

İSTANBUL C. BAŞSAVCILIĞI
ÖZEL SORUŞTURMA BÜROSU'NA

Soruşturma no: 2021/750

ŞÜPHELİ : Av. Tuğçe Duygu Köksal

ADRES :

KONU : İstanbul C. Başsavcılığı'nın Özel Soruşturma Bürosu tarafından gönderilen 12.01.2021 tarihli DAVETNAMESİNE istinaden yazılı savunmalarımızın sunulması ve kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilmesi talebimizdir.

TEBELLÜĞ TARİHİ : 28/01/2021

YAZILI BEYANLARIMIZDIR :

Her ne kadar İstanbul C. Başsavcılığı tarafından 26/04/2020 tarihinde www.istanbulbarosu.org.tr adresinde yayımlanan kamuoyunu ilgilendiren bir konudaki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadını özetleyen düşünce ve görüş açıklaması nedeniyle, **İstanbul Barosu İnsan Hakları Merkezi Başkanı olarak** hakkımda *T.C. Adalet Bakanlığı tarafından soruşturma izni verilmiş ise de* şikâyet konusu görüş açıklaması tamamen Anayasal teminat altındaki ifade özgürlüğü kapsamında korunmakta olup, ceza kanunlarımızda tanımlı hiçbir suç oluşturmamaktadır. Şüpheli sıfatıyla yazılı savunma vermek üzere İstanbul C. Başsavcılığı tarafından davet edilmiş olsam da, herhangi bir suç isnadına konu kanun maddesi de tarafıma bildirilmemiş olduğundan, hiçbir suç unsuru içermeyen açıklamaya ilişkin yazılı beyanlarım aşağıdaki şekilde sunulmaktadır.

I. USUL AÇISINDAN İTİRAZLARIMIZ

1. Adil yargılanma hakkı kapsamında tarafsız ve bağımsız bir soruşturma yürütülmesi gereğine yönelik itirazlarımız

Yargı Etiği Bildirgesi'nin 2. maddesi ile de vurgulandığı üzere Hakim ve Savcılar bağımsızdır¹. Bağımsızlıklarına doğrudan ya da dolaylı olarak etki edebilecek baskı ve tesiri kayıtsız şartsız reddederler. Yargı bağımsızlığının, yargılama fonksiyonunun baskı ve tesirden uzak bir şekilde yerine getirilmesi için tanındığının bilinciyle hareket ederler.

Hakim ve Savcılar yargıya güvenin sağlanması ve sürdürülebilmesi için bağımsız olmak kadar, bağımsız görünmenin de önemli olduğu bilincindedirler.

Avrupa Konseyi'nin Bakanlar Komitesi tarafından yayımlanan Hakim ve Savcılarının tarafsızlığını ve bağımsızlığına ilişkin bilgi notunda da, savcılık makamının siyasi

¹ <https://www.adalet.gov.tr/popuplar/etik-bildirge.pdf>.

tarafsızlığının her bakımdan sağlanmasına yönelik reform örnekleri vurgulanmıştır. [özellikle: Bakanlar Komitesi önünde derdest Lutsenko v. Ukrayna başvurusu no. 6492/11]².

Bununla birlikte, yazılı savunma vermem istenilen somut olayda, T.C. Adalet Bakanlığı tarafından 11.12.2020 tarihinde hakkımda soruşturma izni verilmesine ilişkin mütalaa, bu soruşturmanın daha en başında tarafsızlık ve bağımsızlıkla ilgili ciddi kaygıları ortaya çıkartmıştır. Hakkımda, Avukatlık Kanunu'nun 58/1. maddesi gereği soruşturma iznine Bakan adına "olur" veren o tarihteki Bakan Yardımcısı Hakim Şaban Yılmaz, soruşturma izni oluru verilmesini takiben, mazeret kararnamesi ile 24.12.2020 tarihinde İstanbul Cumhuriyet Başsavcısı olarak atanmış, 28.12.2020 tarihinde göreve başlamış ve Adalet Bakanı tarafından 15.01.2021 tarihinde makamında ziyaret edilmiştir.

Böylece soruşturma iznine olur veren kişi ile soruşturma makamının birincil karar vericisi aynı kişi haline gelmiştir. Soruşturmayı yürüten Cumhuriyet Savcısı ile Başsavcının ayrı kişiler olması bu gerçeği değiştirmez; zira Cumhuriyet başsavcılığı kanun gereği hiyerarşik bir yapılanmaya sahiptir ve tüm savcılar işlemlerini başsavcı adına ve onun denetimi altında yapmaktadır. Dolayısıyla somut durumun, daha soruşturma evresinin en başında, sürecin bütününe tarafsızlık ve bağımsızlık açısından gölge düşürmesi kaçınılmazdır.

Yargı Etiği Bildirgesi'nin 3. maddesine göre:

"Hakim ve Savcılar adil yargılamanın gereği olarak, herhangi bir tarafa iltimas göstermeden ve ayrımcılık yapmadan tarafsız bir şekilde hareket ederler. Hakim ve Savcılar tarafsız hareket etmekle yetinmez, objektif bir bakış açısıyla tarafsızlıklarına ilişkin her türlü kuşkuyu bertaraf edecek bir duruş sergilerler. Yargıya güvenin sağlanması ve sürdürülebilmesi için tarafsız olmak kadar, tarafsız görünmenin de önemli olduğu bilincindedirler."

Diğer taraftan, yukarıdaki açıklamalarımız ile birlikte okunduğunda, İstanbul Barosu hakkında şikayet dilekçesi veren *şikayetçilerden birinin twitter* hesabından Adalet Bakanlığını ve Adalet Bakanının kendisini etiketleyerek soruşturma izin verilmesi için çağrı yaptığı ve tarafımıza soruşturma izni verildiğine ilişkin bilgi henüz İstanbul Barosuna ve şüphelilere bildirilmemişken, kendisine herhangi bir tebligat yapılmamış olan *aynı şikayetçinin* dosyadan haberdar olup örnek olarak *twitter* hesabından hakkımızda soruşturma açıldığını paylaştığı görülmektedir. Bu durum adil yargılama hakkı kapsamında tarafsız ve bağımsız bir soruşturma yürütülüp yürütülmeyeceğine ve masumiyet karinesine dair haklı kaygılarımızı artırmıştır. Ayrıca yine *twitter* hesabı kullanılarak dosya dışı bir üçüncü kişi tarafından, 23/01/2021 tarihinde, **henüz o tarihte savcılıkta ifade verilmemiş olmasına rağmen**, işbu yazılı dilekçemizde hiçbir şekilde yer almayan ifadeler "tırnak içinde uydurularak" İstanbul Barosu Başkanı hedef gösterilmiş ve açıkça yalan beyanda bulunularak iftira atılmış ve kamuoyu oluşturulmaya çalışılmıştır. Hatta bu çerçevede, bilinmeyen kişilerce bir gazeteye de soruşturma dosyasından bilgi aktarılmış olup, "İslam Düşmanları" ifadesi kullanılarak açıkça hedef gösterilmiş olduğumuzu³ ve çeşitli mecralarda haksız yere "damgalanarak" avukatlık ve hukukçu uzmanlık faaliyetimize engel olunmaya çalışıldığını Savcılık Makamına bildiririz.

Soruşturmaya konu mesnetsiz iddialar bakımından hiçbir gerekçeli değerlendirme yapılmadan yargı reformu hazırlığı içinde olan Adalet Bakanlığı tarafından hakkımızda aslında sadece bir

² <https://rm.coe.int/thematic-factsheet-independence-impartiality-eng/1680a09c19>

³ Gazetenin ilgili sayfasının ve ilgili tweetlerin bir örneği ekte sunulmuştur.

soruşturma izni verilmesi, dolaylı olarak *henüz ortada bir kovuşturma izni dahi olmamasına rağmen* şimdiden insan hakları savunucuları olarak üzerimizde caydırıcı etki meydana getirmiş ve fikirlerimizi hukuk çerçevesinde savunma isteğimizi aşağılayacak ve kıracak nitelikte korku, endişe ve savunmasızlık duygularını atfederek⁴, insan hakları hak savunuculuğu faaliyetini bastırma amacına yönelmiştir.

Bu çerçevede, Adalet Bakanlığı tarafından hakkımızda kovuşturma izni verilip verilmemesine ilişkin kararın, her türlü etkiden uzak, objektif, tarafsız, bağımsız, Yargı Etiği Bildirgesi prensipleri ve hukukun genel ilkeleri ve insan hakları hukuku çerçevesinde değerlendirilmesini ve aşağıda ayrıntılı olarak sunacağımız beyanlar dikkate alınarak verilmesini talep ederim.

2. Adalet Bakanlığı tarafından verilen soruşturma izninin niteliği itibariyle gerekçelendirilmesi gerektiğine ilişkin itirazlarımız

Suç işlendiği şüphesiyle yapılacak soruşturmanın Adalet Bakanlığı'nın veya bizzat Adalet Bakanı'nın iznine tabi kılındığı durumlar aktif ve pasif izin olarak ikiye ayrılmaktadır. Bu ayırım doğrultusunda aktif izin yetkisi bazı görevlileri yaptıkları işin önemi gereği korumak amacı taşıırken, pasif izin yetkisi ise fiili esas alarak kamu yararını değerlendirebilmek amacı taşımaktadır.⁵ Adalet Bakanlığının 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 58/1. maddesi kapsamındaki yetkisi ise aktif bir izin kabul edilmekte ve pasif iznin aksine denetlenebilen ve gerekçelendirilmesi gereken bir yetkidir. Nitekim Danıştay'ın yerleşik içtihadı çerçevesinde bu izne yönelik idari denetim yalnızca soruşturma izni verilmeyen durumlarla sınırlı şekilde uygulanmaktadır.

Aktif izin yetkisinin söz konusu olduğu unvan kaynaklı denetimin temel amacı bu kişilerin basit, soyut suç isnatlarıyla karşılaşmaksızın görevlerini bağımsız yapabilmeleridir. Ancak buna rağmen Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü tarafından Bakanlığa iletilen 11.12.2020 tarihli yazıda neden hakkımızda soruşturmanın açılması gerektiğine ilişkin hiçbir gerekçe belirtilmemiş ve yalnızca “durum soruşturmayı gerektirir nitelikte görülmüştür” ifadesine yer verilmiştir.

Önemle belirtmek gerekir ki, söz konusu soruşturma izni yetkisi; Adalet Bakanı'nın TCK'nın 301. maddesi kapsamındaki izin yetkisinin denetlenmemesi gibi, Avukatlık Kanunu'nun 58. maddesi kapsamındaki soruşturma izni yetkisi gerekçe gösterilmemesi gereken ve yalnızca takdir hakkının kullanıldığı suç ve fiil kaynaklı bir yetki değildir. Aksine gerekçelendirilmesi gereken bir izin yetkisidir. Üstelik doğrudan Anayasa'dan kaynaklı teminatlara sahip ve yargının değişmez bileşenlerinden olan avukatlar hakkında baro organlarındaki görevleri sebebiyle soyut isnatlar söz konusu olduğunda; verilen izne yönelik herhangi bir gerekçeye yer verilmemesi hukuki açıdan kabul edilebilir değildir. Bu izin mekanizmasının amacına uygun şekilde koruyucu bir şekilde işletilememesi yalnızca tarafıma yönelik isnatlar sebebiyle adil yargılanma hakkının ihlaline yol açmamakta ayrıca bizzat yargı içindeki sorunların farkında olarak yargı reformu planlayan Bakanlığın samimiyetine de gölge düşürmektedir. Zira bu durum, ifade özgürlüğüne yönelik bu tür kanuni güvencelerin de bizzat Bakanlık

⁴ Aynı yönde, KABOĞLU ve ORAN v. TÜRKİYE, no. 1759/08 50766/10 50782/10, 30/10/2018, § 87

⁵ BAYRAM Erdin, “Türk Ceza Kanununun 301 ve Avukatlık Kanununun 58'inci Maddeleri Muvacehesinde Adalet Bakanlığının/Bakanının Soruşturma İzni Yetkisinin Niteliği”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 396.

eliyle keyfi bir şekilde işletilmediğine işaret etmektedir. Unutulmamalıdır ki ifade özgürlüğünün korunması yalnızca mahkemelere düşen bir görev değildir. Bakanlığın da bizzat anayasal haklara sadakat ve bu hakları koruma yükümlülüğü bulunmaktadır. Ancak soruşturma ve kovuşturma izinlerinin gerekçesiz ve son derece kolay bir şekilde verilmesi bu yöndeki sorumluluğun yerine getirilmediği anlamına gelecektir.

3. İsnadın bildirilmesi zorunluluğu ve savunma hakkına ilişkin usuli güvenceler bakımından itirazlarımız

11/12/2020 tarihli soruşturma izni veren düşünce örneğinde Diyanet İşleri Başkanının sözleri ile bizim açıklamamızdan pasajlar alınmış ve “*bu durum, soruşturmayı gerektirir nitelikte görülmüştür*”. 12/01/2021 tarihinde C. Başsavcılığı tarafından tarafıma gönderilen davetiyede ise “*düşünce örneğinin ekte gönderildiği*” ve yazılı savunma sunmam için süre verildiği söylenmiştir. Bu davetiyenin tebellüğ edilmesi üzerine C. Başsavcılığına sözlü olarak ifade vermek ve isnadı öğrenmek üzere yaptığım talep sözlü olarak reddedilmiş ve **herhangi bir belirli isnadın olmadığı**, dosyadan şikayet dilekçeleri ile CİMER ihbarlarına bakabileceğim ve bunu da ancak yazılı olarak talep ederek yapabileceğim sözlü olarak ifade edilmiştir.

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda [CMK] böyle bir ifade alma biçimi düzenlenmemiştir. Kaldı ki zaten tarafımıza herhangi bir dayanak isnat madde de gösterilmemiş, *uygulamanın* bu şekilde olduğu belirtilmiştir. Bu çerçevede Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin [AİHS] 6. maddesinin 1 a) maddesi açıkça “*Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir: a) Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek*” hükmünü ihtiva ettiğini hatırlatırız.

CMK'nın 147. maddesi ifadenin tarzını belirler ve açıkça şu hükmü ihtiva eder: “*Şüphelinin veya sanığın ifadesinin alınmasında veya sorguya çekilmesinde aşağıdaki hususlara uyulur: b) Kendisine yüklenen suç anlatılır*”.

Soruşturma konusu olayda, yazılı ifade vermemiz talep edilmekle birlikte, hiçbir suç unsuru teşkil etmeyen bir açıklamaya karşı, tabir-i caizse, ısrarla bir “savunma” yapmamız talep edilmektedir. Bu çerçevede ne bir kanun maddesi tarafımıza bildirilmiş ne de hangi suçla itham edildiğimiz ve tam olarak “hangi ifadenin” suç teşkil ettiğini düşündükleri söylenmiştir. Oysa savunma isnadın öğrenilmesiyle başlar. Söz konusu isnatta işlendiği iddia edilen suçun hukuki nitelendirilmesine yer verilmesi gerekir. Aksi takdirde savunma hakkının özüne dokunulmuş olur.

Kanunda dayanağı olmayan bir biçimde seyreden bu şartlar altında işbu dilekçe ile sunacağım bir savunma değil, **ancak ve ancak bilimsel uzman mütalaası niteliğinde bir beyan olabilir**. Zira soruşturmaya konu açıklama ifade özgürlüğünün kullanılmasıdır ve tamamen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi [AİHM] ve Anayasa Mahkemesi [AYM] içtihadının tekrarından ibaret bir değerlendirmedir. Aksinin Adalet Bakanlığı tarafından kabulü, AİHM ve AYM içtihatlarının suç teşkil ettiğini iddia etmek olacaktır ki; bu da hukukun üstünlüğü ilkesi ile taban tabana zıt bir yaklaşım olacaktır.

II. ESASA İLİŞKİN YAZILI BEYANLARIMIZ:

1. Şikâyete konu açıklama gerek T.C. Anayasası'nın 25. ve 26. maddeleri kapsamındaki gerek T.C. Anayasası madde 90/5 atfıyla temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası anlaşmalar ve evrensel hukuk prensipleri ile teminat altındaki ifade özgürlüğünün kullanılmasına ilişkindir. Bir hukuk devletinde buna ancak “demokratik tartışma ortamına katkıda bulunmak” ve “**ayrımcılık gözetmeksizin insan haklarını ve çoğulcu demokrasi anlayışını savunmak**” adı verilir.

Dolayısıyla niteliği gereği **asılsız ve kötü niyetli ihbar** özelliği taşıyan ancak “*şikâyet dilekçesi*” adı altında İstanbul C. Başsavcılığına sunulmuş birbirinin aynısı olan **mesnetsizce suç atfında bulunulan** açıklamaların dikkate alınmaması ve hiçbir suç unsuru içermeyen metnimiz göz önünde bulundurularak, HAKKIMDA KOVUŞTURMAYA YER OLMADIĞINA DAİR KARAR VERİLMESİ GEREKMEKTE olduğunu takdir ve değerlendirmelerinize sunarım.

Her ihtimalde, aşağıda detaylı olarak açıklanan gerekçelerle, hakkımızda neden kovuşturmayla yer olmadığına dair karar verilmesini gerektiğini yıllardır ifade özgürlüğü alanında çalışan bir “hukukçu”, bir “hak savunucusu” ve “İstanbul Barosu İnsan Hakları Merkezi Başkanı” olarak anlatacağım. Unutulmamalıdır ki, değerlendirmelerimizde çıkış noktamız, **hukuka bağlı demokratik toplum düzeninin bel kemiği olan hukuk devletidir**. Hukuka bağlı olmaktan kastımız ise yalnızca yürürlükteki kanunlarımız ve Anayasamız değil, aynı zamanda evrensel hukuk normları ve tarafı olduğumuz ve Anayasa 90/5 gereği hukukumuzun ayrılmaz parçası olan AİHS ve AİHM'nin yerleşik içtihadıdır. Tartışmasızdır ki, düşüncüyü açıklama özgürlüğünün amaçlarından biri demokratik düzenin kurulması ve işlerliğinin sağlanmasıdır. Onun için de “*günümüz uygarlığının çağdaş siyasal kültüründe tartışmasız ana özgürlük olarak kabul edilmiştir*”⁶. İfade özgürlüğüne getirilecek hiçbir sınırlama demokratik hukuk devletinin, çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilikten yana olma vasfını zedelememesi gerekir.

2. Bu çerçevede öncelikle, www.istanbulbarosu.org.tr adresinde 26/04/2020 tarihinde yayımlanmasını takiben ihbar konusu edilen “*Diyanet İşleri Başkanlığı'nın Nefret Söylemi İçeren Hutbesi Hakkında Açıklamamızdır*” başlıklı açıklama⁷, üst düzey kamu görevlisi olma niteliğini haiz Diyanet İşleri Başkanı Prof. Dr. Ali Erbaş'ın 24 Nisan 2020 tarihli Cuma hutbesinin⁸ LGBTİ+ ve HIV ile yaşayan bireyleri ve nikahsız yaşama pratiklerini hedef alan ve buna karşı “*mücadeleye çağrı yapan*” şahsi ifadelerine ilişkindir. Diğer bir deyişle üst düzey bir kamu görevlisinin Devlet'in egemenliği altındaki her bireye hiçbir ayırım gözetmeksizin eşit davranma yükümlülüğünü hatırlatmaktan ibarettir. Şu bir gerçektir ki, belli bir dine, görüşe, mensubiyete sahip olan bireylerin Anayasal teminat altındaki temel haklarına kamu gücünü kullanan görevliler tarafından riayet edilmemesinin veya “insan olmaları” nedeniyle sahip oldukları haklarının kullanılmasını engelleyen söylemlerin demokratik bir toplumda kamusal tartışma ortamına katkı verecek şekilde **eleştirilmesi** ifade

⁶ ALACAĞAPTAN Uğur, Fikir ve Düşünce Özgürlüğü ve Tehlike Suçları çağdaş Batı Hukukunda Bu Konudaki Düşünce ve Uygulamalar, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, 2000, s. 26

⁷ <https://www.istanbulbarosu.org.tr/HaberDetay.aspx?ID=15707>.

⁸ <https://diyanet.gov.tr/tr-TR/Kurumsal/Detay/29501/diyanet-isleri-baskani-erbas-cuma-hutbesinde-tum-insanliga-cagrida-bulundu>.

özgürlüğünün teminatı altındadır. İfade etmek gerekir ki, *eleştiride toplumda meydana gelmiş olayların sadece gözlemi ile yetinilmemekte, olaylar belirli bir açıdan değerlendirilmektedir*⁹.

3. Bahse konu açıklamanın bütünü okunduğunda ve kaleme alındığı bağlam değerlendirildiğinde, açıkça görülmektedir ki, mezkûr ifadeleri haricinde Diyanet İşleri Başkanının şahsına ve/veya temsil ettiği dine, dini değerlere yönelik tahfif ve tahkir edici mahiyette, hakaretâmiz bir açıklama söz konusu dahi değildir. Aksine, devlet yetkililerinin toplumda dezavantajlı durumdaki tüm bireylere karşı cinsel yönelim temelli olan ayrımcılık dâhil her türlü ayrımcılık, ötekileştirme, dışlama ve nefret iklimini besleyen açıklamalardan kaçınması konusundaki uluslararası insan hakları hukukundan kaynaklanan pozitif yükümlülüklerinin hatırlatılması söz konusudur. Bu ise insan haklarının geliştirilmesi ve güçlendirilmesi yönünde Baroların 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 76. maddesinden kaynaklanan görev ve sorumluluklarının bir parçasıdır.

4. Halihazırda Başkanlık görevini yürüttüğüm İstanbul Barosu İnsan Hakları Merkezi'nin, bugüne kadarki faaliyetleri dikkate alındığında, hukukun üstünlüğünü, insan haklarını her anlamda savunmak ve korumak amacıyla tüm çalışmalarını tarafsız ve her türlü siyasi etkiden bağımsız, halkın sosyal sınıf, ırk, kültür, dil, din, mezhep, bölge, cinsiyet ve cinsel yönelim bakımından farklı özelliklere sahip tüm kesimlerine saygılı ve eşit yaklaşımı görmektedir. Merkez, faaliyetlerini başta T.C. Anayasası'nın Başlangıcındaki temel ilkeleri ile 2. maddesinde garanti altına alınan Cumhuriyetin temel ilkeleri olmak üzere, anayasal teminatlar ve kanunlar çerçevesinde insan haklarına saygıyla, laik bir anlayışla ve demokratik ilkelere göre sürdürmektedir.

5. Şüphesiz, bir hukuk devletinde demokratik toplumda tartışma ortamına katkı sağlamak suç olmadığı gibi, Devlet'in de bu görüş alışverişlerine ve çoğulcu demokrasinin gelişmesine sağlıklı bir ortam sağlama konusunda pozitif yükümlülüğü vardır. Dolayısıyla, insan haklarının korunması ve geliştirilmesine ilişkin sivil toplum faaliyetleri, devlet makamlarınca gerçekleştirilen müdahaleler yanında üçüncü kişilerin de engellemelerine, asılsız ihbar ve şikâyet yoluyla yargı tacizi ve hedef göstererek susturma, tecziye etme girişimlerine karşı koruma altına alınmalıdır. Bu korumanın bağımsız ve tarafsız yargı organları tarafından sağlanması gerekmektedir.

6. İhbar konusu açıklamada Türk Ceza Kanunu [TCK] kapsamında suç teşkil eden hiçbir ifade bulunmamaktadır. Aksine, bu açıklama tamamen AİHM içtihadına atıf yaparak Anayasamızı dayanak almış ve devletin ayrımcılık yasağı konusundaki negatif ve pozitif yükümlülüklerini hatırlatmış "hukuki bir görüş" niteliği taşımaktadır. Dolayısıyla AİHM ve AYM içtihatlarına aykırı biçimde bir değerlendirme yapılması, insan haklarına saygılı bir hukuk devleti niteliğinde olan bir devlette asla kabul edilemez.

Bilinmektedir ki, birbirinin kopyası olarak çoğaltılan "şikâyet" dilekçelerinde kopyala yapıştır bir usulle atıf yapılan "Halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşığılama" başlıklı TCK'nın 216. maddesi kapsamındaki bir suçun oluşabilmesi için, kamu güvenliği açısından açık ve yakın bir tehlikenin ortaya çıkması gerekir. Bu düzenleme sayesinde "kin ve düşmanlık"

⁹ BAYRAKTAR Köksal, Suç İşlemeye Tahrik Cürmü, İstanbul, 1977, s. 118

ibaresinin anlamı da dikkate alındığında sadece açıkça "şiddet içeren ya da şiddeti tavsiye eden tahrikler" madde kapsamında değerlendirilir.

Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere kanun koyucu tarafından fiilin kamu güvenliğini tehlikeye düşürecek biçimde yapılması arandığı için, suç; bir somut tehlike suçudur. Burada mülga Kanun'dan farklı olarak çağdaş hukuktaki soyut tehlike suçlarını azaltma yönündeki eğilim dikkate alınmış, temel hak ve hürriyetlerin kullanım alanı genişletilmiştir. Söz konusu suçun oluşması için, kamu güvenliğinin bozulması tehlikesinin somut olgulara dayalı olarak varlığı gereklidir. Bu somut tehlike belirlerken, hukuki görüş açıklamasının neden olduğu tehlike neticesinin gerçekleşmesi gerekir. Gerçekleşen bu somut tehlike ile icra edilen fiil arasında illiyet bağının bulunması aranır¹⁰. Bu kapsamda, "şikayete konu" ifade özgürlüğü kapsamındaki görüş açıklamasının, halkın bir kesimi üzerinde tahrik konusu fiillerin işleneceği hususunda duyulan endişeyi haklı kılacak bir etki oluşturması için aranan "açık ve mevcut tehlike" bulunmadığı için, suçtan dolayı cezalandırma yoluna gidilemeyeceği madde gerekçesinde yine detaylıca açıklanmıştır. Buradaki mesele sübjektif bir yargıdan ziyade **objektif bir biçimde** tehlikenin açık olması gerekmektedir¹¹.

Kaldı ki T.C. Hükümeti tarafından Birleşmiş Milletler Ayrımcılıkla Mücadele Komitesine sunulan görüşlerde de **216. maddenin uygulamasında ifade özgürlüğünün korunduğuna vurgu yaptığı** görülmektedir¹². Şüphesiz ki, bu soruşturma içeriği hakkında bizzat Adalet Bakanlığı tarafından hiçbir denge analizi yapılmaksızın verilen soruşturma izni ile Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi'ne sunulan hak temelli görüşler arasında bir çelişkinin doğmaması gerekir. Bir kez daha tekrarlamak isteriz ki, Yargı Etiği Bildirgesinin 3.5. maddesinde Hakim ve Savcılar *kişisel kanaat ve düşüncelerinin, tarafsızlıklarına gölge düşürmesine izin vermez ve ön yargılı şekilde hareket etmezler. Görevlerini yürütürken ön yargı ve tercihlerinden etkilenip etkilenmediklerini sorgularlar* prensibine yer verilmiştir.

Bu doğrultuda, TCK'nın 216/3. maddesinde düzenlenen suçun oluşabilmesi için üç unsurun birlikte gerçekleşmesi gereklidir. Bunlar, "halkın bir kesiminin benimsediği dini değerleri aşağılamak", "bu aşağılamanın aleni olması" ve "fiilin kamu barışını bozmaya elverişli olması"dır¹³. Özgürlük esas, kısıtlama istisnaidir¹⁴. TCK'nın 216. maddesinde yer alan düzenleme, doğrudan ifadenin içeriğini hedefe alarak bir sınırlama öngörmemektedir. Bununla birlikte, açıklama içeriğinde yer alan hangi ibarelerin doğrudan İslam dinini ve kutsal kabul edilen değerleri aşağıladığının ve genel itibarla T.C. Anayasası'nın 25. ve 26. maddesi ile 90/5 maddesi gereğince iç hukukumuzun bir parçası sayılan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin [AİHS] 9. ve 10. maddeleri ve İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'nin 19. maddesinde güvence altına alınan düşünce ve ifade hürriyetinin sınırlarının aşılmadığı

¹⁰ ÖZGENÇ İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 8. basım s.209.

¹¹ TÜRAY Aras, Nefret Söylemi Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik Suçu, Seçkin yayıncılık, 2016, s. 282

¹² <https://digitalibrary.un.org/record/821788>

¹³ Detaylı bilgi için, pek çok kaynak arasından, bkz: ARTUK Mehmet Emin – ALAŞAHİN Mehmet Emin, Dini Değerleri Aşağılama Suçu (TCK m. 216/3), Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, 2014; ERGÜNE Elif, Tehlike Suçları Bağlamında Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama Suçları /TCK m. 216), İstanbul Hukuk Mecmuası, 78 (3), 2020, 1675-1721; YURTCAN Erdener, Yargıtay Kararları Işığında Kamu Barışına Karşı Suçlar, Seçkin, 2020, s. 137-323

¹⁴ YARGITAY 8. CEZA DAİRESİ, Esas : 2014/35434 , Karar : 2015/22535.

yönünden de¹⁵ detaylıca inceleme yapılması icap etmektedir¹⁶. İhbara konu açıklamada bu suçun yukarıda belirtilen unsurlarının hiçbirinin oluşmadığı, başkaca bir incelemeye gerek olmayacak biçimde açıktır.

Her ihtimalde, isnat konusu açıklama tamamen AİHM ve AYM içtihatlarıyla desteklenmiş şekilde ifade özgürlüğünün kullanılmasından ibaret olup, hiçbir haksız saldırı içermeyip, aksine yerleşik Yargıtay içtihadında da vurgulandığı gibi “**kamusal tartışma ortamına katkı sunmaktadır**”. Bu kapsamda TCK madde 26 anlamında hakkın kullanılması söz konusu olup, bu durum zaten TCK madde 218 hükmü ile desteklenmiştir. Buna göre:

“haber verme sınırlarını aşmayan ve eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz”.

Yargıtay 18. Ceza Dairesi de 2016/18864 E. 2018/16714 K. sayılı kararında ifade özgürlüğü kullanımının esaslarını şu ifadelerle açıklamaktadır:

“... [Sanık] Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile güvence altına alınmış; din ve vicdan hürriyeti kavramlarının sınırları içerisinde, düşünce özgürlüğü çerçevesinde ve ifade hürriyetini kanunun belirlediği sınırları aşmaksızın kullanarak paylaşımında bulunmuştur.

Özgürlük esas, kısıtlama istisnaidir. İçinde bulunduğumuz yüzyılda, çağdaş olduğuna inandığımız ülkemizde, varlığına her koşulda güvendiğimiz hukuk sistemimizde, özgür bireylerden oluşan özgür bir toplum olmak adına daha hoşgörülü ve geniş bakış açısına sahip olmak gerekmektedir.

Dosya içeriğine göre, sanığın siyasi bir kişilik olduğu yine bir siyasetçiye yönelik olarak söylenen sözlerin, kamu barışı açısından açık, yakın ve ciddi bir tehlikeyi somut olarak ortaya çıkarmadığı, şiddet çağrısı yada tavsiyesi niteliğinde bir anlatım olmadığı gibi sanığın yasal çerçevede ifade özgürlüğünü kullandığı da dikkate alındığında unsurları itibariyle oluşmayan suçtan beraat yerine mahkumiyet kararı verilmesi bozmayı gerektirmiştir”.

Bahse konu açıklamada “dini değerlerin aşağılanması” söz konusu dahi olmadığı gibi, açıklamanın bir bütün halinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadına atıf yapmaktan ibaret olduğu ve dolayısıyla “*kamu barışını bozmadığı ya da bozmaya elverişli olmadığı*” da ortadadır. Aksi bir düşünce tamamen zorlama ve taraflı bir kabuldür ve Türkiye Cumhuriyeti Devleti’nin kurucu üye sıfatıyla taraf olduğu Avrupa Konseyi’nin Statüsünden kaynaklanan “*insan hakları, demokrasi ve hukuk devleti ilkelerine*” uyma yükümlülüğünün ihlali anlamına gelecektir. Şöyle ki;

Bilindiği üzere, ifade özgürlüğünün mihenk taşıını oluşturan 1976 tarihli Handyside/Birleşik Krallık kararında da vurgulandığı üzere “*ifade özgürlüğü, sadece hoşça giden ya da insanları incitmeyen veya önemsenmeyen bilgi ve düşünceler için değil aynı zamanda devleti veya toplumun herhangi bir kesimini inciten, şoke eden veya rahatsız eden bilgi ve düşünceler için*

¹⁵ YARGITAY 8. CEZA DAİRESİ, Esas: 2010/6293 Karar: 2012/21247, 15/10/2012.

¹⁶ YARGITAY 8. CEZA DAİRESİ, Esas: 2010/12318 Karar: 2012/18956, 04/06/2012.

de geçerlidir. Demokratik toplumun olmazsa olmaz koşullarını oluşturan, çoğulculuk, hoşgörü ve açık görüşlülük bunu gerektirir¹⁷.”

İfade özgürlüğü demokratik bir toplumun temelini oluşturduğu gibi, özellikle yüksek mertebede yer alan kamu görevlileri ve siyasilere, görevlerinden dolayı eleştiri yöneltilmesi hoşgörüyle karşılanmalıdır. Somut olayda, ihbara konu görüş açıklaması, üst düzey bir kamu görevlisi olan Diyanet İşleri Başkanı'nın toplumun geniş bir kesimine hitaben yaptığı konuşmada, doğrudan LGBTİ+ bireyleri ve nikâhsız beraberlikleri hedef alarak, *hastalıkları beraberinde getirdiği ve nesli çürüttüğü* vurgusuyla, **topluluğa hitaben** buna karşı “**birlikte mücadele etme çağrısı**” yapmasının, uluslararası insan hakları hukukuna atıf yapılarak eleştirilmesi hiçbir hukuk devletinde suç teşkil etmez.

AİHM *Müslüm Gündüz/Türkiye* kararında¹⁸, hoşgörünün ve tüm bireylerin yasal saygınlığının, demokratik ve çoğulcu bir toplumun esaslarını oluşturduğunun altını çizmiştir. AİHM bu kararda demokratik toplumlarda hoşgörüsüzlüğe, kine ve nefrete dayalı yapılabilecek her türlü ifade ve propagandanın, kişileri veya grupları hedef alması durumunda ifade özgürlüğü güvencesinden yaralanamayacağına da altını çizmiştir. Yine bahse konu açıklamada da yer verildiği üzere AİHM, *Erbakan/Türkiye* kararında da bu hususu vurgulamıştır¹⁹. Aynı doğrultuda, yine açıklamada yer verilen AİHM'nin *Vejdeland ve diğerleri/İsveç* kararında, eşcinselliğin HIV/AİDS'i yaydığı yönündeki spekülasyonları içeren ifadelerin ifade özgürlüğü korumasından yararlandırılmadığı belirtilmiştir²⁰. Bu kararda AİHM “*toplumun belirli bir kesimini tahkir etmek, alay konusu durumuna düşürmek veya lekelemek suretiyle yapılan saldırılar ifade hürriyetinin mesuliyetsizce kullanılması niteliği taşıdığından yetkili makamların bu ifadelerle mücadele etmesi için yeterli sebep mevcuttur (bkz. Féret v. Belçika, No. 15615/07, §73, 15 Temmuz 2009). Bu hususta Mahkeme, cinsel yönelim temelli ayrımcılığın ırk, etnik köken veya renk temelli yapılan ayrımcılık kadar ciddi olduğunu vurgulamıştır (bkz., inter alia, Smith ve Grady v. Birleşik Krallık, no. 33985/96 ve 33986/96, § 97, AİHS 1999-VI).*” ifadelerini kullanmıştır²¹.

AİHM *Giniewski/Fransa* davasında, “başvurucunun, bu konuda daha önce açılmış olan çok geniş bir fikir münazarasına, doğası gereği tartışılabilir nitelikte bir katkıda bulunmuştur. Bunu da temelsiz bir polemik açmadan veya çağdaş düşüncelerin hakikatinden uzaklaşmadan yapmıştır”²². Choudhury/Birleşik Krallık kararında da belirtildiği gibi, Devlet'in tüm dini duyarlılıkları korumak yönünde bir pozitif yükümlülüğü yoktur²³. Unutulmamalıdır ki AİHM, “çoğulcu demokratik bir toplumda Devlet'in çeşitli din, inanç ve düşüncelere karşı tarafsız ve

¹⁷ HANDYSIDE v. BİRLEŞİK KRALLIK, no. 5493/72, 07/12/1976; <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57499>.

¹⁸ GÜNÜZ v. TÜRKİYE, no. 35071/97, 04/12/2003; <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-165487>; kabul edilemezlik kararı için: GÜNÜZ v. TÜRKİYE, no. 59745/00, 13/11/2003; <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-44613>.

¹⁹ ERBAKAN v. TÜRKİYE, no. 59405/00, 06/07/2006; <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-121147>.

²⁰ VEJDELAND ve DİĞERLERİ v. TÜRKİYE, no. 1813/07, 09/02/2012; <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109046>.

²¹ VEJDELAND, a.g.k, § 55

²² GINIEWSKI v. FRANSA, no. 64016/00, 31/01/2006, § 50; *Türkçe'ye aktaran*: DİNÇER Hülya, Bir Suç Olarak Dine Hakaret, İfade Özgürlüğü ve “Dini Hislere” Tanınan Koruma, Köksal Bayraktar'a Armağan, Cilt II, ss. 1101-1126, s. 1124

²³ CHOUDHURY v. BİRLEŞİK KRALLIK [Kabul edilemezlik kararı], no. 17439/90, 05/03/1991

yansız olma ödevinin, dini inançların veya bunların sergilenme yöntemlerinin meşruluğuna ilişkin olarak Devlet tarafından yapılacak herhangi bir değerlendirme ile uyummadığını her zaman vurgulamış olduğunu” hatırlatır²⁴.

Soruşturmaya konu açıklama AİHM içtihadında açıkça belirtildiği üzere, “haksız bir saldırı” veya “hakaret” niteliği taşımamakta ve hiçbir şekilde düşmanlık ya da nefrete çağrıda bulunmamaktadır.

Dolayısıyla, T.C. Anayasası ve temel hak ve özgürlüklere bağdaşmayan her türlü ayrımcılık temelli söyleme karşı devlete pozitif yükümlülüklerini “HUKUKİ ÇERÇEVEDE” hatırlatmak hiçbir suçu oluşturmamakta ve kamu yararı taşıyan bir tartışmaya katkıda bulunmaktan ve sadece AİHM içtihadını tekrarlamaktan başka bir amacı bulunmamaktadır.

7. Bir kez daha hatırlatmak gerekir ki AİHM, *Refah Partisi/Türkiye* kararında AİHM şu tespiti yapmıştır:

“91. Mahkeme çeşitli dinlerin, kanaat ve inançların uygulanışının nötr ve tarafsız bir düzenleyicisi olarak devletin rolünü sıklıkla vurgulamış ve bu rolün, demokratik bir toplumdaki kamu düzeni, dini uyum ve hoşgörü açısından taşıdığı önemi belirtmiştir (...).”

Aynı kararda ,Türkiye özelinde laiklik ilkesine şu şekilde vurgu yapılmıştır:

“93. Yukarıdaki ilkeleri Türkiye’ye uygularken Sözleşme organları laiklik ilkesinin, hukukun üstünlüğü ve insan hakları ve demokrasiye saygı ilkeleriyle uyum içinde bulunan Devletin temel ilkelerinden biri olduğu görüşünü ifade etmiştir. Bu ilkeye saygı gösterilmemesi şeklindeki bir tutum, kişinin dini inancını açıklama özgürlüğünü kapsayan ve Sözleşme’nin 9. Maddesindeki korumadan yararlanarak bir davranış olarak kabul edilmeyecektir.”

Dolayısıyla, üst düzey devlet görevlilerinin yaptıkları açıklamalarda özellikle eşitlik, hukuk devleti ve laiklik ilkesini teminat altına alan Anayasa’nın 2. ve 11. maddeleri ve Başlangıçtaki temel ilkeleri gözetmeleri zorunludur.

8. 633 sayılı Diyanet İşleri Başkanlığı’nın Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun’un uygulanmasının sınırlarını T.C. Anayasası oluşturur. Anayasa’nın 136. Maddesi Diyanet İşleri Başkanının kanunla kendisine verilen görev ve yetkinin ilk sınırını **laiklik ilkesi** doğrultusunda hareket ederek, **milletçe dayanışma ve bütünleşmeyi amaç edinmek** olarak çizmiştir. Diğer bir deyişle, eşitlik ve laiklik ilkesi bu görevin Anayasayla çizilmiş sınırınıdır. İkinci sınır ise, Anayasa madde 90/5 gereği, kanunlarla temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerin **çatışması halinde, milletlerarası sözleşmelerin esas alınacağıdır**. Dolayısıyla, beyanlarımızda tek tek altını çizdiğimiz ve AİHM içtihadı doğrultusunda bahse konu açıklamamızda da hatırlattığımız Devletin pozitif ve negatif yükümlülüklerinin temeli bizzat 633 sayılı Kanunu çerçeveleyen Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın ta kendisidir.

²⁴ EYLEM ZENGİN ve DİĞERLERİ v. TÜRKİYE, no. 1448/04, 09/10/2007 § 54; HASAN ve CHAUSH v. BULGARİSTAN [BD], no. 30985/96, 26/10/2000

9. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin (2010) 5 sayılı Cinsel Yönelim veya Toplumsal Cinsiyet Kimliğine Dayalı ayrımcılıkla Mücadeleye İlişkin Tedbirlerle ilgili vermiş olduğu tavsiye kararının 6. maddesinde *Devletlerin LGBTİ+ bireylere karşı nefret veya ayrımcılık türlerini kışkırtan, yayan tüm ifade biçimleriyle mücadele etmeye yönelik uygun tedbirleri almaları gerektiği ifade edilmiştir. Bu kararda ayrıca sivil toplumun önemli önemli temsilcilerinin nefret söylemine maruz kalan bireylerin insan haklarına karşı hoşgörü ve saygı gösterilmesini yaygınlaştırmaya teşvik etmeleri gerekliliğine yer verilmiştir*²⁵. Kaldı ki, bu pozitif yükümlülükler Diyanet İşleri Başkanı'nın "*mücadele çağrısını*" takiben pek çok uluslararası kuruluş tarafından da vurgulanmıştır. Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri, tüm din adamlarına ilişkin özellikle korona virüsü ile mücadelemiz kapsamında ayrıştırıcı her türlü söylemden uzak durmalarını tavsiye etmiştir²⁶. Devlet makamları başta olmak üzere yine tüm paydaşlara hitaben nefret söylemiyle mücadeleye ilişkin kılavuz ilkeler yayımlanmıştır²⁷. Avrupa Birliği Parlamentosu parlamentoları Diyanet İşleri Başkanı ve Cumhurbaşkanlığı'na hitaben bir mektup ile bu konudaki pozitif yükümlülükleri hatırlatmıştır²⁸. Aynı şekilde Birleşmiş Milletler Din ve Vicdan Özgürlüğü Özel Raportörü de din ve vicdan özgürlüğü ve ayrımcılık yasağı konusunda sağlıklı bir ortam oluşturulması yükümlülüğünü hatırlatan bir çalışma raporu yayımlamıştır²⁹. Yine cinsel yönelim ve toplumsal cinsiyet eşitliği üzerine Birleşmiş Milletler Özel raportörü de 15/05/2020 tarihinde bir açıklama yayımlamıştır³⁰. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri aynı doğrultuda açıklamalar yayımlamıştır³¹. Cinsel yönelim temelli şiddete, saldırılara ve nefret söylemine karşı yükümlülüklerin yerine getirilmesi gereğine ilişkin 11 uluslararası sivil toplum kuruluşunun ortak açıklaması bulunmaktadır³². İnsan Hakları İzleme Örgütü ve Uluslararası Af Örgütü de yayımladığı açıklamalarda cinsel yönelim temelli ayrımcılığı körükleyen ve toplumun bir kesimini diğer kesimine karşı kışkırtan söylemlerden kaçınılması gerektiğine vurgu yapmıştır³³. Bu konuda yayımlanan güncel bir araştırmaya göre de Avrupa'da 49 ülke arasında Türkiye cinsel yönelim temelli saldırılara karşı yasal etkin koruma sağlamada en zayıf 48. ülke konumunda olduğu kamuoyuyla paylaşılmıştır³⁴. Tüm bu açıklamalar birlikte değerlendirildiğinde, İstanbul Barosu İnsan Hakları Merkezi'nin yalnızca demokrasi, hukuk devleti ve insan

²⁵ KUŞ Şeyma, Avrupa insan hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Kararlarında Nefret Söylemi, On İki Levha, 2021, s. 24-25; bkz. ayrıca Avrupa Konseyi bakanlar Komitesi 2019 (1) sayılı Cinsiyetçiliği Önleme ve Mücadele Tavsiye kararı : <https://rm.coe.int/prems-055519-gbr-2573-cmrec-2019-1-web-a5/168093e08c>

²⁶ <https://www.un.org/sg/en/content/sg/statement/2020-05-12/secretary-generals-remarks-high-level-video-conference-entitled-the-role-of-religious-leaders-addressing-the-multiple-challenges-of-covid-19-delivered>.

²⁷ <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/HateSpeech/UNGuidanceHate.pdf>.

²⁸ <https://lgbti-ep.eu/2020/05/07/meps-call-out-hate-speech-by-high-level-institutional-representatives-in-turkey/>.

²⁹ https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Religion/A_HRC_43_48_AdvanceUneditedVerison.docx.

³⁰ <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25889&LangID=E>.

³¹ <https://www.coe.int/en/web/commissioner/-/hate-mongering-against-lgbti-people-has-no-place-in-today-s-europe>.

³² <https://amnesty.org.tr/icerik/ortak-aciklama-turkiyedeki-lgbtılara-yonelik-nefret-soylemi-ve-planli-saldirilara-son-verilmeli>.

³³ <https://www.hrw.org/news/2020/05/01/turkey-criminal-case-opposing-homophobic-speech>;

<https://amnesty.org.tr/icerik/turkiye-hukumet-yukselen-homofobi-ve-transfobiyle-mucadele-etmek-icin-tedbir-almali>.

³⁴ Türkiye özelinde <https://www.rainbow-europe.org/#8664/0/0>; ayrıntılı rapor için

<https://fra.europa.eu/en/news/2020/does-hope-or-fear-prevail-among-europes-lgbti-people>.

haklarının korunması yolunda tarafsız ve bağımsız biçimde ilerlediği ve tüm faaliyetlerinin yasal ve hukuki zeminde kaldığı açıkça ortadadır.

10. AİHM, *Klein/Slovakya* kararında³⁵, üst düzey din görevlisinin, somut olayda bir Baş Piskoposun yaptığı bir açıklama nedeniyle şahsının eleştirilmesinin, bir dine mensup kişilere ya da dini değerlere saldırı oluşturmayacağını kabul etmiştir. Yukarıda bahsedilen AİHM *Giniewski/Fransa* kararı da aynı prensibi ortaya koymuştur. Buna göre ifadelerin konusu Papa'nın görüşleridir ve kullanılan ifadelerin tüm Hristiyanlığa mal edilmesi mümkün değildir³⁶. Dolayısıyla, İstanbul Barosu İnsan Hakları Merkezi'nin Diyanet İşleri Başkanını,

- i. toplumun çoğunluğu oluşturan bir kesimini, kırılgan bir gruba karşı “*birlikte mücadele etmeye*” çağrı yapan bir ifade kullanması nedeniyle eleştirmesi,
- ii. bu ifadeyi bugüne kadar yüksek makamlarda bulunan devlet görevlilerinin LGBTİ+ bireylere yönelik söylemleri ile birlikte değerlendirerek devlete insan hakları hukukundan kaynaklanan pozitif yükümlülüklerini hatırlatması

çoğulcu demokrasi ve laiklik ilkesinin gereği olarak değerlendirilmelidir ve ifade özgürlüğünün barışçıl şekilde ve yasal sınırları dahilinde kullanılmasından ibaret anayasal teminat altında bir fiildir.

11. Kaldı ki Sayın Cumhurbaşkanı da 2002 yılında katıldığı bir tartışma programında yaptığı ve internet üzerinden kolaylıkla erişilebilen bir açıklamayla eşcinsellerin hak ihlali yaşadıklarını aktararak, “*eşcinsellerin de kendi hak ve özgürlükleri çerçevesinde yasal güvence altına alınması şart olduğunu*” belirtmiş; “*onların da muhatap oldukları muameleleri insani bulmadığı*” vurgusunu yapmıştır.

Her türlü ayrımcılık temelli söylemin etkin şekilde soruşturulması ve/veya bunlarla mücadele edilmesi gerekirken, bir Baro'nun ifade özgürlüğünü kullanması nedeniyle kötü niyetle savcılık makamına hedef gösterilmesi demokratik bir toplumda kabul edilemez. Böyle bir anlayış meslek örgütleri ve sivil toplumun faaliyetleri üzerinde caydırıcı etki oluşturmaktan öteye gidemez.

Bu noktada, Anayasa Mahkemesi'nin içtihadı da açıktır. Anayasa Mahkemesi 2014/12225 Başvuru numaralı 14/7/2015 tarihli kararında³⁷ cinsel yönelim temelli söylem gibi “hoşgörüsüzlüğe dayalı nefreti yayan, kışkırtan, teşvik eden veya meşrulaştıran her türlü ifade biçimini” nefret söylemi olarak değerlendirmiş ve bunun tüm bireyler yönünden huzur ve barış içinde yaşama hakkına müdahale ettiğini vurgulamıştır:

“40. Bu kapsamda ten rengi ve etnik köken, toplumsal cinsiyet, cinsel kimlik, cinsel yönelim, engellilik, siyasal aidiyet veya yaş kategorileri ile mülteci, göçmen, yabancı veya başka dezavantajlı gruplara yönelik nefret saikli ifadeler de nefret söylemi türlerinden kabul edilmelidir. Sonuç olarak henüz uluslararası belgelerde ve mahkeme içtihatlarında yeterince ele alınmamış olsa bile AİHM'in ifade ettiği şekliyle “hoşgörüsüzlüğe dayalı nefreti yayan, kışkırtan, teşvik eden veya meşrulaştıran her türlü ifade biçimi” (Gündüz/Türkiye, § 40;

³⁵ Klein v. SLOVAKIA, no. 72208/01, §§ 49-53, 31/10/2006; <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-77753>.

³⁶ GINIEWSKI v. FRANCE, no. 64016/00, § 51, 31/01/2006; <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-72216>.

³⁷ <https://resmigazete.gov.tr/eskiler/2015/10/20151006-3.pdf>.

Erbakan/Türkiye, B. No: 59405/00, 6/7/2006, § 56; Sürek/Türkiye (no1), B. No: 26682/95, 8/7/1999, § 62) nefret söylemi olarak değerlendirilmelidir.

41. Bu anlamda “nefret söylemi” muhakkak belirli bir kişiye veya gruba yönlendirilmiş yorumları kapsamaktadır. Nefret söyleminin saikinin ise salt o kişiye ilişkin bir aidiyet olgusundan ibaret bulunması gerekir. Bir gruba veya bir grubun üyelerine yönelik ifade, nefreti teşvik ediyorsa ve bu teşvikin sözde geçerli nedeni o gruba isnat edilen özelliklerse, bir grubun üyeleri surf bu gruba üye oldukları için aşağılanıyor, genel çoğunluktan farklı görülüyor, toplumsal olumsuzlukların faili sayılıyor ya da bu grupların veya üyelerinin aşağılanmaları ve haklarından mahrum edilmeleri, maruz kaldıkları dışlama, baskı veya şiddet meşru gösteriliyor ise söz konusu düşünce açıklamasının nefret söylemi içerdiği kabul edilebilir. Nefret söyleminde, belirli bir gruba ait bulunduğu için hedef seçilmek suretiyle esasında kendisini o grupta tanımlayan tüm bireyler yönünden barış ve huzur içinde yaşama hakkına müdahale edilmektedir.

Aynı doğrultuda Anayasa Mahkemesi 2013/5356 Başvuru Numaralı 8/5/2014 tarihli kararında³⁸ aşağıdaki tespiti yapmıştır.

“(…) Nefret söylemi kullanılarak hakaret edildiği iddiası bu söylemin ırk, köken ya da renk temelinde yapıldığı iddiası şeklinde olabileceği gibi sayılanlar kadar ciddi bir olgu olan cinsel yönelim temelinde yapıldığı biçiminde de olabilir. AİHM kararlarında da belirtildiği üzere, cinsel yönelim, bireyin özel hayatının mahrem yönlerinden birisini oluşturmaktadır (Laskey ve Diğerleri/Birleşik Krallık, B. No: 21627/93; 21628/93; 21974/93, 19/2/1997, § 36).”

Bu noktada, Anayasa Mahkemesi’nin ifade özgürlüğüne ilişkin temel prensiplerini de hatırlatmak gerekir. Mahkeme 2013/2602 Başvuru numaralı 23/1/2014 tarihli kararında da şu tespiti yapmıştır:

(…) 45. “Çoğunluğa muhalif olanlar da dâhil olmak üzere düşüncelerin her türlü araçla açıklanması, açıklanan düşünceye paydaş sağlanması, düşünceyi gerçekleştirmek ve gerçekleştirme konusunda ikna etmek çoğulcu demokratik düzenin gereklerindedir. Bu itibarla düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ile basın özgürlüğü demokrasinin işleyişi için yaşamsal önemdedir. (...)”

12. Farklı cinsel eğilimleri olan kişilere karşı toplumda egemen olan ayrımcılık, dışlayıcılık ve nefretin önlenmesinin, devletin pozitif yükümlülükleri arasında olduğunda tereddüt bulunmamaktadır. Bu anlamdaki etkin soruşturma yükümlülüğü AİHM’nin Beizaras ve Levickas/Litvanya kararıyla da ortaya konmuştur³⁹. İstanbul Barosu İnsan Hakları Merkezi’nin bu temel yükümlülüğü yüksek makamda bulunan bir kamu görevlisinin şahsında hatırlatması nedeniyle meslek etiği ilkeleriyle bağdaşmayacak biçimde hedef gösterilmesine müsaade edilmemesi gerekir. İfade özgürlüğünü kullanmasına Anayasa’ya ve temel hukuk ilkelerine aykırı şekilde müdahale edilmeye çalışılması nedeniyle İstanbul Barosu İnsan

³⁸ <https://resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/07/20140716-9.pdf>

³⁹ BEIZARAS AND LEVICKAS v. LITHUANIA, no. 41288/15, 14/01/2020 <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-200344>; aynı yönde Birleşmiş Milletler Kadına Karşı ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi 119/2017 Başvuru numaralı 24/02/2020 tarihli kararı https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/RUS/CEDAW_C_75_D_119_2017_31507_E.docx (resmi olmayan Türkçe çeviri için bkz: <https://www.kaosgl.org/haber/bm-kadina-karsi-ayrimciligin-onlenmesi-komitesi-nden-homofobik-nefret-sucu-karari>)

Hakları Merkezi'nin devletin soruşturma ve yargı organları tarafından etkin bir şekilde korunması zorunluluğu doğmuştur. Zira demokratik ortamda anayasal garanti altındaki hakkını kullanan bir meslek örgütünün değil, hitap edilen kesim üzerinde etki oluşturabilecek bir konumdaki kamu görevlisi tarafından söylenen sözlerin, toplumun çoğunluktaki bir kesimini, kırılğan konumdaki diğer bir kesime hedef gösterici niteliği nedeniyle, toplumun sıkı denetimine tabi tutulması hukuk devletinin gereğidir. Bir kez daha yinelemek gerekir, demokratik bir sistemde, Hükümetin eylemleri ya da ihmalkârlıkları yalnızca yasama ve yargı organlarının değil aynı zamanda kamuoyunun da sıkı denetimi altındadır. Bir meslek örgütü olarak İstanbul Barosu ve tüm Barolar bu denetimin bizzat kanunla yetkili kılınmış bir parçasıdır.

13. Özetle, bahse konu açıklama, üst düzey bir kamu görevlisinin toplumun bir kesime hitaben “birlikte mücadele” çağrısı yapan şahsi söylemine karşı uluslararası yükümlüklerin hatırlatıldığı bir eleştirel görüş açıklamasıdır. Bu bağlamda bu düşünce açıklaması, toplumun bir kesimini rahatsız etsin ya da etmesin, ifade özgürlüğü korumasındadır ve bütün olarak da değerlendirildiğinde suç oluşturmadığı açıktır. Kaldı ki, açıklamada dini değerlere yönelik aşağılama ya da hakaret içeren bir ifade dahi yer almadığı gibi, TCK madde 216/3 kapsamında bir suç hiçbir surette oluşturamayacağı da Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2007/8-244 E. 2008/92 K. Numaralı kararında bu maddenin uygulanma şartlarına ilişkin prensiplerle de ortadadır⁴⁰.

Dolayısıyla, sadece Diyanet İşleri Başkanının görevine ilişkin salt kanun maddesine atıftan ibaret olan, ancak ifade özgürlüğüne ilişkin koruma dengesi, evrensel insan hakları standartları ve çoğulcu demokrasi, laiklik ilkesi ile hukuk devleti prensiplerinden **bihaber** kopyala yapıştır formatta çoğaltılmış şikayet dilekçeleri tamamen Savcılık Makamını yanlış yönlendirmeye ve hatta “yargıyı etkilemeye” yönelik kötü niyetli bir ihbar olarak değerlendirilmelidir. **Demokrasinin doğası gereği farklılıkların hatta zıtlıkların bir arada olması⁴¹, saygı, nezaket ve hoşgörü üzerine kurulu bir hukuki zemin olduğunu kavrayamamış bir zihniyetin hedef gösterme teşkil eden ihbar ve şikayet dilekçelerindeki ifadelerine itibar edilerek, şüpheli sıfatıyla bir “savunma” yapmamızın istenmesini ve bu çerçevede hakkımızda soruşturma izni verilmiş olmasını Adalet Bakanlığı'nın ümit ve umutla beklediğimiz yargı reformu iradesine yakıştıramadığımızın altını çizmek isterim.**

14. Bilinmektedir ki, yargı tarafsız ve bağımsızlığı, Anayasamız ve tüm hâkim ve savcılarımıza elden tebliğ edilmiş olan Türk Yargı Etiği ilkeleri ile garanti altına alınmıştır.

Diğer taraftan Hâkim ve Savcılar Kurulu'nun Hâkim ve Savcıların Derece Yükselmesi Esaslarına İlişkin İlke Kararı'nın, yükselme esaslarını düzenleyen 6. maddesinde “Yargı bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı ilkeleri temelinde; AİHM ve Anayasa Mahkemesi'nce incelemelerde ihlal kararına sebebiyet verip vermedikleri, neden oldukları ihlalin niteliği ve

⁴⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2007/8-244 E. 2008/92 K. sayılı 24/04/2008 tarihli kararı <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html>.

⁴¹ YARGITAY CEZA GENEL KURULU, 2004/8-201 E., 2005/30 K. sayılı kararı; Aktaran YURTCAN Erdener, a.g.e., s. 213-288

ağırlığı ile ilgililerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve anayasa ile teminat altına alınan hakların korunması konusundaki gayretleri” hükmü eklenmiştir⁴².

Ve yine Anayasa Mahkemesi’nin ifadesiyle :

“Anayasa'nın Başlangıç kısmında bireyin ve toplumun devletten "*huzurlu bir hayat talebine hakları bulunduğu*" ve "*her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanacağı*" vurgulanmıştır. Temel hakların güvence altına alındığı böyle bir hayata dair ümit ancak hukukun üstünlüğü ilkesinin hakim olduğu anayasal düzenin korunması ile mümkündür. Nitekim yine Başlangıç kısmında "*egemenliğin kayıtsız şartsız Türk Milletine ait olduğu ve bunu millet adına kullanmaya yetkili kılınan hiçbir kişi ve kuruluşun, bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeni dışına çıkamayacağı*" ifade edilmiştir.⁴³”

Dolayısıyla, tüm uğradığımız hedef gösterme ve haksız saldırılara, baskıya ve aşağılamalara rağmen, *bir hukuk devleti olan ülkemizde hukukun üstünlüğüne ve ihbara konu açıklamaya ilişkin beyanlarımızın bu çerçevede tarafsız ve bağımsız biçimde değerlendirileceğine inanıyorum*. İfade özgürlüğünün yasal sınırları içinde kullanılmasından ibaret olan bahse konu görüş açıklama, herhangi bir suç oluşturmamaktadır. Bilakis, bu açıklama bir bütün olarak demokratik toplumda tartışma ortamının oluşturulduğunun ve çoğulcu bir demokrasi, laiklik ve insan haklarına saygı ilkesine riayet edildiğinin göstergesi olarak kabul edilmelidir. Yukarıda detayları ile ortaya koyduğum yazılı beyanlarımın kabulünü ile hakkımda kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmesini talep ederim.

SONUC ve TALEP : Yukarıda arz edilen gerekçelerle, hakkımda hiçbir adil denge analizi yapılmadan ve AİHM ve Anayasa Mahkemesi içtihatları göz ardı edilerek *soruşturma izni verilen konuda* Anayasal teminat altındaki hakkın kullanımından ibaret olan düşünce açıklaması **suç oluşturmadığından**, hakkımda KOVUŞTURMAYA YER OLMADIĞINA DAİR KARAR verilmesini, saygılarımla arz ve talep ederim. 09/02/2021

Şüpheli

Av. Tuğçe Duygu Köksal

* Tüm ekler önceki beyan dilekçemizin ekinde sunulmuş olmakla soruşturma dosyasında mevcuttur.

** İlgili Sabah Gazetesi nüshası ise ekte ayrıca sunulmuştur.

⁴² <https://www.hsk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/b897b5ad-8091-408a-9bea-f327a4f46b9e.pdf>.

⁴³ Kadri Enis Berberoğlu (3) [GK], B. No: 2020/32949, 21/1/2021, § 143