

**UYGULAMADA
CUMHURBAŞKANINA HAKARET SUÇU
VE İLGİLİ MEVZUAT**

Av. ÖZGE DEMİR

2017

İçindekiler

KISALTMALAR	3
KAYNAKÇA	4
E- KAYNAKLAR	8
I. GİRİŞ	14
II. 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NDA CUMHURBAŞKANINA HAKARET SUÇU	17
A- Cumhurbaşkanı'nın Görev ve Yetkileri Nelerdir?	21
B- Yeni Seçilen Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanlığı Sifatını Hangi Anda Kazanır?	24
C-Hakaret Suçunun Maddi ve Manevi Unsurları	25
1- Suçun Konusu ve Suçla Korunan Hukuki Değer	26
2-Suçun Maddi Unsurları	29
a. Fail.....	29
aa. Suçun Basın Yoluyla İşlenmesi Halinde Cezai Sorumluluk	30
b. Mağdurun Belirlenmesi	38
c. Hakaretin Biçimi ve Kapsamı	40
3.Manevi Unsur	44
4. Hakaret ve İfade Özgürlüğü Arasındaki İlişki	44
a. Basın Özgürlüğüne Verilen Önem	60
b. Fikir Özgürlüğünün Sınırlanması.....	67
c. Cumhurbaşkanı'na Hakaret Suçu Konusunda Yerel Mahkeme Kararları.	72
5.Cezayı Ağırlaştırıcı Hal: Suçun Ateni Bir Şekilde İşlenmesi	79
6.Cumhurbaşkanı'na Hakaret Suçu İçin Sadece Hapis Cezasının Öngörülmesi Sorunu.....	80
D. Cumhurbaşkanı'na Hakaret Suçu Nedeniyle Yapılan Haksız Tutuklamalar	81
E. Cezayı Azaltan veya Kaldıran Sebeplerin Uygulanması Konusunda Cumhurbaşkanı'nın Sorumsuzluğu Sorunu	84
F. Cezayı Azaltan Hallerin Uygulanması	87
1.Karşılıklı Hakaret, Haksız Bir Fiille Tepki Olarak Hakaret ve Kasten Yaralama Suçuna Tepki Olarak Hakaret.....	87
G. Cezayı Kaldıran Sebep: İsnadın İspatı	89
H. Cumhurbaşkanı'na Hakaret Suçunun Kovuşturma İznine Bağlı Olması.	92
i. Cumhurbaşkanı'na Hakaret Suçunun Anayasa'ya ve AİHS'ne Aykırı Olduğu İddiası	97
III. SONUÇ	102

KISALTMALAR

AİHS : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

AİHM : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

CHP : Cumhuriyet Halk Partisi

CMK : Ceza Muhakemesi Kanunu

TCK : Türk Ceza Kanunu

KAYNAKÇA

Atar, Yavuz. *Türk Anayasal Sisteminde Cumhurbaşkanının Seçimi, Görev Süresi, Yetkileri ve Parlamenter Sistem Gereklere Doğrultusunda Değişiklik Önerileri*. TBMM Anayasa Hukuku I. Uluslararası Sempozyumu, Yayın No: 1, Ankara: TBMM Başkanlığı Yayınları. 2003

Centel, Nur, Zafer Hamide ve Çakmut Özlem. *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*. Ankara: Beta Yayınları. 2016

Çalışır, Ayfer. Akdemir ve Kurtuluş Tayanç, *Teoride ve Pratikte Hakaret Suçu*. 2. baskı, Ankara: Adalet Yayınları. 2016

Çetin, Erol. *Yeni Türk Ceza Yasasındaki Hakaret Suçları* 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık. 2007

Doğru Osman ve Nalbant Atilla, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi*, Ankara: Pozitif Matbaası. 2013

Erem, Faruk *Hakaret ve Sövme*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları. 1958

Erman, Sahir, *Hakaret ve Sövme Cürümleri*, İstanbul: Cumhuriyet Matbaası. 1950

Erman , Sahir ve Özek, Çetin. *Ceza Hukuku Özel Bölümler Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*. İstanbul: Dünya Yayıncılık. 1992

Erman, Sahir ve Özek, Çetin. *Ceza Hukuku Özel Bölüm*, İstanbul: Dünya Yayıncılık. 1994

Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa: Ekin Yayınevi. 2007

Gözübüyük, Şeref ve Kili, Suna, *Türk Anayasa Metinleri 1839-1980*. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları. 1982

<https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/1876/1876ilkmetinler/1876-ilkhal-turkce.pdf>

Gözübüyük, Şeref ve Gölcüklü, Feyyaz. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*. 4. Basım, Ankara: Turhan Kitabevi. 2003

Hançerli, Mehmet Uğur, (Danışman Prof. Dr. Mustafa AVCI) • *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama* Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. 2009

Kalaycıoğlu, Ersin. *Cumhurbaşkanı Seçimi Öncesi Cumhurbaşkanlığı*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları. 2007

http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/cbaskani_secimi_onc_cbask.pdf

Kerse, Ahmet, *Türkiye’de 1961 Anayasası’na Göre Cumhurbaşkanı* doktora tezi. İstanbul: Sümer Matbaası. 1973,

Küçük, Adnan. *İfade Hürriyetinin Unsurları*. Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu Yayını. 2003

Önder, Ayhan. *Ceza Hukuku Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*. İstanbul: Filiz Kitabevi. 1994

Özbek, Veli Özer. *Şerefe Karşı*, Hukuk ve Adalet Dergisi, Nisan 2005, Yıl: 2, S. 5. Ankara: Legal Yayıncılık. 2005

Özbey, Özcan. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları*. Türkiye Barolar Birliği Dergisi sayı:106. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları. 2013
<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-106-1269>

Özek, Çetin. *Devlet Başkanına Karşı Suçlar*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası. 1970

Özen, Muharrem. *Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk*. Ankara: Us-a yayıncılık. 1998

Özen Muharrem ve Hafizoğulları Zeki. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Us-a yayıncılık. 2015

Parlar, Ali ve Hatipoğlu, Muzaffer. *5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu*. Ankara: Yayın matbaacılık. 2007

Tezcan Durmuş, Erdem Mustafa Ruhan ve Önok Rifat Murat. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*. Ankara: Seçkin yayıncılık. 2017

Toroslu, Nevzat. *Ceza Hukuku Özel Kısım*, 1. Basım. Ankara: Savaş Yayınevi. 2005

Toroslu, Nevzat. *Ceza Hukuku Genel Kısım*. Ankara: Savaş Yayınevi. 2008

Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, Ankara 2005,

V.İ.Lenin (çev.M. Halim Spatar, Celal Üster) *Devlet ve Devrim*, Yordam Kitap: İstanbul. 2016

Yenidünya Ahmet Caner, Alşahin, Mehmet Emin. *Bireyin Şerefine Karşı Suçlar*. Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 68, Ankara: 2007

E- KAYNAKÇA

-Akdeniz, Yaman ve Altıparmak, Kerem. *TCK 299*. Güncel hukuk dergisi, Ekim 2015 http://cyber-rights.org.tr/docs/Guncel_Hukuk_TCK_299.pdf.

-Arısoy, Mine. *Hakaret*. TBB Dergisi, Sayı 72, 2007
<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2007-72-357>

-'Bakanlar kurulu toplantısı cumhurbaşkanlığı külliyesi'nde gerçekleştirildi.'
<http://www.tccb.gov.tr/haberler/410/69634/bakanlar-kurulu-toplantisi-cumhurbaskanligi-kulliyesinde-gerceklestirildi.html>

Erişim Tarihi: 2 Ocak 2017

-'Bozdağ: Cumhurbaşkanına hakaretten 1845 dava izni verdik.'
<https://bianet.org/bianet/siyaset/172610-bozdag-cumhurbaskanina-hakaretten-1845-dava-izni-verdik> Erişim Tarihi: 2 Mart 2016

'Cumhurbaşkanı Erdoğan, Kılıçdaroğlu'na yönelik şikayetinden vazgeçti'

<http://www.haberturk.com/gundem/haber/1316468-cumhurbaskani-erdogan-kilicdarogluna-yonelik-sikayetinden-vazgecti> Erişim

Tarihi: 28 Ekim 2016

'Cumhurbaşkanına hakaretten ev baskını'

<http://bianet.org/kurdi/insan-haklari/162237-cumhurbaskanina-hakaret-ten-ev-baskini> Erişim Tarihi: 12 şubat 2015

'Cumhurbaşkanına hakareten tutuklandı'

<http://www.hurriyet.com.tr/cumhurbaskanina-hakareten-tutuklandi-40393284> Erişim Tarihi: 13 Mart 2017

'Cumhurbaşkanına hakareten yargılanan liseliye 11 ay hapis'

<http://www.hurriyet.com.tr/cumhurbaskani-na-hakareten-yargilanan-liseliye-11-ay-hapis-30045579> Erişim Tarihi: 12 Eylöl 2015

-“Diktatör' sözü artık suç değil”

http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/siyaset/686899/Diktator_sozu_artik_suc_degil.html Erişim Tarihi: 27 şubat 2017

-'Erdoğan, Berkin'i terörist ilan etti annesini yuhalattı.'

http://www.cumhuriyet.com.tr/video/video/50743/Erdogan_Berkin_Elvan_i_terorist_ilan_etti_annesini_de_yuhalatti.html Erişim Tarihi: 14 Mart 2014

-'Erdoğan'a hakaret iddiasıyla tutuklanan Onur Kılıç serbest bırakıldı.'

<http://t24.com.tr/haber/erdogana-hakaret-iddiasıyla-tutuklanan-onur-kilic-serbest-birakildi,288689> Erişim Tarihi: 26 şubat 2015

-Erdoğan'a hakaret davasında ilginç karar'

http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/turkiye/365773/Erdogan_a_hakaret_davasinda_ilginc_karar.html Erişim Tarihi: 10 Eylöl 2015

-'Erdoğan'a hakarettten yargılanan liseliye 11 ay hapis'

<http://www.hurriyet.com.tr/cumhurbaskani-na-hakarettten-yargilanan-liseliye-11-ay-hapis-30045579> Erişim Tarihi: 12 Eylöl 2015

-'Faşist Erdoğan dediği için tutuklanan avukat Umut Kılıç'a tahliye'

<http://www.diken.com.tr/fasist-erdogan-dedigi-icin-tutuklanan-avukat-umut-kilica-tahliye/> Erişim Tarihi: 24 Nisan 2015

-<http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0593.pdf> Erişim Tarihi: 12 Mayıs 2003

-<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/765.htm>

-<http://www.cigm.adalet.gov.tr/docs/genelge/18noluyeni.pdf>
Erişim Tarihi: 09/05/2008

-<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-125885>

-<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-60532>

-<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57523>

-<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57716>

-<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-109189>

-<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-68652>

-<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-120798>

-<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-126590>

-<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-67816>

-<http://www.hsyk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/f20fbc23-8676-4066-9213-3f0b00798adf.pdf> Erişim Tarihi: 12 Şubat 2004

-<https://www.hrw.org/tr/world-report/2017/country-chapters/298690#c64f29>

-<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf> Erişim Tarihi: 12 Ekim 2004

-<https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa82.htm>

-<http://www.tccb.gov.tr/haberler/410/69634/bakanlar-kurulu-toplantisi-cumhurbaskanligi-kulliyesinde-gerceklestirildi.html> Erişim Tarihi: 2 Ocak 2017

-

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.591775d7a20500.98385868 Erişim Tarihi:26 Eylül 2006

-Kolbüken, Bilal, Cumhurbaşkanına Hakaret Suçu Üzerine Bir Deneme, Ankara Barosu Dergisi Sayı: 2015/3 <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2015-3/01.pdf>

-'Konya'da 16 yaşındaki genç cumhurbaşkanına Erdoğan'a hakareten tutuklandı'

<http://www.hurriyet.com.tr/konyada-16-yasindaki-liseli-genc-cumhurbaskani-erdogana-hakareten-tutuklandi-27839981> Erişim Tarihi: 25 Aralık 2014

-Özkan Gürdoğan, *Hakaret Suçu*, (Tez Danışmanı: Prof. Dr. Metin Feyzioğlu), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Dalı (Ceza ve Ceza Usulü Anabilim Dalı) Doktora Tezi.
acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/24776/OzkanGURDOGANtez.pdf

-'Piyaniist Dengin Ceyhan tutuklandı'

<http://haber.sol.org.tr/toplum/piyanist-dengin-ceyhan-tutuklandi-186462> Erişim Tarihi: 21 Şubat 2017

-“Mahkeme: Erdoğan'a 'diktatör 'demek hakaret değil, siyasi eleştiridir.”

<http://www.radikal.com.tr/turkiye/mahkeme-erdogana-diktator-demek-hakaret-degil-siyasi-elestiridir-1460236/> Erişim Tarihi: 27 Ekim 2015

-Taştan, Mehmet. *Siyasetçi Hakkındaki Haberler Bakımından Basın Özgürlüğü*. İfade özgürlüğü üzerine makaleler. Uluslararası kapanış sempozyumuna katkı kitabı. Ankara: Matus Basımevi. 2017.

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680702284>

-'TKP ve EMEP il başkanlarına Erdoğan'a hakarettten ceza'

<http://haber.sol.org.tr/toplum/tkp-ve-emep-il-baskanlarina-erdogana-hakarettten-ceza-188349> Erişim Tarihi: 9 Mart 2017

[http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2016\)002-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)002-e)

-Sezen, Duygu. *Türk Ceza Kanunu'nda Hakaret Suçu*. (Tez Danışmanı Yrd. Doç. Dr. Uğur Eriş), Çankaya Üniversitesi Sosyal

Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Dalı Yüksek Lisans Tezi.
<http://earsiv.cankaya.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1185/Sezen%2C%20Duygu.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- “2017 Basın Özgürlüğü Endeksi: Türkiye Yine Geriledi: 180 Ülke Arasında 155'inci”

<http://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-39712002> Erişim

Tarihi: 26 Nisan 2017

I. Giriş

Konya’da 23 Aralık 2014 tarihinde, sosyal medya üzerinden örgütlenen bir liseli grup, Gedavet Parkı’nda gericiler tarafından Menemen’de şehit edilen Asteğmen Kubilay’ı anmak için toplandı. Anma esnasında grubu temsilen basın açıklamasını 11’inci sınıf öğrencisi M.E.A. okudu. Ancak, Basın açıklaması metninde Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan’a yönelik hakaret içeren sözler olduğu iddia edildi ve M.E.A hakkında soruşturma başlatıldı. 24 Aralık 2014 günü ise M.E.A okuluna gelen polisler tarafından gözaltına alındı. Ardından, lise öğrencisi M.E.A cumhurbaşkanına hakaret ettiği iddiasıyla tutuklandı ve iki gün cezaevinde kaldı. Yapılan itirazların sonucunda yargılanmasına tutuksuz devam edildi. Ne var ki, Mahkeme M.E.A’nın 11 ay 20 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına ve üç yıl boyunca kasten başkaca bir suç işlememesi koşulu ile hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verdi.¹

Benzer bir olay Afyon’da yaşandı. Afyon barosuna kayıtlı Avukat Umut Kılıç, hakimlik mülakatında, komisyonda bulunan hakimlere “Faşist Erdoğan’ın adamlarısınız” dedi. Komisyondaki hakimler Umut Kılıç tarafından dile getirilen ifadeleri tutanak altına alındı, Hakimler daha sonrasında Umut Kılıç’ı “cumhurbaşkanına hakaret” ve “kamu görevlilerine hakaret” ettiği iddiası ile Savcılığa şikâyet ettiler. Kılıç, 22 Nisan 2015 tarihinde gözaltına alındı; savcılığın talebi üzerine Ankara Nöbetçi Sulh Ceza Mahkemesi tarafından tutuklanarak Sincan Cezaevi’ne konuldu. Hemen ardından tutukluğa itiraz edildi. Yapılan

¹Cumhurbaşkanına hakarettten yargılanan liseliye 11 ay hapis'

<http://www.hurriyet.com.tr/cumhurbaskani-na-hakarettten-yargilanan-liseliye-11-ay-hapis-30045579> Erişim Tarihi: 12 Eylül 2015

itiraz sonucunda, yargılanmasına tutuksuz devam edilmesine karar verilerek Avukat Umut Kılıç serbest bırakıldı.²

Piyanist Dengin Ceyhan da, 14 Şubat 2017 günü gece saatlerinde sosyal paylaşım sitesi aracılığıyla Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan'a hakaret ettiği suçlaması ile gözaltına alındı. Hemen ardından mahkeme tarafından tutuklandı. Söz konusu tutuklama kararına itiraz edildi ve on gün sonra Ceyhan tahliye edildi. Yargılanmasına ise tutuksuz yargılanmasına devam edildi.³

Kamuoyunda genişçe yer alan ve oldukça tepki çeken her üç olay da, aslında son birkaç yılda Türkiye'de hızlıca artan cumhurbaşkanına hakaret suçunun farklı yansımalarıdır.

Cumhurbaşkanına hakaret suçundan yargılanan kişi sayısı hakkındaki basına yansıyan veriler ise, durumun düşündüğümüzden çok daha vahim olduğunu göstermektedir.

05 Mart 2015 tarihinde, İstanbul CHP milletvekili olan Melda Onur, Adalet Bakanlığı'na kovuşturma iznine bağlı olan cumhurbaşkanına hakaret suçu kapsamında kaç kişiye dava açıldığını sordu. Adalet Bakanlığı vermiş olduğu cevapta, 2007 yılında: 10; 2008 yılında 235; 2009 yılında 209; 2010 yılında 155; 2011 yılında 184; 2012 yılında 213; 2013 yılında 249; 2014 yılında 104 olduğunu belirtti. 11. Cumhurbaşkanı Abdullah Gül döneminde 1359 adet kovuşturma izni talebi geldiği ve bu taleplerden 545 tanesine kovuşturma izni verildiği, tutuklanan olmadığı; Recep Tayyip Erdoğan'ın cumhurbaşkanı olarak görev yaptığı 28 Ağustos 2014 tarihinden 28 Şubat 2015 tarihine kadar ise, 236 adet kovuşturma izni talebi geldiği, bunlardan 105'ine

2 'Faşist Erdoğan' dediği için tutuklanan Avukat Umut Kılıç'a tahliye'<http://www.diken.com.tr/fasist-erdogan-dedigi-icin-tutuklanan-avukat-umut-kilica-tahliye/> Erişim Tarihi: 24 Nisan 2015

3 'Piyanist Dengin Ceyhan tutuklandı' <http://haber.sol.org.tr/toplum/piyanist-dengin-ceyhan-tutuklandi-186462> Erişim Tarihi: 21 Şubat 2017

kovuşturma izni verildiği, kovuşturma izni verilenlerden 8 kişinin tutuklandığı belirtildi.⁴

Bekir Bozdağ 02 Mart 2016 yılında yapmış olduğu bir açıklamada “Cumhurbaşkanına hakaretle ilgili konuda bu ana kadar Bakanlığımızca kovuşturma izni verilen dosya sayısının 1845 olduğunu” ifade etti.⁵

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 299. maddesinde düzenlenen cumhurbaşkanına hakaret suçunun lafzı 2005'ten beri değiştirilmedi. O halde değişen şey, hâkim ve savcılarının ve Adalet Bakanlığı'nın söz konusu suçun içeriğine dair düşünceleridir. Kuşkusuz cumhurbaşkanına hakaret suçunun işlenmesindeki bu ciddi artış, fikir ve düşünce özgürlüğü kapsamının daraltılması, maddenin yorumlanışındaki farklılık, Cumhurbaşkanlığı makamının politikleşmesi ve toplumsal kutuplaşma ile doğrudan bağlantılıdır. Baştan söylemek gerekirse, söz konusu düzenlemenin toplum nezdinde baskı aracı olarak kullanılması, fikir ve düşünce özgürlüğünü kısıtlaması ve aynı zamanda kamu görevlisine hakaret dışında, cumhurbaşkanına hakaret adlı özel bir suçun düzenlenmesi eşitlik ilkesine aykırı olması sebebiyle, söz konusu düzenlenmenin derhal kaldırılması gerekmektedir.

Bununla birlikte, cumhurbaşkanına hakaret suçuna dair politik eleştirilerin yanı sıra, söz konusu suç hukuk, açıdan da oldukça tartışmalıdır. Örneğin, hangi sözlerin hakaret olarak sayılacağı, maddenin bir makamı mı yoksa, cumhurbaşkanının kişiliğini mi

4 'Bozdağ: Cumhurbaşkanına hakareten 1845 dava izni verdik.'
<https://bianet.org/bianet/siyaset/172610-bozdag-cumhurbaskanina-hakareten-1845-dava-izni-verdik> Erişim Tarihi: 2 Mart 2015

5 'Bozdağ: Cumhurbaşkanına hakareten 1845 dava izni verdik.'
<https://bianet.org/bianet/siyaset/172610-bozdag-cumhurbaskanina-hakareten-1845-dava-izni-verdik> Erişim Tarihi: 2 Mart 2016

koruduğu, cezayı azaltan, artıran veya kaldıran hallerin bu madde kapsamında uygulanıp uygulanmayacağı gibi tartışmalar mevcuttur.

Cumhurbaşkanına hakaret suçu hakkında, mahkemelerin verdiği kararlar ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararları arasında önemli çelişkiler de göze çarpmaktadır. Belirtmek gerekir ki, yerel mahkeme kararları bize, aslında olmaması gereken bir düzenlenmenin, kötü bir şekilde uygulanışını temsil etmektedir.

Aşağıda okuyacağınız metin tüm tartışmalara değinip, çelişkilere dikkat çekerken metnin sonunda, başta yaptığı çağrıyı tekrarlayacaktır:

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 299. maddesinde yer alan Cumhurbaşkanına Hakaret suçu derhal kaldırılmalıdır.

II. 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NDA CUMHURBAŞKANINA HAKARET SUÇU

Daha önce de belirttiğimiz üzere 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 299. maddesinde, devlet egemenlik alametlerine, organlarının saygınlığına karşı işlenen suçlar üst başlığı altında cumhurbaşkanına hakaret suçu yer almıştır. Buna göre:

Üçüncü Bölüm

Devletin Egemenlik Alametlerine Organlarının Saygınlığına Karşı İşlenen Suçlar

“Cumhurbaşkanına Hakaret

MADDE 299. (1) Cumhurbaşkanına hakaret eden kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Verilecek ceza, suçun alenen işlenmesi halinde, altıda biri; basın ve yayın yolu ile işlenmesi halinde, beşte biri oranında artırılır.

(3)Bu suçtan dolayı kovuşturma yapılması Adalet Bakanlığı'nın iznine bağlıdır.”⁶ denmektedir.

İlgili maddenin gerekçesinde ise: “Cumhurbaşkanının Devleti temsil etmesi ve Anayasada belirtilen görev ve yetkileri göz önüne alınarak onun kişiliğine yöneltilen hareketin bir bakıma Devlet kuvvetleri aleyhine cürümlerden sayılması gerektiği düşüncesinden hareketle bu madde kaleme alınmış ve Cumhurbaşkanına karşı hakaret müstakil bir suç hâline getirilmiştir.

Maddenin ikinci fıkrasında, cumhurbaşkanına hakaretin alenen ya da basın ve yayın yoluyla işlenmesi, bu suçun bir nitelikli hâli olarak kabul edilmiştir.

Üçüncü fıkraya göre, bu suçtan dolayı kovuşturma yapılması, Adalet Bakanının iznini gerektirmektedir. Hakaret suçlarının niteliği gereği, suçun böylece bir kovuşturma koşuluna bağlanmasının uygun olacağı düşünülmüştür.”⁷ denmektedir.

Bilindiği üzere 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun hakaret başlıklı 125. maddesi de bulunmaktadır. TCK 125. madde içerik suçun maddi ve manevi unsurları bakımından da cumhurbaşkanına hakaret suçuna ışık tutmaktadır. Türk Ceza Kanunu'nun 125. maddesinin 3. fıkrasında kanun koyucu kamu görevlisine görevinden dolayı hakaret suçunu, hakaret suçunun nitelikli hali olarak düzenlemiştir.⁸

Cumhurbaşkanına hakaretin özellikle Türk Ceza Kanunu'nun 125.maddesinde yer alan hakaret suçunun devamında veya kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret suçu kapsamında değil de, 'devletin egemenlik alametlerine, organlarının saygınlığına karşı işlenen suçlar' başlıklı üçüncü bölümde düzenlenmesinin özel bir

6 Türk Ceza Kanunu (2004), TC. Resmi Gazete 12/10/2004 Sayı :25611

<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf>

7 <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0593.pdf> Erişim Tarihi: 12 Mayıs 2003

8Türk Ceza Kanunu (2004), TC. Resmi Gazete 12/10/2004 Sayı :25611

<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf>

anlamı vardır. Kanun koyucu açıkça cumhurbaşkanını devletin simgesi olarak görmüştür. Ona karşı işlenen suçun, devlete karşı işlendiğini varsaymıştır. Bir an olsun kanun koyucunun devletin tarafsız simgesini özel olarak koruduğunu farz etsek dahi, Türk Ceza Kanunu'nun devleti koruyan başkaca hükümlerini unutmamak gerekir. Türk Ceza Kanunu'nun 301. maddesinde “Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin kurum ve organlarını aşağılama” başlıklı ayrıca devleti koruyan bir hüküm olmasına rağmen, aynı zamanda kamu görevlisi olan cumhurbaşkanına özel bir korumanın getirilmesi, daha sonra tartışacağımız üzere Anayasamızda yer alan eşitlik ilkesine aykırı olmuştur.

Bir diğer dikkati çeken husus ise, TCK 125. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan kamu görevlisine 'görevinden dolayı' hakaret suçunun, cumhurbaşkanına hakaret suçunda yer almamasıdır. Bu şu anlama gelmektedir: kanun koyucu cumhurbaşkanına sadece görevinden dolayı değil, cumhurbaşkanının kişisel ilişkilerinden dolayı ona karşı sarf edilen hakareten de cumhurbaşkanını korumuştur.

Yine dikkat çeken bir başka husus, TCK 125. maddesinde düzenlenen hakaret suçun cezası 'bir aydan iki yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası' iken, cumhurbaşkanına hakaret suçunun cezası 'bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası' olarak belirlenmiştir. Kanun koyucu cumhurbaşkanına hakaret suçunun cezasının alt ve üst sınırını, hakaret suçunun cezasının alt ve üst sınırından yüksek tutmuştur. Üstelik hakaret suçunun paraya çevrilmesine izin verirken; cumhurbaşkanına hakaret suçunda sadece hapis cezasına yer vermiştir.

Bir başka farklılık ise, hakaret suçu şikâyete tabi iken, cumhurbaşkanına hakaret suçunun re'sen soruşturulması ve kovuşturma iznine tabi tutulmasıdır. Yine daha sonra değineceğimiz

üzere, Yargılama alanına giren bir hususta, kovuşturma yapılması izninin Adalet Bakanlığı'na bırakılması; Yürütmenin, yargılamanın yetki ve görevlerine müdahale etmesidir.

Ayrıca, mağdurun Cumhurbaşkanı'nın yüzüne karşı hakaret edilmesi veya gıyabında hakaret edilmesi arasında kanun koyucu cumhurbaşkanına hakaret suçunda bir ayırım gözetmemiştir. Söz konusu suç, sadece cumhurbaşkanına hakaret edilmesini esas almıştır.

Cumhurbaşkanına hakaret suçunun içeriği Türk Ceza Kanunu'nda yer alan başka maddeleri de incelemeye gerektirmektedir. TCK m. 125, 126, 127, 128, 129, 130 ve 131. maddelerinde yer alan hakaret suçu ile ilgili düzenlemeleri, cumhurbaşkanına hakaret suçu bakımından hangi bağlamda incelemek gerekmektedir? Cumhurbaşkanına hakaret suçu 1982 Anayasası'nın 25. ve 26. maddelerinde yer alan ve yine Anayasa'nın 90. maddesine göre usulüne uygun olarak taraf olduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve diğer sözleşmelerde fikir ve düşünce özgürlüğü bağlamında nasıl yorumlanmaktadır? Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Haklar Mahkemesi cumhurbaşkanına hakaret suçunu nasıl yorumlamaktadır?

10 Ağustos 2014 tarihinde cumhurbaşkanı seçimle göreve geldiğinden beri, Recep Tayyip Erdoğan'ın siyasi söylemleri ve gerçekleştirdiği uygulamalar karşısında yeniden tarafsızlık tartışmasını yapılması gerekmektedir. Özellikle cumhurbaşkanı Anayasa'nın 105. maddesinde yer alan vatana ihanet suçu dışında bir suçtan yargılanamayacakken ve cumhurbaşkanının haksız fiili nedeniyle uğradığı hakareti veya karşılıklı hakareti cumhurbaşkanına hakaret suçunda nasıl değerlendirmek gerekir?

Cumhurbaşkanlığına hakaret suçunun kovuşturma izne tabi tutulması, soruşturma aşamasında ne gibi sorunlara yol açmaktadır?

Okuyacağınız metin belirtmiş olduğum sorularına da cevap aramaktadır.

Önce başlangıç sorumuzla başlayalım:

A- Cumhurbaşkanı Sifatının Anlamı Nedir?

Cumhurbaşkanının görevi ve yetkileri anayasamızda itina ile düzenlenmiştir. Anayasa'nın görev ve yetkileri başlıklı 104. maddesine göre:

“Cumhurbaşkanı devletin başıdır. Bu sıfatla Türkiye Cumhuriyetini ve Türk Milletinin birliğini temsil eder; Anayasanın uygulanmasını, Devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını gözetir.”

Yine Anayasa'nın 101. maddesinin son paragrafına göre: “Cumhurbaşkanı olan kimsenin, varsa partisi ile ilişkisi kesilir ve Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliği sona erer.” Bu madde içeriği ile cumhurbaşkanının yansız kişiliğine vurgu yapılır. Cumhurbaşkanının Anayasa'ya göre simgesel yetkiler kullanmaktadır. Herhangi bir siyasi görüşün simgesi olmaktan uzak, kararlarında tarafsız olacağına dair güven veren bir konumu bulunmalıdır.⁹

Bu doğrultuda cumhurbaşkanı Türk milletinin temsilcisi, yürütme, yargı ve yasamanın başıdır. Cumhurbaşkanı ülkenin içinde ve dışında devleti temsil eder. Anayasanın hukuka uygun bir şekilde uygulanmasını, devlet organlarının birbirileri ile uyumlu ve düzenli çalışmasını gözetir.¹⁰

9 Ersin Kalaycıoğlu, *Cumhurbaşkanı seçimi öncesi cumhurbaşkanlığı*, Ankara: Türkiye Barolar Birliği yayınları, 2007, s 177. Bu kural, makale yazımından sonra 16 Nisan 2017'da 6771 sayılı Yasa ile değiştirilmiş, varsa partisi ile ilişik kesilmesi kaldırılmıştır.

10 Yavuz Atar, “*Türk Anayasal Sisteminde Cumhurbaşkanının Seçimi, Görev Süresi, Yetkileri ve Parlamenter Sistem Gerekleri Doğrultusunda Değişiklik Önerileri*”, TBMM Anayasa Hukuku I. Uluslararası Sempozyumu, 22-24 Nisan 2003, Yayın No: 1, Ankara: TBMM Başkanlığı Yayınları, 2003. s. 317.

Cumhurbaşkanının devletın temsilcisi olduğu düşünceci ise çok eskiye dayanmaktadır. Nitekim, Kanun-i Esasî’de padişahın tanrının temsilcisi olduğu ve dokunulmaması gerektiği ilkesi yer almış, cumhurbaşkanına özel bir anlam atfederek daha fazla bir koruma getirilmiştir. Kanun-i Esasi’nin 5. maddesine göre 'Zat-ı Hazret-i Padişahînin nefsi hümayunu mukaddes ve gayr-i mes’uldür'¹¹ denilerek padişaha dokunulmazlığı ve sorumsuzluğu vurgulanmıştır.¹²

1921 Anayasası’nda, egemenliğin mutlak olarak millete ait olması ilkesi ve dönemin özel koşulları nedeniyle padişahıtan hiç söz edilmemiştir.

1924 Anayasası’nda ise 32. madde cumhurbaşkanının yetki ve görevleri işlenmiştir: Cumhurbaşkanı, devletın başıdır. Bu sıfatla törenli oturumlarda meclise gerekli gördükçe bakanlar kuruluna Başkanlık eder ve Cumhurbaşkanı kaldıkça Meclis tartışma ve görüşmelerine katılamaz ve oy veremez” denmektedir.¹³ Padişahlık son bulmuşsa da, tarihsel olarak cumhurbaşkanı hala kralın, padişahın temsilcisi olarak varlığını sürdürmekte ve özel koruma altında tutulmaktadır

Cumhuriyetin ilk ceza yasası olan 1926 tarihli ve 765 sayılı Ceza yasasını bilindiği gibi 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu kaynaklıdır. Benzer şekilde İtalyan ceza yasasında da bu hüküm “Kralın Kutsal Varlığı” başlığıyla yer almaktadır. Kralın egemenliğinin kaynağı

11 Şerafettin Gözübüyük ve Suna Kili *Türk Anayasa Metinleri 1839- 1980*, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982 No: 496 s. 27

<https://anayasa.tbmm.gov.tr/docs/1876/1876ilkmetinler/1876-ilkhal-turkce.pdf>

12 Ahmet Kerse, *Türkiye’de 1961 Anayasası’na göre cumhurbaşkanı*, Doktora Tezi, İstanbul 1973, s.136.

13 TC. Anayasası (1924), TC Resmi Gazete 15/1/1945, Sayı :5905

<https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa24.htm>

genelde tanrısallıkla açıklandığından, kral adeta tanrının temsilcisi sayılıp korunuyordu ¹⁴

765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ise cumhurbaşkanına hakaret "Reisicumhura muvacehesinde hakaret ve sövme fiillerini işleyenler üç seneden az olmamak üzere ağır hapis cezası ile cezalandırılır. Hakaret ve sövme Reisicumhurun gıyabında vaki olmuş ise faili, bir seneden üç seneye kadar hapis olunur. Reisicumhurun ismi sarahaten zikredilmeyerek ima veya telmih suretiyle vaki olsa bile mahiyeti itibariyle Reisicumhura matufiyetinde tereddüt edilmeyerek derecede karineler varsa tecavüz sarahaten vukubulmuş addolunur." denmektedir.¹⁵

Görüldüğü gibi, kanun koyucunun tarihsel pratiğinde, cumhurbaşkanı kralın veya padişahın yerini almış, bu temsiliyet de her yeni kanun yapılışında kendisini korumuştur. Diğer yandan elbette, pozitif hukukun bir gereği olarak, cumhurbaşkanının sadece kralın-padişahın, cumhuriyet ile yönetimindeki temsilcisi olarak kalmamış, adeta devletin bütünleştiricisi, tüm siyasi uzantılardan uzak adeta tarafsız kişiliği ile ülke içinde ve dışında, ülkenin temsilcisi olarak resmedilmiştir. Velhasıl, bu temsiliyetin, sembolleşmenin modern ceza kanunlarında yeri olmaması gerekir. Cumhurbaşkanının 2010 tarihinde yapılan referandumun ile değişen yasal düzenleme sonucunda, 2014 yılı ağustos ayında, halkın oyları seçilerek iktidara gelmesi ile birlikte, artık belli bir siyasi düşüncenin temsilcisi olduğunun kabulü zorunluluktur.

Bu halde daha sonra açıklayacağımız üzere, cumhurbaşkanının tarafsızlığı temsil ettiği iddiasının sınıfsal sebeplerle reddi gerekirken,

14 'TCK madde 299 sorun hukuksal mı siyasal mı' <http://www.birgun.net/haber-detay/tck-madde-299-sorun-hukuksal-mi-siyasal-mi-98319.html> Erişim Tarihi: 20 Aralık 2015

15 Türk Ceza Kanunu (1926) TC. Resmi Gazete 13/03/1926, Sayı: 320
<http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/765.htm>

seçimle başa gelmesi ile birlikte kapitalist sistem içi pratikte de cumhurbaşkanının tarafsız kişiliğinden bahsedebilmek imkânsız hale gelmiştir.

B-Yeni Seçilen Cumhurbaşkanı, Cumhurbaşkanlığı Sifatını Hangi Anda Kazanır?

Peki, her şeyden önce, cumhurbaşkanına hakaret suçu ne zaman başlar? Bir kişiyi, cumhurbaşkanına yönelik olarak sarf ettiği hakaret içeren sözlerden dolayı ne zaman sorumlu tutmaya başlayabiliriz?

TC. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 1990/9-84 Esas sayılı ve 02.04.1990 tarihli, 1990/106 sayılı kararında:

“Cumhurbaşkanının 156. maddedeki hükümlerin konusu olabilmesi için, salt seçim yeterli değildir. Zira, Anayasamızın 96. maddesine göre (1982 Anayasasının 103. maddesi) Cumhurbaşkanının görevine başlayabilmesinin için ön şartı, yemin etmiş bulunmasıdır” denmektedir.

Devlet Başkanına karşı suçlar da temel olarak cumhurbaşkanlığı sıfatını göz önünde bulundurduğuna göre, yemin etmemiş ve fakat cumhurbaşkanı seçilmiş bir kişinin bu sıfatı elde ettiği söylenemez. Bu açıdan örneğin bir kimse, Cumhurbaşkanı seçilen kişiyi seçimiyle yemin etme anı sırasında öldürmeye teşebbüs etse cumhurbaşkanının faydalandığı hükümlerden faydalanamayacaktır.¹⁶

Cumhurbaşkanının seçimi ile göreve başlaması arasındaki zaman içinde Cumhurbaşkanlığı sıfatını kazanmadığından, kişinin statüsü ve tabi olacağı hükümler başka olacaktır.

16 Çetin Özek. *Devlet başkanına karşı suçlar*, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1970, s 114.

Cumhurbaşkanının yeminin nasıl olacağı, metnin içeriği de Anayasa’da düzenlenmiştir. 7 Kasım 1982 tarih ve 2109 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Anayasasının 103. maddesinde:

Cumhurbaşkanı görevine başlarken Türkiye Büyük Millet Meclisi önünde aşağıdaki şekilde ant içer:

“Cumhurbaşkanı sıfatıyla, Devletin varlığı ve bağımsızlığını, vatanın ve milletin bölünmez bütünlüğünü, milletin kayıtsız şartsız egemenliğini koruyacağıma, Anayasaya, hukukun üstünlüğüne, demokrasiye, Atatürk ilke ve inkılaplarına ve laik Cumhuriyet İlkesine bağlı kalacağına, milletin huzur ve refahı, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde herkesin insan haklarından ve temel hürriyetlerinden yararlanması ülküsünden ayrılmayacağıma, Türkiye Cumhuriyetinin şan ve şerefini korumak, yüceltmek ve üzerime aldığım görevi tarafsızlıkla yerine getirmek için bütün gücümle çalışacağıma Büyük Türk Milleti ve tarih huzurunda, namusum ve şerefim üzerine ant içerim” şeklinde düzenlenmiştir.

Cumhurbaşkanı Anayasa’nın 103. maddesinde yer alan bu yemini etmesiyle birlikte göreve başlayacak ve ona söylenen sözler hakaret kapsamında değerlendirilebilecektir. Diğer anlamıyla seçilmiş bulunsa da henüz yemin etmemiş olan cumhurbaşkanı aleyhine bu suç oluşmayacaktır.

C-Hakaret Suçunun Maddi ve Manevi Unsurları

Cumhurbaşkanına hakaret suçunun maddi ve manevi unsurları aslında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 299. maddesinde değil de, hakaret başlıklı 125. maddede düzenlenmiştir. Buna göre:

“Hakaret

Madde 125-

(1) Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden (...) (1) veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Mağdurun gıyabında hakaretin cezalandırılabilmesi için fiilin en az üç kişiyle ihtilat ederek işlenmesi gerekir.

(2) Fiilin, mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkrada belirtilen cezaya hükmolunur.

(3) Hakaret suçunun;

a) Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı,

b) Dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamasından, değiştirmesinden, yaymaya çalışmasından, mensup olduğu dinin emir ve yasaklarına uygun davranmasından dolayı,

c) Kişinin mensup bulunduğu dine göre kutsal sayılan değerlerden bahisle, işlenmesi halinde, cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz.

(4) (Değişik: 29/6/2005 – 5377/15 md.) Hakaretin alenen işlenmesi halinde ceza altıda biri oranında artırılır.”

(5) (Değişik: 29/6/2005 – 5377/15 md.) Kurul hâlinde çalışan kamu görevlilerine görevlerinden dolayı hakaret edilmesi hâlinde suç, kurulu oluşturan üyelere karşı işlenmiş sayılır. Ancak, bu durumda zincirleme suça ilişkin madde hükümleri uygulanır.”¹⁷ denmektedir. Cumhurbaşkanına hakaret suçu açısından, 125. maddenin 1. fıkrası yani hakaret suçunun içeriği önem taşımaktadır.

1- Suçun Konusu ve Suçla Korunan Hukuki Değer

17Türk Ceza Kanunu (2004) TC. Resmi Gazete: 12/10/2004 Sayı :25611
<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf>

TCK 125, hakareti 'bir kimsenin bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden (...) (1) veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldırılması' olarak tanımlamıştır. TCK 125. maddenin gerekçesinde ise "Hakaret fiillerinin cezalandırılmasıyla korunan hukuki değer, kişilerin şeref, haysiyet ve namusu, toplum içindeki itibarı, diğer fertler nezdindeki saygınlığıdır" şeklinde tanımlanmıştır.

Madde içeriğindeki onur, şeref ve saygınlık ise soyut kavramdır. Genel itibariyle hakaret, "küçültücü söz ya da davranış" anlamlarına gelir.¹⁸ Başkaları tarafından benimsenme, saygı görme ve bu saygının dayanağını oluşturan kişisel onur, yani insanın kendi hakkındaki düşüncesi bir bütün olarak "şeref" terimiyle ifade edilmektedir¹⁹

Doktrinde genel olarak; kişinin kendi hakkındaki düşünceleri iç şeref (öznel veya sübjektif şeref), başka kişilerin, onun hakkındaki düşünceleri ise dış şeref (nesnel veya objektif şeref) olarak isimlendirilir. Her iki anlamıyla da şeref, sosyal içerikli bir kavramdır. Şeref kavramı toplumun oluşumuyla, varlığıyla ortaya çıkmıştır. Tek başına yaşayan bir kişinin şeref ve saygınlığından bahsedilemez. Dış şeref, esasen başkalarının kişi hakkındaki kanaatleri olarak ortaya çıkar. İç şeref ise yukarıda da belirtildiği gibi dış şereften bağımsız kabul edilemez. Kişinin kendi hakkındaki düşünceleri, başkalarının o kişi hakkındaki fikirlerinden etkilenerek oluşur. Bu sebeple dış şerefe bağımlıdır. Bu bakımdan doktrinde, kişinin kendi şerefini korumasının asıl sebebinin, başkaları nezdinde kendi saygınlık konumunu korumak olduğu ifade edilmiştir.²⁰

Burada dikkat edilmesi gereken diğer husus, kanun koyucunun cumhurbaşkanına yapılan hakaret suçunda, onun diğer kişiler gibi,

18 Türk Dil Kurumu, *Türkçe Sözlük*, Ankara 2005, s. 829-830.

19 Sahir Erman, *Hakaret ve Sövme Cürümleri*, İstanbul: Cumhuriyet Matbaası, 1950, s.1

20 Sahir Erman, a.g.e., 1950 s.2

şeref ve haysiyetinin korunmasından ziyade, temsil ettiği makamı, yani devletin manevi bütünlüğünün, onun şerefının korunmasıdır. Her ne kadar tek bir kişiyi koruyan bir madde olsa da, cumhurbaşkanının kişiliğini tüm tartışmalardan arındırılmış, devletin bütünleştirici temsiliyeti ele almıştır. Bu nedenle, kanun koyucu cumhurbaşkanının ulvi kişiliğini özel olarak bir yasal düzenleme ile korumuştur. Bu suç yasanın “Devletin Egemenlik Alametlerine ve Organlarının Saygınlığına Karşı Suçlar” başlıklı Üçüncü Bölümünde düzenlenmiştir.

Ancak cumhurbaşkanına hakaret suçunun en tartışmalı kısmı maddi unsurunun esasının zamana ve siyasi şartlara göre değişebilen yapısıdır. Hangi sözcüğün aşağılayıcı, onuru zedeleyici olduğu, şerefe ve itibara dokunduğu her somut olayın koşuluna göre değişebileceği gibi, hakaret içeren ifadeleri söyleyenin kimliğine, muhatabın kimliğine, topluma, kültüre ve zamana göre değişebilecektir. O dönemin bakış açısı neyin hakaret olduğuna karar vermektedir. Bu değerlendirme, demokratik toplumlarda ifade özgürlüğünden, hak ve hürriyetten yana olurken; demokratik olmayan toplumlarda hakaret suçu, özellikle de kamu görevlisine hakaret veya cumhurbaşkanına hakaret ceza hukukunun toplumu baskı altına almak için kullanılmasına yol açmaktadır.

Üstelik sonrasında işleyeceğimiz üzere, hakaretin yöneldiği kişinin toplumdaki konumu, siyasi statüsü de hakaret suçunun oluşup oluşmadığı önemli bir etkiye sahip olacaktır. Yine de, herkesin asgari de olsa, onur ve şerefe sahip olduğu da unutulmamalıdır.²¹

2-Suçun Maddi Unsurları

a. Fail

21 Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Özel Kısım, 1. Baskı*, Ankara: Savaş yayınevi 2005, s.104

Ceza hukuku anlamında fail, hukuka aykırı fiili işleyen kimsedir²². Fail, TCK 299. maddede: “Cumhurbaşkanına hakaret eden kişi”; TCK 125. maddede ise: “Bir kimseyi onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil ya da olgu isnat eden veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi” olarak tarif edilmiştir. Her iki düzenlemede de ceza ehliyetine sahip herkesin fail olabileceğine işaret edilmiş, özel bir koşul aranmamıştır. Herhangi bir gerçek kişi, suçun faili olabilir.²³

Ölmüş kimseler, hayattayken cumhurbaşkanına hakaret ederse, artık işlemiş oldukları hakaret suçundan dolayı “Anayasa’nın 38/7 maddesinde ve 5237 sayılı TCK’nın 20. maddesinde düzenlenen “cezaların şahsiliği prensibi gereği” kimsenin sorumluluğuna gidilemeyecektir. Ancak cumhurbaşkanına hakaret eden kişinin mirasçılara karşı cumhurbaşkanı hukuk davası açılabilir.²⁴

Cezaların şahsiliği prensibinin bir diğer uzantısı, tüzel kişilerin bu suçun faili olamamasıdır.²⁵ Bu durumda tüzel kişilerin temsilcilerinin hakaret eylemleri nedeniyle tüzel kişiler değil; hakaret suçunu gerçekleştiren gerçek kişi temsilci bizzat sorumlu olacaktır.²⁶

Ancak, kişi ancak kendi isteği gerçekleştirdiği ve yasanında suç saydığı davranışlarından sorumlu tutulabilir. Bu halde, kişinin kendi işlemediği suçtan dolayı cezalandırılması, ceza hukukunun temel prensiplerine aykırıdır. Aksi halde bu davranışından sorumlu

22 Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara: Savaş Yayınevi, 2008, s. 91.

23 Erol Çetin, *Yeni Türk Ceza Yasasındaki Hakaret Suçları 2*. Baskı, Ankara: Seçkin yayıncılık 2007, s. 16.

24 Faruk Erem, *Hakaret ve Sövme*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi yayınları, 1958 s. 537

25 Ali Parlar ve Muzaffer Hatipoğlu, *5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Ankara: Yayın Matbaacılık, 2007, s. 971

26 Ahmet Caner Yenidünya ve Mehmet Emin Alşahin, *Bireyin Şerefine Karşı Suçlar*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 68. (2007) s.45.

tutulamaz.²⁷ Bu halde, kişinin kendi işlemediği suçtan dolayı cezalandırılması, ceza hukukunun temel prensiplerine aykırıdır.

aa. Suçun Basın Yoluyla İşlenmesi Halinde Cezai Sorumluluk

Cumhurbaşkanına hakaret suçunun 2. fıkrasında suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesini cezayı üçte biri oranında artırıcı sebep olarak görmüştür. Bununla birlikte, hakaret suçunun basın yoluyla işlenmesi halinde 5187 sayılı Basın Kanunu'nda ayrı bir sorumluluk hali düzenlenmiştir.²⁸

Basılı eserler yoluyla suç işlenmesi halinde, suç eserin yayımı ile oluşacaktır. Burada yayımdan anlaşılması gereken, Basın Kanunu'nun 2. maddesinin b fıkrasında açıklanmıştır. Buna göre: “yayım: basılmış eserin herhangi bir şekilde kamuya sunulmasını ifade eder.” şeklinde tanımlanmıştır.

Aynı Kanununun 26. maddesine göre basılmış eserler yoluyla işlenen veya kanunda öngörülen diğer suçlarla ilgili ceza davalarının bir muhakeme şartı olarak, günlük süreli yayınlar yönünden dört ay, diğer basılmış eserler yönünden altı ay içinde açılması zorunluluğu bulunmaktadır.

Bu sürelerden sonra açılan davalar, her şeyden önce zamanında açılmamasından dolayı düşecektir.

Basın Kanunu'nun 11. maddesinde geçen süreli yayın, aynı kanunun 2. maddesinin c fıkrasında “Süreli yayın; belli aralıklarla yayımlanan gazete, dergi gibi basılmış eserler ile haber ajansları yayınlarını ifade eder.” şeklinde tanımlanmıştır.

27 Muharrem Özen ve Zeki Hafizoğulları, *Türk Ceza Hukuku Genel*, Ankara: Us-a yayıncılık, 2014 s. 84.

28 Muharrem Özen, *Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk*, Ankara: Us-a yayıncılık, 1998, s. 260.

Aynı Kanununun 11. maddesine göre süreli yayınlar ve süresiz yayınlar yoluyla işlenen suçlardan, o suçtan sorumluluk eseri yaratan sahibine aittir. Eğer yayın süreliyse ve eser sahibi belli değilse ya da eser yayımlanırken ceza ehliyetine sahip değilse, veyahut yurtdışında ise eserin sorumlu müdürü, yayım ve yayın yönetmeni, editör, basın danışmanı gibi sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili sorumlu olacaktır.

Ancak sorumlu müdürün ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin karşı çıkmasına rağmen, eser yayımlanmışsa, artık cezai sorumluluk eseri yayımlatana aittir.

Benzer koşul süresiz yayınlar için de öngörülmüştür. Süresiz eserin sahibi belli değilse, yayım sırasında cezai ehliyeti yoksa veyahut yurt dışındaysa yayımcı; yayımcının belli olmaması veya basım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında olması nedeniyle Türkiye'de yargılanamaması hallerinde ise basımcı sorumlu olur.²⁹

Örneğin içeriğinde cumhurbaşkanına hakaret bulunduğu iddia edilen dergi gibi süreli eserde veya bildiri, kitap gibi süresiz eserde sorumluluk bu bildiriye dağıtan veya kitabı, dergiye satan kişiye değil, eserin oluşturana dava açılmalıdır.

Nasıl günlük veya haftalık bir gazeteyi veya dergiyi bayide satan veya dağıtan bayi veya büfe sahibi dağıttığı veya sattığı yayınların içeriklerinden sorumlu tutulamıyorsa, dava konusu bildirileri dağıtan kişilerin de bildirileri içeriğinden sorumlu tutulmamaları gerekir. Her halde yayın yasağı olan gazetenin, bildirinin veya derginin dağıtımından veya satışından hem bayii hem de gerçek kişi sorumlu olacaktır.

29 Basın Kanunu (2004) TC. Resmi Gazete 26/06/2004, Sayı: 25504
<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5187.pdf>

Basın hukukuna uygun kararlar son zamanlarda ortaya çıkmaktadır.

Örneğin, Komünist Parti üyesi olan T.K. Ateşli, M. Çalışkan, E. Sokat, O. Özaslan, A. Batur, S. Arslan, S. Önay, K.E. Uzman, M. Kaynak, D. Tekin, M. S. Çamcı, İ. Fidan, H. Gülsever, E. Şencan, D. Akgün ve Ç. A. Çilek, İstanbul İli, Beyoğlu ilçesinde süreli bir yayın olan Boyun Eğme dergisini dağıtmışlardır. Söz konusu dergi içinde, cumhurbaşkanına hakaret içeren ifadelerin yer aldığı iddiası ile ismi geçen şahıslar hakkında soruşturma başlatılmıştır. İstanbul Cumhuriyet Savcılığı Basın Bürosu'nun 16.03.2016 tarihinde verdiği kararda, yukarıda açıkladığımız gibi, basın kanunu gereğince dergi içeriğindeki ifadelerden basın kanunu gereğince şüphelilerin cezai sorumlu olmadığı tespit edilerek, kovuşturma yapılmasına yer olmadığına karar verilmiştir ve karar kesinleşmiştir.

Komünist Parti üyesi olan Ç. Özmen, E. Kıroğlu, H. Bozçiçek, M. Çoşkun, Ö.F. Doğan ve S. Tüfekçi'ye yine Boyun Eğme adlı dergiyi dağıtmışlardır. Söz konusu dergi içeriğinde cumhurbaşkanına hakaret eden ifadeler olduğu iddiası ile dergiyi dağıtırken gözaltına alınmışlardır. Yürütülen soruşturma neticesinde, ismi geçen şahıslar hakkında basın davalarına bakmakla görevli İstanbul Anadolu 2. Asliye Ceza Mahkemesi 2016/486 Esas sayılı dosyasında dava açılmıştır. Mahkeme 28/02/2017 tarihli ve 2017/112 sayılı kararı ile, Basın Kanunu'nun 11. maddesi gereğince dergiyi dağıtan sanıkların, derginin içeriğindeki ifadelerden cezai sorumluluğu olmadığı gerekçesiyle sanıkların beraatine karar vermiştir ve karar kesinleşmiştir. Söz konusu İstanbul Anadolu 2. Asliye Ceza Mahkemesi basın hukuku ihtisaslı bir mahkeme olması dolayısıyla, verdiği karar oldukça önemlidir.

Yine Komünist Partisi üyesi olan B. Yiğitbaş, E. Kondakçı, E. Keskin, Fırat Köroğlu, K. Altunok, U. C. Akyıldırım, U. Özer, E. Y. Tarhan

ve S. Çalışkan, Boyun Eğme adlı dergiyi dağıtım sırasında “dergi içeriğinde cumhurbaşkanına yönelik hakaret içeren ifadeler” olması nedeniyle gözaltına alınmıştır ve haklarında soruşturma başlatılmıştır. Daha sonrasında, Mersin 17.Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2016/625 Esas sayılı dosyasında haklarında dava açılmıştır. Mahkeme 09/02/2017 tarihli ve 2017/73 sayılı kararı ile sanıkların sadece dağıttıkları Basın Kanunu gereğince yayınla ilgili cezai sorumluluklarının bulunmadığına karar verilmiştir ve karar kesinleşmiştir.

Denizli C. Başsavcılığı'nın 07/01/2016 tarih ve 2016/139 Esas sayılı iddianamesi ile; "Komünist Partisi üyesi olan F. Özer, Ö. Dağ, Z. Güven, Komünist Partisi tarafından yazılıp, basılan 'İnanın' başlıklı bildiri dağıttıkları sırada, bildiri içeriğinde geçen ifadelerin cumhurbaşkanına hakaret suçunu oluşturduğu iddiası ile gözaltına alınmıştır. Belirtmek gerekir ki, şüphelilerin dağıtımını yaptıkları 'İnanın' başlıklı bildiri, Komünist Partisi'nin 2015 Kasım ayında gerçekleşen genel seçimlerine yönelik temel seçim bildirisi'dir.³⁰

Şüpheliler hakkında, Denizli 11. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2016/103 Esas sayılı dosyasında dava açılmıştır. Mahkeme yapmış olduğu yargılama neticesinde Basın Kanununa uygun olan 14/04/2017 gün ve 2017/318 sayılı kararında şu hususlara değinmiştir:

'Her ne kadar bildiri içeriği eleştiri sınırlarını aşan ve hakarete varan bir üslupta değerlendirilse de sanıkların ulusal bir partiye üye oldukları, bu kapsamda genel merkezden gelen bildirimleri dağıttıkları, bu anlamda sanıkların bildiri içeriğini yüzde yüz benimsemek suretiyle ve tamamen cumhurbaşkanına hakaret kastı ile hakaret ettiklerini tespit etmenin mümkün olmadığı, bu anlamda sanıkların

30. <https://www.kp.org.tr/tr/bildiriler/secim-bildirgesi>

niyetini okumanın hukuk devleti anlayışı ile bağdaşmayacağı, bildiri içeriğinin sakıncalı ve yasal bulunmaması durumunda ilgili partiye ilişkin olarak gerekli idari ve adli tedbirlerin alınabileceği, bildiriye kaleme alan kişilerin tespit edilerek bu anlamda haklarında bu nevi bir cezai tahkikat yapmanın mümkün olduğu,

Şu hali ile sanıkların eylemlerinin bildiri dağıtmaktan ibaret olduğu, bildiriye kaleme alan kişilerin sanıklar olmadığının aşikar olduğu, bildirinin ilgili partinin genel merkezi tarafından ulusal bazda tüm parti örgütlerine gönderildiğinin anlaşıldığı, aksi bir kabul halinde bu bildiriye alıp okuyan her vatandaşın da benzeri bir cezayı tahkikat ile karşı karşıya kalmasının söz konusu olabileceği, böyle bir yaklaşımın hukuk devleti anlayışı ile bağdaşmayacağı, her ne kadar dağıtılan bildiri içeriğine göre halkın çoğunluğu tarafından seçilmiş olan Türkiye Cumhuriyeti Devleti Cumhurbaşkanına "deli" demek suretiyle hakaret etmenin mazur görülebilir ve affedilebilir hiçbir yönünün bulunmadığı fakat somut olayımızda sanıkların eylemlerinin sadece bu bildiriye dağıtmaktan ibaret olduğu gerekçesiyle sanıkların beraatına karar verilmiştir.

Denizli 11. Asliye Ceza Mahkemesi tarafından verilen kararda, diğer kararlardan farklı olan iki önemli konuya değinmiştir:

1- Basın Kanuna göre, basılı eserlerde cezai sorumluluk eseri yaratana göredir. Ancak sadece bir kimsenin bu eseri dağıttığından bahisle, üyesi olduğu parti ile aynı fikirlere sahip olduğundan söz edilerek sanıklara ceza verilemez demiştir. Çünkü Mahkeme'de bu gerekçeyle ceza vermenin 'niyet' okuma anlamına geleceğini ve bunun da hukukta yerinin olmadığından bahsetmiştir. Kaldı ki, bu gerekçe ile ceza verilmesi halinde bildiriye okuyan her vatandaşın ceza tatbikatına maruz kalabileceğine dikkat çekmiştir.

2- Bildiri içeriğinin hukuka aykırı olduğunun tespiti halinde ise, siyasi partiye idari ve cezai yaptırımında bulunulabileceğinden bahsetmiştir.

Mahkeme vurguladığı bu iki hususla, başka Mahkemelerin verdiği Basın Kanunu uygun kararları daha ileri bir seviyeye taşımıştır.

Yukarıda bahsi geçen kararlar, basın kanuna uygun olarak verilmiş kararlardır. Ancak, uygulamada çoğunlukla görülmektedir ki, cumhurbaşkanına hakaret suçunun basın yoluyla işlenmesi halinde Savcılar, basılmış eseri dağıtana veya satana dava açılmasını talep etmektedir. Hakimlerin genel eğilimi de basılı eseri dağıttığı gerekçesiyle hakkında cumhurbaşkanına hakaret suçundan dava açılan sanığın en ağır şekilde cezalandırılmasıdır. Hâkim ve savcıların bu eğilimleriyle siyasi düşüncelerin etkisi altında kaldığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Yine de, Türk Ceza Kanununda yer alan 'sorumluluğun şahsiliği ilkesi' 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 11. maddesindeki 'basamaklı cezai sorumluluk' ilkesi ile çığnemektedir. Kanun koyucu boşluk bırakmamış, eserin sahibinin belli olmaması halinde, açıkça başkasının fiilinden dolayı bir kişinin sorumlu olmasını düzenlenmiştir. Tabi ki, buradaki sorumluluk ilgili kişi tarafından denetlemenin yapılmamasından doğan sorumluluktur. Bu nedenle, denetim yapmamasından doğan sorumluluğun kasten mi, taksirle mi olduğu ayrımının yapılması gerekmektedir. Bu noktada eser sahibinin taksire dayalı sorumluluğunun, kasten denetimi yapmayana göre daha az ceza alması gerekmektedir.³¹

Sonuç itibarıyla 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 11. maddesi ile sorumluluğun şahsiliği ilkesi çığnemiş olsa da; 11. madde süreli ve süresiz yayınlarda cezai sorumluluğun kimde olduğu düzenlemiştir.

31 Muharrem Özen, a.g.e. 1998, s. 284-285.

Uygulamada mahkemelerin verdiği kararların buna uygun olarak verilmesi, yayının yasaklı olmadığı veya üzerinde el koyma kararı olmadığı sürece basılı eseri satmanın veya dağıtmanın suç sayılmaması gerekmektedir.

Elbette basın sadece, basılı eserlerden oluşmamaktadır. Örneğin televizyondan veya radyodan da, cumhurbaşkanına hakaret içerdiği iddia olunabilecek ifadeler dile getirilebilir. Bu halde sorumluluğun kime ait olacağını 2954 Sayılı Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu'nun 28. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre:

'Türkiye Radyo ve Televizyon Kurumunun yayınları yoluyla işlenen suçlarda veya haksız fiillerde, yayın tespit yoluyla yapılmışsa, metni yazan veya sesi tespit edilen, bu metni veya tespiti fiilen kontrol eden ve yayını fiilen yöneten ve kontrol eden kişiler sorumludur.'³² denmektedir.

Canlı yayınlarda kimin sorumlu olacağı konusunda bir hüküm olmasa bile, böyle bir yayında konuşmacı kim ise, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi gereğince sorumluluk da o konuşmayı yapan kimseye aittir.³³

5651 Sayılı ve 04/05/2007 tarihli İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun³⁴, internet üzerinden işlenen suçlarla erişim, yer ve içerik sağlayıcının sorumluluğunu belirlerken, bu suçlarla mücadelede nasıl bir yöntem kullanılacağını da ele almıştır. Ancak söz konusu kanunun özellikle erişim engelleme hususunda önemli düzenlemeler getirmiştir.

32 Türkiye Radyo ve Televizyon Kanunu (1983) TC Resmi Gazete 11/11/1983, Sayı: 18221

33 Ali Parlar ve Muzaffer Hatipoğlu, a.g.e 2007, s. 973.

34 İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun (2007), TC Resmi Gazete 04/05/2007, Sayı: 26530

<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/05/20070523-1.htm>

5651 sayılı kanunun 9. maddesi ise oldukça geniş kapsamlı: çocukların cinsel istismarı, sağlık için tehlikeli madde temini, intihara yönlendirme, uyuşturucu ve uyarıcı madde, müstehcenlik, fuhuş, kumar oynanması için yer ve imkân sağlama, Atatürk'ün hatırasına hakaret veya sövme ve daha pek çok suç için erişim engelleme talep edilebiliyor. Bu talebin, Mahkemeye veya doğrudan Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na bir dilekçe ile iletilmesi gerekmektedir. Mahkeme ve Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu suçun oluştuğuna dair yeterli şüphenin varlığını erişim engelleme kararını vermek için yeterli bulmuştur. Erişim sağlayıcıya yapılan bildirim ile erişim engelleme kararı kolaylıkla uygulamaya konulabiliyor. Yine de, 5651 Sayılı ve 04/05/2007 tarihli İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunu'nun internet aracılığıyla işlendiği iddia olunan cumhurbaşkanına hakaret suçu için kesin bir karar veremediğini belirtmek gerekmektedir.

İnternet aracılığıyla cumhurbaşkanına hakaret suçu işlendiği iddiası 5651 Sayılı kısaca İnternet Kanunu veya 5187 Sayılı Basın Kanunu kapsamında değil, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu kapsamında değerlendirilecektir. Diğer bir deyişle, 5187 Sayılı Basın Kanunu'ndaki cezai sorumluluk aşamaları, dava zamanaşımı süreleri 5651 sayılı İnternet Kanunu için geçerli değildir. Bu durum özellikle internet üzerinden yayın yapan haber sitelerini olumsuz etkilemektedir. Eğer bir basılı eser cumhurbaşkanına hakaret içeriyorsa, 4 veya 6 ay gibi eserin süresine göre değişen dava zamanaşımı süresi uygulanacaktır. Halbuki, aynı eserin, sadece internet yoluyla yayını yapılmışsa; TCK 66/1'e göre, 8 yıllık dava zamanaşımı süresi uygulanacaktır. Yine, basılı eserlerde eseri oluşturan kişi tek başına eserin içeriğinden sorumlu tutulurken;

internet üzerinden yayınlanan bir haberde varsa sitenin sorumlu yazı işleri müdürü ve haberi yapan muhabir birlikte sorumlu tutulabilecektir. Bu anlamda, 5651 Sayılı ve 04/05/2007 tarihli İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun oldukça eksiklidir.

Sonuç olarak, basılı eser yoluyla, canlı yayında veya internet üzerinden yayınlanan herhangi bir içerik ile cumhurbaşkanına hakaret edilmesi, TCK 299. maddenin 2. fıkrasına göre cezayı üçte biri oranında artırıcı sebep olarak görmüştür. Bu noktada söz konusu uygulamanın farklılığı internet aracılığıyla işlenen suçlar ile basılı eser yoluyla işlenen suçlar açısından orantısızlık ve ölçsüzlük bulunmaktadır.

b. Mağdurun Belirlenmesi

5237 TCK'nın cumhurbaşkanına hakaret başlıklı 299. maddesi, mağdurun cumhurbaşkanı olması nedeniyle özel olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle, söz konusu ifadenin doğrudan veya dolaylı bile olsa, hakaretin cumhurbaşkanına yönelik olduğuna dair somut bir verinin olması gerekmektedir.

Cumhurbaşkanına hakaret suçunun varlığı için mağdurun isminin mutlaka söylenmiş, isnadın açıkça belirtilmiş olması gerekmez; önemli olan mağdurun belirli veya belirlenebilir olmasıdır.

TCK'nın mağdurun belirlenmesi başlıklı m. 126'da, "Hakaret suçunun işlenmesinde mağdurun ismi açıkça belirtilmemiş veya isnat üstü kapalı geçirilmiş olsa bile, eğer niteliğinde ve mağdurun şahsına yönelik bulunduğu duraksamayacak bir durum varsa, hem ismi belirtilmiş ve hem de hakaret açıklanmış sayılır." denmektedir.

Mağdurun karikatürü, mesleği, isminin baş harfleri, herkesçe bilinen sıfatı veya lakabı, fiziki özellikleri ima edilmek suretiyle de adı belirlenmiş ve hakaret de açıklanmış sayılacaktır.³⁵

Diğer yandan, isim verilmemesi ve kişinin de belirlenebilir olmaması halinde kimseye ceza verilemeyecektir. Hırsıza hırsız, katile katil, genelev kadınına fahişe denmesi durumunda, kimsenin ismi geçmediği için fail cezalandırılmamalıdır³⁶. Burada söz konusu kişi hakkında bir mahkeme kararı varsa veyahut mesleği tanımlanıyorsa bu suç sayılmamalıdır.

Nitekim A. Batur ve K. E. Uzmay hakkında, Yıldız Teknik Üniversitesi'ne asmış oldukları afişin üzerinde yazan 'Gerçekler Erdoğan'dan güçlüdür. Hırsıza hırsız, katile katil, diktatöre diktatör, yobaza yobaz, çeteciye çeteci demeye devam edeceğiz' ifadesinin cumhurbaşkanına hakaret içerdiği iddiası ile Bakırköy 32. Asliye Ceza Mahkemesi'nde 2016/480 esas sayılı dosyasında dava açılmıştır. Mahkeme 02/02/2017 tarihli ve 2017/39 sayılı kararında:

Söz konusu ifadelerin kimsenin onur şeref ve saygınlığını küçültücü ifadeler olmadığı gibi bu ifadelerin belirli sıfatların/eylemlerin tanımı olup, o eylemi veya sıfatı cumhurbaşkanına veya başka bir kişiye hitap olarak küçültücü nitelikte kullanma şeklinde açıklama olmadığı kanaati ile sanıkların beraatına karar verilmiştir.' demiştir.

Görüldüğü gibi, Mahkeme söz konusu ifadelerin sıfat olduğu ve bu sıfatların Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan'a yönelik olduğunun belirli veya belirlenebilir olmaması nedeniyle sanıklar hakkında beraat kararı vermiştir.

35 Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, Ankara: Beta yayımları 2016 s. 224

36 Sahir Erman ve Çetin Özek *Ceza Hukuku Özel Bölümler Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, İstanbul: Dünya yayıncılık 1992 s. 54

Benzer bir karar da Bölge Adliye Mahkemesi tarafından verilmiştir. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 23. Ceza Dairesi 2016/122 E. Sayılı dosyasında 22.11.2016 tarihli ve 2016/123 sayılı kararında 'sanıkların üzerinde bulunan afişte, herhangi bir kişiyi fotoğrafının bulunmamasına sözlerin ne suretle mağdura yönelik olduğu ve hakaret suçunun belirli bir kimseye yöneltmesi unsurunun nasıl gerçekleştiği, denetime olanak verecek şekilde açıklanıp, gösterilmeden, yetersiz gerekçe' nedeni ile İstanbul Anadolu 25. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2014/562 E. Sayılı dosyasında vermiş olduğu 2016/490 sayılı kararını bozmuştur.

Örneğin 'cumhurbaşkanları köpektir' demek cumhurbaşkanına hakaret suçunu oluşturmayacaktır. Burada sabit bir kişiye, yani Türkiye Cumhuriyeti cumhurbaşkanına yönelik bir beyan bulunmamaktadır.

Fiilin hakaret içerdiği tespitinden önce, söz konusu ifadenin somut olayın koşulları dikkate alınarak cumhurbaşkanına yönelik olup olmadığını tereddütte yer vermeyecek ölçüde tespit edilmelidir.

TCK 125. maddesindeki hakaret suçunun aksine, cumhurbaşkanına hakaret suçu, cumhurbaşkanının yüzüne karşı veya gıyabında hakaret edilmesi ayrımı yapmamıştır.

c. Hakaretin Biçimi ve Kapsamı

Cumhurbaşkanına hakaret suçunun işlenebilmesi için yasa özel bir fiil öngörülmemiştir. Serbest hareketle işlenebilen bir suçtur ve elverişli herhangi bir araçla da işlenebilmektedir. Önemli olan failin sözlerinin hakaret içerdiğinin ve bir cumhurbaşkanına yönelik olduğunun tespit edilebilmesidir.

TCK 299. madde hakaretin içeriğini ifade etmese de, TCK 125 bir sözün hakaret sayılabilmesi için genel bir çerçeve çizmiştir: "*Bir*

kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi... ” demektedir.

Maddenin lafzından anlaşılacağı üzere, bir ifadenin hakaret sayılabilmesi için cumhurbaşkanının şeref ve onurunun zedelemesi ve ifadenin de somut bir fiil veya olgu isnadı ile veya sövme ile yapılması gerektiği vurgulanmıştır. Kanun koyucu tarafından somut bir olgu veya fiil isnadı ile sövme arasında, ceza ağırlığı açısından bir fark gözetilmemiştir.

Sövme, cumhurbaşkanına karşı sinkaflı kelimeler kullanılarak, yüzüne tükürülerek, alçak, şerefsiz, hırsız, katil, hayvan denilmesi fiilleri ile gerçekleşebilecektir. Cumhurbaşkanına, bir hastalık izafe edilerek “kör, “psikopat”, “frençili” denilmek suretiyle kişinin soyut olarak tahkir edilmesi yoluyla da sövme fiilinin gerçekleşmesi mümkündür. Benzer şekilde cumhurbaşkanına küçültücü ve aşağılayıcı yakıştırmalarda bulunmak (“bu duvarı yıktırmazsan şerefsizsin”, “sen konuşma senin akli dengen yok, senin söz hakkın yok ulan”, “sen burasını fuhuş yuvası yaptın” gibi), kişiyi aşağılamak amacıyla ona hayvan ya da bitki isimleriyle hitap etmek (inek, ot, köpek gibi), daha önce işlediği fiille alakalı yakıştırmalarda bulunmak (hırsız, dolandırıcı, katil, rüşvetçi gibi), soru sormak suretiyle sövmek (“halâ insan olamadınız mı, insan bu kadar adi olabilir mi?”, “bir b.k musun?”, görevli jandarmalara “siz kim oluyorsunuz?” diye sormak gibi) demek de sövme yoluyla hakaret sayılacaktır.³⁷

Diğer yandan sövme suçunda dikkat edilmesi gereken diğer husus, sövme fiilinin failin ve mağdurun sosyal-ekonomik koşullarına,

37 Duygu Sezen. *Türk Ceza Kanunu'nda Hakaret Suçu*, (Tez Danışmanı Yrd. Doç. Dr. Uğur Eriş), Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Dalı Yüksek Lisans Tezi. s. 39-40 <http://earsiv.cankaya.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1185/Sezen%2C%20Duygu.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

günlük kullanıma ve kültürlerdeki anlamına göre de değişebilecektir. Örneğin, yavşak kelimesinin anlamı bitin yavrusu³⁸ ise de, günlük kullanımda hakarettir.

Cumhurbaşkanına yönelik olarak kullanılan beddualar hakaret olarak değerlendirilemez. Yargıtay önceki yıllarda verdiği bir kararında, mağdura yönelik olarak söylenen “Seni de cumhurbaşkanı seçerlerse o parlamentonun Allah belasını versin” biçimindeki sözlerin tanrısal ceza dileme, beddua niteliğinde olduğu ancak tahkir ve tezyif edici olmadığı yönünde karar vermiştir.³⁹

Yargıtay daha yeni bir kararında ise “Sanığın, mahkeme hakimine hitaben ‘Allah belanı versin, adalet mülkün temeli değildir’ şeklinde söz söylemekten ibaret eyleminin bir bütün halinde kamu görevlisine karşı görevinden dolayı hakaret suçunu oluşturur.” diyerek görüşünü değiştirmiştir.⁴⁰

Anlaşıldığı üzere, cumhurbaşkanına beddua edilmesinin hakaret sayılıp sayılmayacağı yönünde tutarlı bir içtihat bulunmamaktadır. Ancak, her halde kişiye kötü dileklerini sunmanın hakaret sayılmaması gerekmektedir.

Madde içeriğinde geçen, somut bir fiil veya olgu isnadından anlaşılması gereken dış dünyadan algılanabilir olmasıdır. Somut bir fiil veya olgu isnadı belli bir durumu ifade etmek için yer, zaman, şekil ve kişilerden bahsetmek biçimindeyken sövmek, genel tarzdaki söz ve davranışlardır.⁴¹

38

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5a91353476b435.33116418 Erişim Tarihi: 26 Eylül 2006

39 Yenidünya ve Alşahin, a.g.e. 2007 s. 53.

40 Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin 12/04/2010 tarih ve Esas: 2008/10995, Karar: 2010/4198 sayılı kararı için bkz. Kazancı Bilişim. (Son erişim: 05.01.2013)

41 Yenidünya ve Alşahin, a.g.e 2007 s. 50 vd

“Somut bir fiil veya olgu isnadı” her şeyden önce “doğruluğu ispatlanabilir” bir oluşturdur.⁴² İsnadın doğruluğunun ispatlanabilir olmasından başka, gerçek olup olmaması, herkesçe bilinip bilinmemesi ya da suç oluşturup oluşturmaması önemsizdir.⁴³

Bu durumda örneğin cumhurbaşkanına 'iki gün önce, Başbakan Ahmet Davutoğlu'nun evinden dün saat çaldın demek' somut bir fiil isnadı ile hakaret, sen hırsızısın demek 'siyasi koşullara' göre sövme sayılabilecektir.

Çerkezköy 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2015/496 Esas sayılı 16/12/2015 tarihli ve 2015/1158 sayılı kararında:

Sanık C. Koçak'ın Türkiye Komünist Partisi Çerkezköy ilçe başkanlığının yönetiminde olduğu, suç tarihinde parti binasının cam kısmına üzerinde "Diren Türkiye" yazılı, T.C Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan'ın Nazi Hitlerine benzetilmiş resmi içerir afişlerin asılı olduğunun kolluk kuvvetlerince görülmesi üzerine soruşturma başlatıldığı, parti binasında usulüne uygun yapılan aramada asılı bulunan afişlerden 15 adet daha bulunduğunun tespit edildiği ve söz konusu afişlerin muhafaza altına alındığı bu afişler yoluyla cumhurbaşkanına hakaret edildiği iddia olunmuşsa da, afiş asmak suretiyle dışa yansımaları şeklindeki eyleminin ve sanığın düşüncesinin toplumun bir çok kesimince yanlış ve haksız olarak nitelendirilmesi yanında sanık gibi düşünen kişiler tarafından da yararlı ve olumlu bulunabildiği, şiddete davet niteliğinde bulunmayan ve somut bir isnat olarak da değerlendirilmesi mümkün bulunmayan yorumdan ibaret bu düşüncenin ispatının da mümkün olmadığı kanaati ile sanığın beraatına karar verilmiştir.

42 Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, ve R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* Ankara: Seçkin yayıncılık, 2017 s.419

43 Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, İstanbul: Filiz kitabevi 1994 s.240

Görüldüğü üzere Mahkeme, Erdoğan'ın Nazi Hitler'e benzetilmesinin ancak siyasal bir eleştiri olduğunu; diğer yandan ifadede somut bir olgu veya fiil isnadının bulunmadığını belirtmiştir. Bu nedenle, sanıklar hakkında beraat kararı verilmesini sağlamıştır. Ancak karara, Çerkezköy Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından itiraz edilmiştir. Karar, henüz kesinleşmemiştir.

Söz konusu karar, bizi siyasi eleştiri, ifade özgürlüğü ile hakaret arasındaki ayrımı incelemeye yönlendirmektedir. Bu hususta özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları ile önemli bir çerçeve çizmiştir.

3. Manevi Unsur

Cumhurbaşkanına hakaret suçunu işleyen failin özel kastı veya tahkir amacı aranmaz, bu suçun işlenmesi için genel kast yeterlidir.

TCK'nın 21. maddesinin ilk fıkrasına göre, kast, suçun kanuni tanımına göre 'bilerek ve istenerek' gerçekleştirilmesidir. Failin, cumhurbaşkanına hakaret suçunu işlerken, eylemi gerçekleştirdiğini bilme ve isteme iradesinin varlığı yeterlidir.⁴⁴ Ancak taksirle işlenebilmesi imkansızdır.

Kast unsuru konusunda özellik arz eden durum basın yoluyla işlenen cumhurbaşkanına hakaret suçlarıdır. Bu tür suçlarda fail, yalan olduğunu bildiği halde haberi yayma kastıyla hareket ettiğinde suç oluşacaktır. Başka bir deyişle fail haberin yalan olduğunu bilmiyorsa, bu yalan haberi yayınladığında hakaret kastıyla hakaret etmemiş kabul edilir.⁴⁵

4. Hakaret ve İfade Özgürlüğü Arasındaki İlişki

44 Ayfer Akdemir Çalışır ve Kurtuluş Tayanç Çalışır, *Teoride ve Pratikte Hakaret Suçu* 2. baskı, Ankara: Adalet yayınları, 2016 s. 36

45 Ayfer Akdemir Çalışır ve Kurtuluş Tayanç Çalışır, a.g.e 2016 s. 37

1950 tarihinde Avrupa Konseyi üyesi devletlerin imzasına sunulan sözleşme, 1954 tarihinde Türkiye tarafından imzalanmıştır. Aynı sözleşmenin 46. maddesine göre Türkiye sözleşmeyi imzalaması ile birlikte sözleşme ile kurulan ve sözleşmeye taraf olan devletlerin sözleşmeye uyup uymadığını denetleyen Mahkeme'nin kararları ile Türkiye de bağlayıcı hale gelmiştir. Türkiye'nin 1987'den itibaren mahkemeye bireysel başvuru hakkını da kabul etmiştir. Bu tarihten itibaren fikir ve düşünce özgürlüğü en çok AİHM'e taşınan konulardan olmuştur. Cumhurbaşkanına hakaret suçu da, ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Madde 10:

1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına 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 güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığı 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"⁴⁶ denmektedir.

46 http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf s.11

Maddenin ilk fıkrası hakkın kapsamını anlatırken, ikinci fıkrası da hakkın nasıl sınırlanabileceğini düzenlemektedir.

Bu bağlamda; İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 19. maddesinde;

'Herkesin kanaat ve ifade özgürlüğüne hakkı vardır; bu hak, müdahale olmaksızın kanaat taşıma ve herhangi bir yoldan ve ülke sınırlarını gözetmeksizin bilgi ve fikirlere ulaşmaya çalışma, onları edinme ve yayma serbestliğini de kapsar.'⁴⁷ denmektedir.

Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 19. maddesine göre, 'Herkesin, bir müdahale ile karşılaşmaksızın fikir sahibi olma hakkı vardır. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir; bu hak bir kimsenin ülke hudutlarıyla sınırlanmaksızın sözlü, yazılı veya basılı yahut sanatsal ürün şeklinde veya kendi tercih ettiği başka bir iletişim şekli vasıtasıyla her türlü bilgi ve düşünceyi arama, edinme ve ulaştırma özgürlüğünü de içerir.'⁴⁸

Anayasa'nın 25. maddesinde düşünce ve kanaat hürriyeti başlığı altında;

'Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Her ne amaçla olursa olsun kimse düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz. Düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz.'⁴⁹ denmektedir.

26. maddesinde, AİHS'nin 10. maddesinin 1. fıkrasındaki düzenlemeye benzer şekilde;⁴⁹

'Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo,

47 <http://www.ihd.org.tr/insan-haklari-evrensel-beyannames/>

48 http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin133.pdf

49 TC. Anayasası (1982), TC Resmi Gazete 20/10/1982, Sayı :17844
<https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa82.htm>

televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir, hükümleri yer almıştır.⁵⁰

İfade özgürlüğü demokratik toplumun zorunlu temelidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından verilen ve yerleşik hale gelen kararlarda, ifade özgürlüğünün, demokratik bir toplumun ilerlemesi ve her bir bireyin gelişmesi için temel koşullardan birisi olduğu belirtilmektedir. AİHS (md.10)'da düzenlenen ifade özgürlüğü çerçevesine, 'siyasi görüş açıklamanın' da girdiği hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır.

AİHM, bir ifadenin ifade özgürlüğü çerçevesinde siyasi bir eleştiri mi yoksa hakaret mi olduğunu tespit edebilmek için ifadenin dile getirildiği dönemin somut koşullarını incelemektedir. İfadede somut bir suç isnadı mı var, yoksa bir değer yargısı mı aktarılmış; ifadeyi dile getiren kişinin kimliği; ifadenin yöneldiği kimsenin kişisel özellikleri; somut olayın koşulları; ifadenin şiddet çağrısı yapıp yapmadığı; müdahalenin "hukuken öngörölmüş" olup olmadığına; devletin yapmış olduğu müdahalenin 10. maddenin 2. fıkrasındaki meşru amaçlardan birine sahip olup olmadığına ve gerçekten de ifadeye müdahalenin 'demokratik bir toplumda gerekli' olup olmadığı ve bir ceza verilmişse söz konusu cezanın orantılılığı, cezanın daha sonradan dile getirilebilecek ifadeleri engelleyip engellemeyeceğine dikkat etmektedir.

Mahkeme devlet başkanlarına hakaret suçunu ilk kez Colombani vs Fransa davası ile incelemiştir. Yerel Mahkeme, başvurucuyu yabancı devlet başkanı olan Fas Kralı'na hakaret ettiği gerekçesiyle Fransa Devleti'nin 1881 tarihli Basın Yasası'nın 36'ncı maddesi gereğince

50 Özkan Gürdoğan, *Hakaret Suçu*, (Tez Danışmanı: Prof. Dr. Metin Feyzioğlu), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Dalı (Ceza ve Ceza Usulü Anabilim Dalı) Doktora Tezi. s. 189
acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/24776/OzkanGURDOGANtez.pdf

cezalandırmıştır. AİHM, devlet başkanlarına yönelik olarak onları daha fazla koruyan ayrıcalıklı bir düzenleme yapılmasını ve söz konusu hakaretten dolayı daha fazla ceza öngörülmesinin doğru olmadığını söylemiştir. Mahkeme, yabancı devlet başkanına yönelik hakaret edildiği iddia ediliyorsa, onların da herkes için öngörülen başvuru yollarını kullanabileceğini, ayrıcalıklı bir korumadan yararlanamayacağını söylemiştir.⁵¹ Mahkeme bu nedenle söz konusu cezanın AİHS 10. maddesinde yer alan fikir ve düşünce özgürlüğünü ihlal ettiğini belirtmiştir.

Yine, AİHM'nin 15/03/2011 tarihinde vermiş olduğu 2034/07 başvuru numaralı Otegi Mondragon–İspanya kararında 10 maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.

İspanya Kralı, Juan Carlos 26 Şubat 2003'te Bask bölgesini ziyaret etmiş, başvuru Otegi aynı gün basın konferansında Sozialista Abertzaleak grubunun sözcüsü olarak Kral'ın ziyaretini değerlendirmiş ve şu ifadeleri kullanmıştır.

“Kral İspanyol ordusunun başkomutanıyken, başka bir deyişle işkencecilerin şefiyken, işkenceyi savunurken ve monarşi rejimini işkence ve şiddetle halkımıza kabul ettirmeye çalışırken, nasıl oluyor da bugün Bilbao'da İspanya Kralı ile fotoğraf çektirebiliyorlar?” Bu ifadeler üzerine Otegi hakkında dava açılmıştır. Yapılan yargılama sonucunda, Kral'a hakaret suçundan bir sene hapis cezası verilmiştir. Başvuru AİHM'ye başvurmuştur. AİHM: Başvurucunun seçilmiş bir kişi, parlamenter grubun sözcüsü olduğunu; Mahkeme bu açıdan gerçeklere ilişkin beyanlarla değer yargıları arasında bir ayrımın yapılması gerektiğini işaret etmiştir. Gerçeklerin var olduğu gösterilebilirken, değer yargılarının doğruluğu kanıtla açık değildir; bir

51AİHM, Case of Colombani and Others v France No: 51279. Karar Tarihi: 25/06/2002
<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-60532>

değer yargısının doğruluğunu kanıtlama şartının yerine getirilmesi imkansızdır ve madde 10 ile korunan hakkın temel bir parçası olan özgürlüğün kendisini ihlal eder. Bununla birlikte, bir beyanın değer yargısı olması durumunda bile, bunu destekleyecek gerçeklere dayalı, yeterli bir temel olmalıdır, bu temel olmadığında aşırı olacaktır; Mahkeme ayrıca ifadelerin kendisinin de provokatif olduğunu kabul etmektedir.

Mahkeme başvuru sahibinin konuşmasındaki bazı sözlerin Kral tarafından simgelenen kurumu çok olumsuz bir ışık altında göstermekteyse de, şiddet kullanımı içermemektedir. Söz konusu ifadeler, nefret söylemi anlamına gelmemektedir ki, Mahkemenin görüşüne göre dikkate alınması gereken temel unsur bunlardır. Mahkeme aynı zamanda ifadelerin bir basın toplantısı sırasında sözlü olarak yapılmış olduklarını da dikkate almaktadır, dolayısıyla, başvuru sahibinin bu beyanları halka açıklanmadan önce yeniden formüle etme, düzeltme ya da geri alma olanağı da olmamıştır. Mahkeme, hakaret konusunda özel bir yasayla daha fazla koruma sağlamanın kural olarak Sözleşmenin ruhuna uygun olmadığını belirtmiştir. Mahkeme, cumhurbaşkanı aşırı koruma altına alınmanın, bu makamda bulunan kişinin politikacı statüsünü bıraktığı ve bir devlet adamı statüsünü kazandığı gerçeğine denk düştüğünü ifade etmiştir. Mahkemenin görüşüne göre, aşırı korumanın altında, Kral'ın politik tartışmalarda yansız bir konumda bulunduğu, Devletin bütünlüğünün bir simgesi ve aynı zamanda arabulucu olduğu gerçeği bulunmaktadır. Ancak, Kral resmi görevlerini yerine getirirken ya da elimizdeki davada olduğu gibi simgelediği Devletin bir temsilcisi olma yetkisinde bütün eleştirilere karşı, özellikle de monarşi dahil Devletin yasal yapılarını yasal yolla sorgulayan kişilerden korumamalıdır. Mahkeme, kurulu düzene saldıran, şoke eden ya da reddeden fikirlerin

aktarılmasına gelindiğinde, ifade özgürlüğünün daha önemli olduğunu vurgulamaktadır.⁵²

Çanakkale 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2015/247 Esas sayılı dosyasında vermiş olduğu 04/11/2015 tarihli ve 2015/538 sayılı kararında benzer bir bakış açısıyla sanık hakkında Cumhurbaşkanı hakaret suçu işlemediğinden bahisle beraat kararı vermiştir. Şöyle ki, 15/02/2015 tarihinde saat 14:00 sıralarında Çanakkale Merkez İskele Meydanında, cumhurbaşkanına hakaret ettiği iddiası ile tutuklu bulunan Birleşik Haziran Hareketi üyesi Onur Kılıç ve Kadir Yavaş'ın tutuklanmalarını protesto etmek amacıyla Birleşik Haziran Hareketi organizatörlüğünde Halkevleri Derneği, Türkiye Komünist Partisi ve Eğitim Sen üyesi şahıslardan oluşan yaklaşık 50 kişilik topluluk bir araya gelmiştir. Basın açıklaması düzenlendikten sonra, şüpheli G. Çinpolat megafon ile "Hırsız, katil Erdoğan, diktatöre diren" şeklinde slogan atmış ve bu suretle cumhurbaşkanına hakaret ettiği iddia olunmuştur.

Mahkeme, Recep Tayyip Erdoğan'ın cumhurbaşkanı olduktan sonraki birtakım davranışları ve sözlerinin, toplumun bazı kesimlerinde halen iktidarda bulunan partinin genel başkanı gibi hareket ettiği, eski partisi ile bağlarını kopartmadığı algısını oluşturduğu ve halen siyasi kişilik taşıdığı düşünülerek mevcut olaydaki gibi protestolara konu olduğu belirtmiştir. Ayrıca, bahsi geçen sloganları sanıkla beraber atan ve toplantıya katılan diğer şahıslar hakkında herhangi bir işlem yapılmamasının da Anayasa ve yasalar önünde eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğu, tüm bu açıklanan nedenlerle sanığın atılı suçtan beraatına karar verildiğine hükmetmiştir.

⁵² AİHM, Otegi Mondragon vs İspanya Davası. No: 2034/07 Karar Tarihi: 15/03/2011.
<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-119585>

Bu kararda Mahkeme, AİHM'nin Lingens kararın atıfta bulunarak olgu isnadı ile değer yargısı arasındaki farka değinmiştir. Gerçekten, cumhurbaşkanının devletin temsilcisi olarak Soma'daki maden kazasında ve Gezi Parkı olaylarında yaşanan ölümlerden ve 17-25 Aralık gibi Türkiye'de günlerce konuşulan 'hırsızlık' olaylarından dolayı siyasi sorumluluğu bulunmaktadır. Kaldı ki, Recep Tayyip Erdoğan'ın Soma maden kazası, Gezi Parkı olayları, 17-25 Aralık operasyonları gibi olayların öncesi ve sonrasındaki tutum ve davranışlara, izlediği politikalara karşı protesto mahiyetinde görüşlerin ve eleştirilerin bu slogan ile dile getirildiği açıktır.

Sloganlarda geçen “katil” ve “hırsız” nitelemelerinin kelimenin saf haliyle kullanılmamaktadır. Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan eline silah alarak birine ateş etmemiştir veya başka bir yolla birisini öldürmemiştir. Yine Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan fiilen bir eve veya işyerine girerek, hırsızlık yapmamıştır. Bu anlamda 'Hırsız ve Katil Erdoğan' sloganında cumhurbaşkanına yönelik olarak somut bir olgu veya fiil isnadı yoktur. Söz konusu sloganla olgu isnadından ziyade toplumsal bir değer yargısını ortaya konulmaktadır. Yukarıda anlatıldığı gibi, ülkemizde gerçekleşen benzer ölüm ve cinayetlerden, yolsuzluklardan dolayı ülkeyi yöneten ve ilgili dönemde AKP'nin genel başkanı ve başbakan olan Recep Tayyip Erdoğan'ın siyasi olarak sorumluluğu bulunması nedeniyle, hakkında bu değer yargısı oluşmuştur.

Cumhurbaşkanına hakaret suçu ile ilgili başka bir karar ise şöyledir: 20 Ağustos 1999 ve 24 Ağustos 1999 tarihlerinde Milliyet gazetesinden, yazar Meral Tamer Artun 17 Ağustos 1999 depreminde gerekli önlemleri almayan Süleyman Demirel hakkında eleştirilerini “Enkazın baş sorumlusu kim?” ve “7.4'lük deprem Demirel'i sarsmaz!” başlıklı yazıları ile dile getirilmiştir. Artun ve Milliyet

gazetesinin yazı işleri müdürü Eren Güvener hakkında söz konusu yazıların cumhurbaşkanına hakaret içeriği iddiası ile dava açılmıştır. Bakırköy 15. Asliye Ceza Mahkemesi, 27 Eylül 2000 tarihinde kararı ile Artun ve Güvener'e cumhurbaşkanına hakaret ettiği gerekçesiyle 'bir yıl dört ay hapis cezası' vermiştir. Artun'un cezası ertelenmiş; Güvener'in ise cezası para cezasına çevrilmiştir. Sanıklar kararı, AİHM'ne taşımıştır. AİHM'de öncelikle, somut olayda 'Medyadaki Politik Tartışma Özgürlüğü Üzerine Deklarasyona göre' değerlendirme yapmanın uygun olacağını ifade etmiştir. Özellikle Türk Ceza Kanunu'nundaki yasaların uygulanışı sırasında ifade özgürlüğüne aşırı müdahalenin bulunduğu vurgulanmıştır. AİHM dosyasının esasında ise, Colombani-Fransa kararında olduğu gibi, devlet başkanlarının ayrıcalıklı olarak korunmasının ifade özgürlüğü ile çeliştiğini ifade etmiştir.⁵³

Benzer bir yaklaşım, AİHM'nin 23/05/1991 tarihinde vermiş olduğu 20834/92 başvuru numaralı "Oberschlick v. Avusturya" kararında bulunmaktadır. Mahkeme bu davada da devletin, Sözleşmenin 10. maddesini ihlal ettiğine hükmetmiştir.

Forum dergisinde editörlüğü yapan Gerhard Oberchlick, yapmış olduğu bir sunumda Sağcı bir Partinin lideri olan Eyalet Valisi Jörg Halder'e "ahmak, geri zekalı (Trottel)" demiş ve sunumdaki sözleri de aynen dergide yayınlamıştır. Hatta Oberchlick, Jörg Halder'in ırkçılığı kışkırttığı ve Nasyonel Sosyalizmin Yasaklanması Yasasına muhalefet ettiği gerekçesiyle suç duyurusunda bulunmuştur ve şikâyet dilekçesini de Forum dergisinde yayınlamıştır. Eyalet valisi Halder kişilik haklarına saldırıldığı gerekçesi ile Oberchlick'e dava açmıştır.

⁵³ AİHM, Artun ve Güvener v. Türkiye Davası. No: 75510/01 Karar Tarihi: 26/06/2007
<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-125885>

Yargılama sonucunda, Oberchlick para cezasına çaptırılmış ve derginin ilgili sayısı hakkında da toplatılma kararı verilmiştir.

Mahkeme bu kararında başvurucunun gazeteci kimliğine vurgu yapmış, basın özgürlüğünün taşıdığı özel öneme işaret etmiştir. Mahkeme açık bir biçimde bir politikacının kişilik haklarının korunmasının, sıradan vatandaşlarının kişilik haklarının korunmasına göre daha az olmasının gerektiğini, politik kişilerin eleştirilere daha tahammüllü davranması gerektiğini vurgulamıştır. Üstelik bir gazetecinin, sıradan insanlara kıyasla politikacıları eleştirme, denetleme ödevinin bulunduğuna değinmiştir.

Mahkeme, “bir politikacı, özel yaşamı çerçevesinde bir eylemde bulunmadığı zaman bile, şöhretinin korunması bakımından kuşkusuz ki hak sahibidir. Ancak, bu korumanın gerekleri, siyasal meselelerin açıkça tartışılmasının yararı dikkate alınarak tartılmalıdır” demiştir. Ayrıca başvuru sahibinin sunumunda Trottel (aptal) kelimesi kullanılmasını sebebinin hem Bay Haider'in konuşmasındaki iddiaların ne kadar ölçsüz olduğunu vurgulayarak halkın dikkatini çekmek hem de o sayıdaki makalede eleştirileri özetleyebilecek tek kelimenin “trottel” olduğuna değinmiştir.⁵⁴

AİHM 14/03/2013 tarihinde vermiş olduğu 26118/10 başvuru numaralı “Eon v. Fransa” kararında da yine devletin Sözleşmenin 10. maddesini ihlal ettiğine hükmetmiştir.

Cumhurbaşkanının 28 Ağustos 2008 tarihinde yaptığı Laval ziyareti sırasında ve tam cumhurbaşkanlığı kortejinin geçerken, başvuru Eon üzerinde 'defol git, geri zekâlî' yazan bir levha kaldırmıştır. Başvuran aslında bu davranışıyla, 23 Şubat 2008 tarihinde gerçekleştirilen tarım fuarını ziyareti sırasında Cumhurbaşkanının,

54 AİHM, Oberschlick vs Avusturya Davası, No: 11662/85. Karar Tarihi: 23/05/1991
<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-57716>

elini sıkmayı reddeden bir çiftçiye karşı kullandığı bir ifadesine atıf yapmaktaydı. Devlet, başvuru cumhurbaşkanına hakaret ettiği gerekçesiyle 30 Euro ile cezalandırılmasına karar vermiştir. AİHM, başvuru cumhurbaşkanı tarafından kullanılan ifadeleri, levhaya yazarak, eleştirisini densizlik sayılabilecek bir hiciv yoluyla ifade etmiş olduğunu belirtmiştir. AİHM, Yerel Mahkeme'nin verdiği cezanın, demokratik toplumlarda çok önemli bir rol oynayan toplumsal tartışmalara ilişkin, hiciv yoluyla yapılan çıkışlar üzerinde caydırıcı bir etki doğurma ihtimali olduğunu, bu nedenle de Sözleşmenin 10. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁵⁵ Mahkeme yine somut olayın koşullarını incelemiş ve buna göre ihlal kararı vermiştir.

AİHM'nin 22/05/2005 tarihinde vermiş olduğu 35839/97 başvuru numaralı Pakdemirli v. Türkiye kararında: yine Türkiye'nin cumhurbaşkanına hakaret konusunda verdiği karar ile AİHS'nin 10. maddesindeki ifade özgürlüğünü ihlal ettiği kanısına varmıştır. Başvurucu, cumhurbaşkanı Süleyman Demirel'e yönelik olarak 'yalancı', 'iftiracı', 'Çankaya'nın şişmanı', 'dar kafalı', 'lastikleri patlasın', 'öbür dünyaya gidince Allah affetmez' sözlerini kullanmıştır. Mahkeme konuşmanın bütünün politik eleştiri olarak kabul edilmesi gerektiğini vurgulayıp, yukarıda belirtmiş olduğumuz sözlerin ise politik eleştiriden çok kişisel saldırı niteliğinde olduğuna değinmiştir. Yerel Mahkeme, başvurana 15 Nisan 1995 tarihinde 87.353 Dolar manevi tazminat cezası vermiştir. AİHM, devletin AİHS'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Ancak bu sefer ihlal

⁵⁵ AİHM, Eon vs Fransa Davası, No: 26118/10 Karar tarihi: 14/03/2013
<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-170323>

kararının sebebi, cezanın orantılılık ve ölçülülük sınırının üzerinde olmasıdır.⁵⁶

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun, 2001/9-132 Esas, 2001/155 Karar sayılı içtihadında; 'Bir eylemin hukuk düzeni tarafından cezalandırılması ancak onu hukuka uygun kılan diğer bir anlatımla hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayan bir nedenin bulunmasına bağlıdır. Bu bağlamda hakaret ve sövme suçlarında hukuka uygunluk nedenlerinden birini oluşturan ve düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğünün vasıtalarından olan eleştiri hakkı üzerinde durulmalıdır. İfade özgürlüğü sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenilmeye değmez görülen haber ve düşünceler için değil, devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Bu demokratik toplum düzeninin ve çoğulculuğun gereğidir. Eleştiri de kaynağını bu özgürlükten alır, eleştirinin doğasından kaynaklanan sertlik suç oluşturmaz, eleştiri övgü olmadığına göre, sert, kırıcı ve incitici olması da doğaldır. Devletin birliğini temsil eden Cumhurbaşkanlığı makamı da özgürlükçü parlamenter rejimlerde diğer anayasal ve yasal kurumların konumu gibi eleştiriye açıktır. Bu açıklamalar ışığında sanığın Cumhurbaşkanına yönelik olarak söylediği, 'bir gel o şapkanı alıp kafana nasıl geçiriyoruz' sözü konuşmanın bütünlüğü nazara alındığında; Cumhurbaşkanının şeref ve haysiyetini incitici nitelikte olmayıp, tekrar seçilmesinin uygun olmayacağını vurgulamak için kullanılmıştır. Kaldı ki belli kamusal görevlere aday olanların, tüm yönleriyle değerlendirilmesi, eleştirilmesi demokratik toplum düzeninin gereklerindedir, hatta böyle bir eleştiri ve değerlendirme de kamu yararı bulunmaktadır.'” denilmektedir.

56 AİHM, Pakdemirli v. Türkiye Davası, no: 35839/97 Karar Tarihi: 22/02/2005
<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-124320>

Yargıtay 18. Ceza Daire'sinin 28/09/2016 tarih, 2015/28841 Esas; 2016/15080 sayılı kararında hakaret fiilinin hangi durumlarda suç olarak kabul edileceği tanımlanmıştır:

'Hakaret fiilinin cezalandırılmasıyla korunan hukuki değer, kişilerin onur, şeref ve saygınlığı olup, bu suçun oluşabilmesi için, davranışın kişiyi küçük düşürmeye yönelik olarak gerçekleşmesi gerekmektedir. Bir hareketin tahkir edici olup olmadığı bazı durumlarda nispi olup, zamana, yere ve duruma göre değişebilmektedir. Kamu görevlileri veya sivil vatandaşa yönelik her türlü ağır eleştiri veya rahatsız edici sözlerin hakaret suçu bağlamında değerlendirilmemesi, sözlerin açıkça, onur, şeref ve saygınlığı rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnadını veya sövmek fiilini oluşturması gerekmektedir. Öte yandan kendilerine belirli idari yetkiler verilmiş görevlilerin, sözlerine ve eylemlerine getirilen eleştirilere daha fazla hoşgörü göstermeleri gerektiği AİHM içtihatlarında kabul edilmektedir. AİHM, kamu görevlilerine karşı yapılmış hakaret içerikli ifadelerle ilgili bir başvuruda, başvuruya konu sözlerin, kamuoyunun söz konusu görevlinin performansına duyduğu güveni ortadan kaldırmaya yönelik gerçek bir tehlike meydana getirip getirmediğini incelemektedir.' demiştir.

Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan'a yönelik olarak 'diktatör' kelimesinin de çokça kullandığı göze çarpmaktadır. Ancak yerel mahkemelerin 'diktatör' kelimesini siyasi bir eleştiri olarak algıladığı basında yer alan haberlerden ortaya çıkmaktadır.

Örneğin 18 Kasım 2016 tarihinde Eskişehir 2. Asliye Ceza Mahkemesi Eskişehir Anadolu Üniversitesi'nde okuyan iki öğrenci tarafından okulda asılan Erdoğan'ın hitlere benzer fotoğrafının üzerinde "Diktatörler sokakta devrilir" yazılı pankartın cumhurbaşkanına hakaret suçunu oluşturmadığını, zira diktatör kelimesinin bütün siyasi

yetkileri kendinde toplamış kimse anlamına geldiğini bunun da, hakaret sayılamayacağına siyasi eleştiri olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunarak beraat kararı vermiştir.⁵⁷

Can Dünder ve Erdem Gül'ün tutuklanması nedeniyle Çorum'da yapılan basın açıklamada 'Erdoğan diktatörlüğü' dediği için KESK'e bağlı Büro Emekçileri Sendikası'nın (BES) Çorum Şube Başkanı Ertuğrul Alper'e, cumhurbaşkanına hakaret suçundan dava açılmıştır. Mahkeme sanığın dile getirdiği "diktatör" ifadesinin 'hakaret' değil, Cumhurbaşkanı'na yönelik eleştiri olduğunu belirtmiştir. 'Sanık burada Cumhurbaşkanı'na çok güçlü ve etkili birisi olduğunu ima etmiştir. Cumhurbaşkanı'na küçük düşürecek, rencide edecek, aşağılayacak nitelikte değildir" demiştir.⁵⁸

R. Deveci, M. Mutlu ve E. F. Eraslan hakkında, Çukurova Üniversitesi'nde Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan'a yönelik karikatür biçimindeki çiziminin alt kısmına 'Vatan Hainliğinin Tarifini Senden Öğrenecek Değiliz' yazdıkları; bu suretle cumhurbaşkanına hakaret ettiğinden bahisle Adana 26. Asliye Ceza Mahkemesi 2016/532 esas sayılı dosyasında dava açılmıştır. Mahkeme 24/11/2016 tarihinde vermiş olduğu 2016/729 sayılı karar ile 'Yargıtay 18. Ceza Dairesi'nin 28/09/2016 tarih, 2015/28841 esas; 2016/15080 sayılı kararında belirttiği gibi; hakaret fiilinin cezalandırılmasıyla korunan hukuki değer, kişilerin onur, şeref ve saygınlığı olup, bu sonuç oluşabilmesi için, davranışın kişiyi küçük düşürmeye yönelik olarak gerçekleşmesi gerekmektedir. Bir hareketin tahkir edici olup olmadığı bazı durumlarda nispi olup, zamana, yere ve duruma göre

57 "Mahkeme: Erdoğan'a 'diktatör' demek hakaret değil, siyasi eleştiridir."

<http://www.radikal.com.tr/turkiye/mahkeme-erdogana-diktator-demek-hakaret-degil-siyasi-elistiridir-1460236/> Erişim Tarihi: 27 Ekim 2015

58 'Diktatör' sözü artık suç değil"

http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/siyaset/686899/Diktator_sozu_artik_suc_degil.html Erişim Tarihi: 27 Şubat 2017

değişebilmektedir. Kamu görevlileri veya sivil vatandaşa yönelik her türlü ağır eleştiri veya rahatsız edici sözün hakaret suçu bağlamında değerlendirilmemesi, sözlerin açıkça, onur, şeref ve saygınlığı rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnadını veya sövmek fiilini oluşturması gerekmektedir. Öte yandan kendilerine belirli idari yetkiler verilmiş görevlilerin, sözlerine ve eylemlerine getirilen eleştirilere daha fazla hoşgörü göstermeleri gerektiği, AİHM içtihatlarında kabul edilmektedir. AİHM kamu görevlilerine karşı yapılmış hakaret içerikli ifadelerle ilgili bir başvuruda başvuruya konu sözlerin, kamuoyunun söz konusu görevlinin performansına duyulan güveni ortadan kaldırmaya yönelik gerçek bir tehlike meydana getirip, getirmediğini incelemektedir; eleştiri niteliğindeki kaba ifadelerin suç teşkil etmediği, kanaatiyle, sanıkların ayrı ayrı beraatına karar verilmiştir.' denmiştir. Söz konusu karar 03/01/2017 tarihinde kesinleşmiştir.

Yukarıda belirtilen AİHM kararlarında, devlet büyüklerine yöneltilen sözlerin hakaret mi yoksa fikir ve düşünce özgürlüğü çerçevesinde mi ele alınacağına dair bir çerçeve çizilmektedir. Buna göre, siyasi kişiliklerin özellikle devlet başkanlarının ve cumhurbaşkanlarının, yöneltilen eleştirilere karşı daha hoşgörülü olması gerektiği vurgulanmaktadır. Bu kişilerin devlet yöneticileri olması, devletin demokratik ve iyi bir şekilde yönetilebilmesi için yöneticilerin her türlü eleştirilere açık olması ilerlemenin de bir uzantısı olarak görmüştür. Normalde hakaret sayılabilecek beyanların siyasi kişilere yöneltildiğinde 'sarsıcı, ağır, şok edici beyanların', eğer doğrudan şiddete çağrı yapmıyor, nefret söyleminde bulunulmuyorsa fikir ve düşünce özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Bu hususta 21 Ekim 2007 tarihinde düzenlenen referandumda kabul edilen anayasa değişikliği ile 10 Ağustos 2014 tarihinde yapılan seçimin sonucunda Türkiye Cumhuriyeti'nde ilk defa cumhurbaşkanı halk oylaması ile seçilmiştir. Çok açık bir şekilde 82 Anayasası'nın 101. maddesinde yer alan cumhurbaşkanının tarafsız kişiliği bu seçimlerle birlikte zedelenmiştir. Zira cumhurbaşkanının belli bir görüşün temsilcisi olması sadece hukuki bir sonuç değildir, Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan fiilen de belli bir siyasi görüşün parçası olarak hareket etmektedir.

Örneğin: Bakanlar Kurulu toplantısı, Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan'ın başkanlığında, Cumhurbaşkanlığı Külliyesinde gerçekleştirilmiştir.⁵⁹ Bunun gibi pek çok Bakanlar Kurulu toplantısı Cumhurbaşkanı önderliğinde gerçekleşmiştir. Bunun yanı sıra Cumhurbaşkanı Diyarbakır'da, İzmir'de, Erzurum'da, Hatay'da, Samsun'da çeşitli mitingler düzenleyerek siyasi çağrılarda bulunmuştur. Cumhurbaşkanı hem fiilen hem de hukuken cumhurbaşkanının devletin tarafsız simgesi olması özelliğini yitirmiştir ve bütünüyle siyasi bir kişilik ile bütünleşmiştir. Eleştirilerin de odak noktası haline getirmiştir.

Diğer yandan, cumhurbaşkanı seçimle gelmemiş olsaydı da, cumhurbaşkanının siyasi kişiliğinden bahsedilebilecektir. Zira, cumhurbaşkanı, bırakalım yürütme yetkisi ve görevini bu yetki ve görev nedeniyle hem siyasidir, hem devletin başı olarak da siyasi kişiliğini devam ettirmektedir. Devletin kendisi tarafsız bir kişiliğe sahip değildir. Lenin'in ifadesi ile devlet sınıf karşıtlığının giderilemezliğinin bir ürünüdür. Devlet, sınıf karşıtlığının giderilmesinin nesnel olarak mümkün olmadığı yerde, anda ve ölçüde

59 'Bakanlar Kurulu Toplantısı Cumhurbaşkanlığı Külliyesi'nde Gerçekleştirildi.'
<http://www.tccb.gov.tr/haberler/410/69634/bakanlar-kurulu-toplantisi-cumhurbaskanligi-kulliyesinde-gerceklestirildi.html> Erişim Tarihi: 2 Ocak 2017

ortaya çıkar. Marx'a göre devlet bir sınıfın egemenlik organıdır. Bir sınıfın bir başkasını ezmesini sağlayan organdır; sınıflar arasındaki çatışmayı yumuşatarak bu baskıyı yasallaştıran ve ona süreklilik kazandıran düzenin kurulmasıdır ⁶⁰ diyerek, devletin siyasi kişiliğine vurgu yapmıştır. Nitekim siyasi devlet aygıtının, başındaki kişinin tarafsız olması da beklenemez. Ancak cumhurbaşkanının doğrudan halk tarafından seçilmeye başlanmasıyla siyasi kişiliği katmerlenmiştir.

Üstelik siyasi kişilerin, kişiliklerinin daha az korumalı olması ilkesi söz konusu olan basın özgürlüğü ise daha da geniştir.

a. Basın Özgürlüğüne Verilen Önem

Cumhurbaşkanına hakaret suçunu incelerken, üzerinde önemle durulması gereken bir diğer husus basın özgürlüğüdür. Zira konu basın özgürlüğü olunca, hem siyasilerin eleştirisindeki dozun yükselmesinin hukuka uygun olması ilkesi hem de basın hukuku çerçevesinde verilen haberlerin belli kriterlere sahip olması gerektiği hususu karşımıza çıkmaktadır.

Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 18/09/2006 tarih ve 2005/7706 Esas, 2006/14025 sayılı kararında:

Bir haberin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilebilmesi için, haberin öncelikle gerçek ve güncel olması gerekmektedir. Ayrıca haberin verilmesi kamunun yararına olmalı, kamunun ilgisini çekmeli, haber, kamunun bilgi ve haber alma hakkının kapsamında kalmalıdır. Bunun yanı sıra olay ile habere atılan başlık, haberin anlatımı arasında fikri bağ bulunmalıdır. Ancak bu unsurların tamamının bir arada olması halinde basın özgürlüğü ve eleştiri hakkından bahsedilebilecektir.

60 V.İ.Lenin Devlet ve Devrim (çev.M. Halim Spatar, Celal Üster) ,İstanbul :Yordam Kitap sf.19

Bir başka kararında, 'Yargılamaya konu ifadenin içinde geçtiği konuşmaların bütünü ile birlikte ve söylendiği bağlamdan kopartılmaksızın olayın bütünselliği içerisinde değerlendirilmesi gerekir.'⁶¹ biçimindeki ölçüye yer vererek konuşmanın veya yazının içinde geçen ve olumsuz anlam içeren kelimelerin kanaat oluşturmak için tek başına yeterli olamayacağını vurgulamaktadır.⁶²

Yargıtay'ın gündemde olan bir konu hakkında, o anki iddialardan oluşan, tartışılmasında kamu yararı olan bilgilere yer verilen haberlerin basın özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine dair pek çok kararı bulunmaktadır.

AİHM 08/07/1986 tarihinde vermiş olduğu 9815/82 başvuru numaralı "Peter Michael Lingens v. Avusturya" kararında da AİHS'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.

Peter Michael Ligens, Profil adlı derginin basımcısıdır. Avusturya Başbakanı Kreisky eleştirmek için yazdığı yazıda 'oportünizmin en aşağılığı, ahlaksızlık, onursuzluk, vahşilik, siyasal ahlaktan yoksunluk' sözcüklerini kullanmıştır. Nitekim bu sözleri ile Başbakan Kreisky'ye hakaret ettiği gerekçesiyle Avusturya mahkemeleri tarafından başvurucu hakkında mahkûmiyet kararı verilmiştir. AİHM ise, başvurucunun gazeteci kimliğine dikkat çekmiştir. İfade özgürlüğünün sadece olumlu, muhalif sayılmayan eleştirileri değil, Sözleşme'nin 10(2). fıkrasının sınırları içindeki 'haber' veya 'fikirlere' değil; muhalif olan, çarpıcı gelen veya rahatsız eden haberler veya fikirlerinde korunması gerektiğini vurgulamıştır. Çoğulcu toplumun, hoşgörünün ve açık fikirliliğinin böyle gelişeceğini ve bu korumanın

61 Anayasa Mahkemesi, Başvurucu Emine Rezzan Aydınoglu, no: 2013/8396, Karar Tarihi: 11/03/2015

62 Mehmet Taştan, *Siyasetçi Hakkındaki Haberler Bakımından Basın Özgürlüğü*, İfade Özgürlüğü Üzerine Makaleler, Uluslararası Kapanış Sempozyumuna Katkı Kitabı Ankara: 2017. s. 40
<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090001680702284>

'demokratik toplumun' olmazsa olmazı olduğunu vurgulamıştır. Özellikle basın mensupları tarafından politikacıların sıkı bir biçimde eleştirilmesi gerektiğine; hatta bunun basının hakkı ve sorumluluğu, adeta görevi olduğuna değinmiştir.⁶³

Ayrıca söz konusu ifadeler olağan koşullarda hakaret sayılabilecekken, yazının yazılma koşullarına bakıldığında ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmelidir. Bu yazılar Ekim 1975 seçimlerinden hemen sonra yazılmıştır. Birçok Avustralyalı, Kreisky'nin partisinin mutlak çoğunluğu kaybedeceğini ve hükümet kurabilmek için Peter'in partisiyle bir koalisyon oluşturmak zorunda kalacağını düşünmüştür. Seçimlerden sonra Wiesenthal, Peter'in Nazi geçmişiyle ilgili açıklamalarda bulunmuştur. Başbakan da, Peter'i savunmuş ve bu faaliyetleri 'mafya yöntemleri' olarak tanımlamıştır ve sert ifadeler kullanmıştır. İşte bunun üzerine Lingens ağır bir tepki göstermiş ve söz konusu yazıyı yazmıştır. Mahkeme neyin hakaret sayılıp sayılmayacağı konusunda tarafların kimliklerini ve somut olayın koşullarını birlikte değerlendirmiştir; normalde hakaret sayılmayacak bir ifadenin, bu kişiler tarafından bu koşullar altına söylendiği için ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirmiştir.

AİHM'nin 21/02/2012 tarihinde vermiş olduğu 32131/08 ve 41617/08 başvuru numaralı Tuşalp v. Türkiye kararında: Yine Türkiye'nin AİHS'nin 10. maddesindeki ifade özgürlüğünü ihlal ettiği kanısına varmıştır. Başvurucu Erbil Tuşalp gazeteci ve gazeteci /köşe yazarıdır ve onun tarafından yazılan makaleler günlük bir gazetede siyasi yorumları yayımlanmaktadır. Başvurucu bu yazıların birinde üst düzey politikacılar ve önemli kişilerin iddia edilen yasadışı eylemleri ve yolsuzlukları ve Başbakan'ın bazı olaylara karşı göstermiş olduğu

63 AİHM, Lingens vs Avusturya Davası. No:9815/82 Karar Tarihi: 08/07/1986
<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57523>

agresif tutumla eleştirmiştir. Mahkeme yazarın sert eleştirilerini hicivsel bir dil kullanarak ifade ettiğini belirtmiştir. Mahkeme daha önce belirttiği gibi 'bilgi' veya 'fikirlere' değil aynı zamanda, rahatsız eden, şaşırtan ifadeleri de koruduğuna değinmiş. Yazarın kendi ifade biçiminin de korunması gerektiğine değinmiştir.⁶⁴

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 08/05/2003 tarihinde, 2003/629 E. Sayılı dosyasında almış olduğu 2003/6059 sayılı kararı ile kişilik haklarının ihlal edilmesi ile ifade özgürlüğü arasındaki dengeye değinilmiştir:

'Dava, yayın yoluyla kişilik haklarının saldırıya uğradığı savına dayanmaktadır. Diğer bir anlatımla davada, yapılan yayında yer alan açıklamaların kişilik değerlerine saldırı içerdiği ve böylece hukuka aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Böyle bir uyuşmazlığın çözüme kavuşturulmasında, genel durumlardaki hukuka aykırılık teşkil eden eylemlerden farklı bir yöntemin izlenmesi ve ayrı ölçütlerin koşul olarak aranması gerekmektedir. Bunun nedeni; Anayasanın 28. maddesindeki basın özgür olduğu güvencesi ve bu ilkeyi güçlendiren 5680 sayılı Basın Yasasının 1. maddesindeki düzenlemedir. Bu düzenlemede basının özgürce yayın yapmasının güvence altına alındığı görülmektedir. Basına sağlanan güvencenin nedeni; toplumun sağlıklı, mutlu ve güven içinde yaşayabilmesi içindir. Bunun için de kişinin, dünyada ve özellikle içinde yaşadığı toplumda meydana gelen ve toplumu ilgilendiren konularda bilgi sahibi olması ile olanaklıdır. Diğer bir anlatımla basın, olayları izleme, araştırma, değerlendirme, yayma ve böylece kişileri bilgilendirme, öğretme, aydınlatma, yönlendirme yetki ve sorumluluğuna sahiptir. Bunun içindir ki, basının yayın yaparken, yaptığı yayından dolayı

64 AİHM, Tuşalp vs Türkiye davası No: 32131/08, 41617/08 Karar Tarihi: 21/02/2012
<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-109189>

hukuka aykırılık teşkil edecek olan eylemi, genel olaylardaki hukuka aykırı olan eylemden farklılıklar taşır. İşte bu farklılık ve ayırık durum gözetilerek yapılan yayının hukuka aykırılık veya uygunluk sınırı belirlenmelidir. Basın dışı bir olaydaki davranış biçiminin hukuka aykırılık oluşturduğu kabul edildiği durumlarda, basın yoluyla yapılan bir yayındaki olay hukuka aykırılık oluşturmayabilir. İşte basının bu nedenle ayrı bir konumu bulunmaktadır” denmiştir. Görüldüğü üzere, basına taşınan bir haberin tartışılmasında kamunun yararı söz konusu ise, Yargıtay bu kamu yararının, kişilik haklarından üstün olduğunu belirtmiştir.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından hazırlanan 12 Şubat 2004 tarihli Medyada Siyaset Tartışma Özgürlüğü Bildirisinde tavsiye niteliğinde alınan kararlarda da basın özgürlüğünün öneminden ve özellikle siyasilerin eleştirilmesinin demokrasinin olmazsa olmaz şartı olduğuna değinilmiştir:

“I. Medya kuruluşları aracılığıyla ifade ve bilgi edinme özgürlüğü

Kamuoyunun kamuyu ilgilendiren konularda bilgilendirilmesi çoğulcu demokrasinin ve siyasi ifade özgürlüğünün bir gereğidir. Bu özgürlük, medya kuruluşlarının siyasi şahsiyetler ve kamu görevlileri hakkında olumsuz bilgiler ve eleştiri niteliğinde görüşler yayınlama hakkı ile kamunun bu tür görüş ve bilgileri öğrenme hakkını da kapsar.

II. Devlet ve kamu kuruluşlarını eleştirme özgürlüğü

Devlet, hükümet, genel olarak yürütme, yasama veya yargının herhangi bir organı medya kuruluşlarında eleştiri konusu yapılabilir. Güçlü konumlarına bağlı olarak bu kurumlar, ceza hukuku tarafından itibar zedeleyici veya hakaret niteliği taşıyan beyanlara karşı kurum olarak koruma altına alınmamalıdır. Söz konusu kurumların böyle

bir korumadan yararlanabildikleri hallerde ise bu koruma çok sınırlı bir şekilde ve her halükârda eleştiri özgürlüğünü kısıtlamak amacıyla kullanılmasına mahal vermeden uygulanmalıdır. Bu kurumları temsil eden kimseler birey olarak zaten koruma altında bulunmaktadır.”

III. Siyasi şahsiyetler hakkında kamuoyunda tartışma ve bunların kamuoyunca denetimi

Siyasi şahsiyetler kamuoyundan güven talep etmişler, kamuoyu bünyesinde açık tartışma konusu olmayı, kamuoyunun titiz bir denetimine tabi tutulmayı, buna bağlı olarak da görevlerini yerine getiriş tarzları konusunda kendilerine gereğinde şiddetli eleştiriler yöneltilebileceğini peşinen kabul etmişlerdir.⁶⁵

Görüldüğü üzere, Avrupa Konseyi'nin devlet büyüklerine, cumhurbaşkanına hakaret suçu konusundaki yaklaşımı, kamuoyunun siyasi olarak bilgilendirilmesi gerektiği, siyasi kişilikler hakkında olumlu düşüncelerin yayılması gibi, olumsuz düşüncelerinde yayılması gerektiği, siyasi kişiliklerin, devletin eleştirilmesi gerektiğini ve hatta söz konusu kurumların hakaret niteliği taşıyan beyanlara karşı korunmaması gerektiğini, adeta kamu görevlisine hakaret ve cumhurbaşkanına hakaret gibi suçların kaldırılması gerektiğini veya en azından hapis cezasını kaldırılması gerektiğini savunmuştur. Daha önce de belirttiğimiz üzere, Türk hukukunda 5237 Sayılı TCK m 299, cumhurbaşkanına hakaret suçu, 5237 Sayılı TCK'nın 125. maddesinde yer alan hakaret suçuna göre daha ağır olduğu gibi, ceza olarak da sadece cumhurbaşkanına hakaret suçunda hapis cezası öngörülmüştür.

Ancak sorun bununla da sınırlı değildir. Sınır Tanımayan Gazeteciler, 2017 Dünya Basın Özgürlüğü Endeksi'ni yayınladı ve Türkiye 180

65 <http://www.hsyk.gov.tr/Eklentiler/Dosyalar/f20fbc23-8676-4066-9213-3f0b00798adf.pdf>
Erişim Tarihi: 12 Şubat 2004

ülke arasında 155. sırada yer almıştır. Bu sonuçla Türkiye geçtiğimiz yıla göre 4 basamak daha geriledi. Bu düşüşle birlikte Türkiye adeta kara listeye girdi ve Türkiye gazetecilik yapmanın zor olduğu ülkeler arasında yerini almış oldu.⁶⁶

Nitekim, Human Rights Watch -İnsan Hakları İzleme Örgütü'nün raporuna göre “Eleştirel medyayı susturmaya ve hükümet politikalarının sorgulanmasını engellemeye yönelik hükümetin öncülük ettiği çabalar beş ana kanaldan aktı: Gazeteciler hakkında başlatılan savcılık soruşturmaları ve gazetecilerin hapsedilmesi; medya şirketlerine hükümet tarafından kayyum atanması ve mal varlıklarına el konularak, kapatılmaları yoluyla ele geçirilmesi; eleştirel televizyon istasyonlarının devletin sahip olduğu uydu dağıtım platformundan çıkartılması ve kapanması; gazetecilere yönelik fiziksel saldırılar ve tehditler; ve hükümetin eleştirel gazetecilerin işten çıkartılması ve basın akreditasyonlarının iptal edilmesi yönünde medyaya uyguladığı baskılar... Hükümeti eleştiren haber sitelerine internet erişiminin engellenmesi de artış gösterdi. Türkiye bireysel hesapların sansürlenmesi için Twitter'dan en çok talepte bulunan ülke oldu.”⁶⁷ denmektedir.

Cumhurbaşkanına hakaret suçu, kamu görevlisine hakaret suçu veya halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçu, özellikle temmuz ayından sonra FETÖ terör örgütü ile gazetecilerin bağı olduğu iddiası gazetecilerin üzerinde baskı kurmak amacıyla kullanılmıştır adeta. Halbuki, demokratik bir toplumun kurulabilmesi için gerçek ve güncel olması haberlerin verilisinde kamu ilgi ve yararının bulunuyorsa ve haberde yer alan olay ile olayın anlatımı arasında fikri bağ bulunuyor ise, basının hükümeti eleştirmesine izin verilmelidir. Bu eleştirilerin ağır,

66 “2017 Basın Özgürlüğü Endeksi: Türkiye Yine Geriledi: 180 Ülke Arasında 155'inci”

<http://www.bbc.com/turkce/haberler-turkiye-39712002> Erişim Tarihi: 26 Nisan 2017

67 <https://www.hrw.org/tr/world-report/2017/country-chapters/298690#c64f29>

sarsıcı ve hatta şok edici olmasında bir sakınca görülmemeli, siyasi kişiliklerin kişiliklerinin daha az korumalı olduğu, sert eleştirilere göğüs germesi gerektiği AİHM kararları uyarınca genel bir ilke olarak kabul edilmelidir.

b. Fikir Özgürlüğünün Sınırlanması

Fikir özgürlüğü hususunda, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerin tamamı bu hakkın sınırsız olmadığını belirtmiştir. Bu hakkın kullanımına “demokratik toplum düzeni” sınırlaması getirilmiştir.

Hukukun doğrudan alanına girmeyen düşünce özgürlüğü; bilgi edinme, kanaat ve açıklama özgürlükleri, bileşenleriyle birlikte hukukun norm alanında yerini alır. Böyle bir ortamın oluşturulması ve sürdürülmesi de hukukun temel işlevlerindedir.⁶⁸ Devletin hukuk eliyle veya diğer yollardan fikirlerin özgürce yayılması için uygun ortam sağlama görevi bulunmaktadır. İfade özgürlüğünün korunması hususunda devletin, bu özgürlüğün kullanılmasına müdahale etmeme gibi negatif yükümlülüğün yanında, ifade özgürlüğünün kullanılabilmesi için 3. kişilerin fiziksel saldırı ve tehditlerinden koruma ya da basın yayın organlarının dağıtımının engellenmesini önleme gibi pozitif yükümlülükleri vardır.⁶⁹

Ulusal hukukun, AİHS fikir ve düşünce özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesini ihlal etmesi için, AİHM ulusal hukuktaki sınırlamanın AİHS'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında yer alan koşullara uygun sınırlama yapılıp yapılmadığını incelemektedir.

AİHS 10. maddesinin 2. fıkrası:

68 Adnan Küçük *İfade Hürriyetinin Unsurları*, Ankara: Liberal Düşünce Topluluğu Yayını, 2003, sf. 33

69 Osman Doğru ve Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi*, Ankara: Pozitif Matbaası, 2013, sf. 356

“Kullanılması görev ve sorumluluk yükleyen bu özgürlükler, demokratik bir toplumda, zorunlu tedbirler niteliğinde olarak, ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması veya yargı gücünün otorite ve tarafsızlığının sağlanması için yasayla öngörülen bazı biçim koşullarına, sınırlamalara ve yaptırımlara bağlanabilir.”⁷⁰

Devletin müdahalesinin ihlal sayılmaması için:

'Söz konusu sınırlama yasada öngörülmüş olmalıdır (hukukun üstünlüğü, keyfiliğe karşı hukuk güvencesi); sınırlı sayımla belirtilen amaçlara yönelik olmalıdır, aynı zamanda demokratik topluma aykırı düşmeyen ve öngörülen amaca ulaşmak için gereken ölçüde olmalıdır (gereklik irdelemesi, diğer bir deyimle ölçülülük veya oranlılık araştırması).'⁷¹

AIHS,'in söz konusu sınırlamanın yasayla öngörülmesini özel olarak vurgulamasının sebebi hukuki güvenirlik ilkesinin uzantısıdır. Böylelikle, kamu yetkililerinin keyfi uygulamalarını sınırlaması; diğer yandan, vatandaşın da hangi beyanlarının sınırlanabileceğini öngörmesini sağlamaktır. İfade özgürlüğüne sınırlama getiren söz konusu yasanın herkes tarafından ulaşılabilir olması, lafzının herkes tarafından somut olarak anlaşılabilir olması ve vatandaşın ifade özgürlüğü konusunda hak ve yükümlülüklerinin belirli olması gerekliliğidir.

Diğer bir husus söz konusu sınırlamanın yasayla öngörülmesinin yanında gerçekten de böyle bir sınırlamanın demokratik toplumda gerekli olup olmadığıdır. Söz konusu sınırlama, hoş görünün olduğu,

70 http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf

71 Şeref Gözübüyük ve Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 4. Basım, Ankara: Turhan Kitabevi. 2003, s. 373.

çoğulcu bir toplumda zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacı karşılamalıdır. Bu nedenle, sınırlamalar demokratik toplum düzeniyle uyumlu olmalıdır.⁷² Elbette demokratik toplumda böylesi bir sınırlamanın gerekli olup olmadığı konusu soyut bir konudur ve bir ölçüde yerel makamların takdir yetkisine kalmıştır. Yerel makamların takdir yetkisini makul, dikkatli ve iyi niyetle kullanıp kullanmadığı dahil somut olay tüm yönleri ile AİHM tarafından dikkatli şekilde incelenmekte, ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin 'istenilen meşru amaçlara uygun' olup olmadığı ve ulusal makamlar tarafından sunulan gerekçelerin 'ilgili ve yeterli' olup olmadığı denetlenmektedir.⁷³

'Observer ve Guardian v. İngiltere' davasında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 10. maddenin 2. fıkrasında taşıdığı anlam itibariyle 'gerekli' sıfatını, 'acil bir sosyal ihtiyacın' varlığını içerdiğini belirtmiştir. Buna göre, müdahalenin meşruluğunun denetlemede iki koşulun yani 'yasallık ve meşru amacın' saptaması fazla güçlük arz etmemektedir. Asıl güçlük "oranlılık (ölçülülük)" ve 'takdir marjı' değerlendirmesinin ön plana çıktığı 'demokratik toplumda gerekli' koşulunun irdelenmesinde ortaya çıkmaktadır.⁷⁴

AİHM basın özgürlüğü hususunda 14/09/2010 tarihli Dink v. Türkiye Kararı'nda aynen şu hususları dile getirmiştir: 'Basın, demokratik bir toplumda önemli bir rol oynamaktadır. Basın özgürlüğü aynı zamanda, belli bir dozda abartıya ve hatta provokasyona başvurmayı da içermektedir. Ulusal makamlar açısından uygulamada belli bir takdir payı bulunmakla birlikte, öncelikli olarak bu kısıtlamayı meşru kılacak zorlayıcı bir sosyal gereklilik bulunup bulunmadığının

72 Özcan Özbey, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi. Ankara: Türkiye Barolar Birliği yayınları, 2013, sf. 53 <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-106-1269>

73 AİHM, Alınak v. Türkiye kararı. No:42287/98 Karar tarihi: 29.03.2005 <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-68652>

74 Özcan Özbey, a.g.e. sf 57.

değerlendirmesini yapmak gerekmektedir. Bunun için Mahkeme, müdahaleyi konunun bütününe bakarak, ulusal otoritelerce bahse konu müdahalenin meşruiyetine ilişkin gösterilen sebeplerin yeterli ve yerinde olup olmadığını inceleyerek değerlendirmek durumundadır. Bunu yaparken de Mahkeme, ulusal makamların 10. maddenin gereklerine uygun kuralları uyguladığına ve daha da ötesi olayların kabul edilebilir bir değerlendirmesi üzerine bu kuralları hayata geçirdiğine ikna olmalıdır.' denmiştir.

AIHM'nin titizlikle incelediği bir diğer husus ise, yapılan müdahale yasada düzenlenmişse ve demokratik bir toplumda ifade özgürlüğünü sınırlaması meşru bir amaç taşıyorsa bile, yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında orantılılığı bulunmasının gerekliliğidir.

AIHM, No. 23462/94 başvuru numaralı, Arslan v. Türkiye davasında 08/06/1999 tarihinde şu kararı vermiştir: Başvuranın birey olduğunu ve görüşlerini 'devlet güvenliği', 'kamu düzeni' ve 'toprak bütünlüğü' üzerindeki potansiyel etkilerini önemli ölçüde sınırlayacak şekilde kitle iletişim yolu yerine, edebi bir eser (kitap) yoluyla açıkladığı göz önüne alındığında, kitaptaki belirli kırıncı bölümlerin Türk asıllı nüfusun son derece olumsuz bir tablosunu çizmesine ve yazıya düşmanca bir ton vermesine rağmen, şiddet, silahlı direniş ya da isyana teşvik teşkil etmediğini belirterek başvurana verilen 1 yıl 6 ay hapis cezasını orantısız bulmuş ve ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.⁷⁵ Burada Mahkeme Arslan'ın beyanlarının ifade özgürlüğü sayılamayacağına kabul etmiş ancak, verilen cezanın genel olarak ifade özgürlüğünün hakkından özgürce faydalanılması konusunda caydırıcı bir nitelik taşıdığını ifade etmiş. Bu sebeple söz

⁷⁵AIHM, Arslan v. Türkiye Davası No. 23462/94, Karar Tarihi: 08/06/1999
<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-120798>

konusu cezasının orantılılık açısından, AİHS 10. maddesini ihlal ettiği kanısına varmıştır.

AİHM yine de hatırlatmaktadır ki, AİHS'nin 10/2 maddesi siyasi söylem ya da kamu yararı konularında düşünce özgürlüğünün kısıtlanmasına hemen hiç mahal vermemektedir. (Wingrove, Birleşik Krallık, 25 Kasım 1996, &58 Derleme 1996-V, ve Seher Karataş Türkiye, No:33179/96, &37, 9 Temmuz 2002). Üstelik, kabul edilebilir eleştirinin sınırları, eleştiri eğer siyasi bir kişiye yönelmişse daha da geniştir. Öte yandan, Hükümetin işgal ettiği hâkim konumunu, özellikle de muhaliflerinin yersiz eleştirilerine karşı kullanabileceği farklı araçlar olduğu durumlarda, yasal cezalandırma yolunu kullanmaktan alıkoyar. (Incal, Türkiye, 9 Haziran 1998, &54, Derleme 1998-IV). Sonuç olarak, tartışma konusu sözlerin bir bireye, Devlet'in bir temsilcisine ya da toplumun belli bir kesimine karşı şiddet kullanımını teşvik edici karakterinin bulunduğu durumlarda, ulusal makamların düşünce özgürlüğünün kısıtlanması gerekliliğinin incelenmesi konusunda daha geniş bir hareket alanı bulunmaktadır.⁷⁶

AİHM yukarıda bahsi geçen kararda olduğu gibi, her ne suretle olursa, olsun şiddete çağırان, nefret söylemi içeren hiçbir ifadeyi korumamaktadır.

Diğer yandan Anayasa'nın 26. maddesinde ifade edilen fikir ve düşünce özgürlüğüne sınırlama getirilmesinin koşulları aynı maddenin ikinci fıkrasında da düzenlenmiştir. Buna göre:

'Bu hürriyetlerin kullanılması, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin

76 AİHM, Dink v. Türkiye Kararı, No: 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 ve 7124/09, Karar Tarihi: 14/09/2010 <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-126590>

açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarını yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.' denmektedir.

Ancak yasada yer alan kamu düzeni, kamu güvenliği gibi terimler oldukça soyut terimlerdir. Bu ifadelerin içeriğinin nasıl düzenleneceği, söz konusu dönemdeki siyasi şartlarla yakından ilgilidir.

Aynı zamanda ifade özgürlüğünün sınırlandırılması Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan genel sınırlamalara da tabidir.

Anayasa, "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 laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."⁷⁷ diyerek adeta AİHM'nin koymuş olduğu ilkelere yaklaşmıştır. Ancak buna rağmen uygulamada fikir ve düşünce özgürlüğü olarak değil, daha çok baskıcı bir rejimin uzantısı olan hakaret suçu çerçevesinde beyanların değerlendirildiğine şahit olmaktayız.

c. Cumhurbaşkanı Hakaret Suçu Konusunda Yerel Mahkeme Kararları

Ancak uygulamada AİHM kararları ve yukarıda bahsi geçen Yargıtay 18. Ceza Kurulu'nun aksine kararların çokça çıktığını görmekteyiz.

İzmir Valiliği Eğitim Sen'in organize ettiği 13 Şubat Laik ve Bilimsel Eğitime sahip çıkmak için grev düzenleme kararını, genelgeyle yasakladı. Bu durumu protesto eden, Birleşik Haziran Hareketi İzmir

77 TC Anayasası (1982, Resmi Gazete Tarihi: 7/11/1982. No: 2709
<https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa82.htm>

İl Koordinasyon Kurulu'ndan Onur Kılıç, eylem sırasında “Hırsız Katil Erdoğan” sloganını atarak cumhurbaşkanına hakaret ettiği iddiası ile Terörle Mücadele Şubesi'nden polislerin yaptığı ev baskını ile gözaltına alındı.⁷⁸ Onur Kılıç daha sonrasında tutuklandı ve 14 gün sonra 26 Şubat 2015 günü serbest bırakıldı. Onur Kılıç'ın yargılanmasına devam edilmektedir.⁷⁹

Nitekim Onur Kılıç gözaltına alınmasını ve tutuklanmasını protesto edenler tarafından çeşitli eylemler ve basın açıklamaları düzenlenmiştir. Söz konusu, basın açıklamalarından birinde 'Hırsız Katil Erdoğan' sloganının atan herkes Cumhurbaşkanına hakaret suçlamasıyla gözaltına alınmıştır.

Kocaeli 9. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2016/81 Esas sayılı dosyasında vermiş olduğu 09/03/2017 tarihli kararıyla, Kocaeli İzmit'te Birleşik Haziran Hareketi tarafından düzenlenen “Laik ve Bilimsel Eğitim için Ayaktayız” eylemlerinde atılan “Hırsız Katil Erdoğan” sloganlarının cumhurbaşkanına hakaret olduğuna hükmetti. Aralarında EMEP, KP ve CHP üyelerinin de bulunduğu 12 kişiye 11 ay 20 gün hapis cezası verdi ve bu hapis cezaları Mahkeme tarafından 7 bin 200 lira cezasına çevrildi. Karar henüz kesinleşmedi.⁸⁰

Ş.C. Atalay, A. M. Yapıcı, Ö. F. Eminağaoğlu, E. Öztürk, M. Ş. Altan, A. Taş, O. Aydın hakkında 2016/5957 sayılı iddianame ile “sanıkların Birleşik Haziran Hareketi” adı altında birleştikleri.. Taksim Gezi Parkı eylemleri olarak bilinen eylemlere katılan kalabalık kitleye karşı tepki verecek olan Ak Parti, seçmen kitlesinin

78 'Cumhurbaşkanına hakareten ev baskını'
<http://bianet.org/kurdi/insan-haklari/162237-cumhurbaskanina-hakaret-ten-ev-baskini>

Erişim Tarihi: 12 Şubat 2015
79 'Erdoğan'a hakaret iddiasıyla tutuklanan Onur Kılıç serbest bırakıldı.'
<http://t24.com.tr/haber/erdogana-hakaret-iddiasıyla-tutuklanan-onur-kilic-serbest-birakildi,288689>

Erişim Tarihi: 26 Şubat 2015
80 'TKP ve EMEP il başkanlarına Erdoğan'a hakareten ceza'
<http://haber.sol.org.tr/toplum/tkp-ve-emep-il-baskanlarina-erdogana-hakareten-ceza-188349>
Erişim Tarihi: 9 Mart 2017

meydanlara çıkıp tepki vererek gergin ve çatışmacı bir ortam oluşmasına yönelik olarak söylenen sözü; söyleyiş amacının dışında yorumlayacak şekilde; yine Kamuoyununun 17/25 Aralık soruşturma dosyaları olarak bilinen yolsuzluk dosyalarında haksız şekilde para edinildiği algısını teyit eder şekilde yorum yapmak sureti ile 'Milyonları Evde Zor Tutuyoruz Dedik İnanmadınız' şeklinde afiş astıkları belirtilmiştir. Aynı afişin kenarında cumhurbaşkanının resminin de bulunduğu, ibarenin yazılı olduğu afişin yan tarafında ise, 17/25 Aralık soruşturmasında kamuoyu desteği almak için kullanılan ayakkabı kutularında para ele geçirildiği söylemi doğrultusunda, ayakkabı kutusu içerisinde para resimleri koyulmuştur. Cumhurbaşkanının kendi seçmen kitlesini meydanlara sürmemek için “milyonları evde zor tutuyoruz” ibaresi, sanki usulsüz bir şekilde milyonlarca para elde edilip evde ayakkabı kutularında saklanıyormuş gibi bir algı oluşturmak sureti ile cumhurbaşkanına hakaret edildiği iddia edilmiştir. Ayrıca söz konusu gösteri esnasında bir kısım slogan atmaları sureti ile de cumhurbaşkanına hakaret ettikleri iddia olunmuş ve haklarında İstanbul 5. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2016/120 e. sayılı dosyasında dava açılmıştır.

BirGün Gazetesi yayın danışmanı ve yazarı Barış İnce'ye 17-25 Aralık soruşturmalarında açığa çıkan yolsuzluk iddialarını 'Ceplerine duble yol yapmışlar' başlığıyla haberleştirmesi üzerine hakkında Cumhurbaşkanı Erdoğan ve oğlu Bilal Erdoğan'a hakaret ettiği iddiasıyla açılan davada 'akrostişli savunma' yapmıştır. Barış İnce'nin mahkemeye sunduğu savunmasındaki paragrafların ilk harflerinin 'Hırsız Tayyip' ifadesini oluşturması gerekçesiyle İnce'ye ikinci kez cumhurbaşkanına hakareten suçunun oluştuğu gerekçesiyle İstanbul

2. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 08/03/2016 tarihli kararı ile 21 ay hapis cezası verilmiştir ve ceza ertelenmemiştir.⁸¹

Sinop 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2016/443 Esas sayılı dosyasında Ö. kalfa, T. Kocabaş, Ö. Çolak, N. S. Akpınar, M. S. Bekiroğlu hakkında, 13/05/2015 tarihinde Sinop'ta KESK Binasının önünde toplanan grubun ellerindeki pankartı açarak yürüyüşe geçtikleri ve 'Soma'yı Unutma, Unutturma', 'Kaza Değil Katliam', 'Hırsız Katil Erdoğan', 'Haziran Güm Güm Güm', 'Kaza Değil, Katliam, Yüreğimiz Soma'da' şeklinde slogan atarak, Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan'ı halk nezdinde küçük düşürücü, onur ve saygınlığını zedeleyecek ifade ve isnatlarda bulduklarının tespiti ile cumhurbaşkanına hakaret ettikleri iddiası ile dava açılmıştır. Ancak suçun unsurlarının oluşmaması nedeni ile beraatlarına karar verilmiştir. Nitekim, karara Sinop Cumhuriyet Başsavcılığı itiraz etmiş, karar Yargıtay tarafından bozulmuş ve sanıklar hakkında yeniden yargılama başlanmıştır.

Kocaeli 5. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2016/574 Esas sayılı dosyasında Komünist Parti üyesi, Ç. Özkan, E. Türker, B. Turgut, H. E. Demirel ve O. Yılmaz hakkında "1 Kasım seçimlerine yönelik Komünist Parti tarafından dağıtılan bildirilerde, Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan'a hakaret içeren ibarelerinin yer aldığı, broşürde 'deli, diktatör' denilerek cumhurbaşkanının aşağılandığı; cinayetlere, savaş suçlarına, katliamlara ortak olduğu, bunlar için emri veren, silah tedarik eden birisi olarak gösterilerek rencide edildiği' iddiası ile TCK 299/1-2 madde uyarınca cezalandırılmaları istemi ile dava açılmıştır. Sanıkların yargılanmasına devam edilmektedir. Halbuki, söz konusu seçime Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan

81 <http://www.birgun.net/haber-detay/baris-ince-ye-hapis-cezasi-105765.html> Erişim Tarihi: 8 Mart 2016

katılmamış, bildiri Komünist Parti tarafından basılmış, Basın Kanunu uyarınca zorunlu bilgileri barındırmış ve kimseye yönelik de somut olgu isnadında bulunmamıştır bildiri içeriğinde. Bu nedenle söz konusu davanın açılması dahi hukuka aykırıdır.

İstanbul 62. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2017/21 E. sayılı dosyasında ise O. Aydın hakkında, kendisine ait facebook hesabında Lübnan asıllı Brezilyalı karikatürist Carlos Latuff'un karikatürünü, 'RTE'nin Küba ziyaretini çizdi' şeklinde yorum yazarak paylaştığı; Times gazetesinde yayınlanan 'Erdoğan ve Merkel ve köle pazarlığı. TIME' yazılı, Morten Morland imzalı karikatürü paylaştığı; Steve Bell tarafından çizilen ve İngiliz Guardian gazetesinde yayımlanan Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan'ın bir toma üzerinde çizilmiş yüzünden dışarı doğru su fişkırttığı şeklinde kurgulanmış karikatürün yanına 'TOMAKRASI REJİMİ in Turkey' yorumu yapılarak paylaştığı; Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan'ın Adolf Hitler'e benzetilen bir resmini paylaştığı; Ömer Hayyam'ın şiiri gibi paylaşımları nedeniyle "Cumhurbaşkanına alenen hakaret" ettiği gerekçesi ile hakkında dava açılmıştır. Mahkeme O. Aydın'ın 11 ay 20 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına ve cezanın 5 yıl süreyle ertelenmesine karar vermiştir.

İstanbul 59. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2016/385 E. sayılı dosyasında sanıkların 'hakaret davası açılacaksa, hırsıza hırsız, katile katil demeyenlere insanlığa hakaret ettikleri için açılmalıdır. Hırsızlar, diktatörler gelip geçer adalet bir gün sağlanır. Gerçeği söylemekten sakınanların adaletsizliğe boyun eğenlerin utancı kalır. Utananlardan olmayın, İmzalayın. Gerçekler Erdoğan'dan güçlüdür.' başlıklı metnin içeriğinde; kendisine hırsız ve katil, diktatör ve gerici denildiği için yüzüne Hitler bıyığı yapıştırıldığı ve yakıştırıldığı için, değirmenin suyunun nereden geldiği sorulduğu için iki bine yakın hakaret davası

açtı ya da açtırdı. Hiç sıkılıp çekinmeksizin halka, akla, bilime, muhalefete hakaret etmeye devam ederken, insanlara kendisine hakaret edildiği iddiasıyla yeni davalar açmayı sürdürüyor. Onun liderliğindeki Türkiye’de sömürü, yağma, talan, hak ve özgürlükleri ihlalleri de sürüyor' ifadelerinin bulunduğu tespit edilmiştir. Metni imzalattıkları ve bu esnada “Hırsıza hırsız, katile katil demeye devam edeceğiz, Erdoğan’dan korkmuyoruz şeklinde slogan attıkları, bu suretle cumhurbaşkanına hakaret ettiği iddiası ile dava açılmıştır. Sanıkları yargılanmasına devam edilmektedir.

İstanbul Anadolu 2. Asliye Ceza Mahkemesi’nin 2016/449 esas sayılı dosyasında sanık O. N. S. Çutsay hakkında, Boyun Eğme adlı derginin 14. sayısının 14. sayfasında 'Hitler’den Erdoğan’a Bir Yol Mu Var?' başlıklı yazısında yer alan Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan’ı hedef alan 'Sonunun pek iyi olmayacağı duygusuna kapıldığı anlaşılan ve ilk derdi çok yetkili bir devlet başkanı kimliğiyle cumhuriyetçi kazanımlardan geriye kalan son birkaç parçayı da gömerek Türkiye’yi yerle yeksan etmekte olan İslamcının, akli melekelerinin pek güvenilir olmadığı, emperyalist başkentlerin kayıtlarına girmiş sayılmalıdır' şeklindeki ifadelerin cumhurbaşkanına hakaret içerdiği iddia olunmuştur.

Aynı dosyada sanık K.İ. Okuyan’ın kaleme aldığı 'Erdoğan Batının Öncü Kuvvetidir' başlıklı yazıda yer alan 'Emperyalizm Hitler’i meşrulaştırmaya şiddetle gereksinmektedir. Hitler halklar için kölelik, uluslararası, tekeller için özgürlüktür. Tıpkı Erdoğan gibidir.' şeklindeki ifadelerin cumhurbaşkanına hakaret içerdiği iddia olunmuştur.

Adı geçen derginin sorumlu müdürü ve bağlı bulunduğu yetkilisi olan V. Algan’ın, 'Komünistlerin Yanıtıdır' başlığı ile yayımlanmasını sağladığı ve eser sahibi belli olmayan yazıda yer alan 'Türkiye yeni

yıla evlere giren roket mermileri, top sesleri, sokaklarda kalan cesetler ve çocuk cenazeleri ile girdi. Artık ilan edilmiş bir savaş var. Herkes barıştan söz ediyor ama diller barış derken eller savaşıyor. Yıllarca analar ağlamasın sömürsünü yapan, diktatör şimdi milyonlarca insanın anasını ağlatıyor' şeklindeki ifadelerin cumhurbaşkanına hakaret oluşturduğu iddiası ile aynı dosyada hakkında dava açılmıştır.

İstanbul Anadolu 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 16/682 esas sayılı dosyasında Boyun Eğme adlı derginin 47. sayısını 7. sayfasında, yer alan yazarı belirsiz 'Solcu Liseliler yola çıktı' başlıklı yazının içeriğinde 'Birbirinin aynısı iki bloğa, Tayyip'e, Fettullah'a, yobazlıkta birbiri ile yarışan tüm tarikat örgütlerine bir savaş başlattı..' altında da 'Kol kola girip senelerdir sinsi sinsi sırttınız. İtaat etmeyi, boyun eğmeyi, şükretmeyi örgütlediniz. Şifrelerle, hırsızlıkla hayatımızı çalmaya yeltendiniz. Tecavüzcü ensarcıları üzerimize saldınız. Çaldıkça çaldınız, semirdikçe semirdiniz... Emri ben verdim diye ortalıkta avaz avaz bağırın, Berkin'in katili ve suç ortakları... Katillerinizi, hırsızlarınızı ve teavüzcülerinizi de alıp defolup gidin okullarınızdan ve ülkemizden' şeklinde ifadeler yer aldığı ve bu suretle cumhurbaşkanına hakaret ettiği iddia edilip derginin sorumlu yazı işleri hakkında dava açılmıştır. Sanık hakkında yargılanmaya devam edilmektedir.

Edirne 5.Asliye Ceza Mah. 16/238 esas sayılı dosyasında, müvekkillerin 'Türkiye Dinsel Kurumlarla Yönetilemez' başlıklı olduğu ve üzerinde Sayın Cumhurbaşkanımız Recep Tayyip Erdoğan ile Diyanet İşleri Başkanı Sayın Prof. Dr. Mehmet Görmez'in resimlerinin bulunduğu bildiri dağıttıkları ve aynı metnin sonunda resmin üst kısmında 'Yobazlara Boyun Eğme, Geleceğine Sahip Çık' ibaresinin bulunduğu, cumhurbaşkanına bu suretle hakaret ettikleri

iddiası ile haklarında dava açılmıştır. Sanıkların yargılanmasına devam edilmektedir.

Bandırma 2. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2015/790 Esas sayılı dosyasında sanık A. Tankaş hakkında facebook hesabından, Komünist Partisi tarafından hazırlanan ve Komünist Partiye ait olan sosyal medya hesaplarından paylaşmış oldukları "Komünist Parti o 'suça' ortak Hırsız Katil Eroğan" yazısının ve Recep Tayyip Erdoğan'ın görselinin bulunduğu paylaşım yoluyla sanığın Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan'a hakaret ettiği iddiası ile hakkında dava açılmıştır. Yapılan yargılama sonucunda 2016/320 sayılı kararı ile 11 ay 20 gün hapis cezası ile cezalandırılmış ve 5 yıl süre ile hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiştir.

Zile Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2015/395 esas sayılı dosyasında sanık C. Kılınc'ın facebook hesabından Komünist Partisi'nin hesaplarından paylaşılan 'Komünist Parti o 'suça' ortak Hırsız Katil Erdoğan' ve Recep Tayyip Erdoğan'ın görseli bulunduğu Komünist Parti tarafından hazırlanan afişi paylaşmıştır. Mahkeme 2015/808 Karar sayılı kararı ile sanığı 11 ay 20 gün hapis cezası ile cezalandırılmış ve 5 yıl süre ile hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiştir.

5. Cezayı Ağırılaştırıcı Hal: Suçun Aleni Bir Şekilde İşlenmesi

5237 Sayılı TCK'nın 299. maddenin ikinci fıkrası cumhurbaşkanına hakaret suçunun alenen işlenmesi halinde suçun cezasını artırılmasını öngörmüştür.

Aleniyet için aranan temel ölçüt, fiilin gerçekleştiği koşullar itibarıyla birden fazla kişi tarafından algılanabilir olmasıdır.

Örneğin, sokağa bitişik bir evin kapı ve pencerelerinin açık bırakılması suretiyle tahkir fiilinin yüksek sesle işlenmesi, fiilin sokak kenarında, bir bahçede işlenmesi, ev içinde olmakla birlikte, hakaret içeren sözlerin pencereden işitilebilme olanağının bulunması, açık ve genel yola yönelik bir kapı holünde veya sokağa bakan bir pencereden bağırarak işlenmesi durumlarında aleniyet unsuru gerçekleşir.⁸²

6. Cumhurbaşkanına Hakaret Suçu İçin Sadece Hapis Cezası Öngörülmesi Sorunu

Daha önce de belirttiğimiz gibi, kanun koyucu cumhurbaşkanına hakaret suçunu işleyen failin bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmasını; bu suçun aleni ile işlenmesi halinde, beşte biri oranında artırılmasını öngörmüştür.

'AHİM, mahkûmiyet kararının ilke olarak siyasi konuşma alanında bir suç için hapis cezasının verilmesinin sadece olağandışı durumlarda, özellikle diğer temel hakların ciddi şekilde ihlal edildiği, örneğin nefret söylemi ya da şiddete tahrik etme durumlarında (örneğin Bingöl v. Türkiye; Cumpănă ve Mazăre v. Romanya davaları) Sözleşmenin 10. maddesi tarafından garanti altına alınan ifade özgürlüğü ile uyumlu olacağını' belirtmiştir.⁸³ Bunun dışında, cumhurbaşkanına özel bir yasa hazırlanarak daha fazla korunması, AİHM'nin siyasilerin kişiliklerinin daha az korunması gerektiği ilkesiyle çelişmektedir. (Colombani ve Diğerleri v. Fransa; Pakdemirli v. Türkiye; Artun ve Güvener v. Türkiye Kararları)

82 Ali Parlar ve Muzaffer Hatipoğlu, a.g.e 2008 s. 24-25

83 Kolbüken, Bilal, Cumhurbaşkanına Hakaret Suçu Üzerine Bir Deneme, Ankara Barosu Dergisi Sayı: 2015/3 <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2015-3/01.pdf>

AIHM'ye göre hakaret davalarında verilen hapis cezası infaz edilmese dahi, sadece madde içeriğinde bulunması orantısızlık yaratmaktadır.⁸⁴ Gazetecilerin hapis cezası tehdidi altında olması, demokrasinin gelişmesinde büyük bir tehlikedir. AIHM ancak hapis cezasının şiddet ve nefret içerikli söylemler için öngörülmesini, diğer halde haksız olacağına hükmetmiştir.

Hapis cezası yerine, para cezasının öngörülmesi de bazı hallerde, orantısızlık yaratmaktadır ve ifade özgürlüğünü kısıtlayan bir hal haline gelebilecektir. AIHM, Eon v. Fransa davasında 30 Euro ceza bile kişileri ifade özgürlüğünü kullanmaktan caydırabileceğini ifade etmiştir

D. Cumhurbaşkanı Hakaret Suçu Nedeniyle Yapılan Haksız Tutuklamalar

Cumhurbaşkanına hakaret suçunda en çok karşılaşılan sorun gece yarısı baskını ile gözaltına alınan kişiler ve haksız yere tutuklanan şüphelilerin durumudur. Örneğin Konya'da 'Devrim şehidi' Kubilay'ı anma töreninde yaptığı konuşmada Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan'a hakaret ettiği ileri sürülen lise öğrencisi 16 yaşındaki M.E.A., okulundan gözaltına alınmıştır; daha sonrasında ise Mahkeme tarafından tutuklanmıştır.⁸⁵

Yine 16 Şubat 2017 tarihinde, Düzce'de sosyal medya hesabından Cumhurbaşkanı hakaret ettiği gerekçesiyle gözaltın alınan bir kişi Mahkeme tarafından tutuklanmıştır.⁸⁶

84 AIHM, Cumpna ve Mazare v. Romanya Davası No: 33348/96, Karar Tarihi: 17.12.2004 <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-67816>

85 'Konya'da 16 yaşında liseli genc cumhurbaşkanı Erdoğan'a hakareten tutuklandı.' <http://www.hurriyet.com.tr/konyada-16-yasindaki-liseli-genc-cumhurbaskani-erdogana-hakareten-tutuklandi-27839981> Erişim Tarihi: 25 Aralık 2014

86 'Cumhurbaşkanına hakarete tutuklama' <http://www.sabah.com.tr/gundem/2017/02/16/cumhurbaskanina-hakarete-tutuklama> Erişim Tarihi: 16 Şubat 2017

13 Mart 2017'de Nevşehir'de, Emniyet Müdürlüğü Terörle Mücadele Şube ekipleri sosyal paylaşım sitesi hesabından cumhurbaşkanına hakaret ettiği iddiası ile gözaltına alınan bir kişi Mahkeme tarafından tutuklanmıştır.⁸⁷

Erkan K. Edirne'nin İpsala İlçesi'nde kendisine ait Facebook hesabından Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan'a hakaret ettiği gerekçesiyle tutuksuz yargılanmak üzere serbest bırakılmıştır. Savcılık tarafından yapılan itirazının ardından, Erkan K. elektronik kelepçeli ile ev hapsine tabi tutulmuştur.⁸⁸

Yukarıda bahsettiğimiz gibi haberlere benzer, gözaltı ve tutuklamalar ile pek çok yerde karşılaşmak mümkündür. Ancak söz konusu tutuklamalar ceza muhakemesi kanuna aykırı olarak icra edilmektedir. Adeta siyasi baskı nedeniyle tutuklama ve gözaltılar bir ceza olarak uygulanmaktadır.

Ceza hukukunun ilkeleri uyarınca ise, tutuklama en son tedbirdir ve ancak belli şartlar altında uygulamalıdır. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 100. maddesine iki unsur aramış bunlardan biri şüphelinin-sanığın o suçu işlediğine dair kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren olguların bulunmasıdır. Diğer hal ise tutuklama nedeninin yani şüphelinin-sanığın kaçması, saklanması veya kaçma şüphesini uyandıran somut haller varsa; şüpheli veya sanığın delilleri yok etme, gizleme; tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma; Ayrıca CMK 100. madde içeriğinde yer alan katalog suçlardan birinin somut olayda olması halinde tutuklama kararının verilebileceğini söylemiştir. Bu suçlar ise

87 'Cumhurbaşkanına hakareten tutuklandı'

<http://www.hurriyet.com.tr/cumhurbaskanina-hakareten-tutuklandi-40393284> Erişim Tarihi: 13 Mart 2017

88 'Erdoğan'a hakaret davasında ilginç karar'

http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/turkiye/365773/Erdoğan_a_hakaret_davasinda_ilginç_karar.html Erişim Tarihi: 10 Eylül 2015

şöyledir: soykırım, kasten öldürme; silahla işlenmiş kasten yaralama ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama; işkence; cinsel saldırı, çocuklara cinsel saldırı; hırsızlık ve yağma; uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti; suç işlemek amacıyla örgüt kurma; devletin güvenliğine karşı suçlar; anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar; ateşli silahlar ve bıçaklar ile diğer aletler hakkında kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı suçları; Bankalar Kanununun 22. maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu; Kaçakçılık Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar; Kültür ve Tabiat Varlıklarının Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar; Orman Kanununun 110 uncu maddesinin dört ve beşinci fıkralarında tanımlanan kasten orman yakma suçları hakkında tutuklama karar verilebilecektir.

5271 Sayılı CMK'nın 100. maddesinde sayılan tutuklama sebeplerinin varlığını gösteren katalog suçlar incelendiğinde 5237 Sayılı TCK 299. maddede düzenlenen Cumhurbaşkanına hakaret suçunun katalog suçlar arasında sayılmadığı açık bir biçimde görülmektedir.

Dava açılması izne bağlı bir suçtan dolayı kişiler hakkında tutuklama ve adli kontrol kararı verilmesi de açıkça hukuka aykırıdır. Çünkü Adalet Bakanı'nın kovuşturma izni verip vermeyeceği, yani davanın açılmasına rıza gösterip göstermeyeceği belli değildir. Davanın, suçun işlendiğinin kabulü halinde dahi açılıp açılmayacağı izne bağlı olması ve belirsiz olduğu için adli kontrole tabi tutulmanın veya tutuklama kararının verilmesi açıkça hukuka aykırıdır.

Kaldı ki, içeriğinde cumhurbaşkanına hakaret olduğu iddiası olan süreli veya süresiz eser, paylaşılmış olan tweet veya facebook paylaşımlarında, görüntüleri olan bir eylemde atılan sloganlarda zaten söz konusu ifadenin olup olmadığı tespit edilebilir durumdadır.

Çoğunlukla, basılı eser, sosyal medyada paylaşılan ifadenin, karikatürün ekran görüntüsü veya eylemin video kaydı dosya içeriğinde bulunmaktadır. Yani cumhurbaşkanına hakaret içerdiği iddia olunan ifadenin tam olarak ne olduğu ve o kişi tarafından söylenip söylenmediğinin tespiti mümkündür. Dosya içeriğinde karartılacak bir delil, baskı altına alınabilecek bir tanık bulunmadığı pek çok halde, şüphelinin veya sanığın tutuklanmasına karar verilmektedir.

Bunun dışında gerçekten de kişi cumhurbaşkanına sinkaflı sözler varsa, yani hakaret suçunun oluştuğuna dair kuvvetli şüphe olsa dahi işlenen suç ile öngörülen ceza arasında ciddi bir orantısızlık bulunmaktadır.

Nitekim, tutuklama açısından orantılılık 5271 Sayılı CMK'nın 100/1 fıkrasında "İşin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez." denilerek açıkça ifade edilmiştir.⁸⁹

Diğer yandan söz konusu suç için kovuşturma izninin verilip verilmeyeceği de belli değildir. Hal böyle iken, kişinin katalog suçlarda yer almayan, delillerin dosya içeriğinde bulunuyor olmasına rağmen şüpheli ve sanıklar hakkında tutuklama kararının verilmesi hakkaniyete aykırı bir durum yaratmaktadır.

E. Cezayı Azaltan veya Kaldıran Sebeplerin Uygulanmasında Cumhurbaşkanının Sorumsuzluğu Sorunu

Bilindiği üzere ceza hukukunda cezayı azaltan veya kaldıran haller mevcuttur. 5287 sayılı TCK'nın 129. maddesinde haksız fiilinin

89 Hançerli, Mehmet Uğur, (Danışman Prof. Dr. Mustafa AVCI) Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2009
http://acikerisim.selcuk.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/594/Mehmet_Ugur_Hance_rli_Tez.pdf?sequence=1

haksız bir fiilin işlenmesi halinde, kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi veya karşılıklı hakaret olarak suçun işlendiği hallerinde verilecek cezanın azaltılması veya hakaret edilirken isnad edilen fiilin ispat edilmesi halinde de hakaret edene cezanın verilemeyeceği öngörülmüştür. Bu hallerin uygulanabilmesi için her şeyden önce cumhurbaşkanının eylem ve söylemlerinin haksız olduğunun tespiti; haksız fiilinden de sorumluluğunun olması gerekmektedir.

1982 tarihli Anayasamızın 105. maddesine göre,

“Sorumluluk ve Sorumsuzluk Hali

Madde 105

Cumhurbaşkanının, Anayasa ve diğer kanunlarda Başbakan ve ilgili bakanın imzalarına gerek olmaksızın tek başına yapabileceği belirtilen işlemleri dışındaki bütün kararları, Başbakan ve ilgili bakanlarca imzalanır; bu kararlardan Başbakan ve ilgili bakan sorumludur.

Cumhurbaşkanının resen imzaladığı kararlar ve emirler aleyhine Anayasa Mahkemesi dahil, yargı merciilerine başvurulamaz.

Cumhurbaşkanı, vatana ihanetten dolayı, Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tam sayısının en az üçte birinin teklifi üzerine, üye tamsayısının en az dörtte birinin vereceği kararla suçlandırılır.”

105. maddenin lafzı incelendiğinde cumhurbaşkanı vatana ihanet dışında suçlanamaz denmemektedir. İlgili maddenin 3. fıkrasında ise, cumhurbaşkanının vatana ihanetten suçlanabilmesi için koşulları ortaya koymaktadır. Diğer yandan kanun maddesinde 'tek başına yapabileceği belirtilen işlemleri dışındaki' işlemlerinden kişisel sorumluluğu olduğu açıktır. Yani vatana ihanet dışında cumhurbaşkanının yargılanamayacağı ifade edilemeyecektir. Kanun

hükmünden istisna tutulmadıkça genel kural gereği tüm bireyler gibi Cumhurbaşkanı da kişisel suçlarından dolayı sorumludur.⁹⁰

1961 ve 1982 Anayasaları cumhurbaşkanının dokunulmazlığına ilişkin düzenlemeye gitmediğine göre bu boşluğu, yorumla, kıyas yoluyla doldurmanın imkânı yoktur. 1961 Anayasası'nın 98. maddesi ve 1982 Anayasası'nın 105. maddesi, cumhurbaşkanının sadece görev suçlarından sorumsuzluğunu düzenlemiştir. Bu düzenlemelerin karşıt anlamlarından çıkan sonuç, cumhurbaşkanının kişisel suçlarından sorumlu olduğudur.⁹¹

Peki kişisel suçlardan sorumluluğu olan cumhurbaşkanının dokunulmazlıktan yararlanması mümkün müdür? 1982 Anayasası cumhurbaşkanının dokunulmazlığı hususunda bir madde içermemektedir. Ramazan Cengiz Derdiman ve Kemal Gözler gibi yazarlar cumhurbaşkanını dokunulmazlığı hususunda, milletvekillerinin dokunulmazlığı düzenlemesinin kıyasen uygulanamayacağını bu boşluğun anayasa değişikliği ile doldurulması gerektiğine haklı olarak işaret etmektedirler.⁹² Anayasa yapıcının, cumhurbaşkanının suç işlemeyeceği kanısıyla dokunulmazlık gibi bir madde düzenlemediği açıktır.

Bu durumda, cumhurbaşkanı tek başına yaptığı işlemlerden dolayı sorumlu ise ve anayasa cumhurbaşkanına özel bir dokunulmazlık öngörmediği ve milletvekillerine uygulanan dokunulmazlığın cumhurbaşkanına kıyasen uygulanamayacağı düşüncesiyle cumhurbaşkanının işlediği suçlardan yargılanması mümkündür. Bu

90 Kemal Gözler. *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Bursa: Ekin yayınevi 2007, s. 394

91 Kadir Aktaş, *Yasama Dokunulmazlığının Kapsamı*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi sayı: 84, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları 2009, s. 270

<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2009-84-550>

92 Ramazan Cengiz Derdiman, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları ve Türk Anayasa Düzeni*, Bursa: Alfa yayınları, 2006, s.487

suretle karşı taraf içinde ceza sorumluluğunu azaltan veya artıran sebeplerin uygulanmasının imkanı bulunmaktadır.

F. Cezayı Azaltan Sebeplerin Uygulanması

1.Karşılıklı Hakaret, Haksız Bir Fiile Tepki Olarak ve Kasten Yaralama Suçuna Tepki Olarak Hakaret

5237 sayılı TCK'nın 129. maddesinde "haksız bir fiile tepki olarak hakaret", "kasten yaralama suçuna tepki olarak hakaret" ve "karşılıklı hakaret" suçları düzenlenmiştir. Madde şöyledir:

"Haksız fiil nedeniyle veya karşılıklı hakaret

MADDE 129.

(1) Hakaret suçunun haksız bir fiile tepki olarak işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte birine kadar indirilebileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir.

(2) Bu suçun, kasten yaralama suçuna tepki olarak işlenmesi halinde, kişiye ceza verilmez.

(3) Hakaret suçunun karşılıklı olarak işlenmesi halinde, olayın mahiyetine göre, taraflardan her ikisi veya biri hakkında verilecek ceza üçte birine kadar indirilebileceği gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir."

5237 Sayılı TCK'nın 129/1 maddesindeki özel haksız tahrik halinin uygulanabilmesi için fiilin haksız bir fiil olması yeterli olup, aynı zamanda suç teşkil etmesi gerekmez⁹³ Haksız tahrik halinde, hakaret fiili ani bir öfkenin sonucu olup, haksız fiilden hemen sonra haksız fiili yapana karşı yöneltilmiş olması gerekir⁹⁴

93 Veli Özer Özbek, *Şerefe Karşı*, Hukuk ve Adalet Dergisi, Nisan 2005, Yıl: 2, S. 5, Ankara: Legal yayıncılık s. 257

94 Gürdoğan Özkan a.g.e. s. 244

Görüldüğü üzere kasten yaralama suçuna tepki olarak hakaret suçu işlendiğinde faile ceza verilmeyecektir. Burada adeta yasa koyucu kişinin yaşamış olduğu bedensel acı ve manevi zarar karşısında o psikoloji içerisinde hakaret edebilmesini cezasızlık sebebi olarak işlemiştir.⁹⁵ Hakaret, kasten yaralama eylemini gerçekleştirene yöneltilmelidir.⁹⁶

Ceza sorumluluğunu azaltan bir diğer hal ise karşılıklı hakarettir. Her iki suçun da 5237 Sayılı TCK'nın 125. maddesi anlamında hakaret suçunu oluşturması gerekir. Bu hükmün özel tahkir suçları (örneğin, TCK m. 301) için uygulanması mümkün değildir. Taraflardan biri somut bir fiil veya olgu isnat etse, diğeri sövmek suretiyle hakaret suçunu işlese yine 129. maddenin 3. fıkrası tatbik edilir.⁹⁷

İlk hakaret eden kişiyi fiilinin haklı bir sebebe dayanmaması gerekir. Örneğin terbiye hakkı çerçevesinde oğlunu azarlayan babaya, oğlunun hakaret ederek karşılık vermesi halinde bu hüküm uygulanmaz.⁹⁸

Hakaret suçunun karşılıklı olarak işlenmesi durumunda, hâkime 'olayın mahiyetine göre', her iki tarafın veya taraflardan birinin cezasını indirmek veya ceza vermekten vazgeçmek konusunda takdir yetkisi verilmiştir.⁹⁹

Buradaki özel hallerin hiçbiri cumhurbaşkanına hakaret suçu üzerinde uygulanmamıştır. Örneğin basına çokça yansıyan ve oldukça tepki gösterilen Cumhurbaşkanı'nın Berkin Elvan'ın annesi olan Gülsüm Elvan'ı yuhalatmasını bu suç kapsamına nasıl değerlendirmek gerekir.

95 Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, a.g.e. 2016, s. 250; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, ve R. Murat Önok, a.g.e. 2017 s.442

96 Çetin, Erol: Yeni Türk Ceza Yasasındaki Hakaret Suçları 2. Baskı, Ankara 2007, s. 102

97 <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2007-68-286>

98 Erman, Sahir, *Hakaret ve Sövmeye Suçları*, 2. Baskı, İstanbul, 1989, s. 3; Önder, Ayhan, *Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar*, İstanbul 1994, s. 214

99 Yenidünya ve Alşahin, a.g.e. 2007 s. 81

<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2007-68-286>

Başbakan Erdoğan Gaziantep'te, polis fişegi ile hayatını kaybeden Berkin Elvan hakkında çok ağır ifadeler kullanmıştır. Erdoğan, 'Demir bilyeleri savuran o kişinin kaç yaşında olduğunu polis nereden ayıracak?' diyerek Berkin Elvan'ın annesini ve babasını da kalabalığa yuhalatmıştır.¹⁰⁰ Berkin Elvan'ın annesini veya babası cumhurbaşkanına karşı sert ifadelerde bulunsaydı, cumhurbaşkanına hakaret hususunda hakimler cezayı hafifleten sebeplerden yararlanmalarına izin verecek miydi? Hukuken izin verilmesi gerekirdi. Ancak ülkenin içinde bulunduğu siyasal koşullar dikkate alındığında elbette bu cezayı azaltan sebebin uygulanması mümkün değildir.

G. Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Sebeplerden İsnadın İspatı

Kanun koyucu hakaret suçunda isnadın ispatına özel bir önem vererek bunu 5287 sayılı TCK'nın 127. maddesinde de işlemiştir. Maddede:

“İsnadın İspatı:

1-İsnad edilen ve suç oluşturan fiilin ispat edilmiş olması halinde kişiye ceza verilmez. Bu suç nedeniyle hakaret edilen hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı verilmesi halinde, isnat ispatlanmış sayılır. Bunun dışındaki hallerde isnadın ispat isteminin kabulü, ancak isnat olunan fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunmasına veya şikayetçinin ispata razı olmasına bağlıdır.

2-İspat edilmiş fiilinden söz edilerek kişiye hakaret edilmesi halinde, cezaya hükmedilir” denmektedir.

Görüldüğü üzere, isnadın ispatı bir karşı hamle olarak kullanılabilir bir olanak sağlamaktadır. Cumhurbaşkanına “17-25 Aralık

100 'Erdoğan, Berkin'i terörist ilan etti annesini yuhalattı.'

http://www.cumhuriyet.com.tr/video/video/50743/Erdoğan_Berkin_Elvan_i_terorist_ilan_etti_annesini_de_yuhalatti.html

operasyonlarında isimleri yer alan bakanlar ile birlikte 3. Hava Limanı projesinden usulsüz ihaleler ile devletin parasını çaldığı ve bu yolla hırsızlık yaptığı” yönünde somut isnat yoluyla hakaret edildiğini varsayalım. Gerçekten, Cumhurbaşkanının söz konusu hırsızlığını yapıp yapmadığı konusunda, Mahkeme söz konusu olayın ispatlanmasında kamu yararı olduğunu düşünüyorsa, bu hususun araştırılmasını, söz konusu 17-25 Aralık soruşturma dosyalarının açılmasını, 17-25 aralık operasyonları sırasında Cumhurbaşkanı Erdoğan ve Bilal Erdoğan’ın konuşmalarını içeren tapeleri bilirkişi yoluyla incelenip isnadın ispatlanmasını isteyebilecektir. Bu yolla somut isnadın ispatlanması yine uygulamada hiç rastlanılmadı. Kaldı ki, böyle bir somut olgunun ispatı talebi de muhtemelen hakim tarafından reddedilecektir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 26/12/2006 tarihinde vermiş olduğu kararda ispat hakkının önemine değinmiştir:

Sanık Ahmet Tuncay Özkan’ın görevinden dolayı basın yoluyla sövme suçunda beraatına karar verilen olayda Özel Daire ile Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı arasındaki uyuşmazlık, sanığa yüklenen suçun oluşup oluşmadığı noktasında toplanmaktadır. Uyuşmazlığın esasına çözüme geçilmeden, sanığa ispat hakkının sağlanması bakımından soruşturmanın genişletilmesine gerek bulunup bulunmadığı hususunu değerlendirmesi gerekir. Ancak, TCK 127. maddesinde düzenlenen “ispat hakkının” belirli bir fiilin isnadına dayanan hakaret suçları söz konusu olması yargılamaya konu kamu davasının ise sövme suçuna ilişkin bulunması karşısında, soruşturmanın bu yönde genişletilmesine gerek bulunmadığı ikiye karşı yirmi bir oyla kararlaştırılmıştır. ...Yerel Mahkeme’nin, beraat kararı vereceğine göre “ispat hakkına” öncelik vermediği düşünülebilirse de, Yüksek 4. Ceza Dairesi’nin, sanığın eylemlerinin

suç oluşturduğuna ilişkin bozma kararında, sanığa öncelikle “ispat hakkı” tanınması zorunluluğuna işaret etmesi gerektiği ve daire kararına yönelen itirazın bu değişik gerekçeyle kabulüne karar verilmesi düşüncesinde olduğumdan, kararın oluşumunda anılan ön sorunun bulunmadığı ve sanığın ispat hakkı tanınmasına gerek bulunmadığına ilişkin sayın çoğunluğun görüşüne katılmıyorum”. Diyerek bir kurul üyesi çoğunluk görüşüne katılmamıştır.

Nitekim yakın zamanda Ankara 1. Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından verilen karar “isnadın ispatı” hususunun ne denli önem taşıdığını ortaya koymaktadır. Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan tarafından, “Hırsızdan Cumhurbaşkanı olmaz” ifadesi nedeniyle CHP Başkanı Kemal Kılıçdaroğlu aleyhine açılan 100.000,00 TL’lik tazminat davasının görüldüğü Ankara 1. Asliye Hukuk Mahkemesinde, Kılıçdaroğlu’nun avukatlarınca “Recep Tayyip Erdoğan’a ait olduğu iddia olunan tapelerin orijinal olup olmadığının bilirkişilerce tespitinin” talep edilmesi ve Mahkeme Hâkiminin bilirkişi atamak istemesi üzerine, Cumhurbaşkanı avukatlarının itirazı nedeniyle davanın reddine karar verilmiştir.¹⁰¹

Görüldüğü gibi, mahkeme önünde cumhurbaşkanına hakaret suçu karşısında, bu somut olgunun ispatlanmasını talep etmenin imkânı bulunmamaktadır.

Diğer yandan, hakaretin gerçekleştiği anda isnat edilen suç nedeniyle herhangi soruşturma ya da kovuşturmayla başlanılmış olup olmamasının önemi de bulunmamaktadır. Ancak her halde mahkemece isnadın suç oluşturduğu gözetilerek bekletici sorun kararı verilip durum ilgili Cumhuriyet Başsavcılığı’na intikal ettirilecektir. Soruşturmaya başlanılmış ise, sonucu beklenerek kovuşturmasızlık

101Kolbükten, Bilal, Cumhurbaşkanına Hakaret Suçu Üzerine Bir Deneme, Ankara Barosu Dergisi Sayı: 2015/3 s. 44
<http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2015-3/01.pdf>

kararı verilip kesinleşmesi halinde ya da kovuşturma sonucu hükümlülük dışındaki, “beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi veya davanın düşmesi” kararlarından birine hükmolunması halinde isnat ispat edilememiş sayılacak ve hakaret suçu faili hakkında 127. madde uygulanmayacaktır.¹⁰² Yani devam edecek olursak, cumhurbaşkanına somut olgu isnat edilerek hırsız denmesi örneğimizde, gerçekten de cumhurbaşkanı hakkında o sırada “hırsızlık” suçundan yürütülen bir soruşturma varsa, bu yargılamanın sonucunun TCK 67 uyarınca bekletici mesele yapılması, mahkemenin sonucunda cumhurbaşkanının ceza alması ve bu kararında kesinleşmesinin beklenilmesi gerekmektedir. Gerçekten de, hakaret suçunun mağduru, hakaret konusu olan söz ile ilgili ceza alır ve bu ceza da kesinleşirse; artık hakaret suçunun failine ceza vermenin imkanı kalmayacaktır.

Bekletici mesele yüzünden muhakemenin durdurulması ancak muhakemelerin birleştirilmesinin ya da bağlantılı davanın muhakemesinin de birleştirmeden aynı mahkemede yapılmasının (nispi muhakeme) kabul edilmediği hallerde söz konusu olabilir.¹⁰³

H. Cumhurbaşkanına Hakaret Suçunun Kovuşturma İznine Bağlı Olması

Savcılar söz konusu suçu ihbar üzerine ve re ‘sen araştırabileceksen, 5237 sayılı TCK’nın 299. maddesinin son fıkrasında yer aldığı üzere, kovuşturma yapılmasını Adalet Bakanlığı’nın iznine bağlamıştır. Kanun koyucunun hangi melekeler ile söz konusu suçun soruşturulmasını Adalet Bakanlığı’nın iznine bıraktığını anlamak mümkün değildir, bu husus maddenin gerekçesinde de

102 Mine Arısoy, Hakaret. Türkiye Barolar Birliği Dergisi Sayı: 72, Ankara: Türkiye Barolar Birliği yayınları, 2007, sf 194.

<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2007-72-357>

103 Erman, Sahir ve Özek, Çetin. Ceza Hukuku Özel Bölüm, Dünya Yayıncılık, İstanbul 1994, s.342

açıklanmamıştır. Zira kanun koruyucunun koruduğu hukuki değer, devletin tarafsız kişiliğinin temsiliyeti olan cumhurbaşkanlığı makamıdır. Adalet bakanlığı ise, bir partinin temsilcisi ve yürütmenin parçası olarak siyasi bir kişiliktir. Kaldı ki, kanun koyucu Adalet Bakanlığı'na hangi kriterlere göre söz konusu suçun kovuşturulup kovuşturulmayacağına karar vereceklerini de belirlememiştir.

Benzer bir konuda, Şişli 2. Asliye Ceza Mahkemesi “Adalet Bakanı'nın TCK 301/4. maddesine göre yargılama izni verdiği bir kişi hakkında C. Savcısının ceza davası açmamayı tercih etmesi, aynı C. Savcısı hakkında özlük işlerini düzenleyen Adalet Bakanlığı teşkilatı ile Adalet Bakanlığı'na doğrudan bağlı olan teftiş kurulunu karşısına alması gerekir” iddiasında bulunarak söz konusu izin işleminin yürütmenin yargı görevlerini üstlenmesi anlamına geleceğini söylemiştir. Velhasıl, Anayasa Mahkemesi 2009/38 e. sayılı dosyasında vermiş olduğu 03/06/2009 tarihli 2009/70 sayılı kararda “itiraz konusu kuralla ülkenin politik çıkarları nedeniyle maddede düzenlenen suçtan dolayı soruşturma yapılması Adalet Bakanının talebine bağlı tutulmuştur. Adalet Bakanı'na tanınan bu yetki, yargısal değerlendirmeden ziyade Devlet ve toplum yararı açısından bir takdir yetkisinin kullanılmasıdır” demiştir.¹⁰⁴

11. Cumhurbaşkanı Abdullah Gül döneminde 1359 adet kovuşturma izni talebi geldiği ve bu taleplerden 545 tanesine kovuşturma izni verildiği, tutuklanan olmadığı; 12. Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan'ın görev yaptığı 28 Ağustos 2014 tarihinden 28 Şubat 2015 tarihine kadar ise, 236 adet kovuşturma izni talebi geldiği, bunlardan 105'ine kovuşturma izni verildiği, kovuşturma izni verilenlerden 8 kişinin tutuklandığı belirtildi.¹⁰⁵ Adalet Bakanlığı'nın söz konusu

104 Akdeniz, Yaman ve Altıparmak, Kerem, Artun ve Güvener/ Türkiye Kararı İzleme Raporu, Aralık 2016 http://www.aihmiz.org.tr/files/Artun_ve_Guvener.pdf

105 <http://meldaonur.net/?p=5434> Erişim Tarihi: 15 Mart 2015

izinleri neye göre verdiğini anlamannn imkanı yoktur. Söz konusu iznin keyfi olarak kullanılması mümkün olduğu gibi; cumhurbaşkanı, adalet bakanı ile aynı siyasi görüşü paylaşmadığı zaman siyasi bir krize de yol açabilecektir.

Adalet Bakanlığı 09/05/2008 tarihli B.030.CİG.0.00.00.05/010.06.02/17-1 sayılı TCK'nın 299. ve 301. maddeleri gereğince soruşturma veya kovuşturma yapılması Adalet Bakanlığı'nın iznine bağlı suçlar konulu 18/1 Genelge yayınlamıştır. Bu genelgeye göre suçlama cumhurbaşkanına hakaret ise: Soruşturmanın, kolluk makam ve memurlarına bırakılmayarak bizzat Cumhuriyet başsavcısı veya görevlendireceği bir Cumhuriyet savcısı tarafından yapılması; Soruşturma evresi sonunda toplanan delillerin, kamu davası açılmasını gerektirecek şekilde suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturması hâlinde, düzenlenecek evrakın, buna ilişkin gerekçeli düşünce de belirtilmek suretiyle fezlekeye bağlanarak ağır ceza Cumhuriyet başsavcılığı aracılığıyla Bakanlığımız Ceza ileri Genel Müdürlüğüne gönderilmesi, aksi durumda soruşturma evrakı gönderilmeden kanunî gereğinin mahallinde takdir ve ifa olunması; kovuşturma yapılması izne bağlı olan suçu işlediği iddia olunan şüphelilerden hangilerinin tutuklu olduğunun fezlekede açıkça belirtilmesi yanında, fezlekenin sağ üst köşesine de "Tutuklu-İş" ibaresinin belirgin bir şekilde yazılması; şüpheliye isnat edilen suçun; ne şekilde ve hangi sözlerin sarf edilmesi suretiyle işlendiğinin fezlekede açık bir şekilde belirtilmesi; olayın failine ait nüfus kayıtları ile akıl hastalığına duçar veya aklî malûliyete müptelâ olanların raporlarının mutlaka soruşturma evrakına eklenmesi; kovuşturması izne bağlı suçun birden fazla olması durumunda, şüphelinin bütün suçları ile ilgili olarak izin talebinde bulunulması; kovuşturma izni alınmadan kamu davasının açılması ve

mahkemece bu durumun tespiti ile durma kararı verilerek dosyanın Bakanlığımız Ceza İşleri Genel Müdürlüğüne gönderilmesine karar verilmesi durumunda; sanığın hangi suçundan dolayı izin istenildiğinin açıkça belirtilmesi ve bu takdirde dahi evrakın Cumhuriyet savcısı tarafından fezlekeye bağlanarak gerekçeli düşünce belirtmek suretiyle sunulması istenilmiştir.¹⁰⁶ Ayrıca aynı genelge, Soruşturmanın, kolluk makam ve memurlarına bırakılmayarak bizzat Cumhuriyet başsavcısı veya görevlendireceği bir Cumhuriyet savcısı tarafından yapılması, Soruşturma evresi sonunda toplanan delillerin, kamu davası açılmasını gerektirecek şekilde suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturması hâlinde, düzenlenecek evrakın, buna ilişkin gerekçeli düşünce de belirtmek suretiyle fezlekeye bağlanarak ağır ceza Cumhuriyet Başsavcılığı aracılığıyla Bakanlığımız Ceza İşleri Genel Müdürlüğüne gönderilmesi, aksi durumda soruşturma evrakı gönderilmeden kanunî gereğinin mahallinde takdir ve ifa olunması önemle belirtilmiştir.

Söz konusu genelge izin müessesesine bir düzenleme getirmeyi amaçlamışsa da, söz konusu iznin, sözü hakaret olup olmadığına göre, yani ifadenin maddi hukuk yönünden incelenmesi sonucunda verileceği açıktır. Bu nedenle, adeta Adalet Bakanlığı'na yargı yetkisi verdiği tartışmasızdır.

Diğer yandan, genelgede de belirtildiği gibi basın hukuku açısından da ayrıca izin müessesinde süre sorunu bulunmaktadır. Nitekim, 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 26 maddesinin son fıkrasında da:

Kamu davasının açılması izin veya karar alınmasına bağlı olan suçlarda, izin veya karar için gerekli başvurunun yapılmasıyla dava açma süresi durur. Durma süresi iki ayı geçemez” denmektedir.

106 <http://www.cigm.adalet.gov.tr/docs/genelge/18noluyeni.pdf> Erişim Tarihi: 09/05/2008

Basın yoluyla cumhurbaşkanına hakaret edilmesi halinde, bu suçun kovuşturulması için basılmış eserin savcılığa tesliminden itibaren dört aylık süre için de davanın açılması gerekir. Ancak bu süre içerisinde de cumhurbaşkanına hakaret suçu için Adalet Bakanlığı'ndan izin alınması gerekmektedir. Yukarıda bahsi geçen Basın Kanunu'nun 26. maddesi, Adalet Bakanlığı'na kovuşturma izni için yazı yazılmasıyla bu sürenin duracağını belirtmektedir. Kovuşturma izninin gelmesiyle birlikte süre yeniden işlemeye başlayacaktır.

Diğer yandan, söz konusu suç, şikâyete tabi değildir, ihbar yoluyla veya savcılar tarafından re'sen soruşturulmaktadır. Recep Tayyip Erdoğan'ın 15 Temmuz Darbe girişiminden sonra, 29 Temmuz 2016'da, Cumhurbaşkanlığı Külliyesi Millet Kültür ve Kongre Merkezinin açıklamasında, "şu ana kadar şahsıma her türlü saygısızlığı, hakareti yapanları bir kereye mahsus olarak affediyorum ve davalarımı geri çekiyorum."¹⁰⁷ Demıştır. Ne var ki, söz konusu suç şikâyete bağlı değildir, yargılanmanın devam etmesini engellememektedir. Şikâyetten vaz geçme, cumhurbaşkanının ben mağdur değilim beyanının hakimler tarafından suçun oluşmadığı yönünde dikkate alınıp alınmayacağı ise hakimlerin inisiyatifine bağlıdır. Yine de, yukarıda vermiş olduğumuz örneklerin işaret ettiği uygulamada Erdoğan'ın şikâyetten vazgeçmesinin dikkate alınmadığı gözükmektedir. Peki bu hususta, cumhurbaşkanının şikâyetten vazgeçmesi nedeniyle, Adalet Bakanlığı'nın iznini geri çekmesi mümkün müdür? Uygulamada Kocaeli 8. Asliye Ceza Mahkemesi tarafından 2015/1272 E. sayılı dosyasında ve Edirne 5. Asliye Ceza Mahkemesi tarafından 2016/238 esas sayılı dosyalarında cumhurbaşkanına alenen hakaret suçundan vaki feragat nazara

107 'Cumhurbaşkanı Erdoğan, Kılıçdaroğlu'na yönelik şikâyetinden vazgeçti'
<http://www.haberturk.com/gundem/haber/1316468-cumhurbaskani-erdogan-kilicdarogluna-yonelik-sikayetinden-vazgecti> Erişim Tarihi: 28 Ekim 2016

alınarak kovuşturmaya devam edilip edilmeyeceği hususu sorulmuş, Adalet Bakanlığı, 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın "Yargı yetkisi" kenar başlıklı 9. maddesinde; "yargı yetkisi, Türk milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır. "Mahkemelerin bağımsızlığı" kenar başlıklı 138. maddesinin ikinci fıkrasında: "hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez, tavsiye ve telkinde bulunamaz.

2992 sayılı Adalet Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanunun, "Ceza İşleri Genel Müdürlüğü" kenar başlıklı 9. maddesinin birinci fıkrasının (i) bendinde; "Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün görevleri şunlardır ... i) ... yargı yetkisinin kullanılma alanına girmeyen konularda görüş bildirmek ve genelge düzenlemek" hükümleri yer almaktadır... sorunun kanun ve yargı yoluyla çözülmesinin uygun olacağı değerlendirilmektedir." demiştir. Adalet Bakanlığı, Recep Tayyip Erdoğan'ın şikâyetten vazgeçme dilekçesi sunmasından sonra, Adalet Bakanlığı'na sorulan kovuşturma izninin devam edip etmeyeceği sorusuna, bu yargı mercilerinin alanına girer, biz cevap veremeyiz demiştir. İzin devam edip etmediği hususunun, uygulamada yer bulmadığı açıktır.

İ. Cumhurbaşkanına Hakaret Suçunun Anayasa'ya ve AİHS'ne Aykırı Olduğu İddiası

AİHM'de Colombani v. Fransa, Artun/Güvener v. Türkiye, Pakdemirli v. Türkiye, Otegi Mondragon v. İspanya gibi pek çok kararında cumhurbaşkanına hakaret suçu gibi devlet başkanlarını daha çok koruyan suçların mevzuatta olmasını demokrasinin gelişmesini, yönetimin çoğulluğunu zedeleyen bir durum olduğunu pek çok dile getirmiştir.

Yine Anayasa Mahkemesi'nin, Neşe Aslanbay Akbıyık kararında Türk hukuku ile AİHS ve AİHM içtihatı çeliştiğinde hangisinin esas alınacağı belirtilmiştir: Anayasa'nın 90. maddesi ve Anayasa Mahkemesi'nin içtihatlarının açık olarak gösterdiği üzere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarıyla, Sözleşmeye aykırı olduğu şüpheye yer bırakmayacak şekilde tespit edilmiş olan hükümlerin hukukumuzda uygulanabilirliği yoktur. Çünkü bu hükümler Anayasa Mahkemesi'nin ifadesi ile zımnen ilga edilmiştir ve esas alınıp uygulanamaz. (Neşe Aslanbay Akbıyık Başvurusu No: 2014/5836, 16/04/2015 paragraf 44.)¹⁰⁸

Nitekim Venedik Komisyonu 15 Mart 2016 yılında TCK'nın 216,2993 301 ve 314. maddeleri hakkında görüş raporunda da TCK'nın 299. maddesinin Avrupa ve uluslararası mevzuata uygun olmadığını belirtmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile söz konusu mevzuatın arasındaki ifade özgürlüğü açısından doğan çelişkinin, uzun tutukluluk dönemi, orantısız cezalar gibi uygulamaların ortadan kaldırılması için söz konusu mevzuatın kaldırılmasını veya hapis cezasını içermemesi gerektiğini belirtmiştir.

Venedik Komisyonu, AİHM içtihatlarında da belirtildiği gibi, cumhurbaşkanına özel bir düzenleme yapılması yerine, onun da diğer herkesin yararlandığı medeni ve ceza hukukunun sağladığı korumadan yararlanması gerektiğini, cumhurbaşkanını ancak ciddi sözlü saldırılar karşısında korunması gerektiğini vurgulamıştır.¹⁰⁹

TCK'nın 299. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiası Karşıyaka 7. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2016/25 Esas sayılı dosyasında ve İstanbul 43. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2016/30 Esas sayılı dosyasında da avukatlar tarafından dile getirilmiş, itirazları nedeniyle

108 Akdeniz, Yaman ve Altıparmak, Kerem. Güncel hukuk dergisi, Ekim 2015 http://cyber-rights.org.tr/docs/Guncel_Hukuk_TCK_299.pdf

109 [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2016\)002-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)002-e)

hakimler aykırılık olup olmadığı hususunda karar verilmesi için Anayasa Mahkemesi'nden somut norm denetimi yapması istenmiştir.

Başvuru dilekçelerinde özetle, Cumhurbaşkanına hakaret suçu için öngörülen cezanın, genel olarak düzenlenen ve kamu görevlilerine karşı işlenen hakaret suçlarından farklı düzenlenip daha yüksek cezaların öngörüldüğü, Anayasa'nın 101. ve 102. maddelerinde yapılan değişikliklerle birlikte Cumhurbaşkanının siyasi bir kişilik haline gelmesinin kaçınılmaz olduğu, Cumhurbaşkanının TCK'nın 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c) bendinde tanımlandığı biçimde "kamusal faaliyetin yürütülmesine seçilme yoluyla süreli katılan" en üst düzeyde kamu görevlisi olduğu dikkate alındığında, tüm kamu görevlilerine yönelik hakaret suçları bakımından tek yasal düzenleme olması gerekirken farklı düzenleme yapılmasının eşitlik ilkesini ihlal ettiği, kuralda hakaret suçuna ilişkin genel ilkelerin uygulanıp uygulanmayacağına belirlilik içermediği, hukuk devletinde hiçbir makama özel bir suç tipi oluşturulamayacağı, devlet başkanlarına özel himaye sağlayan yasaların varlığının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ihlali niteliği taşıdığı, Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca AİHS'nin üst norm olarak gözetilmesi gerektiği, Cumhurbaşkanına hakaret suçunda Anayasa'nın 39. maddesinin ve TCK'nın 129. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı yönünde kesin bir belirlilik bulunmadığı, Cumhurbaşkanına hakaret suçu bakımından Anayasa'da istisnasız olarak düzenlenen "ispat hakkının" düzenlenmemiş olduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 10. ve 39. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa Mahkemesi ise; "Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı

hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez” demiştir. Ayrıca, “Cumhurbaşkanını devletın başı olması dolayısıyla, ona yönetilen ifadelerin devletın kişiliğine yönelik olduğu, devletın saygınlığını koruduğunu bu nedenle korunan hukuki değer ile ceza arasında orantılılık olduğunu, suç oluşturan eylem, verilecek cezanın alt ve üst sınırı, cezada artırım yapılacak hal, uygulanacak artırım oranı kuralda açıkça yer aldığından kuralın belirsiz olduğundan da söz edilemez. 5237 Sayılı TCK'nın 61. maddesinde belirtilen suçun işleniş biçimi, suçun işlenmesinde kullanılan araçlar, suçun işlendiği zaman ve yer, suçun konusunun önem ve değeri, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığı vb. etkenler hâkim tarafından göz önüne alınarak cezanın şahsileştirilmesi ve verilen cezanın da, koşullarını oluştuğunda paraya çevrilmesi, ertelenmesi veya hükmün açıklanmasının geri bırakılması olanaklıdır. İtiraz konusu kuralın, ifade özgürlüğüne yönelik bir sınırlandırma getirdiği açıktır. Söz konusu sınırlama, başkasının şöhret veya haklarının korunması ile kamu düzeninin korunmasını sağlamak amacıyla getirilmiş olup demokratik toplum düzeni bakımından alınması gereken tedbirler kapsamındadır. İtiraz konusu kural, kişilerin başkalarının şöhret veya haklarına zarar vermemek suretiyle düşünce ve kanaatlerini açıklamalarına engel oluşturmamaktadır. Dolayısıyla kuralla getirilen sınırlamanın, Anayasa'nın 26. maddesinde düzenlenen ifade özgürlüğüne uygun bir şekilde kullanılmasının son derece zorlaştıran veya onu kullanılamaz duruma düşüren kayıtlara bağlanmadığı ve hakkın özüne dokunulmadığı açıktır. Cumhurbaşkanının devleti temsil etmesi ve konunun önemine göre yargılama yapılmasında kamu yararı bulunmayabileceği hususları gözetilerek, söz konusu suçtan dolayı kovuşturma yapılması Adalet Bakanının iznine bağlı tutulmuştur. Adalet Bakanına tanınan bu yetki,

yargısal değerlendirmeden ziyade Devlet ve toplum yararı açısından bir takdir yetkisinin kullanılması kapsamında olup bu suçu işlediği iddia edilenler açısından da bir güvencedir. Bu nedenle, kuralda hukuk devleti ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.

26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 299. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, 14.12.2016 tarihinde OYBİRLİğİYLE karar verildi.¹¹⁰ demiştir.

Ancak Anayasa Mahkemesi, AİHM tarafından da ileri sürülen, AİHS'ne aykırılık iddialarını reddetse de, söz konusu uygulamanın bütünüyle hukuka aykırı olduğu açıktır. Zira AİHM'nin içtihatlarında çizilen sınırlamalara uyulmadığı takdirde neyin hakaret olduğu neyin olmadığı konusunda bütünüyle hâkimin takdir yetkisine kalan bir yaklaşım söz konusu olmaktadır ve son dönemdeki cumhurbaşkanına hakaret suçundan açılan davaların sayısındaki hızlı artışta, cumhurbaşkanına hakaret suçunu adeta bir baskı, sansür aracı olarak kullanıldığına işaret etmektedir.

110 Anayasa Mahkemesi, TCK 299. maddenin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiası hakkında karar, 2016/25 Esas, 2016/186 Sayılı ve 14.12.2016 tarihli kararı
<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/01/20170103-11.pdf>

III. SONUÇ

Cumhurbaşkanına hakaret suçunun, söz konusu siyasi durum değişmediği sürece, çokça karşımıza çıkacağı açıktır. Ancak söz konusu madde her açıdan hukuka aykırıdır ve derhal kaldırılmalıdır. Zira her şeyden önce bir söylemin hakaret olması için sövmenin gerçekleşmesi veya somut bir fiil veya olgu isnadı gerekmektedir. Bununla birlikte ifade sövme, somut bir fiil veya olgu isnadı olsa bile, bazen siyasi durum gereği ifadenin fikir ve düşünce özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Örneğin Türk hukukunda ‘hırsız’ ve ‘katil’ söylemi çoğunlukla hakaret olarak kabul edilirken; AİHM’nin içtihatlarına göre söz konusu ifadeler somut bir isnattan uzak sadece değer yargısını içermektedir. Bu tarz söylemler AİHM tarafından korunmaktadır. (Otegi Mondragon v. İspanya kararı). Bunun dışında fikir ve düşünce özgürlüğü sadece bilgi ya da fikirleri değil, aynı zamanda itici, çarpıcı, şok edici, rahatsız edici olan ifadeleri de korumaktadır (Otegi Mondragon v. İspanya; Kayasu v. Türkiye kararı). Halka mal olmuş kişilerin, siyasetçilerin sıradan insanlara göre kişiliğin korunması daha azdır, siyasilerin ağır eleştirilere hoş görülmesi demokrasinin gelişmesi için de elzemdir (Pakdemirli- Türkiye) Nitekim, gazetecilerin siyasilere yönelttikleri eleştirilerin dozunun daha da artırabileceği, ifadelerin hiciv sanatı ile dile getirilebileceği, bu suretle ifade biçimi de ifade özgürlüğünün koruma kapsamına girmektedir. (Erbil Tuşalp- Türkiye). AİHM ancak şiddet içeren ve nefret söyleminde bulunan veya kontrolsüz aşağılama içeren ifadelerin korunamayacağını belirtmiştir. Ayrıca AİHM pek çok kararında, ifade özgürlüğüne bir sınırlama getirilecekse bile, bunun ancak kanunla öngörülebileceğini ve sınırlamanın demokratik toplumda gerekli ve zorunlu ihtiyaç olduğunun yargıçlar tarafından

ortaya koyulması gerektiğini vurgulamıştır. Diğer yandan AİHM, ifadenin hakaret olduğu tespit edilse dahi, hapis cezasının hukuka aykırı olduğunu belirtmiş, para cezası öngörülecekse bile, para cezasının medeni ceza niteliği taşımaması gerektiğini, gelecekte kişileri ifade özgürlüğünün kullanmaktan caydırmayacak nitelikte olması gerektiğini ifade etmiştir. Tüm bunların yanında, cumhurbaşkanına hakaret suçundan cumhurbaşkanının dokunulmazlığı ve sorumsuzluğu nedeniyle cezayı azaltan veya ortadan kaldıran sebeplerin hiçbiri mahkemelerin önüne gelen vakılarda uygulanmamıştır. Cumhurbaşkanına hakaret suçu ile ilgili bir diğer problem ise, suçun kovuşturulmasının yürütmenin unsuru olan Adalet Bakanlığı'nın iznine bırakılmış olmasıdır. Bu iznin neye göre verileceği muammadır; elbette Adalet Bakanlığı'nın yapacağı ve maddi hukuka ilişkin bir incelemenin sonucunda karar verilecektir. Cumhurbaşkanı şikâyetten vazgeçse dahi, suç kovuşturulmaya devam edilmektedir. Cumhurbaşkanına hakaret suçundan dolayı yapılan haksız tutuklamalar, bir baskı ve terörize etme aracı olarak kullanılmaktadır. CMK 100. maddede yer alan tutuklama sebeplerinin somut olaylarda olmamasına rağmen, soruşturma aşamasında avukatlar, öğrenciler gece yarısı baskınları ile tutuklanmaktadır ve günlerce hapis cezası çekmektedir. Üstelik Adalet Bakanlığı'nın kovuşturmaya izin vermemesi hali de hiç gözetilmemektedir.

Cumhurbaşkanına hakaret suçu, Anayasa'ya ve AİHM'nin içtihatlarına göre, ifade özgürlüğünün kullanılmasında tehdit oluşturması, cezaların orantısız bir biçimde uygulanması, eşitlik ve belirlilik ilkelerin açıkça aykırı olmasına rağmen uygulanmaya devam etmektedir.

Türkiye'de TCK'nın 299. maddesi hâkim, savcı ve halk üzerinde baskı aracı, adeta bir silah olarak kullanılmaktadır. Siyasi bir kişiliğe

sahip olan cumhurbaşkanı ile çelişen tüm düşüncelerin söylenmesini engellenmek bir maşa niteliği taşımaktadır. Bu nedene demokrasinin gelişmesi için, söz konusu maddenin derhal kaldırılması gerektiği kanaatindeyim.

Diğer yandan örneğin, bir eylemde “Hırsız, Katil Erdoğan” sloganı atılmışsa ve eyleme katılanlar hakkında cumhurbaşkanına hakaret ettikleri dolayısıyla ceza verilmişse, söz konusu fiilin o kişi tarafından işlendiğine dair somut bir delil olması gerekmektedir. Olaya ilişkin video kaydı varsa bilirkişi aracılığıyla incelenmeli, tanıkların beyanları alınmalı, sadece o eylemde bu slogan atıldı diye, eyleme katılan kişinin de sloganı attığı karinesi doğmamalı; kişinin bizzat o sloganı attığı konusunda şüphe doğmamalıdır. Aksi halde 'Şüpheden sanık yararlanır' ilkesi göz önünde bulundurulmalıdır.

Buna göre, bir suç işlediği iddiasıyla yargılanan kimse hakkında mahkûmiyet kararının verilebilmesi için, o kimsenin o suçu işlediğinin neredeyse kesin olması, ispatlanmış bulunması gerekmektedir. En ufak şüphe dahi, sanığın beraat etmesine neden olmalıdır. Yapılan ceza muhakemesinin sonunda birçok delil toplanmaktadır, fiilin sanık tarafından işlendiğinin veya işlenmediğinin sabit olduğu sonucuna varılmaması durumunda sanığın mahkûm edilemeyeceğini ifade eden ilkeye de şüpheden sanık yararlanır ilkesinin uygulanması gerekir.

Yargıtay da kararlarında bu ilkeye gerekli önemi vermektedir. Zira Yargıtay'ın 19.04.1993'de verdiği son derece önemli bir karara göre "ceza yargılamasının amacı, hiçbir duraksamaya yer vermeden maddî gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Bu araştırmada, yani gerçeğe ulaşmada mantık yolunun izlenmesi gerekir. Gerçek; akla uygun ve realist, olayın bütünü veya bir parçasını temsil eden kanıtlardan veya kanıtların bütün olarak değerlendirilmesinden ortaya çıkarılmalıdır,

yoksa birtakım varsayımlara dayanılarak sonuca ulaşılması, ceza yargılamasının amacına kesinlikle aykırıdır."

Anayasanın 38/4. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/2. maddelerinde düzenlenmiş bulunan suçsuzluk karinesi, suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kişinin suçsuz sayılması gerektiğini ifade etmektedir. Bu karine uyarınca, suçsuz olduğunu varsayılan kişinin suçlu kabul edilmesi için kesin hükümle mahkûm olması, mahkûmiyet için de fiilin ispatlanması, yani şüphenin bertaraf edilmesi gerektiğinden, şüpheden sanık yararlanır ilkesi suçsuzluk karinesinin bir uzantısı olarak karşımıza çıkmaktadır. Böylelikle failin belirlenememesi durumunda, yargılananların ceza almaması gerekmektedir.

Nitekim, metnin konusu olan 5237 Sayılı TCK'nın 299. maddesinin de düzenlenen cumhurbaşkanına hakaret suçunun iptaline karar verilmesi talebiyle İzmir Karşıyaka 7. Asliye Ceza Mahkemesi ve İstanbul 43. Asliye Ceza Mahkemesi'nin itirazları Anayasa Mahkemesi'nin 2016/25 e. sayılı dosyasında incelendi. Anayasa Mahkemesi söz konusu itiraz 14/12/2016 tarihli ve 2016/186 sayılı kararı ile karar bağladı ve söz konusu karar da 03/01/2017 tarihli ve 29937 sayılı resmî gazetede yayımlandı. Anayasa Mahkemesi bahsi geçen kararda cumhurbaşkanına hakaret suçu ile korunan hukuki değere tekrar değinmiştir.

“İtiraz konusu kuralda Cumhurbaşkanına hakaret suçu düzenlenmiştir. Cumhurbaşkanı, Anayasa’da belirtilen usullerle halk tarafından seçilen, Devleti ve Milletini birliğini temsil eden kişidir. Bu durum Anayasa’nın 104. maddesinin birinci fıkrasında; “*Cumhurbaşkanı Devletin başıdır. Bu sıfatla Türkiye Cumhuriyeti’ni ve Türk Milletinin birliğini temsil eder; Anayasanın uygulanmasını, Devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını gözetir.*” şeklinde ifade edilmiştir.

‘Cumhurbaşkanının Devletın başı sıfatıyla Türkiye Cumhuriyeti’ni ve Türk Milletinin birliğini temsil etmesi, Anayasa’da belirtilen görev ve yetkileri ile temsil ettiği değerler göz önüne alındığında, Cumhurbaşkanına karşı gerçekleştirilen hakaret suçunun sadece kendi kişiliğine karşı değil, Cumhurbaşkanının temsil ettiği değer ve fonksiyonları da ihlal etmiş olacağı kabul edilmektedir. Bu nedenle kanun koyucu, belirtilen hususları göz önüne alarak onun kişiliğine yöneltilen eylemin aynı zamanda Devlete karşı gerçekleştirilen suçlardan sayılması gerektiğinden hareketle, Cumhurbaşkanının kişiliğine karşı işlenmiş olsa da bu suçu kamu görevlilerine hakaret suçundan ayırarak ayrı bir suç olarak düzenlemiştir. Buna uygun olarak da, Cumhurbaşkanına hakaret suçu 5237 sayılı TCK’nın; “Şerefe Karşı İşlenen Suçlar” bölümünde değil, “Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler” başlıklı Dördüncü Kısmın, “Devletin Egemenlik Alametlerine ve Organlarının Saygınlığına Karşı Suçlar” başlıklı Üçüncü Bölümünde düzenlenmiştir. Kanun koyucunun bu tercihi, suç olarak tanımlanan fiillerin hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımlarına tâbi tutulacağıın belirlenmesindeki takdir yetkisinin kapsamındadır.

Kural ile Devletin başı olan ve Devleti temsil eden Cumhurbaşkanının şahsında Devletin saygınlığına yönelik saldırının önlenmesi ve cezalandırılması amaçlanmaktadır. Buna göre kanun koyucunun, kuralla korunmak istenen hukuki yararı, suçun niteliğini, meydana gelen neticeyi de dikkate alarak Cumhurbaşkanına hakaret suçunu, diğer hakaret suçlarından farklı değerlendirmesinde ve özel bir düzenleme öngörmesinde hukuk devleti ilkesine aykırılık bulunmamaktadır.’¹¹¹ denilmiştir.

111 Anayasa Mahkemesi, TCK 299. maddenin Anayasa’ya aykırı olduğu iddiası hakkında karar, 2016/25 Esas, 2016/186 Sayılı ve 14.12.2016 tarihli kararı
<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/01/20170103-11.pdf>

Anayasa Mahkemesi Şu tartiŐmaya girmemiŐtir: 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile, Cumhurbaşkanı halk tarafından seçilmeye başlanmıştır. Bu halde cumhurbaşkanının artık devletin tarafsız kişiliğini temsil ettiğinden bahsedilemeyecektir.

Cumhurbaşkanına hakaret edilmesini önlemekteki amacın devletin saygınlığına yönelik saldırının önlenmesi, cumhurbaşkanının siyasi kişiliği ile de baędaŐamayacaktır. Nitekim amaç sadece devletin saygınlığını korumak ise, TCK 300, 301, 302. maddeleri gibi devletin saygınlığını koruyan başkaca hükümler de ceza kanunumuzda bulunmaktadır.

Tüm bunlar birlikte değerlendirildiğinde söz konusu cumhurbaşkanına hakaret suçunun siyasi baskı aracına dönüŐtürülmesini önlemek amacıyla Türk Ceza Kanunu'ndan derhal kaldırılması gerekmektedir.