

- Araştırma Makalesi -

# YARGICIN DÜŞÜNCESİNİ  
AÇIKLAMA ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLARI\*  
(THE LIMITS OF EXPRESSION OF JUDGES)

İbrahim Şahbaz\*\*

ÖZ

Yargıçlar da diğer kişiler gibi düşünce özgürlüğüne sahiptir. Diğer kişilerle ilgili sınırlamalar, yargıçlar için de geçerlidir. Ancak yargıçların yaptıkları görev nedeniyle, diğer kişilerden farklı sınırlamalara tabii tutulmaları doğaldır. Bu sınırlamalar, yargının bağımsızlık ve tarafsızlığının sağlanmasına yöneliktir. Söz konusu sınırlamaların neler olduğu konusunda anayasa ve yasalarda açık düzenleme olmamakla beraber; Birleşmiş Milletlere üye ülkelerin yargıçları tarafından hazırlanan ve kabul edilen Bangalor Yargı Etiği İlkeleri, Avrupa Başsavcılarının Etik İlkeleri ve ülkemizde Yargıtay ile Hâkimler ve Savcılar Kurulu tarafından benimsenen Yargı Etiği ilkelerinin dikkate alınması gerekmektedir.

Bu çalışmada, Anayasa, AİHS ve ilgili yasalardaki düzenlemeler ile AYM, AİHM ve Yargıtay içtihatları ışığında bu özgürlüğün sınırlandırılmasına ilişkin yaklaşımları üzerinde durulmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Yargıç, Adil Yargılanma, Yargı Etiği, Yargıç Bağımsızlık ve Tarafsızlığı, Düşünce Özgürlüğü, Etkili Başvuru Yolu, Adalet, Yargılama Görevi

---

<sup>H</sup> Hakem denetiminden geçmiştir.

\* Bu makale 10.11.2023 tarihinde Yayınevimize ulaşmış olup, 16.12.2023 tarihinde birinci hakem; 19.12.2023 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

\*\* Dr. Öğr. Üyesi, Maltepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, ibrahimsahbaz@maltepe.edu.tr, ORCID ID: orcid.org/0000-0002-3409-3781

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar tarafından çıkar çatışması bildirilmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Bu makaleye atıf için; Şahbaz, İbrahim, “Yargıcın Düşüncesini Açıklama Özgürlüğünün Sınırları”, Anayasa Hukuku Dergisi, Cilt No.: 12, Sayı No.: 24, 2023, s. 511-576.

**ABSTRACT**

*Judges, like other people, have freedom of thought. Restrictions regarding other persons also apply to judges. However, it is natural that judges are subject to different restrictions than other people, due to the duties they perform. These restrictions are aimed at ensuring the independence and impartiality of the judiciary. Although there is no clear regulation in the constitution and laws regarding what the limitations in question are, the Bangalore Principles of Judicial Conduct prepared and accepted by the judges of the United Nations member countries, the Ethical Principles of European Chief Prosecutors and the principles of Judicial Ethics adopted by the Court of Cassation and the Council of Judges and Prosecutors in our country should be taken into consideration.*

*This study focuses on approaches to limiting this freedom in the light of the regulations in the Constitution, European Convention on Human Rights and relevant laws, and the jurisprudence of the Constitutional Court, European Court of Human Rights and the Court of Cassation.*

**Keywords:** *Judge, Fair Trial, Judicial Ethics, Independence and Impartiality of the Judge, Freedom of Thought, Effective Remedy, Justice, Judicial Duty*

\*\*\*

**I. GİRİŞ****A- Genel Bilgiler**

Düşünceyi açıklama özgürlüğüne getirilecek sınırlamalar iç hukuklarda anayasa ve yasalarla gerçekleştirilebilir. Ancak yargıçlar bakımından da genel ilke bu olmakla beraber, somut olaylara göre yetkili organlar ve nihayetinde yargı kararı ile belirlenen ilkelerin öne çıktığı görülmektedir. Özellikle yargının insan haklarının korunmasındaki işlevi dikkate alındığında; bu işleve zarar vermeyecek biçimde açıklamalarda bulunulması gerekir. Diğer yandan, insan haklarının evrenselleşmesi ve herkesin insan olması nedeniyle haklardan en iyi biçimde yararlandırılmaları zorunluluğu göz önüne alınarak, evrensel yargıç örneğinden ayrılmamak gerektiği görülür. Türkiye açısından Anayasamız, Anayasa Mahkemesi (AYM) kararları ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

(AİHS) hükümleri ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararları büyük öneme sahiptir.

Düşüncayı açıklama özgürlüğü, birçok özgürlüğün temeli olduğu gibi bazı hak ve özgürlüklerin üzerinde kurulu bulunduğu bir “kaynak özgürlük”, “kendisi temel bir hak olmanın yanı sıra, diğer hak ve özgürlüklerin de temelini” oluşturan bir özgürlük olarak kabul edilmektedir<sup>1</sup>.

Bu özgürlük, “yazılı” ve “görsel” medyada kullanımında “basın özgürlüğü”; ancak diğer insanlarla bir araya gelerek düşüncelerini paylaşma biçiminde kullanıldığında da “toplama özgürlüğü”ne kaynaklık etmektedir<sup>2</sup>.

Düşüncayı açıklama özgürlüğünün bir kısım özgürlüklere kaynaklık etmesi, sadece düşüncelerin özgür biçimde dile getirilmesi bakımından değil, bu aynı zamanda özgür birey ve özgür toplum yapısının oluşması bakımından da önemli bir fonksiyona sahiptir<sup>3</sup>.

Düşüncayı açıklama özgürlüğü, demokratik toplumların asli temelilerindedir. Demokratik toplumun dinamik bir yapı kazanabilmesi, yeni düşüncelere ulaşabilmesi, bireylerin yeni düşünce edinmesiyle mümkündür. Bu yönüyle demokrasiler, özgür düşünce ortamında gelişebildiği gibi, özgür düşünceler de çoğulcu demokrasi ortamında yeşerebilir. Dolayısıyla çoğulcu demokrasinin olmadığı yerde düşünce edinilmesi zor olduğu gibi, düşünce olmayan yerde açıklanacak düşünceden söz etmek de zordur.

---

<sup>1</sup> Aynı yönde bkz. Zabunoğlu, Yahya: Düşüncayı Açıklama Özgürlüğü, 1. Baskı, Ankara Barosu Yayını, Ankara 1999, s.5; Aras, Bahattin: “Hakim ve Savcıların İfade Özgürlüğünün Sınırları ve Bundan Dolayı Disiplin Soruşturmalarına Tabi Tutulmaları”, YUHFD, Sayı:1, No.1, Yıl: 2021, s.5 (ss.1-49); Şahbaz, İbrahim: Karşılaştırmalı Düşüncayı Açıklama Özgürlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s.381’de, “Kuşkusuz düşünce ve düşüncayı açıklama özgürlüğü, diğer özgürlüklerin temeli olması nedeniyle, onlardan daha da titiz olarak güvenceye alınmasını zorunlu kılmaktadır. Eğer düşüncayı açıklama özgürlüğü ile bu özgürlüğü besleyen özgürlükler yeterince güvencede değilse, temel hakların büyük çoğunluğu tehlikeye girmiş olacağı için, böyle bir sistemin demokratik ve hukuk devleti ilkesine bağlılığından söz edilmesi de güçleşecektir. O nedenle, çağdaş demokratik hukuk devletleri, başta düşüncayı açıklama özgürlüğü olmak üzere, tüm özgürlükleri güvenceye almış olan devletlerdir” deniyor.

<sup>2</sup> Pekel, Abdulkadir: “İfade Özgürlüğünün Sınırlandırma Sebeplerinden Biri Olarak “Yargı Organının Otorite Ve Tarafsızlığının Sağlanması”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2014), C. XVIII, S.2, s.368 (ss.367-394); Aras, 2021, s.5.

<sup>3</sup> Aras, 2021, s.5.

Yargıçların örgütlenmelerinin önündeki engeller kaldırılarak, demokratik ülkelerde dernek veya sendika biçimindeki oluşumların kabul edilmesiyle, sadece bireysel değil, örgütlü olarak da düşünce açıklama özgürlüğü kabul edilmiştir.

Ancak yargıcın düşüncesini açıklaması ile insan hakları arasında yakın bağlantı var. Yargı özgürlüklerin güvencesi olduğuna göre, diğer insanlardan farklı bir düzenlemenin veya uygulamanın benimsenmesi doğaldır.

Bu noktada; yargıcın birey olarak veya karar verirken yahut örgütlü olarak hareket ederken düşüncesini açıklamasında farklılıklar olabilir.

Düşünceyi açıklama özgürlüğünün büyük ölçüde eleştiri özgürlüğünün güvence altına alınmasını hedeflediği ve bir ifadenin sert olmasının doğal karşılandığı; bu özgürlüğün AİHS’de yer alan diğer haklar ve özgürlükler gibi hem gerçek hem de tüzel kişiler için söz konusu olduğu, Devlet memurluğu veya yargıçlık gibi bir görevde bulunan kişiler için de bu hakkın geçerli olduğu kabul edilmektedir<sup>4</sup>. Ancak kamu görevlisi ve yargıç gibi görevliler bakımından bu özgürlüğünün sınırlanması rejiminin gündeme gelmesi de doğaldır<sup>5</sup>.

Kimi kamu görevlileri için farklı düzenleme getirilmesi doğal olmakla birlikte, bu kamu görevlileri içerisinde yargıcın ayrı bir yeri bulunmaktadır. Çünkü yargıç, özgürlüklerin bekçisi olarak kabul edilmektedir. Özgürlüklerin bekçisi olan yargıçlar, bu görevi, ancak tarafsızlık ve bağımsızlıkları sağlanarak gerçekleştirebilirler.

Kamu görevlilerinin yürüttükleri görevin gereği olarak bu haklarını kullanırken daha farklı ve belli sınırlamalara tabi tutulmaları kabul edilmektedir<sup>6</sup>. Bu nedenle kamu görevlilerinin görevlerinin doğasından

<sup>4</sup> AİHM, Kayasu/Turkey, Appl. No: 64119/00, 76292/01, 13.11.2008; bkz. Karan, Ulaş: İfade Özgürlüğü, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-2, Avrupa Konseyi, 2018, s.59.

<sup>5</sup> Karan, 2018, s.59.

<sup>6</sup> Mecit, Nehare/ Mecit, Kemal: “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Kamu Görevlilerinin İfade Özgürlüğü ve Yargı Mensupları”, TAAD, Yıl:9, Sayı:33 (Ocak 2018), s.846 (ss.827-861); <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/980924> (siteyi ziyaret tarihi: 22.8.2023).

kaynaklanan özel statüleri nedeniyle düşünceyi açıklama özgürlüğünden diğer kişilere oranla daha dar yararlanmaları kabul edilmektedir<sup>7</sup>.

Diğer yandan, kamu görevlilerinin bu konuda diğer kişilerden farklı değerlendirilmelerinin temel nedeni, kamu görevlilerinin hem devlete bağlılıklarının, hem de yaptıkları görev nedeniyle öğrendikleri bilgilerle ilgili olarak gizliliğe riayet etme yükümlülüklerinin olmasıdır<sup>8</sup>.

AİHM'in konuyla ilgili kararlarına bakıldığında, kamu görevlilerinin bu yükümlülükler çerçevesinde sınırlandırılma yapılmasının meşru kabul edildiği, ancak bu sınırlandırmanın yine de AİHS'nin 10/2. maddesindeki ilkelere uygun yapılmasına işaret edilmektedir<sup>9</sup>. Örneğin AİHM, bir subaya devlet sırrı kapsamındaki bir bilgiyi açıklaması nedeniyle ceza verilmesini, düşünceyi açıklama özgürlüğüne müdahale olarak kabul ettiği halde, konuyu sır saklama yükümlülüğü çerçevesinde de değerlendirerek, müdahalenin haklı olduğuna, yani ihlal bulunmadığına karar vermiştir<sup>10</sup>.

Yargıçların, anayasa, yasa ve uluslar arası sözleşmelerde bağımsızlıkları ve tarafsızlıklarının yazılı olması yetmez. Bizzat kendilerinin de bu ilkeleri koruyacak davranışları ortaya koymaları gerekir.

Yargıçların düşünceyi açıklama özgürlüklerinin sağlanmasında, aşağıda öğreti ve içtihatlarla ortaya koyacağımız örneklerden anlaşılacağı gibi, kural olarak herkes gibi bu hakka sahip olmalarına rağmen, baktıkları davalar yanında, önlerine gelecek/gelmesi çok muhtemel davalarla ilgili olarak görüş beyan etmeleri mesleğe zarar vereceği için, bir sınırlama getirilmesi doğaldır.

Herkese "görev ve sorumluluklar yükleyen" bu özgürlüğün (AİHS, m.10/2), diğer özgürlülere farklılığı ortaya konmaktadır. Bu bize, bu hakkın doğasından kaynaklanan ve Anayasa ile Sözleşmede formüle edilen birtakım sınırların olduğunu göstermektedir.

<sup>7</sup> Doğru, Osman/ Nalbant, Atilla: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Cilt:2, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 219; Aras, 2021, s.9.

<sup>8</sup> Duymaz, Erkan: "İfade Özgürlüğünün Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Korunması Üzerine Bir İnceleme", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2013), C. XVII, S. 1-2, s.1384; Aras, 2021, s.9.

<sup>9</sup> Duymaz, s.1384; Aras, 2021, s.9.

<sup>10</sup> AİHM, Hadjianastassiou/Yunanistan Kararı, Başvuru No: 12945/87, 16.12.1992, Par. 39 vd; Aras, 2021, s.9.

Pozitif hukuktaki düzenlemeler gereğince kamu görevlileri bakımından, AİHS'nin 10/2 ve 1982 Anayasası'nın 26/2 nci maddelerinde belirtilen nedenlerle bu özgürlüğün sınırlanması kabul edilmiştir. Özellikle kamu görevlilerinin, diğer insanlara oranla ve özel düzenlemelerle "anayasa ve yasalara" bağlılıkları dikkate alındığında (Anayasa, m.129/1), kamu görevlileri ile yargıçların düşünceleri açıklama özgürlüklerinin sınırlandırılması mümkündür. AİHS'nin 10/2 inci maddesindeki görev ve sorumluluk kavramları, "yargı gücünün otoritesinin ve tarafsızlığının korunması meşru amacı" dikkate alınarak bu özgürlüğe sınırlama getirilmesine olanak vermektedir<sup>11</sup>.

Diğer yandan düşünceleri açıklama özgürlüğü, kullanım biçim ve yerleri dikkate alındığında, sınırsız olmayıp, başkalarının ve toplumun temel haklarına zarar vermeyen ve aynı zamanda sorumluluk içeren bir özgürlüktür. Bu özgürlük, kişinin özgürce düşünmesi ve düşündüğünü dile getirmesi yanında, aynı zamanda düşüncesini açıklamaya zorlanmama hakkını da korumaya almaktadır<sup>12</sup>. O nedenle Anayasanın 15/2 nci maddesindeki düzenlemede, olağanüstü yönetim usullerinin uygulandığı dönemlerde dahi, kimse "vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz" hükmüne yer verilmiştir.

Özellikle, "Yargı mensuplarının siyasi ve özellikle partizanca açıklamaları, mesleki tarafsızlıklarını, bağımsızlıklarını veya yargı gücünün bağımsızlığını sorgulamaya açık hale getireceğinden bu tür açıklamalardan, davranışlardan ve sosyal paylaşımlardan özenle kaçınmaları gerektiği" yönündeki görüşlerin dikkate alınması gerekir<sup>13</sup>.

Bu çalışmada, yargıcın düşüncesini açıklama özgürlüğünün sınırları konusu ele alınırken, yargıcın diğer insanlardan daha fazla hassasiyet göstermesi gerektiği konusundaki içtihat örnekleri üzerinde durulacaktır.

Ancak şuna da dikkat etmek gerekecek: siyasi kişiler, kamu görevlileri ve sivil yurttaşın düşünce açıklamaları arasındaki farklılıklar ile yargıca yönelik sözler ile yargıcın bunlara vereceği/verebileceği cevaplar konularına ağırlık verilecektir.

<sup>11</sup> Mecit/Mecit, 2018, s.827.

<sup>12</sup> Çetin, Evra: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8-11. Maddeleri Bağlamında Çalışanların Hakları, (1. Baskı, XII Levha Yayınları, İstanbul 2015), s.360; Aras, 2021, s.5.

<sup>13</sup> Mecit/Mecit, 2018, s.827.

Bir başka açıdan konuyu netleştirmek gerekirse; Yargı organlarına yönelik eleştirilerinardından ise sırasıyla, sıradan kişilere yönelik eleştiriler, kamu görevlilerine yönelik eleştiriler, siyasetçilere ve uygulanan politikalarda sorumluluk üstlenen üst düzey bürokratlarayönelik eleştiriler ve en son olarak da devlete, hükümete ve yargısal işlev görmeyen diğer devlet kurumlarına yönelik eleştiriler gelmektedir. Burada belirttiğimiz, sınırlama yetkisinin en genişten en dar doğru sıralanmış halidir<sup>14</sup>. Tersinden ele alacak olursak; en geniş sınırlamadan en dar sınırlama sıralaması şöyle olacaktır: Siyasiler, hükümet, yargısal görev yapmayan devlet kurumları, kişilere yönelik eleştiriler, kamu görevlileri ve yargı mensupları.

AİHM kararlarından, siyasetçilerin ve gazetecilerin bu özgürlüğüne yapılan müdahalelerde daha katı bir denetimin gerçekleştirildiği anlaşılmaktadır<sup>15</sup>. Ancak, sanatsal ve ticari ifadeler konularında daha düşük düzeyde bir koruma sağlandığı dile getirilmektedir<sup>16</sup>.

Hakkın kötüye kullanımı ile nefret söylemi arasındaki bağ konusunda da AİHM değerlendirmeler yapmaktadır. AİHM bu değerlendirmesi iki biçimdedir.

**Birinci yaklaşıma göre**, nefret içerikli sözler AİHS'nin 17 inci maddesi kapsamında değerlendirilerek, Sözleşme'nin sağladığı koruma alanından çıkarmakta; **İkinci yaklaşımda ise**, nefretle ilgili sözleri AİHS'nin 10 uncu maddesinin ikinci fıkrasında yer alan sınırlama rejimi kapsamında değerlendirerek, bu tarz ifadelerle yönelik müdahale düşüncüyü açıklama özgürlüğüne yapılan haklı bir müdahale olarak kabul edilmektedir<sup>17</sup>.

AİHM, ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirme yaptığında da, bu tür sözlerle “müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığı ölçütü kapsamında nefret içerikli ifadeleri kullanan kişinin izlediği

<sup>14</sup> Uygun, Oktay: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda İfade Özgürlüğünün Sınırları”, Kamu Hukuku İncelemeleri, XII Levha Yayını, İstanbul, 2011, s. 147; İnceoğlu, Sibel: “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Çoğulculuk”, Çoğulcu Demokrasi Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları Toplantısı, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2011, s. 97-103 (ss. 86-105); Karan, 2018, s.105.

<sup>15</sup> Uygun, s. 148; İnceoğlu, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Çoğulculuk”, s.104-106; Karan, 2018, s.105.

<sup>16</sup> Karan, 2018, s.105.

<sup>17</sup> Karan, 2018, s.105-106.

amaç, başvurunun şartları, dile getirilen ifadelerin içeriği, ifadenin yayılması ve olası etkileri, ifadeleri kullanan kişinin durumu veya statüsü ve ifadeye yönelik müdahalenin doğası ve ciddiyeti gibi noktaları göz önünde tutmaktadır”<sup>18</sup>.

Bir başka deyişle hakkın kötüye kullanımıyla ilgili değerlendirmelerde aslında, “nefret söylemi” söz konusu ise, kişilerin Sözleşme’de yer alan düşünceyi açıklama özgürlüklerinin kullanılmasını iddiasının dayanağı kalmamaktadır. AİHM, “şiddeti veya nefreti yaymayı hedefleyen, yasadışı veya demokratik olmayan yöntemlerin kullanıldığı, şiddete başvurmayı özendiren veya demokratik ve çoğulcu siyasal sistemi ortadan kaldırmayı hedefleyen veya ırkçı ya da başkalarının hak ve özgürlüklerini ortadan kaldırmayı hedefleyen eylemleri 17. madde kapsamında” değerlendirmektedir<sup>19</sup>.

Dolayısıyla şiddete teşvik, nefret söylemi, ırkçılık, Holokost’u<sup>20</sup> inkar etme ve Nazi ideolojisine göndermeler sözleşmenin koruma alanının dışındadır<sup>21</sup>. Gerçekte, kamu görevlilerine yönelik eleştiriler ile siyasal kişilere yönelik eleştiriler arasındaki farklılık dikkate alındığında, özellikle yargıçlara yönelik sözlerde yargıcın daha fazla korunduğundan söz etmek gerekir. Çünkü yargıcın adalet dağıtımında görevli olması nedeniyle korunması gerekmele beraber, yargıcın da düşüncesini açıklama özgürlüğünü adalete zarar vermeyecek biçimde kullanması gerekir.

Bu nedenle yargıç ve savcılarının, düşüncelerini açıklamaları konusunda, diğer insanlara oranla daha hassas biçimde davranma yükümlülükleri vardır<sup>22</sup>. Çünkü yargı mensuplarının düşüncelerini açıklamaları sırasında, bağımsızlık ve tarafsızlıkları yanında yargı etiği değer ve ilkelerinin ihlal edilme durumları söz konusu olabilir. Gerçekte bir yargıcın,

<sup>18</sup> Karan, 2018, s.106.

<sup>19</sup> Karan, 2018, s.106.

<sup>20</sup> “Holokost”, 1933 ve 1945 yılları arasında, Avrupa Yahudilerinin, Nazi Almanya’sı ve işbirlikçileri tarafından sistematik işkenceye uğratılması, yok edilmeleri için kullanılan bir kavram. Bkz. Dominika Bychawska-Siniarska: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında İfade Özgürlüğünün Korunması (Uygulamacılar İçin El Kitabı), Türkçeye Çeviren: Av. Tuğçe Duygu Köksal, Avrupa Konseyi, 2018, s. 30, dipnot:67.

<sup>21</sup> Dominika Bychawska-Siniarska, 2018, s.25-35.

<sup>22</sup> Şen, Mahmut: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Göre Hâkim ve Savcılarının İfade Hürriyeti”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, (2016), S.7, s.939 (ss. 931-959); Aras, 2021, s.20.



bir konuda açıklamada bulunması, önündeki dosyayla ilgili veya önüne gelme olasılığı olan davalar bakımından önyargılı olarak algılanabilir. Yargı mensubunun yapacağı açıklamalarda bu olasılıkları gözetmek, dikkatli davranmak zorunluluğu vardır. Bu nedenle yargıcın sadece göreviyle ilgili değil, görevi başında olmadığı zamanlarda da bu hassasiyetini sürdürmesi gerekir.

Ulusal ve uluslar arası metinlerde yargıcın düşüncesini açıklama özgürlüğüne getirilensınırlamaların nedenleri önem taşımaktadır.

Bir başka husus da yargıcın düşüncesini herkes gibi açıklaması yanında kararının gerekçesinde ortaya koyduğu düşüncesine sınırlama getirilebilir mi?

### **B- Yargıca Yönelik Sözlere Karşı Yargıcın Korunması**

AİHM içtihatlarında, düşünce açıklamasının yöneldiği kişi bakımından devletlerin sınırlama yetkisinin en geniş olduğu alanın yargı organlarına yönelik eleştiriler olduğu kabul edilmektedir. Bu yaklaşımının nedenlerin başında, AİHS'inin 10 ncu maddesinin ikinci fıkrasında "yargı organlarının otorite ve tarafsızlığının sürdürülmesi" ifadesinin yer aldığına işaret edilmektedir. Bu yaklaşımın gerekçesinde, "Yargı organlarına karşı halkingüveninin sürdürülmesi noktasında yargıçların haksız ve gerçeğe aykırı saldırılardan korunması gerekmektedir" görüşü yer almaktadır<sup>23</sup>.

Buna karşın, yine de, yargı sisteminin düzgün bir biçimde işletilmesine yönelik değerlendirmelerde, yargıçlara yöneltilen eleştirilerin sınırlandırılmasında devletlerin takdir alanının daralabileceği savunulabilir<sup>24</sup>.

### **C-Yargıcın Düşünce Özgürlüğünün Sınırlanmasında Gerekçeler**

Yargı, insan haklarının en son güvencesi olarak kabul edilmektedir. İnsan hakları dünyanın her yerinde güvenceye alınmaya çalışıldığına göre, her ülkede farklı uygulamalar olsa da, ortak koruma güvencelerinin yakalanması gerekir. Örneğin AİHS ve bu sözleşmedeki hak ve özgürlüklerin korunması için AİHM kurulmuş<sup>25</sup> ve bu mahkemenin kararları

<sup>23</sup> Karan, 2018, s.105.

<sup>24</sup> Karan, 2018, s.105.

<sup>25</sup> "Bu Sözleşme ve protokolleri gereği Yüksek Sözleşme Taraflar'a yüklenen taahhütlere uyulmasını sağlamak için, bundan böyle 'Mahkeme' olarak anılacak bir Av-

nın taraf ülkelerce iç hukuklarında uygulanması zorunluluğu getirilmiştir<sup>26</sup>.

1982 Anayasasında da mahkeme kararlarının bağlayıcılığı kabul edilmiştir (1982,m.138/son ve153/son).

Dolayısıyla yargıcın düşüncesini açıklamasının sınırları ile ilgili anayasada açık düzenleme olmamakla beraber, bu konuda, genel düzenlemeye ilişkin Anayasanın 13 ve 26 ncı maddesi ile diğer düzenlemelerinin ve AİHS'nin 10 ncu maddesinin birlikte değerlendirilmesi; ayrıca AYM ile AİHM kararlarının dikkate alınması gerekir.

Düşünce kavramı üzerinde durmak gerekirse; “Kimi açıklamaların düşünce sayılmadığı kabul edilmektedir. Bunlar: müstehcen (bilimsel, sanatsal ve edebi nitelikte olmayan), saldırgan, kötüleyici, aşağılayıcı, şeref kırıcı söz ve yazılar, hakaret, küfür ve iftiralar. Bu tür açıklamaların, herhangi bir haber veya eleştiri niteliği olmadığı gibi, topluma bir şey yaratarak katkıda bulunmasından da söz edilemez. İtalya’da eleştiri ve düşünceyi açıklama özgürlüğünün kişilerin onuru (Anayasa, m.3) ve genel ahlak (Anayasa, m. 21) ile sınırlandığı dile getirilmektedir. 1947 tarihli İtalya Anayasasındaki düzenlemeye göre, “Düşüncelerini söz, yazı ve diğer bütün yayım araçlarıyla serbestçe açıklama hakkı herkese tanınmıştır”(m.21/1).

Ancak basın özgürlüğünün demokratik bir toplumda asli bir işlevi vardır. Bu özgürlüğü kullanmanın başkalarının şöhret ve hakları ile gizli kalması gereken bilgilerin açıklanmasına getirilecek sınırlamalar hariç, basının kamu yararını ilgilendiren tüm konulardabilgi ve düşünce aktarmak yükümlülüğü de vardır.

Düşünceyi açıklama özgürlüğü içerisinde yer almayan, toplumsal sorunlarla ilgili olmayan, örneğin özel yaşamla ilgili açıklamalar, dedi-kodu şeklindeki sözler, düşünceyi açıklama özgürlüğü içerisinde yer almazlar”<sup>27</sup>.

Yargı mensuplarının düşünceyi açıklama özgürlüğü, öğreti ve içtihatlarında önemli ve tartışmalı, heyecan uyandıran bir sorun olarak ken-

---

rupa İnsan Hakları Mahkemesi kurulmuştur. Mahkeme devamlı görev yapar” (AİHS, m.19).

<sup>26</sup> “Yüksek Sözleşmeciler Taraf, taraf oldukları davalarda Mahkeme'nin verdiği kesinleşmiş kararlara uymayı taahhüt ederler” (AİHS, m.46).

<sup>27</sup> Şahbaz, 2007, s.28-29.

dini koruyor<sup>28</sup>. Çünkü yargıçların ifade özgürlükleri, bu hakkın kullanımında can alıcı nokta olan “adalet” ile “özgürlük” arasındaki bağın kurulabilmesidir. Bir yanda yargıcın “hakkı”, diğer yanda yargıcın “ödevi” var.

Neticede tüm tartışmalar kamu yararının korunmasında düğümleniyor. Çünkü adalet sadece yargıcın işi/davasası değil, tüm toplumu ilgilendiriyor. Aslında yargıçların örgütlenme özgürlükleri, aynı zamanda düşünceyi açıklama özgürlüklerinin kullanımını kolaylaştırmaktadır<sup>29</sup>.

-Yargıçlar, sır saklama yeminine bağlıdırlar. O nedenle, bilhassa toplu mahkemelerde müzakere öncesi kanaat açıklamasında bulunamazlar. Çünkü yargıcın meslek sırrını saklaması mutlaklıdır. Bu nedenle yargıcın, bağımsızlık ve otonom oluşu da ifade özgürlüğünden geliyor. Yargıçlar bireysel ifade özgürlüğünden yararlanırlar<sup>30</sup>. Ancak topluma güven verebilmek için mesleki sırların karar öncesi dışarıya yansıtılmaması gerekir.

İnsan haklarının korunmasında yargı bağımsızlığının sağlanması zorunludur. Bu nedenle yargıçların profesyonellikleri önem kazanmaktadır. Profesyonelliğin kaliteyi artıracığı konusunda yaygın kanaat vardır. Yargının kalitesi yoksa bağımsızlığının anlamı yoktur. O nedenle yargının bağımsızlığı ile kalitesinin birlikte düşünülmesi gerekir<sup>31</sup>. Yargıda kalitenin yakalanmasında önemli bir husus olarak yargıçların mesleki profesyonellikleri ve meslek etiği kurallarına bağlılıkları aranmaktadır<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> <https://www.cairn.info/revue-trimestrielle-des-droits-de-l-homme-2023-2-page-307.htm> (siteyi ziyaret tarihi: 30.8.2023).

<sup>29</sup> <https://www.ldh-france.org/17-juin-2023-tribune-la-liberte-d-expression-des-magistrats-en-danger/>(siteyi ziyaret tarihi:30.8.2023).

<sup>30</sup> <https://www.sqdi.org/fr/liberte-d-expression-des-juges-de-la-cour-europeenne-des-droits-de-l-homme-versus-secret-des-deliberations/> (siteyi ziyaret tarihi: 15.9.2023).

<sup>31</sup> L'indépendance de la justice, Communication de Jean-François Burgelin, procureur général honoraire près la Cour de cassation, prononcée en séance publique devant l'Académie des sciences morales et politiques le lundi 20 mars 2006; Adresse de cet article: <http://www.canalacademie.com/L-independance-de-la-justice.html> (siteyi ziyaret tarihi: 15.9.2023); Şahbaz, İbrahim: “AİHM Kararlarında Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”, Anayasa Yargısı 25 (2008), Anayasa Mahkemesi Yayını, s.232 (s.229-289).

<sup>32</sup> Ludet, Daniel: “Quelle Responsabilité Pour Les Magistrats?”, Pouvoirs (Revue Française D'Etudes Constitutionnelles et Politiques), Les Juges, 74 Seuil, 1995, s.133-137; Şahbaz, 2008, s.232.

Yargının “Bağımsızlığı sağlamaksızın yargının kalitesinden de söz edilemez. Özellikleceza yargısı bakımından meslekten yargıçlardan vazgeçilmesinin sakıncalı olduğunun aksini iddia edecek insan sayısı yok denecek kadar azdır. Yargı bağımsızlığının en iyi hangi ülkede gerçekleştirildiğine ilişkin değişik görüşler ileri sürülmekle beraber, henüz en idealinin bulunduğu söylenemez. O nedenle yargının bağımsızlığını sürekli aradığı üzerinde durulmaktadır”<sup>33</sup>.

-AİHM’ne göre bağımsızlık ve tarafsızlık sadece meslekten yargıçlarla ilgili olmayıp, halk jürili mahkemeler için de geçerlidir<sup>34</sup>. Kimi davalarla ilgili olarak uzmanlık mahkemelerinin kurulması mümkün, ancak mahkemede görev alan yargıçların meslek kökenli olmaları tarafsızlığın güvencesi olarak kabul edilmektedir<sup>35</sup>. Diğer yandan, bir siyasi parti ile sıkı ilişkiler içerisinde olan kimsenin yargılamaya jüri olarak katılması objektif tarafsızlıkla bağdaşmaz bulunmuştur<sup>36</sup>.

-Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (AİHK), bir kararında, iki sivil, iki askeri yargıç ile meslekten olmayan subay üyeden kurulu Sıkıyönetim Askeri Mahkemesinin askeri yargıçların kariyer ilerlemelerinde hiyerarşik amiri olan subayların olumlu sicil vermeleri şartının aranmasının bağımsız olmadıklarını gösterdiğine; subay üyenin ise, bağımsız olmadığı, dolayısıyla mahkemenin bağımsız ve tarafsız olamayacağına karar verirken<sup>37</sup>; AİHM aynı konuyla ilgili olarak, yerleşik içtihatlarını tekrarlayarak, konuya yargıçların atanma biçimleri, görev süreleri, dış baskılara karşı güvencelerinin olup olmaması, mahkemenin bağımsız bir görünüm verip vermemesi bakımlarından yaklaşarak, askeri yargıçların statülerinin kimi yönlerinin bağımsızlık ve tarafsızlıklarını kuşkulu kıldığı sonu-

<sup>33</sup> Şahbaz, 2008, s.232; L’indépendance De La Justice, Par le Doyen Charles DEBBASCH, Président Honoraire de l’Université de Droit, d’Economie et des Sciences d’Aix-Marseille; <http://www.wikio.fr/article/5653887> (siteyi ziyaret tarihi: 15.9.2023).

<sup>34</sup> Langborger/İsveç, 22.6.1989, A.155; Remli/Fransa, 23.4.1996; Pullar/İngiltere, 10.6.2000; Şahbaz, 2008, s.275.

<sup>35</sup> Le Compte/Belçika, par. 58; Doğru, Osman: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, I, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayını, İstanbul 2003, s.415 vd.; Şahbaz, 2008, s. 276.

<sup>36</sup> Holm/İsveç, 25.11.1993, A.279-a; Remli/Fransa, 23.4.1996; Bulut/Avusturya, 22.2.1996; Şahbaz, 2008, s.272.

<sup>37</sup> AİHM, Mitap ve Müftüoğlu/Türkiye, 15530/89, 15531/89, Komisyon kararı, 8.12.1994.

cuna varmıştır. Askeri yargıçların yürütmenin emrinde ve ordu mensubu olmaları, askeri disiplin ve sicile tabii oluşları, atanmalarıyla ilgili kararların idari makamlar ve ordu tarafından alınması; subay üyenin ise, komutanın emri altında olması nedenleriyle hiçbir biçimde bağımsız olmadıkları sonucuna varmıştır<sup>38</sup>.

Yargıcın bağımsızlık ve tarafsızlığının sağlanmasında, mesleki eğitim, görev süresince sicilinin doldurulması, terfisi ve yükselmesinde objektifliğin sağlanması büyük öneme sahiptir.

Bu nedenle AİHS'nin 10 ncu maddesinin ikinci fıkrasında, ifade özgürlüğünün, “yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir”; 1982 Anayasasının 26 ncı maddesinin ikinci fıkrasında da, “yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir” hükümlerine yer verilmiştir.

AİHS'nin 10/2 nci maddesinde, ifade özgürlüğü için, ayrımsız herkes için, “görev ve sorumluluklar da yükleyen” ibaresine yer verilmesi; hem yurttaş için, hem yargıç için, yargılamaya zarar vermeyecek biçimde davranma yükümlülüğü kabul edilmektedir. Bu düzenleme, aslında her hak ve özgürlüğün sorumluluk içerisinde kullanılması gerekmektedir. Beraber, düşüncenin açıklanması bakımından, “görev ve sorumluluklar da yükleyen” ibaresine yer verilmesi bir tesadüf değildir.

Bu nedenlerle yargıya yönelik açıklamalar ile yargıçların düşüncelerini açıklamaları bakımından dikkat edilmesi gereken husus, yargının etki ve baskı altında kalmadan çalışmasının sağlanmasıdır. Böyle bir durumda da yargıçların düşünce açıklamalarında daha özenli davranmaları gerekir. Yargıçların sadece önlerinde baktıkları davalar için değil, ileride önlerine gelme olasılığı olan konularda, hatta yargıyı bir bütün olarak ele aldığımızda da, diğer yargı organlarının önlerine gelen davalar bakımından da özenli davranmaları gerekir.

Nitekim Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin “Yargıçların Rolü, Etkinlikleri ve Bağımsızlıkları” İlgili 12(94) Numaralı Tavsiye Kararında, yargıçların bağımsızlıkları konusunda nelere dikkat edilmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>39</sup>. Yargı etiği ilkelerinde de, yargıçların ba-

<sup>38</sup> AİHM, Mitap ve Müftüoğlu/Türkiye, 25.3.1996; Özdek, Yasemin: Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye, Ankara 2004, s.206-208; Şahbaz, 2008, s.262.

<sup>39</sup> Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi bu Tavsiye Kararında, “Yargıçların bağımsızlıklarını geliştirmek, korumak ve saygı göstermek için gerekli tüm önlemler alınmalı-

ğimsizlik ve tarafsızlıklarının sağlanması konusunda düzenlemelere yer verilmektedir (Bangalor, 1. ve 2. Değer; Yargıtay Yargı Etiği, Değer 1 ve 2; Türk Yargı Etiği Bildirgesi, m.2-3).

Bu nedenle 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 285 nci maddesinde soruşturmanın gizliliğinin ihlali, 288 nci maddesinde de "adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs" suç olarak düzenlenmiştir. Yurttaş için bu tür suçlara yer verildiğine göre, yargıcın bizzat kendisinin de bunlara özen gösterme yükümlülüğünün varlığını kabul etmek gerekir.

Düşüncayı açıklama özgürlüğü tüm kamu görevlileri bakımından, sade yurttaş gibi vardır. Ancak kamu görevlileri ile özellikle yargı mensuplarının bu özgürlüklerinin esas olduğundan kuşku yoktur.

Fakat düşüncayı açıklama özgürlüğü ile yargıcın bağımsızlık ve tarafsızlığı konusunda tereddüt olduğunda, mesleki değerlerin korunması öne geçmektedir.

Her ne kadar bu özgürlüğe müdahale edilmesi durumunda Anayasa'nın 25 ve 26 nci ile AİHS'nin 10 uncu maddelerinin, hangi hallerde ihlal edilmiş olacağı veya olmayacağı konusunda açıklık bulunmamaktadır.

Ancak, yargıcın bu özgürlüğü kullanması halinde açıklamasının dışı yansımalarından, özgürlüğü kullanan ile bundan etkilenecek olan bireyler ve genel olarak toplumun çıkarları arasında adil bir denge kurulması ihtiyacı halen devam etmektedir. AİHM ve Konsey üyesi ülkelerin iç hukuklarında, içtihatlarında kimi ölçütlere yer verilmekle beraber, her somut olaydafarklı sonuçlara varılması halen mümkündür.

Ayrıca düşüncayı açıklama özgürlüğünü kullanan tüm bireyler bakımından dikkate alınan, açıklamanın yapıldığı yer, zaman, muhatap kitlenin konumu, düşüncenin dile getiriliş biçimi, düşünce açıklayanın iyi

---

dır" (İlke 1/1); "Mahkemeler dışında hiçbir organ, mahkemelerin yetkisi hakkında söz sahibi olmamalıdır" (İlke 1/2-a-iii); "Yasama ve yürütme organları yargıçların bağımsızlığını temin etmeli ve bunu tehlikeye atacak adımlar atmamalıdır" (İlke 1/2 - b); "Yargıçların seçilmesi ve kariyeri konusunda karar veren mercii, hükümetten ve idareden bağımsız olmalıdır. Bu merciiin bağımsızlığını güvence altına almak için, üyelerinin yargı mensupları tarafından seçilmesi ve usul kurallarını kendisinin belirleyebilmesi gibi önlemler" alınabilmeli (İlke 1/2-c); "Karar verme sürecinde yargıçlar bağımsız olmalı ve herhangi bir çevre ve makamdan ya da herhangi bir neden için; doğrudan ya da dolaylı hiçbir kısıtlama, uygunsuz etki, teşvik, baskı, tehdit veya müdahale altında kalmaksızın çalışabilmelidirler" (İlke 1/ 2- d) hususlarına yer vermiştir.

niyetli olup olmadığı, açıklamalarda kullanılan sözcüklerin somut olaylar bakımından fiili temelini olup olmadığı, açıklamanın anlamı ve içeriği; bu açıklamadan etkilenenlerin “meşru çıkarları üzerindeki etkisi de önem taşımaktadır”<sup>40</sup>.

Kuşkusuz, konuyla ilgili tüm davalarda olduğu gibi, yargıçların bu özgürlüğü kullanmalarında da, yapılan müdahalelerin tüm mahkemelerce, somut olay dikkate alınarak açıklamanın sınırlanması veya yaptırıma bağlanmasının yerinde olup olmadığı yanında, uygulanacak yaptırımda ölçülülük ve özellikle ölçülülük ilkesinin alt ilkelerinden elverişlilik, gereklilik ve orantılılık ilkesine uygun karar verilmesi gerekmektedir.

Ancak yine de AİHS’nin 10 ncu maddesinin 2 nci fıkrasında belirtildiği gibi, bu özgürlüğün daha fazla ödev ve sorumluluk gerektirmesinde, yargıçların daha özenli kullanımları gerekebilir. Zira sorumluluk olmadan, tamamen sınırsız bir özgürlük olmayacaktır. Çünkü “bir özgürlüğün sınırsız kullanılması başkalarının haklarının ihlaline yol açabilir”<sup>41</sup>. Bir başka açıdan, temel hak ve özgürlüklerin korunmasında en güvenceli organ olarak kabul edilen yargının ve mensuplarının devlete sadakatleri diğer kamu görevlilerine oranla daha fazladır.

Hak ve özgürlüklerin tanınması kadar, sınırlarının belirlenmesi de doğaldır. Genel olarak kamu görevlisinin ve özellikle yargıcın bu özgürlüğüne getirilecek sınırlamada, görevin sorumluluğu ve ağırlığı ön plana çıkmaktadır. Sorumluluğun artması, aynı zamanda devletin mevzuatına uygun davranılmasını daha zorunlu kılmaktadır.

Yargı mensupları bilimsel ve hukuki tartışmalara katılabilirler. Fakat burada kullanılacak ifadelerin veya davranışların yargı mensuplarının, yargı otoritesine, bağımsızlık ve tarafsızlığına, itibarına, ona olan güvene zarar vermemesi şarttır.

Bu nedenle hukuki alandan siyasal alana taşan açıklamaların, yargı mesleğinin ve bağımsızlık ve tarafsızlığına zarar vereceği açıktır. Dolayısıyla yargıcın, bu tür açıklamalardan kaçınması, mesleğini ve çalıştığı kurumu zora sokmaması gerekir.

AİHM’nin mahkeme tanımı:

<sup>40</sup> Mecit/ Mecit, 2018, s.858.

<sup>41</sup> Benedek, Wolfgang: İnsan Haklarını Anlamak, İnsan Hakları Eğitimi El Kitabı, 3. Baskı, Ankara, 2012, s. 411; Mecit/ Mecit, 2018, s.858.

AİHM, mahkeme kavramını Sözleşmedeki anlamını göz önünde bulundurarak açıklamaktadır. Buna göre, mahkemenin “**yargısal rol**” ve “**adli fonksiyona**” sahip olması öne çıkmaktadır.

**Bu kavramlardan hareketle AİHM mahkemeyi**, belli bir usul izleyerek ve hukuk kurallarına dayanarak, gerektiğinde devlet zoruyla yerine getirilmesi mümkün olan karar verme yetkilerini elinde tutan organ olarak nitelemektedir<sup>42</sup>.

**AİHM, “işin esasıyla” ilgili karar veren organ için mahkeme kavramını kullanırken; “sadece görüş bildirmekle görevli” kılınmış makamların mahkeme olmadığına karar vermektedir<sup>43</sup>.**

Ancak AİHM, sadece görüş bildiren makamı mahkeme saymamakla beraber, hem yargılama yapan ve hem de görüş bildiren makamı birbirinden ayırmaktadır. **Bu şekilde yargısal işlem ile görüş bildirmenin birlikte gerçekleştirilmesi halinde o makamı mahkeme kabul etmektedir. Bu makamın, yukarıda belirttiğimiz koşulları taşımak kaydıyla, “genel” ve “olağan” yargılama makamları dışında yer alması<sup>44</sup> veya yargısal işlev (fonksiyon) yanında başka görevler de yürütmekte olması kendisinin mahkeme sayılmasına engel olarak kabul edilmemektedir<sup>45</sup>.**

AİHM, “tam yargısal yetkiye”, bir başka deyişle dava konusu olayı “hem fiil” ve “hem de hukuk” açısından inceleme yetkisine sahip olmayan makamları mahkeme saymıyor<sup>46</sup>.

## II. MEVZUATTAKİ DÜZENLEMELER

AİHS ve Anayasadaki düzenlemeler çoğunlukla genel olmakla beraber, yargıçlarla ilgili düzenlemelerden hareketle, konunun ele alınması

<sup>42</sup> Sramek/Avusturya, 22.10.1984, A.84; Benthem/Avusturya, 23.10.1985, A.97; Belilos/İsviçre, 29.4.1988, A.132.

<sup>43</sup> Benthem/Avusturya, 22.5.1984, A.78; De Jong, Baljet ve Vanden Brink/Hollanda, 22.5.1984.

<sup>44</sup> De Wilde, Ooms ve Versyp/Belçika, 18.6.1971, A.12.

<sup>45</sup> McMichael/İngiltere, 24.2.1995, A.308-B.

<sup>46</sup> Belilos/İsviçre, 29.4.1988, A.132; Zumbotel/Avusturya, 21.9.1993; Colozza ve Rubinat/İtalya, 12.2.1985; Gradinger/Avusturya, 23.10.1995; Gözübüyük, A.Şeref/ Gölcüklü, Feyyaz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 2002, s.280.



gerekiyor. Bu arada, yargı etiğine ilişkin uluslararası ve ulusal ilkelerin dikkate alınması unutulmamalıdır.

### A- AİHS'deki Düzenlemeler

AİHS'nin 9 ve 10 uncu maddelerinde konu doğrudan düzenlenmiş, ancak adil yargılanma hakkı (m.6) ile hakkın/yetkinin kötüye kullanılmasına ilişkin düzenlemelerin (m.17; İHEB, m.30) göz önünde bulundurulması gerekir.

AİHS'nin 9 uncu maddesinde düşünce ve vicdan özgürlüğü birlikte düzenlenmiştir:

“1. Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir; bu hak, din veya inançdeğiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, kamuya açık veya kapalı ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir.

2. Din veya inancını açıklama özgürlüğü, sadece yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlık veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli sınırlamalara tabi tutulabilir”.

Ancak bu maddedeki düzenlemenin birinci fıkrasında “düşünce” kavramına yer verildiği halde; sınırlama getiren ikinci fıkrada, düşünce açıklamasıyla ilgili değil, “din veya inancını açıklama özgürlüğü” bakımından sınırlamaya yer verilmiştir.

Aslında bu maddedeki düzenlemede iki özgürlük birlikte düzenlenmekle beraber, sınırlamada birine yer verilmiş; ancak düşüncüyü açıklama özgürlüğünün çerçevesinin çizilmesi 10 uncu maddede düzenlenmiştir.

**AİHS'nin “ifade özgürlüğü” başlığı altında 10 uncu maddesindeki düzenlemede şunlara yer verilmiştir:** “1. Herkes ifade özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.

2. Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğinin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, baş-

kalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya **yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir**".

Bu düzenlemede yer alan yargı erkinin "yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir" hükmü, hem diğer insanlar için, hem de yargı için sınırlamalar getirilebileceğine işaret etmektedir.

**Yine AİHS'nin "hakları kötüye kullanma yasağı" başlıklı 17 nci maddesindeki düzenlemeye göre, "Bu Sözleşme'deki hiçbir hüküm, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların Sözleşme'de öngörölmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlanamaz"**<sup>47</sup>.

Aslında 17 nci maddenin başlığı ile içeriği birbirine uyumlu değil. Başlıkta "hakları kötüye kullanma yasağı" dendiği halde, içeriğinde, "devlet organlarının yetkilerinin kötüye kullanımı yasağı" kabul edilmiş ve her kesim için de "kötüye kullanım yasağına aykırı yorum yasağı getirilmiştir".

Hak olarak kabul edildiğinde, belli kötüye kullanma yasağı olmakla beraber, kullanımda daha genişlik varken; yetki kullanımında daha darlık söz konusudur.

Fakat AİHS'de "hak" ve "yetki" kavramları arasında farklılık olduğu gözetilmeden<sup>48</sup> kaleme alma söz konusu olduğu için, bu yaklaşım 17 inci maddeye de yansımıştır.

AİHS'nin 1 inci maddesinde "Yüksek Sözleşmeciler Tarafından kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar" dü-

<sup>47</sup> Benzeri bir düzenleme de İHEB'nin 30 uncu maddesinde yer almaktadır: "Bu bildirgenin hiçbir kuralı, herhangi bir devlet, topluluk veya kişiye, burada açıklanan hak ve özgürlüklerden herhangi birinin yok edilmesini amaçlayan bir girişimde veya eylemde bulunma hakkını verir biçimde yorumlanamaz".

<sup>48</sup> 1982 Türk Anayasasının 150/1 ve 151/1 inci maddelerinde, "dava açma hakkı"ndan söz edilmiş ise de, bunun dava açma hakkı" değil, "dava açma yetkisi" şeklinde anlaşılması gerekir. Çünkü iptal davası açma bakımından Anayasasının 150/1 inci maddesinde sayılan kişiler, kendi haklarını değil, kamusal bir yetki kullanıyorlar.

zenlemesinde “yetki” kavramı doğru kullanılırken, örneğin, **15/3 ncü maddede** “Aykırı tedbirler alma hakkını kullanan her Yüksek Sözleşme Taraf, alınan tedbirler ve bunları gerektiren nedenler hakkında Avrupa Konseyi Genel Sekreteri’ne tam bilgi verir” hükmündeki “hakkını” kavramı aslında “yetkisini” biçiminde anlaşılmalıdır.

Ayrıca yargıçlar için getirilen ayrıcalıklara da yer verilmiştir. AİHS’nin **Yargıçların ayrıcalık ve dokunulmazlıkları” başlıklı 51 inci maddesindeki düzenlemeye göre**, “Yargıçlar görevlerinin ifasında Avrupa Konseyi Statüsü’nün 40. maddesinde ve bu madde uyarınca akdedilen anlaşmalarda öngörülen ayrıcalık ve dokunulmazlıklardan yararlanır”<sup>49</sup>.

Anılan 40 inci maddedeki düzenlemede doğrudan yargıçlarla ilgili olmamakla beraber, AİHS’nin 51 nci maddenin yollamasıyla yargıçlar için de uygulanacak olan 40 inci maddedeki ayrıcalık ve dokunulmazlıklarla ilgili şu düzenleme konumuza ışık tutulması bakımından çok önemlidir: “Bu dokunulmazlıklara göre Danışma Meclisindeki temsilciler bu arada Meclisin ve onun Komite veya komisyonlarının müzakereleri sırasında beyan ettikleri fikir ve verdikleri oylardan ötürü bütün üyelerin arazilerinde tevkif edilemeyecekleri gibi haklarında da takibatta bulunulamaz”.

<sup>49</sup> Avrupa Konseyi Statüsünün “Ayrıcalık ve Muafiyetler” başlıklı 40 ncı maddesinde doğrudan yargıçlarla ilgili düzenleme olmamakla beraber, AİHS’nin 51 inci maddesindeki yollama nedeniyle, buradaki ayrıcalıkların ve dokunulmazlıkların yargıçlara da uygulanması kabul edilmiştir. Söz konusu 40 ncı maddedeki düzenleme şöyle:

“a. Avrupa Konseyi, üyelerin temsilcileri ve Sekreterlik üyelerinin arazisinde görevlerinin ifası için gerekli bulunan ayrıcalık ve dokunulmazlıklardan yararlanırlar. Bu dokunulmazlıklara göre Danışma Meclisindeki temsilciler bu arada Meclisin ve onun Komite veya komisyonlarının müzakereleri sırasında beyan ettikleri fikir ve verdikleri oylardan ötürü bütün üyelerin arazilerinde tevkif edilemeyecekleri gibi haklarında da takibatta bulunulamaz.

b Üyeler, yukarıdaki (a) paragrafı hükümlerini gereği gibi uygulamaya koymak amacıyla ile mümkün olan süratle bir anlaşma akdetmeyi taahhüt ederler. Bakanlar Komitesi bu amaçla üye Hükümetlere arazileri üzerindeki ayrıcalık ve dokunulmazlıkları tayin eden bir anlaşma tavsiye edecektir. Bundan başka, Fransa Cumhuriyeti Hükümeti ile, Konseyin merkezinde faydalanacağı ayrıcalık ve dokunulmazlıkları tayin eden özel bir anlaşma akdedilecektir”. Bu statü 3.6.1949’da yürürlüğe girdi ve Türkiye, 13.4.1950’de kabul etti ([https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2712020093815001\\_tur.pdf](https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2712020093815001_tur.pdf), siteyi ziyaret tarihi: 24.8.2023).

Diğer yandan AİHM’de görev alacak olan yargıçlarda aranacak koşullarla ilgili olarak şu düzenlemeye yer verilmiştir: “En üstün ahlaki vasıflarla donanmış olması gereken yargıçlar, yüksek yargısal görevleri icra için gerekli niteliklere sahip veya alanında uzmanlığı herkesçe malum hukukçu olmalıdırlar” (AİHS, m.21/1); “22. Maddeye ek olarak, adaylar, üç adaylık listenin Parlamenterler Meclisi tarafından talep edildiği tarihte 65 yaşın altında olmalıdır” (m.21/2); “Yargıçlar görev süreleri içinde bağımsızlık, tarafsızlık ve tam gün çalışma esasına dayalı bir görevin gerektirdiği hazır bulunma koşulları ile bağdaşmayan hiçbir görev üstlenemezler; bu fıkranın uygulanmasından doğabilecek her sorun Mahkeme’ce karara bağlanır” (m.21/4).

Bu düzenleme gösteriyor ki, AİHM’nin yargıç seçiminde Sözleşmenin 21/1 nci maddesindeki düzenlemeye uygun davranılması gerekiyor. Bu nedenle AİHS’ne taraf devletlerin kendi iç hukuklarında da yargıç seçiminde/atamasında/mesleğe kabulünde bu yüksek standartları gözetmeleri gerekir.

Görüldüğü gibi, AİHS’nin 21/4 ncü maddesinde, 21/1’de belirtilen yüksek standartla yetinilmemiş, yargıcın bağımsızlık ve tarafsızlığının korunması ile ilgili olarak bizzat AİHM’nin kendisine görev ve yetki verilmiştir.

İşte bu noktada, Bangalor ve diğer yargı etiği ilkelerinin bir başka dayanağı görülmektedir. Yani yargıçlar kendi bağımsızlık ve tarafsızlıklarını sadece devletten beklemeyecekler, bizzat kendileri bu değerleri sürekli ve güncelleyerek koruyacaklar.

AİHS’nin 10/2 nci maddesinde yer alan düşünceyi açıklama özgürlüğünün herkese “bu özgürlüklerin kullanılması”nda, “görev ve sorumluluklar da yükleyen” sorumluluğun yargıç için de, yukarıda belirttiğimiz temel ilkeleri koruyacak biçimde davranma yükümlülüğü getirilmiştir.

AİHM denetiminde sınırlamanın sınırının belirlenmesi bakımından şunlar üzerinde durmaktadır: müdahalenin yasallığı, sınırlamada meşru amaç ve sınırlamanın demokratik bir toplum için gerekli olup olmadığı konuları.

**Yasallık ilkesinin değerlendirilmesinde** AİHM, AİHS’nin 10/2 maddesine uygun olarak bir “yasanın” yasa olarak nitelendirilebilmesi için vatandaşın davranışını ona göre düzenleyebileceği kadar kesinlik içermesi, kişinin gerektiği takdirde aydınlatıcı görüş almak suretiyle, bu yasanın düzenlediği alanda belli bir eylem nedeniyle ortaya çıkacak so-

nuçları makul bir düzeyde öngörebilmesi **üzerinde duruyor ve bunların mutlak bir kesinlikte öngörülebilir olmaları gerektiğine işaret ediyor.** Yasanın açıklığı arzu edilir bir durum olmakla birlikte bazen aşırı bir katılığı da beraberinde getirebilir. Örneğin, birçok yasada şartlar gereği muğlâk formüller kullanıldığı, bunların yorumunun ve kullanılmasının uygulamaya bağlı olduğuna da işaret etmektedir<sup>50</sup>.

Dolayısıyla AİHM sınırlamada sadece yasallığı yeterli görmekte,yasanın açık, anlaşılabilir, öngörülebilir, ulaşılabilirliği gibi birçok hususa işaret etmektedir<sup>51</sup>.

Ancak, AİHM'nin, AİHS'nin 7 nci maddesiyle ilgili içtihatlarında sadece şekli yasanın değil, yasadaki başka kural işlemleri de yasallık çerçevesinde değerlendirdiği anlaşılmaktadır. AİHM'ne göre, Sözleşme'nin 7 nci maddesinde kullanıldığı anlamda “yasa” kavramı, Sözleşme'nin diğer maddelerinde de kullanılan anlama karşılık gelmekte olup, ulusal mevzuatı ve içtihatları kapsamakta, özellikle erişilebilirlik ve öngörülebilirlik koşullarının karşılanmasını gerektirmektedir<sup>52</sup>.

Ayrıca, AİHM, yasanın, sadece yargıcın hukuk yaratması işlemini değil, aynı zamanda Tüzükleri ve daha alt düzeydeki düzenlemeleri de kapsadığını kabul etmektedir<sup>53</sup>.

AİHM, “bir bütün olarak” iç hukuku ve iç hukukun söz konusu tarihte uygulanma şeklinin dikkate alınmasına da işaret etmektedir<sup>54</sup>.

<sup>50</sup> Bkz. örneğin, AİHM, Cantoni-Fransa kararı, 15.11.1996, Chauvy vd.-Fransa kararı, 29.6.2004 no: 64915/01.

<sup>51</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 7. Madde Rehberi, Kanunsuz ceza olmaz: Suçun sadece kanun ile tanımlanabilme ve cezanın sadece kanun ile öngörülebilme ilkesi, Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2020, Güncelleme tarihi: 30.4.2020 ([https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide\\_Art\\_7\\_TUR](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide_Art_7_TUR); siteyi ziyaret tarihi: 26.8.2023).

<sup>52</sup> Bkz. 7. madde Rehberi, s.6; AİHM, Del Río Prada/İspanya [BD], par.91; AİHM, S.W./Birleşik Krallık, par. 35 ([https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide\\_Art\\_7\\_TUR](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide_Art_7_TUR); siteyi ziyaret tarihi: 26.8.2023).

<sup>53</sup> AİHM, Kafkaris/Kıbrıs [BD], par.145-146; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 7. Madde Rehberi, Kanunsuz ceza olmaz: Suçun sadece kanun ile tanımlanabilme ve cezanın sadece kanun ile öngörülebilme ilkesi, Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2020, Güncelleme tarihi: 30.4.2020, s.6 ([https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide\\_Art\\_7\\_TUR](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide_Art_7_TUR); siteyi ziyaret tarihi: 26.8.2023). Ancak bence suç ve cezaların yasayla veya açıkça güvenceleri yasada belirlenmiş yetkiye dayanılarak düzenlenmesi gerekir.

<sup>54</sup> AİHM, Del Río Prada/İspanya [BD], par.90.

Yine, AİHM, yürürlükte olan yazılı hukuk kurallarıyla bağdaşmayan ve dayandığı varsayılan mevzuatı esasından yoksun bırakan bir Devlet uygulamasının, Sözleşmenin 7 inci maddesi kapsamında “yasa” olarak değerlendirilemeyeceğini kabul etmektedir<sup>55</sup>.

**Meşru amaç bakımından** AİHM, müdahalelerin her birinin 10 ncu maddenin ikinci fıkrasında yer alan meşru amaçlardan en azından birini hedeflemesini aramaktadır. Örneğin bir kararında, görevi suistimal etmekle ilgili olarak yargı erkinin tarafsızlık ve otoritesinin sağlanması, tahkir ve tezyif ile ilgili olarak başkalarının şöhretinin korunmasına işaret etmiştir<sup>56</sup>.

**AİHM, sınırlandırmanın demokratik toplum için gerekli olup olmadığı konusunda şunlara dikkat çekmektedir**<sup>57</sup>: “İfade özgürlüğü demokratik bir toplumun temelini oluşturan ana unsurlardan biri olarak demokratik toplumun ilerlemesi ve bireyin gelişmesi için vazgeçilmez şartlardan birini teşkil etmektedir. 10. maddenin 2. paragrafı saklı tutulmak üzere, ifade özgürlüğü sadece toplum tarafından genel kabul gören veya zararsız veya ilgi çekmeyen ‘bilgi’ ve ‘fikirler’ için değil, toplumun duygularını inciten, şok eden veyahuzursuz kılan fikir ve bilgiler için de geçerlidir. Bu çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin bir gereğidir ki bunların yokluğu halinde ‘demokratik bir toplum’dan söz etmek mümkün değildir. 10. maddede güvence altına alınan bu hak, bazı istisnalara tabi ise de, buistisnaların dar yorumlanması ve bu hakkın ikna edici gerekçelerle sınırlandırılması gerekmektedir”<sup>58</sup>.

AİHM, AİHS’nin 10/2 maddesindeki anlamıyla “zorunlu” ifadesinin, “zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın” varlığını gerektirdiğine; bu konuda denetim yaparken, “yetkili iç yargı mercilerinin yerini almak değil, fakat söz konusu yargı mercilerinin takdir yetkilerini kullanarak verdikleri kararların, AİHS’nin 10. maddesi açısından doğruluğunu denetlemek” olduğuna işaret etmektedir<sup>59</sup>.

AİHM’ne göre, “Bu ilkeler devlet memurları için de geçerlidir. Her ne kadar, konuları gereği devletin bu kişilere mahremiyet zorunlu-

<sup>55</sup> Bkz. 7. madde rehberi, s.6-7.

<sup>56</sup> AİHM, Kayasu/Türkiye kararı.

<sup>57</sup> AİHM Vogt kararından (AİHM Vogt/Almanya Kararı, Başvuru No: 17851/91, 26.09.1995) alıntılar.

<sup>58</sup> Bkz. AİHM, Kayasu/Türkiye kararındaki değerlendirmeler.

<sup>59</sup> Bkz. AİHM, Kayasu/Türkiye kararındaki değerlendirmeler.

luğu getirmesi meşru ise de sonuç olarak bu kişiler de birey olarak Sözleşmenin 10. maddesinin sağladığı güvencelerden yararlanırlar. Bu durumda AİHM'nin, her davanın kendine özgü koşullarını dikkate alarak, bireyin ifade özgürlüğüne ilişkin temel hakkı ile demokratik bir devletin, kamu hizmetinin 10/2 maddesinde sayılan amaçları yerine getirmesini gözetmek şeklindeki meşru çıkarı arasında adil dengenin gözetilip gözetilmediğini denetlemesi gerekmektedir. AİHM bu denetimi yaparken, kamu görevlilerinin ifade özgürlüğü söz konusu olduğunda 10/2 maddede öngörülen 'görev ve sorumlulukların' şikâyet edilen müdahalenin yukarıda sayılan amaçlarla orantılı olup olmadığını değerlendirmek için ulusal makamlara tanınan belli bir takdir yetkisini haklı kılan özel bir önemi olduğunu dikkate almaktadır"<sup>60</sup>.

AİHM bu ilkeleri ortaya koyduktan sonra, önündeki davada bunlara uygun işlem yapılıp yapıldığı, iç hukuklardaki mevzuat ve uygulamaların bu ilkeler çerçevesinde olup olmadığı konularında değerlendirme yapıp, ihlal olup olmadığına karar vermektedir.

Aynı hususun, aşağıda belirttiğim gibi, 1982 Türk Anayasasında yeralan düzenlemeler ve tarafı olduğumuz AİHS hükümleri, AİHM kararları ile yargı etiğine ilişkin içhukukumuzdaki ilkeler çerçevesinde, ülkemizde de uygulanması gerektiği açıktır.

### **B- 1982 Anayasasındaki Düzenlemeler**

Hukuk devleti, insan haklarına saygılı (m.2)/insan haklarına dayalı devlet (m.14/1), Cumhuriyetin değişmez ilkeleri arasında yer almaktadır (m.4). Ancak bu ilkelerin Anayasada yer alması çok önemli olmakla beraber, hepimizce bilinmektedir ki, pratiğe de öyle yansıtılması gerekir.

Hukuk devleti ve insan hakları birbiri ile bağlantılı olduğunda kuşku yoktur. Aslında "Hukuk devleti, insan haklarına erişimin olmadığı bir durumda boş bir deniz kabuğundan farksızdır. Aynı şekilde, insan haklarının korunması ve gelişimi sadece hukuk devletinin varlığı ile gerçekleştirilebilir: güçlü bir hukuk devleti rejimi, insan haklarının korunması açısından hayati bir öneme sahiptir. Ayrıca hukuk devletinin unsurları ve

<sup>60</sup> Bkz. AİHM, Kayasu/Türkiye; AİHM Ahmed vd.- Birleşik Krallık kararı, 2.9.1998.

bazı insan hakları (örneğin **adil yargılanma hakkı ve ifade özgürlüğü**) birbirleri ile örtüşmektedir”<sup>61</sup>.

1982 Anayasası’nın 36 ncı maddesinde adil yargılanma “hak” olarak düzenlenmiştir<sup>62</sup>.

### **a- Yargı Bağımsızlık ve Tarafsızlığı**

Hukuk devleti, insan haklarına saygılı/dayalı devlette, adil yargılanma hakkının gereğinin yapılmış sayılabilmesi için, yargının bağımsızlık ve tarafsızlığının sağlanması gerekir.

Bunun sağlanabilmesi için Anayasamızda, “Yargı yetkisi, Türk Milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır”<sup>63</sup>(m.9) düzenlemesi kabul edilmiştir.

Yine Anayasadaki düzenlemelere göre, “Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz” (m.138/2); “Görülmede olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz” (m.138/3); “Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez” (m.138/4).

Anayasa koyucu ayrıca, “Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler” (m.138/1) düzenlemesi ile, yargıcın vicdani kanaatinin etki ve baskı altına alınmasına engel olmak istediği gibi, yargıcın sadece anayasa ve yasaya değil, bunlardan daha geniş içeriğe sahip “hukuka” uygun vicdani kanaate yer vermiştir. Burada yer alan “hukuk” kavramı, anayasa ve yasadan daha geniştir. Hukuk kavramından hareketle mah-

<sup>61</sup> Bkz. Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu), Hukuk Devleti Kontrol Listesi, Strazburg, 18 Mart 2016, Görüş No: 711 / 2013, CDL-AD(2016)007 Or. Engl., s.7

([https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)007-tur](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)007-tur), siteyi ziyaret tarihi:22.8.2023).

<sup>62</sup> 3/10/2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanunun 14 üncü maddesiyle, bu fıkraya “savunma” ibaresinden sonra gelmek üzere “ileadil yargılanma” ibaresi eklenmiştir.

<sup>63</sup> 21.1.2017 tarihli ve 6771 sayılı Kanunun 1 inci maddesiyle, bu maddede yer alan “bağımsız” ibaresinden sonra gelmek üzere “ve tarafsız” ibaresi eklenmiştir.



kemelerin insan haklarını koruma bakımından evrensel hukukun genel ilkelerini dikkate almaları gerekir. Bu düzenlemedeki “hukuk” kavramı, diğer düzenlemeler yanında, iç hukukumuz bakımından yargıçların evrensel insan hakları hukukundikkate almalarının pozitif kaynağı olarak kabul edilebilir.

Tüm bunlar birlikte değerlendirildiğinde, yargıçtan beklenenler var demektir: bağımsızlık ve tarafsızlığını kendisi de koruyacak. Bunun için yargıçlar evrensel yargı etiği ilkelerine bağlı görev yapacaklar.

Kaldı ki, yukarıda belirttiğim, AİHS hükümleri ve bunları yorumlamada son söz sahibi olan AİHM kararları, Anayasanın 90 ncı maddesi gereğince “kanun hükmünde” olduğu halde Sözleşmenin anayasaya aykırılığının ileri sürülebilmesi (m.90/son, birinci ve ikinci cümle), “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” düzenlemesinin yer alması (m.90/son, son cümle) ve nihayetinde bireysel başvuruda AİHS ile anayasada yer alan temel hakların “ortak koruma” alanında yer alanlar bakımından AYM’ne bireysel başvurunun kabul edilmesi karşısında, AİHS iç hukukumuzun çok önemli bir parçasıdır.

Bu nedenlerle, yargıcın düşüncüyü açıklama özgürlüğü konusu, AİHS’ne üye olmamız nedeniyle, Avrupa Konseyi’nin kamu düzeni ilkesi çerçevesinde değerlendirilmeli ve büyü oranda değerlendirilmektedir<sup>64</sup>.

Bunun başında, peşin hükümlü olmama gelmektedir. Düşünce açıklamasında, özellikle bakılmakta olan davalar yönünden, gerekli dikkat ve özenin gösterilmesi zorunludur.

### **b- Hak ve Özgürlükler Yasayla Sınırlandırılabilir**

Yukarıda AİHS’nin 7 nci maddesi ve AİHM içtihatlarından verilen örneklerde görüldüğü gibi, sınırlama yasayla yapılabilecektir.

1982 Anayasasının ilk metninde sınırlamalarda özel madde ve genel maddedeki sınırlama nedenlerine yer verilmiş ve bu nedenler olduk-

<sup>64</sup> Büyük oranda dememin nedeni, AİHM ve AYM’nin bu özgürlüğün kullanımıyla ilgili olarak verdiği ihlal kararlarının olmasıdır.

ça fazla idi<sup>65</sup>. Ancak Anayasa'nın 13 ncü maddesinde gerçekleştirilen değişiklikle (3.10.2001, 4709, m.2), özel sınırlama nedenleri kaldırıldı.

Anayasanın 13 ncü maddesindeki düzenlemeye göre, “Temel hak ve hürriyetler, **özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla** sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve **ölçülülük** ilkesine aykırı olamaz”.

AİHM'ne göre, “uygulanan sınırlamaların hakkın özünü zedeleyecek derecede” olmaması ve “bireye bırakılan erişimi bu denli azaltmaması gerekir”<sup>66</sup>.

AYM, “**hakkın özü**” kavramına açıklık getirmiştir: “Bir hakkın veya hürriyetin kullanılmasını açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir şekilde kullanılamaz hale koyucu veya ciddî surette güçleştirici ve amacına ulaşmasını önleyici ve etkisini ortadan kaldıracı hükümler o hak ve hürriyetin özüne dokunur”<sup>67</sup>.

AYM bir başka kararında hakkın özünüyle ilgili olarak şunlara işaret etmektedir: “Hakkın özü, dokunulduğunda söz konusu temel hak ve özgürlüğü anlamsız kılan asli çekirdeği ifade etmekte olup bu yönüyle her temel hak açısından kişiye dokunulmaz asgari bir alan güvencesi sağlamaktadır. Bu çerçevede, hakkın kullanılmasını önemli ölçüde güçleştiren, hakkı kullanılamaz hâle getiren veya ortadan kaldıran sınırlamaların, hakkın özüne dokunduğu kabul edilmelidir. Aile hayatına saygı hakkı bağlamında da bu hakkın ortadan kaldırılması, kullanılamaz hâle geti-

<sup>65</sup> 1982 Anayasası'nın 13 ncü maddesinin orijinal metnindeki düzenleme şöyleydi: “Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir.

Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz.

Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir”.

<sup>66</sup> Bkz. AİHM, Golder ve “Belçika’da Eğitim Dili” davalarının kararları ve Winterwerp davası, Seri A No. 33, s. 24 ve 29, par. 60 ve 75; Dutertre, 2007, s.224.

<sup>67</sup> AYM,1962/208,1963/1, 04.01.1963; Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, Cilt 1, s.74.

rilmesi veya kullanılmasının aşırı derecede güçleştirilmesi sonucunu doğuran müdahalelerin, bu hakkın özünü zedeleyeceği açıktır. Ölçülülük ilkesinin amacı da temel hak ve özgürlüklerin gereğinden fazla sınırlandırılmasının önlenmesidir. Anayasa Mahkemesi kararları uyarınca ölçülülük ilkesi, sınırlama için kullanılan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye uygun olmasını ifade eden elverişlilik, sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşmak bakımından zorunlu olmasına işaret eden zorunluluk ve araçla amacın orantısız bir ölçü içinde bulunmaması ile sınırlamanın ölçüsüz bir yükümlülük getirmemesi anlamına gelen orantılılık unsurlarını içermektedir”<sup>68</sup>.

AYM’ne göre, “Bir sınırlamanın hakkın özüne dokunmadığının ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğunun kabulü için temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirip, amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldırıcı bir nitelik taşımaması gerekir (...) Dava konusu kuralda demokratik toplum düzeni bakımından alınması gereken zorunlu tedbir kapsamında bir taraftan müdafî yardımından yararlanma hakkı kısıtlanırken, diğer taraftan belirtilen önlemlerle bu sınırlamanın hakkın özüne zarar vermesi ve keyfi uygulamalara yol açması engellenmiş, aynı zamanda sınırlamanın demokratik toplum düzeni gereklerine ve ölçülülük ilkesine uygun olması da sağlanmıştır”<sup>69</sup>.

AYM bir kararında “**hakkın özünü zayıflatacak kadar**” kavramına yer vermiştir: “Başvurucunun gözaltına alınmasının hukuki olmadığı kabul edilmesine rağmen başvuru lehine hükmedilen 4.000 TL manevi tazminatın Anayasa Mahkemesinin benzer durumlarda ödenmesini kararlaştırdığı tazminat miktarına göre düşük olduğu ortadadır. Tazminat miktarının Anayasa Mahkemesinin benzer durumlarda verilmesine hükmettiği tazminat miktarıyla aynı olması gerekmemekle birlikte somut olayın koşullarında **tazminat hakkının özünü zayıflatacak kadar düşük** olduğu görülmüştür. Buna göre başvurucuya ödenmesine hükmedilen tazminatın başvuru Anayasa’nın 19. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan esaslara aykırı bir durum söz konusu olmasına

<sup>68</sup> AYM, Marcus Frank Cerny [GK], B. No: 2013/5126, 2.7.2015, par.72; R.G.: 12.8.2015, Sayı: 29443. Benzeri karar için bkz. AYM, Serap Tortuk, B. No: 2013/9660, 21.1.2015, par. 47; R.G.: 3.6.2015, Sayı: 29375.

<sup>69</sup> AYM, 2012/100, 2013/84, 4.7.2013.

rağmen manevi zararını karşılamaktan uzak olduğu sonucuna varılmıştır<sup>70</sup>.

Yargıcın düşüncesini açıklama özgürlüğüne getirilecek sınırlama nedenleri “yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması” (AİHS, m.10/2); “yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla” (Anayasa, m.26/2) gerçekleştirilecek olsa da, hakkın özüne dokunulmaması gerekir.

### c- Yargıcın Karar Verirken Gözeteceği Hususlar

Yargıç gerek davalarla ilgili yargılama yaparken, gerek kararını verirken yukarıda belirttiğimiz emredici hükümlere bağlı kalmak zorundadır.

Bu nedenle iç hukukumuzda ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun 27.6.2006 gün ve 315 sayılı kararıyla benimsenen Bangalor Yargı Etiği İlkeleri ile 10.10.2006 gün ve 424 sayılı kararıyla benimsenen Budapeşte İlkeleri’nin (Avrupa Başsavcılar İlkeleri), merkez ve mülhakatta görevli hâkim v Cumhuriyet savcılarında duyurulmasına ilişkin kararlar Resmi Gazete’de yayımlanmıştır<sup>71</sup>. Bu ilkelerde açıkça düşünce özgürlüğünün sınırlanmasına yer verilmemekle beraber, Bangalor yargı etiği ilkelerinin önsözünde, “bağımsız ve tarafsız yargının insan haklarının korunması açısından sahip olduğu önemin; diğer tüm hakların icra edilebilmesinin nihai olarak adaletin doğru idaresine bağlı olması keyfiyetince de vurgulandığı”, “yetkili, bağımsız ve tarafsız bir yargının, mahkemelerin anayasa ve hukukun üstünlüğünü koruma rollerini yerine getirmeleri bakımından da elzem olduğu, Modern ve demokratik bir toplumda halkın yargı sistemine güveninin ve yargının ahlaki otoritesinin ve doğruluğunun son derece önemli olduğu”na yer verilmektedir.

Diğer yandan, yargıç, “diğer vatandaşlar gibi ifade, inanç, dernek kurma ve toplanma özgürlüğüne sahiptir; ancak bu hakların kullanılmasında, yargı mesleğinin onurunu, yargının bağımsızlığını ve tarafsızlığını koruyacak şekilde davranmalıdır” (Bangalor, 4.Değer, 4/6).

<sup>70</sup> AYM, Yavuz Yakışkan, B. No: 2020/28007, 13.4.2023, par.26; R.G.: 17.8.2023, Sayı: 32282.

<sup>71</sup> Bkz. Resmi Gazete, 21.11.2006, Sayı: 317, Yargı Mevzuatı Bülteni, s.7-18.

### III. İÇTİHAT ÖRNEKLERİ

Yargıçlar hakkında adli ve disiplin cezaları verilirken, kuşkusuz ilgili yasalar dikkate alınacak. Ancak ulusal ve Uluslar arası yargı etiği ilkeleri yargıçların davranış biçimlerini belirlemektedir. Yargı etiği ilkeleri ile ceza düzenlenmemekle beraber, bunlar, yargıcın mesleğe yaşımayan fiilleriyle ilgili olarak ceza öngören yasalardaki kavramların içinin doldurulmasında büyük öneme sahiptirler.

Kural olarak yargıcın karara yansiyacak düşüncesinden dolayı sorumluluğu olmamalı. Çünkü yargıç ve savcılar, “pozitif hukuk hükümleri çerçevesinde geliştirmiş oldukları düşünce ve kanaatlerinden dolayı sorumlu olamazlar”; verdikleri kararlarda “gerekçeye yansımış düşüncesinden ötürü disiplin soruşturmasına tabi tutulması onun bağımsızlığına müdahale olacağı gibi ifade özgürlüğünün de ihlali olacaktır”<sup>72</sup>.

Bir yargıcın düşünce açıklamasından dolayı haksız olarak yaptırımla karşılaşması, sadece o yargıçta değil, dolaylı olarak tüm yargı mensupları üzerinde sonuçlar doğuracaktır. Böyle bir durumda yargıç ve savcılarının özgür iradeleriyle karar verme konusunda “tereddüt yaşamlarına ve baskın kişi ve kurumların beklentilerini göz önünde buldurmalarına sebep olacaktır”<sup>73</sup>.

Yargıç ve savcılarının görevle ilgili olmayan, görev dışı konularda ifade özgürlüğüne gelince; aslında yargısal faaliyet gibi önemli bir görevi yerine getiren yargıç ve savcılarının ifade özgürlüğünün sınırı noktasında ulusal mevzuatta açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, yargıcın fiili ile ilgili adli ve disiplin işlemi yapılırken, diğer yasalar yanında evrensel yargı etiği ilkelerinin gözetilmesi, fiilin dava dosyasıyla ilgili olarak adalete zarar verip vermediğinin ortaya konması gerekir.

Yargıç ve savcılarının gerek yargısal karar alma sürecinde özgür düşünce ve kanaatleri ve gerekse sosyal yaşam alanlarındaki düşünceyi açıklama özgürlüğü kapsamındaki görüş, öneri, eleştiri ve yorumları az da olsa disiplin soruşturmasının konusu yapılabilmektedir<sup>74</sup>. Konuyla ilgili olarak yargıç ve savcılarının mesleki ve sosyal yaşamlarındaki düşünceyi açıklama özgürlüklerinin sınırları ve bundan kaynaklanan sorunlarla ilgili olarak AİHM, Türk AYM ve Yargıtay kararlarına bakmak uygun

<sup>72</sup> Aras, s.26.

<sup>73</sup> Aras, s.26.

<sup>74</sup> Aras, 2021, s.4.

olacaktır. AİHM, düşünceyi açıklama özgürlüğünü demokratik bir toplumun ana temellerinden biri olarak gördüğü için<sup>75</sup>, bu konudaki yaklaşımlarını bilmek gerekir.

### A- Anayasa Mahkemesi Kararları

2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde Devlet memurları hakkındaki hükümler uygulanacağı için<sup>76</sup>, yargı mensuplarının düşünceyi açıklama özgürlükleri bakımından, çok özel durum ve düzenlemeler dışında, diğer memurlar gibi işlem görüleceği kabul edilmektedir.

Ayrıca, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun tanımlar başlıklı 6 ncı maddesindeki düzenlemeye göre, "Ceza kanunlarının uygulanmasında; (...) Kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi" (m.6/1-c) ve "Yargı görevi yapan deyiminden; yüksek mahkemeler, adli ve idari mahkemeler üye ve hâkimleri ile Cumhuriyet savcısı ve avukatlar" (m.6/1-d) anlaşılır, hükmüne yer verilmiştir.

**a-**AYM'ne göre, ifade özgürlüğü ile bireyin şöhret ve haklarının korunması arasında makul dengenin gözetilmesi gerekir<sup>77</sup>.

**b-**AYM, yargıtay Onursal Başkanının, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) Genel Sekreterine yönelik ifadeleri nedeniyle manevi tazminata hükmolunması nedeniyle ihlal kararı verdi<sup>78</sup>.

Somut olayda; "2015 yılı Nisan ayında İstanbul Cumhuriyet Başsavcılığının Türkiye Cumhuriyeti Devleti ve Hükûmetini gerek yurt içinde gerekse uluslararası platformda zor durumda bırakmak ve iti-

<sup>75</sup> AİHM Handyside/Birleşik krallık Kararı, Başvuru No: 5493/72, 07.12.1976.

<sup>76</sup> Birçok maddede benzeri düzenlemeler yer almakla beraber, örneklemek gerekirse, 2802 sayılı Yasa'nın "Başka iş ve görevler" başlıklı 48 ncı maddesindeki düzenlemeye göre; "Hâkim ve savcılar, bilimsel araştırma ve yayınlarda bulunabilirler. Davet edildikleri veya yetkili makamlarınca görevlendirildikleri, ulusal ve uluslararası kurul, kongre, konferans ve benzeri bilimsel toplantılarla meslekleri ile ilgili diğer toplantılara, görevlerini aksatmamak koşulu ile katılabilirler. Mesai gün ve saatlerinde bu tür toplantılara katılmak izne tâbidir" (m.48/1); "Bu konuda Devlet memurları hakkındaki hükümler uygulanır" (m.48/2).

<sup>77</sup> AYM, Tansel Çölaşan, B. No: 2014/6128, 7.7.2015; R.G.: 14.8.2015, Sayı: 29445.

<sup>78</sup> AYM, Sami Selçuk, B. No: 2020/19011, 22.2.2022.

barsızlaştırmak, El Kaide terör örgütüne yardım ettiği görüntüsü vererek uluslararası yargı organları nezdinde hukuki ve cezai sorumluluk altına sokmaya yönelik, bilerek ve isteyerek, görevleri dışında, Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetini ortadan kaldırmaya veya görevlerini yapmasını kısmen veya tamamen engellemeye teşebbüs etme, gizliliğin ihlali ve görevi kötüye kullanma ve benzeri suçlardan yürüttüğü soruşturmalar kapsamında biri gazeteci, diğerleri emniyet görevlisi olan altmış üç şüpheli” tutuklanır.

Bu konuda, HSYK Genel Sekreteri olan davacı 11.6.2015 tarihinde bir gazeteye konuyla ilgili olarak şu açıklamada bulunur:

*“Paralel yapı soruşturmalarında tutuklu bulunan 66 şüpheliye yönelik hukuksuz tahliye girişimi için avukatlar aracılığıyla kamikaze hakimleri kullanan örgüt, bu sefer de sosyal medya aracılığıyla dedikodular üreterek kaos yaratma çabasına girdi. Paralel yapıya yakın sosyal medya hesapları tarafından, paralel yapı soruşturmaları kapsamında tutuklama kararına imza atan hakimlerin pişman oldukları ve avukatlarla pazarlık içine girdikleri iddiası ortaya atıldı. (...) Paralel yapının sosyal medyada hakim ve savcılara yönelik iftiralarıyla ilgili olarak HSYK Genel Sekreteri [B.B.] özel açıklamalar yaptı. [B.B.], paralel yapı soruşturmalarında görev alan hakim ve savcıların af dilediği, avukatlarla pazarlık yaptığı iddialarının hayal ürünü olduğunu söyledi. [B.B.], sosyal medyada yer alan iddiaların gerçeği yansıtmadığını, paralel yapıyla olan mücadeledeki kararlılıklarını hazırladıkları HSYK kararnameğinde kamuoyunun göreceğini belirtti. (...) HSYK'nın paralel yapı soruşturmalarında görev alan yargı mensuplarının arkasında olduğunu dile getiren HSYK Genel Sekreteri [B.B.], Mayıs ayında gerçekleştirilen kamikaze hakim vakasının bir benzerinin planlanması ve hayata geçirilmesi durumunda ise gereğinin aynı şekilde yeniden yapılacağını ifade etti”.*

Bu konuşmaya karşı, 17.6.2015 tarihinde bir televizyon kanalında düşüncesi sorulan başvuru şu değerlendirmelerde bulunur:

*“Açıklamayı yeni öğrendim ve hayretle karşıladım. Böyle bir arkadaşın hâkimler ve savcılar yüksek kurulunda bulunmasından dolayı gerçekten çok üzüntü duydum. Doğru bulmuyorum, yanlış buluyorum. Böyle bir açıklama yapmış arkadaşın derhal oradan ayrılmasını tavsiye ederim. Bu düpedüz bir tehdittir. Bundan başka bir yorumu yok bunun. Yani onu serbest bırakırsanız biz de şöyle yaparız böyle yaparız. Ne demek bu. Yargıçkararını özgür bir şekilde verecektir. Ahmet'in Mehmet'in is-*

teğiyle değil. Bu arkadaş yargıçlıktan gelmedir herhalde. Bunu bilmesi gerekir. Herkesten önce bilmesi gerekir ve bu konuda duyarlı olması gerekir. Ben bunu şaşkınlıkla karşılıyorum. Üzüntüyle karşılıyorum. Orada bulunmasını da tasvip etmiyorum. Hukuk devletinde bu olmaz. Bunun gereğini onun arkadaşlarının yapması gerekir. Diyecekler ki ayrıl. Bu kadar basit. Bunu onlar demezlerse onlar sorumludurlar. Suça katılmış olurlar. Bu bir suçtur. 288. maddeyi okursanız görürsünüz. Derhal yapılmalı gereği”.

HSYK Genel Sekreteri olan Davacı, başvuruçunun açıklamalarında geçen ifadeler nedeniyle kişilik haklarına saldırıda bulunulduğu iddiasıyla 13.7.2015 tarihinde başvuruçuyu aleyhine manevi tazminat davası açar.

Önce ilk derece mahkemesi, başvuruçunun **“beyanlarının kişilik haklarına saldırı niteliğinde olmadığı”** gerekçesiyle tazminat istemini reddeder.

Ancak Davacı bu kararı temyiz eder ve Yargıtay’ın ilgili dairesi, 8.5.2018 tarihinde yerel mahkemenin kararını şu gerekçeyle bozar: “17.6.2015 tarihinde [B] TV’nin [A.Ö.] programında bu açıklamaların değerlendirilmesi sırasında davacıya yönelik olarak, davacının basına vermiş olduğu demeci nedeniyle adil yargılamayı etkileme suçunu işlediği şeklinde bir isnatta bulunduğu anlaşılmaktadır. Oysa ki, davacının beyanlarında tehdit unsuru herhangi bir ifade bulunmadığı gibi, davacının yürütmüş olduğu kamusal görev kapsamında korunması gerekir. Şu durumda, olay tarihi, olayın oluş şekli, davalı tarafından sarf edilen sözler bir bütün olarak değerlendirildiğinde, eleştiri sınırlarının aşıldığı, kişilik haklarına saldırı teşkil ettiği kabul edilmeli ve uygun bir miktar manevi tazminata hükmedilmelidir. Bu yön gözetilmeden yanılmalı gerekçe ile davanın tümünden reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir”tir.

Başvuruçunun karar düzeltme talebi aynı Dairenin 21.3.2019 tarihli kararıyla reddedilir. Yerel mahkeme bozma kararına uyar ve sonuçta, 17.9.2019 tarihinde davanın kısmen kabulü ile başvuruçunun 1.500 TL manevi tazminat ödemesine karar verir. Bu kararın da temyizi üzerine Yargıtay Dairesi kararı oyçokluğu ile onar.



Yani başvuru konusu olayda Yargıtay Onursal Başkanı<sup>79</sup> olan başvurucu HSYK genel sekreteri olan davacının basına yapmış olduğu açıklamalara tepki olarak sarf ettiği sözler nedeniyle tazminat ödemeye mahkûm edilmiştir.

Bireysel başvuru üzerine **AYM** şu gerekçelerle **ihlal kararı vermiştir**:

“Başvurucunun sözleri dikkatli bir şekilde incelendiğinde muhatabını aşağılayıcı, küçük düşürücü, tahkir edici veya kaba bir dil kullanmadığı anlaşılmaktadır. Başvurucu eleştirileri ile davacının kişiliğini değil idari görevi nedeniyle yaptığı açıklamaları, diğer bir anlatımla adalet sisteminin işleyişi sırasında kendi bakış açısından gördüğü aksaklıkları hedef almıştır. Başvurucunun davacının basına yapmış olduğu açıklamaların adil yargılamayı etkilemeye teşebbüs suçunu oluşturabileceği yönündeki beyanları bir hukukçunun düşünce ve yorumları olarak kabul edilmelidir. Bir hukukçunun bir olayı, hassasiyet gösterdiği hukuki ilkeler temelinde kendi bakış açısıyla yorumlaması nedeniyle muhatabının kişilik haklarını zedelediğinin kabul edilmesi, hoşgörü ve açık fikirliliğinin teminatı olan ifade özgürlüğü ile bağdaşmayacaktır (...). Bununla birlikte kullanılan dil ve üslubun muhatabı açısından rahatsızedici olduğu düşünülebilir. Ancak Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında benimsediği gibi demokratik bir toplumun zorunlu temellerinden olan ve toplumun ilerlemesi ve bireyin özgüveni için gerekli temel şartlarından birini teşkil eden ifade hürriyeti, sadece kabul gören veya zararsız yahut kayıtsızlık içeren bilgiler ya da fikirler için değil aynı zamanda kırııcı, şok edici veya rahatsız edici olanlar için de geçerlidir (...) **Kaldı ki davacı, anılan açıklamaları yargı görevini yapan bir hâkim sıfatıyla değil idari görevli bir bürokrat olarak yapmıştır.** Basına açıklama yapan davacının tanınmışlık derecesi ve yürüttüğü görev itibarıyla yargı mensupları üzerinde tasarruf yetkisine sahip en üst idari kurulun yöneticisi olması karşısında yapılan açıklamaların hukuk çevreleri tarafından eleştirilebileceği ve davacının da kendisine yönelik eleştirilere diğer vatandaşlara göre daha fazla **hoşgörü göstermesi gerekeceği hatırdan tutulmalıdır**”; Yargıtay Dairesi, “başvurucunun ifade özgürlüğü ile davacının şeref ve itibarın(ın)<sup>80</sup> korunması hakkı arasında bir denge kurmaya

<sup>79</sup> Başvurucu Yargıtay Onursal Başkanı olduğu için, “üyesi” sözcüğü yerine “başkanı” sözcüğünü ben ekledim (İ.Ş.).

<sup>80</sup> “ın”ı ben ekledim (İ.Ş.).

çalışmamış; yalnızca soyut bir değerlendirmeye söz konusu ifadelerin davacının kişilik haklarına saldırı oluşturduğunu kabul etmiştir. Bu sebeple başvurusunun aleyhine hükmedilen manevi tazminat kararı bakımından ileri sürülen gerekçeler, başvurusunun ifade özgürlüğü hakkına yapılan müdahale için ilgili ve yeterli olarak kabul edilemez”.

Dolayısıyla başvurusunun Anayasa'nın 26 ncı maddesinde güvene altına alınan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmiştir<sup>81</sup>.

AYM bu kararıyla, fiilen görevde olan yargıcın açıklamalarına başvuru tarafından verilen cevabı yerinde bulmuştur. Özellikle AYM kararının gerekçesinde, davacının yargılamayı etkileyebilecek biçimdeki açıklamalarda bulunduğu; bu açıklamaya yönelik eleştirilere dayanılarak başvurusunun tazminata mahkûm edilemeyeceği; fiilen görevde olan davacı yargıcın, devameden soruşturma veya yargılamayla ilgili açıklamalarının, düşüncesini açıklama özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilmeyeceğini de ortaya koymuş olmaktadır. Özellikle davacının HSYK Genel Sekreterliği gibi bir görevdeyken, soruşturması devameden fiillerle ilgili açıklamalarda bulunmasına yönelik bir hukukçu eleştirisini AYM, hukuka uygun bulmuştur.

## B- AİHM Kararları

Bu başlık altında AİHM'nin Yargıçların düşünce açıklamaları ile ilgili karar örnekleri üzerinde durulacaktır.

### a- Kozan/Türkiye Kararı

AİHM verdiği bir karara konu olay<sup>82</sup>, Facebook sitesinde yargı mensuplarına ait kapalı bir grupta, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun belirli kararlarını eleştiren ve kurumun siyasi iktidara karşı bağımsızlığını sorgulayan bir basın makalesi paylaşması nedeniyle “yargıca disiplin cezası” verilmesiyle ilgilidir.

Dava konusu “17 Aralık”ı kapatana sicil affı, operasyonu yapana ihraç” başlıklı bir makalede, 27.5.2015 tarihinde, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun, yargıçlar hakkında belirli disiplin soruşturmalarını kapattığı, 17-25.12. 2013 döneminde meydana gelen olaylarla ilgili olarak yolsuzluk soruşturması yürüten ve daha sonra meslek onuruna uygun

<sup>81</sup> AYM, Sami Selçuk, B. No: 2020/19011, 22.2.2022.

<sup>82</sup> AİHM, Kozan/Türkiye, İkinci Bölüm, Başvuru No: 16695/19, 1.3.2022.

davranmadıkları gerekçesiyle görevlerinden uzaklaştırılan dört savcı ve bir yargıcın itirazlarının reddedildiği, buna karşın, daha önce 17-25.12.2013 dönemine ilişkin soruşturmada şüpheliler lehine kovuşturmayaya yer olmadığına karar veren savcı E. A.'nın itirazını kabul ettiğini ve uygunsuz davranış (otel masraflarını özel bir şirket tarafından karşılaması) nedeniyle E. A.'ya uygulanan disiplin cezalarını iptal ettiğini belirtmiştir. Makalede, 17-25.12.2013 operasyonlarından sorumlu polisler hakkında yakalama kararı veren ve olayların gerçekleştiği dönemde Başbakanı (Recep Tayyip Erdoğan) yönelik çok sayıda iltifat mesajı paylaşan bir diğer yargıç İ. S. hakkında verilen disiplin cezalarının, HSYK tarafından cömertçe affedildiğine de yer verilmiştir<sup>83</sup>.

AİHM'nin genel ilkelerle ilgili değerlendirmesine göre, “özellikle demokratik bir toplumda, güçler ayrılığına ve yargı bağımsızlığının korunması gerekliliğine ilişkin konuların, genel menfaati ilgilendiren çok önemli konular içerebileceği”<sup>84</sup>; “genel menfaate ilişkin konular hakkındaki tartışmalar, ulusal makamlara tanınan özellikle kısıtlı bir takdir yetkisi ile birlikte, genellikle Sözleşme'nin 10. maddesi bağlamındaki yüksek korumadan da faydalanmaktadır”; “Yargı üzerinde tartışma yaratan bir sorunun siyasi sonuçları olsa bile, bu husus bir hâkimin konuyla ilgili bir beyanda bulunmasını engellemek için tek başına yeterli değildir”<sup>85</sup>; “Yargının toplumdaki özel misyonunun, hâkimlere bir ihtiyat yükümlülüğü getirdiği doğrudur. Bununla birlikte, bu durumun özel bir amacı vardır: hâkimin sözü, avukatın sözünün aksine, yalnızca kendisini ifade eden kişiyi değil, onun aracılığıyla tüm Adalet kurumunu da ilgilendiren nesnel bir değerlendirmenin ifadesi olarak algılanır”; “Bu nedenle, özellikle bu ihtiyat yükümlülüğünün ilgili hâkimlerin tepki vermesini yasakladığı durumlarda, adaleti, ciddi bir dayanaktan yoksun (,) yıkıcı saldırılara karşı korumak gerekli olabilir”<sup>86</sup>; “Özellikle yargı mensuplarının, yargı erkinin otoritesinin ve tarafsızlığının sorgulanmasının muhtemel olduğu durumlarda (...) ve ayrıca diğer devlet memurları,

<sup>83</sup> Baka/Macaristan ([BD], No: 20261/12, par.162-167, 23.6.2016 ve Emi-nağaoğlu/Türkiye, No. 76521/12, par.120-124 ve125, 9.3.2021.

<sup>84</sup> AİHM, Morice/Fransa [BD], No: 29369/10, par.128, 2015.

<sup>85</sup> AİHM, Wille/Liechtenstein [BD], No: 28396/95, par.67, 1999-VII.

<sup>86</sup> AİHM, Prager ve Oberschlick/Avusturya, 26.4.1995, par.34, A serisi, No. 313, Kodechkina/Rusya, No. 29492/05, par. 86, 26.2.2009 ve Di Giovanni/İtalya, No. 51160/06, par.71, 9.7.2013.

özellikle de diğer hâkimler hakkında eleştiride bulunmaları durumunda (...), ifade özgürlüklerini kısıtlı bir şekilde kullanmaları meşru olarak beklenebilir”; “hâkimlere resmi görevlerini yerine getirirken yöneltilebilecek kabul edilebilir eleştirinin sınırları, özel şahıslarayönelik eleştirilerin sınırlarından daha geniştir”; “Mahkeme, İnternet’in avantajlarını kabul etmekle birlikte, özellikle karalayıcı, nefret veya şiddet içeren ifadeler gibi açıkça hukuka aykırı ifadelerin, dünya çapında daha önce hiç olmadığı kadar saniyeler içinde yayılabilmesi ve bazen çok uzun süre çevrimiçi kalabilmesi nedeniyle, bunların bir takım riskler taşıdığını kabul etmektedir”.

**Bu genel ilkeleri belirttikten sonra AİHM, somut olayda AİHS'nin 10 ncu maddesinin ihlal edildiğini şu gerekçelerle açıklamıştır:** “Mahkeme, mevcut davada, Hükümetin, esasen, soruşturmayı ve yaptırımı, hâkimlerin ihtiyat ve itidal yükümlülüğü ile haklı gösterdiğini gözlemlemektedir. Mahkeme, bazı Sözleşmecî Devletlerin kamu görevlilerini veya hâkimlerini itidal yükümlülüğüne tabi tuttuğunu tespit etmektedir. Somut olayda, hâkimlere getirilen bu yükümlülük, hâkimlerin kararlarının otoritesinin yanı sıra bağımsızlıklarını koruma isteğine dayanmaktadır. Mahkemeye göre, bu yükümlülükten doğan müdahalenin, Sözleşme tarafından meşru olarak tanınan amaçlardan en az birini, bu durumda yargı erkinin otorite ve tarafsızlık güvencesi amacını izlediği kanaatine varılabilir” (par.58).

AİHM böyle bir yaptırımın **demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı** konusundaki değerlendirmesinde; “yargı erkinin otoritesi ve tarafsızlığı sorgulanabileceğinden, başvuranın ifade özgürlüğünü itidal ile kullanması beklenebilir”; (par.60); “Mahkeme bu bağlamda, başvuranın Facebook grubunda paylaştığı basın makalesinin kapsamından, bu makalenin özellikle yargı mesleği mensuplarını ilgilendiren bir tartışma kapsamında ortaya çıktığının anlaşıldığını, zira bu makalenin, 17-25 Aralık 2013 tarihleri arasında meydana gelen yolsuzluk şüphelerine dayanan kovuşturmaların başlatılmasıyla ilgili olaylar ve Hükümetin bu kovuşturmalara verdiği tepkilere ilişkin olarak yargı erkinin, yürütme erki karşısında tarafsızlığı ve bağımsızlığı ile ilgili olduğunu kaydetmektedir. Nitekim söz konusu makalede, HSYK'nın bazı kararlarının, siyasi iktidara yapılan bir iyilik olarak değerlendirilebileceğine dair bazı değer yargıları açıklanmıştır; Hükümete yakın çevrelere mensup şüpheli kişileri suçlayarak 17-25 Aralık 2013 tarihli kovuşturmaları başlatan savcılar cezalandırılırken, söz konusu kişiler hakkında takipsizlik kararı veren

savcıların ise, kendilerine isnat edilen disiplin kusurları sebebiyle haklarında yürütülen disiplin soruşturmalarından aklanarak ödüllendirildikleri belirtilmiştir” (par.62).

AİHM, olayda değer yargılarının dayandırıldığı **“olgusal temelin”** yeterli olup olmadığı konusundaki değerlendirmesinde; başvurucunun, “ihtilafli makaleyi paylaşması sebebiyle hakkında soruşturma yürüten disiplin organlarının hiçbiri, söz konusu makalede belirtilen olayların meydana gelmediğini-yani bazı hâkimler aleyhinde ve bazı hâkimlerin de lehinde disiplin kararları verildiğini-beyan etmemiştir. HSK’nın farklı makamları, ihtilaf konusu disiplin kararlarının, bazı Hükümet çevreleri hakkında ortaya çıkan şüphelerle ilgili hâkimler tarafından verilen kararlardan etkilenmiş olabileceğine dair değer yargısına itiraz” etmekle yetinmiştir (par.63).

Yargıcın olgusal temelli açıklamaları nedeniyle cezai yaptırıma tabii tutulmaması gerekmektedir. Çünkü böyle açıklamalar, düşünce özgürlüğü kapsamında değerlendirilmelidir.

AİHM, “makalede belirtilen **değer yargılarının**, kendi bağlamlarında ele alındığında, HSYK’nın yürütme erki karşısında bağımsızlığı ve sonuç olarak hâkimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı hakkında ortaya çıkan bir tartışma kapsamına girdiği kanaatine varmaktadır. Mahkeme bu konuda, bir hâkimin, yargının bağımsızlığına ilişkin olarak basında çıkan tüm görüşleri paylaşması ve meslektaşlarının görüşlerine sunmasının, mutlak suretle söz konusu hâkimin meslek hayatı açısından çok önemli bir alanda haber verme ve alma özgürlüğünün bir kısmını teşkil ettiği kanaatindedir” (par.64).

AİHM’nin bu gerekçesine göre, yargıcın, yargı bağımsızlığına zarar veren düzenlemeleri eleştirme özgürlüğünün elinden alınmaması gerekir. Nitekim AİHM birçok kararında, yargıcın mesleği ile ilgili konularda açıklama yapmasının “görev” olduğuna da işaret etmektedir<sup>87</sup>. Ayrıca AİHM’ne göre, “Bu konuda ifade edilen bilgi ve görüşlerin **‘siyasi spekülasyon’ olarak nitelendirilmesi**, ilgili kişinin mesleğinin özünü etkileyen bir alanda, meslektaşları olan **hâkimler ile bilgi alışverişinde bulunma özgürlüğünü kısıtlamak için tek başına yeterli değildir**” (par.65).

<sup>87</sup> Bkz. Baka/Macaristan kararı.

AİHM, başvurucunun makalesini kimlerle paylaşıldığı üzerinde de durmuştur: “ihtilaf konusu makaleyi, genel olarak kamuoyu ile paylaşmadığı, ancak mesleki olarak yargı mensuplarına ayrılan ve halka kapalı olan bir tartışma grubunda paylaştığı açıktır” (par.66).

Ancak bence, halka/kamuya kapalı tartışma grubundaki paylaşımlardan dolayı yargıca ceza verilmesi doğru olmamakla beraber, yargıcın da böyle bir açıklamanın kamuya yansiyabileceğini öngörmesi de gerekir.

AİHM, yargıçların görüşlerini paylaşırken sadece övgü değil, eleştiri haklarını da kullanabileceklerini de kabul etmektedir (par.67).

AİHM, yargıcın düşüncesini açıklaması nedeniyle verilecek disiplin cezasının sadece kendisi üzerinde değil, diğer meslektaşları üzerindeki etkilerine de dikkat çekmiştir: “yargı mensubu bir memura disiplin cezası verilmesinin, doğası gereği, sadece ilgili hâkim üzerinde değil, aynı zamanda bir bütün olarak meslek üzerinde de caydırıcı bir etkiye sahip olduğu göz ardı edilemez (...). Bu durum, özellikle yargıçların, diğer devlet erkleri karşısında bağımsızlıklarını etkilemesi muhtemel HSYK kararları hakkında kendi aralarında fikir ve görüş alışverişinde buldukları durumlar için geçerlidir” (par.68).

AİHM, disiplin cezası verilirken başvurucunun “ifade özgürlüğü hakkı ile bir hâkim olarak ihtiyat yükümlülüğü arasında” denge gözetilmesi gerektiğine işaret ettikten sonra, HSK’nın bir yargı organı olmadığını ve ilk derece organı olarak Daire önünde ve ardından itiraz organı olarak Genel Kurul önündeki süreçlerin, bir yargı denetiminin güvencelerini sunmadığına işaretlerle, disiplin cezası tedbirinin “bağımsız ve tarafsız bir organ tarafından incelenmesi olanağı”nın verilmediğine de karar vermiştir (par.69).

AİHM, başvurucuya verilen disiplin cezasının, “hiçbir zorunlu sosyal ihtiyacı karşılamadığı ve bu sebeple, Sözleşme’nin 10. maddesinin 2. fıkrası anlamında ‘demokratik bir toplumda gerekli’ bir tedbir teşkil etmediği sonucuna” vararak, Sözleşme’nin 10. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir (par.70).

**AİHM burada ayrıca verilen disiplin cezasına karşı “etkin başvuru yolunun” bulunmadığına da karar vermiştir.** Çünkü AİHM’ne göre, “başvurana ihtilaf konusu disiplin cezasını veren HSK Dairesinin altı üyesi, ilgilinin itirazı hakkında karar vermesi istenilen HSK Genel Kurulunda da görevlendirilmiştir. Ayrıca başvuran, Genel

Kurulun bu nihaikararına karşı itirazda bulunabileceği bir başvuru yoluna sahip değildir” (par.79).

Yargının işleyişiyle ilgili konularda açıklamada bulunmasına disiplin cezası verilmemesi gerektiği sonucuna varmak mümkün.

### **b- Sarısu Pehlivan/Türkiye Kararı<sup>88</sup>**

**Karara konu olayda**, 20.2.2017 günü, Yargıçlar Sendikası Genel Sekreteri olan Yargıç, Anayasa değişikliğinin yargıya etkisi konusunda bir gazete’de değerlendirmede bulunuyor.

Gazete haberinde başvuruçunun, “Parti ilçe başkanı bile hâkime müdahale edecek” ifadesine yer verildiği; Anayasanın 159 ncu maddesindeki düzenlemeyle HSYK’nun yeni yapısı üzerinde durularak, yüksek sözcüğünün metinden çıkarılmasıyla; “Yargı artık ‘yüksek’ değil, yürütmenin altında. Yani ‘yürütmenin altında çalışacak bir kurul’ pozisyonuna sokuluyor. Bu da yargı bağımsızlığının olmaması demek” dediğine yer veriliyor.

Yine röportajda başvuruçunun, “yargı erki yürütmeye teslim ediliyor” dediği ve Sulh ceza mahkemelerinin yapısını değerlendirdiği, yargıcın devletin memuru olmadığı, “Partili olan bir Cumhurbaşkanı olacak belki o partinin bir ilçe başkanı bile hâkim ve savcı üzerinde etkili olmaya başlayacak. Şu ana kadar yaşanan hususlar da bundan sonra neleri yaşayabileceğimizi gösteriyor” dediği belirtiliyor.

Bu röportaj nedeniyle **disiplin cezası veriliyor**, ancak AİHM 6.6.2023 günü başvuruçunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar veriyor.

AİHM öncelikle, başvuruçunun sivil toplumda bir aktör rolünü üstlendiğine işaretler, “söz konusu konulara ilişkin açıklamalarının siyasi sonuçları, Hâkimler Birliği Genel Sekreteri olarak mesleğinin özüne ilişkin bir alanda ifade özgürlüğünü kısıtlamaya tek başına yeterli” olmadığını belirtir.

AİHM’ne göre, başvuruçunun bir yargıç olarak görevinin doğasında var olan ihtiyat ve itidal görevine saygı göstermesi gerektiğini ancak bir sendikanın genel sekreteri olarak, sivil toplum aktörü ve “yargı ve yargı bağımsızlığı üzerinde etkisi olması muhtemel anayasal reformlar hakkında görüş bildirme hakkı ve görevi”dir.

<sup>88</sup> AİHM, Sarısu Pehlivan/Türkiye, 2.Daire, Başvuru No: 63029/19, 6.6.2023.

AIHM, “yapılan yorumların tamamı yargının yürütme karşısında bağımsızlığını sorgulamış ve bu bağımsızlığın korunmasının önemini vurgulamıştır. Bu nedenle Mahkeme, bu ifadelerin açıkça kamu yararına olan konulara ilişkin bir tartışmanın parçası olduğu ve yüksek düzeyde koruma çağrısı yaptığı kanaatindedir. Mevcut davada yargı mensupları tarafından yapılan siyasi açıklamalara ilişkin çekinceler ifade edilebilse bile, başvurucunun yukarıda belirtilen hususlara ilişkin açıklamalarının siyasi sonuçları, Yargıçlar Sendikası Genel Sekreteri olarak, başvurucunun ifade özgürlüğünü kısıtlamaya tek başına yeterli olamamaktadır. Bu nedenle Mahkeme, ulusal makamların itiraz edilen tedbiri haklı çıkarmak için yeterli nedenler ileri sürmediği kanaatindedir”<sup>89</sup>.

Dolayısıyla bu karara konu açıklamaların “kamu yararına olan konularla” ilgili olması ve başvurucunun sendika yetkilisi olması nedeniyle, hakkında disiplin cezasının uygulanmaması gerektiği kabul edilmiştir. Diğer yandan, bence, yargıcın bu açıklamalarının bakmakta olduğu bir dava ile ilgili olmaması da dikkate alındığında; disiplin cezası, “yargı erkinin yetki ve tarafsızlığını güvence altına almak” için getirilen bir sınırlamayla ilgili de değildir (AIHM, m.10/2).

### c- Albayrak/Türkiye Kararı<sup>90</sup>

Karara konu olay, yargıç olan başvurucuya yönelik kimi iddialarla, 14.8.1995 günü, Jandarma Genel Komutanlığı, Adalet Bakanlığı’na bağlı teftiş kuruluna resmi başvurudabulunur; HSYK “başvurucunun görev yerinin değiştirilmesi gerektiği sonucuna” varır ve bir kısım suçlamalarla ilgili olarak “kınama cezası” verir.

Konuyla ilgili değerlendirme yapan AIHM şu kararı verir: “AIHM’nin elindeki tek bilgi, başvuran aleyhindeki muğlak suçlamalar ve başvuranın bu suçlamaları tetiklemiş olabilecek çeşitli olaylarla ilgili ifadeleridir. AIHM, dava dosyasında, (...) yanlış medyayı takip etmesi dahil olmak üzere başvuranın karşı çıkılan tutumunun, özellikle geçmişteki, beklemede olan veya şimdiki yargılamalarda hakim olarak gösterdiği performansıyla ilgisi olduğunu öne sürecek herhangi bir göndermeye rastlamamıştır (...). AIHM, ayrıca, Hükümet tarafından başvuru-

<sup>89</sup> <https://www.evrensel.net/haber/491722/aihm-h-kim-ayse-sarisu-pehlivanin-ifade-ozgurlugunun-ihlal-edildigine-hukmetti>; siteyi ziyaret tarihi: 30.8.2023.

<sup>90</sup> AIHM, Albayrak/Türkiye, 3.Daire, Başvuru No: 38406/97, 31.1.2008.



ranın açıkça (...) yanlısı olduğunu veya kendisine gelen ilintili davalarla tarafsız olarak ilgilenme yeteneğinin sorgulanmasına neden olacak biçimde davrandığını gösteren herhangi bir delil sunulmadığını kaydetmektedir. AİHM'ye göre, bu unsurlar, makamlar tarafından alınan önlemin gerekli olup olmadığının değerlendirilmesinde etkili olan temel faktörlerdir. AİHM, elinde böylesi bir bilgi bulunmadığı için, makamların başvuranın (...) yanlısı medyayı takip ettiği veya buna teşebbüs ettiği gerçeğine büyük önem atfettiğini kabul etmektedir. AİHM, bu bağlamda, **ifade özgürlüğünün**, bir kimsenin kişisel görüşlerinin başkalarının bu kimseye yüklemek istediği görüşlere ilişkin alınan bilgiden ayrılmasını gerektirdiğini hatırlatmaktadır (...). Ulusal makamların takdir marjına rağmen davanın koşullarının tamamını göz önünde bulunduran AİHM, başvuranın ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin 'demokratik bir toplumda gerekli' olmadığı görüşündedir. Bu saptama, başvurana dayatılan disiplin yaptırımının izlenen amaçla orantılı olup olmadığını belirlemek amacıyla AİHM'nin incelemesini sürdürmesini gereksiz kılmaktadır. Buna göre, AİHS'nin 10. maddesi ihlal edilmiştir".

Bu karara konu olayla ilgili olarak, başvurucunun herhangi bir açıklama ve görüş beyanı olmadığı halde hakkındaki ihbarın doğru kabul edilerek, HSYK tarafından "görev yerinin değiştirilmesi gerektiği sonucuna" varma ve bir kısım suçlamalarla ilgili olarak da "kınama cezası" verilmesi söz konusudur. Bu karara konu iddialarda başvurucunun düşünce açıklamasından söz edilmediği, ancak kimi yayınları takip etmesinin ileri sürüldüğü ve delil de bulunmadığına işaret edilmektedir.

#### ç- Kayasu/Türkiye Kararı<sup>91</sup>

Cumhuriyet savcısı olan başvuru, 5.8.1999 tarihli bir mektup ile **vatandaş sıfatıyla**, 1961 Anayasası ile kurulan Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne karşı ihtilal yaptıkları gerekçesiyle 12 Eylül 1980 askeri darbesini gerçekleştiren eski generaller Kenan Evren, Sedat Celasun, Nurettin Ersin, Nejat Tümer ve Tahsin Şahinkaya hakkında Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi Savcısına o zaman yürürlükte olan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 146 ve 147 nci maddeleri gereğince işlem yapılması için **şikâyette bulunmuş**; ancak şikâyet dilekçesi takipsizlik kararı ile

<sup>91</sup> AİHM, Kayasu/Türkiye, 2.Daire, Başvuru No: 64119/00 ve 76292//01, 13.11. 2008.

sonuçlanmış ve konu basına yansımış, sonuçta başvuru hakkında bu nedenle soruşturma başlatılmıştır.

Ancak başvuru daha sonra, 28.3.2000 tarihinde, Adana Cumhuriyet Savcısı sıfatı ile Eski Genelkurmay Başkanı, Cumhurbaşkanı ve 12.9.1980 askeri darbesinin baş sorumlusu Kenan Evren hakkında, Türk Ceza Kanunu'nun 146 ve 147 nci maddeleri uyarınca iddianame düzenler.

Tarsus Cumhuriyet Savcılığı 23.5.2000 günlü iddianameyle başvuru hakkında aynı yasanın 240 ve 159 ncu maddeleri uyarınca görevi suiistimal ve silahlı kuvvetleri tahkir ve tezyif suçlarından dava açar. Yani düzenlenen iddianamedeki suçlamalarından dolayı başvuru hakkında dava açılır.

Yargıtay ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdiği 4.4.2001 günlü kararıyla askeri darbe sorumlularının yargılanabilmelerine dair düşüncelerini ifade ettiği ve Türk Silahlı Kuvvetleri'ni hedef almadığı cihetle başvuranın tahkir ve tezyif (TCK'nın 159. maddesi) suçundan beraatine karar verir; ancak görevi suiistimal suçuyla ilgili iddiayı yerinde bularak TCK'nın 240 nci maddesi uyarınca başvurucuyu mahkûm eder.

Karar gerekçesinde Yargıtay, başvuru Anayasa'nın geçici 15 nci maddesinin amir hükmüne ve Adana Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından aynı gerekçelerle sunduğu dilekçesiyle ilgili olarak evvelce verilen takipsizlik kararına rağmen Kenan Evren hakkında iddianame hazırlamakta ısrar etmesinin TCK'nın 240. maddesinde yasaklanan görevi suiistimal teşkil ettiği kanaatine varır ve bir yıl hapse mahkûm eder ve söz konusu hapis cezası 988.650.000 TL para cezasına çevrilerek cezanın ertelenmesine ve iki ay on beş gün süreyle kamu hizmetinden men edilmesi kararı verir.

**Başvuran** 20.4.2000 tarihinden itibaren 2802 sayılı Kanun'un 77 nci maddesi uyarınca **savcılık görevinden uzaklaştırılır**.

**Hukuksal durum:**1982 Anayasasının geçici 15 nci maddesinde yargı kısıntısı getirilmiştir<sup>92</sup> ve bu kısıntı maddesinin son fıkrasındaki dü-

<sup>92</sup> 1982 Anayasasının geçici 15 nci maddesinde şu düzenleme vardı: "12 Eylül 1980 tarihinden, ilk genel seçimler sonucu toplanacak Türkiye Büyük Millet Meclisinin Başkanlık Divanını oluşturuncaya kadar geçecek süre içinde, yasama ve yürütme yetkilerini Türk milleti adına kullanan, 2356 sayılı Kanunla kurulu Millî Güvenlik Konseyinin, bu Konseyin yönetimi döneminde kurulmuş hükümetlerin, 2485 sayılı Kurucu Meclis Hakkında Kanunla görev ifa eden Danışma Meclisinin her türlü karar

zenleme 3.10.2001 gün ve 4709 sayılı Yasanın 34 ncü maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır.

Tarihlere dikkat çekmek gerekirse, başvuru 5.8.1999'da bireysel şikâyetle bulunmuş ve hakkında Adalet Bakanlığı tarafından 9.2.2000'de soruşturma başlatılmış, 25.2.2000 günlü iddianameyle hakkında TCK'nun 240 ncü maddesinden dava açılmış; ancak hakkındaki soruşturma ve davaya rağmen başvuru 12 Eylül 1980 askeri darbesini yapanlardan sadece Kenan Evren hakkında 28.3.2000 günlü iddianameyle TCK'nun 146 ve 147 nci maddelerinden dava açmıştır.

Özetle 1982 Anayasasının geçici 15 nci maddesinin halen yürürlükte olduğu, 1982 yılından itibaren seçimle oluşturulan parlamentonun Anayasada 1987, 1993, 1995, 1999 yıllarında çok sayıda maddede değişiklik gerçekleştirmesine karşın, geçici 15 nci maddede değişiklik yapılmayan dönemde başvuru savcı olarak iddianame düzenliyor. Burada, halkın iradesinin de devreye girdiği ve halkoylaması ile kabul edilen bir anayasa hükmüne rağmen, dava açılmasının yetki bakımından mümkün olup olmadığını AİHM tartışmamıştır.

**Burada asıl üzerinde durulması gereken hususlardan biri,** görevini kötüye kullanması ve hakaret suçunu birlikte işlediğinden bahisle başvuru hakkında iddianamedeki anlatımlarda bölünebilen birden fazla fiil olup olmadığı ve non bis in idem ilkesinin ihlali suretiyle aynı fiilden birden fazla ceza verilmesinin mümkün olup olmadığının tartışılması zorunluluğu idi.

Gerçi o tarihte Türkiye 7 nolu protokolü henüz iç hukuka aktarmamış olmakla beraber; 1412 sayılı CMUK'nın 253/2 nci maddesinde "Sanığın beraatine veya mahkumiyetine, davanın reddine veya düşmesine ve muhakemenin durmasına dair kararlar hükümdür" ve 765 sayılı TCK'nun 79 ncü maddesinde yer alan, "İşlediği bir fiil ile kanunun muhtelif ahkâmını ihlal eden kimse o ahkâmdan en şedit cezayı tazammun

---

ve tasarruflarından dolayı haklarında cezaî, malî veya hukukî sorumluluk iddiası ileri sürülemez ve bu maksatla herhangi bir yargı merciine başvurulamaz.

Bu karar ve tasarrufların idarece veya yetkili kılınmış organ, merci ve görevlilerce uygulanmasından dolayı, karar alanlar, tasarrufta bulunanlar ve uygulayanlar hakkında da yukarıdaki fıkra hükümleri uygulanır.

Bu dönem içinde çıkarılan kanunlar, kanun hükmünde kararname ile 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca alınan karar ve tasarrufların Anayasaya aykırılığı iddia edilemez".

eden maddeye göre cezalandırılır” düzenlemeleri olduğu için, iddianamede yer alan aynı fiilden hem 765 sayılı Yasanın 240, hem 159 ncu maddesinden ceza verilmesi de ayrı bir değerlendirme konusu olabilirdi.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu (CGK), 15.5.2001 tarihinde oyçokluğuyla ceza dairesinin başvuruçunun görevini kötüye kullandığı yönündeki kararını onayarak hakaret iddiası yönünden verdiği beraat kararını bozmuştur.

CGK, başvuruçunun tarafından kaleme alınan ve 28.3.2000 tarihli iddianamenin eleştiri boyutunu aştığını ve silahlı kuvvetlerin tamamının yetkisini kötüye kullanan, silahını kendi vatandaşlarına doğrultmak ve hukuk devletini yıkmakta tereddüt etmeyen bir kurum olmakla suçlamak suretiyle hedef aldığı kanaatine varmıştır.

Yargıtay dairesi ilk derece sıfatıyla baktığı davada, 26.9.2001 tarihinde eski kararında ısrar etmiştir. Bu karar usul hatası nedeniyle CGK tarafından 23.10.2001 tarihinde bozulmuştur.

Usul bakımından eksikliklerin giderilmesinin ardından Yargıtay Ceza Dairesi 13.3.2002 tarihinde daha önce verdiği kararı tekrarlamıştır. CGK, 16.4.2002 tarihinde kararın görevi kötüye kullanmaya (TCK 240. madde) ilişkin kısmını onamış ve karar nihai hale gelmiş; ancak başvuruçunun tahkir ve tezyif suçundan beraat etmesine ilişkin kararı bir kez daha bozmuştur (TCK'nın 159. maddesi).

Yargıtay 9. Ceza Dairesi 11.12.2002 tarihli nihai kararı ile CGK'nun 16.4.2002 tarihli kararına uymuş ve başvuruçuyu TCK'nın 159. maddesi gereğince tahkir ve tezyif suçundan onay hapis cezasına çarptırmış, söz konusu ceza para cezasına çevrilmiştir. 9. Ceza Dairesi, başvuruçunun söz konusu iddianameyi basın mensuplarına dağıtmakla iddianamenin daha geniş bir kitleye ulaştırmaya çalıştığını, böylece Devletin Silahlı Kuvvetlerini karalama ve bu kuruma hakaret etme niyetini ortaya koyduğunun altını çizmiştir.

AİHM, verilen cezalarla ilgili olarak Sözleşmenin 10 ve 13 ncu maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

AİHM, 10 ncu madde yönünden ihlal gerekçesinde şu hususlara yer vermiştir:

“İfade özgürlüğü demokratik bir toplumun temelini oluşturan ana unsurlardan biri olarak demokratik toplumun ilerlemesi ve bireyin gelişmesi için vazgeçilmez şartlardan birini teşkil etmektedir. 10. maddenin 2. paragrafı saklı tutulmak üzere, ifade özgürlüğü sadece toplum tarafından genel kabul gören veya zararsız veya ilgi çekmeyen ‘bilgi’ ve

‘fikirler’ için değil, toplumun duygularını inciten, şok eden veya huzursuz kılan fikir ve bilgiler için de geçerlidir.

Bu çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin bir gereğidir ki bunların yokluğu halinde ‘demokratik bir toplum’dan söz etmek mümkün değildir. 10. maddede güvence altına alınan bu hak, bazı istisnalara tabi ise de, **bu istisnaların dar yorumlanması ve bu hakkın ikna edici gerekçelerle sınırlandırılması gerekmektedir.**

AİHS’nin 10/2 maddesindeki anlamıyla ‘zorunlu’ ifadesi, ‘zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç’ın varlığını gerektirmektedir. Sözleşmeciler Devletlerin böyle bir ihtiyacın varlığını tespit ederken belli bir takdir hakları bulunmaktadır, ancak buna ilişkin karar bağımsız bir mahkeme tarafından da alınmış olsa, **hem yasa hem yasanın uygulanmasına ilişkin karar AİHM’nin kontrolüne tabidir.** Dolayısıyla AİHM, bir ‘kısıtlama’nın, AİHS’nin 10. maddesinin güvence altına aldığı ifade özgürlüğü ile bağdaşıp bağdaşmadığı hususuna karar vermede yetki sahibi olan son merciidir”<sup>93</sup>.

Cezada orantı üzerinde de duran AİHM’ne göre, “anlaşmazlık konusu olan müdahalenin ‘gözetilen meşru amaçla orantılı’ olup olmadığını ve bunu haklı çıkarmak adına ulusal makamlar tarafından ortaya konan gerekçelerin ‘uygun ve yeterli’ görünüp görünmediğini tespit edebilmek amacıyla, söz konusu müdahaleyi, davanın bütününe bakarak değerlendirmek zorundadır. AİHM, ulusal makamların 10. madde ile güvence altına alınan haklar ile uyumlu kuralları uyguladıklarına, dahası, bu kuralları uygularken, olayla ilgili olguların makul değerlendirmesine dayandıklarına ikna olmalıdır”.

**Başvurucunun ifa ettiği görev üzerinde de duran AİHM, başvurucunun “savcı olmasından kaynaklanan özel durumunun adaletin tecellisi için adli yapı içinde kendisine öncelikli bir rol yüklemektedir”; “görevi icabı, vatandaşın korunması ve suçun önlenmesi ve bastırılması amaçlarıyla kanunu doğrudan uygulama yetkisi bulunmaktaydı. (...). Bu görev başvurana, adaletin iyi işlemesine ve böylece halkın adalete olan güveninin sağlanmasına katkıda bulunmak suretiyle, bireysel hakların ve hukuk devletinin koruyucusu olma yükümlülüğünü getirmektedir. (...). Ancak, her halükarda başvuru-**

<sup>93</sup> AİHM, Kayasu/Türkiye, 2.Daire, Başvuru No: 64119/00 ve 76292//01, 13.11. 2008.

**ranın durumundaki bir savcının ifade özgürlüğüne her türlü müdahalenin çok dikkatli bir inceleme gerektirdiğini de düşünmektedir”.**

AİHM, 1982 Anayasasının geçici 15 nci maddesindeki soruşturma ve kovuşturma yasağıyla ilgili düzenlemeye doğrudan yollamada bulunarak, savcının bu konuda dava açabilip açamayacağı üzerinde durmaksızın; “AİHM ihtilafli ifadelerin 12 Eylül 1980 darbesinin (Darbe) sorumlularının cezai soruşturmaya tabi tutulup tutulamayacakları gibi özel bir tartışma bağlamında ve bilhassa Kasım 1982 tarihli referandum ile kabul edilen ve halen yürürlükte olan Anayasa ile ilgili olduğunu gözlemlemektedir. Bu ifadeler darbe sorumlularına karşı cezai bir kovuşturma başlatılmasını savunmakta ve bu süreci başlatan enstrüman olmak istemektedir. AİHM bu ifadelerin sadece bu ülkenin yakın geçmişinde meydana gelmiş bir olayı değil bugününü de ilgilendiren tarihi, siyasi ve hukuki bir tartışmaya ilişkin olduğunu not etmektedir. Sonuç olarak burada söz konusu olan başvuranın bir yanda vatandaş öte yanda bir savcı olarak katılmayı uygun gördüğü genel menfaate ilişkin bir tartışma söz konusudur. **AİHM bu bağlamda genel menfaati ilgilendiren bir konunun varlığının AİHS’nin 10. maddesi anlamındaki korumanın üst düzeyli olmasını gerektirdiğini hatırlatır”** demektedir.

Ancak AİHM, “mevcut bu başvuruda MGK üyelerinin dokunulmazlığına ilişkin Anayasa’nın geçici 15. maddesinin yorumlanması konusunda ihtilafların bulunduğunu gözlemlemektedir. Başvuranın şahsi değerlendirmesine göre bu hüküm MGK’nın kurulduğu tarih olan 12 Aralık 1980 tarihinden önce gerçekleştirilmiş eylemlere uygulanmamaktadır. Ulusal yargının yorumuna göre, başvuranın ihtilaf konusu eylemlere girişmeden önce, savcılık görevi nedeniyle, Anayasa’nın geçici 15. maddesinin açıkça MGK üyeleri hakkında yargı yerlerine başvurulamayacağını öngördüğünü bilmemesine imkân bulunmamaktaydı” dedikten sonra; “**AİHM, Anayasa’nın 15. geçici maddesinin değerlendirilmesine ilişkin kendi yetki alanına girmeyen bir tartışmaya girmeyecektir”** diyerek soruşturma yasağı ile ilgili **geçici 15 nci madde konusunda değerlendirme yapmaktan kaçınmıştır.**

AİHM, “ayrıca, ne dava açmanın genel menfaati ilgilendiren bir tartışmaya katkıda bulunmak için uygun bir yol olup olmadığına, ne bu olayla ilgili savcı olan başvuru ile işvereni olan devlet arasındaki ‘özel sadakat ve güven ilişkisinden’ kaynaklanan sorunlara ilişkin görüş beyan etmeyi de gerekli görmektedir” diyerek, başvuruçunun açtığı davadayetkisinin olup olmadığı değerlendirmesinden kaçınarak, sadece id-

dianameyle açılan böyle bir davada hakkında bir yaptırım uygulanmaması gerektiğiyle yetinmiştir.

AİHM, “bu ifadelerle zımnen darbeyi gerçekleştirenlerin fiillerinin gayrimeşru olduğunun ileri sürüldüğünü, ancak, bunların bu kişiler veya kurum olarak silahlı kuvvetlere yönelik hakaret olarak nitelendirilemeyeceğini değerlendir”miştir.

AİHM adli makamlara büyük bir ihtiyatlılık görevi düştüğünü hatırlatmakta ve “başvurucunun savcı sıfatıyla basını bilgilendirmiş olmasına ilişkin olarak, işveren devlete karşı sadakat ödevini göz önünde bulunduran AİHM ilgilinin bu davranışına kefil olmak durumunda değildir” demiştir.

**Cezanın orantılılığı üzerinde dururken AİHM şunlara dikkat çekmiştir:** “Yargıya mensup bir memura cezai bir yaptırım uygulanması doğası gereği yalnızca ilgili memur üzerinde değil icra ettiği meslek üzerinde de caydırıcı bir etki yapar. Toplumun adaletin tecelli edeceğine güven duyması için hâkim ve savcıların hukuk devleti ilkelerini etkili bir biçimde temsil etme kapasitesinin olduğuna inanması gerekir. Dolayısıyla bu caydırıcı etki bir hâkim veya savcının ifade özgürlüğü hakkı ile adaletin işleyişi çerçevesinde rekabet halinde olan başka her türlü meşru menfaat arasında adil bir denge kurulması için dikkate alınması gereken bir etkidir”.

**AİHM’ne göre sonuç olarak,** “İfade özgürlüğünün kamuoyunu ilgilendiren meseleler üzerindeki öneminin ve adli yetkililer başta olmak üzere memurların ödev ve sorumluluklarının bilincinde olan ve bu davadaki muhtelif menfaatleri değerlendiren AİHM, silahlı kuvvetlere hakaret gerekçesiyle savcılık görevinden alınmasına ve avukatlık mesleğini icra etmekten men edilmesine yol açan yaptırımın başvuranın ifade özgürlüğü hakkına yönelik müdahale için güdülen meşru amaçlardan hiçbiriyle orantılı olmadığı sonucuna varmaktadır. Bu itibarla AİHS’nin 10. maddesi ihlal edilmiştir”.

#### **d- Eminağaoğlu/Türkiye Kararı<sup>94</sup>**

**Olaylar:**13.6.2012 tarihinde birinci sınıf yargı mensubu iken, özellikle medyada kamuoyu tarafından iyi bilinen davalar hakkında yap-

<sup>94</sup> AİHM, Eminağaoğlu/Türkiye, Başvuru No: 76521/12, 9.3.2021.

tığı açıklama ve eleştirilerden dolayı, HSYK tarafından **disiplin cezası** verilerek başvuru Çankırı'ya tayin edilir.

Başvuru itirazı üzerine, sonuç alamamış; ancak 15.4.2015'de 6572 sayılı yasanın yürürlüğe girmesiyle HSYK, başvurucuya yönelik disiplin cezasını yeniden incelemiş ve kendisine yöneltilen suçlamalar değiştirilmeden sadece daha hafif olan **kınama cezası** ile değiştirmeye karar verilir<sup>95</sup>.

AİHM'ne göre, "görevlerini yerine getirmede başarılı olmak için adaletin garantörü olarak kanunla yönetilen bir Devlette temel bir değer olan yargının toplumdaki özel rolünün kamuoyunun güvenine sahip olması gerektiğini vurgulamıştır (...). Bu değerlendirme, yargıçların kariyerlerini etkileyen disiplin soruşturmaları için de aynı derecede geçerlidir. Kuvvetler ayrılığına ve adalet sisteminin bağımsızlığını koruma gerekliliğine artan önemle birlikte, demokratik bir toplumda yargıç ve savcılarının sahip oldukları Devlet organları arasında öne çıkan önemli yer göz önüne alındığında (...) Mahkeme, yargıçlar aleyhindeki disiplin soruşturmalarını Sözleşme hükümleri ışığında inceleme talep edildiğinde, yargıçların korunmasına özellikle dikkat" edilmesi gerekir(par.30).

Başvurunun esasın incelemesinde AİHM, sınırlamanın meşru bir amaç için gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği konusu üzerinde durmuştur: "Mahkeme, mevcut davada, Hükümetin soruşturmayı ve müteakip yaptırımını esas olarak yargıçlar ve savcılar için bağlayıcı olan ihtiyat ve takdir yetkisi ile gerekçelendirdiğini gözlemlemektedir. Belirli sayıda Taraf Devlet, devlet memuru veya yargıç ve savcılara bir takdir yetkisi yüklemektedir. Mevcut davada, yargıç ve savcılara yüklenen yetki, bağımsızlıklarını ve kararlarının otoritesini koruma ihtiyacından kaynaklanmıştır. Mahkeme, bu nedenle, sonuçta ortaya çıkan müdahalenin, Sözleşme tarafından meşru olarak kabul edilen amaçlardan en az birini, yani yargının otoritesini ve tarafsızlığını korumayı gerçekleştirmeye çalıştığını tespit etmektedir" (par.85).

**AİHM, müdahalenin "demokratik bir toplumda gerekli" olup olmadığı konusunda değerlendirme yaparken, "Başvurucunun eylemlerine cevaben yerel makamlar tarafından alınan tedbirin 'acil bir toplumsal ihtiyacı' karşılayıp karşılamadığını ve 'güdülen meşru amaçla**

<sup>95</sup> Anayasa, madde 159/10'daki düzenlemeye göre, "Kurulun meslekten çıkarma cezasına ilişkin olanlar dışındaki kararlarınakarşı yargı mercilerine başvurulamaz".



orantılı' olup olmadığını değerlendirmek için" mahkemenin davaya bir bütün olarak bakması gerektiğine" işaret etmiştir (par.86).

**AİHM, başvurunun görevde bulunduğu makam ile düşünce açıklaması üzerinde durarak şu değerlendirmeyi yapmıştır:** "Mahkeme, söz konusu tarihte başvurunun Yargıtay'a bağlı savcılığın bir üyesi olduğunu gözlemlemektedir. Başvurunun yerel hukuk sisteminde sahip olduğu bu özel statünün, ona adaletin idaresinde yargı mesleklerinde merkezi bir rol verdiğine şüphe yoktur. Bu rol, adalet sisteminin düzgün işleyişine ve dolayısıyla halkın bu sisteme olangüvenine katkısı yoluyla bireysel özgürlüklerin ve hukukun üstünlüğünün garantörü olarak hareket etme görevini kendisine yüklemiştir" (par.87); "Ayrıca, başvurunun aynı zamanda yargıçlık mesleğinin mensuplarının çıkarlarını ve hukukun üstünlüğü ilkesini savunan Yarsav derneğinin de başkanı olduğu unutulmamalıdır. HSYK önündeki soruşturmada, başvurunun bu derneğin başkanı sıfatıyla ihtilaflı ifadelerde bulunduğunu açıkladığına dikkat edilmelidir. (...). Sonuç olarak, başvuru, bu yasal olarak kurulmuş adalet sisteminin işleyişine ilişkin sorular hakkında fikir beyan etmeye, faaliyetlerine serbestçe katılmaya devam eden derneğin başkanı olarak **sadece hakka sahip değildir aynı zamanda sorumluluğu da vardır**. Yukarıda belirtildiği gibi (...), bu tur meselelerin siyasi çıkarımları olsa bile, bu kendi başına bir yargıcın konu hakkında açıklama yapmasını engellemek için yeterli değildir" (par.88).

**AİHM, Yargı reformları konusunda yargıcın görüş belirtebilmesi konusu üzerinde durarak, "ilk olarak**, başvurunun yargıç/savcı olarak görevinin doğasında bulunan takdir yetkisine bağlı olduğunu ve **ikinci olarak**, yargıçlar ve savcılar derneğinin başkanı olarak sivil toplumda bir paydaş olarak rolü olduğunu gözlemlemektedir. Dolayısıyla rolü ve görevleri arasında mahkemeler ve yargı bağımsızlığı üzerinde etkisi olması muhtemel olan yasal reformlara ilişkin görüşlerini ifade etmek de vardır. Bu bağlamda Mahkeme **her bir yargıcın yargı bağımsızlığını geliştirmek ve korumaktan sorumlu olduğunu ve yargıçlara ve mahkemelere danışılması ve meslekleriyle ve daha genel olarak adalet sisteminin işleyişiyle ilgili mevzuatın hazırlanmasında yer alması**" gerektiğini belirtmiştir (par.89).

AİHM başvurunun üç ayrı açıklamasını tek tek değerlendirdiği için her açıklamayla ilgili gerekçelere göz atmakta yarar var.

–Birinci açıklama:

**AYM bu konuda;** “bu eleştiriler olgusal bir temele sahiptir ve bu nedenle, belirli bağlamda, başvurunun ifadelerinde belirttiği görüşlerden ayrılmaz olan olgunun bulguları olarak görülmelidir. Yargıtay'a bağlı cumhuriyet savcılığının bir üyesi olduğunu ve savcı olarak görev yaptığını belirtmek önemlidir. Mahkeme, yargısal meslekler içindeki yüksek rütbeli statüsünü göz önünde bulundurarak, böyle bir pozisyondaki kişilerin ifade özgürlüğü hakkı söz konusu olduğunda 10/2 maddesinde atıfta bulunulan **‘görev ve sorumluluklar’ özel bir önem taşımaktadır**, çünkü yargı organında görev yapan kamu görevlilerinin, yargının otoritesi ve tarafsızlığının sorgulanabileceği tüm davalarda ifade özgürlüklerini kullanırken ihtiyatlı davranmaları beklenebilmektedir” (par.93) demiştir.

AİHM kararında, “başvurucu ifadeleri aracılığıyla, bazı soruşturma tedbirlerinin uygulanmasına ilişkin endişe verici bir durum hakkında yorum yapmaktadır. Ayrıca, yargının hükümetin baskısı altında olduğunu ileri sürmüştür (...). Kuşkusuz bu, demokratik bir toplumda özgürce tartışmaya açık olması gereken çok önemli bir kamu menfaati meselesidir” (par.94).

**İkinci açıklamada** başvuru, “Yargıtay Cumhuriyet savcısı sıfatıyla gazetecinin itham edildiği suçun işlenmediğini düşündüğünü belirterek Ceza Kanununun 301. maddesinin lafzını ve yukarıda belirtilen davanın yerel mahkemelerce ele alınış şeklini eleştirmiştir”(par.95).

AİHM, “başvurucunun sözlerinin daha önce karara bağlanmış bir davayla ilgili olduğuna dikkat edilmelidir. Başvurucu, gerçekten de Ceza Kanununun 301. maddesini ve yerel mahkemelerin bu hüküm kapsamındaki ceza yargılamalarına ilişkin tutumunu açıkça eleştirmiştir. Ancak, bu hükme ilişkin davaların Mahkeme tarafından ihlal tespitlerine yol açtığı belirtilmelidir” (par.96)<sup>96</sup>.

**Üçüncü açıklamaları ile ilgili olarak** AİHM, “söz konusu ifadelerden bazılarının - Diyanet İşleri Başkanının zorunlu din eğitimine ilişkin yargı kararlarına ilişkin açıklamalarına yönelik eleştirisi, anayasa reformu eleştirisi, eski sekreterin seçim döneminde Adalet Bakanlığına atanmasına yönelik eleştirisi, kuvvetler ayrılığı ve laiklik ilkesinin önemini hatırlatması ve politikacıların mahkemelere ve genel olarak adalet

<sup>96</sup> AİHM, Altuğ Taner Akçam/Türkiye kararı ile TCY'nın 301 nci maddesiyle ilgili ihlal kararına yollamada bulunuluyor.

sistemine yönelik konuşmaları hakkındaki tutumu–**büyük ölçüde adalet sistemiyle” ilgili olduğunu** gözlemlediğine (par.101) yer vermiştir.

AİHM burada, “HSYK'nın esasa ilişkin kararında, başvurunun doğrudan yargı sistemiyle ilgili olan ifadeleri” ile farklı konulara ilişkin ifadeleri arasında hiçbir ayırım yapmadığını belirttikten sonra; “HSYK'nın kararında, başvurunun ifadeleriyle yargısal mesleklerin haysiyetini ve onurunu zayıflattığı sonucunu haklı çıkarmak için yeterli gerekçe bulamamaktadır” (par.102) demiştir.

AİHM, başvuru hakkındaki yaptırımın HSYK tarafından verilmesi nedeniyle, buranın mahkeme olup olmadığı konusunda değerlendirmede bulunmuştur.

AİHM'nin bu konudaki görüşüne göre, “Mahkeme önüne getirilen şikâyetlerin bir kısmının HSYK'nın yapısı ve kararlarının yargı denetimine tabi tutulmaması ile ilgili olduğunu gözlemlemektedir. Aslında HSYK, Türk hukuk düzeninde bir ‘mahkeme’ olarak görülmemektedir: yetkilerini mahkemelerin bağımsızlığı ilkesi ve Anayasa'nın 159. maddesine göre yargının yararlandığı güvencelere uygun olarak kullanan anayasal bir organdır. (...) Sonuç olarak Mahkeme, analizinde öncelikle disiplin yaptırımları uygulamakla sorumlu organ olan HSYK'nın kendi yetkisi dahilindeki konuları hukuk kuralları temelinde, tam yargı yetkisi ile ve öngörülen şekilde yürütülen işlemlerden sonra belirlemek olan hukuki rolü nedeniyle Türk hukuku kapsamındaki statüsüne bakılmaksızın asli anlamda bir ‘mahkeme’ olarak kabul edilip edilemeyeceğini değerlendirilmelidir (...). Bu sorunun cevabı olumsuz ise, sonraki soru, başvurunun bir ‘mahkemenin’ gereklerini kendi başına karşılamayan bir organ tarafından verilen disiplin cezasına 6. maddenin gerekliliklerini karşılayan başka bir organa itiraz etme fırsatına sahip olup olmadığıdır (...). Mahkeme, ancak bu şekilde, başvurunun mahkeme hakkına ilişkin ana şikâyetinin esasını ele alabilir” (par.48)<sup>97</sup>.

Neticede AİHM'ne göre, HSYK'nun İkinci Dairesi ve Genel Kurulu, Sözleşme'nin 6/1 maddesi anlamında bir “mahkeme” olarak” nitelendirilemez (par.56). Dolayısıyla AİHM, “davalı Devletin, başvuru-

<sup>97</sup> Hükümetin görüşüne göre, “HSYK, ayrıca sui generis bir statüye sahip olan bir idari organdır: Anayasa'nın 159. maddesine göre mahkemelerin bağımsızlığı ilkesine ve yargı mensuplarının yararlandığı güvencelere göre görevlerini yerine getiren anayasal bir organdır” (AİHM, Eminağaoğlu kararı, par.52).

nun mahkemeye erişim hakkının özüne zarar verdiği” görüşündedir (par.58)<sup>98</sup>.

AİHM sonuç olarak; “özellikle mevcut davada izlenen karar verme sürecinin son derece kusurlu olduğu ve başvuru sahibinin bir yargı mensubu ve bir yargıçlar ve savcılar derneğinin başkanı olarak statüsü için vazgeçilmez olan güvenceleri karşılamadığı gerçeği göz önünde bulundurulduğunda Mahkeme, Sözleşme’nin 10. maddesi uyarınca başvuru sahibinin ifade özgürlüğü hakkına getirilen ihtilafli kısıtlamalara, istismara karşı etkili ve yeterli güvencelerin eşlik etmediğini düşünmektedir” demek suretiyle AİHS’nin 10 ncu maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir (par.106-107).

Kararı kısaca değerlendirmek gerekirse; yargıcın düşüncesini açıklama özgürlüğünün sınırı, adalete zarar vermemektir. Yargıcın özel konumu gereği, adaletle ilgili konularda düşünce açıklaması nedeniyle soruşturmaya uğramaması gerektiği gibi; soruşturma sonucunda ceza verilmesi durumunda da, bu cezaya karşı etkili yasa yoluna başvurusunun sağlanması gerekmektedir. Bu itibarla karardan çıkan sonuç; düşünce açıklama özgürlüğüne getirilen sınırlamada yetkili olan HSYK’nın yapısı ile kararlarına karşı etkili başvuru yolunun sağlanabilmesi için Anayasanın 159 ncu maddesinde ve diğer ilgili yasalarda değişikliklere gidilmesi gerekir.

### e- Diğer Kararlardan Örnekler

#### **AİHM’nin Yargıcın otoritesi ve tarafsızlığına ilişkin diğer örnek kararlarından alıntılar:**

-AİHM’nin Yargıcın otoritesi ve tarafsızlığına ilişkin içtihatlarına göre, yargıcın özel bir korunmaya sahip olduğu kabul edilmekle birlikte, “bir fanus içinde işlemediğini ve adaletin sağlanması ile ilgili” sorunların kamusal tartışmanın bir parçası olabileceğini doğal karşılamak gerekir<sup>99</sup>.

-AİHM bir başka kararında, “mahkemeler önünde görülen konularda, kamu yararına olan diğer alanlarda olduğu gibi, konuyla ilgili bilgi

<sup>98</sup> AİHM, Anayasa’nın 159 ncu maddesi gereğince, yargıç ve savcılara uygulanan disiplin cezalarının, meslekten ihraç cezası dışında yargı denetimine tabi olmadığı üzerinde de durmuştur (AİHM, Eminağaoğlu kararı, par.103).

<sup>99</sup> Dominika Bychawska-Siniarska, 2018, s.79-83.

ve fikir aktarma yükümlülüğü de bulunmakta” olup, sadece basın bu gibi bilgi ve fikirleri verme yükümlülüğü yoktur; aynı zamanda halkın da bu bilgileri alma hakkı olduğunu kabul etmektedir<sup>100</sup>.

-AİHM, yargıcın siyasiler gibi cevap vermek yerine, “ketum” olduklarına da işaret etmektedir<sup>101</sup>.

-AİHM, **Handyside/İngiltere** kararında, düşünceyi açıklama özgürlüğünün, “demokratik toplumun en temel dayanaklarından” ve “toplumun ilerlemesinin ve bireylerin gelişiminin esaslı koşullarından biri” olduğuna işaret etmektedir<sup>102</sup>. AİHM’ne göre, bu özgürlük, toplumda iyi karşılanan veya zararsız ya da önemsiz olarak kabul edilen bilgi ve düşünceler için olduğu kadar, aynı zamanda devleti veya toplumun bir kısmını “inciten”, “şok eden” veya “kaygılandırıcı” görüş ve düşünceleri de kapsamındadır<sup>103</sup>.

AİHS’nin **10/2** nci maddesindeki düzenlemeye göre, “Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir”.

Bu düzenlemeyi kamu görevlisi olan veya olmayan ayrımı yapılmaksızın, herkes için bu özgürlüğün “görev ve sorumluluklar” yüklediğini kabul etmek gerekir<sup>104</sup>. Ancak, bu özgürlüğün beraberinde getirdiği “görev/ödev ve sorumluluk”, kamu görevlileri için daha hassasiyet gerektirmektedir.

<sup>100</sup> The Sunday Times/Birleşik Krallık, 26.4.1979, par.65; Dominika Bychawska-Siniarska, 2018, s.80.

<sup>101</sup> Dominika Bychawska-Siniarska, 2018, s.82.

<sup>102</sup> AİHM Handyside/Birleşik Krallık Kararı, Başvuru No: 5493/72, K.T: 07.12.1976, Par. 49.

<sup>103</sup> Duymaz, 2013, s.107; Aras, 2021, s.5.

<sup>104</sup> Farklı yaklaşım için bkz. Aras, 2021, s.8’de, “Sözleşmede geçen ‘görev ve sorumluluk’ kavramları bu hususu kamu görevlileri bakımından ortaya koymaktadır” deniliyor.

-Nitekim AİHM, **kamu görevlilerinin** düşünceyi açıklama özgürlüğü söz konusu olduğunda, “görev ve sorumluluk” kavramının özel bir önem kazandığına işaret etmektedir. Dolayısıyla “kamu görevlileri, askerler, polisler, yargı mensupları, siyasiler, basın mensupları, yazarlar, yayıncılar, sanatçılar, sivil toplum kuruluşları ve temsilcileri açısından ifade özgürlüğü hakkının kullanımı ve müdahale sınırları irdelenirken, görev ve sorumluluk kavramına vurgu yapılmıştır”<sup>105, 106</sup>.

-AİHM, Almanya’da Komünist Parti’ye üye olduğu için bir öğretmenin görevden alınması olayında, devlet memurlarının Anayasa’ya bağlılık ödevleri olduğuna işaret etmiş, ancak bu ödevin düşünceyi açıklama özgürlüğünü tamamen ortadan kaldıracak derecede katı olamayacağına vurgu yaparak, Devletin bu olayda müdahalesinin haklı bir sebebe dayandığı kanısına varmakla beraber, yine de bu müdahalenin demokratik bir toplumda zorunlu olduğu konusunda ikna olmadığı gerekçesiyle ihlal kararı vermiştir<sup>107</sup>.

-AİHM, bir kararında Almanya’da bir kimsenin kamu görevlisi olarak atanabilmesi için Anayasaya bağlılık yemini etme yükümlülüğünün kabul edilmesini, düşünceyi açıklama özgürlüğünün ihlali saymamıştır<sup>108</sup>.

Batı ülkelerinde yargı mensuplarının siyasal, dini ve diğer konular bakımından kişisel görüş açıklamaları gerek öğretilerde ve gerekse, AİHM’nin kararlarında benimsenmekte<sup>109</sup>.

-Ayrıca Venedik Komisyonu raporunda yargının ifade ve örgütlenme özgürlüğüne yer verilmiştir<sup>110</sup>.

AİHM, “bu noktada bireysel yarar ile kamusal yarar arasında adil bir denge kurmayı ve hukuk devletinin temel gereklerinden olan yargı organının otorite ve tarafsızlığının sürdürülmesi ile demokratik bir top-

<sup>105</sup> AİHM Albayrak/Türkiye, Başvuru No:38406/97, 31.01.2008; Sağlam, s.90; Aras, 2021, s.8.

<sup>106</sup> Aras, 2021, s.8-9.

<sup>107</sup> AİHM Vogt/Almanya Kararı, Başvuru No: 17851/91, 26.09.1995; Aras, s.9.

<sup>108</sup> AİHM, Glasenapp ve Kosiek/Almanya Kararı, Başvuru No:9228/80, 28.08.1986.

<sup>109</sup> Aras, 2021, s.19.

<sup>110</sup> Aras, s.23-24.

lum düzeninin ve çoğulculuğun vazgeçilmez değerlerinden biri olan ifade özgürlüğü arasında” tercih yapılmasını kabul etmektedir<sup>111</sup>.

-AİHM’ne göre, dışarıdan bakan normal, makul bir bireyin, yargısal süreç içerisinde yargı mensubunun tutum ve davranışlar ile açıkladığı görüş ve düşünceleri nedeniyle tarafsız olamayacağı kanaatinin oluşmaması gerekir<sup>112</sup>.

AİHM, “**makul gözlemci standardı**” çerçevesinde yargıç ve savcıların ülkenin yargı politikası, mahkemelerin kurumsal organizasyonu, yargı bağımsızlığı, yargıç güvencesi, maaş ve özlük hakları gibi konularda görüş ve düşüncelerini açıklayabileceğini genel olarak kabul etmektedir. Bu husus Bangalor Yargı Etiği İlklerinde geniş biçimde düzenlenmiştir<sup>113</sup>.

-Danıştay Başkanı olan başvuru, katıldığı akademik programlarda anayasal sorunlar konusunda ülkede hüküm süren monarşi hakkındaki görüşlerini dile getirir. Ancak bu açıklamaları nedeniyle Monark/Prens, Başkanın görev süresinin bitiminde tekrar atanmasını yapmamaz. AİHM, başvuruçunun açıklamalarının anayasal sorunlar hakkında olduğu, anayasa hukukunun aynı zamanda siyasal konuları da içerdiği, benzeri görüşlerin o ülkede yaşayan başka insanlar tarafından da dile getirildiği ve en önemlisi **açıklama konusunun bakılmakta olan davalara ilişkin de olmadığı**, kaldı ki konuşmanın Prens dahil kişi ve kurumları eleştiren ya da karalayan, onları küçük düşüren bir yönünün de olmadığı hususlarını gerekçe göstererek düşünceyi açıklama özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verir<sup>114</sup>.

-Yargıcın bakmakta olduğu davanın tarafının, basın yoluyla yargıca yönelik sözler söylemesi üzerine yargıç, kendisi ile ilgili bilgi kirliliğini önlemek amacıyla başka bir yazı yazıp basın yoluyla yayımlar. AİHM, yargıç yazdığı bu yazı ile kararını duruşmadan önce vermiş olduğu yönünde bir izlenim oluşturduğu gerekçesiyle, bu durumun

<sup>111</sup> Aras, s.27; Şen, 2016, s.934; Doğru, Osman/Nalbant, Atilla: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, Cilt:2, 1. Baskı LegalYayıncılık, İstanbul 2013, s.182.

<sup>112</sup> Aras, s.27; İnceoğlu, Sibel: Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği, 1.Baskı, Şen Matbaası, Ankara 2007, s.138; Şen,2016, s.940.

<sup>113</sup> Bkz Bangalor Yargı Etiği İlkelerinden 4.Değer (Dürüstlük).

<sup>114</sup> AİHM, Wille/Lihteastayn, Başvuru No: 28396/95, 28.10.1999.

yargıcın tarafsızlığı ile bağdaşmayacağına ve AİHS'nin 6 ncı maddesine aykırılık oluşturduğuna karar vermiştir<sup>115</sup>.

-Türkiye'de Adalet Başmüfettişi olan başvuru, bir yargıç hakkında yaptığı soruşturma sonunda hazırlanan ve basına sızan raporuna ilişkin bazı içerikleri medya önünde ifade etmesi nedeniyle Asliye Hukuk Mahkemesi kararıyla tazminata mahkum edilir.

Bunun üzerine AİHM'ne başvurulur. AİHM, özellikle adaletin doğru şekilde tecelli etmesi bağlamında resmi bir gizlilik hükmü ile korunan bilgileri içeren bir soruşturmayı bizzat yürütmekle görevli oldukları durumlarda kamu görevlilerinin ifade özgürlüklerini kullanırken daha dikkatli davranmaları gerektiğine işaret ederek, AİHS'nin 10/2 nci maddesinde ifade edilen "görev ve sorumluluk" kavramına değinmiş ve "gazetecilerin aksine, yargıçlar ve memurlar gibi kamu sorumluluğu taşıyan kişilerin ihtiyatlı davranma yükümlülüklerinin bulunduğunu vurgulamıştır"<sup>116</sup>.

### C- Yargıtay Kararı

**-Yargıtay Ceza Genel Kurulu (CGK), savcı olan sanığın görevinin gerektirdiği davranış biçimlerini terk ettiği, görevi adalete hizmet etmek olan bir kamu görevlisinin Bangalor Yargı etiği ilkeleri arasında yer alan bağımsızlık, tarafsızlık, doğruluk ve tutarlılık, eşitlik ve dürüstlük gibi evrensel etik kuralları hiçe sayarak görevinin gereklerine aykırı davrandığına karar vermiştir.**

CGK'na göre, "Her ne kadar hakimlik ve savcılık ayrı görevler olarak görülmekte ise de; Türk Hukuk Sisteminde gerek sadece Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun uygun bulmasıyla hakimlerin savcı, savcılarının hakim olarak atanmalarının mümkün bulunması, gerekse savcılarının şüphelinin hem lehine, hem de aleyhine olan delilleri toplamalarının zorunlu olması nedeniyle hakim ve savcılarının taşımaları gereken özellikler ve uymaları gereken meslek kuralları açısından hakimler ile savcılar arasında önemli bir fark bulunmamaktadır"; "Hakimlerin/savcılarının görevlerini hangi esaslara göre yapmaları gerektiği konusunda mevzuatımızda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu-

<sup>115</sup> AİHM, Buscemi v. Italy, 29569/95, 16.09.1999, par.64- 69. Bkz. Pekel, 2014, s.385; Aras, s.29.

<sup>116</sup> AİHM, Poyraz/Türkiye, Başvuru No. 15966/06, 07.12.2020, par.76-78; aktaran Aras, s.29.



nunla birlikte, bu konudaki en önemli uluslararası metin Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nun 23 Nisan 2003 tarihli oturumunda kabul edilmiş olan **Bangalor Yargı Etiği İlkeleridir**. Nitekim Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun 27.06.2006 gün ve 315 sayılı kararı ile de Bangalor Yargı Etiği İlkelerinin benimsenmesine karar verilmiş ve bu husus Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü'nce tüm hakim ve savcılara genelge şeklinde duyurulmuştur. (...) Avrupa Savcıları Konferansı'nın 29-30 Mayıs 2005 tarihli 6. oturumunda kabul edilerek, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca 10.10.2006 gün ve 424 sayılı ile benimsenmesine karar verilip, Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü'nce de hakim ve savcılara duyurulan **Savcılar İçin Etik ve Davranış Biçimlerine İlişkin Avrupa Esasları 'Budapeşte İlkeleri'** de hemen Bangalor İlkeleri ile benzer mahiyettedir”.

Somut olaya bakacak olursak, sanığın, bir arkadaşının yönlendirmesiyle, “kendisinin görev yaptığı mahkemede yargılanmakta olan (x)'in kardeşi (y) ve avukatlık yapan (z) ile birlikte yemek yiyen ve bu yemek sırasında (y)'den zaten avukatı bulunan (x) için avukat olarak (z)'nin de tutulmasını, Av. (z)'den ise mahkeme kalemine gidilip, ilgili dosyanın kendi görev yaptığı mahkemeye düşürülmesini isteyerek, bu suretle tutuklu (x)'e yardımcı olabileceği imajını uyandıran sanık (c.savcısı)'nın<sup>117</sup> eyleminin göreviyle ilgili olup olmadığı üzerinde durulmalıdır. Pek tabidir ki, Cumhuriyet savcısının kişilere avukat tavsiye etmesi veya mahkeme kalemindeki dosya dağıtım işine müdahil olması biçiminde görevlerinin bulunduğu söylenemez. Bununla birlikte, Cumhuriyet savcısının söz konusu edilen olayın yargılandığı mahkemede iddia makamını temsil ettiği ve bu görevi nedeniyle bildirdiği görüşlerin ve davranışlarının değer ifade ettiği ortadadır. Sanık bu görev ve yetkiyi Anayasa ve yasalardan almaktadır. Zira davada tutuklu olarak yargılanan (x)'in kardeşi (y) de sanığı, bu mahkemede savcılık yaptığı için muhatap kabul etmekte ve onunla görüşmektedir. (y) ile sanık (c.savcısının) birlikte yemek yemelerinin ve daha sonraki ilişkinin tek sebebi de sanığın mahkemede savcı olarak görev yapıyor olmasıdır. Sanık bu aşamada, görevinin gerektirdiği davranış biçimlerini terk etmiş, görevi adalete hizmet etmek olan bir kamu görevlisinin olmazsa olmaz ilkeleri arasında sayılan bağımsızlık, tarafsızlık, doğruluk ve tutarlılık,

<sup>117</sup> İhtihatta kişilik haklarının korunması için, isimler yerine x, y, z ve parantez içinde isim yerine olayın anlaşılabilmesi için(c.savcısının) kavramını ben yazdım.

eşitlik ve dürüstlük gibi evrensel etik kuralları hiçe sayarak savcılık görevinin gereklerine aykırı davranmıştır. Nitekim sanığın bu davranışı 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Yasası'nda da hakimlik ve savcılık görevinin gereklerine aykırı görülerek disiplin cezasına bağlanmıştır. Tüm bu nedenlerle, sanık (c.savcısı)'ın anılan eyleminin Cumhuriyet savcısının yerine getirdiği kamu görevi ile bağdaşmadığı rahatlıkla ifade edilebilir.

Bu durumda, Cumhuriyet savcısı olan sanığın kendisine Anayasa ve yasalarla verilen görevleri yerine getirirken görevin gereklerine aykırı davranmak suretiyle yetkisini kötüye kullandığı anlaşıldığından, sanı(ğın) (c.savcısının) kabul edilen eyleminin 765 sayılı TCY.nın 240. maddesindeki 'görevde yetkiyi kötüye kullanma' suçunu oluşturduğu açıkça ortadadır"<sup>118</sup>.

Bu karara konu olayda sanık savcının açıkça bir düşünce açıklaması yok gibi düşünülebilse de, fiilin sözle gerçekleştirilmesi nedeniyle bir yargı mensubu için önemliolduğunu düşünmekteyim. Burada sanığın sözlü açıklamalarının cezai yaptırımla karşılaşması doğaldır. Böyle bir açıklamanın düşünce açıklamasına bir sınır oluşturduğunu kabul etmek gerekir.

#### **D- Yargı Mensuplarının Düşünce Açıklamalarının Sınırları Konusunda Birkaç Söz**

-Yargı mensuplarının "objektif" ve "tarafsız" olmaları gerektiği için, bu yönlerinin zarar görmemesi bakımından siyasal ve partizan konularda düşünce açıklamalarına genellikle mevzuat izin vermemektedir.

Yargının sadece bağımsız ve tarafsız olmaları yetmiyor, dış dünyaya bu görünümü vermeleri de gerekiyor.

Yargı mensubunun özellikle günlük siyasal konularda açıklamalarda bulunmaları bu zorunluluklara zarar verebilmektedir. AİHM'nin "makul gözlemci standardı" çerçevesinde yargıç ve savcının siyasal konulardaki tavır, davranış ve sözlerinin tarafsızlığına gölge düşürmemesi gerekir<sup>119</sup>.

<sup>118</sup> CGK, 2007/5.MD-83, 2007/244, 20.11.2007.

<sup>119</sup> İnceoğlu, 2007, s.138.

-AİHM, Baka/Macaristan Kararında<sup>120</sup>, Yüksek Mahkeme Başkanı olması nedeniyle, ülkedeki yargı reformu ile ilgili görüş açıklamasının, başvurunun sadece hakkı/yetkisi değil, aynı zamanda “görevi” olduğuna işaret etmiştir<sup>121</sup>.

-Seçimlerde aday olma konusunda, başvuru ülkesinde yargılıktan istifa etmeksizin “geçici olarak” meslekten ayrılma isteminde bulunmuş, ancak mevzuata göre “kesin olarak meslekten ayrılması” gerektiği için talebi Merkezi Seçim komisyonu tarafından reddedilmiş; konu AİHM’ne taşınmış ancak AİHM, yargıçlara yönelik böyle bir sınırlamanın hakkın özüne zarar vermediği görüşüne vararak, milletvekili adayı olmak isteyen bir yargıcın istifa etmek suretiyle bu hakkı kullanması mümkün olduğu değerlendirmesinde bulunarak, başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğuna karar vermiştir<sup>122</sup>.

-Benzeri bir olay Türkiye’de de gerçekleşti. Bizdeki olayda “bir partiden” milletvekili adayı olmak için meslekten istifa eden yargıç, aday olamaması üzerine mesleğe dönüş isteğinin reddedilmesi kararına karşı AYM’ne başvurmuş, ancak AYM başvuruyu reddetmiştir.

AYM gerekçesinde, “başvurucunun 298 sayılı Kanun’un ek 7.maddesindeki düzenlemede yer alan açık hükümler çerçevesinde görevden çekilme sonrasında mesleğe geri dönemeyeceğini ve mesleği

<sup>120</sup> AİHM, Baka/Macaristan, Başvuru No: 20261/12, 27.05.2014.

<sup>121</sup> Aras, s.30-33. AİHM’nin Baka/Macaristan kararı, “kamu görevlileriyle ilgili verdiği önceki kararlarıyla birlikte, AİHM’in, yargıç güvenceleri konusundaki bakış açısı konusunda bazı fikirler vermektedir”. Davaya konu olay ve gelişmesine göre; Macaristan Yüksek Mahkemesi Başkanı olan András Baka, AİHM’e sunduğu 14 Mart 2012 tarihli dava dilekçesinde özetle, Macaristan Yüksek Mahkemesi Başkanlığı görevinin altı yıl olmasına karşın, görev süresinin biteceği tarihten üç buçuk yıl önce görevinin sona erdirilmesi nedeniyle bu karara karşı ülkesinde bir yargı yerine başvuru yapma olanağı olmadığını, bu nedenle kendisine karşı Macaristan Devleti tarafından öncelikle AİHS’nin 6/1 inci maddesinin ihlal edildiğini; ayrıca, Macaristan Yüksek Mahkemesi Başkanı sıfatıyla ülkesinde görevde bulunduğu sırada, yasama ve yürütme organlarının yargı ile ilgili reform çalışmalarına karşı kendisinin takındığı tavır ile bu çalışmalarla ilgili olarak kitle iletişim araçlarında yaptığı eleştirilerden dolayı görevinin sona erdirilmesi nedeniyle de düşüncelyi açıklama özgürlüğü ile ilgili AİHS’nin 10 uncu maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştü; ayrıca, ülkesinde etkili başvuru hakkı ile ilgili AİHS’nin 13 üncü ve 10 uncu maddeyle birlikte, AİHS’nin ayrımcılık yasağıyla ilgili 14 üncü maddeyle bağlantılı olarak yine Sözleşmenin 6/1 inci ve 10 uncu maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

<sup>122</sup> AİHM, Brike/Letonya, Başvuru No: 47135/99, 29.06.2000.

kesin olarak bırakması gerektiğini bilebilecek durumda olduğunda göz önünde bulundurulmalıdır.

Yukarıdaki değerlendirmeler ışığında bu konuda kamu otoritelerinin sahip olduğu takdir payı da gözetildiğinde başvuru konusu olayda mahkemelerin ve hâkimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığının sağlanması amacı bakımından başvurucunun seçilme hakkına yapılan müdahalenin onun siyasal hayata katılımını engelleyici veya seçilme hakkının kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştırarak etkisini ortadan kaldıracak mahiyette olmadığı kanaatine varılmıştır. Başvurucunun seçilme hakkına yapılan müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyaca karşılık gelmediği söylenemez. (...) mevcut başvuruda başvurucunun seçilme hakkına yönelik müdahalenin seçilme hakkını aşırı derecede sınırlamadığı, mahkemeler ile hâkimlerin bağımsızlığı ve tarafsızlığının sağlanmasına yönelik meşru amaç karşısında orantısız olmadığı kanaatine varılmıştır.

Açıklanan gerekçelerle başvurucunun göreve tekrar kabul edilmesi suretiyle yapılan müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olduğu ve Anayasa'nın 67. maddesinde güvence altına alınan seçilme hakkının ihlal edilmediği sonucuna ulaşılmıştır"<sup>123</sup>.

Burada başvurucunun herhangi bir siyasal konuşmasına dayanılmadı ve yasal düzenlemeler dikkate alınarak karar verildi. Gerçekte Anayasanın 68/5 nci maddesinde yargı mensuplarının partilere üye olmaları yasak olduğu gibi, 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun "Meslekten çekilme" kenar başlıklı 51. maddesinin son fıkrasında "Hâkimler ve savcılar siyasi partilere giremezler, girenler meslekten çekilmiş sayılırlar" ve diğer bir özel yasada açıkça milletvekili adayı olmak için istifa edenlerin bir daha mesleğe dönemeyeceklerikonusunda düzenleme bulunmaktadır (298, ek 7. maddesi)<sup>124</sup>.

AYM'nin bu kararı pozitif hukuka uygun olmakla beraber, bir parti üyesi veya siyaset yapmış kimselerin, devletin başka organları tarafından mesleğe kabullerinde de aynı hassasiyetin gösterilmediği bilinen bir gerçektir. Dolayısıyla siyasete girmek için mesleğinden istifa eden ve ilgili parti tarafından aday gösterilmeyen ve siyasal hiçbir konuşma yapmayan yargıcın mesleğine geri dönmesi konusunda pozitif hukuktaki

<sup>123</sup> AYM, Ömer Faruk Eminağaoğlu Kararı, Başvuru No: 2015/7352, 26.9.2019, par. 69-72; R.G.: 23.10.2019, Sayı: 30927.

<sup>124</sup> Bence, herhangi bir partinin çeşitli kademelerinde siyasal faaliyette bulunan kimselerin de yargıcılık ve savcılık mesleğe kabul edilmemeleri gerekir.

düzenleme gereğince mesleğe dönüşü kabul edilmezken, siyaset yapmış veya siyasal partiye üye olmuş yahut siyasal konuşma yapmış veyahut siyasi kişilerin emrinde çalışmış kimselerin yargıçlık mesleğine kabullerini yerinde bulmak mümkün değildir. Burada, gerek yargıçlıktan istifa edip seçimlerde aday olma ve bu nedenle yargıçlığa tekrar alınmama, gerekse partilerde görevli iken yargıçlığa alınmada, açıkça düşünce açıklamasından söz edilmese de, birincisinde mesleğe tekrar almamada sadece aday olma nedeniyle zımni düşünce açıklaması kabul edilirken; ikincisinde birincisinden daha fazla siyasetin içinde olduklarında kuşku duyulmayanların mesleğe kabulleri söz konusudur. Dolayısıyla düşüncelerinden dolayı mesleğe Kabul edilmemede çifte standart söz konusudur. Bu farklı uygulamanın mevzuat değişikliği ile giderilmesi gerekir.

## SONUÇ

Diğer kişiler gibi yargıçların da düşüncesini açıklama özgürlüğü mevcuttur. Ancak yargının görevi dikkate alındığında, adaletin selameti için yargıçların daha özenli olmaları gerekmektedir. Anayasa ve AİHS’de yargıçların bu özgürlüklerinin sınırlandırılmasında açık ölçütlere yer verilmemekle beraber, özel yasalar, yargı etiği ilkeleri ve AYM ile AİHM kararları dikkate alınarak, bu özgürlüğün kullanımında, yargıçların bağımsızlık ve tarafsızlığına gölge düşürmeyecek biçimde davranmaları gerekmektedir. Buradaki özen, sadece bakmakta oldukları davalar bakımından değil, yargıcın bizzat kendisinin veya çalıştığı yargı kurumunun önüne gelmesi olası davalar bakımından da gerekmektedir.

Ancak yargıçların mevzuatdeğişiklikleri konularında eleştiri ve öneride bulunmaları mümkün, hatta yetki ve görev olarak kabul edilmelidir. Buna karşın, günlük siyasal konularla ilgili görüş açıklamalarında bulunmamaları gerekir. Diğer yandan düşünceyi açıklama özgürlüğünün sınırlandırılmasıyla ilgili olarak Anayasada yer alan “yargılama görevinin gereğine uygun” (Anayasa, m.26/2) ve AİHS’deki “yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması”na (AİHS, m.10/2) ilişkin düzenlemelerin kendileri için de sınırlama getirdiğini gözden uzak tutmamaları gerekir. Yurttaşın adil yargılanma hakkı, ancak yargıcın adil yargılama görevinin gereğine uygun davranmasıyla güvenceye alınabilir. Diğer yandan, yargıç, kendi bağımsızlık ve tarafsızlığını korumak için de önüne gelmesi olası ve bir bütün olarak tüm yargının güvence olması gerektiğine zarar vermemek için düşünce açıklamasında özenli olmak

zorundadır. Çünkü yargıcın düşüncesini açıklama özgürlüğünün kullanımı, adaletin selameti konusunda, diğer kişilere oranla daha fazla görev ve sorumluluk yüklemektedir. Her konuşmasında yargıcın önyargılı olmak ve görünümünden uzak durması gerekmektedir.

## KAYNAKÇA

### Kitap ve Makale

Aras, Bahattin. “Hakim ve Savcıların İfade Özgürlüğünün Sınırları ve Bundan Dolayı Disiplin Soruşturmalarına Tabi Tutulmaları”, YUHFD, Sayı:1, No.1, Yıl: 2021, (ss.1-49).

Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu), Hukuk Devleti Kontrol Listesi, Strazburg, 18 Mart 2016, Görüş No: 711 / 2013, CDL-AD(2016)007 Or. Engl., [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)007-tur](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)007-tur).

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 7. Madde Rehberi, Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2020, [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide\\_Art\\_7\\_TUR](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide_Art_7_TUR).

Benedek, Wolfgang. İnsan Haklarını Anlamak, İnsan Hakları Eğitimi El Kitabı, 3. Baskı, Ankara, 2012.

Çetin, Evra. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8-11. Maddeleri Bağlamında Çalışanların Hakları. 1. Baskı, İstanbul: XII Levha Yayınları, 2015.

Doğru, Osman/ Nalbant, Atilla. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi. Cilt:2, 1. Baskı, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2013.

Doğru, Osman. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları I, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayını, İstanbul 2003.

Dominika Bychawska-Siniarska. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında İfade Özgürlüğünün Korunması (Uygulamacılar İçin El Kitabı). Türkçeye Çeviren: Av. Tuğçe Duygu Köksal, Avrupa Konseyi, 2018.

Duymaz, Erkan. “İfade Özgürlüğünün Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Korunması Üzerine Bir İnceleme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2013), C. XVII, S. 1-2.

Gözübüyük, A.Şeref/Gölcüklü, Feyyaz. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 2002.

İnceoğlu, Sibel. “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Çoğulculuk”, Çoğulcu Demokrasi Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları Toplantısı, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2011.

İnceoğlu, Sibel. Adil Yargılanma Hakkı ve Yargı Etiği. 1.Baskı, Ankara: Şen Matbaası, 2007.

Karan, Ulaş. İfade Özgürlüğü. Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-2, Avrupa Konseyi, 2018.

L'indépendance de la justice, Communication de Jean-François Burgelin, procureur général honoraire près la Cour de cassation, prononcée en séance publique devant l'Académie des sciences morales et politiques le lundi 20 mars 2006; Adresse de cet article: <http://www.canalacademie.com/L-independance-de-la-justice.html>.

L'indépendance De La Justice, Par le Doyen Charles DEB-BASCH, Président Honoraire de l'Université de Droit, d'Economie et des Sciences d'Aix-Marseille; <http://www.wikio.fr/article/5653887>.

Ludet, Daniel. “Quelle Responsabilité Pour Les Magistrats?”, Pouvoirs (Revue Français D'Etudes Constitutionnelles et Politiques), Les Juges, 74 Seuil, 1995.

Mecit, Nehare/ Mecit, Kemal. “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Kamu Görevlilerinin İfade Özgürlüğü ve Yargı Mensupları”, TAAD, Yıl:9, Sayı:33 (Ocak 2018), (ss.827-861); <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/980924>.

Özdek, Yasemin. Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye, Ankara 2004.

Pekel, Abdulkadir. “İfade Özgürlüğünün Sınırlandırma Sebeplerinden Biri Olarak “Yargı Organının Otorite Ve Tarafsızlığının Sağlanması”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (2014), C. XVIII, S.2, (ss.367-394).

Şahbaz, İbrahim. “AİHM Kararlarında Yargı Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”, Anayasa Yargısı 25 (2008), Anayasa Mahkemesi Yayını, (s.229-289).

Şahbaz, İbrahim. Karşılaştırmalı Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü. Ankara: Yetkin Yayınları, 2007.

Şen, Mahmut. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Göre Hâkim ve Savcıların İfade Hürriyeti”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, (2016), S.7, (ss. 931-959).

Uygun, Oktay. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda İfade Özgürlüğünün Sınırları”, Kamu Hukuku İncelemeleri, İstanbul: XII Levha Yayını, 2011.

Zabunoğlu, Yahya. Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü. 1. Baskı, Ankara: Ankara Barosu Yayını, 1999.

### İnternet Kaynakları

-[https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2712020093815001\\_tur.pdf](https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2712020093815001_tur.pdf). <https://www.cairn.info/revue-trimestrielle-des-droits-de-l-homme-2023-2-page-307.htm>.

<https://www.evrensel.net/haber/491722/aihm-h-kim-ayse-sarisu-pehlivanin-ifade-ozgurlugunun-ihlal-edildigine-hukmetti>.

<https://www.ldh-france.org/17-juin-2023-tribune-la-liberte-dexpression-des-magistrats-en-danger/>.

<https://www.sqdi.org/fr/liberte-dexpression-des-juges-de-la-cour-europeenne-des-droits-de-lhomme-versus-secret-des-deliberations/>.

### AİHM Kararları

AİHM Ahmed vd.- Birleşik Krallık kararı, 2.9.1998.

AİHM Albayrak/Türkiye, Başvuru No:38406/97, 31.01.2008.

AİHM Handyside/Birleşik krallık Kararı, Başvuru No: 5493/72, 07.12.1976.

AİHM Handyside/Birleşik Krallık Kararı, Başvuru No: 5493/72, K.T: 07.12.1976.

AİHM Vogt/Almanya Kararı, Başvuru No: 17851/91, 26.09.1995.

AİHM, Albayrak/Türkiye, 3.Daire, Başvuru No: 38406/97, 31.1.2008.

AİHM, Baka/Macaristan, Başvuru No: 20261/12, 27.05.2014.

AİHM, Briçe/Letonya, Başvuru No: 47135/99, 29.06.2000.

AİHM, Buscemi v. Italy, 29569/95, 16.09.1999, par.64- 69.

AİHM, Cantoni-Fransa kararı, 15.11.1996.

AİHM, Chauvy vd.-Fransa kararı, 29.6.2004 No: 64915/01.

AİHM, Eminağaoğlu/Türkiye, Başvuru No: 76521/12, 9.3.2021.

AİHM, Glasenapp ve Kosiek/Almanya Kararı, Başvuru No:9228/80, 28.08.1986.



AİHM, Golder ve “Belçika’da Eğitim Dili” davalarının kararları ve Winterwerp davası, Seri A No. 33, s. 24 ve 29.

AİHM, Hadjianastassiou/Yunanistan Kararı, Başvuru No:12945/87, 16.12.1992.

AİHM, Kayasu/Turkey, Appl. No: 64119/00, 76292/01, 13.11.2008.

AİHM, Kayasu/Türkiye, 2.Daire, Başvuru No: 64119/00 ve 76292/01, 13.11. 2008.

AİHM, Kozan/Türkiye, İkinci Bölüm, Başvuru No: 16695/19, 1.3.2022.

AİHM, Mitap ve Müftüoğlu/Türkiye, 15530/89, 15531/89, Komisyon kararı, 8.12.1994.

AİHM, Morice/Fransa [BD], No: 29369/10.

AİHM, Poyraz/Türkiye, Başvuru No. 15966/06, 07.12.2020.

AİHM, Prager ve Oberschlick/Avusturya, 26.4.1995, par.34, A serisi, no. 313.

AİHM, Sarısu Pehlivan/Türkiye, 2.Daire, Başvuru No: 63029/19, 6.6.2023.

AİHM, Wille/Liechtenstein [BD], No: 28396/95.

AİHM, Wille/Lihteastayn, Başvuru No: 28396/95, 28.10.1999.

### **AYM Kararları**

AYM, 2012/100, 2013/84, 4.7.2013.

AYM, Marcus Frank Cerny [GK], B. No: 2013/5126, 2.7.2015.

AYM, Ömer Faruk Eminağaoğlu Kararı, Başvuru No: 2015/7352, 26.9.2019.

AYM, Sami Selçuk, B. No: 2020/19011, 22.2.2022.

AYM, Sami Selçuk, B. No: 2020/19011, 22.2.2022.

AYM, Serap Tortuk, B. No: 2013/9660, 21.1.2015.

AYM, Tansel Çölaşan, B. No: 2014/6128, 7.7.2015.

AYM, Yavuz Yakışkan, B. No: 2020/28007, 13.4.2023.

AYM,1962/208,1963/1, 04.01.1963.