonu, yukarıda bahsedilen suçları TCK 220/6'nın uygulama alanından çıkararak Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesinde yapılan değişikliği olumlu karşılamaktadır. Bu değişiklik, bu tür suçları işlemekle suçlanan şüpheliler, TCK 314 kapsamında silahlı bir örgüt üyeliğinden ayrıca cezalandırılmayacaklardır.
116. Bununla birlikte, Venedik Komisyonu, bu değişikliğin kapsamının oldukça sınırlı olduğunu ve özellikle ifade ve toplanma özgürlüğünün kullanılmasına yeterli korumayı sağlamadığını değerlendirmektedir. İlk olarak, Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesindeki değişiklik, yukarıda belirtilen suçları sadece TCK 220/6'nın uygulanması kapsamından hariç tutmuştur. Buna karşın, 111. paragrafta alıntılanan Yargıtay kararlarında belirtildiği üzere, bazı ifade biçimleri de TCK

158 Uluslararası Af Örgütü, 27 Mart 2013 Raporu “Turkey: Decriminalize Dissent/Time to deliver on the Right to Freedom of Expression”.

220/7'nin (örgüte yardım ve yataklık etme) kapsamına girebilmektedir. Bu durum, örgütü destekleyici olarak değerlendirilen bir ifade şeklinin, TCK 220/6 yerine TCK 220/7 uyarınca da cezalandırılabilirdiğinden, silahlı bir örgütle organik ilişkileri kurulmasa da sanıkları TCK 314 kapsamında silahlı örgüt üyesiymiş gibi cezalandırılmasına yol açacağından uygulamada kötüye kullanıma neden olabilir.

117. İkinci olarak, Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesine eklenen yeni fıkra, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun 28. maddesinin 1. fıkrasına atıfta bulunmaktadır. Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun 32/1 maddesi uyarınca değerlendirilen suç, "*toplantı ve gösteri yürüyüşü sırasında güvenlik güçlerinin dağılma uyarılarına uymayı reddetmek*" hala TCK 314 ile bağlantılı olarak TCK 220/6 (bir organizasyon adına suç işlemek) kapsamında kalabilir iken bu fıkra yalnızca yasadışı toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin organizasyonunu veya bunlara katılımı suç haline getirmişken, bu paragraf yalnızca hukuka aykırı gösterileri planlamayı ve bu gösterilere katılmayı suç haline getirmektedir.

118. Bu durum ilgili Kanunun 28. maddesi yanı sıra aynı kanun hükümlerinde belirtilen suçları işlediği düşünülen bireylere dayatılan cezaların orantılılığı açısından da sorun çıkmasına yol açabilecektir. İHAM, *Gülcü v. Türkiye*¹⁵⁹ başvurusunda, başvuranın iddiaya göre bir silahlı örgütün genel çağrısına uyarak ve güvenlik güçlerine taş atarak, gösteri yürüyüşüne katıldığını, böylelikle bir şiddet eylemine karıştığını gözlemledikten sonra başvuranın cezai yaptırıma tabi tutulmasının İHAS 11'in güvenceleriyle uyumlu olacağını değerlendirmiştir. Ne var ki, TCK 220/6 (örgüt adına suç işlemek) ile birlikte TCK 314'e uygun olarak ağır hapis cezası yaptırımını uygulamak, izlenen meşru amaç ile orantılı olmamıştır. Bu sebeple Mahkeme, İHAS 11'in ihlal edildiğini saptamaktadır.

119. 2014 günlü *Nedim Şener*¹⁶⁰ başvurusunda, iddiaya göre, başvuran, suç örgütü üyeliği şüphelilerinin isteği üzerine, hüküme-

159 İHAM, *Gülcü v. Türkiye*, Başvuru No. 17536/10, 19 Ocak 2016. (kesinleşmedi.)

160 İHAM, *Nedim Şener v. Türkiye*, Başvuru No. 38270/11, 8 Haziran 2014.

tin ve yargı yetkililerinin eylemlerini eleştiren kitapların hazırlanmasına katkıda bulunduğu gerekçesiyle yargılanmış ve TCK 220/7 (örgüte yardım ve yataklık etme) ile birlikte TCK 314 kapsamında da yargılanmıştır. Bu davada İHAM, İHAS 10 kapsamında ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini tespit etmiştir. Sonuç, daha ziyade Türkiye'nin demokratik bir toplumun gerektirdiği zorunlulukları karşılamamasına dayandırılmıştır (müdahale acil bir toplumsal ihtiyaca cevap vermemiştir ve meşru amaç ile orantılı değildir¹⁶¹). Aynı zamanda, Mahkeme, TCK 220 ile birlikte TCK 314 kapsamında¹⁶² yapılan kovuşturmanın öngörülemezliğinin yanı sıra müdahalenin izlediği meşru amaçlar hususunda¹⁶³ şüphelerini belirtmiştir. Bu iki görüşün dava bazında olmalarına rağmen, TCK 314'ün TCK 220 ile birlikte uygulanmasının ifade olarak tam anlamıyla açık olmadığı ve uygulanmasının zorluklara yol açtığı belirtilmektedir.

120. Sonuç olarak, Venedik Komisyonu TCK 220/6 ve 7'de bulunan *“örgüt üyesi olmasa bile, örgüt üyesi olarak cezalandırılır”* cümlesinin yürürlükten kaldırılmasını tavsiye etmektedir. Bu durumda TCK 220/6 ve 7'de gösterilen suçları işleyenler TCK 314 kapsamında silahlı örgüt üyesi gibi yaptırıma tabi tutulmayacak, ancak diğerleri tarafından, farklı yaptırımlara tabi olacaklardır.
121. 6. ve 7. fıkralardaki bu cümlenin muhafaza edilmesi halinde Türk yetkili makamları TCK 220'nin TCK 314 ile birlikte uygulanmasını, ifade ve toplanma özgürlüğü haklarının kullanılmasını içermeyen durumlarla sınırlandırmayı düşünmelidir.

V. Sonuçlar

122. Venedik Komisyonu, öncelikle, TCK 301'in ve 314'ün (TCK 220 ile birlikte) uygulanmasına ilişkin özellikle son yıllarda Türkiye'de birtakım gelişmelerin meydana geldiğini kabul etmektedir. TCK 314'ün, TCK 220/6 ile birlikte uygulanmasının kısıtlanması amacıyla, Nisan 2008'de TCK 301'de yapılan değişiklikler ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 7.

161 A.g.e., para. 123.

162 A.g.e., para. 102.

163 A.g.e., para. 105.

maddesinde yapılan değişiklikler (Nisan 2013), bu maddelerin usulsüz uygulanmasıyla meydana gelen temel hak ve özgürlüklerin ihlali kapsamını daraltmıştır. Yargıtay ayrıca, özellikle TCK 216 ve 219'a ilişkin, bu maddelerin içerdiği çeşitli yükümlülüklerle yönelik Avrupa standartlarına erişmeye elverişli yorumlar getirmeye de çabalamıştır.

123. Venedik Komisyonu bu olumlu adımları içtenlikle karşılamaktadır. Ancak, bu gelişmelerin açıkça yetersiz kaldığı sonucuna da varmaktadır. Mevcut görüşe konu olan tüm maddeler orantısız yaptırımlar öngörmekte ve çok geniş biçimde uygulanmakta, özellikle de İHAS 10 ve buna ilişkin içtihatlarla beraber MSHS 19 kapsamında korunan davranışları cezalandırmaktadır.
124. Bu dört maddeye ilişkin pratiğin İHAS 10 ve MSHS 19 ile tam olarak aynı doğrultuya getirilmesi için radikal olarak farklı bir şekilde uygulamaya tabi tutulmalıdır. Komisyon, ifade özgürlüğü hususunda kısıtlama etkisi yaratan bireylerin kovuşturmalarının ve özellikle ilk derece mahkemeleri tarafından verilen mahkumiyetlerin sona ermesi gerektiğinin altını çizmektedir. Eğer kişi bazı durumlarda yıllarca süren ceza kovuşturmasına tabi kılındıktan sonra sonunda Yargıtay tarafından suçsuz bulunması yeterli değildir. Dahası, Komisyon, Devletlerin farklı ve alternatif düşüncelerin yeşerebileceği olumlu bir ortam yaratma pozitif yükümlülüğünün önemini altını çizmektedir.
125. **TCK 216 (Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama)**'ya ilişkin olarak, bu hükmün 1. ve 2. fıkraları hükümet politikalarına getirilen sert eleştirileri cezalandırmak amacıyla kullanılmalıdır. Cezai yaptırıma - ölçülü - başvurulması ancak kullanılan ifadelerin şiddete, silahlı direnişe veya bir isyana teşvik etmesi durumunda doğrulanabilir. 3. fıkra ancak kamu düzenine kasten ve ciddi zarar verecek ve toplumu şiddete teşvik edecek düzeyde olan dini hakaretlere uygulanacak şekilde yorumlanmalıdır. Bu hüküm yalnızca dine hakaret içeren durumlarda uygulanmamalıdır.

126. **TCK 299 (Cumhurbaşkanına Hakaret)** ile ilgili hiçbir gelişme meydana gelmemiş ve kullanımı yakın zamanda oldukça artmıştır. Madde, Devletler tarafından Devlet Başkanına hakaretin suç olmaktan çıkarılması ya da gerçekleştirilen bu suçun en ciddi sözlü saldırılarla sınırlandırılması gerektiğini ve aynı zamanda öngörülen yaptırımların hapis cezası içermeyen yaptırım türleri ile kısıtlanmasını içeren Avrupa konsensüsünü hesaba katmaması bakımından başarısızdır. Bu maddenin aşırı ve artan kullanımı göz önüne alındığında Komisyon, Türkçe içeriğinde, ifade özgürlüğü ihlallerini önlemek konusunda tek çözümün bu maddeyi tamamen yürürlükten kaldırmak ve hakaret hakkındaki genel hükümlerin bu kriterlerle uyumlu olmasını sağlamak olduğu şeklinde değerlendirme yapmaktadır.
127. **TCK 301 (Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin kurum ve organlarını aşağılama)**'e ilişkin olarak, 2008'de yapılan değişikliklere rağmen, muğlak ifade problemi devam etmektedir. Hükmün yeniden kaleme alınması ve kullanılan tüm kavramların yeterince açık ve spesifik olması amacıyla daha fazla değiştirilmesi tavsiye edilmektedir. Dahası, bu hükmün uygulanması şiddete ve nefrete tahrik eden ifadeler ile sınırlandırılmalıdır.
128. **TCK 314 (Silahlı Örgüt)** ile ilgili olarak, davalıya atfedilen eylemlerin, kişinin silahlı örgütle "organik ilişkisinin" "devamlılığı, çeşitliliği ve yoğunluğu"nu göstermesi ya da kişinin eylemlerinin örgütün "hiyerarşik yapısı" içerisinde bilerek ve isteyerek işlenmiş olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği yönündeki Yargıtay içtihadındaki yerleşik kriterleri katı bir şekilde uygulanmalıdır. **220. maddenin (Suç işlemek amacıyla örgüt kurma)** (TCK 314 ile bağlantılı olarak) 6. ve 7. fıkralarında bulunan, "*örgüt üyesi olmasa bile, örgüt üyesiymiş gibi cezalandırılır.*" cümlesi yürürlükten kaldırılmalıdır. 6. ve 7. fıkradaki bu cümlenin olduğu gibi kalması halinde, TCK 220 TCK 314 ile birlikte uygulanması ifade özgürlüğü ve toplanma hakkına zarar vermeyecek durumlarla sınırlandırılmalıdır. Venedik Komisyonu, Türk yetkililere ihtiyaç duymaları halinde herhangi bir konuda yardımcı olmak için hazırdır.

SONUÇ YERİNE BİRKAÇ SORU

Venedik Komisyonu'nun TCK 216, 299, 301 ve 314 maddelerinde düzenlenen suçlara yönelik değerlendirmesinin ardından geçen üç senede, Türk yargısı bu görüşteki tavsiyeleri dikkate alamamıştır; aksine, özellikle bu suçları konu eden yargılamalarda düşman ceza hukuku hüküm sürmektedir.

Geçen bu üç senede; bir darbe girişimi, iki yıl süren bir olağanüstü hâl ve 37 kanun hükmünde kararname ile birçok hukuka aykırılık ve ağır insan hakları ihlali ortaya çıkmış; demokratik toplumun gerekliliklerine yönelik birçok soru cevapsız kalmıştır. Venedik Komisyonu'nun (ve Türk Ceza Kanunu'nun) benimsediği sıralama ile bu soruları tekrar düşünmek gerekirse:

TCK 216, tahrikin kamu güvenliğine karşı açık ve mevcut bir tehlikeye sebep olmasını suçun oluşması için aramaktadır. Bu kapsamda, bu nitelikte olmayan bir söylem veya davranış bu suç oluşturmayacaktır¹⁰. Ancak, yeni Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 1 Haziran 2005 tarihinden bu yana bu suçun unsurlarının çarpık bir biçimde yorumlandığı yukarıdaki Görüşteki örneklerle de sabittir. Retrospektif bakış açısıyla başka bir örnek daha vermek gerekirse; Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 2007/5222-E, 2007/5583-K, 12.07.2007-T gün ve sayılı kararında, Prof. Dr. İbrahim Kaboğlu ve Prof. Dr. Baskın Oran tarafından kaleme alınan Başbakanlık İnsan Hakları İzleme Kurulu için hazırlanan Azınlık Hakları Raporu kamu düzeni ve kamu güvenliği için tehlikeli ve eleştiri sınırlarının dışında bulunmuş ve içindeki *çarpıcı çelişki*¹¹ görmezden gelinerek bu raporun TCK 216'da düzenlenen suçun tipik unsurlarına uyduğu belirtilmiştir.

Eleştiri ile kamu güvenliği tehlikeye düşebilir, kamu düzeni bozulabilir mi? Demokratik toplumlarda bu sorunun cevabı "hayır" olacaktır. Doktrinde, Türay tarafından "*ırk, din, mezhep, ten rengi, dil, ulusal veya etnik köken, cinsiyet, cinsel yönelim, cinsiyet kimliği ve*

10 TOROSLU, Haluk; Kamu Barışına Karşı Suçlar Bakımından Tahrik Kavramı, Prof. Dr. Haluk TOROSLU'ya Armağan, Cilt I, Ankara Üniversitesi Yayınları No 459, s. 1221, Ankara, 2015.

11 CAN, Osman; "Kutsallar" ve Düşünce Özgürlüğü, TCK 301. Madde, Ceza Hukuku Dergisi, Aralık 2007, Sayı: 5, s. 327, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

benzeri özelliklerinden bahisle, bir kişi veya grup aleyhine nefrete veya düşmanlığa tabrik eden, abartma, çarpıtma ya da iftirada bulunma suretiyle hoşgörüsüzlüğü yayan, aşağılayan veya doğal bir kimlik öğesini aşağılama unsuru olarak simgeleştiren yahut belirli grupların zarar gördüğü tarihsel olayları reddeden, basitleştiren veya meşru gösteren ifadeler”¹² olarak tanımlanan nefret söyleminin Türk Ceza Kanunu’ndaki yansıması TCK 216 ise; bu suç Devlet tarafından ihlal edilmiş insan haklarının sivillerce belirtilmesi ile işlenmiş olacak mıdır?

Cumhurbaşkanına hakaret suçunu düzenleyen TCK 299 bakımından; Komisyon’un görüşünde de atfı bulunduğu üzere, İHAM içtihadı devlet başkanlarına hakaretin sade vatandaşlara olan hakareten daha üstün tutulamayacağını tereddüde yer vermeksizin ortaya koymuştur.¹³ Zımnın ilga edildiği¹⁴ açık olan bu madde kapsamında yapılan her yargılama ifade özgürlüğüne hanel getirecektir.

Anayasanın 2. maddesi gereği demokratik, sosyal ve laik bir hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyeti’nde Devlet için kutsal olan, nedir? Bu kutsalı belirlerken Kelsen’in normlar hiyerarşisini esas alarak Anayasa mı orijin kabul edilmelidir? Yoksa Komisyon’un bu görüşünden sonraki üç seneye damgasını vuran kanun hükmünde kararname, kamu görevinden ihraçlar, yargılamalar mı dikkate alınmalıdır? Bu soruya ceza hukuku morfolojisine bağlı kalarak cevap vermek gerekirse; devlete ve devletin başı sıfatı ile Cumhurbaşkanına yönelik eleştirileri ceza hukukuna konu etmenin kutsalı korumadığı açıktır. Siyasal iktidarı yönelik eleştiriyi yargılama tehdidi ve özgürlükten yoksun bırakarak itfa etme isteği “*ceza silahlıya susturmak gibi antidemokratik bir amaca hizmet etmenin*”¹⁵ ötesine gidemeyecektir.

Ayrıca, Cumhurbaşkanlığı makamının, Anayasa değişikliği ile birlikte gelen hükümet sistemi değişikliği sonrası farklılaşan, devlet idaresi ve erkler önündeki “yeni konumu” ülke gündemine yerleşmiş olup, kamuoyu tarafından tartışılmaktadır. Gerçekleşen Anayasa de-

12 TÜRAY; a.g.e., s. 142.

13 AKDENİZ, Yaman/ALTIPARMAK, Kerem; TCK 299: Olmayan Hükümün Gazabı mı? <http://bianet.org/biamag/ifade-ozgurlugu/167994-tck-299-olmayan-hukmun-gazabi-mi>
E.T.: [20.04.2019]

14 A.g.e.

15 SINAR, Hasan; Cumhurbaşkanına Hakaret ve Devletin Egemenlik Alametlerini Aşağılama Suçları, Ceza Hukuku Dergisi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Nisan 2015, Sayı: 27, s. 65.

ğişiklikleri, seçim ve referandum süreçleri, Cumhurbaşkanlığı makamını her zamankinden daha fazla oranda tartışmaya konu edilmesine zorunlu olarak yol açmaktadır. Anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanının siyasi bir partiye üye olması, aynı zamanda bu partinin genel başkanlığı sıfatını da taşıyabilmesi olanaklı hale gelmiştir. Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları tarafından seçilen, siyasi tandansı belli olan bir kişinin sert eleştiriden bu kadar kuvvetli bir zırh ile korunması doğru olacak mıdır?

Osman Can, tarafından “*Kutsalları koruma amacına hizmet eden asli norm*”¹⁶ olarak tanımlanan TCK 301, İHAM’ın Taner Akçam kararından¹⁷ sekiz sene geçmişken varlığını sürdürmektedir. Hrant Dink’in ötekileştirilmesi, hedef gösterilmesi ve ardından öldürülmesi ile sonuçlanan sancılı Türklük tanımı sürecinden sonra sonra TCK 301 ile düzenlenen suçun ismini değiştirmek, soruşturmayı Adalet Bakanlığı iznine tabi tutmak ve “*eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz*” gibi ceza hukuku açısından herhangi bir düzenleyiciliği olmayan bir fıkra eklemek, çözüm olmayacaktır. TCK 301’in halihazırdaki düzenleniş şekli bireyleri sürekli bir ceza tehdidi¹⁸ ile yüz yüze getirmektedir. Bu tehdit, bireylere verilmiş Anayasal güvenceler ile uyumlu olmayacaktır.¹⁹ Bu suç kapsamında, yeni bir soru sormaya gerek görülmemiştir.

Yargıtay 16. Ceza Dairesi’nin 2015/3-E, 2017/3-K, 24.04.2017-T sayılı ve günlük kararında organik bağ, “*canlı, geçişken, etkin, faili emir ve talimat almaya açık tutan ve hiyerarşik konumunu tespit eden bağ*” olarak tanımlanmıştır. Doktrinde ise Mustafa Albayrak; silahlı örgüt suçunun işleniş biçimini “*silahlı bir örgütün kuruluş amaçlarını, faaliyet ve eylemlerini benimseyerek gönüllü olarak örgüt hiyerarşisine dahil olmayı tercih etmek suretiyle işlenmektedir. Bu bakımdan eylemin iradi olması ve örgüte iştirak bilinç ve iradesiyle bareket edilmiş olması gerekir.*”²⁰ olarak açıklamaktadır.

16 CAN, Osman; a.g.e., s. 323.

17 Altuğ Taner Akçam v. Türkiye, Başvuru No. 27520/07, Tarih: 25 Ekim 2011.

18 İLKİZ, Fikret; Sürekli Ceza Tehdidi ve 301. <http://bianet.org/bianet/ifade-ozgurlugu/134680-surekli-ceza-tehdidi-ve-301>. E.T.: [04.04.2019]

19 CAN, Osman; a.g.e., 323.

20 ALBAYRAK, Mustafa; “Notlu Atıflı Uygulamalı Türk Ceza Kanunu”, Adalet, Ankara, 2016, s.1461.

Bu kapsamda, bir gazetede yazı yazmak veya bir gazetenin yöneticisi olmak örgüte üye olmak dolayısıyla sorumluluğu yaratacak mıdır? Şiddet içermeyen bir gösteride pankart açmak, slogan atmak silahlı suç örgütü üyeliğine mi delalet eder? *Örgüt üyesi olarak cezalandırılma*, İHAM İmret v. Türkiye No: 2 kararında²¹ TCK 220/7'nin kanunilik bakımından sorun çıkardığını ortaya koymuştur. Işıkkırık v. Türkiye kararında²² da, TCK 220/6'nın kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı yeterli düzeyde koruma sağlamadığı ve Terörle Mücadele Kanunu'nun 7.maddesi ikinci fıkrasında düzenlenen terör propagandası suçunun kanun niteliğinde olmadığı belirtilmiştir. Kanun niteliğinde olmayan düzenlemeler ile ifade ve toplanma özgürlüğüne erişmek mümkün müdür?

Venedik Komisyonunca değerlendirilmeye alınan bu suçların en önemli ortak özelliği, Strazburg organlarınca kabul görmeyen, kanunilikten ve öngörülebilirlikten uzak bir kodifikasyona ve uygulamaya sahip olmalarıdır. Gerek Komisyonun bu Görüşünden önceki, gerekse yukarıda da örneklendirilmiş sonraki İHAM kararları ile sabit olan ve özellikle siyasilerin katlanmak durumunda olduğu sert eleştiri gerçeği, ülkemizde halen Devletin tabularından birini oluşturmaktadır. Bu kapsamda, devletin kutsallardan birinin “eleştirilmemek” olduğu açıktır.

21 İmret v. Türkiye No: 2, Başvuru No: 57316/10, Tarih: 10.07.2018 § 47.

22 Işıkkırık v. Türkiye, Başvuru No: 41226/09, Tarih: 14.11.2017 §66.

KAYNAKÇA

- AKDENİZ Yaman - ALTIPARMAK Kerem, Türkiye’de Can Çekişen İfade Özgürlüğü: OHAL’de Yazarlar, Yayıncılar ve Akademisyenlerle İlgili Hak İhlalleri
- AKDENİZ Yaman - ALTIPARMAK Kerem, TCK 299: Olmayan Hükümün Gazabı Mı? <http://bianet.org/biamag/ifade-ozgur-lugu/167994-tck-299-olmayan-hukmun-gazabi-mi>
- ALBAYRAK, Mustafa; “Notlu Atıflı Uygulamalı Türk Ceza Kanunu”, Adalet, Ankara, 2016, s.1448 vd.
- CAN, Osman; “Kutsallar” ve Düşünce Özgürlüğü, TCK 301. Madde, Ceza Hukuku Dergisi, Aralık 2007, Sayı: 5, s. 327, Seçkin Yayıncılık, Ankara, ss. 315-332.
- CM/Inf/DH(2008)26, Türkiye’deki ifade özgürlüğü: Elde edilen süreç - Olağanüstü olaylar 23 Mayıs 2008
- İLKİZ, Fikret; Sürekli Ceza Tehdidi ve 301. <http://bianet.org/bianet/ifa-de-ozgur-lugu/134680-surekli-ceza-tehdidi-ve-301>
- ÖZEK Çetin, Devlet Başkanına Karşı Suçlar, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1970.
- SINAR, Hasan; Cumhurbaşkanına Hakaret ve Devletin Egemenlik Alametlerini Aşağılama Suçları, Ceza Hukuku Dergisi, Nisan 2015, Sayı: 27, Seçkin Yayıncılık, Ankara, ss. 29-65.
- TOROSLU, Haluk; Kamu Barışına Karşı Suçlar Bakımından Tahrik Kavramı, Prof. Dr. Haluk TOROSLU’ya Armağan, Cilt I, Ankara Üniversitesi Yayınları No 459, Ankara, 2015, ss. 1201-1232.
- TÜRAY Aras, Nefret Söylemi Ve İfade Özgürlüğü Arasındaki İlişkiye Yönelik Görüşlerin Kısa Bir Değerlendirmesi, Suç Ve Ceza 2018 Sayı: 2 ss. 139-160.

CEZA MUHALEMESİNDE İDDİA GÖREVİNİN YÜRÜTÜLMESİNDE GÜNCEL SORUNLAR*

Dr. İhsan BAŞTÜRK**

*“Yalnız bilmek yetmez uygulamak da gerek;
yalnuz istemek yetmez, yapmak da gerek”*

(Goethe)

GİRİŞ

Demokrasinin güvencesi olan ceza muhakemesi hukuku alanında iddia görevinin yürütülmesindeki niteliğin arttırılmasına yönelik çalışmaların suçsuzluk karinesi, hukuk güvenliği ile adil yargılanma ilkelerinin gerçekleşmesine hizmet edeceği kuşkusuzdur. Bu itibarla çalışmamızda -ceza ve ceza muhakemesi hukuku uygulayıcısı bakışıyla edindiğimiz tecrübelerden de yararlanarak- ceza muhakemesinde iddia görevinin etkin yürütülmesi konusunda ülkemizdeki durumun tespiti ve değerlendirilmesi yapılacaktır. Ceza adalet sisteminin etkinliğinin arttırılması amacına yönelik olmak üzere iddia görevinin yürütülmesinden kaynaklanan güncel problemler ile buna dair çözüm önerilerinin -bir tebliğ kapsamı içinde- tartışmaya açılması hedeflenmektedir. Amacımız ceza muhakemesi pratiğimizde adeta kronikleşmiş denilebilecek *bazı problemleri teşhis faaliyeti* olup; bu bağlamda “iddia görevinin etkin bir biçimde yerine getirilmesi” ise çözüm önerilerimizin odağında yer almaktadır.

Konumuza ilişkin **ilk olarak** ceza muhakemesi pratiğimizdeki mevcut durumu istatistiksel verilerle ortaya koymaya çalışarak iddia görevinin yürütülmesinin adil yargılanma hakkına uygun bir biçimde gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitini yapacağız.

* Bu Çalışma, 24 Kasım 2018 tarihinde Türk Ceza Hukuku Derneği ve İstanbul Barosu Başkanlığı tarafından düzenlenen *Dönmezer – Erman – Kunter- Erem 100 Yaşında, Ceza Hukukundaki Güncel Tartışmalar Konferansında* (özet olarak) sunulan tebliğin tam metnidir.

** Yargıtay 19. Ceza Dairesi Üyesi, (Doktor, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku).

İkinci olarak ise 2005 yılından beri CMK ile başlayan ceza muhakemesi hukukumuzdaki demokratikleşme çabalarını kurumsal bazda irdeleyeceğiz.

Nihayet son olarak demokratik bir ceza hukuku uygulamasına ulaşma anlamında kodifikasyon temelli olarak ortaya konulan çabaların pratiğe nasıl yansıdığını ve yeterli olup olmadığını irdeleyeceğiz. Bu bağlamda adli kültür olarak adlandırılan olgunun söz edilen amaca ulaşmada etkinliğinin ortaya konularak bu konudaki farkındalığın ve değişiklik çabalarının arttırılmasının konunun asıl önem taşıyan yönü olduğuna dikkat çekmek istiyoruz.

I. BÖLÜM: CEZA MUHALEMESİ PRATIĞİMİZDEKİ MEVCUT DURUM VE İHTİYAÇ ANALİZİ: AŞIRI SORUŞTURMA VE DAVA SAYISI ¹

Ceza muhakemesinin işleyişi denilince ülkemizde ilk akla gelen konu “yargılama sürelerinin uzunluğu” olmaktadır. Ülkemizde adale-

1 Adalet Bakanlığı istatistiklerinde konuyu ifade etmek için “iş yükü” sözcüğünün kullanıldığı görülmektedir. Bizce burada tercih edilen terimin seçimi dahi konuya temel bir bakış açısını yansıtmaktadır. Öncelikle “iş” teriminin bir dava veya soruşturmayı ifade etmek için yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Çünkü ceza muhakemesi sisteminde yer alan bir soruşturma ve/veya davaya “iş” olarak bakmak, *muhakemenin yürütülmesini adeta sıradanlaştırmaktır*. Unutulmamalıdır ki her bir soruşturma ve/veya davanın dolayısıyla ceza muhakemesinin konusu insandır. Dolayısıyla konusu insan olan muhakeme süreci “iş” olarak nitelendirilip basit, sıradan olarak görülmemelidir.

Benzer şekilde, ifadedeki “yük” terimi de isabetli değildir. Türk Dil Kurumu (TDK) Güncel Türkçe Sözlük’te yük; “bir şeyin ağırlığı” ve mecazi anlam olarak da “birinin üzerine almak zorunda kaldığı ağır görev, tedirginlik veren şey, engel” ve yine “külfet” anlamlarına gelmektedir. Halbuki ceza muhakemesi hukukunda soruşturma ve/veya dava muhakeme süjeleri için bunlardan hiçbirisi değildir. Bir başka ifadeyle belirtilen anlamlarda hep bir zor durum ile karşı karşıya kalma ve *bunun sonuçlarına katlanma durumu* söz konusudur. Bunu ifade etmek için ise, “yük” sözcüğü kullanılmaktadır. Halbuki muhakemede böyle bir zor durumda kalma hali, dolayısıyla “yük” (taşımak) söz konusu değildir. Muhakeme süjeleri yürüttükleri görevin niteliği itibarıyla “kamu görevi” ifa etmekte olup; zor durumda kalmalarından da söz edilemeyecektir. Bu itibarla, gerekçeleri ortaya konulduğu üzere “iş yükü” terimi *anlamsal olarak yerinde olmadığı gibi önyargılı bir bakış açısını da yansıtmaktadır*. Gerçekten muhakemeyi “yük” olarak görme düşüncesi “yükten bir an önce kurtulma” şeklindeki bakışı da beraberinde getirecektir. Böyle bir yaklaşım ceza muhakemesi hukukunda kabul edilemeyeceği gibi adil yargılanma hakkına da uygun düşmeyecektir. Sonuç olarak “iş yükü” ifadesinin yerinde olmaması sebebiyle çalışmamızda “soruşturma ve/veya dava sayısı” ifadesini tercih ettiğimizi önemle belirtmek isteriz.

Bkz. http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2017/istatistik2017.pdf (Erişim tarihi: 23/11/2018)

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5c-0278d38c7ff1.67907424 (Erişim tarihi: 23/11/2018).

te ilişkin temel ifadelerden ilki Cumhuriyetimizin kurucusu Mustafa Kemal Atatürk'ün "Adalet Mülkün Temelidir" özdeyişidir. "Bu Dava Dedemden Kaldı Hakim Beğ" mısraları ise hafızalarda yer etmeye devam etmektedir.² Adalet Bakanlığı istatistikleri de bu durumu doğrulamaktadır. Şöyle ki; 2016 yılında ceza muhakemesi sistemimizde "ortalama soruşturma ve kovuşturma süreleri" şöyledir: Cumhuriyet savcılığı (soruşturma süresi) 131 gün, ceza mahkemeleri 274 gün, Yargıtay ceza daireleri 472 gün.³ Sonuç olarak suç soruşturmasının başlamasından hükmün temyiz incelemesi yapıncaya kadar geçen süre 877 gün (yaklaşık 3 yıl 5 aya) karşılık gelmektedir. Ama itiraf etmeliyiz ki bu veriler **iyimser bir tablo üzerine kurgulanmış bir**

2 Kanaatimizce adil yargılanma hakkının en veciz biçimde ifadesi olan (merhum) Abdürrahim Karakoç'un "Hakim Beğ" adlı şiirini konumuz itibarıyla hatırlamakta yarar görüyoruz:

"Gene tehir etme üç ay öteye

Bu dava dedemden kaldı hâkim beğ.

Otuz yıl da babam düştü ardına

Siz sağ olun, o da öldü hâkim beğ.

Kırk yıl önce; yani babam ölünce

Kadılıklar hâkimliğe dönünce

Mirasçılar tarla, takım bölünce

İrezillik beni buldu hâkim beğ.

Yaşım yetmiş iki, usandım gel-git

Bini buldu burda yediğim zılgıt

Eğer diyeceksen: bana ne, öl git!

Oğlumun bir oğlu oldu hâkim beğ.

Sekiz evlek tarla, bir geverlik su

Yüz yılda hüküme bağlanmaz mı bu?

Kazanmasam da hu, kazansam da hu!

Canım ta burnuma geldi hâkim beğ.

Keşife-meşife, damgaya, harca

Kanımız kurudu harca da, harca..

Sayenizde avukatlar yıllarca,

Fakiri yoldu da yoldu hâkim beğ.

Mübaşir itekler, kâtip zavırlar

Değişti bizde de göya devirler yani?

Yüz yıl önce adam yiyen gâvurlar

Tapucuyu aya saldı hâkim beğ.

Mülkün temeliydi adalet hani? ...

Bizim hak temelde saklı yani?

Çıkartıp ta versen kim olur mâni?

Yoksa hırsızlar mı çaldı hâkim beğ?!

Hem davacı pişman, hem de davalı..

Bu yolda tükettik çulu, çuvalı.

Sabret makamından çalma kavalı,

Sürüler ekine daldı hâkim beğ."

<https://www.antoloji.com/hakim-beg-siiri/> (Erişim tarihi: 20/11/2018).

3 Adli İstatistikler için bkz.

http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2017/istatistik2017.pdf (Erişim tarihi: 20/11/2018).

projeksiyondur. Şöyle ki, bu tabloda *bir davanın Yargıtay'a temyiz incelemesi için "sadece bir defa" geldiği ve o denetim yolu sonucunda da "onama" kararı verilerek hükmün kesinleştiği var sayılmıştır.* Halbuki gerçek durumun hiç de böyle olmadığını dava dosyalarının birden çok defalar (bazen iki, üç, hatta dört-beş defa) kanun yolu incelemesine geldiğini -bu konuda resmi istatistikler bulunmamakla birlikte- yaşadığımız tecrübeler bize göstermektedir. Kaldı ki Yargıtay ceza dairelerinin onama ve bozma oranları da bu düşüncüyü ispatlamaktadır.⁴ Öte yandan -765 sayılı (mülga) Türk Ceza Kanunu döneminde beş yıl olan- zamanaşımı sürelerinin 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) ile sekiz yıldan başlatılmak üzere arttırıldığı hususu bir vakiadır. Bu durum yargılamaların zamanında bitirilemediğine, *Devletin suçları kovuşturmada yeterli örgünlüğe ve etkinliğe ulaşmamış olduğuna karinedir.* Gerçekten zamanaşımı sürelerinin gereğinden fazla tutulması bir yandan keyfilik öte yandan makul sürede yargılanma ve dolayısıyla adil yargılanma hakkının ihlalidir.⁵

Yargıtay ceza dairelerine gelen ilk derece mahkemelerinin kararlarının incelenmesi sonucu verilen *onama ilamlarının oranı* da çok düşüktür. Söz edilen onama kararı oranı 2010 yılında sadece % 20.3 iken 2011 yılında 15.6'ya kadar düşmüştür. 2014 yılında son sekiz yılın en yüksek onama karar oranı yakalanarak bu nispet % 54.1'e ulaşmış iken 2017 yılında maalesef % 34.5'e gerilemiştir.⁶ Kısacası istatistikler de açıkça göstermektedir ki hem mahkemelerce verilen kararların isabet oranı olarak adlandırılabilir "onama kararı" oranı üzerinden değerlendirme yapıldığında hem de yargılama sürelerinin uzunluğu anlamında değerlendirildiğinde *ceza adalet sistemimiz adil yargılanma hakkı bağlamında sınıfı geçememektedir.* Bir diğer anlatımla ceza muhakemesi sürecimiz şairin ifadesiyle adeta uzun, ince bir yolda gitmekte; gece gündüz yürümektedir.⁷ Ancak, bu

4 Bu konuda şu olguyu da dayanak gösterebiliriz; Yargıtay ilamlarında "bozma üzerine" şeklinde bir ifadenin terim halini almış olması aynı dava dosyasının birden çok kez kanun yolu denetiminden geçmiş olduğunun açık bir göstergesidir.

5 Hafizoğulları, Zeki/ Özen, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2011, s. 537.

6 Adli İstatistikler için bkz.

http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2017/istatistik2017.pdf (Erişim tarihi: 20/11/2018).

7 Büyük halk ozanı (merhum) Aşık Veysel Şaturoğlu'nun dizelerini hatırlayalım:

çileli yolculuğa rağmen sistem hedefe ulaşamamakta; isabetli ve adil karar ortaya koyma konusunda yeterli başarıyı gösterememektedir. Teknik ifadeyle söyleyecek olursak, *ülkemizde makul sürede yargılanma hakkı maalesef -yaygın biçimde- ihlal edilmektedir.*

Adil yargılanma hakkının ihlal edilmesi olgusundan yola çıkıldığında öncelikle *mevzuat yetersizliğinin var olup olmadığı* konusu ele alınmalıdır. Ülkemizde hukuki metinler bağlamında temel hakların tam bir güvenceye bağlandığını görürüz. Anayasa'nın 36. maddesinde hak arama hürriyeti ile adil yargılanma hakkı;⁸ yine 141/son maddesinde ise “davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılmasının yargının görevi olduğu” hususları teminat altına alınmıştır. Adil yargılanma hakkı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin (İHAS) 6. maddesinin de korumasında bulunmaktadır. Bu temel ilkelerden hareketle şu husus açıklıkla ifade edilebilir: “Muhakemenin süratle sonuçlandırılması Devletin temel görevlerinden olduğu gibi bireyler için de bir haktır. (Anayasa md. 36/1, 141.)

Bilindiği üzere *ceza muhakemesinin maddi gerçeğe ulaşma amacı* çerçevesinde benimsediği metod, muhakemenin hukuk devleti ilkesi ile adil yargılanma hakkına uygun biçimde yürütülmesidir. Bu ilkeler çerçevesinde ceza muhakemesi pratiğimize bakıldığında yargı sisteminin önündeki en büyük problemin “aşırı soruşturma ve dava sayısı” olduğu tartışmasızdır. Gerçekten de ceza adalet sistemimiz maruz kaldığı aşırı soruşturma ve dava sayısını aşma, kısacası “nicelik meselesini çözme” safhasını tamamlayamadığından *bir sonraki*

“Uzun ince bir yoldayım,
Gidiyorum gündüz gece,
Bilmiyorum ne haldayım,
Gidiyorum gündüz gece.

...

Kırk dokuz yıl bu yollarda
Ovada dağda çöllerde
Düşmüşüm gurbet ellerde
Gidiyorum gündüz gece

...

Şaşar Veysel işbu hâlde
Gâh ağlaya gâhi güle
Yetişmek için menzile
Gidiyorum gündüz gece”

https://www.siiir.gen.tr/siiir/a/asik_veysel/uzun_ince_bir_yoldayim.htm (Erişim tarihi: 23/11/2018).

8 Anayasa Madde 36/1: “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.”

*aşama olan “nitelik meselesini” tartışma ve tabii ki çözüme adımına bir türlü geçememektedir. Bu itibarla, Türk ceza adalet sisteminin nicelik meselesini çözmesi, ilk bakışta sistemin niteliğe odaklanması konusunda bir mania olarak gözükebilir. Ancak nitelik konusundaki sorunların nicelik sorununa da yansıma veya çarpan etkisi yaptığı hatırdan çıkarılmamalıdır. Bir diğer ifadeyle iddia görevinin verimli ve etkin yürütülmemesinin, özellikle “dava açma kolaycılığı”⁹ olarak nitelendirilen hususun gereğinden fazla dava açılmak suretiyle nicelik sorununa da yol açtığı yadsınamaz bir gerçekliktir. Bu itibarla hem nitelik hem de nicelik meselesinin birlikte çözümlenmesi bağlamında iddia görevinin yürütülmesindeki güncel sorunların öncelikle olgularla ortaya konulması deyim yerinde ise “hastalığın teşhisi” meselenin çözümü bağlamında önem taşımaktadır. Öncelikle sorun tespit edildikten sonra adeta “tedavi sürecine” girilecek; bir diğer ifadeyle iddia görevinin yürütülmesinde niteliğin artırılmasına yönelik bazı çözüm önerileri ortaya konmaya çalışılacaktır. Kısacası, ceza adalet sistemimizde “nitelik sorgulaması” *acil ve hayati bir gereklilik* olarak açıkça karşımızdadır.*

Ceza adalet sistemimizdeki problemi ortaya koymak ve çözüm sunmak anlamında ilk olarak 2005 yılından itibaren başlayan kanun değişiklikleri ele alınarak ceza muhakemesi hukukundaki demokratikleşme çabaları irdelenecektir. İkinci olarak ise ceza muhakemesi sistemimizdeki nitelik ve nicelik problemini çözmeyi amaçlayan bu kanun değişikliklerinin uygulamaya nasıl yansıdığı; ne ölçüde başarıya ulaştığını ele alacağız. Bu bağlamda adli kültür olgusunun amaca ulaşmaktaki etkisi de ayrıca değerlendirilecektir.

II. BÖLÜM: CEZA ADALET SİSTEMİMİZDE DEMOKRATİKLEŞTİRME ÇABALARI: 2005 YILI VE SONRASINDA GERÇEKLEŞTİRİLEN KANUN DEĞİŞİKLİKLERİ

Adil yargılanma hakkına uygun bir muhakeme gerçekleştirmenin hukuk devletinin temel hedefi olduğu kuşkusuzdur. Bu hedef 2005

9 Anılan terim için bkz. Baştürk, İhsan: Ceza Adalet Sisteminde İş Yükünün Azaltılması ve Adil Yargılanma İlkesinin Gerçekleştirilmesine Yönelik “Bazı Çözüm Önerileri”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 85-86, Ağustos 2011, s. 193-248.

yılından itibaren “Yeni Türk Ceza Adaleti Sistemi” olarak adlandırılan sistem¹⁰ içinde Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) ile somut olarak ortaya konulmuş; hukuki altyapı sağlanarak birçok önemli ilke hayata geçirilmeye çalışılmıştır. Bu bağlamda Devlet, *Cumhuriyet savcılarının etkin soruşturma yürütmesinin önündeki engelleri kaldırmak için bazı tedbirler almaya özel bir önem vermiştir*. Bu amaca yönelik olmak üzere, bir taraftan savcılık kadroları sürekli arttırılmış diğer yandan hem kanun değişiklikleri yapılmış hem de savcılığın teknik imkanları geliştirilmiştir. Öncelikle iddia görevinin yürütülmesine ilişkin olarak benimsenen normları inceleyeceğiz.

1. CMK ile İddia Görevinin Yürütülmesine İlişkin Olarak Getirilen Normlar

a) Cumhuriyet savcısının muhakemedeki konumu ile görevinin niteliklerinin belirlenmesi

CMK'nin “soruşturma işlemleri” ne dair İkinci Bölümü'nde yer verilen “*bir suçun işlendiğini öğrenen Cumhuriyet savcısının görevi*” başlıklı 160. maddesinin ikinci fıkrası şöyledir:

“Cumhuriyet savcısı, **maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi** için, emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür.”

Savcı, ceza muhakemesinde tarafsız davranması gereken bir adalet organıdır.¹¹ Bu yeni hükümden anlaşılacağı üzere, *savcı iddia işlevini, önceki anlayışın aksine ağırlıklı olarak şüpheli veya sanığın aleyhine olacak şekilde yapamayacak*; aksine, soruşturma aşamasında şüphelinin haklarını korumak amacıyla onun lehine olabilecek tüm delilleri de toplayacaktır.¹² Böylece, şüpheli veya sanığın hem

10 <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr> (Erişim tarihi: 20/11/2018).

11 Centel, Nur: Adil Yargılanma Hakkı ve Savcının Tarafsızlığının Güvencelenmesi, Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular, Editör: Centel, Nur. XII Levha Yayıncılık, İstanbul, Nisan 2015, s. 105.

12 İçel, Kayıhan: Savcılar İçin Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları "Budapeşte İlkeleri" Işığında "Savcıyı Ret Sorunu" İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl: 7, Sayı 14, Güz 2008, s. 30.

lehine hem de aleyhine olarak soruşturma işlemlerini yapmak görevi olan savcının yeni ceza yargılaması sistemimizde artık taraf sayılamayacağı açık bir şekilde ortaya çıkmıştır.¹³ Bir diğer anlatımla, Cumhuriyet savcısının taraf olma konumu özel bir konumdur; ancak, objektifliği içermeyen bir konum değildir.¹⁴

CMK'nin 170/5. maddesinde ise "iddianamenin sonuç kısmında, şüphelinin sadece aleyhine olan hususlar değil, lehine olan hususlar da ileri sürülür" ilkesi benimsenmiş olup; Cumhuriyet savcısının CMK'deki konumuna uygun davranmayarak şüphelinin lehine olan delilleri toplamamasının yaptırımının "iddianamenin iadesi" olacağı kuşkusuzdur.

b) Yeni CMK, Mülga CMUK'nin 148. maddesiyle tanınan "Adalet Bakanının savcılara dava açılması yolunda emir verme yetkisi" ni tamamen kaldırmıştır

Söz edilen bu yeni durum savcının işlevsel açıdan özerk ve bağımsız olduğunu göstermesi açısından son derecede önemli olup, aynı zamanda onun taraf sayılamayacağını yeni bir dayanağını oluşturmaktadır.¹⁵

c) İddianamenin içermesi gerekli asgari unsurlar CMK'de açıkça gösterilmiştir

İddianame "kamu davasını açan temel belge" olması sebebiyle ceza muhakemesinde özel bir öneme sahiptir. CMK'nin "kamu davasını açma görevi" başlıklı 170. maddesinde "iddianamenin içermesi gerekli zorunlu unsurlar" gösterilmiştir. Böylelikle gerekli unsurları barındırmayan, deyim yerindeyse özensiz şekilde (!) hazırlanabilecek iddianameler önlenmek istenmiştir. Öte yandan yurt çapında farklı savcılıklar tarafından düzenlenecek iddianamelere bir standart getirilmesi de amaçlanmıştır. CMK'nin 170. maddesi irdelendiğinde "genel olarak"¹⁶ birçok iddianamede yer verilmesi gerekli önemli

13 Öztürk, Bahri/ Erdem, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2008, s. 305.

14 Centel, s. 955.

15 İçel, s. 31.

16 Diğer taraftan CMK'nin 170. maddesinde yer verilen bazı düzenlemelerin niçin "iddianamede yer verilmesi zorunlu olan unsurlar" olarak CMK'de açıkça belirtildiğini anlayabilmek

unsurlara yer verildiğini görmekteyiz. Şöyle ki, anılan maddenin 3. fıkrasının (j) bendindeki “suçun delilleri” düzenlemesi, (h) bendindeki “yüklenen suç ve uygulanması gereken kanun maddeleri” ve yine (j) bendindeki “suçun delilleri” nin iddianamede gösterilmesine ilişkin düzenlemelerin yerinde olduğunu ifade etmeliyiz. Öte yandan aynı maddenin 4. fıkrasındaki “iddianamede, yüklenen suç oluşturur olaylar, mevcut delillerle ilişkilendirilerek açıklanır” kuralı, maddenin 5. fıkrasındaki “iddianamenin sonuç kısmında, şüphelinin sadece aleyhine olan hususlar değil, lehine olan hususların da ileri sürüleceği” ilkesi iddianame için “olmazsa olmaz niteliğinde” unsurlardandır. İlave olarak, “iddianamenin sonuç kısmında, işlenen suç dolayısıyla ilgili kanunda öngörülen ceza ve güvenlik tedbirlerinden hangilerine hükmedilmesinin istendiği; suçun tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, ilgili tüzel kişi hakkında uygulanabilecek olan güvenlik tedbiri açıkça belirtilir” şeklindeki CMK’nin 170/6. maddesine de yer verilmesi isabetli olmuştur.

2. CMK’nin Getirdiği En Önemli Yenilik Olarak “İddianamenin İadesi” Kurumu

CMK’de *iddia görevinin yürütülmesi konusunda en temel yenilik olarak iddianamenin iadesi kurumu* -büyük bir cesaretle- kabul edilmiştir. İddianamenin iadesi kurumu, bir denetim mekanizması diğer

güç gözükmemektedir. Söz edilen bilgilere suç muhakemesine ilişkin temel usul kanunu olan CMK’de yer verilmiş olması bizzat “içler acısı” olarak nitelendirilebilecek bir durumdur. Ancak bu norm bir başka ifadeyle vahim bir durumun da itirafı mıdır? Bu sorunun cevabını vermek güçtür. Yine de şu aklı gelmektedir: Demek ki bu bilgiler olmadan dahi örneğin sanığın açık kimliği, suçun işlendiği tarih dahi belirtilmeden iddianameler düzenlenmekteydi ki böyle bir norma ihtiyaç duyuldu. Söz ettiğimiz ve “kanunla düzenlenmesi gerekli olmayan” şeklinde nitelendirebileceğimiz “iddianamede yer verilmesi gerekli bilgileri” şöyle sıralayabiliriz:

“İddianamede şüphelinin kimliği, müdafii, maktul, mağdur veya suçtan zarar görenin kimliği, mağdurun veya suçtan zarar görenin vekili veya kanunî temsilcisi, açıklanmasında sakınca bulunmaması halinde ihbarda bulunan kişinin kimliği, şikâyetle bulunan kişinin kimliği, şikâyetin yapıldığı tarih (CMK md. 170/3,a-g).” Belirtilen “isim, kimlik ve şikâyet tarihinden ibaret” bilgilerin iddianamenin esaslı unsuru olmakla birlikte CMK’de zorunlu olarak gösterilmelerini anlamak güç gözükmemektedir. Yine aynı maddenin (i) bendindeki “yüklenen suçun işlendiği yer, tarih ve zaman dilimi, şüphelinin tutuklu olup olmadığı” bilgileri ile (k) bendindeki “şüphelinin tutuklu olup olmadığı; tutuklanmış ise, gözaltına alma ve tutuklama tarihleri ile bunların süreleri” bilgilerine de niçin kanunda yer verildiğini anlamak mümkün değildir.

adıyla yeni bir “ara muhakeme” evresi olup; iddianamenin hakimlik güvencesine sahip bir yargı süjesi tarafından denetlenmesine imkan tanımaktadır. Bu itibarla, anılan kurum ilk olarak *gereksiz davaların açılmasını engelleyici fonksiyonuyla bireyler için bir güvence oluştur*maktadır. Bunun yanında *makul sürede yargılanmayı sağlayıcı yönüyle ceza adalet sisteminin etkin ve verimli işlemesi yönünde önemli bir mekanizma* olarak da dikkat çekmektedir.¹⁷ İddianamenin iadesi kurumunun kabulüyle, eksik delille yani etkin soruşturma yürütülme-sizsin dava açılmasının ve özensiz iddianameler düzenlenme-sinin önüne geçmek; kısacası uygulamada karşılaşılan bu yöndeki problemler¹⁸ giderilmek istenmiştir.

CMK'nin “iddianamenin iadesi” başlıklı 174. maddesine göre;

“(1) Mahkeme tarafından, iddianamenin ve soruşturma evrakı-nın verildiği tarihten itibaren onbeş gün içinde soruşturma evresine ilişkin bütün belgeler incelendikten sonra, eksik veya hatalı noktalar belirtmek suretiyle;

a) 170 inci maddeye aykırı olarak düzenlenen,

b) Suçun sübütuna etki edeceği mutlak sayılan mevcut bir de-lil toplanmadan düzenlenen,

c) Önödemeye veya uzlaşmaya tâbi olduğu soruşturma dosyasın-dan açıkça anlaşılan işlerde önödeme veya uzlaşma usulü uygulan-maksızın düzenlenen,

İddianamenin Cumhuriyet Başsavcılığına iadesine karar verilir.

(2) Suçun hukukî nitelendirilmesi sebebiyle iddianame iade edi-lemez.

(3) En geç birinci fıkrada belirtilen süre sonunda iade edilmeyen **iddianame kabul edilmiş sayılır.**”

Şu hususu önemle belirtmeliyiz ki, iddianamenin iadesi konusun-da onbeş günlük sürenin sonunda adeta “otomatik kabul” olarak adlandırılabilir -bu yönüyle eleştiriye açık- bir sistem ihdas edil-

17 Krş. Centel, Nur/ Zafer, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenilenmiş ve gözden geçiril-miş 14. Bası, İstanbul 2016, s. 563.

18 “Dava açma kolaylığı” olarak nitelendirdiğimiz bu uygulama için bkz. Baştürk, s. 193 vd.

miştir. Ancak tüm eleştirilere rağmen *iddianamenin iadesi kurumu suçsuzluk karinesinin iblali sonucunu doğurabilecek birçok hatalı uygulama örneğini engellemeye elverişli ve hayati önemi haiz bir düzenleme olduğu kanaatindeyiz.*

3. Asliye Ceza Mahkemelerinde Savcılık Uygulamasına Geçici Olarak (!) Son Verilmesi

Savcılık makamının kovuşturma evresinde bir süje olarak örgütlenmesinin en önemli görünümü asliye ceza mahkemesi yanında olmaktadır. 2011 yılında yürürlüğe giren 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile “asliye ceza mahkemelerinde yapılan duruşmalarda Cumhuriyet savcısı bulunmayacağı” kuralı “sadece 1/1/2014 tarihine kadar” yani geçici bir süre için kabul edilmiş idi. Daha sonra ise aynı Kanun’a eklenen Geçici 9. madde ile bu süre 31/12/2019 tarihine kadar uzatılmıştır.¹⁹ Yani *asliye ceza mahkemesi yanında savcılık uygulaması 2011 yılından 2019 yılı sonuna kadar askıya alınmıştır.*

Söz edilen “yargı hizmetlerinin hızlandırılması” adlı düzenleme ile asliye ceza mahkemeleri yanında savcılık uygulamasına son verilmiştir. “Savcılık makamını kovuşturma evresinden çıkarmak” şeklindeki *bu anlayış ceza muhakemesi hukukunun temel ilkelerine aykırıdır ve hiçbir gerekçeyle kabul edilemez. Cumhuriyet savcılığını*

19 31/3/2011 tarihli ve 6217 sayılı **Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun**’un 26. maddesiyle 5320 sayılı CMK’nin Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanuna eklenen Geçici 3. Madde ile bu model öncelikle 1/1/2014 tarihine kadar kabul edilmiş sonrasında ise aynı Kanun’a eklenen Geçici 9. Madde ile bu süre 31/12/2019 tarihine kadar uzatılmıştır.

5320 sayılı Kanun Geçici Madde 3: “(1) **1/1/2014 tarihine kadar**, asliye ceza mahkemelerinde yapılan duruşmalarda Cumhuriyet savcısı bulunmaz ve katılma hususunda Cumhuriyet savcısının görüşü alınmaz. Ancak, verilen hükümler ile tutuklamaya veya salıverilmeye ilişkin kararlara karşı Cumhuriyet savcısının kanun yoluna başvurabilmesi amacıyla dosya Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir.

5320 sayılı Kanun Geçici Madde 9-(Ek: 2/12/2014-6572/45 md.): “(1) 31/12/2019 tarihine kadar, asliye ceza mahkemelerinde yapılan duruşmalarda Cumhuriyet savcısı bulunmaz ve katılma hususunda Cumhuriyet savcısının görüşü alınmaz. Ancak, verilen hükümler ile tutuklamaya veya salıverilmeye ilişkin kararlara karşı Cumhuriyet savcısının kanun yoluna başvurabilmesi amacıyla dosya Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir.”

6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun için bkz. 14/4/2011 tarih ve 27905 sayılı Resmî Gazete.

5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli hakkında Kanun için bkz. 31/3/2005 tarih ve 25772 (Mükerrer) sayılı RG.

muhakemede devre dışı bırakmanın mazereti de olamaz. Gerçekten *iddia makamını kovuşturmadan çıkarmak* “iddia makamı ile yargılama makamının aynı süjede birleşmesi” gibi ceza muhakemesi ilkelereyle bağdaşmayan, yapay bir durum ortaya çıkaracaktır. Böyle bir tablonun *çelişmeli yargılama sistemine aykırı olacağı ve demokratik bir ceza muhakemesi yapısına uygun düşmeyeceği şüphe götürmez.*

Açıkça ifade etmek gerekirse “yargının hızlandırılması” gibi bir hedef ve buna yönelik kanuni düzenleme ile *iddia makamını kovuşturmada devre dışı bırakmak ceza muhakemesinde kabul edilemez.* Şu hususu önemle ifade etmeliyiz ki “yargı” ile “hız” kavramlarını bağdaştırmak güç olduğu gibi anlamsız da gözükmektedir. “Yargı” ile “adalet, demokratiklik, hakkaniyet, eşitlik” gibi kavramlar yan yana gelebilir ama “hız” kavramı değil. Bu itibarla *bızlı yargı değil adil yargı, hakkaniyete uygun yargı, demokratik yargı* kavramlarını hareket noktası olarak benimsemenin bizi uygun amaca ve doğru hedeflere götürebileceğine eminiz.

Savcılık makamını kovuşturma evresine dahil etmemek anlamına gelen bu düzenlemenin amacının “Cumhuriyet savcılığı kadrolarının verimli kullanılarak; *duruşmadan (deyim yerindeyse) tasarruf edilen savcılık makamının etkin soruşturma yürütmeye yönlendirilmesi, tüm mesaisini soruşturmalara hasretmesi*” olduğu ileri sürülmektedir.²⁰ Ancak, 2011 yılından 2018 yılına değin bu amaca ulaşıp ulaşılmadığı yani *etkin soruşturma yürütülmesi konusunda somut bir ilerleme kaydedildiğine ilişkin elimizde kayda değer bir veri bulunmadığını* üzümlere belirtmeliyiz. Mahkemelerin beraat ve mahkumiyet ile diğer karar oranlarında belirtilen düzenleme öncesi ve sonrası arasında “kayda değer bir değişim” tespit edilememiştir. Öte yandan, etkin ve verimli soruşturma yürütülmesinin dışı vurumu olarak adlandırılabilir olan iddianamelerin isabet oranında bir diğer ba-

20 Söz edilen düzenlemenin gerekçesinde şu ifadeler yer verilmiştir:

“Eklenen geçici 3 üncü maddeyle Cumhuriyet savcılarının soruşturma işlemlerini daha etkin ve süratli bir şekilde yerine getirebilmeleri amacıyla asliye ceza mahkemelerindeki duruşmalarda 1/1/2016 tarihine kadar bulunmayacakları, katılma hususunda Cumhuriyet savcısının görüşünün alınmayacağı, Cumhuriyet savcısının asliye ceza mahkemesince verilen hükümler ile tutuklamaya veya salıverilmeye ilişkin kararlara karşı kanun yoluna başvurabileceği hüküm altına alınmaktadır.”

Gerekçe için bkz. <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasarı/2011Yılı/kanmetni/6217ss.pdf> (Erişim tarihi: 20/11/2018).

kışla mahkumiyet karar oranında önemli bir değişim görülmemesi maalesef haklılığımızı ispat etmektedir.²¹

Söz edilen uygulamanın “geçici olma” durumuna gelince; 6217 sayılı Kanun asliye ceza mahkemeleri yanında savcılık uygulamasına son verilmesi uygulamasını önce 1/1/2014 tarihine kadar “geçici olarak” benimsemiş iken; sonrasında bu süre 31/12/2019 tarihine kadar uzatılmıştır. Kısacası, *geçici olarak adlandırılan bu uygulama yaklaşık dokuz yıl için kabul edilmiştir*. Dolayısıyla uzatma üstüne uzatma şeklindeki uygulamalar karşısında korkarız ki ve tecrübelerimiz bize göstermektedir ki geçici olarak başlayan bu uygulama kural haline gelecek olsun! Özlemimiz şudur ki; asıl ceza mahkemesi olan ve ceza davalarının yarısından fazlasının görüldüğü *asliye ceza mahkemelerine Cumhuriyet savcılarını tekrar dönsünler* ve demokratik ceza muhakemesinin temel ilkelerine ve Anayasanın hukuk devleti ilkesine açıkça aykırı olan bu uygulamaya bir an önce son verilsin.

4. Cumhuriyet Savcılığı Kadrolarının Arttırılması

Cumhuriyet savcılığı kadroları arttırılmış, bu bağlamda 2010 yılında 4430 olan savcı sayısı 2017 yılında 4859’a çıkmıştır.²² 2018 yılında Cumhuriyet savcılığı kadrolarının daha da arttırıldığını ve yılı en az 6000 ile tamamlayacağını kolaylıkla tahmin edebiliriz. Bu arada hakim/savcı kadrolarının verimli ve yerinde kullanılması hususunda dikkatimizi çeken bir hususu zikretmeden geçemeyeceğiz. Şöyle ki; Adalet Bakanlığı merkez teşkilatında çalışan hakim/savcı sayısı 2014 yılında 171 iken 2017 yılında 379’a kadar yükselmiştir. Hatta geçici görevlendirmelerle birlikte 2018 yılı sonu itibariyle bu sayının 700’e yaklaştığı dahi ileri sürülmektedir. Kuşkusuz adalet hizmeti mahallinde (sahada) sunulan yani kürsüden verilen bir hizmettir. Bu “mahal (saha)” ise adli teşkilatın bulunduğu memleketin doğusundan batısına; en küçük ilçesinden en büyük merkezine varıncaya değin tüm yerleşim birimleridir. Adalet hizmetinin gereği bu iken işlevi (kısaca) “adalet hizmeti alanında politika üretmek, planlama

21 Adli İstatistikler için bkz.

http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2017/istatistik2017.pdf (Erişim tarihi: 20/11/2018).

22 http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistik_2017/istatistik2017.pdf (Erişim tarihi: 20/11/2018).

ve koordinasyonu gerçekleştirmek” olan Adalet Bakanlığı²³ merkez teşkilatındaki meslek mensubu kadrolarının niçin bu kadar arttığını kavrayabilmek güç gözükmektedir. Unutulmamalıdır ki hakim ve Cumhuriyet savcısı kadrolarının verimli kullanılması doğrudan adil yargılanma hakkına uygun bir muhakeme pratiğinin gerçekleşmesine hizmet edecektir.

5. Savcılığın Teknik Kapasitesinin Güçlendirilmesi

Özellikle Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP) temelinde sunulan bilişim teknolojileri sayesinde birçok ceza muhakemesi işlemini çok kısa sürelerde yapabilmek mümkün hale gelmiştir. Bu sistem sayesinde gerek adli teşkilatın içinden gerekse diğer kurum ve kuruluşlardan elektronik ortamda saniyeler içinde bilgi ve belge ile veri toplamak, sesli ve görüntülü ifade almak (SEGBİS) gibi önemli imkanlara kavuşulmuştur. Böylelikle -önceleri bazen aylar hatta yıllar alabilen- yazışmalar yapmak, tebligatlar çıkarmak dönemi sona ermiştir. Söz edilen teknik imkanların artırılması da etkin soruşturma yürütülmesinin önündeki önemli engellerden birisinin daha ortadan kaldırılması anlamındadır.

III. BÖLÜM: ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Çalışmamızın bu bölümünde ülkemizdeki yargı pratiğine dair bir durum analizi yapacağız. Bu bağlamda öncelikle, 2005 yılından beri CMK ile başlayan ceza muhakemesi hukukumuzdaki demokratikleşme çabaları kurumsal bazda irdelenerek ve akabinde kodifikasyon temelli olarak ortaya konulan çabaların pratiğe nasıl yansıdığı kısacası adil yargılanma hakkına uygun bir muhakeme sistemine ulaşıp ulaşılmadığı konusu ele alınacaktır.

Türk ceza muhakemesi hukukunda söz edilen demokratikleşme amaçlı değişikliklerin pratiğe yansımaya dönüldüğünde iddia görevinin yürütülmesinde niceliği değil niteliği ön plana çıkararak, bunu önemseyen bir sistemin hayata geçirilmesinin vazgeçilmezliği ortadadır. Kuşkusuz hukuk devletinde basit ve hızlı yargılama değil *etkin soruşturma ve adil yargılama* öncelikli hedef olmalıdır. Suçsuz-

23 Ayrıca bkz. 2992 sayılı Adalet Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun md. 2.

luk karinesine saygı gösterilerek *kişilerin lekelenmeme haklarının korunmasının vazgeçilmez olduğu bir muhakeme sistemi inşa etmek ve muhakemeyi adil yargılanma hakkı başta olmak üzere temel insan haklarına uygun şekilde yürütmenin hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmazı olduğu kuşkusuzdur.*

Ülkemiz gerçeğine dönüldüğünde; adalet sisteminin önündeki en büyük problemin “aşırı soruşturma ve dava sayısı” olduğu tartışmadan ötedir. Bu bağlamda aşırı soruşturma ve dava sayısı probleminin ortadan kaldırılmasının adalet organından beklenen hizmetin kalitesini de doğrudan arttıracığına inanıyoruz. Gerçekten, *aşırı soruşturma ve dava sayısı karşısında nitelik beklentisi adeta bir sarmala, bir açmaza dönüşmektedir.* Söz edilen yoğunluk ve toplumun tüm kesimlerinin “gecikmeyen adalet” beklentisi karşısında muhakeme süjelerinin “nitelik yerine niceliğe yönelmesi” -eğer bunu engelleyebilecek etkin mekanizmalar mevcut değilse- kaçınılmaz hale gelmektedir. Bu durum, insanın doğası gereğidir. Gerçekten, toplumsal yapı içinde yer alan her fert kendinden öncelikle beklenilene ilk olarak yerine getirmeye çalışacaktır. Bu itibarla niteliğin ilk sırada olduğu bir sistemin tüm mekanizmalarıyla birlikte kurulması ülkemiz için kaçınılmaz gözükmektedir. Öncelikle ifade etmeliyiz ki daha az soruşturma ve davayı yürütmek imkanına kavuşacak olan muhakeme süjeleri ister istemez nicelik değil nitelik peşinde koşacaklardır. Bu bağlamda niteliği öne çıkartan bir sistemin altyapısının mevcut olup olmadığı konusuna ayrıca odaklanacağız.

Cumhuriyet savcılarının etkin soruşturma yürütmesinin önündeki engelleri kaldırmak için oldukça önemli tedbirler alınmaya çalışıldığından söz etmiş idik. Bu anlamda bir taraftan savcılık kadroları sürekli arttırılmış, diğer yandan savcılığın teknik kapasitesi güçlendirilmiş ve daha da önemlisi -ceza muhakemesi hukukunun temel ilkelerine aykırı da olsa- asliye ceza mahkemeleri yanında savcılık uygulamasına dahi son verilmiştir. Amaç savcılık kadrolarının verimli kullanılarak savcılık makamının etkin soruşturma yürütmeye yönlendirilmesidir. Böylelikle sistemin *dava açma kolaylığından kurtulması sağlanarak suçsuzluk karinesinin ihlal edilmediği, adil yargılanma hakkına uygun ceza muhakemesi uygulamasına ulaşmak amaçlanmıştır.*

Demokratik bir ceza hukuku pratiğine ulaşma anlamında *kanun değişikliği yapma eksenli reform çabalarının* pratiğe pek de olumlu yansımadığını istatistikler açıkça göstermektedir. Gerçekten, iddia görevinin yürütülmesinde adil yargılanma hakkına uygunluğun sağlanabilmesi bakımından “salt kanun değişikliklerinin yeterli olmadığı” hususu bir olgu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu itibarla, kanun değişikliklerinin ceza muhakemesi pratiğini demokratikleştirme anlamında niçin yeterli olmadığı kısacası iyiniyetli çabalardan olumlu sonuç alınamamasının sebepleri tüm bileşenleri ile ortaya konulmalıdır. Bu kapsamda olmak üzere *değişikliklerin pratiğe neden olumlu yansımadığını adli kültür olgusu çerçevesinde değerlendirirken diğer taraftan problemi ortadan kaldırmaya yönelik bazı çözüm önerilerimizi hukuk dünyamızın değerlendirmesine sunmak istiyoruz.*

1. Dava Açma Kolaycılığının Terk Edilmesi Gereği

Düşüncemiz odur ki; Türk ceza adalet sistemi pratiğinde ortaya çıkan “aşırı dava yığılması” olarak tanımlanabilecek olgunun en önemli sebebi *kolaylıkla ve eksik delille düzenlenen iddianamelele açılan ceza davalarıdır.* Ceza muhakemesi pratiğimizde bir Cumhuriyet savcısı için iddianame düzenlemeyi tercih etmek; kovuşturmayaya yer olmadığına karar vermeye nazaran çok ama çok kolay olup aynı zamanda önemli bir risk de içermemektedir. Çünkü Cumhuriyet savcısı olarak sizi kolayca dava açmaktan alıkoymabilecek *etkin ve iyi işleyen bir iddianamenin iadesi sistemi mevcut değildir.*

CMK'nin 170/2. maddesindeki “soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; **Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler**” cümlesinin ifade tarzı da “konumuz bakımından” dikkat çekicidir. İlk bakışta bu ifade ile *kamu davasının mecburiliği ilkesine referans* verilmek istendiği söylenebilecektir. Ancak, maddedeki “...bir iddianame düzenler” cümlesinin “emir kipi” içermekte olduğu ve ifade şeklinin sanki “**(kolaylıkla) bir iddianame düzenler**” şeklinde bir emri akla getirebileceğini düşündürmektedir.

CMK iddianame düzenlenmesi için gerekli şüphe derecesini “yeterli şüphe” olarak benimsemiştir. Başlangıç şüphesinden daha öte-

de olan ve şüphelinin fiili işlediğine dair %50 ila 100 arası olarak ifade edilebilecek olan “yeterli şüphe kavramı” kuvvetli şüphe kadar yoğun olmayan bir şüphe derecesini ifade etmektedir. Pek tabî ki kamu davası açılması için kuvvetli şüphe derecesinin gerekmesini beklemiyoruz. Ancak, sistemimizdeki *dava açma kolaylığı gerçekliği* karşısında yeterli şüphe derecesinin maalesef yetersiz kaldığı da izahtan varestedir. Ezcümle, iddianame düzenlenmesi için “yeterli şüphe” yanında şüphe derecesini güçlendirici bazı ilave unsurlara ihtiyaç bulunduğunu, bu şüphe derecesinin -iddianame düzenlenmesi yönünden- güçlendirilmesi, en azından somutlaştırılması gerektiği düşüncesindeyiz.

Dava açma kolaylığını önleyebilmek amacıyla iddianamenin iadesi kurumu ülkemizde adeta büyük umutlarla kabul edilmiştir. İddianamenin iadesi kurumunun kabulüyle, eksik delille yani etkin soruşturma yürütülmeksizin dava açılmasının ve özensiz iddianameler (!) düzenlenmesinin önüne geçilmek istendiğini önemle vurgulamıştık. İşte bu anlamda CMK’nin “iddianamenin iadesi” başlıklı 174. maddesinin 1. fıkrasındaki iki önemli hüküm dikkat çekicidir:

a) “170 inci maddeye aykırı olarak düzenlenen,

b) Suçun sübütuna etki edeceği mutlak sayılan mevcut bir delil toplanmadan düzenlenen ... iddianamenin Cumhuriyet Başsavcılığına iadesine karar verilir.”

İlk olarak “CMK’nin 170. maddesine aykırı olarak düzenlenen iddianame” kavramından ne anlaşılması gerektiğini irdeleyeceğiz:

Öncelikle, iddianamede sanığın açık kimliği, suçun işlendiği tarih gibi “bazı şekli bilgilerin” iddianamede gösterilmesi zorunluluğuna CMK’nin 170. maddesinde yer verilmesinin “anlamsız ve lüzumsuz” bir düzenleme olduğunu açıkça ifade etmeliyiz.²⁴

CMK’nin 170/3. maddesinin (j ve h) bentlerindeki ve aynı maddenin 4, 5, 6. fıkralarındaki (aşağıda yer verilen) **normlar iddianame**

²⁴ Sanığın açık kimliği, suç tarihi gibi bazı bilgilere yer verilmemiş bir iddianame düşünülemediğine göre söz edilen norm anlamsız kalmaktadır. Norm yapma tekniğine uyumadığı gibi böyle iddianamelerin dahi düzenlenebileceğini ve düzenlenmesinin yaptırımının iddianamenin iadesi olacağını belirtmektedir.

menin iadesi kurumunun etkin şekilde işlevini yerine getirmesini sağlayabilecek temel ilkelerdir ki bunlar:

(j) bendindeki “suçun delilleri”,

(h) bendindeki “yüklenen suç ve uygulanması gereken kanun maddeleri”

(j) bendindeki “suçun delilleri”

- aynı maddenin 4. fıkrasındaki “iddianamede, yüklenen suç oluşturulan olaylar, mevcut delillerle ilişkilendirilerek açıklanır” kuralı,

- maddenin 5. fıkrasındaki “iddianamenin sonuç kısmında, şüphelinin sadece aleyhine olan hususlar değil, lehine olan hususların da ileri sürüleceği”

- maddenin 6. fıkrasındaki “iddianamenin sonuç kısmında, işlenen suç dolayısıyla ilgili kanunda öngörülen ceza ve güvenlik tedbirlerinden hangilerine hükmedilmesinin istendiği; suçun tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, ilgili tüzel kişi hakkında uygulanabilecek olan güvenlik tedbiri açıkça belirtilir” kuralı.

Söz ettiğimiz **normların iddianamenin iadesi kurumunun etkin şekilde işlevini yerine getirmesini sağlayabilecek temel ilkeler olduğu** muhakkaktır. Ancak bu normların işlevini yerine getirmesinin, hayata geçirilmesinin yolu; anılan kuralların yargı kararlarıyla yorumlanmasından adeta içinin doldurulmasından geçmektedir. Konuya bu perspektiften bakıldığında CMK'nin 174/1-a maddesindeki “170 inci maddeye aykırı olarak düzenlenen iddianame iade edilir” şeklindeki düzenleme uygulamada pek problem doğurmamaktadır.

CMK'nin 174/1-b maddesindeki “suçun sübütuna etki edeceği mutlak sayılan mevcut bir delil toplanmadan düzenlenen iddianamenin iade edileceği” kuralı pratikte birçok sorun doğurmaya aday gözükmemektedir. Gerçekten “hangi delilin toplanmasının suçun sübütuna mutlak etki edeceği” konusunun açıklığa kavuşturulması hiç de kolay değildir. Bu bağlamda 2005 yılından itibaren ceza muhakemesi pratiğimizde sayısız denilebilecek iddianamenin iadesi

kararları verilmiş; bu kararlar sonuçta kanun yararına bozma yoluyla Yargıtay içtihatlarına konu oluşturmuştur.

Yargıtay içtihatlarına göre iddianamenin iadesi sebebi olarak kabul edilemeyecek bazı hususları belirtmek gerekirse;

“...İncelenen dosya içeriğine göre, şüphelinin ablasına ait pasaporta kendi resmini yapıştırarak kullandığı, **pasaportun aldatma niteliğine sahip olup olmadığına takdir ve tayini mahkemeye ait bulunduğundan**, şüpheli hakkında dava açılmasını gerektirir yeterlilikte kanıt bulunması...”²⁵

“... **iddianamenin iadesi sebepleri arasında şüpheli ve müştekinin ifadesinin alınmasının yer almadığı gibi eylemde sahtecilik iddiasının bulunmaması sebebiyle bu aşamada imza incelemesinin de zorunlu olmadığı**, bu hususların mahkemesince de araştırılabileceği ...”²⁶

“... Dolandırıcılık suçundan... **keşif hususunun ise hakim in yargılama sonucunda vereceği karara yardımcı olması amacıyla, onun takdirinde yapılan delil toplama işlemi olduğu**, ...kural olarak keşfin hakim tarafından yapılacağı belirtildiği, hangi olayda keşif yapılmasına ihtiyaç duyulacağına hakim veya Cumhuriyet savcısınca farklı değerlendirilebileceği, **Cumhuriyet savcısının sadece “gecikmesinde sakınca bulunan hallerde” bu yetkisinin bulunduğu, mümkün olduğunca, gecikme halinde delilin kaybolması ya da değişmesi söz konusu olacaksa ve derhal hakim tarafından keşif yapılma olanağı bulunmuyorsa, Cumhuriyet savcısı tarafından yapılması gerektiği, aksi halde bu hükmün geniş yorumlanarak, gecikmesinde sakıncalı hal olup olmadığına bakılmaksızın her olayda Cumhuriyet savcısı tarafından keşif yapılması gerekeceği, somut olayda suçun niteliği de göz önüne alındığında gecikmesinde sakınca bulunan halden söz edilemeyeceği ...”**²⁷

Yukarıda yer verdiğimiz içtihatlarda da açıkça görüldüğü üzere Cumhuriyet savcılığı tarafından kovuşturma evresinde yapılması gerekli birçok delil toplama faaliyetine ilişkin olarak Yargıtay; ”...

25 11. CD. 31/1/2008, 2007/6896- 2008/458 (UYAP).

26 11. CD. 14/2/2008, 2007/6958-2008/771 (UYAP).

27 11. CD. 14/2/2008, 2007/6945, 2008/773 (UYAP).

gecikmesinde sakınca bulunan hal mevcut olmadığı, bu hususların mahkemesince de araştırılabileceği...” gibi gerekçelerle bu eksikliklerin iddianamenin iadesi sebebi olarak kabul edilemeyeceğine karar vermiştir. Böylelikle eksik delille, etkin soruşturma yürütülmeksizin iddianame düzenlenebileceği görüşü maalesef Yargıtay’ın yerleşik içtihadı haline gelmiştir.

Kısacası, Yargıtay kararları sebebiyle *şüphelinin savunması dahi alınmaksızın kamu davası açılması maalesef mümkün hale gelmiştir.* Halbuki savunma hakkının korunması ceza muhakemesinin temel ilkelerindendir ve savunma hakkının ihlalinin başka bir şekilde telafisi, karşılanması imkansızdır.

İddianamenin iadesi kurumunun fonksiyonu bakımından gelinen nokta şudur: İddianamenin iadesi sebebi olarak üzerinde ittifak olunan tek unsur (maalesef); “sanığın nüfus kaydı ile adli sicil kaydının hazırlık soruşturması evrakına eklenmesi“ durumuna gelmiştir. Bir diğer ifadeyle, **ancak nüfus veya adli sicil kaydının eksikliği iddianamenin eksikliği sebebi olarak görülmektedir.** Bu kayıtların da UYAP ortamında zaten mahkemece doğrudan görülebilen belgelerden ibaret olduğu malumdur. Dolayısıyla iddianamenin iadesi kurumundan umulan yararlar adeta boşa çıkmış; bu kurum kanunlaşmasından itibaren nefes alamadan hayata veda etmiş; sanki ölü doğmuştur. Bu tablonun sebebi Yargıtay’ın 2005 yılında konuya ilişkin yoğunlaşan içtihatlarından başka bir şey değildir.

CMK’nin benimsediği sistem, eksiksiz delille dava açmayı zorunlu kılmakta; Cumhuriyet savcısına şüphelinin lehine olan delilleri dahi toplama yükümlülüğü getirmektedir. (CMK md. 160/2). Ancak iddianamenin iadesi kurumunun pratiğe yansımaları neredeyse bu sistem hiçbir olumlu etki yarat(a)mamıştır. Kısacası, Kanun idealize bir sistem getirmiş, ama uygulama bu sistemin işlemesine adeta direnmiştir.

Sağlıklı işleyen bir muhakeme sistemini hayata geçirmek için, etkin soruşturma yürütülmesi zorunluluğuna uyulmasını sağlamak ve eksik delille düzenlenen iddianamelerin iade kurumu yoluyla kovuşturma evresine aktarılmasını mutlaka engellemek zorundayız. Bu işlevin sağlanmasıyla bir taraftan kişiler hakkında yeterli olmayan delil

ile beraat edebileceğini bile bile dava açılmasının engellenmesi suretiyle suçsuzluk karinesinin ihlali sonucunu doğurabilecek davaların açılması önlenmiş olacaktır. Diğer taraftan hem şüpheli hem de mahkemeler böyle yersiz davalarla meşgul edilmeyecektir. Böylelikle aşırı dava yığılmasının en önemli sebeplerinden birisi olan dava açma kolaylığı şeklinde yerleşmiş adli kültür ögesinin -iddianamenin iade edilecek olması sebebiyle- ortadan kaldırılması sağlanabilecektir.

Kısacası iyi işleyen bir iddianamenin iadesi kurumuyla sistem şu duruma gelebilecektir:

Etkin soruşturma yürütülerek açılmış davalar = dava sayısının azalması (dava yığılmasının önlenmesi) = niteliğe ve adil yargılanma hakkının hayata geçirilmesine odaklanmış bir ceza muhakemesi sistemi.

Böyle idealize bir sistemi hayata geçirmek hiç de zor değildir. Bunun yolu; iddianamenin iadesi kurumunu işlevsel olarak kullanmaktan geçmektedir. Bunun için de konuya ilişkin içtihatlar gecikmeksizin gözden geçirilerek kurumun ve ceza adalet sistemimizin amacına ve özüne uygun, işlevsel hale getirilmelidir.

2. Etkin Soruşturma Sonucu Dava Açılmasının Teşvik Edilmesi Gereği

Muhakeme sistemimizin niteliğe odaklanmasını sağlamanın temel şartı dava yığılmasının önüne geçmektir bunun yolu ise davaların etkin soruşturma yürütülerek eksiksiz delille açılmasını sağlamaktır. O halde Cumhuriyet savcılarının delillerin eksiksiz toplanmış olduğu, muhakemenin kesintisizliği ilkesine uygun olarak tek celsede bitmesi mümkün olan davalar açmaya teşvik edilmelidir. Bunun temel yöntemi ise bir kariyer mesleği olan Cumhuriyet savcılığının atanma, yer değiştirme ve yükselme esaslarını *yürütülen soruşturmanın niteliğine* yani verilen kamu hizmetinin kalitesine tabi tutmaktır.

a) Kariyer Mesleği Olarak Savcılık Meslek Kurallarının Yeniden Gözden Geçirilmesi İhtiyacı

Ceza muhakemesinde iddia fonksiyonunu yürüten “savcılık” kuşkusuz bir kariyer mesleğidir. Bir pozisyonun “kariyer mesleği”

olarak nitelendirilebilmesi için mesleğe seçilme, atanma, yer değiştirme, yükselme, meslekten ayrılma ve benzeri konularda önceden belirlenmiş, objektif kurallara dayanılarak sürdürülmesi gerektiği kabul edilmektedir. Savcılık adli organını öncelikle bu bağlamda irdeleyeceğiz.

Anayasamızın 138 ila 160. maddeleri arasında “Yargı” başlığı altında yargı organı düzenlenerek *bakim ve savcılar aynı teminatlara kavuşturulmuştur*; ancak bu normlarda “savcının bağımsızlığından söz edilmemiştir.²⁸ Buna rağmen, ceza muhakemesinde süreklilik, kesintisizlik ilkesinin hayata geçirilmesi anlamında savcılarının da atanma, yer değiştirme ve tabii ki meslekte yükselmelerinin objektif ilkelere bağlanması, böylelikle bağımsızlıklarının güvenceye kavuşturulması yürütülen fonksiyon itibarıyla hayati öneme sahiptir. Özellikle muhakemenin kesintisizliği ilkesini gerçekleştirmek için *Cumhuriyet savcılarının yer değiştirmelerinin de istisnai olması gerektiği düşüncesindeyiz*.

Cumhuriyet savcılarının etkin soruşturma yürüterek dava açmalarının temel yolunun, sistem bakımından hayati olan bu hususu kariyer ilerlemesi anlamında bir kriter olarak benimsemek olduğuna inanıyoruz. Kısacası, *etkin soruşturma yürütmek ve eksiksiz delille dava açmak Cumhuriyet savcılarının kariyer ilerlemesinde temel değerlendirme kriteri olarak benimsenmelidir*.

Cumhuriyet savcılarının meslekte ilerlemelerine dair temel düzenleme, Hakimler ve Savcılar Kurulu (HSK) tarafından yayımlanan 5 Nisan 2017 tarihli ve 675/1 Karar sayılı *Hakim ve Cumhuriyet Savcılarının Yükselme Esaslarına İlişkin İlke Kararıdır* (kısaca “İlke Kararı olarak anılacaktır).²⁹ İlke Kararının “Yükselme Esasları” başlıklı 6. maddesinde “...çıkardıkları işlerin miktar ve mahiyetleri, kanun yolu incelemesinden geçen işlerine ilişkin düzenlenen kanun yolu değerlendirme formları, örnek karar ve mütalaaları ve varsa meslekî eser

28 Söz edilen Anayasa normunun başlığının da “adalet organı” şeklinde olması gerektiğine ilişkin ayrıca bkz. Zafer, Hamide: Türk Ceza Adalet Sisteminde Savcılığın Hukuki Statüsü, Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular, Editör: Centel, Nur. XII Levha Yayıncılık, İstanbul, Nisan 2015, s. 10.

29 <http://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/ceadf1ee-c746-44b2-8108-a1d301398144.pdf> (Erişim tarihi: 14.12.2018)

ve yazıları ile genel sicil durumları, göz önünde bulundurularak yükselmeye layık olup olmadıklarına karar verilir” kuralı yer almaktadır. Görüldüğü gibi İlke Kararının 6. maddesi *genel olarak nitelik odaklı bir yaklaşımı benimsemiş* gözükmektedir. Ancak aynı maddenin (d) bendindeki “gördükleri işlerin birikmesine sebep olup olmadıkları” yine (g) bendindeki “üst merciler ve müfettişlerce haklarında düzenlenen performans değerlendirme ve geliştirme formları, hâl kâğıtları ve sicil fişleri” ölçütleri *nitelikten ziyade nicelik ve kişiliği ölçebilecek kriterler* olarak dikkat çekmektedir.

İlke Kararının 6/1-e bendinde “...**hakim ve savcılarının çıkardıkları işlerin miktar ve mahiyetleri göz önünde bulundurularak yükselmeye layık olup olmadıklarına karar verilir**” kuralının vurgulanmasına rağmen aynı düzenlemenin 8 ila 10. maddeleri -çok ayrıntılı sayılar ve oranlar getirmek suretiyle- **tamamıyla niceliğe odaklanmış** gözükmektedir. Diğer taraftan *niceliği böylesine ayrıntılı kurallara bağlayan bir düzenlemede* “**nitelikten ne anlaşılması gerektiği**” konusunda **hiçbir ayrıntıya yer verilmemiş olması** dikkat çekmektedir. Düşüncemize göre, önceliğiniz ne ise o konudan söz edersiniz! Bu çerçevede HSK tarafından yayımlanan İlke Kararında -ki bu İlke Kararı hakim ve Cumhuriyet savcıları için temel kılavuz niteliğindedir- *hep niceliğin ön planda tutulduğu, vurgulandığı* görülmektedir. Gerçekten, İlke Kararına bu çerçeveden bakıldığında hep sayılardan, oranlardan kısacası *nicelikten söz eden bir düzenleme* karşımıza çıkmaktadır. Özetle, Hakim ve Cumhuriyet Savcılarının Yükselme Esaslarına İlişkin **İlke Kararı niceliği öncelleyen yönüne karşın niteliğe hatta nitelikten ne anlaşılması gerektiğine ise hiç yer vermeyen bir düzenleme olarak dikkat çekmektedir.**

Bir an için İlke Kararında yer verilen “mahiyet” sözcüğünün “nitelik, vasıf” anlamından hareketle niteliğe öncelik verildiği akla gelebilir. Ancak, ülkemiz muhakeme pratiğinde “mahiyet” terimi “kapsamlı, çok sanıklı soruşturma veya dava” şeklinde anlaşılmaktadır. Halbuki çok sanıklı her soruşturma veya davanın yürütülmesi, tamamlanmış oluşu -üzüntüyle ifade etmeliyiz ki- *muhakemenin nitelikli yürütülmüş olduğu anlamına gelmemektedir.*

İlke Kararının 6/g maddesindeki “kanun yolu incelemesinden geçen işlerine ilişkin düzenlenen kanun yolu değerlendirme formlarının dikkate alınacağı” kuralı da -eğer iyi uygulanır ise- niteliğin önemsenmesi anlamında dikkate değerdir. Hakimler ve Savcılar Kurulu tarafından benimsenen Kanun Yolu Değerlendirme Formlarının Düzenlenmesine İlişkin Yönetmelik,³⁰ bu formlar düzenlenirken dikkate alınacak hususları dokuz bent halinde sıralamıştır.³¹ Bu kriterlerin özetle, *muhakemenin niteliği ile usul ekonomisi ilkesine uygunluğuna odaklandığı* söylenebilir. Bu bağlamda kanun yolu değerlendirme formlarının “nitelik ölçme ve değerlendirmesinde ne kadar işlevsel kullanıldığı” sorusunun cevabı hayati önem taşımaktadır. Ancak, şunu açıkça ifade etmeliyiz ki farklı yerlerde bulunan her bölge adliye mahkemesinin her dairesinden benzer kriterler ile performans ölçümü ve değerlendirmesinin yapılmasını beklemek yani bunu standartlaştırmak neredeyse imkansızdır. Bünyesinde yirmi ceza dairesi bulunan Yargıtay’dan dahi benzer kriterler kullanmasını beklemek oldukça güçtür. Bu bağlamda nitelik ölçme ve değerlendirmesinin öngörülebilir ve objektif kriterlere bağlanarak ilan edilmesinin önem taşıdığına inanıyoruz. Öte yandan bu sistemin uygulanmasında önemli boşlukların da bulunduğu düşüncesindeyiz. Şöyle ki, Adalet Bakanlığı merkez teşkilatında ve Yargıtay nezdinde görev yapan Cumhuriyet savcısı ve hakimlerin not değerlendirmesi sistemi dışında tutularak yükselmelerinin sadece sicil raporlarına bağlı kılınması idealize edilmek istenen sistemin sanki bir boşluğunu oluşturmaktadır.

30 Bkz. 30 Eylül 2016 tarih ve 29843 sayılı RG.

31 Madde 5:

“Kanun yolu değerlendirme formu düzenlenirken;

a) **Soruşturma, kovuşturma veya yargılamanın niteliği,**

b) İddianame, karar veya hükmün hukuka uygunluğu ve isabet derecesi,

c) Soruşturma, kovuşturma veya yargılamanın hedef sürede tamamlanması,

ç) Gereksiz masrafa sebebiyet verilmemesi,

d) Duruşmalara hazırlıklı çıkılması veya hazırlıksız çıkılarak gecikmelere neden olunması,

e) Dosyaların eksiklik nedeniyle geri çevrilmeye neden olmayacak şekilde görevli daire veya birime gönderilmesi,

f) Bilirkişi görevlendirilmesinin hukuka uygun yapılması,

g) Soruşturma, kovuşturma veya yargılama işlemlerinin usul hükümlerine uygun olarak doğru ve zamanında yapılması,

h) Dava konularının anlayış ve yönlendirilmesi ile mütalâa ve gerekçeli kararların yazılış, tahlil ve sonuçlandırılmasında başarı gösterilmesi,

gibi hususlar dikkate alınır.”

b) Davasız Yargılama Olmaz İlkesine Aykırı Uygulamalardan Kaynaklanan Problemler

Bilindiği üzere ceza muhakemesinde hüküm, ancak iddianamede unsurları gösterilen suça ilişkin fiil ve faili hakkında verilir (CMK md. 225/1). Kısaca “davasız yargılama olmaz ilkesi” olarak adlandırılan bu kurala göre, iddianamede açıklanan eylem ya da eylemler hükmün ve ceza davasının konusudur. Ceza muhakemesi pratiğimize bakıldığında anılan ilkeye aykırı olarak kurulmuş hükümlere maalesef sıklıkla rastlandığı görülmektedir. Şöyle ki, iddianamelerdeki anlatım yetersizliklerinden veya yanlışlarından kaynaklanan problemler sebebiyle fail hakkında dava açılmamış olan fiilden hüküm kurulabilmekte; bu durum da denetim muhakemesinde fark edilerek bozma sebebi yapılmakta ise de yargılamaların uzamasına ve hak kayıplarına sebebiyet vermektedir.

Ceza muhakemesi hukukunda “*eylem*” (fiil) kavramı, tarihsel olarak failce yaşanmış ve dış dünyaya yansımış olaylardır. Bu bağlamda “*dava ve hükmün konusu, iddianamede veya son soruşturmanın açılması kararında gösterilen maddi fiildir, tarihi hadise*”dir.³² Mahkeme, kimin hakkında dava açılmışsa (sanık ya da hangi eylemden dolayı dava açılmışsa) o konuyla sınırlı olarak karar verecek olup, bu itibarla kamu davasının konusu ile hükmün konusu, maddi olay (eylem) bakımından aynıdır.³³

Görevli ve yetkili mahkemeye hitaben düzenlenen iddianamede; yüklenen suç ve uygulanması gereken kanun maddelerinin belirtilmesi gereklidir (CMK md. 170/3-h). Kamu davasına konu edilen fiilin iddianamede açıkça gösterilmiş olması savunma hakkı ve isnadı öğrenme hakkı yönünden hayati bir önem taşımaktadır. Hakkında ceza davası açılan fail hangi fiille itham edildiğini iddianame metninden kolaylıkla anlayabilmeli; bu konuda herhangi bir tereddüt yaşamamalıdır.

Yüklenen suçu oluşturan olaylar mevcut delillerle ilişkilendirilmek suretiyle -iddianamenin anlatım bölümünde- açıkça gösterilme-

32 Kantar, Baha: Ceza Muhakemeleri Usulü, Birinci Kitap, Ankara 1957, s. 301.

33 Çınar, Ali Rıza: Hükümün Konusu ve Eylemi (Fiili) Değerlendirmede Mahkemenin Yetkisi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2009, Sayı: 84, s. 57.

lidir (CMK md. 170/4). Bir diğere anlatımla iddianamede “suçun adı, uygulanması talep edilen kanun maddeleri (sevk maddeleri), yüklenen fiil” açıkça gösterilecektir. Öz olarak ifade edecek olursak; bir fiilden dava açıldığını kabul edebilmek için iddianamede ya suçun adı ya sevk maddeleri ya da yüklenen suç oluşturulan olayların anlatımına yer verilmiş olmalıdır (CMK md. 170/3-h, 170/4). Savunma hakkı perspektifinden konuya bakıldığında, fail iddianamede gösterilen suçun adından veya sevk maddelerinden ya da yüklenen suç oluşturulan olayların anlatımından “hangi fiil ile itham edildiğini” açıkça öğrenebilecek durumda olmalıdır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu (CGK) bir içtihadında bu konuya işaret etmiştir:

“Soruşturma aşamasında elde ettiği delillerden ulaştığı sonuca göre iddianameyi hazırlamakla görevli iddia makamı, düzenlenen iddianame ile CMK’nun 225/1. maddesi uyarınca kovuşturma aşamasının sınırlarını belirlemektedir. Bu bakımdan iddianamede, yüklenen suçun unsurlarını oluşturan fiil/fiillerin nelerden ibaret olduğunun hiçbir tereddüte yer bırakmayacak biçimde açıklanması zorunludur. Böylelikle sanık; iddianameden üzerine atılı suçun ne olduğunu hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde anlamalı, buna göre savunmasını yapabilmeli ve delillerini sunabilmelidir.

CMK’nun 226. maddesindeki düzenlemeyle iddianamede anlatılan eylem değişmemiş olduğunda, kanun koyucu o eylemin hukuksal niteliğinde değişiklik olmasını “yargılamanın sınırlılığı” ilkesine aykırı görmemiş, bu gibi hallerde sanığa ek savunma hakkı verilerek değişen suç niteliğine göre bir hüküm kurulmasına imkân sağlamıştır. Bu düzenlemenin bir sonucu olarak mahkeme, eylemin hangi suç oluşturacağına ilişkin nitelendirmede iddia ve savunmayla bağlı değildir. Örneğin, iddianamede kasten öldürme suçuna teşebbüs olarak nitelendirilen eylemin kasten yaralama suçunu oluşturacağı görüşünde olan mahkemece, sanığa ek savunma hakkı da vermek suretiyle bahse konu suçtan hüküm kurabilecektir. İddianamede anlatılan ve kapsamı belirlenen olayın dışında bir fail ve fiilin yargılanması söz konusu olduğunda ise, suç duyurusunda bulunulması ve iddianame ile dava açılması hâlinde gerekli görülürse

her iki iddianame ile açılan davaların birleştirilmesi yoluna gidilebilecektir.”³⁴

Davasız yargılama olmaz ilkesi bağlamında iddianamede en sık problem yaşanan konu; yüklenen suç oluşturduğu iddia olunan fiilin, ya suçun adı ile veya sevk maddesi ile açıkça gösterilmemesi durumlarında ortaya çıkmaktadır. Bu ihtimalde bir fiilden dava açılıp açılmadığını belirlemek için elimizde tek veri olarak “iddianamedeki anlatım” kalmaktadır. Somut örnekte, söz edilen anlatımın yani yüklenen suç oluşturulan olayların açıklanmasına ilişkin ifadeler, deyim yerindeyse her kelime, cümle ayrı bir önem taşımaktadır. Ancak maalesef bu konuda uygulamada sıklıkla problem yaşandığını gözlemlemekteyiz. Bu bağlamda iddianamede yer verilen dolaylı anlatım niteliğindeki ifadeler sıklıkla problem doğurmaktadır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun yerleşik içtihatlarına göre; bir olayın açıklanması sırasında başka bir olaydan söz edilmesi o olay hakkında dava açıldığını göstermemekte, iddianamede dava konusu yapılan fiilin bir başka olaya dayalı olmadan, bağımsız olarak açıklanması gerekmektedir.³⁵ Yüksek Mahkeme bir kararında “... iddianamenin anlatım kısmında sanığın üzerine atılı hakaret suçunun mala zarar verme suçundan dava açıldığını göstermeyeceğine” içtihat etmiştir.³⁶ CGK bir başka kararında ise; “İddianamede açıklanan ve suç oluşturduğu ileri sürülen fiilin bilişim sistemine girilmek suretiyle bilgileri değiştirmekten ibaret olduğu durumda iddianame dışına çıkılarak, davaya konu edilmeyen ve bağımsız bir diğer suç teşkil eden sahtecilik suçundan dolayı yargılama yapılması ve hüküm kurulmasının mümkün olmayacağına” içtihat etmiştir.³⁷

Konuyu bir örnekle daha da somutlaştıralım: 6831 sayılı Orman Kanunu’na aykırılık suçundan açılan bir davada “...sanığın ağaçları keserek orman niteliğindeki yeri işgal ettiği” şeklindeki bir iddianame anlatımı (sevk maddesi ve suç adı olarak belirtilmemiş ise) “ormanda işgal ve faydalanma” suçuna ilişkin bir anlatımdır. Burada

34 CGK 10/4/2018, 2015/4-326, 2018/165 (UYAP).

35 CGK 27/11/2018, 2017/17-328, 2018/575 (UYAP).

36 9. CD, 23. 09. 2008, 11514/10226 (UYAP).

37 CGK 9/10/2007, 2007/11-44, 2007/200 (UYAP).

“ormandan yasak nitelikte ağaç kesmek” fiili doğrudan değil sadece dolaylı olarak anlatılmıştır. Bu itibarla, “davasız yargılama olmaz” ilkesi gereğince “ormandan yasak nitelikte ağaç kesmek” suçundan açılmış bir dava bulunmaması sebebiyle bu suçtan hüküm de kurulamayacaktır. Davasız yargılama olmaz ilkesi (CMK md. 225/1) kapsamında yapılacak bu değerlendirme, suçun niteliğinin değişmesi (CMK md. 226) kapsamında da değildir.³⁸ Dolayısıyla, bir fiilin iddianameye konu edilmemiş olması durumu muhakeme yürürken sanığa ek savunma hakkı tanınması ile giderilebilecek bir husus da değildir. Bunun çözümü (söz edilen örnekte) fail hakkında yasak nitelikte ağaç kesmek suçundan ayrı bir iddianame ile dava açılmasını sağlamak ve aralarında irtibat bulunan bu ayrı davaları birleştirmek ya da (diğer suçtan açılan davanın kesinleşmiş olması durumu söz konusu ise) bu suçtan ayrı bir muhakeme yürütmekten geçmektedir. Tüm bu ihtimaller ise şüphesiz muhakemenin uzamasından, fazladan zaman ve masraf kaybına sebebiyet vermekten yani hak ihlalinin başka bir şey değildir. Bu itibarla, davasız yargılama olmaz ilkesine aykırı hükümler kurulmasının önüne geçilmeli ve bu bağlamda iddianamelerin CMK’nin 170. maddesinde açıkça gösterilen unsurlara yer verecek biçimde düzenlenmesi sağlanmalıdır. Böylelikle hem sanığın isnadı öğrenme hakkı gerçekleştirilebilecek hem de muhakemede emek ve zaman kayıplarının önüne geçilerek ceza adalet sisteminin etkinliği yolunda önemli bir adım atılması sağlanabilecektir.

3. Adli Kültür Değişikliğinin Gerçekleştirilmesi İhtiyacı

Ceza muhakemesi hukukunun demokratikleştirilmesi konusunda gerçekleştirilen bunca kanunlaştırma çabasına, kadro ve teknik imkanların artırılmasına rağmen niçin istenilen düzeye ulaşamadığımız hususu gerçekten üzücü ve düşündürücüdür. Hem hukukçular hem de toplum ve Devlet olarak herkes adil yargılanma hakkının gerçekleştiği, demokratik bir ceza muhakemesi sistemine sahip olmak amacını adeta haykırmakta ancak bu sistem bir türlü hayata ge-

38 CMK Madde 226/1: “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.”

çirilememektedir. O halde bunun sebeplerini salt kanun değışikliğı yapmanın ötesinde bir yerlerde aramak gereklidir.

Goethe'nin dediğı gibi “**yalnız bilmek yetmez uygulamak da gerek; yalnız istemek yetmez, yapmak da gerek.**” Bu özdeyişten hareketle *bildiğimizi uygulama biçimimizi ve istediğimizi hayata geçirmek için ne adımlar attığımızı* sorgulamak gereklidir. İşte bu noktada karşımıza kültür ve adli kültür kavramları çıkmaktadır. Literatürde kültür kavramı; “değerler, değer yargıları bütünü” olarak adlandırılmaktadır. Adli kültür ise bunun hukuk alanındaki yansımasından başka bir şey değildir.

Ceza muhakemesinin kanun çerçevesinde yürütüldüğü muhakak. Ancak muhakemenin ve pek tabii ki iddia görevinin pratiğı nasıl yansıyacağı zihinlerde yazılı; hukukçular iş yapma biçimini kendinden önceki kıdemli meslektaşlarından öğreniyor. Kıdemli meslektaşlarının izini takip ediyor, adeta onların tecrübesini devralıyor. Cumhuriyet savcılarını, hakimler, avukatlar ve akademisyenler hepimiz için aynı kural geçerli. Gerçekten, bir savcının soruşturmayı yürütme süreci, bir hakimin duruşmayı sevk ve yönetme süreci, hüküm vermeye kadar giden evre hep adli kültür çerçevesinde şekillenmektedir. Kısacası bu değerler, değer yargıları bütününe ceza muhakemesine somut olarak yansıması ile karşı karşıyayız.

Adli kültür denilen olguyu oluşturan değerleri, değer yargılarını kim, nasıl oluşturuyor bunu irdeleyelim: Bu değer yargıları, *hukukçular cemiyeti olarak birbirimizle ilişkilerimizi nasıl kurduğumuz, işlerimizi nasıl yaptığımız; işlerimizi yaparken neleri değerli gördüğümüz, neleri konu olarak seçtiğimiz gibi unsurlar* (sadece adliye ortamlarında ve barolarda değil sosyal ortamlarımız da dahil) çerçevesinde şekillenmektedir. Bu bağlamda -hangi konular dururken- *hangi konuları seçerek konuştuğumuz, neleri ön plana çıkardığımız, nelere değer atfettiğimiz* hepsi kültürümüzü yansıtmaktadır. Öte yandan, aramıza yeni giren meslektaşlarımıza *cemiyetimizde neyi değerli gördüğümüz konusunda mesajlar vermek, takdire ve/veya gündeme getirmeye değer davranışları gündeme getirerek “model göstermek”* ayrı bir önem taşımaktadır. Tabii ki adli kültürün oluşması hadisesi sadece adalet camiası boyutunda gerçekleşmiyor; toplumun da burada rolünün ol-

duğu yadsınamaz. Ancak bu konuda motivasyonu oluşturma görevi temelde hukukçular olarak bizlere düşüyor. Kuşkusuz, adli kültürü oluşturan değerlerin merkezinde biz hukukçular bulunuyor; konunun odak noktasında bizler yer alıyoruz.

Sonuç Yerine

Bir hukukçu olarak bulunduğumuz nokta itibariyle şunu açıkça ifade edebiliyoruz: Demokratik bir ceza muhakemesi uygulamasına kavuşabilmek için sadece kanun değişikliği yapmak kâfi gelmemekte. *İddianamenin iadesi kurumunun pratikte işletil(e)memesi* ve CMK’de yazılı bir normdan ibaret kalması bunun en çarpıcı ve bir o kadar da üzücü örneği. O halde, *kanun değişikliği yapmanın ötesine geçmemiz gerekli*. Bu bağlamda kanunlaştırma faaliyetiyle sağlanacak altyapının “iş yapma biçimimiz, değerler bütünüümüz olarak adlandırılabilir olan” *adli kültür olgusuna dair değişiklikler ile desteklenmesi şart*. Bir başka ifadeyle zihinlerimizde, iş yapma biçimimizde, değerler bütününde yani adli kültürümüzde temel değişiklikler gerçektirmemiz gerekli.

Konumuz bağlamında Cumhuriyet savcılarının etkin, işlevsel, adil yargılanma hakkı ile hukuk devleti ilkesine uygun şekilde iddia görevini yürütmesi hayati önem taşıyor. Ve tabii ki Cumhuriyet savcılarının bu anlamda motivasyonlarını arttırmak için *iyi işleyen bir kariyer sistemi oluşturulması gereği* konunun temel önceliği; olmazsa olmazı. Söz ettiğimiz bu ideal sistemi, hukuki altyapıyı oluşturmanın yanında eğer *gerçekten değişim istiyorsak bunun adli kültürümüzü yeniden gözden geçirmeden olabileceğini düşünmek hayal olur*. Yaşadığımız örnekler, gösterilen tüm iyiniyetli çabaların beklenen sonuçları bir türlü getirememesi bunu açıkça ortaya koymaktadır.

Toplumumuzun önce bireyleri sonra hukukçuları olarak her birimize ayrı ayrı sorumluluk düşüyor. Bu perspektiften bakılınca, gündemimiz, konuşmalarımız, davranışlarımız, iş yapma biçimimiz çok ama çok önemli. Bendeniz, yirmi yılı aşkın bir süreyi Cumhuriyet savcılığı ve Yargıtay Üyeliği görevlerinde tamamlamış bir hukukçu olarak -Türkiye ortalamasında müsaadenizle kendimi kıdemli bir hukukçu olarak görerek- şunları ifade etmek istiyorum: Biz kıdem-

li hukukçular *adli kültürümüzün, değerlerimizin şekillenmesi anlamında kendimizi doğrudan sorumlu hissetmeli, yeni nesillere rehber olmalıyız.* Hakim hakimlere, Cumhuriyet savcılarını savcılara, avukat meslektaşları avukatlara ve akademisyenlerimiz akademisyenlere. Böylelikle hepimiz cemiyetimize iyi, doğru örnekler sunmalıyız. Her anlamda örnek olmalıyız ve yeni bir yol çizmeliyiz ki yeni nesil ardımızdan gelsin. Eğer demokratik ceza muhakemesi hukukunu hayata geçirme anlamında gerçek bir değişim istiyorsak değişime hepimiz önce kendimizden ve bu bilinçle başlamalıyız. Bu ülkenin, Cennet Vatanın Hukukçuları olarak bu değişimi gerçekleştirebileceğimize yürekten inanıyorum.

KAYNAKÇA

- Baştürk, İhsan:** Ceza Adalet Sisteminde İş Yükünün Azaltılması ve Adil Yargılanma İlkesinin Gerçekleştirilmesine Yönelik “Bazı Çözüm Önerileri”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 85-86, Ağustos 2011, s. 193-248.
- Centel, Nur:** Adil Yargılanma Hakkı ve Savcının Tarafsızlığının Güvence- lenmesi, Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular, Editör: Centel, Nur. XII Levha Yayıncılık, İstanbul, Nisan 2015, s. 87-113.
- Centel, Nur/ Zafer, Hamide:** Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenilenmiş ve gözden geçirilmiş 14. Baskı, İstanbul 2016.
- Çınar, Ali Rıza:** Hükümün Konusu ve Eylemi (Fiili) Değerlendirmede Mah- kemenin Yetkisi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2009, Sayı: 84, s. 31-61.
- Hafizoğulları, Zeki/ Özen, Muharrem:** Türk Ceza Hukuku Genel Hüküm- ler, 4. Baskı, Ankara 2011.
- İçel, Kayıhan:** Savcılar İçin Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları ”Budapeşte İlkeleri” Işığında “Savcıyı Ret Sorunu”, İstan- bul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl: 7, Sayı 14, Güz 2008, s. 25-33.
- Kantar, Baha:** Ceza Muhakemeleri Usulü, Birinci Kitap, Ankara 1957.
- Öztürk, Bahri/ Erdem, Mustafa Ruhan:** Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hu- kuku, 12. Baskı, Ankara 2008.
- Zafer, Hamide:** Türk Ceza Adalet Sisteminde Savcılığın Hukuki Statüsü, Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular, Editör: Centel, Nur; XII Levha Yayıncılık, İstanbul, Nisan 2015, s. 1-26.
- http://www.adliscil.adalet.gov.tr/istatistik_2017/istatistik2017.pdf (Eri- şim tarihi: 23/11/2018).
- <https://www.antoloji.com/hakim-beg-siiri/> (Erişim tarihi: 20/11/2018).
- http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=T- DK.GTS.5c0278d38c7ff1.67907424 (Erişim tarihi: 23/11/2018).
- <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr> (Erişim tarihi: 20/11/2018).
- <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalari/Kanunlasan/2011Yili/kan- metni/6217ss.pdf> (Erişim tarihi: 20/11/2018).

BİLİMSEL GÖRÜŞ*

“Bu Suça Ortak Olmayacağız” Başlıklı Yazıya İlişkin
Türk Ceza Hukuku Derneği'nin Hazırladığı Bilimsel Rapor

Prof. Dr. Duygun YARSUVAT**

Dr. Öğr. Ü. Mualla Buket SOYGÜT***

I. Bildiri Metni

“Bu suça ortak olmayacağız!”

Bu ülkenin akademisyen ve araştırmacıları olarak bu suça ortak olmayacağız!

Türkiye Cumhuriyeti; vatandaşlarını Sur'da, Silvan'da, Nusaybin'de, Cizre'de, Silopi'de ve daha pek çok yerde haftalarca süren sokağa çıkma yasakları altında fiilen açlığa ve susuzluğa mahkûm etmekte, yerleşim yerlerine ancak bir savaşta kullanılacak ağır silahlarla saldırarak, yaşam hakkı, özgürlük ve güvenlik hakkı, işkence ve kötü muamele yasağı başta olmak üzere anayasa ve taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ile koruma altına alınmış olan hemen tüm hak ve özgürlükleri ihlal etmektedir.

Bu kasıtlı ve planlı kıyım Türkiye'nin kendi hukukunun ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası antlaşmaların, uluslararası teamül hukukunun ve uluslararası hukukun emredici kurallarının da ağır bir ihlali niteliğindedir.

Devletin başta Kürt halkı olmak üzere tüm bölge halklarına karşı gerçekleştirdiği katliam ve uyguladığı bilinçli sürgün politikasından derhal vazgeçmesini, sokağa çıkma yasaklarının kaldırılmasını, gerçekleşen insan hakları ihlallerinin sorumlularının tespit edilerek ce-

* 22/07/2019 tarihinde Anayasa Mahkemesi'ne sunulmuştur.

** Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı

*** İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı

zalandırılmasını, yasağın uygulandığı yerde yaşayan vatandaşların uğradığı maddi ve manevi zararların tespit edilerek tazmin edilmesini, bu amaçla ulusal ve uluslararası bağımsız gözlemcilerin yıkım bölgelerinde giriş, gözlem ve raporlama yapmasına izin verilmesini talep ediyoruz.

Müzakere koşullarının hazırlanmasını ve kalıcı bir barış için çözüm yollarının kurulmasını, hükümetin Kürt siyasi iradesinin taleplerini içeren bir yol haritasını oluşturmasını talep ediyoruz. Müzakere görüşmelerinde toplumun geniş kesimlerinden bağımsız gözlemcilerin bulunmasını talep ediyor ve bu gözlemciler arasında gönüllü olarak yer almak istediğimizi beyan ediyoruz. Siyasi iktidarın muhalefeti bastırmaya yönelik tüm yaptırımlarına karşı çıkıyoruz.

Devletin vatandaşlarına uyguladığı şiddete hemen şimdi son vermesini talep ediyor, bu ülkenin akademisyen ve araştırmacıları olarak sessiz kalıp bu katliamın suç ortağı olmayacağımızı beyan ediyor, bu talebimiz yerine gelene kadar siyasi partiler, meclis ve uluslararası kamuoyu nezdinde temalarımızı durmaksızın sürdüreceğimizi taahhüt ediyoruz.”

II. Anayasa Mahkemesi'ne Başvuru

Anayasa Mahkemesi tarafından “...bir grup akademisyen tarafından yayımlanan bir bildiriye imza veren başvuru sahiplerinin terör örgütü propagandası yapma suçundan cezalandırılması nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasına” ilişkin olan bireysel başvuru talepleri 2018/17635 numaralı B.B dosyası ile birleştirilmiştir. AYM, bahse konu başvuruları 29 Mayıs 2019’da gündemine almış ve “Bakanlık Görüşünün Beklenmesine” karar vermiştir. Adalet Bakanlığı 25 Haziran 2016 tarihinde başvurulara dair görüşünü bildirmiştir. AYM Birinci Bölüm, 3 Temmuz 2019 tarihli Bölüm toplantısında başvuruların “Genel Kurula Sevkinde” karar vermiştir.

III. Dava Süreçleri

A. Genel Olarak

11 Ocak 2016 tarihli ve toplam 1128 akademisyen tarafından imzalanarak yayımlanan “Bu suça ortak olmayacağız” başlıklı bildirin

terör örgütü propagandası niteliğinde olduğu ve ifade özgürlüğünün sınırlarını aştığı iddiasıyla imzacı akademisyenler hakkında TMK m. 7/2 uyarınca İstanbul'da ve İstanbul dışındaki illerde farklı ağır ceza mahkemelerince ceza davaları açılmıştır. İlk derece mahkemelerinde görülen ceza davalarının tümünde imzacı akademisyenler hakkında mahkûmiyet kararı verildiği; hapis cezası sürelerinin 15 ay ile 36 ay arasında değiştiği görülmektedir. 706 imzacı akademisyen hakkında TMK m. 7/2 uyarınca dava açılmış olup, 9 Temmuz 2019 itibarıyla 127 akademisyen 15 ay hapis cezası mahkûm edilmiş olup, hükmün açıklanması geri bırakılmış; 7 akademisyen 18 ay hapis cezasına mahkûm edilmiş olup, hükmün açıklanması geri bırakılmış; 1 akademisyen 18 ay 22 gün hapis cezasına mahkûm edilmiş olup, hükmün açıklanması geri bırakılmış; 18 akademisyen 22 ay 15 gün hapis cezasına mahkûm edilmiş olup, hükmün açıklanması geri bırakılmış; 3 akademisyen 15 ay hapis cezasına mahkûm edilmiş olup, ceza ertelenmiş; 1 akademisyen 18 ay hapis cezasına mahkûm edilmiş olup, ceza ertelenmiş; 5 akademisyen 15 ay hapis cezasına mahkûm edilmiş olup, ceza ertelenmemiş; 1 akademisyen 18 ay hapis cezasına mahkûm edilmiş olup ceza ertelenmemiş; 4 akademisyen 25 ay hapis cezasına mahkûm edilmiş olup, ceza ertelenmemiş; 17 akademisyen 27 ay hapis cezasına mahkûm edilmiş olup, ceza ertelenmemiş; 6 akademisyen 30 ay hapis cezasına mahkûm edilmiş olup, ceza ertelenmemiş; 1 akademisyen 36 ay hapis cezasına mahkûm edilmiş olup, ceza ertelenmemiştir¹. Haklarında mâhkumiyet kararı verilmele birlikte hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmeyen akademisyenler, istinaf kanun yoluna başvurmuş olup -cezası son zamanlarda İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 3. Ceza Dairesi tarafından onanan Prof. Dr. Füsün Üstel hariç- Bölge Adliye Mahkemesinin vereceği karar sonucunu beklemektedir.²

Farklı mahkemeler tarafından yapılan yargılamalar neticesinde; bazı imzacı akademisyenler terör örgütü propagandası yapmak suçundan (TMK m. 7/2) hapis cezasına mahkûm edilmiş ve bu mahkû-

1 Bkz. Barış için Akademisyenlere Yönelik Hak İhlalleri <https://barisicinakademisyenler.net/node/314> (Erişim Tarihi: 9.7.2019).

2 TİHV - Academics for Peace: A Brief History, 2016 - 2019, Mart 2019, s. 21. <https://www.tihv-akademi.org/wp-content/uploads/2019/03/AcademicsforPeace-ABriefHistory.pdf> (Erişim Tarihi: 9.7.2019).

miyet kararı hakkında CMK m. 231 kapsamında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına (HAGB) karar verilmiştir (İstanbul 32. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2017/97 E. sayılı dosyası, İstanbul 37. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2017/166 E. sayılı dosyası, İstanbul 36. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2017/190 E. sayılı dosyası). Bu karara karşı yapılan itirazlar da reddedilmiştir. Mahkemelerin mahkûmiyet gerekçeleri birbirine çok benzer niteliktedir. Bazı mahkemeler tarafından yapılan yargılamalar neticesinde ise yargılanan imzacı akademisyenler terör örgütü propagandası yapmak suçundan (TMK m. 7/2) 2 yılın altında hapis cezasına mahkûm edilmiş; hükmün açıklanmasının geri bırakılması hükümlerinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmiştir (İstanbul 32. Ağır Ceza Mahkemesi, 2017/95 E. sayılı dosyası).

Bazı mahkemelerde yapılan kovuşturmalarda dosyalar hakkında birleştirme kararı verildiği görülmüştür (İstanbul 34. Ağır Ceza Mahkemesi 2017/68 E. sayılı dosyası, İstanbul 33. Ağır Ceza Mahkemesi 2017/60 E. sayılı dosyası). Bazı dosyalarda bildirinin TCK m. 301 kapsamında değerlendirilebileceği yönündeki düşünceye bağlı olarak TCK m. 301/4 uyarınca Adalet Bakanlığında soruşturma izni talep edildiği ve Bakanlıkça gerekli iznin verildiği görülmektedir (İstanbul 13. Ağır Ceza Mahkemesi 2016/65 E. sayılı dosyası). Bazı imzacı akademisyenler hakkında farklı mahkemeler tarafından yapılan kovuşturmalarda ise eylemin TCK m. 301 kapsamında değerlendirilebileceği sebebiyle Adalet Bakanlığında izin talebinde bulunulduğu ve durma kararı verdiği anlaşılmıştır (Bkz. İstanbul 34. Ağır Ceza Mahkemesi 2017/142 E. sayılı dosya, İstanbul 34. Ağır Ceza Mahkemesi 2017/68 E. sayılı dosya).

B. İddialar

1. İddianame

Tüm imzacı akademisyenler hakkında düzenlenen iddianameler aynı içeriğe sahiptirler. 11 Ocak 2016 tarihli ve toplam 1128 akademisyen tarafından imzalanarak yayınlanan “*Bu suça ortak olmayacağız*” başlıklı bildiri, sözde barış bildirisi olarak nitelendirilmiş ve PKK/KCK Terör Örgütü'nün alenen propagandası mahiyetinde

olduğu ileri sürülmüştür. İddianamede ayrıca “Bildirimizin arkasındayız” şeklindeki 10 Mart 2016 tarihli açıklamaya yer verilmiştir. İddianamede yer verilen 11 Ocak 2016 tarihli bildiri ve 10 Mart 2016 tarihli açıklamada bazı ifadelerin **kalın (bold)** yapıldığı, bu ifadelere dikkat çekilmek istediği anlaşılmaktadır. İddianamede, bildirilerin yayınlandığı döneme ilişkin birtakım bilgiler verilerek değerlendirme yapılmıştır. Bu kapsamda, esas hakkında mütalaalarda ve mahkeme kararlarında yer alan deliller arasında gösterilen, PKK/KCK Terör Örgütü Yürütme Konseyi Eş Başkanı Bese Hozat’ın, 22 Aralık 2015 tarihinde “Aydın ve demokratik çevreler öz yönetimlere sahip çıksın” şeklinde yaptığı açıklamaya da, imzacı akademisyenlere talimat mahiyetinde olarak nitelendirilerek yer verilmiştir.

İddianamede yer verilen 11 Ocak 2016 tarihli ve 10 Mart 2016 tarihli bildirilere ilişkin genel değerlendirme kapsamında; bildiri metninin, gerek hazırlık süreci ve zamanlaması gerekse içerik itibarıyla PKK/KCK silahlı terör örgütünün şiddet eylemlerinin tamamlayıcısı olduğu; bildirinin PKK/KCK terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru göstermeyi, neticede bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapmayı hedeflediği ve bu uğurda bir araç olarak kullanıldığı ifade edilmiştir. Yine bu kapsamda bildiride geçen birtakım ifadeler yer verilmiştir. Bu ifadeler terör örgütü propagandası olarak değerlendirilmiş ve Türkiye Cumhuriyeti aleyhine bir propaganda kampanyası olarak nitelendirilmiştir. Bildiriye imza atan akademisyenlerin eleştiri sınırlarını aşarak terör örgütü propagandası yaptıkları, bildiride geçen kelime ve kavramların bilinçli olarak seçilerek kullanıldığı ve terör örgütünü meşrulaştırmaya çalıştıkları ileri sürülmüştür.

İddianamede 11 Ocak 2011 tarihli bildirinin İngilizce metni ve tercümesine yer verildiği görülmüştür. Bu çerçevede İngilizceden Türkçeye çevrilen metinde bazı kelime ve kavramlara vurgu yapıldığı (*Kürdistan illerindeki diğer birçok kasaba ve mahallelerde, Kürt siyasi hareketinin gibi*) tespit edilmiştir. Bu kelime ve kavramların kasıtlı olarak İngilizce metinde değiştirildiği, bildirinin İngilizce metninde ayrıştırıcı ve bölücü bir üslup kullanılarak uluslararası kamuoyunda da terör örgütünün propagandasının yapıldığı, akademisyenlerin metinde geçen kelime ve kavramların karşılığını ve ne anlama gel-

diklerini bilecek yetkinliğe sahip oldukları ifade edilmiştir. Devletin kendisini katliam yapmakla suçlayan, küçük düşüren, varlığını ortadan kaldırmayı hedefleyen terör örgütlerinin cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yapan şahısların beyanlarının; düşünce özgürlüğü, ifade özgürlüğü ve eleştiri hakkı kapsamında değerlendirilemeyeceği ileri sürülmüştür.

İddianamede sonuç olarak; bildiriye imza atan akademisyenlerin, PKK/KCK silahlı terör örgütünün sorumlusu ve faili olduğu şiddet olayları karşısında ulusal güvenliğini, toprak bütünlüğünü, kamu güvenliğini ve düzenini korumaya yönelik tedbirler alan Türkiye Cumhuriyeti'ni yaşanan olayların sorumlusu ve faili gibi lanse ederek PKK/KCK silahlı terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandasını yaptıkları anlaşılmalı, TMK m. 7/2 uyarınca cezalandırılmalarına karar verilmesi talep ve iddia edilmiştir.

2. Esas Hakkında Mütalaalar

Cumhuriyet savcılarının esas hakkındaki mütalaalarında, imzacı akademisyenlerin TMK m. 7/2 gereğince cezalandırılmalarına karar verilmesi kamu adına talep ve mütalaa olunmuştur. Mütalaalarda, silahlı bir terör örgütü olan PKK/KCK terör örgütünün 2015 yılının ikinci yarısı içerisinde doğu ve güneydoğu bölgesindeki şiddet eylemlerini arttırdığının, patlayıcılar yerleştirilmiş barikatlar kurulup hendekler kazarak güvenlik güçlerinin mahallelere girişinin engellendiğinin, öz yönetim ve özerklik adı altında işgal eylemleri gerçekleştirildiğinin, bu aşamada sokağa çıkma yasağı uygulanmak zorunda kaldığının ve bu işgal eylemlerinin bir terör eylemi değil de güvenlik güçlerinin sivil vatandaşlara karşı sebepsiz öldürme ve imha eylemi olarak kamuoyuna anlatmaya çalışıldığının bilindiği ifade edilerek, PKK/KCK Terör Örgütü Yürütme Konseyi Eş Başkanı'nın 22 Aralık 2015 tarihli açıklamasına atıf yapılmıştır.

Devletin kasıtlı ve planlı bir kıyım gerçekleştirdiği, temel hak ve özgürlükleri ihlal ettiği, vatandaşlarına şiddet uyguladığı, olayların

sorumlusunun devlet olduğunu anlatmak amacı taşıdığı ifade edilen “Bu Suça Ortak Olmayacağız” başlıklı bildiriye imzalayan sanıklar bakımından terör örgütü propagandası yapmak suçunun tüm unsurlarının oluştuğu ifade edilmiş ve terör örgütünü meşru göstererek, devleti katliam yapmakla itham ederek ve yalnızca devlete çağrıda bulunularak suç unsuru barındıran bir bildiriye imza atma eyleminin TMK m. 7/2, 5237 sayılı TCK’nın 53. maddeleri gereğince cezalandırılmasına karar verilmesi kamu adına talep ve mütalaa olunmuştur.

Bununla birlikte, bazı dosyalarda, Cumhuriyet savcısının esas hakkında mütalaa sırasında, içerik itibarıyla doğrudan terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek, övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek nitelikte olmadığından, sanığın terör örgütü propagandası yapma suçundan beraatine karar verilmesi kamu adına talep ve mütalaa olunmuştur. (Diyarbakır 10. Ağır Ceza Mahkemesi’nin 2019/192 E. Sayılı dosyası, Savcılık Mütalaa No: 2019/845)

C. Savunmalar

Savunmalar çoğunlukla benzer yöndedir. İmzacı akademisyenler; savunmalarında genel olarak, 11/01/2016 tarihli bildiriye metni ülkede barış içinde yaşama hakkının tesis edilmesi için barış amacıyla imzaladıklarını; bildirinın düşünce ve ifade özgürlüğü kapsamında olduğunu ve suç oluşturmadığını, bildirinın hiçbir şekilde şiddeti övmediği ya da desteklemediği, bildiride hiçbir şekilde şiddetin meşru gösterilmediğini ve şiddeti teşvik edecek bir ifade bulunmadığını, bildiride herhangi bir terör örgütünün adının geçmediğini, metinde geçen ağır eleştiri içeren kelimelerin siyasi eleştiri bağlamında, düşünce ve ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir. (İstanbul 36. Ağır Ceza Mahkemesi’nin 2017/190 E. sayılı dosyası, İstanbul 36. Ağır Ceza Mahkemesi’nin 2017/120 E. sayılı dosyası, İstanbul 36. Ağır Ceza Mahkemesi’nin 2017/109 E. sayılı dosyası, İstanbul 37. Ağır Ceza Mahkemesi’nin 2017/160 E. sayılı dosyası, İstanbul 37. Ağır Ceza Mahkemesi’nin 2017/166 E. sayılı dosyası, İstanbul 32. Ağır Ceza Mahkemesi’nin 2017/95 E. sayılı dosyası, İstanbul 32. Ağır Ceza Mahkemesi’nin 2017/97 E. sayılı dosyası, İstanbul 33. Ağır Ceza Mahkemesi’nin 2017/60 E. sayılı dosyası)

D. Kararlar / Karşı Oy ve Görüşler

Yapılan kovuşturmalar neticesinde imzacı akademisyenler hakkında TMK m. 7/2 uyarınca mahkûmiyet kararları verildiği görülmektedir. Mahkemelerin TMK m. 7/2 uyarınca vermiş oldukları mahkûmiyet kararlarının gerekçelerinde, genel olarak; ifade özgürlüğünden söz edilerek şiddeti teşvik edici ve övücü söylemler ile azınlıklara yönelik nefret söylemi içeren açıklamaların ifade özgürlüğü kapsamında olmadığı, bildirinin terör örgütünün eylemlerini kamuoyunun dikkatinden kaçırmak ve olayların tek sorumlusunun devlet güçleri olduğunu anlatmak amacı taşıdığı; bildiri tarihi olan 11.01.2016 tarihinde ve önceki dönemde doğu ve güneydoğu bölgelerinde teröristlerin yollara bombalı tuzaklarla barikatlar kurup aynı zamanda içerisine patlayıcılar yerleştirilmiş barikatlar oluşturup hendekler kazarak, işgal eylemleri gerçekleştirdikleri, terör örgütü hâkimiyetinde bölgeler yaratmayı amaçladığı; terör örgütünün eylemlerinin durdurulması / önlenmesi için kolluk kuvvetleri tarafından kullanılan kuvvetin ölçülü, orantılı ve gerek uluslararası hukuka gerekse iç hukuka uygun olduğu, devletin kasıtlı ve planlı bir kıyım gerçekleştirdiği, halkın temel hak ve özgürlüklerini ihlal ettiği, katliam gerçekleştirdiği, bilinçli sürgün politikası uyguladığı şeklindeki ifadelerin kasıtlı olarak metin içerisinde vurgulandığı, sanıkların eyleminin terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek, övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek mahiyette terör örgütüne destek amaçlı olduğunun açık olduğu, PKK/KCK terör örgütünün süreçteki ve olaylardaki rolüne yer verilmemesi nedeniyle terör örgütünü koruma saiki ile hareket edildiğinin anlaşıldığı, bildirinin propaganda niteliğinde olduğu, ifade özgürlüğünün sınırlarını aştığı, imzacı akademisyenlerin eylemlerinin terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek, övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek mahiyette olduğu ifade edilerek, sanıklar hakkında TMK m. 7/2 uyarınca mahkûmiyet kararları verilmiştir. (İstanbul 32. Ağır Ceza Mahkemesi, İstanbul 33. Ağır Ceza Mahkemesi, İstanbul 36. Ağır Ceza Mahkemesi, İstanbul 37. Ağır Ceza Mahkemesi)

Bununla birlikte, bazı dosyalarda mahkeme üyelerinin; bildirinin içeriği, sanıkların kimliği, konumu, konuşulan yer ve zaman gibi açık

ve yakın tehlike testi bakımından analize tabi tutulduğunda, bildirinin yasada tanımlandığı herhangi bir terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek, övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek nitelikte olmadığı, bildiri içeriğinde şiddetin bir araç olarak gösterilmediği, şiddete başvurmanın meşru bir yol olduğunun ileri sürülmediği, bildiri içeriğinin şiddetin doğmasına uygun ortamı kışkırtacak tarzda da olmadığı, bildiri içeriğinde rahatsız edici ifadeler olduğu değerlendirilse bile bu ifadelerin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, dolayısıyla suçun unsurlarının oluşmadığı gerekçeleriyle çoğunluğun görüşüne iştirak etmedikleri anlaşılmaktadır (İstanbul 33. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2018/265 E. sayılı dosyası, mahkûmiyet kararı - İstanbul 33. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2017/60 E. sayılı dosyası, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına karşı yapılan itiraz üzerine verilen karar).

IV. “Bildiri”nin Ceza Hukuku ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Değerlendirilmesi

A. Ceza Hukukunun *Ultima Ratio* Niteliği ve İfade Özgürlüğü ile İlişkisi

Ceza hukuku *ultima ratio* nitelikte olup, son çare olarak kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması halinde devreye girecektir. Ceza hukukunun son çare olmasının nedeni temel hak ve özgürlüklere yönelik en ağır hukuksal müdahaleyi oluşturmasıdır³. Ne özel hukuk kapsamındaki giderimler ne de idare hukukundaki yaptırımlar kişinin temel hak ve özgürlüklerine cezalandırma kadar ciddi bir müdahale teşkil edecektir. Ceza yaptırımını aynı zamanda maliyetlidir. Ceza, kişinin bir kuruma kapatılarak bakımının üstlenilmesi gibi ekonomik bir maliyeti sonuçladığı gibi, cezalandırmanın aynı zamanda ciddi bir sosyal maliyeti de söz konusudur.⁴ Bahsedilen zararı ve maliyeti sebebiyle cezaya ancak ve ancak daha büyük bir yarara hizmet edeceği zamanlarda başvurulmalıdır⁵.

3 Zeki Hafizoğulları, Ceza Normu Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, Ankara 1987, s. 218, 219; Salih Özkan, Ceza Hukukunda Önemsizlik, İstanbul 2018, s. 97.

4 Fatma Karakaş Doğan, Cezanın Amacı ve Hapis Cezası, İstanbul 2010, s. 61, 62.

5 Haluk Toroslu, Ceza Müeyyidesi, Ankara 2010, s. 76; Ozan Ercan Taşkın, “Son Çare (Ultima Ratio) Olarak Ceza Hukuku, T.C. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2016, Sayı: 1, s. 70.

Ultima ratio prensibi gereği kanun koyucu bir eylemi, hukuksal değerin korunması amacıyla son çare olarak suç haline getirmelidir. Bunun anlamı idare hukuku yaptırımları veya özel hukuk giderimleri etkili olmadığında, toplumsal düzeni ciddi şekilde bozan eylemlerin suç haline getirilmesi gerektiğidir⁶.

Ultima ratio prensibi yalnızca kanun koyucu açısından değil, uygulayıcı açısından da geçerlidir. Uygulayıcı açısından, bir eylemin kanunda öngörülmuş suç kapsamında olup olmadığının değerlendirilmesi sırasında da *ultima ratio* prensibinin yansımaları görülmektedir. Bu husus özellikle ceza hukukunun amacı / amaçsallığı kapsamında kendisini gösterir.

Cezalandırmanın genel ve özel caydırıcı etkisi, kamu düzeninin korunmasına da hizmet etmektedir. Ceza hukuku kamu düzenini ciddi ölçüde bozan eylemlerin varlığı halinde devreye girecektir. Bu bakımdan kamu düzeni suçun genel hukuki konusu olarak nitelendirilmiştir⁷. Dolayısıyla kamu düzeninin bozulması kriteri, suç olarak düzenlenmesi gereken eylemle, suç olarak düzenlenmesi gerekmeyen eylemi ayırt etmeye yaramaktadır⁸.

Kamu düzeni, suçlarla dolaylı şekilde korunsun da her suç tipinin niteliğine göre değişkenlik gösteren korunan hukuksal değerler de vardır. Korunan hukuksal değer suçun ihdas edilme sebebi, yani *ratio legis'i*⁹ ve maddi içeriği niteliğindedir¹⁰. Suç tiplerinin birbirinden ayrılmasının ve her suç tipinin ayrı şekilde ihdas edilmesinin sebebi farklı hukuksal değerlerin korunmasıdır. Suç tiplerini meşru

6 Mehmet Emin Artuk - Ahmet Gökçen - Mehmet Emin Alşahin - Kerim Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 13; Hakan Hakeri, "Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 69, Yıl: 2007, s. 60.

7 Sulhi Dönmezer - Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt: I, 12. Baskı, İstanbul 1997, s. 335, no. 471. Yazarlar suçun genel hukuki konusunun sosyal disiplini ve bunu bozanları birtakım yoksunluklara uğratmak suretiyle korumak yönündeki kamu yararı olarak nitelendirmişlerdir.

8 Dönmezer - Erman, s. 335, no. 471.

9 Çetin Özek, "1997 Türk Ceza Yasası Tasarısına İlişkin Düşünceler", İÜHF, Cilt: 56, Sayı: 1-4; s. 643; Selahattin Keyman, "Tipiklik ve Ceza Hukuku", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 37, Sayı: 1-4, Yıl: 1980, s. 105; Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2014, s. 256, s. 546.

10 Yener Ünver, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003, s. 971; Tuğrul Katoğlu, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Ankara 2003, s. 80; Ayhan Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt: II, 1. Bası, İstanbul 1989, s. 15.

hale getiren de, hukuksal bir değerın korunması amacıyla ihdas edilmiş olmasıdır¹¹.

Suç tipleri hukuksal değerlerin korunması amacıyla ihdas edildiklerine göre, korunan hukuksal değeri ihlal etmeyen eylemler de tipik eylem olarak nitelendirilemez. İşte bu husus aslında *ultima ratio* prensibinin dolaylı olarak uygulamaya yansmasıyla gerçekleşir. Zira *ultima ratio* prensibi, ceza hukukunun ancak ciddi -tahammül edilemez- derecede ağır ve önemli ihlallerin varlığı halinde devreye girmesini, aksi halde eylemden dolayı kişinin cezalandırılmamasını gerektirecektir. Doktrinde *ultima ratio* prensibinin bir suç tipinin yorumunda da dikkate alınması, ceza hukukunda önemsizlik¹², fiilin toplumsal uygunluğu¹³, fiilin ihlal edici karakteri bulunmaması¹⁴ gibi çeşitli şekillerde nitelendirilmiştir.

Ceza hukuku, suç işleyen kişinin hak ve özgürlüklerini kısıtlayarak hukuk düzeninin bozulmasına bir reaksiyon gösterme aracıdır. Dolayısıyla ceza hukukunun temel hak ve özgürlükler bakımından sınırlayıcı bir rolü vardır.

Bununla birlikte günümüzde **ceza hukuku meşruluğunu sınırlayıcı ya da cezalandırıcı değil, koruyucu karakterinden almaktadır**¹⁵. Zira ceza hukukuyla korunan kamu düzeni, toplumu bireylerin hak ve özgürlüklerden gereği gibi yararlanabileceği zemini oluşturduğu için korunmaktadır. Bir diğer deyişle ceza hukukunun amacı, bağımsız bir değer olarak kamu düzenini korumak değil; hak ve özgürlüklerin teminatı olarak kamusal düzeni korumaktır¹⁶. Aynı durum her bir suç tipi bakımından da ayrıca geçerlidir. Zira suç tipleri de hukuksal değerleri korumak amacıyla ihdas edilir ve korunan hukuksal değerin bir tehlike veya zarar oluşması biçiminde ihlali, suçun oluşup oluşmadığının tespitinde dikkate alınır¹⁷. Dolayısıyla

11 Bahri Öztürk - Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 16. Baskı, Ankara 2016, s. 175.

12 Hakeri, s. 61 vd.; Özkan, s. 46.

13 Katoğlu, s. 59 vd.

14 Zeki Hafızoğulları - Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2015, s. 198, 199.

15 Ceza hukuku, bir hukuksal değerin koruma altına alınması amacıyla meşru kılınabilecektir. Bkz. Ünver, s. 831.

16 Benzer doğrultuda Köksal Bayraktar, Suç İşlemeğe Tahrik Cürmü, İstanbul 1977, s. 102.

17 Aras Türay, "Alkollü Araç Kullanmak Suretiyle Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu

ceza hukuku, bir sınırlama mekanizmasından ziyade, **koruma mekanizması niteliğindedir**¹⁸.

Ceza hukukunun temel hak ve özgürlükleri koruyucu karakterinin ön planda olması, **hak ve özgürlüklerin esas, sınırlamanın ise istisnai olması** anlamına gelmektedir. Dolayısıyla anayasa hukukuna hâkim olan **özgürlükler lehine yorum ilkesi**¹⁹ ceza hukuku bakımından da geçerlidir.

Özellikle **düşünce ve ifade özgürlüğü bakımından bu ilke evle-yiyetle dikkate alınmalıdır**. Zira düşünce ve ifade özgürlüğü, diğer özgürlüklerin büyük bir kısmı için bir güvence ve vazgeçilmez bir şart niteliğindedir. Hatta düşünce ve ifade özgürlüğü ile ceza hukuku arasındaki ilişki, o ülkenin ceza hukuku sistemi bakımından adeta bir turnusol kâğıdı niteliğindedir. Gerçekten de *“demokratik bir düzende düşünce özgürlüğü, olması gerekenin ne kadar gerisinde veya uzağında ise, baskıcı ceza hukuku sistemine de o kadar yakın duruyor demektir”*²⁰. Düşünce ve ifade özgürlüğünün sahip olduğu özel değer, özgürlükçü bir demokraside bütün alanlarda, bilhassa da kamusal yaşamda bu özgürlük lehine bir yorumun kabul edilmesini zorunlu kılar²¹. Bu bağlamda bir düşüncenin açıklanmış olmasının kamu düzenini bozacağı şeklinde bir genelleme veya soyutlamaya gidilememelidir²².

Düşünce açıklamasının yaratacağı tehlikenin, somut bir olguya açık bir tehlikeye bağlı kalınarak sınırlandırılması gerekmektedir²³. **İfadenin tehlike yaratacağından bahisle somut şartlardan bağımsız bir sınırlama da aslında düşünceye yönelik bir sınırlama olacaktır**²⁴, **ifadenin yol açabileceği tehlikenin somut olgularla ilişkili şekilde tespit edilmesi gerekmektedir**.

Bakımından Mutlak Karine Sisteminin Değerlendirilmesi”, Suç ve Ceza Dergisi, Yıl: 2016, Sayı: 1-2, İstanbul 2017, s. 156.

18 **Özek**, “1997 Türk Ceza Yasası Tasarısına İlişkin Düşünceler”, s. 10.

19 **Abdurrahman Eren**, “Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri”, Anayasa Yargısı 33 (2016), s. 257.

20 **Türkan Yalçın Sancar**, Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları, 2. Baskı, Ankara 2006, s. 201.

21 **Yalçın Sancar**, s. 214.

22 **Bülent Tanör**, Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası, İstanbul 1969, s. 140.

23 **Tanör**; s. 140, 141.

24 **Uğur Alacakaptan**, “Fikir ve Düşünce Özgürlüğü ve Tehlike Suçları, Çağdaş Batı Hukukunda Bu Konudaki Düşünce ve Uygulamalar”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, Cilt: 2, Yıl: 2000, s. 22; **Özek**, “1997 Türk Ceza Yasası Tasarısına İlişkin Düşünceler”, s. 44, 45.

Nitekim aksi yönde bir uygulama, eylemsiz suç olmaz (*nullum crimen sine actione*) şeklindeki temel ceza hukuku prensibine de aykırılık teşkil edecektir. Zira ceza hukuku bakımından dikkate alınacak olan eylem, kanuni suç tanımında yer alan (tipik), korunan hukuksal değeri ihlale elverişli eylemdir²⁵. Bir ifadenin bağlamında kopartılarak, incelenen suç tipi kapsamında korunan değer bakımından tehlike oluşturup oluşturmadığından, yani ihlal edici olup olmadığından ziyade; sadece içeriği nedeniyle ceza hukuku bakımından sınırlandırılması, ifade özgürlüğünü ihlal edeceği gibi, aynı zamanda ceza hukukunun temel prensiplerine ve fonksiyonuna da aykırılık teşkil edecektir.

B. Terörle Mücadele Kanunu'nun 7/2. maddesi Bakımından Değerlendirme

Bir beyan, ifade özgürlüğü bağlamında “eleştiri hakkı”nın kapsamındaysa, “hakkın kullanımı”ndan söz edilir ve beyanı suç saymak mümkün değildir²⁶. Bu nedenle de raporumuzun esası hakkın kullanımı niteliğindeki hukuka uygunluk nedenine ilişkindir. Bununla birlikte eleştiri hakkı ile “terör örgütü propagandası yapmak” suçu sıkça karşı karşıya gelir. Bu nedenle öncelikle TMK'nın 7/2. maddesinde cezalandırılan eylemin ne olduğunu ortaya koyma ihtiyacı duyulmuştur.

1. Suç Tipine İlişkin Genel Bilgi

TMK'nın 7/2. maddesi şöyledir:

“Terör örgütünün; cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmaya teşvik edecek şekilde propagandasını yapan kişi, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. ...”

Suç 12.04.1991 tarih ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 7/2. maddesinde ilk olarak “... örgütle ilgili propaganda yapanlar”

25 **Hafizoğulları - Özen**, s. 193; **Erkan Sarıtaş**, Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları (TCK m. 220 - 221), İstanbul 2018, s. 312.

26 Prof. Dr. Türkan Yalçın tarafından İstanbul 37. Ağır Ceza Mahkemesi'nde 2017/124 Esas No'lu dava ile ilgili olarak sunulan uzman görüşü. Görüşü için bkz. <https://bianet.org/bianet/ifade-ozgurlugu/204364-akademisyen-yargilamalari-icin-prof-dr-turkan-yalcin-dan-bilimsel-mutalaa> (Erişim Tarihi, 12.02.2019)

şeklinde düzenlenmiş, daha sonra çeşitli değişikliklerle yürürlükteki halini almıştır. Ne var ki tartışılması gereken esas hukuki mesele ifade özgürlüğüne ilişkindir. Dolayısıyla raporda, tüm değişikliklere yer verilmemiş olup, gerekçesinin önemi itibarıyla son yapılan değişikliğe değinilmiştir²⁷.

11.04.2013 tarihli 6459 sayılı Kanun'un 8. maddesi ile ilgili suçun maddi unsurlarına eklemeler yapılmış ve cezalandırmanın alanı daraltılmıştır. Başka bir ifadeyle terör örgütünün propagandasını yapma suçu, terör örgütü tarafından kullanılan şiddet yöntemlerini meşrulaştırmak, övmek veya teşvik etmek için yapılan ifadelerle sınırlandırılmıştır. Söz konusu değişikliğin amacı gerekçesinde de açıkça belirtildiği üzere, ilgili suçun kapsamını AİHS standartları ile uyumlu hale getirmek ve ifade özgürlüğünün geniş biçimde sınırlandırılmasının önüne geçmektir²⁸. Yasama organı tarafından açıkça belirtildiği üzere, TMK m. 7/2, AİHM'nin ifade özgürlüğü konusundaki içtihat ve ilkeleri ile uyumlu bir biçimde uygulanmak zorundadır. Yapılan değişikliğin gerekçesi göz önünde bulundurulduğunda madde kapsamının kanun koyucunun amacına uygun bir şekilde, ifade özgürlüğünü sınırlamayacak, yok etmeyecek şekilde değerlendirilmesi gerekir. Nitekim Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri bu hususu kararlarında özellikle vurgulamaktadırlar: ²⁹

“İfade özgürlüğü terörle mücadele kapsamında en çok müdahale ve sınırlamaya maruz kalan temel haklardandır. Nitekim 3713 Sayılı Terörle Mücadele Kanununun 7/2. maddesindeki propaganda yasağı bu duruma örnek teşkil etmekle birlikte kanun koyucu maddede zaman zaman yaptığı değişikliklerle özgürlüğü genişletmiştir.

27 Suçun tarihsel gelişimi hakkında geniş bilgi için bkz. **Can Çelik**, Terörizmin Propagandası Suçu, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2014, s. 99 vd.

28 Terörle Mücadele Kanunu md. 7/2'de yapılan değişikliğin gerekçesi içeriğinde; “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; şiddeti teşvik edici nitelikte olmayan açıklamaların ifade özgürlüğü kapsamında olduğunu belirterek, içeriğinde şiddete başvurmayı cesaretlendirici ifadeler yer almayan ya da kişileri silahlı isyana teşvik edecek nitelikte olmayan açıklamalar nedeniyle bireylerin Terörle Mücadele Kanunu'nun 7. maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde cezalandırılmasını ifade özgürlüğüne aykırı bulmaktadır. Yapılan düzenlemeyle, maddenin ikinci fıkrasında yer alan suçun unsurları yeniden belirlenmekte, maddeye ‘cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde’ ibaresi eklenerek, suçun kapsamı AİHM standartlarına (md. 6) uyumlu hale getirilmektedir” denilmektedir.

29 **Yalçın**, Rapor.

Bu amaçla 11.04.2013 tarih ve 6459 Sayılı Kanun'un 8. maddesiyle yapılan değişiklik sonucu; terör örgütünün propagandası suçunun oluşabilmesi için; örgütün "cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da teşvik edecek şekilde" yapılması zorunlu kılınarak, sınırlamanın AİHS uygun hale getirilmesi amaçlanmıştır. ... Terör ile mücadele kendine özgü birtakım zorlukları barındırdığından devletlerin bu mücadelede daha geniş bir takdir marjına sahip olduğu kabul edilmekle birlikte terör ile mücadele de bir hukuk rejimidir. Uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülüklerin ihmal edilebileceği bir alan değildir."³⁰

"... şiddete çağrı, tahrik ve teşvik edici ya da silahlı direnişe ve isyana davet şeklinde veya insanda saldırgan duygular oluşturacak biçimde anlamsız bir nefret yaratarak şiddetin doğmasına uygun bir ortamı kışkırtacak nefret söylemi olup olmadığı değerlendirilmeli, doğrudan veya dolaylı şiddete çağrı var ise sanığın siyasi kimliği, konumu, konuşulan yer ve zamanı gibi açık ve yakın tehlike testi bakımından analize tabi tutulmalıdır..."³¹

Görüldüğü üzere **suçun maddi unsuru**; "terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek ya da övecek şekilde ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde" propaganda yapılmasıdır.

Propaganda, kelime olarak Latince yeni fidanlar elde etmek üzere toprağı ekme anlamına gelen "*propagare*" kökünden gelmektedir. Anlamının "*bir doktrin ya da uygulamayı yaymak için desteklemek*"³², bir fikre taraftar kazandırmak amacıyla yapılan sistemli, örgütlü bir fikir aşılama eylemi olduğu söylenebilir. Propagandanın amacı, kitleleri belli bir fikir etrafında toplamak, daha sonra da belli bir harekete yöneltmeye çalışmaktır³³. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da bir kararında propagandayı şu şekilde tanımlamıştır: "*Belli bir görüşün toplum içinde yayılmasını, fikir ve kanaatlerin kökleşmesini sağlamak*

30 YARGITAY 16. CD., 1334/4470, 15.06.2017.

31 T.C. BURSA BAM 2. CD., 1435/1458, 17.10.2018.

32 Bkz. J. A. C. BROWN, *Siyasal Propaganda*, İstanbul 1992, s. 11-13.

33 Bülent TANÖR, *Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası*, İstanbul 1969, s. 28.; Bkz. Sulhi Dönmezer, "*Dini Cemiyet Teşkilî ve Din Propagandası*", İHFM., C. XVII, S. 1-2, s. 24 vd.; Çetin Özek, "141-142", İstanbul 1968, s. 236.

için bu amacın gerçekleşmesine yönelik olarak her türlü maddi ve manevi araca başvurarak telkin, teşvik ve etkide bulunmak.”³⁴

Propagandanın her türüsünün, bir bütün olarak ifade özgürlüğü kapsamında olmadığı ve suç teşkil ettiği düşünülemeyecektir. İşte TMK m. 7/2’de de suç haline getirilen, herhangi bir düşüncenin propagandası değildir. Hatta maddede yasaklanan bağımsız bir şekilde terör örgütünün propagandası da değildir. Yasaklanan; terör örgütünün **“yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propagandası”** dır.³⁵

Yargıtay’a göre *“... Suçun oluşumu için terör örgütü ile ilgili bir öğreti düşünce veya inancı başkalarına tanıtmaya benimsetmeye ya da yayma amacıyla yapılmasının yanında terör örgütünün cebir şiddet ve tehdit içeren yöntemlerini meşru göstermeli veya bu yöntemleri övmeli ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde yapılması ...”* gerekmektedir. Madde metninde de meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek şekilde propaganda yapılması gerektiği belirtilmektedir. Bu hali ile suçun **“bağlı hareketli”** olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla TMK m. 7/2’de tanımlanan suç herhangi bir hareketle değil, özel olarak kanunda belirlenmiş hareketlerin icrası ile işlenebilecektir.

Suç, soyut tehlike suçu olarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte ceza hukuku bağlamında cezalandırılabilir bir eylemden söz edebilmek için o eylemin suçla korunmak istenen hukuksal değeri ihlal edecek elverişliliği haiz olması gerekir³⁶. Anayasa Mahkemesi’nin belirttiği gibi *“propaganda suçunun soyut tehlike suçu olarak kabul edilmesi başta ifade özgürlüğü olmak üzere anayasal hak ve özgürlükler üzerinde bir baskı oluşturma potansiyeline sahiptir. Bu sebeple bir propaganda faaliyetinin cezalandırılabilmesi için olayın somut*

34 YCGK, 9-33/38, 16.03.1999.

35 Yalçın, Rapor.

36 **Vesile Sonay Daragenli**, Tehlike Suçları, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1998, s. 49, 50. **Hamide Zafer**, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, 6. Baskı, İstanbul 2016, s. 207, 208. Terör örgütü propagandası bakımından da aynı durum geçerlidir. *“Propagandanın suç sayılabilmesi için korunan hukuksal değer açısından somut zarar tehlikesi yaratacak nitelikte olması gerekli görülmelidir.” Çetin Özek*, “Devletin Korunması Terörle Mücadele Yasası ve Bilgilendirme Hakkı, Değişen Dünyada İnsan, Hukuk ve Devlet”, Edip F. Çelik’e Armağan, İstanbul 1995, s. 252 vd.

*koşullarında belirli oranda tehlikeye neden olduğunun gösterilmesi uygun olacaktır*³⁷. Yargıtay 16. Ceza Dairesi'nin 27.10.2015 günlü ve 5598/3568 sayılı, 23.02.2017 günlü ve 2016/6853-E, 2017/1107-K sayılı içtihatları ile; suça konu edilen ifadelerde, “*suçla korunan değerler bakımından yakın ve açık bir tehlike de oluşturmadığı*”, “*muhatabı ... harekete geçirme potansiyeli bulunmaması*” dikkate alınarak, propaganda suçunun oluşmadığı sonucuna varıldığı dikkate alınmalıdır.

Suçun manevi unsuru kasttır. Terör örgütünün propagandasını yapmak suçu kasten işlenebilen bir suç olup, taksirli şekli cezalandırılmamıştır. TMK md. 7/2 bağlamında kastın varlığından söz edilebilmesi için terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterdiğini ya da övdüğünü, bu yöntemlere başvurulmasını teşvik ettiğini bilmesi ve istemesi gerekmektedir. Başka bir deyişle kişi, kasıtlı olarak, düzenlemede belirtilen şekilde propaganda yaptığını bilmeli ve istemelidir³⁸.

Burada kastın iki farklı fonksiyonundan söz edilebilir. Fail, hem suç olan ifadeyi kullanma hem de bu ifadenin bir ya da daha çok suç ya da terörist eyleme yol açma kastını taşımaktadır.³⁹ Avrupa Konseyi Terörün Önlenmesi Sözleşmesi'ne⁴⁰ göre de terör propagandası suçu ancak “suçun işlenmesini kışkırtmak niyetiyle” ve “bir ya da birden fazla suçun işlenmesi tehlikesine yol açacak şekilde” işlenebilir⁴¹. Failin bu hususlar üzerindeki hatası ise kastını ortadan kaldıracaktır⁴².

Suç ancak belli bir amaca yönelik olarak işlenebildiğinden, öğretildeki egemen görüş, bu suçun olası kastla işlenemeyeceği yönündedir. “*Özellikle maddenin son halinden sonra bu suçun olası kastla işlenemeyeceğini belirtmek gerekir*”⁴³.

37 Ayşe Çelik, § 47.

38 Yalçın, Rapor.

39 Albin Eser, “Bireysel Ceza Sorumluluğu”, in Antonio Cassese, Paola Gaeta ve John Jones (eds), Uluslararası Ceza Mahkemesi'nde Roma Tüzüğü: Bir Yorum (OUP 2002), p. 797.

40 Avrupa Konseyi Terörün Önlenmesi Sözleşmesi metnine ulaşmak için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss62.pdf>. (Erişim: 13.07.2019)

41 Avrupa Konseyi Sözleşmesi, Madde 5: Terör suçu işlenmesine açık teşvik; AB Direktifi, Başlık III, Madde 5.

42 Ahmet Cemal Ruhi, Türk Ceza Kanunu ve Terörle Mücadele Kanunu Çerçevesinde Terör Örgütleri, Terör Suçları ve Örgütlü Suçlar, Onikilevha, İstanbul, 2018, s. 16.

43 Önder Tozman, Suç İşlemek İçin Örgüt Kurma Suçu, Adalet, Ankara, 2015, s. 332.

2. Değerlendirme

Değerlendirmeye geçmeden önce iki hususun altını çizmekte yarar görülmektedir. Düşünce özgürlüğünü sınırlandıran suçlara ilişkin incelemelerde esas delil yargılamaya konu metnin kendisidir. Prof. Dr. Yalçın'ın belirttiği gibi *“Açıklamanın ne anlama geldiği esas olarak açıklamanın kendisinden, açıklama metninden çıkarılır. Maddi sorunun çözümüyle ilgili olan vicdani kanaat ve buna bağlı olarak hüküm; sezgilere değil, hukuk kurallarına dayanılarak oluşturulur.”*⁴⁴ Ayrıca Yargıtay'ın yerleşik içtihadına⁴⁵ göre bu tip eylemlerin incelenmesinde isnat olunan suça konu yazıda/yayında/sözlerde yer alan belirli bazı cümle veya kelimelerin seçilerek, iddia edilen suçu meydana getirip getirmediğini tespit etmek hukuki bir yöntem olmayıp, o yazının/yayının bir bütün halinde değerlendirilmesi ve ona göre bir sonuca ulaşılması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin çok yakın tarihli Ayşe Çelik Kararı'nda da belirtildiği üzere *“Özellikle terörle mücadelenin zorlukları ile birlikte terör bağlamında yapılan açıklamaların karmaşık ve muğlaklığı söz konusu olduğunda düşünce açıklamalarının şiddete teşvik mahiyetinde olup olmadığı yönündeki değerlendirmenin ancak açıklamanın yapıldığı bağlama, açıklamada bulunan kişinin kimliğine, açıklamanın zamanına ve muhtemel etkilerine, açıklamadaki diğer ifadelerin tamamına bir bütün olarak bakılarak yapılması gerektiği gözden uzak tutulmamalıdır”*⁴⁶. Başvuru konusu bildiriye ilişkin iddianame ve gerekçeli kararlarda belirli kelimelerin metnin içerisinden çekilerek (iddianamelerde bildiride geçen “katliam, işkence, sürgün, kasıtlı ve planlı kıyım” gibi sözcüklere özellikle vurgu yapılmaktadır) bağlamından kopartıldığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle **şağıda yazının bütünlüğü dikkate alınarak daha yakından bir inceleme yapılmıştır.**

⁴⁴ Yalçın, Rapor.

⁴⁵ YCGK'nun 01/02/1965 tarih ve 27/14 sayılı kararı için bakınız; İlimi Kazai İctihatlar Dergisi yıl: 5, sayı: 55, s. 3844; YCGK'nun 03/11/1964 tarih ve 435/481 sayılı kararı için bakınız Adalet Dergisi yıl: 1965, sayı: 4, s. 528.

⁴⁶ **Ayşe Çelik Kararı** (Başvuru Numarası: 2017/36722- RG 10.05.2019- 30770), § 50. Söz konusu kararda yapılan atıftan: “içeriğinde terör propagandası yapıldığı ileri sürülen bir kitabın toplatılmasının değerlendirildiği bir karar için bkz. Abdullah Öcalan, §§ 100, 101; içeriğinde terör propagandası bulunduğu iddia edilen bir gazete makalesinin değerlendirildiği bir karar için bkz. Ali Gürbüz ve Hasan Bayar, B. No: 2013/568, 24/6/2015, § 64; bir basın açıklamasının terör örgütünün propagandasına dönüştüğü iddiasının değerlendirildiği bir karar için bkz. Mehmet Ali Aydın, § 77”

Yazının içeriği devletin, Kürt sorununa ilişkin olarak o dönemde yaşanan olayları bastırmak amacıyla uygulamakta olduğu yöntem ve politikaları eleştirmek ve bunun yerine barışa ulaşmak amacıyla çözümün nasıl olması gerektiğine dair önerilerde bulunmaktan ve bu sürecin takipçisi olacaklarını açıklamaktan ibarettir. Yazının içerisinde geçen “*Müzakere koşullarının hazırlanması ve kalıcı bir barış için çözüm yollarının kurulması*” şeklindeki ifade ile özetlenebilecek olan amacı herhangi bir “*terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek ya da övecek şekilde ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek*” içerikte değildir.

Bildiride, ülkenin güneydoğusunda yaşanan toplumsal olaylar karşındaki devletin sorumluluğu ve ödevleri dile getirilmekte ve özellikle hem Türkiye hem de uluslararası hukuk standartlarına uyulması gerekliliği vurgulanmaktadır. Bu kapsamda metinde hukuksal sınırlar içerisinde alınması gereken birtakım tedbirler talepler halinde sıralanmaktadır⁴⁷.

Kaldı ki, söz konusu bildiride herhangi bir örgütün eylem veya yöntemlerine dair bir aşılama, telkin veya tavsiye niteliğinde sözler de bulunmamaktadır. Bildiri metni bütün olarak okunduğunda, ülkenin güneydoğusunda yaşanan olaylar nedeniyle devletin ödev ve yükümlülükleri ifade edilmektedir. Bildiri metni savunmalarla da birlikte değerlendirildiğinde akademisyen - araştırmacı olan bireylerin aydın kimliği ile ve ayrıca bir kısmının uzmanlık alanı olan konularda yapmış oldukları akademik çalışmalar dolayısıyla da elde ettikleri bilgi ve birikim sayesinde, toplumda farkındalık ve duyarlılık yaratma amacı ortaya çıkmaktadır.

Yazıda devlete yönelik yapılan çağrı; ülkenin güneydoğusunda yaşanan hukuksuzluklara son vermeye, bunların sorumlularının tespiti, zarar görenlerin zararlarının tazmin edilmesi ve bu amaçla

47 “(Devletin başta Kürt halkı olmak üzere tüm bölge halklarına karşı gerçekleştirdiği katliam ve uyguladığı bilinçli sürgün politikasından derhal vazgeçmesini, sokağa çıkma yasaklarının kaldırılmasını, gerçekleşen insan hakları ihlallerinin sorumlularının tespit edilerek cezalandırılmasını, yasağın uygulandığı yerde yaşayan vatandaşların uğradığı maddi ve manevi zararların tespit edilerek tazmin edilmesini, bu amaçla ulusal ve uluslararası bağımsız gözlemcilerin yıkım bölgelerinde giriş, gözlem ve raporlama yapmasına izin verilmesini talep ediyoruz.”) Burada geçen “katliam” bilinçli sürgün” gibi ifadeler AIHM içtihatları doğrultusunda ifade özgürlüğünün korunması altında olduğu açıktır”.

bağımsız gözlemcilerle izin verilmesi şeklinde demokratik ve hukuksal talepleri içerir bir çağrıdır. Bildiriyi imzalayan akademisyenler devletten taleplerini dile getirirken kendilerini de sorumlu kabul ederek, bağımsız gözlemciler arasında yer almak istediklerini beyan etmektedirler.

Gereğeli kararlarda belirtilenin aksine yazıdaki çağrının muhatabının sadece devlet olması da suçun oluşması için yeterli değildir. İddianame ve mahkûmiyet kararlarına bakıldığında esasen eleştirilerinin devlete yönelik - tek yanlı olmasına dayanarak hüküm kurulduğu görülmektedir⁴⁸. Başka bir deyişle ilgili akademisyenler söylemedikleri sözler nedeniyle yargılanmakta ve mahkûm olmaktadır. Bu durum da çok açıktır ki ceza hukukunun “eylemsiz ceza olmaz” ilkesine ve eylemin tipikliğine aykırıdır. Kaldı ki bireylerin eleştirilerini kime yöneltecekleri ifade özgürlüğü kapsamında koruma altındadır. Günümüzde “halk iradesinin icracısı, toplumsal taleplerin karşılayıcısı, toplum koruyucusu olma amacı ve görevi dışında sübjektif haklara sahip özgür irade olarak bir devlet imgesi”nin⁴⁹ demokrasi ile bağdaşmayacağı açıktır. Meşruiyetini kendisini oluşturan bireylerden alan modern devlet anlayışında devletin öncelikli görevi temel hak ve özgürlüklerin korunmasıdır.

Yazıda herhangi bir terör örgütünden doğrudan ya da dolaylı olarak bahsedilmediği gibi aksine “Kürt siyasi iradesinin” muhatap alınması gerektiği vurgulanmaktadır.⁵⁰ Ceza mahkemesi kararlarında buradaki ifadelerin terör örgütünün jargonu olduğu yönündeki ifadenin de hukuksal bir gerekçe oluşturmadığı açıktır.

Bahse konu yazı, suçun unsurları bakımından değerlendirildiğinde **“eleştiri hakkının kullanılması”** niteliğinde olup, bu yazıyı

48 “Sonuç olarak yayınlanan bildiriye PKK/KCK silahlı terör örgütünün yaşanan bu süreçte sorumluluğunun olduğu, ya da bu süreçte ve olaylara neden olduğu yönünde biçbir tespit, eleştiri veya görüş bildirilmediği, PKK/KCK silahlı terör örgütünün terör amaçlı eylemlerini kamuoyunun dikkatinden kaçırmak ve olayların tek sorumlusunun devlet güvenlik güçleri olduğunu anlatmak amacı taşıyan bildirinin içeriğinde “katliam, işkence, sürgün, kasıtlı ve planlı kıyım” gibi kelime veya kavramların bilinçli olarak seçilerek kullanıldığı gerekçeleriyle sanıkların TMK m. 7/2 uyarınca cezalandırılmasına”. (İstanbul 37. Ağır Ceza Mahkemesi’nin 2017/60 E. sayılı dosyasının gerekçeli kararından)

49 Osman Can, “Kutsallar” ve Düşünce Özgürlüğü - TCK 301. Madde”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl: 2, Sayı: 5, Aralık 2007, s. 328.

50 Bildiri Metninden: “hükümetin Kürt siyasi iradesinin taleplerini içeren bir yol barıtını oluşturmasını talep ediyoruz”

imzalayan akademisyenlerin ifade özgürlüğü kapsamında hareket ettikleri anlaşılmaktadır. Dolayısıyla eylemleri hukuka aykırı olarak nitelendirilemeyecektir. Ayrıca yukarıda açıklandığı üzere söz konusu yazı “Terör örgütünün; cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek veya övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek” niteliğe **objektif olarak elverişli olmadığından** suçun maddi unsuru da oluşmamıştır.

“Bildiride geçen ifadelerin “terör örgütünün söylemlerine, jargon ve üslubuna benzediği”, “bildirinin zamanlaması” gibi gerekçeler suçun unsurlarının oluştuğu konusunda somut, maddi delillere dayanan gerekçeler değildir. Şüphe yok edilmeden, varsayımlara dayanılarak kurulan bir hükmün doğruluğu vicdani kanaatle gerekçelendirilemez.”

51

Bazı mahkûmiyet kararlarının karşı oy gerekçelerinde belirtildiği üzere; bildirinin içeriği, sanıkların kimliği, konumu, konuşulan yer ve zaman gibi açık ve yakın tehlike testi bakımından analize tabi tutulduğunda, bildirinin yasada tanımlandığı şekilde herhangi bir terör örgütünün cebir, şiddet veya tehdit içeren yöntemlerini meşru gösterecek, övecek ya da bu yöntemlere başvurmayı teşvik edecek nitelikte olmadığı, bildiri içeriğinde şiddetin bir araç olarak gösterilmediği, şiddete başvurmanın meşru bir yol olduğunun ileri sürülmediği, bildiri içeriğinin şiddetin doğmasına uygun ortamı kısırtacak tarzda da olmadığı, bildiri içeriğinde rahatsız edici ifadeler olduğu değerlendirilse bile bu ifadelerin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği için suçun unsurları oluşmamıştır.⁵²

C. İfade Özgürlüğü Bakımından Değerlendirme

Düşünce ve ifade özgürlüğü, tüm temel hak ve özgürlüklerin ön koşulu, olmazsa olmazı niteliğindedir. İnsanı öteki canlılardan farklı ve etkili hale getiren özelliği, insanın düşünebilmesi ve bundan kaynaklanan üretkenliğidir⁵³. Düşünce hürriyeti, düşünceye sahip olma,

51 Yalçın, Rapor.

52 (İstanbul 33. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2018/265 E. sayılı dosyası, mahkûmiyet kararı - İstanbul 33. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2017/60 E. sayılı dosyası, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına karşı yapılan itiraz üzerine verilen karar).

53 Alacakaptan, s. 14.

düşünceyi oluşturma ve başkaca farklı düşüncelere ulaşabilme özgürlüklerinin birleşimiyle ortaya çıkmaktadır⁵⁴. Kişinin, farklı görüşleri değerlendirerek, düşüncelerini oluşturabilmesi gerekliliği düşüncelerin yalnızca içeriklerine göre sınırlandırılmasına da engel olacaktır. Bu bağlamda düşüncelerin oluşturulabilmesi, insanların yaşadığı ortamda düşüncelerin serbestçe dolaşabilmesi önkoşuluna bağlıdır⁵⁵.

İfade özgürlüğü ise kişinin iç dünyasındaki düşüncelerini dış dünyaya aktarması süreciyle ilgilidir. Kişinin iç dünyasını ilgilendiren ve dış dünyaya yansıtılmadığı sürece hukukun konusu haline gelmeyen düşünce, başkalarına aktarılmasıyla anlam kazanacaktır. İfade özgürlüğü hem düşüncelerin dış dünyaya yansıtılması hem de düşüncelerin hangi araçlarla, nasıl yansıtılacağıyla ilgilidir.

İfade özgürlüğü çoğulcu demokratik bir yapının meşruluğu, yurttaşların kolektif eylemlerde aldığı özgür kararlarına dayanır. Özgür kararların alınabileceği demokratik ortam ise ifade özgürlüğünün sağlanması ve korunmasıyla oluşturulabilir⁵⁶. Zira düşünce açıklamasının bir işlevi de siyasal tercihlerin doğru yapılmasını sağlamaktır. Gerçekten de düşünce ve ifade özgürlüğünün bulunmadığı bir yerde, gerçek bir demokrasiden ve ilerlemeden söz edilemez.

Düşünce açıklama özgürlüğü, haber olarak, bilgi edinerek, düşüncenin özgürce oluşturulması sonucu halkın bilgilenmesine ve böylece siyasal tercihlerini sağlıklı bir şekilde yapabilmesine hizmet etmektedir⁵⁷. Bunun yanı sıra toplumun tüm üyelerine açık olan bir tartışma platformunun yaratılması, karar alma sürecinin de sağlıklı bir biçimde işletilmesini sağlayabilecektir. Toplum üyelerine asgari bir ifade özgürlüğünün tanınmasıyla, yönetilenlerin ihtiyaç ve sıkıntılarının bilinmesi ve buna göre bir yönetim planının oluşturulabilmesi mümkün hale gelecektir⁵⁸. Dolayısıyla kamuyu yakından

54 Alacakaptan, s. 15; Çetin Özek, Türk Baskın Hukuku, İstanbul 1978, s. 28.

55 Alacakaptan, s. 15, 16; Sulhi Dönmezer - Köksal Bayraktar, Basın Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2013, s. 25.

56 Wojciech Sadurski, İfade Özgürlüğü ve Sınırları (Çev. M. Bahattin Seçilmişoğlu), Ankara 2002, s. 22.

57 Alacakaptan, s. 16.

58 Kemal Şahin, İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü, İstanbul 2009, s. 274; N. Kaan Karcıoğlu, "Demokratik Sistemin unsuru olarak ifade özgürlüğü ve Ceza Hukukunun etkisi", Uğur Alacakaptan'a Armağan (Der: Mehmet Murat İnceoğlu), Cilt: 1, İstanbul 2008, s. 458.

ilgilendiren konularla ilgili olan ya da kamu otoritelerine yönelik eleştirilerde ifade özgürlüğünün sınırları daha çok genişleyecektir⁵⁹.

İfade özgürlüğü Türkiye Cumhuriyeti Anayasası madde 26'da düzenlenmiştir. Buna göre “Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir”. Ayrıca ifade özgürlüğünün çeşitli özel görünümüleri olan bilim ve sanat hürriyeti Anayasa m. 27’de, basın hürriyeti Anayasa m. 28’de, toplantı ve gösteri yürüyüşü yapma hürriyeti Anayasa m. 34’te düzenlenmiştir. Elbette bu düzenlemeler kanunlarca daha detaylı şekilde düzenlenip, detaylandırılmıştır. Anayasa m. 26/f. 2’de ifade özgürlüğünün, “milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla” sınırlandırılabilirliği belirtilmiştir.

Anayasa’daki hükümler dışında, ifade özgürlüğünü güvence altına alan, Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler de bulunmaktadır. AY m. 90/f. 5 uyarınca uluslararası sözleşmeler normlar hiyerarşisinde kanunlarla eşit sayılmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi uluslararası sözleşmeler arasında Türk hukuku bakımından en etkili dokümanlardan biridir. Sözleşmede ifade özgürlüğünün düzenlendiği hüküm, AİHS m. 10’dur⁶⁰. Maddenin birinci fıkrasında herkesin ifade özgürlüğüne sahip olduğu belirtilmiş ve bu özgürlük kapsamında değerlendirilmesi gere-

59 **Karan**, s. 356. Ayrıca bkz. **Ayşe Çelik**, § 54.

60 **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 10: (1)** Herkes görüşlerini açıklama ve anlatım özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir almak ve vermek özgürlüğünü de içerir. Bu madde, devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine bağlı tutmalarına engel değildir.

(2) Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu emniyetinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı biçim koşullarına, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir.

ken bazı hususlar sayılmıştır. Buna göre herkes kanaat özgürlüğü ile kamu otoritelerinin müdahalesi ve ülke sınırları söz konusu olmaksızın haber veya fikir almak ve vermek özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü, haber - görüş alma ve verme özgürlüğünü de kapsamaktadır. Maddenin ikinci fıkrasında ise ifade özgürlüğünün sınırlandırılması rejimi düzenlenmiştir. Buna göre ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına ilişkin hükümler kanunla öngörülmeli, demokratik bir toplumda zorunluluk teşkil etmeli ve fıkrada belirtilen sebeplerden birine dayanmalıdır. Bu sebepler ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamusal güvenliğin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması ve yargı gücünün otoritesi ve tarafsızlığının sağlanması şeklinde belirlenmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni insan haklarının korunmasında en etkili mekanizma haline getiren ise AİHS m. 34'te öngörülen bireysel başvuruları inceleme yetkisidir. Bireysel başvuru mekanizması hem mahkeme tarafından gerçekleştirilen incelemenin mahiyeti hem de başvuru sayısı itibarıyla diğer koruma mekanizmalarından ayrılmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları, Sözleşme hükümlerinin yorumu mahiyetindedir. Mahkeme incelenen işlem veya normun Sözleşmeyi ihlal edip etmediğine karar verebilmektedir. Bu durum ise Sözleşmeyi dinamik bir yapıya kavuşturmuştur. Dolayısıyla bir düşünce açıklamasının ifade özgürlüğü kapsamında olup olmadığının tespitinde, Sözleşme metninin yanı sıra, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarının da değerlendirilmesi gerekmektedir. Hatta ifade özgürlüğü hakkının içtihatlar aracılığıyla pozitif düzenlemesinin ötesinde bir kapsama ulaştığı da belirtilmektedir⁶¹.

1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yaklaşımı

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ifade özgürlüğünün sadece toplum tarafından kabul gören veya zararsız ya da ilgisiz kabul edilen

61 Bkz. Karan, s. 355.

bilgi ve fikirler için değil; incitici, şok edici ya da endişelendirici bilgi ve düşünceler için de geçerli olduğunu pek çok kararında yinelemiştir. AİHM'ne göre ifade özgürlüğü, yokluğu hâlinde demokratik bir toplumdan söz edilemeyecek olan çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin bir gereğidir⁶². “Demokratik toplumun” vazgeçilmez unsurları olan çoğulculuk, hoşgörü ve açık görüşlülük bunu gerektirmektedir. Sözleşme'nin 10. maddesinde belirtildiği üzere, mutlak nitelikte olmayan bu özgürlüğe dar yorumlanması gereken istisnalar getirilmiştir ve bu özgürlüğü kısıtlama ihtiyacı ikna edici şekilde kanıtlanmalıdır⁶³. Yerleşik içtihadta, AİHM tarafından müdahalenin kanunla öngörülmesi, kanunla öngörülmuş müdahalenin Sözleşmenin 2. fıkrasında sınırlı sayıda sayılmış meşru amaçlardan birini gütmesi ve bu kanunla öngörülmuş meşru amaç güden müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı kademeli olarak değerlendirilir⁶⁴.

AİHM, yukarıda bahsi geçen kademeli test uygulamasının, terörle mücadele kapsamında ulusal güvenliğin ve kamu düzeninin korunması amacıyla yetkili makamlar tarafından alınan önlemlere de uygulandığı kanaatindedir⁶⁵. Bu bağlamda, AİHM, davanın özel koşullarını ve devletin terörle mücadele tedbirlerinin alınmasındaki geniş takdir yetkisini göz önünde bulundurarak, kişinin ifade özgürlüğü hakkı ile demokratik bir toplumun kendisini terör örgütlerinin eylemlerine karşı koruma hakkı arasında adil bir dengenin bulunup bulunmadığını her somut olayın kendi şartlarını özel olarak değerlendirerek belirlemektedir⁶⁶.

Diğer bir ifadeyle, ifade özgürlüğüne müdahale teşkil eden, devlet otoriteleri tarafından terörle mücadele kapsamında başvuru tedbirlerin, kanuni dayanağı bulunması ve demokratik toplumun terör eylemlerine karşı kendini koruma meşru amacıyla ölçülü ve gerekli olması bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu için-

62 **Handyside/Birleşik Krallık**, no. 5493/72, § 49, 07/12/1976; **Dink/Türkiye**, no. 2668/07, 6102/08 ve 30079/08, § 123, 14/09/2010.

63 **Yavuz ve Yaylalı/Türkiye**, no. 12606/11, § 42, 17/12/2013.

64 **Gözel ve Özer/Türkiye**, no. 43453/04 ve 31098/05, §43 vd., 06/07/2010; **Belek/Türkiye (No. 3)**, no. 6827/06, 36828/06 ve 36829/06, § 26, 20/11/2012.

65 **Yavuz ve Yaylalı/Türkiye**, § 45.

66 **Gül ve diğerleri/Türkiye**, no. 4870/02, § 38, 08/06/2010.

cü taraf görüşünün konusunu teşkil eden başvuruçuların 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 7/2. maddesi kapsamında “*terör propagandası yapmak suçundan*” mahkûm olması da, bu konudaki yerleşik içtihat çerçevesinde değerlendirilecek bir müdahaledir.

AİHM'nin, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 7/2. maddesi kapsamında benzer sorunların bulunduğu davaları daha önce incelemiş ve yukarıda belirtilen kademeli test uygulaması sonucunda büyük çoğunluğunda Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmış olduğu gözlemlenmektedir⁶⁷. Dolayısıyla 3713 sayılı Kanun'un 7/2. maddesi uygulamasıyla verilen mahkûmiyet kararlarının başvuruçuların ifade özgürlüğüne demokratik toplumda gerekli bir müdahale olup olmadığının yerleşik içtihat ışığında değerlendirmek gerekmektedir.

a. Müdahalenin Kanuna Dayalı Olması

Terörle mücadele konusunda devletin takdir yetkisi geniş olarak yorumlansa da, bu yetki AİHM'nin kontrolünden tamamen arı değildir. AİHM geçmişte verdiği kararlarda, demokrasiyi korumak adına, aslında demokrasiyi zayıflatıcı nitelikteki bazı kanuni düzenlemelerin uygulanmasının ortaya koyduğu tehlikenin bilincinde olarak, Devletin terörizmle mücadele adı altında uygun olduğunu düşündüğü her türlü tedbiri de alamayacağını ifade etmiştir⁶⁸.

Bu bağlamda, terörle mücadele kapsamında uygulanan kanun maddelerinin, keyfi ve öngörülemez biçimde uygulanmaya müsait, muğlak ve geniş bir içeriği haiz olması, ifade özgürlüğüne yönelik müdahaleler açısından problem teşkil etmektedir. Bu durum Mahkeme'nin önünde görülen pek çok davada ele alınmış ve ihlal kararı verilmiştir.

3713 sayılı Kanun'un 7/2. maddesi kapsamında AİHM tarafından karara bağlanan Güler ve Uğur/Türkiye kararında⁶⁹, taziyeye katılma fiili nedeniyle başvuruçuların bu madde kapsamında mahkûm

67 Gözel ve Özer/Türkiye, § 64 ve yukarıda anılan Belek/Türkiye, § 29.

68 İstihbari dinleme düzenlemeleri ile ilgili bkz. Klass ve diğerleri/Almanya, no. 5029/71, §49, 06/09/1978.

69 Güler ve Uğur/Türkiye, no. 31706/10 ve 33088/10, § 55, 02/12/2014.

olmalarında, Sözleşme'nin 9. maddesi uyarınca din ve vicdan hürriyetine yönelik müdahalenin öngörülebilir olmadığına karar vermiştir. Bu karar aslında, Terörle Mücadele Kanununun 7/2. maddesinin geniş ve muğlak karakterini başka bir hak ihlali kapsamında ortaya koymuştur. Ancak bu madde kapsamında ifade özgürlüğü açısından verilen kararlarda, bu yönde bir tespit yapılmaksızın, doğrudan demokratik toplumda gereklilik incelemesi açısından incelemeye geçilmekte ve aslında bu maddenin kanunilik ölçütü bakımından ifade özgürlüğünün korunmasına yönelik yarattığı baskı fark edilmesine rağmen, çekimsiz bir tavır içinde bulunulduğu gözlemlenmektedir.

3713 sayılı Kanun'un 7/2. maddesi çerçevesinde böyle bir yöntem izleyen AİHM'nin ifade özgürlüğüne müdahale teşkil eden ve terörle mücadele tedbirleri kapsamında sıklıkla başvuru Türk Ceza Kanunu'ndaki başka maddeler ile ilgili olarak, kanuni düzenlemenin içeriğinin muğlak olduğu ve öngörülebilirlik kriterini karşılamadığı tespitiyle verdiği daha cesur kararları mevcuttur⁷⁰.

AİHM'nin karar gerekçelerini destekleyici yan delil olarak atıf yaptığı Avrupa Konseyi organlarının tespitleri de terörle mücadele kapsamında başvuru kanuni düzenlemelerin muğlak ifadeler barındırması ve öngörülebilirlik kriterini yerine getirmemesini eleştirmeye devam etmektedirler⁷¹.

Dolayısıyla terörle mücadelede sıklıkla başvuru kanun maddelerinin geniş ve belirsiz içeriği, somut verilere dayanılmaksızın, salt ifade özgürlüğünün, basın özgürlüğünün, örgütlenme özgürlüğünün ve bilgi edinme hakkının kullanılmış olduğu hallerde dahi, bu fiillerin terör kavramı içine dâhil edilebilmesine sebebiyet verilmektedir. Keyfi müdahalelere karşı koruma sağlayan öngörülebilirlik kriterinin yerine getirilmemesi, temel hak ve özgürlüklerin kullanımı üzerinde caydırıcı etki oluşturmaktadır.

70 **İşıkırık/Türkiye**, no. 41226/09, § 69, 14/11/2017; **İmret/Türkiye (No. 2)**, no. 57316/10, § 59, 10/07/2018; aynı yönde **Bakır ve diğerleri/Türkiye**, no. 46713/10, § 69, 10/07/2018.

71 Avrupa Konseyi Venedik Komisyonu, TCK'nin 216., 299., 301. ve 314. maddeleriyle ilgili görüşü, 11-12 Mart 2016 tarihli 106. Dönem toplantısı [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2016\)002-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)002-e); Avrupa Konseyi İnsan Hakları Sekreteri'nin 1 Ekim 2009 ve 12 Temmuz 2011 (CommDH(2017)5) ve (CommDH(2011)25) sayılı raporları; 10 Ocak 2012 (CommDH(2012)2) sayılı Raporları, 15 Şubat 2017 ((CommDH(2017)5)) sayılı Memorandum.

Sonuç olarak, özellikle 3713 sayılı Kanun'un 7/2. maddesi bakımının öngörülebilirlik kriterini yerine getirip getirmediği ile ilgili şüpheleri zikretse de, genelde demokratik toplumda gereklilik incelemesi açısından somut olay değerlendirmesi ile ihlal kararı verdiğinden, ayrıca bu kapsamda bir değerlendirme yapmayı tercih etmediği gözlemlenmektedir⁷².

b. Müdahalenin Meşru Amaçla Yapılması

AİHM önünde incelenen 3713 sayılı Kanun kapsamındaki benzer başvurularda, büyük çoğunlukla, Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrası anlamında kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi gibi birçok meşru amaç taşıdığı, kural olarak, kabul edilmektedir⁷³. Mahkeme'nin doğrudan meşru amaç ile başvurucuya uygulanan müdahale arasında davalı Hükümet tarafından bir bağlantı bulunduğunun gösterilememesi nedeniyle, demokratik toplumda gereklilik incelemesine geçmeksiniz, doğrudan müdahalenin meşru amaç gütmemiş olması sebebiyle verdiği ihlal kararları, nadir de olsa, mevcuttur⁷⁴.

Diğer taraftan, müdahalenin meşru bir amaç gütmesi gereği açısından, Sözleşme'de hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamalar ancak öngörülen amaçlar için uygulanabileceğini düzenleyen Sözleşme'nin 18. maddesine de atıf yapmak gereklidir. Demokratik bir toplumda tartışmaya katkı sağlayan görüş ve düşüncelerin, devlet organları tarafından antidemokratik müdahaleler yoluyla Sözleşme'nin öngördüğü meşru amacın dışındaki sebeplerle sınırlandırılması ihtimaline karşı, Sözleşme'nin mimarları, böyle bir durumu engellemek amacıyla önleyici bir mekanizma oluşturmuşlardır ve Sözleşme'nin 18. maddesi, hak ve özgürlüklere getirilecek kısıtlamaların Sözleşme'de öngörülen amaç dışında uygulanamayacağını düzenlemiştir. Son yıllarda AİHM'nin özellikle AİHS madde 5 kapsamında korunan özgürlük ve güvenlik hakkına ilişkin yapılan şikâyetler aç-

72 3713 sayılı Kanun madde 7/2 bakımından, **Yavuz ve Yaylalı/Türkiye**, §38; **Gözel ve Özer/Türkiye**, § 44; **Belge/Türkiye**, no. 50171/09, § 29, 06/12/2016.

73 **Gözel ve Özer/Türkiye**, § 43-45; **Belek/Türkiye**, no. 36827/06, 36828/06 ve 36829/06, § 26, 20/10/2012.

74 **Erményi/Macaristan**, no. 22254/14, § 36-38, 22/11/2016; **Baka/Macaristan**, no. 20261/12, § 156-157, 23/06/2016.

sından bu maddenin uygulanmasına yönelik daha aktif davrandığı gözlemlenmektedir⁷⁵.

c. Müdahalenin Demokratik Toplumda Gerekli Olması

AİHM içtihadında demokratik toplumda gereklilikten anlaşılan, müdahalenin zorlayıcı (acil) bir sosyal ihtiyaca cevap vermesidir. Sınırlamayı haklı kılmaya elverişli “zorlayıcı bir sosyal ihtiyaç” mevcudiyetini değerlendirme görevi, öncelikle uygulamada belli bir takdir payından yararlanan ulusal makamlara, yani ilk derece mahkemelelerine düşmektedir⁷⁶. Diğer bir deyişle, ifade özgürlüğünün uygulanmasına getirilen herhangi bir sınırlamanın “gerekliliği” ilk derece mahkemeleri tarafından yapılan değerlendirmenin gerekçesinde ikna edici biçimde ortaya konulmuş olmalıdır. Bu çerçevede AİHM demokratik toplumda müdahalenin acil bir sosyal ihtiyaca cevap verip vermediğini değerlendirirken birtakım kriterleri somut olayın koşullarında değerlendirmekte ve ilk derece mahkemelerinin müdahaleyi değerlendirirken bu kriterleri uygulayıp uygulamadığına ve ilgilinin ifade özgürlüğü hakkına yönelik yapılan müdahaleyi haklı göstermek için kararında yeterli ve uygun gerekçe sunup sunmadığına bakmaktadır. Belirtilen ilkelere uygun olarak ve özellikle yeterli ve yerinde gerekçelere dayanarak uyguladığı konusunda ikna olmalıdır⁷⁷. AİHM, değerlendirmesinde somut olayın özelliklerine göre pek çok kriteri birlikte ele almasına karşın, işbu mütalaada önem arz eden üç husus üzerinde durulacaktır: “Bağlam ve ifadenin içeriği”, “başvurucunun konumu” ve “ölçülülük”.

i. Bağlam ve ifadelerin içeriği

AİHM, incelemesine sunulan olguları çevreleyen koşulları bilhassa terörle mücadeleyle ilişkin zorlukları dikkate alarak mahkûmiyete konu ifadelerin hangi bağlamda yayımlandığına ve içeriğine özel bir dikkat atfetmektedir⁷⁸.

75 İlgar Mammadov/Azərbaycan, no. 15172/13, § 143, 22/05/2014; Rasul Jafarov/Azərbaycan, no. 69981/14, § 162, 17/03/2016; Merabishvili/Gürcistan [BD], no. 72508/13, 28/11/2017, Navalnyy/Rusya [BD], no. 29580/12, 36847/12 ve 11252/13, § 175, 15/11/2018.

76 Dink/Türkiye, § 125.

77 Yavuz ve Yaylalı/Türkiye, § 44.

78 Sürək/Türkiye (No. 4) [BD], no. 24762/94, § 58, 8/07/1999.

Şüphesiz ki, AİHM, devletlerin terörizmin ve özellikle terör suçlarının oluşturduğu alenen teşvikin önlenmesi amacıyla etkili tedbirler alabilecekleri konusunda herhangi bir şüphe bulunmadığını pek çok davada hatırlatmış ve bir ülkede hüküm süren durumun hassasiyetini ve şiddetini arttırabilecek eylemler karşısında, devletin dikkatli olma gerekliliğini gözeterek terörle mücadele tedbirlerine başvurulabileceğini kabul etmektedir. Ancak AİHM, görevinin, her davanın özel koşulları ve Devlet'in bu alandaki takdir yetkisini dikkate alarak, bireyin ifade özgürlüğü temel hakkı ile terör örgütlerinin eylemlerine karşı demokratik bir toplumun kendisini koruma yönündeki meşru hakkı arasında adil dengeye uyulup uyulmadığını araştırmak olduğunu belirtirken, aslen yalnızca hükümetin politikasıyla ilgili eleştirinin söz konusu olduğu davalarda terörle ilişkili suçlamalarda bulunulmasından kaçınabilmek amacıyla, terör kavramının ulusal yetkililer tarafından dikkatlice tanımlanması gerektiğini vurgulamaktadır.⁷⁹

Sonuç olarak, ifade özgürlüğünün kısıtlanmasında; kamu güvenliği, toprak bütünlüğü ve kamu düzeninin sağlanması meşru amacı ile ifade özgürlüğüne yapılan kısıtlamaların uygun ve yeterli gerekçelere sahip olması ve acil (zorlayıcı) bir sosyal ihtiyaca karşılık geldiğinin ortaya konması gereklidir. Mahkeme, bu değerlendirmeyi yaparken somut olayın koşullarını, terörle mücadelenin zorluğunu da göz önüne alarak, bir bütün olarak değerlendirmektedir⁸⁰.

AİHM, somut olayı bağlamı içinde değerlendirirken, başvuruya konu ifadelerin içeriğini de değerlendirmektedir. Önemle vurgulamak gerekir ki, Sözleşme'nin 10/2 maddesi uyarınca, kamu yararına ilişkin konularda gerçekleştirilen tartışmalara getirilen kısıtlamalara oldukça sınırlı bir şekilde izin verilmektedir⁸¹. AİHM, kamu çıkarlarına ilişkin siyasi konuşmalar veya sorunlara ilişkin tartışmaların sınırlandırılmasına dair çok dar bir kapsam olduğuna işaret etmektedir⁸².

79 Yavuz ve Yaylalı/Türkiye, § 48.

80 Döner ve diğerleri/Türkiye, no. 29994/02, § 102, 07/03/2017; Nedim Şener/Türkiye, no. 38270/11, § 119, 08/07/2014; Savgın/Türkiye, no. 13304/03, §§ 44-45, 02/02/2010; Zana/Türkiye [BD], no. 18954/91, § 55, 25/11/1997; Incal/Türkiye [BD], no. 22678/93, § 58, 09/06/1998.

81 Döner/Türkiye, § 103-104; Seher Karataş/Türkiye, no 33179/96, § 37, 09/07/2002.

82 Genger/Türkiye [BD], no. 24919/94, § 48, 08/07/1999.

Demokratik bir sistemdeki hareketler veya hükümetin ihmalleri sadece yasama ve adli otoritelerin değil, aynı zamanda kamuoyunun da yakın takibinde olmalıdır. Bu çerçevede, başvuruya konu bir ifade Hükümet politikasını küçük düşürücü fikirler içerse dahi, AİHM bunun tek başına ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleyi haklı çıkaramayacağını belirtmiştir. Metinlerin bir bütün olarak ele alınarak, şiddete tahrik edip etmediği hakkında karar vermeyi sağlayacak bir fikir edinerek, hangi içerik içinde yayımlandığına önem verilmelidir⁸³. AİHM'ne göre, yetkililerce provokatif olarak değerlendirilebilen bakış açıları yetkililere hoş gelmesede, halkın ülkenin bir kesimi ile ilgili kamu yararını gerektiren bir durumla ilgili farklı bakış açılarından bilgi alma hakkı bulunmaktadır⁸⁴. Mahkeme, makalelerden birçoğunun yetkilileri eleştirmesine ve güvenlik güçlerinin yasadışı işler yaptığını alçaltıcı terimlerle belirtmesine rağmen, yine de bunların şiddet kullanılmasını savunduğu ve tahrik edici olduğu görüşünde olmadığı durumda, bu müdahalenin demokratik toplumda gerekli olmadığına karar vermektedir⁸⁵.

Burada esas alınan kriterlerden biri de hassasiyet içeren durumun, başvuru konusu ifadelerle kaçınılmaz olarak şiddetlenip şiddetlenmediğinin, yani ifadenin şiddete teşvik, silahlı ayaklanmaya teşvik, nefret söylemi ya da terör eylemlerini övme içerip içermediğinin gözlemlenmesidir⁸⁶. Yerleşik içtihat uyarınca, açıklanan görüşler şiddeti teşvik etmiyorsa, bir başka ifadeyle, söz konusu görüşler şiddet yollarına başvurmayı veya kanlı eylemleri tavsiye etmiyorsa, taraftarlarının hedeflerini gerçekleştirmek için terör eylemleri yapılmasının haklı göstermiyorsa ve yine belli kişilere karşı derin ve akıl dışı bir kin saikiyle şiddet yoluna başvurmayı teşvik edecek şekilde yorum-

83 *Özgür Gündem/Türkiye*, no.23144/93, § 63, 16/03/2000; *Sürek ve Özdemir/Türkiye*, 23927/94 ve 24277/94, § 61, 08/07/1999.

84 *Başkaya ve Okçuoğlu/Türkiye*, no. 23536/94 ve 24408/94, §64-65, 08/07/1999.

85 *Özgür Gündem/Türkiye*, § 70, aynı yönde *Müdür Duman/Türkiye*, no. 15450/03, §33, 06/10/2015; *Gerger/Türkiye*, § 50; *Gül ve diğerleri/Türkiye*, §43-45; *Kılıç ve Eren/Türkiye*, no. 43807/07, § 28-30, 29/11/2011.

86 *Aksi yönde*, kabul edilemez bulunan *Osmani/Kuzey Makedonya (k.k.)*, no. 50841/99, 11/10/2001; mektup içeriğinde bütün halinde okuyucuya iletilen mesaj, saldırgan ülke karşısında şiddete başvurmanın gerekli ve haklı bir önlem olduğu değerlendirilen 'Silahlar Özgürlüğü Engelleyemez' ve 'Suç Bizim' başlıklı iki okur mektubu bakımından, *Sürek/Türkiye (No. 1)*, no. 26682/95, § 62, 08/07/1999; aksi yönde "HPG Cepheye misillemeye" ifadesi bakımından, *Taşdemir/Türkiye (k.k.)*, no. 38841/07, 23/02/2010; *Leroy/Fransa*, no. 36109/03, § 45, 02/10/2008.

lanamıyorsa sözleşmecî Devletler, 10. maddenin 2. fıkrasında sayılan amaçları, yani ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi amaçlarını ileri sürerek dahi, kamuoyunun bu görüşleri öğrenme hakkını kısıtlayamaz.⁸⁷ AİHM, somut olayda değerlendirdiği ifadelerin resmi makamlarca işlenen eylemlere yönelik eleştiri olarak incelendiği, ancak tepkinin şiddet kullanımına, silahlı direnişe veya ayaklanmaya teşvik etmediğini, nefret söylemi içermediğini tespit ettiği durumlarda, bazı başvurularda kullanılan üslubun ve/veya kelimelerin çok sert olduğuna kanaat getirirse dahi, müdahalenin demokratik toplumda gerekli olmadığına karar vermektedir⁸⁸.

Önemle vurgulamak gerekir ki, AİHM, ifadenin bir bütün olarak değerlendirilmesine ilişkin olarak, tabir yerinde ise, ifadenin cımbızla çekilmemesi gerektiğinin altı çizilmektedir⁸⁹. Son dönemde Mahkeme'nin 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 6. maddesi açısından yaptığı değerlendirmelerde; kanun maddesinin, bağlamdan bağımsız olarak, başvuruya konu bildirilere otomatik olarak uygulanmasının, kamusal tartışma ve ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı etki oluşturduğunun tespit edildiği ve AİHM uygulamasında bu açıdan problem teşkil etmekte olduğu gözlemlenmektedir⁹⁰.

AİHM yakın dönemde verdiği bir kararında; 3713 sayılı Kanun'un 7/2. maddesi uyarınca, başvurucunun basın açıklaması okuması nedeniyle hakkında verilen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına ilişkin olarak yaptığı değerlendirmesinde, bahse konu basın açıklamasında geçen paragrafları bir bütün olarak ele almış, barışa ve demokrasiye çağrı yapan bu paragrafların şiddete, silahlı ayaklanmaya veya nefret söylemi içermediği tespit etmiş ve başvuru konusu tedbirin acil bir sosyal ihtiyaca cevap vermediğine hükmetmiştir⁹¹.

87 *Sürek/Türkiye* (No. 4), § 60; *Nedim Şener/Türkiye*, § 116; *Şık/Türkiye*, no. 53413/11, § 116, 08/07/2016; *Dilipak/Türkiye*, no. 29680/05, § 62, 15/09/2015; *Gerger/Türkiye*, § 51.

88 *Yavuz ve Yaylalı/Türkiye*, § 52; *Çolak ve Kasımoğulları/Türkiye*, no. 29969/07, 47462/07, § 21-22, 13/06/2017; *Mart ve diğerleri/Türkiye*, no. 57031/10, § 32, 19/03/2019; *Ceylan/Türkiye [BD]*, no. 23556/94, § 33-36, 08/07/1999. *TCK madde 301 açısından Fatih Taş/Türkiye* (No. 5), no. 6810/09, § 33, 04/09/2018.

89 *Erdener/Türkiye*, no. 23497/05, § 37, 02/02/2016.

90 *Ali Gürbüz/Türkiye*, no. 52497/08, 6741/12 ve 7110/12, § 65, 12/03/2019.

91 *Dağtekin/Türkiye*, no. 69448/10, § 25-26, 28/05/2019; *Sürek/Türkiye* (No. 4), § 58; *Belek ve Veliöğlü/Türkiye*, no. 44227/04, § 25, 06/08/2015; *Belge/Türkiye*, § 34.

Aynı doğrultuda, silahlı çatışmalar devam ederken Rusya hükümetinin Çeçen Cumhuriyetine ilişkin eylemlerinin eleştirildiği makalenin bütününe bakıldığında,⁹² Mahkeme, şiddete teşvik olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir⁹³. Özellikle de “Çeçen direnişi” ya da “Çeçen halkının son zaferi” “Çeçen toprakları Rus işgalcilerin sayısız sürüleri ve işbirlikçilerinden tamamen temizlenecek ... Neye mal olursa olsun!” şeklinde kullanılan ifadelerin üzerinde tek başına durmamış, genel olarak makalenin bütününe baktığında şiddete teşvik, şiddet eylemleriyle sonuçlanacak herhangi bir sebeple hoşgörüsüzlük ya da nefrete teşvik etmediğini belirtmiştir. Mahkeme, ilk derece mahkemelerinin gerekçelerinin yeterli ve uygun olmadığına karar vererek ihlal kararı vermiştir.

Bir diğer başvuruda, Çeçen çatışması bağlamında aşırı köktencilik (extremism) teşvik etmek nedeniyle hapis cezasına mahkûmiyetle birlikte 3 yıl gazetecilik mesleğini yapmaktan yasaklanan başvurucu hakkında, daha önce adli sicil kaydı olmaması, derece mahkemesinin gerekçesinin yetersiz ve sınırlı olması, kamuoyunda tanınan bir kişi olmaması, kullanılan iletişim aracının potansiyel etkisi değerlendirilmiş ve acil bir sosyal ihtiyaca müdahalenin cevap vermediğine karar verilmiştir⁹⁴.

AİHM'ne göre, barışçıl taleplerin yasadışı bir silahlı örgütün amaçları veya talimatlarıyla örtüşmesi dahi, bu talebi 10. madde korumasından çıkarmamaktadır⁹⁵. AİHM, bu bağlamda, hukukun üstünlüğü ilkesini esas alan demokratik bir toplumda, mevcut düzene karşı çıkan ve gerçekleşmesi barışçıl yöntemlerle desteklenen siyasi görüşler için uygun ifade etme imkânı sağlanması gerektiğini, ancak somut dava koşulları dikkate alındığında kovuşturma makamlarının bunu göz ardı ettiklerini vurgulamaktadır.

Yine, 3713 sayılı Kanunun 7/2 maddesi uyarınca verilen bir mahkûmiyet kararına ilişkin güncel bir başvuruda, ilk derece mah-

92 **Dnitriyevskiy/Rusya**, no. 42168/06, § 107-109, 03/10/2017 [kullanılan ifadelerin orijinal dildeki versiyonu “the Chechen soil will be completely cleansed of the countless hordes of Russia’s invaders and their accomplices... Whatever the costs!”].

93 *Benzer yönde* **Faruk Temel/Türkiye**, no. 16853/05, § 62, 01/02/2011; **Savgın/Türkiye**, § 45; **Gerger/Türkiye**, § 50.

94 **Stomakhin/Rusya**, no. 52273/07, § 129-132, 09/05/2018.

95 **Döner/Türkiye**, § 107.

kemesinin başvuranın konuşmasının kamu düzeni üzerinde olumsuz bir etkisinin olup olmadığını incelemeyeceğini gözlemlediği ve konuşmanın şiddete, silahlı direnişe ya da isyana teşvik etmediğine ya da nefret söylemi içermediği, mahkûmiyet cezasını gerekçelendirme için sunulan gerekçelerin Sözleşme'nin 10. maddesi uyarınca "ilgili ve yeterli" olmadığı görüşüne varmış ve başvurucuya 'örgüt propagandası yapma' suçundan dava açılmasının, demokratik bir toplumda gerekli olmadığına karar vermiştir⁹⁶.

ii. Başvurucuların Konumu

AIHM, akademisyenler tarafından yapılan benzer başvurularda, akademisyenlerin sistem hakkındaki düşüncelerini özgürce ifade etme ve sınırlama olmaksızın bilgilerini ve gerçekleri yayma özgürlüğünü bünyesinde bulunduran akademik özgürlüğün önemini vurgulamıştır. AIHM'ne göre bu özgürlük akademik veya bilimsel araştırmalarla sınırlı değildir, aynı zamanda akademisyenlerin araştırma, mesleki uzmanlık ve yetkinlik alanlarında tartışmalı veya popüler olmasa bile görüşlerini ve görüşlerini özgürce ifade etme özgürlüğünü de kapsar. Bu, kamu kurumlarının belirli bir siyasi sistemdeki işleyişinin incelenmesini ve eleştirilmesini içerebilir⁹⁷.

Bu noktada, aynı şekilde Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin akademik özgürlüklere ilişkin tavsiye kararının 4. maddesindeki ilkeleri de göz önünde tutmak gerekmektedir⁹⁸. Bu tavsiye kararının 4.1. maddesinde "akademik özgürlük, araştırma ve öğretimde ifade ve eylem özgürlüğünü, bilgiyi iletme özgürlüğünü ve hiçbir sınırlandırma olmaksızın bilgiyi ve hakikati araştırma ve yayma özgürlüğünü güvence altına almalıdır" denilmiştir. Tavsiye kararının 4.3. maddesi ise "Tarih[in] akademik özgürlüğe ve üniversitelerin özerkliğine yapılan müdahalelerin entelektüel alanda gerilemeye ve

96 Selahattin Demirtaş/Türkiye (No. 3), no. 8732/11, § 31, 09/07/2019 [*benüz kesinleşmemiştir*].

97 Mustafa Erdoğan ve Diğerleri/Türkiye, no. 346/04, 39779/04, § 40, 27/05/2014; Sorguç/Türkiye, no. 17089/03, § 35, 23/09/2009.

98 Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin 1762 (2006) sayılı akademik özgürlüğünün korunmasına ilişkin tavsiye kararı, madde 4, <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML-2HTML-EN.asp?fileid=17469&lang=en> (Erişim: 13.07.2019).

dolayısıyla ekonomik ve sosyal durgunluğa neden olduğunu göster[-diğini]” ortaya koymaktadır.

Bu çerçevede, akademisyenin akademik faaliyetlerinin esasını düşünce ve fikir üretmek olduğu göz önüne alındığında, keyfi ve orantısız müdahalelere karşı özel olarak korunmaları gerektiği ve yerel makamların bu özgürlüğe yönelik uygulanacak müdahalelerde daha titiz bir tavır içinde bulunmaları ve bu müdahalelerde zorlayıcı acil sosyal ihtiyacın neden var olduğunu yeterli ve uygun gerekçelerle ortaya koymaları gerekir. Aksi takdirde, ifade özgürlüğü kapsamında garanti altına alınan akademik özgürlük ihlal edilmiş olacağı gibi, bu tedbirlerin özellikle de terörle mücadele tedbirleri kapsamında keyfi uygulanması tüm akademik camia üzerinde, sansür, baskı ve caydırıcı bir etki tehlikesi yaratabilecektir.

iii. Ölçülülük Kriteri

AİHM, demokratik toplumda gereklilik incelemesinde, ilk derece mahkemelerin ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleye gerekçe gösterdikleri nedenlerin yeterli ve uygun olup olmadığını incelerken, son tahlilde, uygulanan cezaların özellik ve ağırlıklarının müdahalenin orantılı olup olmadığını değerlendirilmesi hususunda da dikkate alınması gereken etkenler olduğunu belirtmektedir. Bu noktada, verilen cezaların türü ve süresi dikkate alınması gereken unsurlardır⁹⁹.

AİHM'nin yerleşik içtihadına göre, egemenlik hakkını kullanma konumunda bulunan devlet organlarının, karşıt görüşte olanların veya medyanın haksız eleştirilerine ve saldırılarına cevap vermek için, özellikle başkaca imkânlarının olduğu durumlarda, cezalandırma yolunu seçerken daha çekinceli davranmak zorundadır¹⁰⁰.

Bu çerçevede, AİHM, şiddet içerikli olmayan barışçıl ifade biçimlerinin hapis cezası verilmesi tehdidinde tabi kılınmaması gerektiğini değerlendirmektedir¹⁰¹.

99 *Pek çok karar arasında, Ceylan/Türkiye, §37; Başkaya ve Okçuoğlu/Türkiye, § 66.*

100 *Dilipak/Türkiye, § 70-72.*

101 *Murat Vural/Türkiye, no. 9540/07, § 67, 21/10/2014.*

2. Anayasa Mahkemesi'nin Yaklaşımı

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 26. maddesinde yer alan ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumun zorunlu temellerinden olduğunu, toplumun ilerlemesi ve her bireyin gelişmesi için gerekli temel şartlardan birini oluşturduğunu pek çok kez ifade etmiştir¹⁰². Anayasa Mahkemesi de AIHM içtihadı ile aynı doğrultuda, demokratik toplumun temellerinden olan ifade özgürlüğünün sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen ifadeler için değil, Devletin veya toplumun bir bölümünü eleştiren, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden ifadeler için de geçerli olduğunu benimsemiş ve bunların demokratik toplum düzeninde geçerli olan çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleri olduğunu kararlarında vurgulamıştır.¹⁰³ Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi uygulamasına göre de, ifade özgürlüğüne yapılan ve Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen güvencelere uygun olmak kaydıyla birtakım sınırlamalara tabi müdahalenin gerekçelerinin inandırıcı, başka bir deyişle ilgili ve yeterli olmaları gerekir¹⁰⁴.

Aynı doğrultuda, temel hak ve özgürlüklere yönelik bir müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun kabul edilebilmesi için zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılaması ve orantılı olması gerekir. Anayasa Mahkemesi'nin de kararlarında AIHM'nin yukarıda detaylandırdığımız demokratik toplumda gereklilik incelemesini yerine getirdiği gözlemlenmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin de, düşünce açıklamalarına ilişkin söz veya metinlerin bütünüyle ele alındığında şiddeti teşvik edip etmediğinin belirlenmesi için, söz ve açıklamalarda kullanılan terimlerin ve hangi bağlamda yazıldıklarının dikkate alınmasının uygun olacağı yönündeki AIHM içtihadına atıf yaptığı ve yerel mahkeme gerekçelerinin "ilgili ve yeterli" olup olmadığının değerlendirilmesini yaptığı gözlemlenmektedir¹⁰⁵. Anayasa Mahkemesi'nin de siyasi tartışma

102 **Bekir Coşkun [GK]**, no. 2014/12151, § 34-36, 04/06/2015; **Mehmet Hasan Altan**, no. 2016/23672, § 212, 11/01/2018.

103 **103 Mehmet Ali Aydın [GK]**, no. 2013/9343, § 69, 04/06/2015.

104 **Bekir Coşkun**, § 58; **Mehmet Hasan Altan**, §213.

105 **Fatih Taş**, no. 2013/1461, § 100-101, 12/11/2014; *barışçıl bir gösteri veya basın açıklaması nedeniyle verilen ceza yaptırımını açısından uygulanabildiği ölçüde Mustafa Demiraydın*, no. 2015/1051, § 46-47, 21/3/2019.

özgürlüğünün “tüm demokratik sistemlerin temel ilkesi” olduğu göz önüne alındığında, siyasi ifade özgürlüğüne ayrıca önem vermek gerekirken olduğu vurgulamaktadır¹⁰⁶. Müdahalenin demokratik toplumda gerekliliği incelenirken, son tahlilde, uygulanan müdahalenin orantılı olup olmadığına, diğer bir deyişle, sınırlamayla ulaşıl- mak istenen meşru amaç ile başvuru sınırlama tedbiri arasında dengesizlik bulunmamasına işaret ettiği görülmektedir.

3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun 7. maddesi kapsamında Anayasa Mahkemesi tarafından ele alınan başvurulara bakıldığında, genel olarak toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı çerçevesinde değerlendirilmiş olduğu gözlemlenmektedir. Ferhat Üstündağ başvurusunda, Anayasa Mahkemesi başvuruçunun PKK terör örgütünün üyesi veya destekçisi olduklarını belli edecek davranışlarda bulunduğunu, PKK terör örgütünün propagandasını yaptığını, söz ve davranışlarıyla bir bütün olarak güvenlik güçlerine karşı şiddeti teşvik ettiğini tespit etmiş ve toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına yapılan müdahaleyi demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olarak değerlendirmemiştir¹⁰⁷. Bu başvuruda yapılan değerlendirmenin içeriği gözetildiğinde, Anayasa Mahkemesi’nin de AİHM gibi, eylemlere bir bütün olarak bakarak, bunların şiddet içerip içermediğine ilişkin değerlendirme yapmakta ve ilk derece mahkemelerinin de gerekçelerinin cezalandırmanın demokratik toplumda gerekli olup olmadığı konusundaki değerlendirmesinde önem atfetmekte olduğu gözlemlenmektedir.

Bu çerçevede, yayımlanan bir kitap nedeniyle, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu’nun 7. maddesi uyarınca adli para cezası ile cezalandırılan bir diğer başvuru ile ilgili olarak, kitabın bir bütün olarak incelendiğinde şiddeti övmediği, kişileri terör yöntemlerini benimsemeye başka bir deyişle şiddet kullanmaya, nefrete, intikam almaya veya silahlı direnişe tahrik ve teşvik etmediği tespit edilmiş, kamu otoriteleri veya toplumun bir kesimi için hoş olmayan düşüncelere, şiddeti teşvik etmediği, terör eylemlerini haklı göstermediği ve nefret duygusunun oluşmasını desteklemediği sürece sınırlama

106 Bekir Coşkun, § 64.

107 Ferhat Üstündağ, no. 2014/15428, § 82 vd., 17/07/2018.

getirilemeyeceği sonucuna varılmıştır¹⁰⁸. Benzer bir başka başvuruda ise, kitabın yazarının ve hitap ettiği kişilerin kimliklerinin, kitapta ifade edilen düşünce ve kanaatlerin kitabın değerlendirilmesinde bir bütün olarak göz önünde bulundurulması, söz konusu düşüncelerin içeriğine ve hangi bağlamda dile getirildiğine dikkat edilmesi gerektiğine vurgu yapılmıştır¹⁰⁹.

Anayasa Mahkemesine göre, AİHM içtihadı ile uyumlu biçimde, demokratik toplumda gereklilik değerlendirmesi yapılırken müdahaleye gerekçe gösterilen ifadelerin hangi bağlamda kullanıldığı da göz ardı edilmemeli ve söz konusu ifadeler -bağlamından koparılarak- tek başına değerlendirilmemelidir¹¹⁰. Bir diğer taraftan, ifadeyi kullananın sorumluluğu belirlenirken söz konusu ifadeye, objektif bir gözlemcinin verebileceği anlamın ötesinde anlamlar yüklenmemelidir. Bu çerçevede olgusal bir temelden yoksun olan tahmin ve varsayımlardan kaçınılmalıdır¹¹¹. Bu yönde bir değerlendirme yapılmadığının en önemli gösterge ve garantisi de, ilk derece mahkemelerinin gerekçelerinin yeterli ve uygun olup olmadığıdır. Anayasa Mahkemesine göre de, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olma ve ölçülük yönünden kamu makamlarının belirli bir takdir aralığı bulunmaktadır. Bununla birlikte bu takdir yetkisinin kullanımı sonucu ifade ve basın özgürlüklerine müdahalede bulunulurken kamu makamlarının anılan hususlarda “ilgili ve yeterli” gerekçeyi göstermeleri zorunludur.¹¹²

Bu noktada, 3713 sayılı Kanun’un 6. maddesinin ikinci fıkrası gereğince adli para cezası ile ayrı ayrı cezalandırılmalarına karar verilen başvurucular hakkında incelediği bir başvuruda, Anayasa Mahkemesi, kamu otoriteleri veya toplumun bir kesimi için hoş olmayan düşüncelere, şiddeti teşvik etmediği, terör eylemlerini haklı göstermediği ve nefret duygusunun oluşmasını desteklemediği süreç sınırlama getirilemeyeceğini bir kez daha vurgulamış, başvuruya

108 **Fatih Taş**, §106-108.

109 **Abdullah Öcalan**, no. 2013/409, § 100-101, 25/06/2014.

110 **Şahin Alpay**, no. 2016/16092, §129, 11/01/2018; **Nihat Zeybekçi**, no. 2015/5633, § 36, 08/05/2019; **Özhaseki**, no. 2015/4972, § 24, 08/05/2019; **Nilgün Halloran**, no. 2012/1184, §52, 16/07/2014; **Fatih Taş**, §99; **Bekir Coşkun**, § 62.

111 **Şahin Alpay**, § 130; **Ali Suat Ertosun**, no. 2013/1047, § 60, 15/04/2015; **Bekir Coşkun**, §63.

112 **Şahin Alpay**, § 133; **Mehmet Ali Aydın**, § 76.

konu haberinin yayınlanmasının tek başına “terör örgütünün açıklamalarını yayınlamak” suçunu oluşturduğunun kabul edilmesi ve bu nedenle de başvurucular hakkında kovuşturmanın ertelenmesi kararı verilmesinin gerekçesi de ilgili ve yeterli gerekçeler sayılmamıştır¹¹³.

Bu çerçevede, 3713 sayılı Kanun’un 7. maddesi kapsamında terör propagandası konusunda Anayasa Mahkemesi’nin karar bağladığı son başvuru, Ayşe Çelik davasıdır¹¹⁴. Bir televizyon programında sarf ettiği ifadeler nedeniyle terör örgütü propagandası yapmak suçundan mahkûmiyetine hükmedilerek hapis cezasıyla cezalandırılan başvurucunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahale açısından yaptığı incelemede Anayasa Mahkemesi, her ne kadar 3713 sayılı Kanun’un 7. maddesinin 2 numaralı fıkrasının kanunilik şartını karşıladığını ve başvurucunun cezalandırılmasına ilişkin kararın terör örgütü ve terörizmle mücadele kapsamında kamu düzeninin korunmasına yönelik önlemlerin bir parçası olduğu ve meşru bir amaç taşıdığını değerlendirilmiş olsa da, AİHM içtihadı ile paralellik gösteren demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk incelemesinde, terörle mücadeleye bağlı zorlukları da göz önüne alarak, ifadenin, içeriği ve bağlamı içinde değerlendirilmesi gereğine ve ilk derece mahkemelerinin gerekçelerinin yeterli ve uygun olup olmadığına büyük önem atfetmiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin değerlendirmesine göre, terör veya terör örgütü ile bağlantılı olsa bile, içinde şiddete başvurmayı cesaretlendirici ifadeler yer almayan, terör suçlarının işlenmesi tehlikesine yol açmayan düşünce açıklamaları, terör örgütünün ideolojisi, toplumsal veya siyasal hedefleri, siyasal, ekonomik ve sosyal sorunlara ilişkin görüşleri ile paralellik taşısa dahi, terörizmin propagandası olarak kabul edilemez. Toplumsal ve siyasal ortama veya sosyoekonomik dengesizliklere, etnik sorunlara, ülke nüfusundaki farklılıklara, daha fazla özgürlük talebine veya ülke yönetim biçiminin eleştirisine yönelik düşüncelerin - Anayasa Mahkemesinin daha önce ifade ettiği

113 Ali Gürbüz ve Hasan Bayar, no. 2013/568, § 68-70, 24/06/2015.

114 Ayşe Çelik, no. 2017/36722, 09/05/2019.

gibi devlet yetkilileri veya toplumun önemli bir bölümü için rahatsız edici olsa bile- açıklanması, yayılması, aktif, sistemli ve inandırıcı bir şekilde başkalarına aşılması, telkin ve tavsiye edilmesi ifade özgürlüğünün koruması altındadır¹¹⁵.

Somut olaya ilişkin değerlendirmesinde, terörle mücadelenin zorlukları ile birlikte terör bağlamında yapılan açıklamaların karmaşıklığı ve muğlaklığı söz konusu olduğunda, düşünce açıklamalarının şiddete teşvik mahiyetinde olup olmadığı yönündeki değerlendirmenin ancak açıklamanın yapıldığı bağlama, açıklamada bulunan kişinin kimliğine, açıklamanın zamanına ve muhtemel etkilerine, açıklamadaki diğer ifadelerin tamamına bir bütün olarak bakılarak yapılması gerektiği gözden uzak tutulmamalıdır¹¹⁶.

Anayasa Mahkemesi'ne göre, sarf edilen bazı görüş ve ifadeler kamu gücünü kullanan organlar nazarında inciltici, yaralayıcı ve kabul edilemez görülse bile hukukun üstünlüğüne dayanılarak oluşturulan demokratik bir toplumda, kurulu düzene karşı çıkan veya başta kamu gücünü kullanan organların eylemlerini eleştiren fikirler serbestçe açıklanmalıdır¹¹⁷. Bu noktada, AİHM de yerleşik içtihatlarında düşünce açıklamalarına ilişkin söz veya metinlerin bütünüyle ele alındığında şiddeti teşvik edip etmediğinin belirlenmesi için, söz ve açıklamalarda kullanılan terimlerin ve hangi bağlamda yazıldıklarının dikkate alınmasının uygun olacağını her zaman vurgulanmış olduğunu ve Anayasa Mahkemesi'nin de bu içtihat ile uyumlu değerlendirme yaptığını ifade etmek gerekir¹¹⁸.

Anayasa Mahkemesi'nin Ayşe Çelik kararında, başvurucunun sözlerinin PKK terörünün övülmesi, terörizme destek gösterisi, şiddet kullanımına veya silahlı direnişe ya da başkaldırıya doğrudan veya dolaylı olarak teşvik olarak nitelendirilemeyeceği kanaatinde olduğunu belirtmekte fayda vardır. Zira söz konusu Ayşe Çelik başvurusuna konu konuşma içeriği itibariyle, bir bütün olarak değerlendirdiğinde, Barış İçin Akademisyenler Bildirisi içeriği, aynı amaçla ifade edilmiş

115 Ayşe Çelik, § 44.

116 Ayşe Çelik, § 50; aynı doğrultuda, Abdullah Öcalan, §§ 100-101; Ali Gürbüz ve Hasan Bayar, § 64; Mehmet Ali Aydın, § 77.

117 Ayşe Çelik, § 53.

118 Mehmet Ali Aydın, § 77.

görüş açıklamaları olarak benzerlik taşımaktadır. Kıyasen uygulamanın mümkün olduğu ölçüde dikkate aldığımız Anayasa Mahkemesi'nin Ayşe Çelik başvurusu özelindeki değerlendirmesi, ilgili akademisyenlerin ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin değerlendirilmesinde izlenecek yol açısından da yol gösterici bir nitelik taşımaktadır¹¹⁹.

3. Değerlendirme

Somut olayda mahkûmiyet kararları AİHM ve AYM içtihatları ışığında değerlendirildiğinde, ilgili akademisyenlerin mahkûmiyetine esas teşkil eden bildiriye geçen bazı kelimelerin “cimbızlanmak” ve metinde anlatılan fikrin bütününden kopartılarak TMK'nın 7/2. maddesi kapsamında 15 ila 36 ay aralığında değişen hapis cezalarıyla cezalandırılmalarının acil bir sosyal ihtiyaca cevap vermediği gözlemlenmektedir. Bu durum Anayasa Mahkemesi'nin önemle vurguladığı “ifadenin bağlamı içinde, bütününden kopartılmadan değerlendirilmesi” ve “objektif bir gözlemcinin verebileceği anlamın ötesinde anlamlar yüklenmemesi” kriterleri ile bağdaşmamaktadır.

Öte yandan, inceleme konusu başvuruya neden olan mahkûmiyet kararlarının bir kısmının gerekçelerinde ihlal bulunmayan *Sürek (3), Medya FM Reba Radyo ve İletişim Hizmetleri A.Ş., Zana* gibi bazı AİHM kararlarından örnekler verilmiş olduğu görülmektedir. Bununla birlikte, bu kararlarda yer alan ifadelerin başvuru konusu bildirinin özelinde ne şekilde “şiddete teşvik, ayaklanmaya teşvik veya nefret söylemi” olarak nitelendirilebileceği açıklanmamıştır. Aksine, sadece bazı kelimelerin metinden bağımsız olarak değerlendirilerek metnin bütünü itibariyle propaganda teşkil ettiğine kanaat getirildiği görülmektedir.

Geneli itibariyle tüm mahkûmiyet karar ve gerekçeleri benzerdir. Mahkûmiyet kararlarında; metnin yayımlanması sonrasındaki şiddet eylemlerinin artmasına nasıl katkıda bulunabileceğine ve/veya kamuoyu üzerinde herhangi bir etkisinin olup olmadığına, başvuruların akademisyen kimliğine hiç değinilmemiştir. Mahkûmiyet kararları akademik özgürlüğü de kapsayan ifade özgürlüğüne yönelik hapis cezası içeren bir müdahalenin nasıl bir acil sosyal ihtiyaca ce-

119 Özellikle bkz. Ayşe Çelik, § 57.

vap verdiğine ve demokratik bir toplumda neden gerekli olduğuna ilişkin somut bir değerlendirme ihtiva etmemektedir.

Mahkûmiyet kararlarında atıf yapılan bazı AİHM kararlarına özel olarak bakıldığında, bunlardan biri o dönemin Diyarbakır Belediye başkanı olan başvuru tarafından, bölgede PKK tarafından gerçekleştirilen saldırılar sırasında, ulusal büyük gazetelerden birine verdiği röportajın içeriğinin bir bütün halinde değerlendirildiği ve bölgede zaten var olan çatışma ortamını daha da ağırlaştıracağı gerekçesiyle verilen mahkûmiyet kararının ifade özgürlüğünü ihlal etmediğine ilişkin bir karar¹²⁰, diğeri ise bir radyo programı sırasında yayınlanan şarkı ve kullanılan sözlerin özellikle sert, kışkırtıcı ve hatta kin uyandırıcı bir anlam taşıdığı, sözlerin içeriğini ve tonlamasını gözlemleyerek, söz konusu programlarda eylem araçları olarak şiddet ve kuvvet kullanımına çağrı ve teşvik bulunduğu kabul edilemez bulunan bir başvurudur¹²¹. Zikredilen bir diğer kararda ise, başvuruya konu “*Topyekûn bir bağımsızlık mücadelesi başlatmak istiyoruz*” şeklindeki ifade nedeniyle¹²², silah kuvvetinin kullanılması için çağrıda bulunduğu değerlendirilmiştir. Ancak, bu kararlara atıf yapan ilk derece mahkemeleri, aynı tarihte verilmiş olan ve AİHM tarafından sert ve saldırgan eleştiri içeren bazı ifadelerin kullanıldığının da tespit edilmiş olduğu ancak şiddete çağrı barındırmaması nedeniyle ifade özgürlüğü kapsamında korunmuş olan makalelere ilişkin Sürek (4) kararından¹²³ ve yukarıda atıf yapılan benzer diğer yerleşik içtihatlardan somut olay bazında neden ayrıldığına ilişkin herhangi bir gerekçeye yer vermemiştir.

120 Zana, §, 60; aksi yönde Incal, § 58.

121 Medya FM Reha Radyo ve İletişim Hizmetleri A.Ş [k.k.], no. 32842/02, 14/11/2006, başvuruya konu ifadeler: “(...) bu dişe diş kana kan mücadelede, ezilenler hesap verilmesini isteyecektir; zalimler dökülen her gözyaşı içinde boğulacaklar (...)” “(...) Sen güzelsin (Kürdistan) dağları tırmanan sadık ve gümüşten avuçları içinde elinde kalaşnikof olan gençlerinle (...)” “Bu dava için (İslam’ın üstün davası), binlerce hayat, baş feda olacak (...) Bu mücadele kana kan mücadelesidir. Ezilenler hesap soracaklar”. Orijinal dildeki versiyonu için: “dans cette lutte de sang pour sang, dent pour dent, les opprimés demanderont des comptes; dans chaque larme versée, les cruels se noieront (...)» «(...) Tu es beau (Kurdistan) avec tes adolescents loyaux qui escaladent les montagnes et qui ont à la main une kalachnikov, dans la paume de l’argent (...)» «(...) Pour cette cause (la cause supérieure de l’Islam), que des milliers de vie, de têtes soient sacrifiées (...) Cette lutte est une lutte de sang pour sang. Les opprimés demanderont des compte”.

122 Sürek/Türkiye (No. 3) [BD], no. 24735/94, § 40, 08/07/1999.

123 Sürek/Türkiye (No. 4), § 58; aynı yönde Mehmet Ali Aydın, § 82.

V. GENEL DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

İfade özgürlüğü, demokratik bir toplumun temel taşı olup özellikle muhalif görüşlerin desteklenmesi ve yayılması bakımından kendini gösterir. Bu nedenle Terörle Mücadele Kanunu madde 7/2'nin insan hakları ve ceza hukukunun temel ilkeleri ile sıkı bir şekilde uyumlu olarak yorumlanması ve uygulanmasını sağlamak, mahkemelerin görevidir. Yasa hükmü, maddenin geniş ve öngörülemez bir uygulama yaratmasını engelleyecek şekilde ve en geniş biçimde özgürlükler lehine yorumlanmalıdır.

Kaldı ki, ifade özgürlüğü sadece düşüncelerin soyut bir şekilde yayılması ve açıklanmasını değil, aynı zamanda, aktif, sistemli ve inandırıcı bir şekilde başkalarına aşılmasını, telkin ve tavsiyesini, yani propagandasını da içermektedir.¹²⁴ Ceza hukuku bağlamında yasaklanan ise bu şiddeti teşvik edecek nitelikte düşünce açıklamaları yapılmasıdır. Bu itibarla Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 23.11.2004 tarihli kararında yer alan aşağıdaki yaklaşımı çok önemlidir¹²⁵:

“İfade hürriyeti kapsamının genişletildiği uygar dünyada, bir sosyolojik gerçeği hatırlamakta da yarar vardır; söyleyeni hapsedilmekle dillendirilmesinden vazgeçilen hiçbir düşünceye tarihin tanıklığı olmamıştır. Aksine, en zararlı düşünceler dahi, söyleyeni mahkûm edildiğinde, ya merak saiki ya da acıma duygularıyla yandaş bulmuş veya çoğu kez illegalite karanlığına inerek kontrolsüz bir gelişime kavuşmuştur. Açıkça söylenebilenler ise, karşı görüşün yenilgisiyle etkisizleşmiş, demokrasilerin çoğulculuğu ortamında zararlılık ölçüsünü yitirmiştir.”¹²⁶

124 **Özlem Yenerer Çakmut**, “Ceza Hukukunda Propaganda ve Düşünce Özgürlüğü”, Prof. Dr. Sahir Erman'a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, No. 8, 1999, s. 135-136.

125 **Yalçın**, Rapor

126 “Düşünceleri mahkûmiyetlerle durdurarak korunmayı yeğleyen bir “kamu düzeni”nin, çelişen düşünceleri bir arada yaşatmaya ve hoşgörü ile değerlendirmeye alışan “kamu düzeni”nden üstün olamayacağı ve tercih edilemeyeceği, zihinlere nakşedilmelidir.

...

Çoğu kez, devletin yönetim gücünü yedinde bulunduran ve bu yetkiyle “resmi ideoloji” adı altında birçok düzenlemeyi “uyulması zorunlu kurallar bütünü” olarak halka dayatıp “korunması gereken düzen” namıyla hukukun himayesi altına almış olanların, halkını ya durağanlığa, ya da geri kalmışlığa mahkûm ettiği gerçeği hatırlanmalıdır.

Yakın tarihimiz yeniden hatırlanmalı; “Devlet düzeni” olarak kabul olunan ve doğru sayılıp “kamu düzeni” namıyla korunan nice “resmi ideolojinin”, olağan ya da ara rejimlerle değiştirildiği, yerine ikame edilenlerin yine “Devlet düzeni” adı altında “yeni doğrular” olarak

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yerleşik içtihadına göre de düşünce açıklamaları şiddeti teşvik etmiyorsa, bir başka ifadeyle, şiddet yollarına başvurmayı veya kanlı eylemleri tavsiye etmiyor, taraftarlarının hedeflerini gerçekleştirmek için terör eylemleri yapılmasını haklı göstermiyor ve belli kişilere karşı derin ve akıl dışı bir kin saikiyle şiddet yoluna başvurmayı teşvik edecek şekilde yorumlanamıyorsa sözleşmecî devletler, AİHS'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında sayılan amaçları, yani ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi amaçlarını ileri sürerek bile kamuoyunun bu görüşleri öğrenme hakkını kısıtlayamazlar.¹²⁷

Anayasa Mahkemesi'nin, şimdiye kadar benzer başvurularda benimsediği hukuki bakış açısının da, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin terörle mücadele tedbirlerinin ifade özgürlüğü üzerindeki etkilerine ilişkin yerleşik olan içtihadına paralel olduğu gözlemlenmiştir. Anayasa Mahkemesi bu raporda incelenene benzer bir olaya ilişkin vermiş olduğu **Ayşe Çelik kararında** TMK'nın 7/2. maddesi kapsamında verilen mahkûmiyetin gerekçelerinin yeterli ve uygun olup olmadığına özel bir önem atfetmiş, terörle mücadeleye ilişkin kaygıları göz ardı etmemiş; başvurusunun cezalandırılmasının keyfi ve ifade özgürlüğüne yönelik acil bir sosyal ihtiyaca cevap vermediğini belirlerken, esas itibarıyla, bir bütün olarak ele aldığı ifadelerin, şiddete ya da ayaklanmaya teşvik içerip içermediğini dikkatle incelemiştir.

Ayşe Çelik başvurusunda, ikincil destekleyici kaynak olarak atıf yapılan 6/5/2005 tarihli Avrupa Konseyi Terörizmin Önlenmesi Sözleşmesi ve Açıklayıcı Raporu ve AİHM'nin içtihatları çerçevesinde; TMK 7/2. maddesinin geniş ve muğlak içeriği ve ilk derece mahkemelerinin terör propagandasının bir tehlike suçu olarak düzenlenmesinden hareketle ayrıca şiddete teşvik değerlendirmesi yapma-

hukukun koruması kapsamına alındığı, bunların da bilahare yerini yenilerine terk ettiği hatırlanmalı, bu değişimleri benimseyenlerle, benimsemeyip cesaretle eleştirenlerin oluştura geldiği Kamu'nun, birlikte yaşama zorunluluğu ve yararı düşünülmeli, halkı farklı tercihlerden soyutlamanın ve yönetenlerin düşünceleri doğrultusunda kabule zorlamanın olanaklı bulunmadığı, bu nedenle "de kamu düzeni" kavramının ideolojik "Devlet düzeni" ile her zaman örtüşmediği sonucuna varılmalıdır." YCGK., 2004/130 E., 2004/206 K., 23.11.2004.

127 **Süreç/Türkiye** (No. 4), § 60; **Nedim Şener/Türkiye**, § 116; **Şık/Türkiye**, no. 53413/11, § 116, 08/07/2016; **Dilipak/Türkiye**, no. 29680/05, § 62, 15/09/2015; **Gerger/Türkiye**, § 51

dan, yeterli ve uygun gerekçe taşımayan kararlarla, aşırı derecede ağır cezalara hükmedilebilmesi tehlikesine işaret edilmiştir. Dolayısıyla, bu içerikteki bir kanuni düzenlemenin, her biri akademisyen olan imzacıların, ifade özgürlüğü şemsiyesi altındaki akademik özgürlükleri çerçevesinde yalnızca imza verdikleri bildiriye doğrudan uygulanması öngörülebilirlik açısından da sorun oluşturmaktadır. Bu kanun düzenlemesinin, her somut olay bazında herhangi bir gereklilik incelemesi yapılmaksızın - otomatik olarak - uygulanması, en başta her türlü barışçıl düşüncenin serbestçe ifade edilebilmesi üzere demokratik bir toplumdaki çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik ilkeleriyle bağdaşmayacaktır. Bir kez daha vurgulamak gerekir ki, Anayasa Mahkemesi birçok kararında -AİHM kararlarına atıfla-, ifade özgürlüğünün yalnızca lehte olduğu kabul edilen veya zararsız ya da önemsiz görülen bilgi veya fikirler için değil, toplumun hoş görmediği veya devletin aleyhinde olanlar, onları rahatsız eden fikirler için de geçerli olduğunun altını çizmiştir.

İlgili akademisyenler hakkındaki mahkûmiyet kararları ile esasen, Anayasa madde 90/5 atfı uyarınca ulusal makamların uygulamak yükümlülüğünde olduğu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ile hak ve özgürlüklere ilişkin aynı temel ilkeleri benimsemiş olan Anayasa Mahkemesi'nin içtihatları göz ardı edilmiştir. Bu durumun tespit edilmemesi, ilk derece mahkemelerinin önlerine gelecek olan benzer davalarda da hukuki olmayan yetersiz gerekçelerle ve gereklilik incelemesine başvurmaksızın mahkûmiyet kararları vermelerine ve dolayısıyla bireyler üzerinde baskı oluşturmaya devam etmelerine yol açacaktır. Yine böyle bir değerlendirme sadece ilgililerin değil, fakat tüm akademisyenlerin fikirlerini açıklamalarının önünde caydırıcı bir etki yaratacaktır ki, bunun bilimsel ve toplumsal gelişmeye olan muhtemel etkisi açıklanmaya muhtaç değildir.

Bilindiği üzere ifade özgürlüğünü kullanarak kamusal tartışmaya katkı sağlayan herkes, basının yararlandığı yüksek korumadan yararlanmaktadır. Ancak, söz konusu akademik çalışma yapan bilim insanları olduğunda, mahkemelerin titiz bir denetim yapması ifade özgürlüğü kapsamında devlete düşen pozitif koruma yükümlülüklerinin de bir parçasıdır. Özellikle de, akademik özgürlük kapsamında ele alınması gereken ve demokratik bir toplumda kamuoyunu

ilgilendiren bahse konu bildirin, bir bütün olarak verdiği mesajın, şiddete tahrik edip etmediği, daha sonrasında kamuoyu üzerinde şiddet içerikli olaylara sebebiyet verecek bir etkiye sahip olup olmadığı ve bildirin bu kapsamda sadece akademik çalışma yürüten kişilerce imzalanmış olması değerlendirilmeden mahkemelerce verilmiş olan mahkûmiyet kararları ceza hukukunun *ultima ratio* niteliği ve insan hakları ilkeleri ile bağdaşmamaktadır.

Sonuç olarak Türk Ceza Hukuku Derneği'nce hukuki incelemesi talep edilen "Bu suça Ortak Olmayacağız" başlıklı bildirin ifade özgürlüğü kapsamında hukuka uygun olarak değerlendirilmesi gerektiği, yukarıda açıklanan hususlar gözünde bulundurularak, ilk derece mahkemelerinin hukuki olmayan, tekdüze ve yetersiz gerekçeleriyle vermiş oldukları mahkûmiyet kararlarıyla ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik toplumda acil bir sosyal ihtiyaca cevap vermediği, her ihtimalde uygulanan hapis cezalarının ağırlığı nedeniyle ölçüsüz oldukları kanaatine ulaşılmış bulunmaktayız.

KAYNAKÇA***Kitaplar ve Makaleler***

- Abdurrahman Eren**, “Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri”, *Anayasa Yargısı* 33 (2016)
- Ahmet Cemal Ruhi**, *Türk Ceza Kanunu ve Terörle Mücadele Kanunu Çerçevesinde Terör Örgütleri, Terör Suçları ve Örgütlü Suçlar*, Oniki-levha, İstanbul 2018
- Albin Eser**, “Bireysel Ceza Sorumluluğu”, in Antonio Cassese, Paola Gaeta ve John Jones (eds), *Uluslararası Ceza Mahkemesi’nde Roma Tüzüğü: Bir Yorum* (OUP 2002)
- Aras Türay**, “Alkollü Araç Kullanmak Suretiyle Trafik Güvenliğini Tehlikeye Sokma Suçu Bakımından Mutlak Karine Sisteminin Değerlendirilmesi”, *Suç ve Ceza Dergisi*, Yıl: 2016, Sayı: 1-2, İstanbul 2017
- Ayhan Önder**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt: II, 1. Baslı*, İstanbul 1989
- Bahri Öztürk - Mustafa Ruhan Erdem**, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 16. Baskı, Ankara 2016
- Bülent Tanör**, *Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası*, İstanbul 1969
- Can Çelik**, *Terörizmin Propagandası Suçu*, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2014
- Çetin Özek**, “1997 Türk Ceza Yasası Tasarısına İlişkin Düşünceler”, *İÜ-HFM*, Cilt: 56, Sayı: 1-4
- Çetin Özek**, “Devletin Korunması Terörle Mücadele Yasası ve Bilgilendirme Hakkı, Değişen Dünyada İnsan, Hukuk ve Devlet”, *Edip F. Çelik’e Armağan*, İstanbul 1995
- Çetin Özek**, 141-142, İstanbul 1968
- Çetin Özek**, *Türk Baskın Hukuku*, İstanbul 1978
- Erkan Sarıtaş**, *Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları (TCK m. 220 - 221)*, İstanbul 2018
- Fatma Karakaş Doğan**, *Cezanın Amacı ve Hapis Cezası*, İstanbul 2010
- Hakan Hakeri**, “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 69, Yıl: 2007
- Haluk Toroslu**, *Ceza Müeyyidesi*, Ankara 2010
- Hamide Zafer**, *Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75*, 6. Baskı, İstanbul 2016

- J. A. C. BROWN**, Siyasal Propaganda, İstanbul 1992
- Kemal Şahin**, İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü, İstanbul 2009
- Köksal Bayraktar**, Suç İşlemeğe Tahrik Cürmü, İstanbul 1977
- Mehmet Emin Artuk - Ahmet Gökçen - Mehmet Emin Alşahin - Kerim Çakır**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- N. Kaan Karcılıoğlu**, “Demokratik Sistemin Unsuru Olarak İfade Özgürlüğü ve Ceza Hukukunun Etkisi”, Uğur Alacakaptan’a Armağan (Der: **Mehmet Murat İnceoğlu**), Cilt: 1, İstanbul 2008
- Osman Can**, “Kutsallar’ ve Düşünce Özgürlüğü - TCK 301. Madde”, *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl: 2, Sayı: 5, Aralık 2007
- Ozan Ercan Taşkın**, “Son Çare (Ultima Ratio) Olarak Ceza Hukuku”, T.C. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2016, Sayı: 1
- Önder Tozman**, Suç İşlemek İçin Örgüt Kurma Suçu, Ankara 2015
- Özlem Yenerer Çakmut**, “Ceza Hukukunda Propaganda ve Düşünce Özgürlüğü”, Prof. Dr. Sahir Erman’a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim, Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı Yayını, No. 8, 1999
- Salih Özkan**, Ceza Hukukunda Önemsizlik, İstanbul 2018
- Selahattin Keyman**, “Tipiklik ve Ceza Hukuku”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 37, Sayı: 1-4, Yıl: 1980
- Sulhi Dönmezer - Köksal Bayraktar**, Basın Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2013
- Sulhi Dönmezer - Sahir Erman**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt: I, 12. Baskı, İstanbul 1997
- Sulhi Dönmezer**, “Dini Cemiyet Teşkili ve Din Propagandası”, İHFM., C. XVII, S. 1-2
- Timur Demirbaş**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2014
- Tuğrul Katoğlu**, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Ankara 2003
- Türkan Yalçın Sancar**, Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları, 2. Baskı, Ankara 2006
- Uğur Alacakaptan**, “Fikir ve Düşünce Özgürlüğü ve Tehlike Suçları, Çağdaş Batı Hukukunda Bu Konudaki Düşünce ve Uygulamalar”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, Cilt: 2, Yıl: 2000
- Ulaş Karan**, “İfade Özgürlüğü Hakkı”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Edit. **Sibel İnceoğlu**), İstanbul 2013
- Vesile Sonay Daragenli**, Tehlike Suçları, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1998

Wojciech Sadurski, İfade Özgürlüğü ve Sınırları (Çev. **M. Bahattin Seçilmişoğlu**), Ankara 2002

Yener Ünver, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003

Zeki Hafızoğulları - Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2015

Zeki Hafızoğulları, Ceza Normu Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, Ankara 1987

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

Ali Gürbüz/Türkiye, no. 52497/08, 6741/12 ve 7110/12, 12/03/2019

Baka/Macaristan, no. 20261/12, 23/06/2016

Bakır ve diğerleri/Türkiye, no. 46713/10, 10/07/2018

Başkaya ve Okçuoğlu/Türkiye, no. 23536/94 ve 24408/94, 08/07/1999

Belek ve Velioglu/Türkiye, no. 44227/04, 06/08/2015

Belek/Türkiye (No. 3), no. 6827/06, 36828/06 ve 36829/06, 20/11/2012

Belge/Türkiye, no. 50171/09, 06/12/2016

Ceylan/Türkiye [BD], no. 23556/94, 08/07/1999

Çolak ve Kasımoğulları/Türkiye, no. 29969/07, 47462/07, 13/06/2017

Dağtekin/Türkiye, no. 69448/10, 28/05/2019

Dilipak/Türkiye, no. 29680/05, 15/09/2015

Dink/Türkiye, no. 2668/07, 6102/08 ve 30079/08, 14/09/2010

Dnitriyevskiy/Rusya, no. 42168/06, 03/10/2017

Döner ve diğerleri/Türkiye, no. 29994/02, 07/03/2017

Erdener/Türkiye, no. 23497/05, 02/02/2016

Erményi/Macaristan, no. 22254/14, 22/11/2016

Faruk Temel/Türkiye, no. 16853/05, 01/02/2011

Fatih Taş/Türkiye (No. 5), no. 6810/09, 04/09/2018

Gerger/Türkiye [BD], no. 24919/94, 08/07/1999

Gözel ve Özer/Türkiye, no. 43453/04 ve 31098/05, 06/07/2010

Gül ve diğerleri/Türkiye, no. 4870/02, 08/06/2010

Güler ve Uğur/Türkiye, no. 31706/10 ve 33088/10, 02/12/2014

Handyside/Birleşik Krallık, no. 5493/72, 07/12/1976

Ilgar Mammadov/Azərbaycan, no. 15172/13, 22/05/2014

- Incal/Türkiye [BD]**, no. 22678/93, 09/06/1998
İşıkırık/Türkiye, no. 41226/09, 14/11/2017
İmret/Türkiye (No. 2), no. 57316/10, 10/07/2018
Kılıç ve Eren/Türkiye, no. 43807/07, 29/11/2011
Klass ve diğerleri/Almanya, no. 5029/71, 06/09/1978
Leroy/Fransa, no. 36109/03, 02/10/2008.
Mart ve diğerleri/Türkiye, no. 57031/10, 19/03/2019
Merabishvili/Gürcistan [BD], no. 72508/13, 28/11/2017
Medya FM Reha Radyo ve İletişim Hizmetleri A.Ş./Türkiye [k.k.], no. 32842/02, 14/11/2006
Murat Vural/Türkiye, no. 9540/07, 21/10/2014
Mustafa Erdoğan ve Diğerleri/Türkiye, no. 346/04, 39779/04, 27/05/2014
Müdür Duman/Türkiye, no. 15450/03, 06/10/2015
Navalnyy/Rusya [BD], no. 29580/12, 36847/12 ve 11252/13, 15/11/2018
Nedim Şener/Türkiye, no. 38270/11, 08/07/2014
Osmani/Kuzey Makedonya (k.k.), no. 50841/99, 11/10/2001
Özgür Gündem/Türkiye, no.23144/93, 16/03/2000
Rasul Jafarov/Azerbaycan, no. 69981/14, 17/03/2016
Savgın/Türkiye, no 13304/03, 02/02/2010
Seher Karataş/Türkiye, no 33179/96, 09/07/2002
Selahattin Demirtaş/Türkiye (No. 3), no. 8732/11, 09/07/2019 [*benüz kesinleşmemiştir*]
Sorguç/Türkiye, no. 17089/03, 23/09/2009
Stomakhin/Rusya, no. 52273/07, 09/05/2018
Sürek ve Özdemir/Türkiye, 23927/94 ve 24277/94, 08/07/1999
Sürek/Türkiye (No. 1), no. 26682/95, 08/07/1999
Sürek/Türkiye (No. 3) [BD], no. 24735/94, 08/07/1999
Sürek/Türkiye (No. 4) [BD], no. 24762/94, 08/07/1999
Şık/ Türkiye, no. 53413/11, 08/07/2016
Taşdemir / Türkiye (k.k.), no. 38841/07, 23/02/2010
Yavuz ve Yaylalı/Türkiye, no. 12606/11, 17/12/2013
Zana/Türkiye [BD], no. 18954/91, 25/11/1997

Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları

- Abdullah Öcalan**, no. 2013/409, 25/06/2014
Ali Gürbüz ve Hasan Bayar, no. 2013/568, 24/06/2015
Ali Suat Ertosun, no. 2013/1047, 15/04/2015
Ayşe Çelik, no. 2017/36722, 09/05/2019
Bekir Coşkun [GK], no. 2014/12151, 04/06/2015
Fatih Taş, no. 2013/1461, 12/11/2014
Ferhat Üstündağ, no. 2014/15428, 17/07/2018
Mehmet Ali Aydın [GK], no. 2013/9343, 04/06/2015
Mehmet Hasan Altan, no. 2016/23672, 11/01/2018
Mustafa Demiraydın, no. 2015/1051, §47, 21/3/2019
Nihat Zeybekçi, no. 2015/5633, 08/05/2019
Nilgün Halloran, no. 2012/1184, 16/07/2014
Özhaseki, no. 2015/4972, 08/05/2019
Şahin Alpay, no. 2016/16092, 11/01/2018

Diğer

- Avrupa Konseyi İnsan Hakları Sekreteri'nin 1 Ekim 2009 tarih (CommDH(2017)5) sayılı Raporu
 Avrupa Konseyi İnsan Hakları Sekreteri'nin 10 Ocak 2012 tarih (CommDH(2012)2) sayılı Raporu
 Avrupa Konseyi İnsan Hakları Sekreteri'nin 12 Temmuz 2011 tarih (CommDH(2011)25) sayılı Raporu
 Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin 1762 (2006) sayılı akademik özgürlüğünün korunmasına ilişkin tavsiye kararı, <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=17469&lang=en>.
 Avrupa Konseyi Venedik Komisyonu, TCK'nin 216., 299., 301. ve 314. maddeleriyle ilgili görüşü, 11-12 Mart 2016 tarihli 106. Dönem toplantısı [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2016\)002-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)002-e)
 Barış için Akademisyenlere Yönelik Hak İhlalleri <https://barisicinakademisyenler.net/node/314>
 Bilimsel Rapor, Prof. Dr. Türkan Yalçın tarafından İstanbul 37. Ağır Ceza Mahkemesi'nde 2017/124 Esas No'lu dava ile ilgili olarak sunulan bilimsel görüş <https://bianet.org/bianet/ifade-ozgurlugu/204364-akademisyen-yargilamalari-icin-prof-dr-turkan-yalcin-dan-bilimsel-mutalaa>

