

BAKIRKÖY

31. ASLİYE CEZA MAHKEMESİ

İddianame No. 2018/24776

Dosya No. 2018/727 Esas

Recep Tayyip Erdoğan (Şikayetçi)

- ve -

Fatih Polat (Sanık)

ARTICLE 19 UZMAN MÜTALAASI

A. Giriş

1. Bu uzman görüşü, Fatih Polat müdafileri Mustafa Söğütü ve Devrim Avcı'nın, Polat'a yöneltilen suçlamaların ifade özgürlüğü hakkını düzenleyen uluslararası ve Avrupa hukuk ve standartlarına uygun olup olmadığına dair tavsiyede bulunulması için yaptığı talep üzerine ARTICLE 19: İfade Özgürlüğü için Küresel Kampanya (ARTICLE 19) tarafından hazırlanmıştır. Bu mütalaa, kapsamı gereği davaya dair aynı olguların özellikle adil yargılanma hakkı da dahil olmak üzere diğer insan hakları ihlallerine yol açmış olabileceği değerlendirmesine hanel getirmemektedir. Davalının, şu anda Bakırköy 31. Asliye Ceza Mahkemesi nezdinde görülmekte olan davada bu mütalaaı kullanacağını anlamaktayız.
2. ARTICLE 19 uluslararası ve bölgesel düzeyde ifade özgürlüğü ve bilgi edinme özgürlüğü (ifade özgürlüğü) konusunda daha yüksek standartların geliştirilmesi ve bu tür standartların iç hukuk sistemlerinde hayata geçirilmesinin savunuculuğunu yapan, uluslararası bir insan hakları kuruluşudur. ARTICLE 19 ifade özgürlüğü haklarıyla ilişkili konulardaki uluslararası ve karşılaştırmalı hukuka ve en iyi uygulamalara dayanan bir dizi standart belirleyici belge ve bilgi notları oluşturmuştur. Bu yayınlara ve geniş hukuki uzmanlığına binaen, ARTICLE 19 düzenli olarak yerel ve bölgesel davalara müdahil olmakta ve ifade özgürlüğü hakkını etkileyen yasa tasarıları ile yürürlükte olan yasalarla ilgili görüş bildirmektedir. Tüm dünyada pozitif hukukta reform çabalarına destek olmak amacıyla 1998 yılından bu yana sürdürülen bu analizler yerel yasa tasarılarının sıklıkla somut biçimde iyileştirilmesini sağlamaktadır.
3. ARTICLE 19'un basın özgürlüğü ve gazetecilerin ifade özgürlüğü hakkı alanında özel uzmanlığı bulunmakta olup, benzer davalarda daha önce de Türkiye'deki ceza mahkemelerine uzman görüşleri sunmuştur. Ayrıca, 2016 yılının Mayıs ayında, ARTICLE 19, Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği tarafından Antalya'da Yüksek Mahkemelere yönelik düzenlenen bir uluslararası çalıştayda Türk yargıçlarına terörizmle mücadeleyle ilişkili olarak ifade özgürlüğü konusundaki uluslararası standartlar hakkında eğitim vermiştir.
4. ARTICLE 19 Polat'ın cezai kovuşturmayla tabi tutulmasının ifade özgürlüğü hakkını ihlal ettiği görüşündedir. Bu görüşü dayanak oluşturmak üzere aşağıdaki unsurlar delil olarak sunulmaktadır:
 - B Bölümü'nde iddianame ve delillere ilişkin dikkat çekici unsurlar ele alınmaktadır;
 - C Bölümü'nde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) ifade özgürlüğünün sınırlandırılması ile ilgili içtihadı değerlendirilmektedir;

- D Bölümü'nde Avrupa Konseyi, Birleşmiş Milletler (BM) kuruluşları, Avrupa Birliği ve Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı'nın (AGİT) TCK 299. Madde hakkındaki görüşlerinin bir özeti sunulmaktadır; ve
- E Bölümü'nde yukarıda bahsedilen AİHM içtihadı ve diğer unsurlar ışığında ARTICLE 19'un Polat'ın cezai kovuşturması hakkındaki görüşleri ortaya konmaktadır.

B. Suçlamalar ve deliller

5. Fatih Polat bir gazeteci ve *Evrensel* gazetesinin Genel Yayın Yönetmenidir. Bir gazeteci olarak daha önce de mesleğinden dolayı cezai kovuşturmalara tabi tutulmuş ve yargılanmıştır.
6. Polat, Cumhurbaşkanı'na hakaret suçlamasıyla (Türk Ceza Kanunu'nun 299. Maddesi uyarınca) Bakırköy 31. Asliye Ceza Mahkemesi tarafından yargılanmaktadır. Polat bu davada bir ila dört yıl arasında hapis cezasıyla karşı karşıyadır; mahkemenin suçun alenen işlendiğine karar vermesi halinde, ceza altıda bir oranında artırılacaktır. TCK'nın 299. Maddesinin kapsamına giren bir suçla ilgili kovuşturma başlatılması Adalet Bakanı'nın iznine tabidir (TCK 299/3). Bakanın, 18 Eylül 2018 tarihli onay mektubu Cumhuriyet Başsavcılığına 5 Ekim 2018'de gönderilmiştir. Ayrıca, TCK'nın 53. Maddesinin uygulanması durumunda, Polat oy kullanma, seçilme ve diğer siyasi haklar dâhil olmak üzere, bazı haklarını kullanılmaktan yoksun bırakılabilir.
7. Polat aleyhine yöneltilen suçlamalar 28 Mayıs 2017 tarihinde www.evrensel.net internet sitesinde yayımlanan bir köşe yazısına dayandırılmaktadır. Söz konusu köşe yazısında Polat, Craig Shaw'ın "Erdoğan ailesinin gizli offshore gemi anlaşması" başlıklı (www.theblacksea.eu adresinde yayımlanan) makalesine yer vermiştir.¹ Polat bahsedilen makaleyi "Erdoğan Ailesiyle ilgili bu iddialara muhatapları ne diyor?" başlığı altında yayımlamıştır. Polat, kısa bir giriş haricinde Shaw'ın makalesine herhangi bir yorumda bulunmaksızın köşesinde yer vermiştir. Girişte şu ifadeler kullanılmıştır: "Theblacksea.eu sitesinde önceki gün Erdoğan ailesiyle ilgili önemli iddiaların yer aldığı bir haber yayınlandı. Craig Shaw'ın imzasını taşıyan haberi Türkiye'deki okurlar açısından da önemini dikkate alarak köşemde olduğu gibi yayınlıyorum."
8. Shaw'ın makalesi, Avrupa araştırmacı gazetecilik ağı European Investigative Collaborations (EIC) tarafından yürütülen ve 16 farklı ülkeden ve 12 farklı dilden toplam 13 medya kuruluşunu ve 49 gazeteciyi bir araya getiren "Malta Dosyaları" adındaki bir araştırma çerçevesinde yayımlanmıştır.² Proje, Malta'da bulunan ve hukuk, finans ve kurumsal hizmetler sağlayan bir firmadan sızan 150 binin üzerinde gizli belgeye dayanarak, Akdeniz'deki bu ülkenin nasıl AB içinde bir vergiden kaçınmak için nasıl bir üs haline geldiğini göstermek amacıyla yola çıkmıştır. Shaw'ın Türkiye'deki devlet erkânının gizli varlıkları ve finansal ilişkileri üzerine yaptığı haberler "Yılın Araştırması" kategorisinde 2018 Avrupa Basın Ödülü³ ve 2017 İngiliz Gazetecilik Ödülü⁴ de dâhil olmak üzere birçok ödüle aday gösterilmiştir.
9. Shaw'ın karşı çıkılan makalesinde Cumhurbaşkanı Erdoğan'ın aile üyeleri, özellikle de oğlu Burak Erdoğan, kardeşi Mustafa Erdoğan ve kayınbiraderi Ziya İlgen, bir Türk iş insanı ve

¹ C.Shaw, Turkish President Erdoğan's family in secret offshore ship deal, 26 Mayıs 2017, şu adresten ulaşılabilir: <https://theblacksea.eu/stories/malta-files/erdogan-family-in-secret-offshore-ship-deal/>

² European Investigative Collaboration (EIC), Malta Dosyaları, şu adresten ulaşılabilir: <https://eic.network/projects/malta-files>

³ Avrupa Basın Ödülü, 2018 Araştırmacı Gazetecilik Ödülü Adayı, şu adresten ulaşılabilir: <https://bit.ly/2FpsTU4>

⁴ Press Gazette, 2017 İngiliz Gazetecilik Ödülleri'nin finalistleri belli oldu, 25 Ekim 2017, şu adresten ulaşılabilir: <https://bit.ly/2KYsgDN>

Cumhurbaşkanının dostu olan Sıtkı Ayan ve genel merkezi İstanbul'da bulunan gemicilik holdingi Palmali Grubunun sahibi, Azeri-Türk iş adamı ve milyarder Mübariz Mansimov arasında milyonlarca dolarlık bir anlaşma olduğu ileri sürülmektedir. Makalede Cumhurbaşkanı Erdoğan'ın ailesinin, Man Adası ve Malta'daki offshore şirketleri aracılığıyla "Agdash" isimli bir petrol tankerine gizli bir şekilde sahip olduğu, "esasen Mansimov'un bir hediyesi" olan en az 21,2 milyon ABD doları değerindeki bu gemi karşılığında da Mansimov'un Türk hükümetinin iyi niyetini kazandığı gibi iddialar yer almaktadır. Makalede ayrıca geminin yaklaşık 7 milyon dolarlık geri kalan maliyetinin ise bilinmeyen nedenlerle Ayan tarafından ödenmiş olduğu belirtilmektedir. Makalede, haberde yararlanılan başlıca belgelere de yer verilmiştir.

10. Polat aleyhine hazırlanan iddianamede, savcılık makamı delil olarak, *Evrensel*'deki köşe yazısını ve Polat'ın köşe yazısını kendisinin yazdığına dair beyanını sunmaktadır. Savcılık makamı iddianamesinde, köşe yazısından 16 alıntı temelinde Polat'ı "Cumhurbaşkanına hakaret" ile suçlamaktadır. Bu hakaret suçu, iddianamede kullanılan ifadeyle "şüphelinin elinde herhangi bir somut delil niteliğinde belge olmadığı halde" Cumhurbaşkanı Erdoğan'ın devletin sağladığı imkânlar karşılığında Mübariz Mansimov'dan para, mal ya da mülk gibi menfaatler elde ettiğini iddia ederek işlenmiştir.
11. Polat savunmasında⁵ bahsedilen köşe yazısının yayımlanmasının gazetecilik mesleğinin temel ilkelerinden biri olan soru sormayı temsil ettiğini söylemiştir. Shaw'ın makalesini bir bağlam içine yerleştirdiğini belirten Polat, yazının bir haberden oluştuğunu, herhangi bir hakaret içermediğini ve kullandığı başlığın da hakaret içermeyen bir sorudan ibaret olduğunu savunmuştur.
12. ARTICLE 19 iddianameyi⁶ incelemiş olup, delillere ilişkin aşağıdaki görüşleri sunmaktadır:
 - Polat'ın köşe yazısında yer verdiği Craig Shaw'ın makalesi kamuoyunu ve siyaseti sadece Türkiye'de değil, aynı zamanda uluslararası düzeyde, olabilecek en yüksek seviyede ilgilendiren bir konu hakkındadır. Dahası, makalenin en yüksek gazetecilik etik ve görev standartlarına uygun bir şekilde araştırıldığı ve yazıldığı anlaşılmaktadır; ve
 - Shaw'ın makalesi ile Polat tarafından eklenen başlık ve metin bir bütün olarak ele alındığında ya da sadece savcı tarafından alıntılanan bölümlere bakıldığında, bunların aksi ispatlanmadığı sürece meşru ve uluslararası hukuk ve standartlar altında korunan ifadeyi teşkil ettiği görülmektedir.

C. İlgili AİHM içtihadı

13. Uluslararası hukuka göre ifade özgürlüğü hakkı mutlak bir hak değildir. İfade özgürlüğü bazı durumlarda devlet tarafından meşru bir şekilde kısıtlanabilir. Bu hak üzerinde yapılması teklif edilen herhangi bir kısıtlama üç kıstastan oluşan bir değerlendirmenin koşullarına tabi tutularak dikkatle incelenmelidir:
 - Kısıtlama kanunla düzenlenmelidir: Kanunda bir dayanağı olmalı, bu dayanak kamuya açık ve erişilebilir ve vatandaşların davranışlarını uygun bir şekilde düzenlemelerini mümkün kılacak bir kesinlikle tanımlanmalıdır;

⁵ SPOT, Full text of our Editor-in-Chief Fatih Polat's court statement, 10 Şubat 2019, şu adresten ulaşılabilir: <https://bit.ly/2GFsk7e>

⁶ ARTICLE 19'un görüşleri iddianamenin Türkçeden İngilizceye resmî olmayan bir çevirisini temel almaktadır. ARTICLE 19, yanlış çeviriye bağlı hatalardan dolayı sorumluluk almamaktadır.

- Kısıtlama, meşru bir amaç gütmelidir. Bu amaçlar Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 10(2). Maddesinde ve Medenî ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin (MŞHUS) 19(3). Maddesinde, başkalarının hak ve itibarına saygı, ulusal güvenliğin ya da kamu düzeninin (*ordre public*) ya da kamu sağlığının ya da ahlâkının korunması olarak sıralanmaktadır;
 - Kısıtlama demokratik bir toplum için zorunlu olmalıdır, ki bu da kısıtlamanın gerekli ve orantılı olması anlamına gelir. Buna göre, teklif edilen kısıtlamanın "acil bir toplumsal ihtiyacın" şartlarını yerine getirip getirmediğinin ve tedbirin söz konusu amacı gerçekleştirmek için uygulanabilecek en az sınırlayıcı tedbir olup olmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.
14. Kısıtlayıcı bir tedbirin değerlendirilmesi, söz konusu davada olguların dikkatli bir şekilde incelenmesini gerektirmekte olup, bu değerlendirmeye ifade özgürlüğüne yönelik herhangi bir kısıtlamanın gerekçelerini sunma yükümlülüğünün devlete ait olduğu noktasından başlanmalıdır.⁷
15. Bu davada, Polat'ın Cumhurbaşkanı'na hakaret ettiği gerekçesiyle kovuşturulması ifade özgürlüğü hakkını kısıtlamaktadır. Bu sebeple, kısıtlamanın yukarıda belirtilen üç kıstaslı değerlendirmenin koşullarını karşılaması gerekmektedir. ARTICLE 19 bu bağlamda şu savları vurgulamak istemektedir:
- İlk olarak, kamuya mal olmuş kişilerin, özellikle devlet liderlerinin, en yüksek düzeyde denetlenebilir olmaları gerekmektedir. AİHM basın özgürlüğünün "halka siyasi liderlerin fikir ve tavırlarını keşfetme ve bunlar hakkında bir fikir oluşturma açısından en iyi araçlarından birisini sağladığını" ve "siyasi tartışma özgürlüğünün, demokratik toplum kavramının tam da merkezinde olduğunu" defaatle yinelemiştir.⁸ Bu nedenle, kabul edilebilir eleştirinin sınırları bir siyasetçi için herhangi bir yurttaşla kıyasla daha geniştir çünkü "siyasetçi her sözünü ve hareketini gerek gazeteciler gerekse kamuoyunun dikkatli denetimine kaçınılmaz ve bilinçli olarak tabi tutmaktadır ve bunun sonucu olarak daha fazla hoşgörü göstermelidir."⁹ AİHM devlet başkanlarını sadece görevleri ya da statülerinden dolayı eleştiriye karşı koruyan özel yasal düzenlemelerin yapılmasının "çağdaş uygulamalar ve siyasi kavramlarla bağdaşmayan özel bir yasal imtiyaz yaratılmasıyla" eş anlamlı olduğunu defaatle hükme bağlamıştır.¹⁰ AİHM bilhassa Türkiye aleyhine birkaç durumda benzer kararlar açıklamıştır.¹¹
 - İkinci olarak AİHM, Devletlerin kişilerin itibarını "medyayı kamusal yetkilerin açıkça kötüye kullandığı ya da kötüye kullanıldığından şüphe edildiği durumlarda kamuoyunu uyarma görevini yerine getirmekten haksız olarak caydıracak" şekilde koruyamayacağını vurgulamıştır.¹² Mahkeme, araştırmacı gazetecilerin "Özel kişilerin itibarına yönelik temelsiz saldırı halinde verilebilecek cezalardan biri olarak hapis cezasına çarptırılma riskiyle karşı karşıya kalmaları halinde ... kamuyu ilgilendiren konular hakkında haber yapmalarının engellenebileceğini"¹³ belirtmiştir. Mahkeme bu tür cezaların uygulanmasının doğuracağı korkunun gazetecilik mesleğinin icra edilmesi üzerinde caydırıcı bir etkisi olduğunu (*chilling effect*), bunun bütün toplum aleyhine olumsuzluklara yol açtığını ve kısıtlamanın orantısını

⁷ Bkz. *Inter alia*, AİHM, *Lingens v. Avusturya*, Baş. No. 9815/82, 8 Temmuz 1986, 41. paragraf.

⁸ AİHM, *Lingens v. Avusturya*, a.g.e., 42. paragraf. Ayrıca bkz. *inter alia*, AİHM, *Oberschlick v. Avusturya* (No. 2), Baş. No. 20834/92, 1 Temmuz 1997, 29. paragraf; *Pakdemirli v. Türkiye*, Baş. No. 35839/97, 22 Şubat 2005, 45. paragraf; *Artun ve Güvener v. Türkiye*, Baş. No. 75510/01, 26 Haziran 2007, 26. paragraf.

⁹ a.g.e.

¹⁰ Bkz. *mutatis mutandis*), AİHM, *Colombani ve diğerleri v. Fransa*, Baş. No. 51279/99, 25 Haziran 2002, 68. paragraf.

¹¹ Bkz. örn. AİHM, *Pakdemirli v. Türkiye*, a.g.e., 52. paragraf; ya da *Artun ve Güvener v. Türkiye*, a.g.e., 31. paragraf.

¹² AİHM, *Cumpana ve Mazare v. Romanya*, Baş. No. 33348/96, 17 Aralık 2004, 113. paragraf.

¹³ a.g.e.

gündeme getiren bir unsur olduğunu tespit etmiştir.¹⁴ Bu çerçevede, "Mahkeme, bir basın suçu için hapis cezası uygulanmasının, Sözleşme'nin 10. Maddesi ile koruma altına alınan gazetecilerin ifade özgürlüğüyle sadece istisnai durumlarda, bilhassa nefret söylemi ya da şiddete teşvik gibi, diğer temel hakların ciddi biçimde zarar görmesi halinde bağdaşabileceği görüşündedir."¹⁵

- Üçüncüsü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesi, "iyi niyetle ve gerçek olgulara dayanarak hareket etmeleri ve gazetecilik etiği çerçevesinde kesin ve güvenilir bilgi vermeleri kaydıyla gazetecilerin kamuyu ilgilendiren konularda bilgileri açığa çıkarma hakkını korumaktadır." AİHM ayrıca 10. Madde'ye göre yaptıkları haberlerin inandırıcılığını göstermek için bilgileri destekleyen belgeleri yayımlamanın "gerekli olup olmadığına dair kararının ... esas itibarıyla gazetecilere bırakıldığını" belirtmektedir.¹⁶

16. Mahkeme, Polat'ın davasını hükme bağlarken yukarıda belirtilen standartları dikkate almalıdır.

D. Diğer ilgili uluslararası belgeler

17. ARTICLE 19 Türk Ceza Kanunu'nun 299. Maddesinin ve devletin başkanına ya da genel olarak kamu görevlilerine hakareti suç sayan yasaların sıklıkla Avrupa Konseyi, BM kuruluşları, Avrupa Birliği ve AGİT de dâhil olmak üzere uluslararası ve bölgesel hükümetlerarası kuruluşların eleştirilerine konu olduğunu gözlemlemektedir.

18. Venedik Komisyonu, 2016 yılında açıkladığı görüşünde, Türk Ceza Kanunu'nun 299. Maddesi'nin, Avrupa'da, devlet başkanına hakaretin suç olmaktan çıkarılmasına ya da bu suçun en ciddi sözlü saldırılarla sınırlandırılmasına dair varılan mutabakatı dikkate almadığını ifade etmiştir.¹⁷ Venedik Komisyonu, TCK 299. Madde kapsamında yürütülen kovuşturmalar üzerine de görüş bildirmiş ve bilhassa şunları belirtmiştir:

- Gazetecilere yönelik 299. Maddeye dayandırılarak başlatılan çok sayıda soruşturma ve kovuşturmanın kamuyu ilgilendiren önemli konular hakkında olduğu ifade edilmiştir. Komisyon, siyasetçiler için kabul edilebilir eleştiri sınırlarının daha geniş olduğuna dair AİHM içtihadına işaret etmiştir.¹⁸
- Komisyon, eleştiri ve hakaret arasındaki ayrımın açıkça ortaya konulması gerektiğini; yalnızca Cumhurbaşkanı hakaret etmeyi amaçlayan ve sebepsiz bir karalama veya kişisel saldırı içeren ifadelerle yönelik kısıtlamaların, cezaların orantılı olması halinde, ifade özgürlüğü hakkının ihlâlini teşkil etmeyeceğini belirtmiştir. Cezaların orantılı olması hususunda ise Komisyon, hapis cezalarının çok yüksek bir olasılıkla toplumun geneli üzerinde caydırıcı bir etki yaratabileceğini ve izlenen meşru amaçla, diğer bir deyişle Cumhurbaşkanı'nın onurunun ve haysiyetinin korunmasıyla orantılı olarak değerlendirilemeyeceğini vurgulamıştır.¹⁹

¹⁴ *a.g.e.*, 114. paragraf.

¹⁵ *a.g.e.*, 115. paragraf.

¹⁶ AİHM, *Fressoz ve Roire v. Fransa*, Baş. No. 29183/95, 21 Ocak 1999, 54. Paragraf.

¹⁷ Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu), Türk Ceza Kanunu'nun 216., 299., 301. ve 314. Maddelerine ilişkin görüş, CDL-AD(2016)002, 15 Mart 2016, 57. paragraf.

¹⁸ *a.g.e.*, 65-67. paragraf.

¹⁹ *a.g.e.*, 68-70. paragraf.

- Komisyon, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesinin, iyi niyetle ve gerçek olgulara dayanarak hareket etmeleri ve gazetecilik etiği çerçevesinde kesin ve güvenilir bilgi vermeleri kaydıyla, gazetecilerin kamuyu ilgilendiren konularda bilgileri açığa çıkarma hakkını güvence altına aldığı için altını çizmiştir. Ancak bu çerçevede değer yargıları ile olguların açıklanması arasındaki farkın dikkate alınması gerekmektedir.²⁰

19. Ayrıca, Adalet Bakanı'nın onayının alınması yükümlülüğüne dair Venedik Komisyonu, AIHM'in *Taner Akçam*²¹ kararına atıfta bulunarak bu görünürde güvencenin "güvenilir ve sürekli bir teminat sağlamadığını veya düzenlemeden doğrudan etkilenme riskini ortadan kaldırmadığını, zira ilerleyen zamanda herhangi bir siyasi değişikliğin Adalet Bakanlığı'nın yorumuna dayanan tutumunu etkileyebileceğini ve keyfi takibatların önünü açabileceğini" ifade etmiştir. Komisyon, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri'nin bu düzenlemeye ilişkin "buna benzer Sözleşme ihlallerini önlemek için ilgili [AIHS] standartlarının Türk hukuk sistemince özümsemesi ve hayata geçirilmesinin yerine geçebilecek kalıcı bir çözüm olmadığına"²² yönelik beyanını da hatırlatmıştır. Sonuç olarak Venedik Komisyonu "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesinin daha fazla ihlâl edilmesini önleyecek tek çözümün" Türk Ceza Kanunu'nun 299. Maddesinin tamamen yürürlükten kaldırılması olduğu görüşünü bildirmiştir.²³

20. Avrupa Konseyi **İnsan Hakları Komiseri** (İH Komiseri), Türkiye'ye 2016 yılının Nisan ayında yaptığı ziyaretin ardından ülkede ifade özgürlüğünün korunmasıyla ilgili durumun kötüye gittiğini vurgulamış, bilhassa "Cumhurbaşkanına hakaret gibi ... belirli bir takım suçlar temelinde yapılan kovuşturmalarda dikkat çekici bir artış" olduğunu ifade etmiştir.²⁴ İH Komiseri, 299. Madde hükümlerine ilişkin değerlendirmesinde bu uygulamanın "Cumhurbaşkanına hakaretin hâlâ başlı başına bir suç sayıldığı devletler de dâhil olmak üzere Avrupa Konseyi üyesi diğer 46 ülkede bir benzerinin olmadığını" vurgulamış ve açıklamasında şu ifadelerle yer vermiştir: "Bu kanun maddesinin, Cumhurbaşkanına ve dolayısıyla Cumhurbaşkanının desteklediği her tür politikaya yönelik her tür eleştirinin bastırılması için bir araç haline gelmiş olduğu ve fark gözetmeksizin, emsali olmayan bir seviyede, başta gazeteciler (...) olmak üzere herkese karşı kullanıldığı görülmektedir."²⁵ İH Komiseri, bilhassa AIHM içtihadı ışığında, "bu hükmün araçsallaştırılmasının [AIHS'e] temelden aykırı olduğu ve yargı tacizine vardığı kanaatinde" olduğunu söylemiştir. İH Komiseri ayrıca Venedik Komisyonu'nun bu açık ihlallerin tek çözümünün 299. Madde'nin yürürlükten kaldırılması olduğuna dair Görüşü'nü de desteklemiştir.²⁶

21. **Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi** (AKPM) Türk Ceza Kanunu'nun 299. Maddesi de dâhil olmak üzere Türkiye'de "ifade özgürlüğünün önündeki daimi engellere" ilişkin kaygısını defaatle ifade etmiştir.²⁷ Parlamenterler Meclisi, Türkiye yetkililerini TCK 299. Maddeyi Venedik Komisyonu'nun Görüşü'ne uygun bir şekilde revize etmeye davet etmiş olup,²⁸ "299. Maddenin

²⁰ a.g.e., 71-75. paragraf.

²¹ AIHM, *Taner Akçam v. Türkiye*, Baş. No. 27520/07, 25 Ekim 2011, 94. paragraf.

²² Venedik Komisyonu, a.g.e., 92. paragraf.

²³ a.g.e., 75. paragraf.

²⁴ Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, Türkiye'de ifade özgürlüğü ve medya özgürlüğüne ilişkin Memorandum, CommDH(2017)5, 15 February 2017, 18 paragraf.

²⁵ a.g.e., 54. paragraf.

²⁶ a.g.e., 55. paragraf.

²⁷ *Inter alia*, AKPM, Türkiye'de muhalefetteki siyasetçilerin kötüleşen durumu: Avrupa Konseyi'ne üye bir devlette onların temel haklarının korunması için neler yapılabilir?, Karar No: 2260 (2019), 24 Ocak 2019, 3. paragraf.

²⁸ *Inter alia*, AKPM, Avrupa'da gazetecilere ve medya özgürlüğüne yönelik saldırılar, Karar No: 2141 (2017), 24 Ocak 2017, 6-7. paragraf, bilhassa 7.4; Türkiye'de demokratik kuruluşların işleyişi, Karar No. 2156 (2017), 25 Nisan 2017, 26. paragraf.

suistimal edilmesinin ... ifade özgürlüğü üzerinde aşırı ve yersiz bir sınırlamaya yol açtığı” şeklinde kanaat bildirmiştir.²⁹

22. **BM İnsan Hakları Komitesi** (İH Komitesi), 34. Genel Yorumu’nda, siyaset alanından ve kamu kurumlarından kamuya mal olmuş kişiler hakkında kamusal tartışmaların yapıldığı durumlarda MSHUS’un özgür ifadeye verdiği değerin bilhassa yüksek olduğunu belirtmiştir.³⁰ Komite, “devlet başkanına hakaret ve kamu görevlilerinin onurunun korunması” da dâhil olmak üzere, benzer konulara ilişkin yasalarla ilgili kaygısını dile getirmiş ve şunu vurgulamıştır: “Yasalar, sadece eleştirinin yöneltildiği kişinin kimliği temelinde daha ağır cezaları öngörmemelidir. Taraf ülkeler kurumların eleştirilmesini yasaklamamalıdır.”³¹

23. Ayrıca, MSHUS’nin Türkiye’de uygulanmasına ilişkin Nihai Gözlemlerinde, İH Komitesi Türkiye’ye, diğer hususlara ek olarak, aşağıda belirtilen hususlar açısından çağrıda bulunmuştur:

(a) Hakaretin suç olmaktan çıkarılmasının değerlendirilmesi ve hapis cezasının asla uygun bir ceza olmadığı dikkate alınarak, her halükarda ceza kanununun sadece en ciddi durumlarda uygulanmasının teşvik edilmesi ... (c) Ceza Kanunu hükümlerinin MSHUS’un 19. Maddesi ile uyumlu hale getirilmesi ve herhangi bir kısıtlamanın yalnızca bu maddenin kesin hükümleri çerçevesinde uygulanması.³²

24. **BM Düşünce ve İfade Özgürlüğünün Korunması ve Geliştirilmesine İlişkin Özel Raportör** (BM Düşünce ve İfade Özgürlüğü Özel Raportörü) Türkiye hükümetine Türk Ceza Kanunu'nun 299. Maddesinin yürürlükten kaldırılması için çağrıda bulunmuştur. Özel Raportör, Türkiye'ye yaptığı bir ziyaretin ardından şu yazılı açıklamada bulunmuştur: “Bazı ifadelerin kamuya mal olmuş bir kişiye hakaret olarak değerlendirilmesi bunların cezalandırılmasına gerekçe oluşturmak için yeterli değildir. Kişilerin yalnızca hükümeti eleştirdikleri için suç işlemiş sayılmaları asla ifade özgürlüğüne gerekli bir kısıtlama şeklinde yorumlanamaz. Yasa yürürlükten kaldırılmasa dahi, Özel Raportör üst düzey yetkililere bu tür araçların, kamu görevlilerine 'hakaret' edildiği gerekçesiyle eleştirileri susturmak için taciz edici bir şekilde kullanımından kaçınmaları için çağrıda bulunmaktadır.”³³

25. **Avrupa Komisyonu** Türkiye’de ifade özgürlüğü alanında “ciddi bir gerileme” olduğunu, gazeteciler ile insan hakları savunucularının çalışmalarına ve daha genel olarak eleştirel seslere yönelik “ciddi sınırlamaların” uygulandığını belirtmiştir.³⁴ Yasama ortamına ilişkin değerlendirmesinde Komisyon, diğer tespitlerinin yanı sıra, Türk Ceza Kanunu’nda Cumhurbaşkanı’na hakarete hapis cezası öngörülmesinin Türkiye’nin iç hukukunda ifade özgürlüğünü kısıtlayıcı ve Avrupa standartlarına aykırı unsurlardan biri olduğuna işaret etmiştir.³⁵

26. Avrupa Komisyonu’nun 2018 yılındaki Türkiye raporuna ilişkin kararında, **Avrupa Parlamentosu** “ifade ve basın özgürlüğünü ve bilgiye erişimi kısıtlayan orantısız ve keyfi düzenlemeler hakkındaki

²⁹ AKPM, Türkiye’de demokratik kuruluşların işleyişi, Karar No. 2121 (2016), 22 Haziran 2016, 22. Paragraf. 28.1. paragrafta AKPM Türkiye’yi 299. Maddeyi yürürlükten kaldırmaya davet etmiştir.

³⁰ BM İnsan Hakları Komitesi, Genel Yorum No. 34, BM Belgesi CCPR/C/GC/34, 12 Eylül 2011, 38. paragraf.

³¹ *a.g.e.*

³² BM İnsan Hakları Komitesi, İlk Türkiye Raporu Üzerine Nihai Gözlemler, BM Belgesi CCPR/C/TUR/CO/1, 13 Kasım 2012, 24. paragraf.

³³ Türkiye Misyonu Özel Raportörü, BM Belgesi A/HRC/35/22/Add.3, 7 Haziran 2017, 85. paragraf.

³⁴ Avrupa Komisyonu, 2018 Türkiye Raporu, SWD (2018) 153 final, 17 Nisan 2018, s. 29.

³⁵ *a.g.e.*, s. 35.

ciddi endişesini” dile getirmiş ve “darbe teşebbüsünün ardından büyük sayıda gazetecinin ve medya çalışanının tutuklanmasını” ve “temelsiz ve orantısız mahkumiyet kararlarını” kınamıştır.³⁶

27. **AGİT** Bakanlar Konseyi, Katılımcı Devletleri “hakaret suçunu düzenleyen yasaların, gazetecilerin güvenliğini olumsuz etkileyecek ve/veya gazetecileri fiilen sansürleyecek ve halkı uyurma misyonlarına engel olacak derecede aşırı ağır ceza ya da yaptırımlar içermemesini temin etmeye ve, gerektiği zamanlarda, bu tür yasaları uluslararası insan hakları hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerine uygun olarak revize etmeye ve yürürlükten kaldırmaya” davet etmiştir.³⁷ AGİT Basın Özgürlüğü Temsilcisi, Türk Ceza Kanunu'na ilişkin 2005 yılında yaptığı incelemede, 299. Madde vasıtasıyla devlet yetkililerine yüksek koruma sağlanmasını “kamuyu ilgilendiren önemli konuların eleştirilmesini ve serbestçe tartışılmasını caydırdığı için kabul edilemez” olarak nitelmişti. Temsilci, söz konusu maddenin “Ceza Kanunu'ndan kaldırılması gerektiğini zira tek işlevinin eleştiriye yasaklamak olduğunu; herhangi bir hataya ya da mahremiyet ihlaline atıfta dahi bulunmadığını” ifade etmişti.³⁸

E. Polat’a yönelik kovuşturmanın ifade özgürlüğü hakkıyla uyumlu olup olmadığına dair gözlemler

28. Yukarıda belirtilen uluslararası ve Avrupa standartlarının ışığında, ARTICLE 19, 2018/24776 sayılı iddianame ve 2018/727 sayılı dosya çerçevesinde Fatih Polat'a yönelik başlatılan kovuşturmayla ilişkin olarak Bakırköy 31. Asliye Ceza Mahkemesine aşağıdaki gözlemleri sunmaktadır:

- TCK 299. Maddenin hükümleri **hukukilik kriterini** karşılamamaktadır. Yukarıda özetlendiği üzere, ifade özgürlüğü hakkını meşrû bir biçimde kısıtlama amacını taşıyan bir normun "yasa" niteliği kazanabilmesi için “bir kişinin davranışını uygun şekilde düzenlemesini sağlayacak bir netlikle formüle edilmesi” gereklidir.³⁹ TCK 299. Madde "hakaret" ile kast edilenin ne olduğunu açıklamamaktadır. Bu durum, söz konusu hükümlerin uygulanmasında ve yürütülmesi konusunda kanun uygulayıcılarına geniş bir takdir hakkı tanımaktadır.
- TCK 299. Madde **meşrû bir amaç izlememektedir**. Yukarıda tartışıldığı üzere, tıpkı bu davada olduğu gibi, devlet başkanlarına ve genel olarak kamu görevlilerine hakaretin – sadece makamları nedeniyle – bilhassa ceza yasalarıyla yasaklanması, devletin halkın denetimine tabi olduğuna dair temel demokrasi ilkesini tersine çevirmektedir. Devlet başkanları ve kamu görevlileri, eleştiriye karşı sıradan vatandaşlara kıyasla daha az değil, daha fazla toleranslı olmalıdır. Halka karşı sorumluluk taşıyan bir mesleği seçerek, yetkililer sözlerini ve hareketlerini bilinçli bir şekilde medya ve genel olarak halkın denetimine tabi tutar. Ayrıca, devlet başkanlarının faaliyetleri hakkında yoğun ve güçlü tartışmaların yapılması demokrasinin önemli özelliklerinden biridir.
- Devlet başkanına yönelik hakaret içeren bir ifadenin suç olarak sayılmasının meşrû bir amaç olduğu tartışmanın yararı için kabul edilse bile, böylesine bir amaç doğrultusunda yapılan kısıtlamalar yine de uygulanan tedbirlerin ağırlığının cezanın gerekliliği ile karşılaştırıldığı bir **orantılılık değerlendirmesini** geçmek durumundadır. Bir kısıtlamanın gerekli olması için, meşrû amacın daha az kısıtlayıcı araçlarla makul bir şekilde elde edilemeyeceğinin gösterilmesi şarttır. ARTICLE 19 ifade özgürlüğü davalarında – bilhassa siyasal ifadenin ve “hakaretin” söz konusu

³⁶ Avrupa Parlamentosu, 2018 Türkiye Komisyon Raporu hakkında Karar, 2018/2150 (INI), 13 Mart 2019, 8. paragraf.

³⁷ AGİT Bakanlar Konseyi, Gazetecilerin Güvenliği Hakkında Karar No. 3/18, MC.DEC/3/18, 7 Aralık 2018, 11. paragraf.

³⁸ AGİT Basın Özgürlüğü Temsilcisi, Taslak Türk Ceza Kanunu'nun İncelemesi: Basın Özgürlüğü Üzerine Kaygılar, Mayıs 2005, s. 10.

³⁹ BM İnsan Hakları Komitesi, Genel Yorum No. 34, *a.g.e.*, 25. paragraf.

olduğu durumlarda – verilen cezaların nadiren orantılı olduğunu savunmaktadır. ARTICLE 19 bu davadaki olguların da bu yönde istisnai bir durum oluşturmadığı kanaatindedir. Ayrıca, Polat'ın ifade özgürlüğü hakkına açık bir şekilde orantısız bir müdahale sonucu Türkiye'deki toplum üzerinde bir bütün olarak yaratılacak olumsuz etki, araştırmacı gazetecilere hapis cezalarının uygulanmasının yol açacağı "caydırıcı etki" nedeniyle daha da ağır bir şekilde hissedilecektir.

Sonuç

29. ARTICLE 19, Polat'ın köşe yazısının AİHM içtihatları doğrultusunda daha fazla koruma gerektiren, kamuyu en yüksek şekilde ilgilendiren bir konu olduğu sonucuna varmaktadır. İtiraz edilen yayının temelinde Cumhurbaşkanı Erdoğan'ın aile üyeleri ve belirli iş insanları arasındaki şüpheli ilişki bulunmaktadır. Dolayısıyla, ciddi toplumsal ve siyasi öneme sahiptir ve Türkiye'de ve uluslararası gündemde de halen devam eden kamusal bir tartışmanın parçasıdır. Polat'ın köşe yazısında değindiği konular hakkındaki bireysel görüşlerden bağımsız olarak, bu noktada amaç tam da bu tartışmanın gerçekleşmesine izin vermek olmalıdır.
30. Bu gözlemlerin ışığında, ARTICLE 19, müştereken ve müteselsilen, bu dava kapsamında Polat'a yönelik yürütölen kovuşturmanın demokratik bir toplumda gerekli olmayan bir müdahale oluşturduğunu, bu nedenle de ifade özgürlüğü haklarını ihlal ettiği görüşündedir.

Londra
13 Mayıs 2019

Laurens Cornelis Hueting

Adli Memur

ARTICLE 19: İfade Özgürlüğü için Küresel Kampanya