

Avukatın Savunma Dokunulmazlığının Tanınmamasından Kaynaklanan İfade Özgürlüğünün İhlaline İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararının İncelenmesi

Doç. Dr. Murat Volkan Dülger

I. Giriş

İddia ve savunma dokunulmazlığı, Anayasa'nın "*Hak Arama Hürriyeti*" başlıklı 36. maddesinde, "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*" şeklindeki ifade ile tanınmış ve bir hak olarak anayasal güvence altına alınmıştır. Savunma hakkının kullanılması ve bu anlamda hak arama hürriyetinin sağlanması ancak bu hakkın herhangi bir cezai veya idari yaptırım tehditlerinden bağışık olmasına bağlıdır. Savunma, dokunulmaz olmalı ve böylece kişiler herhangi bir korkuya ve tereddütte kapılmadan haklarını serbestçe kullanabilmeli ve arayabilmelidirler.

5271 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "*Şeref Karşı Suçlar*" başlıklı sekizinci bölümünde yer alan "*Hakaret*" suçunda iddia ve savunma dokunulmazlığı 128. madde ile bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmektedir. Anılan madde uyarınca, yargı mercileri veya idari makamlar nezdinde (*objektif şart – tahkirin yeri*), kişiler açısından somut isnat ifade eder nitelikte maddi vakaların ortaya konulması veya olumsuz değerlendirmelerde bulunulması hallerinde (*objektif şart – tahkirin şekli*) iddia veya savunmada bulunan bu kişilere (*subjektif şart*) ceza verilmez. Ancak bunun için isnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakıalara dayanması ve uyumsuzlukla bağlantılı olması (*objektif şart- ölçülülük*) gerekir.

Yargıtay 18. Ceza Dairesi de konuya ilişkin vermiş olduğu bir kararda, "*Bu şekilde, davada taraf olan; davalı, davacı, şahsi davacı, katılan, sanık ve savcının iddiasını ve savunmanın gerektiği şekilde yapılabilmesi için belirli koşullar dahilinde bazı isnadlarda bulunabilecekleri, bunu yaparken de bazen muhataplarını küçük düşürücü ifadeler kullanabilecekleri öngörülmekle, iddia ve savunmanın gerekliliği ile orantılı olmak şartıyla bu şekilde ortaya çıkan eylemlerin hukuka uygun sayılacağı*" şeklinde hüküm kurmuştur¹.

Bu makalemizin odak noktasını, bu konuya dair, Anayasa Mahkemesi'nin avukat olan başvurucunun duruşmada söylediği sözlerden ötürü hakaret suçundan cezalandırılmasının, kişinin ifade özgürlüğünün ihlali oluşturduğuna hükmettiği kararı oluşturmaktadır².

II. Olay

Başvuru konusu olaya göre, avukat olan başvuru olay tarihinde Ağır Ceza Mahkemesinde nitelikli öldürme suçunu işledikleri iddiasıyla yargılanan iki sanıktan birinin müdafidir. Maktulün üzerine sanıklar tarafından benzin dökülerek yakıldığı iddia edilmektedir. Olaylar üzerine, sanıklardan biri gözaltına alınıp tutuklanmıştır. Başvurucunun müdafii olduğu sanık bir gün

¹ Yargıtay 18. CD, E. 2016/3929, K. 2018/2297, T. 21.2.2018.

² AYM, Başvuru No:2015/19278, K.T. 7.3.2019 (RG: 11.4.2019, 30742)

gözetiminde tutulduktan ve ifadesi alındıktan sonra serbest bırakılmıştır. Sanık ifadesinde, diğer sanığın kişiyi yakarak öldürdüğünü net bir şekilde gördüğünü ifade ederek, olayın nasıl gerçekleştiğini anlatmıştır.

Kovuşturma aşamasındaki ikinci duruşmaya başvuru, sanık müdafii olarak katılmıştır. Duruşmada ilk söz tutuklu olan sanık ve müdafii verilmiş, tutuklu sanık müdafii de müvekkilinin suçsuz olduğunu ve suçun başvuruçunun müdafiliğini yaptığı sanık tarafından işlendiğini iddia etmiştir. Bunun üzerine söz alan başvuruçuda tutuklu olarak yargılanan sanığın gözetiminde adli kolluğun ve doktorların da bulunduğu ortamda açıkça “Ben niye katil oldum?” diye bağırarak suçu kabullendiğini, müvekkilinin de cinayet ile ilgili gördüklerini anlatarak olayı aydınlattığını, dolayısıyla bu davada tanık olarak dinlenilmesi gerekirken sanık olarak yargılandığını iddia etmiş ve iddianameyi düzenleyen Cumhuriyet savcısına yönelik olarak “(...) Müvekkilimin bu davada diğer sanıkla birlikte aynı sevk maddeleri ile cezalandırılmasının istenilmesi davayı açan savcının olayı kavrayamaması ve işgüzarlığındandır (...)” sözlerini kullanmıştır. Başvuruçunun yaptığı savunmanın ardından duruşmada iddia makamını temsil eden savcı söz alarak sanıklar hakkında iddianame düzenleyen Cumhuriyet savcısıyla ilgili olarak “işgüzarlık yapmıştır” şeklindeki beyanı nedeniyle duruşma tutanağından bir suretin gereğinin yapılması amacıyla Baro Başkanlığına ve Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine karar verilmesini talep etmiştir.

Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından başvuruçuda hakkında “kamu görevlisine hakaret suçu”ndan kamu davası açılmıştır. Yargılama esnasında yaptığı savunmada başvuruçuda; sanık müdafiliğini yaptığı duruşmada iddia makamını temsil eden savcının mütalaasını yazdırırken, müdafiliğini yaptığı sanık hakkındaki iddianameyi hazırlayan savcı için kendisinin (başvuruçunun) kullandığı “işgüzar” kelimesi nedeniyle yargılanması için Baroya ve Savcılığa suç duyurusunda bulunulmasını talep ettiğini ifade etmiştir. Başvuruçuda; bu durumun ağırlığına gittiğini, “işgüzar” kelimesini iddianamenin üstünkörü çalışarak hazırlanmış olduğunu belirtmek amacıyla kullandığını, bunun üzerine bir açıklama yapma talebiyle ayağa kalktığını, iddia makamının parmağını sallayarak kendisine “daha fazla konuşma” dediğini, kendisinin de bu söz üzerine “asar mısınız keser misiniz?” dediğini ileri sürmüştür. Başvuruçuda, savcının mütalaası üzerine söz almak istediğini ısrarla belirtmesine rağmen Ağır Ceza Mahkemesi Heyetince kendisine söz verilmediğini ve akabinde hakkında hakaret suçundan soruşturma açılmasına dair karar verildiğini ifade etmiştir.

Yapılan yargılama neticesinde başvuruçunun, kamu görevlisine hakaret suçundan iki kez 11 ay 20 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiştir. Mahkeme kararının gerekçesinde başvuruçunun iddianameyi düzenleyen Cumhuriyet savcısına yönelik “(...) müvekkilimin bu davada diğer sanıkla birlikte aynı sevk maddeleri ile cezalandırılmasının istenilmesi davayı açan savcının olayı kavrayamaması veya işgüzarlığındandır (...)” ile aynı duruşmada iddia makamını temsil eden Cumhuriyet savcısına hitaben “asmayı da düşünüyor musunuz?” ve anılan savcıyı kastederek Mahkeme Heyetine hitaben “Beni çocukla uğraştırmayın.” şeklindeki sözleri sabit görülerek bu sözlerin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı, ölçülülük şartının oluşmaması sebebiyle iddia ve savunma dokunulmazlığı kapsamında da

değerlendirilmeyeceği, başvurunun eylemleriyle ifade özgürlüğü ile iddia ve savunma dokunulmazlığı sınırlarını aştığı belirtilmiştir.

Başvurucunun anılan karara yaptığı itiraz reddedilmiştir. Diğer taraftan, başvurunun müdafiliğini yaptığı sanığın cezalandırılmasına yeterli her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil elde edilemediği gerekçesiyle beraatine karar verilmiştir.

III. Anayasa Mahkemesi'nin Görüşü

A. Anayasa Mahkemesi Tarafından Kabul Edilebilirlik Yönünden Yapılan İnceleme

Anayasa Mahkemesi, başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan, ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin iddianın, kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

B. Anayasa Mahkemesi Tarafından Esas Yönünden Yapılan İnceleme

Anayasa Mahkemesi öncelikle, başvurunun Cumhuriyet savcılarına yönelik sözleri nedeniyle iki kez 11 ay 20 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesinin, başvurunun ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale oluşturduğunu ifade etmiştir. Mahkeme, avukatlık mesleğinin bir kamu hizmeti olduğu, avukatın yargılama süreci içinde adaletin bulunup ortaya çıkarılmasında görev aldığı ve bu kapsamda avukatların, belli sınırları aşmamak koşuluyla yargının işleyişine ilişkin eleştiride bulunma hakkına sahip olacakları belirtmiştir. Eleştiriler çerçevesinde söylenen sözlerin ya da yazılı olarak yapılan beyanların, bu söz ya da beyanların yapıldığı bağlam içinde kopartılmaksızın olayın bütünselliği içinde değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir.

Mahkeme, müdahalenin ihlal oluşturup oluşturmayacağı hususunda somut olay açısından yaptığı değerlendirmede; ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin izlenen meşru amaçlarla orantılı olup olmadığı bakımından söylenen sözlerin sadece duruşma esnasında sarf edildiği ve davanın kamuoyunda bilinen bir dava olduğu da ileri sürülmediği bu anlamda, Cumhuriyet savcısına asılsız suçlamalara karşı sağlanan korumanın kamusal menfaatlere yönelik açık tartışmaya ilişkin menfaatlerle dengelenmesi gerekmeyeceğini belirtmektedir.

Mahkeme, müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk ve ölçülülüğü bakımından ise, başvurunun canavarca hisle öldürme suçundan yargılanan müvekkilin müdafiliğini yaptığı ve böyle bir iddianın bireysel ve toplumsal ölçekte ağır sonuçları olacağını ifade etmektedir. Mahkemeye göre, bir avukatın savunmasını yaptığı esnada onun hakkında suç duyurusunda bulunulmasının savunma hakkını önemli ölçüde etkileyeceğinin muhakkak olduğunu belirtmektedir. Sonrasında mahkeme, başvurunun savunmasını müvekkiline dava açmak için hiçbir sebep bulunmadığı, müvekkilinin aslında tanık olması gerektiği tezi üzerine oturtmaya çalışmış ve müvekkil daha sonra beraat ettiğini ifade ederek, sözleri duruşma sırasında ortamın gergin olduğu bir anda ve Cumhuriyet savcısı ile girdiği polemik sonucunda söylediğini belirtmektedir.

Mahkemeye göre, başvurunun savcıya yönelik eleştirisinin oldukça sert olduğu, avukatlık mesleğinin etik kurallarına ve saygınlığına zarar verdiği kabul edilse bile bu sözler savcının dava açarken uyguladığı yonteme ilişkindir. Dolayısıyla, başvurunun sözleriyle iddianameyi hazırlayan savcının ne özel hayatının ne mesleki veya diğer niteliklerinin hedef aldığı söylenebilecektir. Başvurunun duruşma savcısına yönelik sözleri ise savcı ile aralarında yaşanan ve bir ölçüde savcının neden olduğu polemğin bir sonucudur. Savunma avukatına ancak çok istisnai hallerde müdahale edilebilir ve başvurunun savunma kurgusuna açıkça müdahale eden, onunla duruşma sırasında sözlü tartışmaya giren savcının kendisine yöneltilecek sözleri daha fazla hoşgörü ile karşılaması beklenir. Bu sözlerden dolayı hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilmesi, avukatların düşünce açıklamaları veya müvekkillerinin çıkarlarını hararetle savunma görevi üzerinde caydırıcı etki oluşturacaktır.

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi, başvurunun ifadelerinin kamuoyu önünde değil sadece duruşma salonunda söylenmiş olduğunu da gözeterek, başvuru hakkında hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilmesi suretiyle ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik bir toplum düzeninin gereklerine uygun olmadığı kanaatine varmıştır.

IV. Kararın Hukuki Değerlendirmesi

İfade özgürlüğü, insanı insan yapan en önemli değerlerden düşüncenin korunmasını amaçlamakta ve bu anlamda özgür bir birey olmanın ve özgür bir topluma sahip bulunmanın en önemli öğelerinden birini oluşturmaktadır. Descartes'in meşhur "*cogito ergo sum*" deyişinden, Montesquieu'nin "*İnsan, dinamik, yaratıcı ve erdemli bir varlıktır. Fakat bu nitelikler ancak özgür bir ortamda işlerlik kazanır ve gelişir. Özgür olmayan bir ortam, kuşku, korku, belirsizlik, güvensizlik ve uyusukluk getirir.*" söylemine kadar ifade özgürlüğü her zaman felsefi bir geçmiş ve yoğun bir insanlık birikimine sahip olmuş ve bu anlamda başta 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve 4 Kasım 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olmak üzere çok sayıda uluslararası ve ulusal hukuki metinde kendisine yer bulmuştur.

İddia ve savunma dokunulmazlığı da hem ifade özgürlüğünün hem de hak arama hürriyetinin görünümlerinden ve parçalarından birini oluşturmaktadır. Anayasal bir hak olarak iddia ve savunma dokunulmazlığı ancak Anayasa'nın 26. maddesindeki gerekçeler ve 13. maddesindeki sınırlama nedenleri ile kısıtlanabilecektir. Bu kavram ceza hukuku bakımından ise kişilerin yargılamaya yetkili makamlar önünde iddialarda veya savunmada bulunarak haklarını aramalarını ve yargılama makamları önünde cereyan eden olaylarda, yaptıkları yazılı ve sözlü beyanlar gerekçesiyle cezalandırılmamalarını sağlamaktadır. Kişilerin, hakaret suçu bakımından hukuka uygunluk nedeni olan TCK m. 128'den yararlanabilmeleri için ise yukarıda belirttiğimiz objektif ve sübjektif şartların gerçekleşmesi aranmaktadır.

Savunma hakkı bağlamında karar değerlendirdiğinde öncelikle, avukatların ve özellikle ceza hukukunun sahip olduğu ağır yaptırım araçları nedeniyle savunma avukatlarının, insan haklarının ve hukukun üstünlüğünün korunmasında oynadıkları önemli role dikkat çekilmesi gerekir. Ancak

somut olayda da olduğu gibi, avukatlara yönelik tehdit ve saldırılar son dönemde giderek artmakta ve savunma hakkı da bu anlamda, hapsedilmektedir!

Avukatların üstlendikleri rol ve yüklendikleri ağır yüklere gereken değeri verilmesi gerekir. Nitekim bu konudaki uluslararası metinler incelendiğinde; Avukatların Rolüne Dair Temel Prensipler'in (Birleşmiş Milletler – Havana Kararı) 20. maddesinde, “*Avukatlar, bir mahkeme, yargı yeri veya hukuki ya da idari bir otorite önünde mesleki faaliyetlerini yürütürken ya da konuya ilişkin iyi niyetle yaptıkları yazılı ya da sözlü talepleri için hukuki ve cezai bağımsızlıktan yararlanmalıdırlar.*” denmekte ve Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Avukatlık Mesleğinin İcrasındaki Özgürlükler Hakkında R (2000) 21 sayılı Tavsiye Kararı'nda “*Özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ilgili maddeleri ışığında, avukatlık mesleğinin icrasındaki özgürlüğe, ayrımcılık yapılmadan ve otoriteler veya kamudan gelebilecek yersiz müdahaleler olmadan saygı gösterilmesi, korunması ve teşvik edilmesi için gereken tüm tedbirler alınmalıdır.*” ve “*Mesleki standartlara uygun olarak hareket ettikleri durumlarda avukatlar, herhangi bir baskı ya da yaptırıma maruz kalmamalı veya bunlarla tehdit edilmemelidirler.*” ifadelerine yer verildiği görülür.

TCK m. 128 anlamında karar ele alındığında, öncelikle tahkirin sözlü olarak (*objektif şart – tahkirin şekli*) yargılama makamı önünde gerçekleşmesi (*objektif şart – tahkirin yeri*) ve müdafî tarafından (*sübjektif şart*) fiilin gerçekleşmesi bakımından gerekli şartların gerçekleştiği görülmektedir.

Son olarak, tartışmalarının üzerinde yoğunlaşacağı ölçülülük ya da diğer bir deyişle, sınırın aşılması şartı açısından ise isnat ve değerlendirmelerin uyumsuzlukla bağlantılı olduğu görülmektedir. Zira müdafî başvurusunun sarf ettiği sözlerin, savcının kişiliğine ve özel hayatına ilişkin değil ancak kendi uyumsuzluğu bakımından savcının işini yürütmesi yol ve yordamına ilişkin bir değerlendirmeyi içerdiği görülmektedir. İkinci olarak, isnat ve değerlendirmelerin gerçek ve somut olaylara dayanması bakımından ise başvurusunun ifade ettiği durum ile de bağlantılı olarak, müdafîliğini yürüttüğü sanığın cezalandırılmasına yeterli her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil elde edilemediği gerekçesiyle beraatine karar verildiği görülmektedir. Bu anlamda da söz konusu şartın gerçekleştiğinden bahsedilmelidir. Eleştiri çerçevesinde söylenen bu sözlerin yapıldığı bağlam içinde kopartılmaksızın olayın bütünselliği içinde değerlendirildiğinde ise başvurusunun iddialara karşı savunmasını belli bir tez üzerine oturtmaya çalıştığı ve bu şekilde bir savunma kurgusunda bulunduğu dikkat çekilmelidir. Bütün bu değerlendirmelerim çerçevesinde başvurusunun eylemlerinin hukuka uygun kabul edilmesi gerektiği görülür.

Bir avukatın savunmasını yaptığı esnada ve savunma hakkında bulunduğu gerekçeleriyle onun hakkında suç duyurusunda bulunulması ve neticesinde hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilmesinin savunma hakkını önemli ölçüde etkileyeceği oldukça açıktır. Bu bakımdan Mahkeme'nin ifade özgürlüğüne bu şekilde gerçekleştirilen müdahalelerin avukatların düşünce açıklamaları veya müvekkillerinin çıkarlarını hararetle savunma görevi üzerinde caydırıcı etki oluşturacağına ilişkin görüşü temel insani ve hukuki değerlerle bağdaşmaktadır.

Avukatların, özellikle de ceza davalarında görev alan savunma avukatlarının, davanın niteliğinin ağırlığı, sanığın tutuklu olması, istenilen cezaların çok olması, sanığın ailesi ve

yakınlarından baskıya maruz kalması ve en önemlisi mahkemede görev yapan hakimler ya da Cumhuriyet savcısı tarafından engellenmeye çalışılması vb. nedenlerle zaman zaman çok sert savunmalar yaptıkları, iddianameyi hazırlayan ya da dava hakkında mütalaa veren Cumhuriyet savcılarının ağır bir dille eleştirdikleri sıklıkla görülen bir durumdur. Ancak bu, ceza davasının niteliği gereği olağan bir durumdur. Dolayısıyla duruşmaya çıkan hakim ve savcılarının da buna hazırlıklı olmaları, olağanın üzerinde hoş görülmesi olmaları ve savunma avukatlarına işlerini iyi yapabilmeleri için alan açmaları gerekir. Tabii ki bu kişiliğe ve saygınlığa bir saldırı hali olarak düşünülmemelidir. Ancak savunmayla ilgili olması halinde ölçülü bir sertlik bu işin doğasında bulunur. Bu bağlamda savunma avukatının savunmasında söylediği ifadeler ve sarf ettiği sözcükler nedeniyle hakkında dava açılabilirliği endişesiyle duruşmaya çıkması ve/veya dilekçe yazması halinde savunmanın layıkıyla yerine getirilmesi mümkün değildir. Oysa savunulmak, su ve hava gibi değeri boşluğa düşüldüğünde ya da susuz kaldığında anlaşılan bir ihtiyaçtır! Bu nedenle savunma hakkına saygı duyulması ve önündeki engellerin kaldırılması gerekir.

İşte kısa bir değerlendirmesinde bulunduğum Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararının; temel hak ve özgürlüklere, savunma hakkına, yargılama süjelerinin konumlarına ve yargılamanın işleyişine son derece olumlu bir katkı sunduğunu düşünmekteyim. Bu bakımdan karar, hukukçuların okuması, tartışması ve başka değerlendirmelerde bulunmasına gereksinim duymaktadır.

Bilinmelidir ki, hukukun gerçekleştirilmesi ve hakların savunulması için hem iddianın hem savunmanın özgür olması zaruridir. Keza yargılamanın işleyişi savunmaya karşı gelerek ve tehdit ederek değil, ancak savunmayla birlikte sağlanabilir!