

ANAYASA MAHKEMESİNİN CUMHURBAŞKANINA HAKARET SUÇU İLE İMTİHANI

Erkan Duymaz*

GİRİŞ

İfade özgürlüğü günümüzde demokrasi düzeyi ölçütlerinin en önemlilerinden biri haline gelmiştir. Bir siyasal rejimin gerçek anlamda demokratik olup olmadığının belirlenmesinde uzun bir süre esas kriter olarak ele alınan düzenli aralıklarla serbest seçimlerin düzenlenmesi artık, en azından Avrupa ölçeğinde, yetersiz kalmaktadır. Soğuk Savaş'ın sona ermesiyle birlikte liberal siyasal düzene entegre olan Doğu Avrupa devletleri çoğulcu bir siyasi parti sistemine geçiş yapıp düzenli aralıklarla serbest seçimler organize etmeye başladıktan sonra batı demokrasisinin standartları yükselmiş ve bir rejimin ne ölçüde demokratik olduğu doğrudan ifade özgürlüğüne sağlanan koruma ile ilişkilendirilmeye başlanmıştır. Öyle ki, ifade özgürlüğünün geniş bir korumadan yararlanmadığı ve bağımsız ve tarafsız mahkemeler tarafından güvence altına alınmadığı rejimlerin demokratik olarak nitelenemeyeceği hususunda genel bir kabul oluştuğu görülmektedir.¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) ve Anayasa Mahkemesinin (AYM) ifade özgürlüğüne ilişkin kararlarında da bu özgürlüğün “demokratik toplumların temel dayanaklarından biri” olduğu her fırsatta vurgulanmaktadır.²

Türkiye’de ifade özgürlüğü her zaman için insan hakları alanındaki en sorunlu başlıklardan biri olmuştur. AİHM’nin Türkiye aleyhine verdiği ihlal kararları bu tespiti doğrulamaktadır.³ Nitekim AİHM’nin yaklaşık altmış yıllık faaliyeti süresince vermiş olduğu ifade özgürlüğü ihlali kararlarının % 41’ini

* Dr., İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı öğretim üyesi.

¹ Dominika Bychawska-Siniarska, **Protecting the Right to Freedom of Expression under the European Convention on Human Rights: A Handbook for Legal Practitioners**, Council of Europe, 2017, s. 11.

² Örn., AİHM, *Handyside/Birleşik Krallık*, No. 5493/72, 07.12.1976, par. 49. AYM, *Emin Aydın*, No. 2013/2602, 23.01.2014, par. 41.

³ Bkz. Erkan Duymaz, “İfade Özgürlüğü vs İfade Özgürlüğü. AİHM’nin *Kaboğlu ve Oran/Türkiye* Kararı Üzerine Gözlemler”, *Anayasa Hukuku Dergisi*, Cilt: 8, Sayı: 15, 2019, s. 199.

tek başına Türkiye üstlenmektedir.⁴ Bu sonucun ortaya çıkmasında, Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) ve Terörle Mücadele Kanunu'nun (TMK) içerdiği ifade özgürlüğünü sınırlayıcı hükümler kadar ulusal mahkemelerin devlet ve millet kavramlarına yükledikleri “kutsal” anlam veya görev de etkili olmuştur.⁵ Geleneksel noktada, Türkiye, ifade özgürlüğü alanında uluslararası standartların bir hayli gerisinde kalmakta ve ait olduğu Avrupa Konseyi bloğu içerisinde en kötü karneye sahip devlet görünümü vermektedir. 15 Temmuz 2016 tarihindeki darbe girişimi sonrası ilan edilen olağanüstü hal süresince ve sonrasında yürürlüğe konan tedbirler Türkiye'yi Avrupa standartlarından daha da uzaklaştırmış, iki hukuk düzeni arasındaki uçurumu derinleştirmiştir.⁶

5237 sayılı TCK'nin 299. maddesinde düzenlenen “Cumhurbaşkanına hakaret” suçu böylesine karamsar bir tabloya eklenmiştir. “Devletin Egemenlik Alametlerine ve Organlarının Saygınlığına Karşı Suçlar” başlığı altında yerini alan ve cumhurbaşkanına hakaret eden kişinin bir yıldan dört yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacağını; suçun alenen işlenmesi halinde, verilecek cezanın altıda bir oranında artırılacağını ve bu suçtan dolayı kovuşturma yapılmasının adalet bakanının iznine bağlı olduğunu öngören bu düzenleme yeni bir suç tipi yaratmamakla birlikte⁷ ifade özgürlüğü alanında yeni bir sorunun kaynağı haline gelmiştir. Gerçekten de Türkiye'nin ifade özgürlüğü alanındaki sorunlarını irdeleyen, 90'lı ve 2000'li yıllarda yayımlanan birçok çalışma cumhurbaşkanına hakaret suçuna ilişkin herhangi bir değerlendirme içermemektedir.⁸ Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü tarafından yayımlanan veriler bu durumu anlaşılır kılmaktadır.⁹ 1986-2017 yıllarını kapsayan istatistiklere göre, cumhurbaşkanına hakaret suçu kapsamında açılan davalarda son yıllarda ciddi bir artış yaşanmaktadır. 1986-2009 yılları arasında açılan davalar genellikle tek veya çift haneli sayılarla ifade edilirken, 2009-2014 yılları arasındaki dönemde

⁴ AİHM'nin 1959-2018 yılları arasında vermiş olduğu 777 ifade özgürlüğü ihlal kararının 321'i Türkiye'ye karşı yapılmış başvuruları konu almaktadır. https://echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2018_ENG.pdf (erişim tarihi: 01.10.2019).

⁵ Oktay Uygun, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda İfade Özgürlüğünün Sınırlanması”, Taner Koçak, Taylan Doğan, Zeynep Kutluata (ed.), **Türkiye’de İfade Özgürlüğü**, BGSY Yayınları, 2009, s. 19; İbrahim Ö. Kaboğlu, “Düşünce Özgürlüğü”, **İnsan Hakları**, Yapı Kredi Yayınları, 2000, s. 116.

⁶ Bkz. Opinion on the Measures provided in the recent Emergency Decree Laws with respect to Freedom of the Media, CDL-AD(2017)007-f, Opinion No. 872/2016, 13.03.2017, par. 91-93.

⁷ Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu md. 158’de cumhurbaşkanına hakaret suçu şu şekilde düzenlenmekteydi: “(1) *Reisicumhura muvacehesinde hakaret edenler ve reiscumhur aleyhine tecavüzkarane neşriyatta bulunanlar üç seneden aşağı olamamak üzere ağır hapse konulur.* (2) *Reisicumhurun aleyhinde gıyabında lisanen tecavüzatta bulunanalar bir seneden üç seneye kadar hapis olunur.*” Md. 160 ise bu suçtan kovuşturma yapılmasını adalet bakanının iznine bağlamaktaydı. Bu konuda bkz. Faruk Erem, “Cumhurbaşkanına Hakaret”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 1991/1, s. 13.

⁸ Örn. bkz. Bülent Tanör, **Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, BDS Yayınları, 1994; Kaboğlu, s. 106-120; Uygun, s. 15-67; Şule Özsoy, “Türkiye’de İfade Özgürlüğü Hakkının Hukuki Korunması Hakkında Bilanço Notları”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1/2008, s. 27-45.

⁹ Aktarılan tüm istatistiklere şu bağlantıdan erişilebilir: <http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/ac-cik.html> (erişim tarihi: 01.10.2019)

açılan dava sayısı 132 ila 175 arasında değişmektedir. Cumhurbaşkanının ilk kez doğrudan halkoyuyla seçildiği 2014 yılından itibaren ise önceki dönemlerle kıyaslanamayacak bir artış göze çarpmaktadır. Buna göre, TCK md. 299'a dayanılarak 2015 yılında 1953, 2016 yılında 4187 ve 2017 yılında 6033 dava açılmıştır. Sadece 2017 yılında 4069 dosya karara çıkmış, bunların 2099'u mahkumiyet, 873'ü beraat ve 1660'ı hükmün açıklanmasının geriye bırakılması (HAGB) kararıyla sonuçlanmıştır. Ne var ki bu veriler TCK md. 299'un ifade özgürlüğü üzerindeki etkisinin yalnızca bir parçasını görünür kılmaktadır. Cumhurbaşkanına hakaret suçu kapsamında yürütülen ceza soruşturması sayısı da bu bakımdan önem arz etmektedir. Akdeniz ve Altıparmak tarafından derlenen verilere göre, cumhurbaşkanına hakaret suçundan 2014 yılında 682, 2015 yılında 7216, 2016 yılında ise 38254 ceza soruşturması açılmıştır.¹⁰

Açılan soruşturma ve dava sayısındaki bu olağanüstü artış, TCK md. 299'un neden olduğu hak ihlalleri iddialarının önümüzdeki dönemlerde yoğun bir biçimde yargı organlarının karşısına çıkacağına işaret etmektedir. Gözler doğal olarak AYM'ye ve AİHM'ye çevrilmiş durumdadır. Hemen belirtmek gerekir ki AİHM, halihazırda, devlet başkanlarına hakaret ve ifade özgürlüğü konusunda oldukça açık bir içtihat oluşturmuş durumdadır. Sayıca az olsa da, önüne gelen nitelikli başvurular sayesinde AİHM bu alandaki genel ilkeleri belirlemiş ve bunları istikrarlı bir şekilde uygulamıştır. Dolayısıyla asıl soru işareti AYM'nin cumhurbaşkanına hakaret suçu kapsamında sıradanlaşan soruşturmalar, davalar ve mahkumiyetler karşısında sergileyeceği tutum noktasında oluşmaktadır. Yüksek Mahkeme bugüne kadar birisi somut norm denetimi ikisi bireysel başvuru kapsamında olmak üzere vermiş olduğu üç kararla bu tutumunu "kısmen" ortaya koymuştur. Ne var ki, söz konusu kararlar cumhurbaşkanına hakaret suçundan kaynaklanan müdahalelerin oluşturduğu temel hukuki sorunları yeterli ölçüde irdelememekte, bilhassa AYM'nin pozisyonunu Avrupa Mahkemesinin standartları karşısında haklı çıkarma çabasına girişmemektedir. Öte yandan, bireysel başvuru kapsamında incelenen başvuruların konuları ve bu başvurularda hakaret olarak nitelendirilen ifadelerin niteliği göz önüne alındığında cumhurbaşkanına hakaret vakalarının tümü için geçerli olacak ilkelerin AYM tarafından net bir biçimde ilan edilmediği görülmektedir. Bu bakımdan, AYM'nin karara bağladığı bireysel başvuruların TCK md. 299'dan açılan binlerce soruşturma ve davayı temsil eden "tipik" örnekler olmadığı izlenimi doğmaktadır. En azından, başvuruların AYM tarafından bu genel bağlam çerçevesinde incelenmediği ve başvuruçuların maruz

¹⁰ Yaman Akdeniz ve Kerem Altıparmak, *Türkiye'de Can Çekişen İfade Özgürlüğü: OHAL'de Yazarlar, Yayıncılar ve Akademisyenlerle İlgili Hak İhlalleri*, (English PEN için hazırlanan rapor), 2018, s. 23. 2010-2014 yılları arasında açılan soruşturma sayısı ise toplam 2136 olarak tespit edilmiştir. https://www.englishpen.org/wp-content/uploads/2018/03/Turkey_Freedom_of_Expression_in_Jeopardy_TUR.pdf (erişim tarihi: 01.10.2019)

kaldıkları müdahalelerin arkasında yatan temel sorunun ihmal edildiği rahatlıkla söylenebilir. Dolayısıyla cumhurbaşkanına hakaret suçu karşısında AYM henüz imtihanını tam olarak vermemiştir.

Bu çalışmada sırasıyla AYM'nin somut norm denetimi kararı ve bireysel başvuru kararları AİHM'nin içtihadı ışığında ele alınacak, AYM'nin cumhurbaşkanına hakaret suçunun varlığı ve uygulanışı konusundaki yaklaşımı eleştirel bir bakış açısıyla ortaya konmaya çalışılacaktır.

I. Anayasa'nın Ruhu ve Cumhurbaşkanına Hakaret Suçu

Anayasa'nın bir ruhu var mıdır? Varsa, bir kişiye mahsus bir suçun varlığı bu ruhla çelişir mi? AYM'nin, TCK md. 299'un anayasaya aykırılığı iddiasını incelediği kararı bir bakıma bu soruya da yanıt vermektedir. Ancak Yüksek Mahkemeden önce AİHM, bu soruyu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni (AİHS; Sözleşme) esas alarak net bir biçimde cevaplamıştır. Bu bakımdan AYM'nin kararı, anayasaya aykırılık iddiasına yanıt vermenin yanı sıra Anayasa'nın ruhunun AİHS'nin ruhuyla örtüşüp örtüşmediğini de açığa çıkarmaktadır.

A. Devlet Başkanlarına İmtiyazlı Koruma ve AİHS'nin Ruhu

Bir hukuk metninin ruhunu tanımlamaya çalışmak zor bir uğraştır. Şayet metnin kendisi bu tanımlı yapmıyorsa, bu yöndeki her çaba kaçınılmaz olarak sübjektif değerlendirmelerle sonuçlanacaktır. Kuşkusuz metnin hazırlık çalışmaları, varsa başlangıç kısmı ve genel hükümleri gibi objektif verilerden yola çıkılarak üzerinde az çok görüş birliği sağlanmış birtakım ilkeler veya değerler tespit etmek mümkün olabilecektir. Ancak bu durumda dahi söz konusu ilke ve değerlerin maddi içeriklerini belirlemek ve bunların pozitif hukuktaki işlevini tespit etmek kolay görünmemektedir. Her halükarda ruhu konusunda sessiz kalan bir hukuk metninin ruhunun olup olmadığını, varsa bu ruhun neden ibaret olduğunu söylemek öncelikle bu metni yorumlamak ve uygulamakla yetkili asli organa düşmektedir.

AİHS metninde bu konuda hiçbir hüküm bulunmamasına rağmen AİHM'nin zaman zaman "Sözleşme'nin ruhu" kavramını kullandığı görülmektedir. Mahkeme açık bir şekilde tanımlamamakla birlikte, genellikle Sözleşme'nin amacına veya hukukun üstünlüğü, keyfilik yasağı, hak ve özgürlüklerin geniş yorumlanması, hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağı gibi temel ilke ve güvencelere aykırı bir müdahale veya durum gündeme geldiğinde bu kavrama başvurmuştur. Bir başka deyişle Mahkeme, Sözleşme ile tanınan güvenceleri tamamen ortadan kaldıran veya aşırı ölçüde zayıflatan; temel hak ve özgürlüklerin kullanımını imkansız kılan veya ciddi şekilde zorlaştıran; devlet organlarına kontrolsüz ve sınırsız yetkiler veren düzenlemelerin, uygulamaların veya durum-

ların Sözleşme ile temelden çeliştiğini ifade etmek için “Sözleşme’nin ruhu” kavramını seferber etmektedir. Bu sayede, AİHS bakımından nelerin kabul edilebilir, nelerin kabul edilemez olduğu güçlü bir şekilde vurgulanmaktadır.

Örneğin, AİHM’ye göre, bir siyasetçinin makul bir suç şüphesine dayanılmaksızın siyasi amaçlarla özgürlüğünden yoksun bırakılması; yani devlet organlarına tanınan kısıtlama yetkisinin amacından saptırılması, Sözleşme’nin ruhuna aykırı bir müdahale teşkil etmektedir.¹¹ Yine Mahkemeye göre, adalet ve barış gibi Sözleşme’nin temel değerlerini hedef alan söylemleri ifade özgürlüğü kapsamında göstermek, özgürlüğün kötüye kullanılması, bir başka deyişle Sözleşme’nin sözüne ve ruhuna aykırı amaçlarla kullanılması anlamına gelmektedir.¹² Diğer yandan, devlet makamları ve toplumun önemli bir kesimi tarafından kabul edilmesi güç fikirleri savunmakla birlikte demokratik ilkeleri reddetmeyen ve şiddete başvurmeyen bir derneğin demokrasiyi korumak adına kapatılması da Sözleşme’nin ruhuna aykırı olacaktır.¹³ Yürütme organlarına hak ve özgürlüklere müdahale konusunda ölçsüz yetkiler tanınması yine aynı sonucu doğurmaktadır. Örneğin, bir suçtan hapis yatmış bir kişinin ileride bu suçla ilgisi olmayan başka bir suç işleyebileceği kanaatine istinaden yürütme organına mensup bir kişinin kararıyla özgürlüğünden yoksun bırakılması Mahkemeye göre AİHS’nin ruhu ile bağdaşmayacaktır.¹⁴ Nihayet, bazı hakların kullanımının aşırı ölçüde zorlaştırılması Mahkeme tarafından Sözleşme’nin ruhuna aykırı olarak değerlendirilmektedir. Adil yargılanma hakkını düzenleyen AİHS md. 6’da geçen “uyuşmazlık” teriminin aşırı dar ve şekilsel yorumlanması¹⁵ veya iç hukuk yollarının tüketilmesi koşulunun başvurucaya aşırı bir külfet yükleyecek şekilde yorumlanması¹⁶ bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Kısacası AİHM, istikrarlı ve sistemli bir şekilde olmasa da “Sözleşme’nin ruhu” kavramını kullanarak kendisine göre tartışmasız bir şekilde Sözleşme ile bağdaşmayan müdahale ve durumları tespit etmektedir.

Hakaret bakımından, sıradan vatandaşlara ve kamu görevlilerine nazaran devlet başkanlarına daha üstün bir koruma sağlayan düzenlemeler veya yargısal uygulamalar da AİHM tarafından bu doğrultuda değerlendirilmekte ve Sözleşme’nin ruhuna aykırı sayılmaktadır. Mahkeme bu yöndeki ilk değeren-

¹¹ AİHM, *Lutsenko/Ukrayna*, No. 6492/11, 03.07.2012, par. 18.

¹² Örn. AİHM, *Garady/Fransa*, No. 65831/01, 24.06.2003 (kabul edilemezlik kararı). AİHS md. 17 kapsamında değerlendirilmemekle birlikte şiddeti öven veya nefret söylemi niteliğindeki ifadeler de Mahkemeye göre Sözleşme’nin temel değerleriyle çatışmaktadır. Ancak Mahkeme bu vakalarda Sözleşme’nin ruhu kavramını kullanmamaktadır. Örn., AİHM, *Karatepe/Türkiye*, No. 42551/98, 31.07.2007, par. 30; *Hocaoğulları/Türkiye*, No.77109/01, 07.03.2006, par. 40.

¹³ AİHM, *Vona/Macaristan*, No. 35943/10, 09.07.2013, par. 63.

¹⁴ AİHM, BD, *Stafford/Birleşik Krallık*, No. 46295/99, 28.05.2002, par. 82.

¹⁵ AİHM, BD, *Gorou/Yunanistan (No. 2)*, No. 12686/03, 20.03.2009, par. 29.

¹⁶ AİHM, *Bogumil/Portekiz*, No. 35228/03, 07.10.2009, par. 59.

dirmesini *Colombani ve diğerleri* kararında yapmıştır.¹⁷ Söz konusu kararın merkezinde 29.07.1881 tarihli Fransız Basın Kanunu'nda yabancı devlet başkanlarına ve diplomatik personele karşı hakaretin ayrı bir suç olarak düzenlenmesi bulunmaktadır. Bu düzenleme çerçevesinde oluşan ulusal içtihat, yabancı devlet başkanına hakareten yargılanan kişilere ispat hakkı tanımamakta, dolayısıyla yayımlanan yazıların gerçekliği veya doğruluğu tartışma konusu yapılamamaktadır. Gazetecilere cezai sorumluluktan kurtulma olanağı tanımayan bu düzenleme AİHM'ye göre yabancı devlet başkanlarına üstün bir koruma sağlamaktadır. Yalnızca görev veya statüleri dikkate alınarak böylesine istisnai bir korumadan yararlanmaları bu kişilerin her türlü eleştiriden muaf tutulmasına yol açacaktır. Bu ise Mahkeme'ye göre, günümüzde geçerli siyasi anlayış ve uygulamalarla bağdaşmayacak niteliktedir. Sonuç olarak Mahkeme yabancı devlet başkanlarına tanınan ayrıcalığın demokratik bir toplumda gerekli olmadığına, ayrıca basın özgürlüğünü ölçsüz bir şekilde sınırladığına kanaat getirmiştir.¹⁸

AİHM, *Colombani ve diğerleri* kararında “Sözleşme'nin ruhu” kavramını kullanmamış olsa da *Pakdemirli* kararında geriye dönük olarak bu eksikliği tamamlamıştır. Önceki davadan farklı olarak *Pakdemirli* davasının konusu başvurunun cumhurbaşkanına hakaret gerekçesiyle tazminat ödemeye mahkum olmasıdır. Ancak hükmedilen tazminat miktarı nedeniyle başvuru bir nevi cezalandırılmış¹⁹ ve bu husus ulusal mahkeme kararında gizlenmemiştir. Gerçekten de söz konusu kararda milletvekili olan başvurunun dokunulmazlığı nedeniyle kovuşturulamadığı; kovuşturulsaydı yakalanıp hapis cezasıyla cezalandırılacağı; hükmedilen tazminat miktarının caydırıcı olması gerektiği ifadeleri yer almaktadır.²⁰ AİHM, *Colombani ve diğerleri* kararına gönderme yaparak, bir kişiye yalnızca sahip olduğu statü nedeniyle üstün bir koruma sağlanmasının açıkça Sözleşme'nin ruhuna aykırı olacağını belirttikten sonra ulusal yargıçların yasaları cumhurbaşkanına üstün bir koruma sağlayacak şekilde yorumladığını kaydetmiştir. Böylece AİHM hakaret vakalarında ayrıcalıklı statü yaratılmasını bir kez daha AİHS'ye aykırı bulmuş ve bu aykırılığın yalnızca yasal bir düzenlemeden değil mahkemelerin yorumundan da kaynaklanabileceğini göstermiştir. İfade özgürlüğü karşısında cumhurbaşkanına üstün bir koruma sağlanması bu kararda da Mahkeme tarafından demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü bir müdahale olarak görülmemiştir.²¹

¹⁷ AİHM, *Colombani ve diğerleri/Fransa*, No. 51279/99, 25.06.2002. Bu davadaki başvurucular, Avrupa'da satılan esrarın önemli bir bölümünün Fas'tan geldiğini ortaya koyan bir raporu *Le Monde* gazetesinde yayımlamışlar ve bu rapora dayanarak Fas Kralı'nı ve kraliyet ailesini uyuşturucu ticaretine göz yummakla itham etmişlerdir. Gazeteciler, yargılama sonucunda para cezasına mahkum olmuşlardır. Ayrıca Fas Kralı'na sembolik bir tazminat ödemelerine karar verilmiştir.

¹⁸ Par. 66-70.

¹⁹ Başvurucunun ödediği tazminat, ödendiği tarih itibarıyla yaklaşık 60 000 Euro'dur.

²⁰ Par. 50-52.

²¹ Par. 60.

Bu şekilde inşa edilen içtihat devlet başkanına hakaret konulu diğer vakalarda istikrarlı bir şekilde uygulanmıştır. *Artun ve Güvener* davasında, başvuruçular 1999 Marmara depremi sonrası dönemin Cumhurbaşkanı'nı hedef alan yazıları nedeniyle mülga 765 sayılı TCK'nin 158. maddesine dayanılarak cumhurbaşkanına hakareten yargılanmış ve mahkum olmuşlardır.²² AİHM, bu kararında da devlet başkanlarının itibarının korunmasında devletin tartışmasız bir menfaati bulunduğu ancak bu menfaatin devlet başkanına özel veya ayrıcalıklı bir koruma sağlanmasını haklı çıkarmayacağını ifade etmiştir. Buradaki özel koruma, cumhurbaşkanına hakaret suçu için öngörülen cezanın normal hakaret suçu için öngörülenden daha ağır olmasından kaynaklanmaktadır. Neticede Mahkeme, ertelenmiş veya para cezasına çevrilmiş olsa da, basın mensuplarına, hakaret nedeniyle hapis cezası verilmesinin demokratik bir toplumda gerekli bir sınırlama olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. Avrupa Konseyi üyesi devletlerdeki genel eğilime ve Konsey organlarının ifade özgürlüğü alanındaki karar ve tavsiyelerine de değinen Mahkeme, basın mensuplarının hapis cezası ile cezalandırılmalarının ancak nefret söylemi vakaları gibi istisnai hallerde Sözleşme'ye uygun bulunulabileceğini ifade etmiştir.²³ Mahkeme, daha yakın tarihli *Önal (No.2)* kararında bu içtihadını sürdürmüş ve bir kitapta geçen ifadeler nedeniyle başvurucuya cumhurbaşkanına hakaret suçundan para cezası verilmesini aynı gerekçeyle Sözleşme'nin ihlali olarak değerlendirmiştir.²⁴

Nihayet, İspanya Kralı'na hakaret nedeniyle bir yıl hapis cezasına çarptırılan bir politikacının başvurusunu konu alan *Otegi Mondragon* kararı, devlet başkanına üstün bir koruma sağlanmasının monarşilerde de kabul edilemeyeceğini göstermiştir.²⁵ AİHM, bu kararında, İspanya Kralı'nın devletin birliğini temsil etmesinin, politik tartışmalarda tarafsız bir pozisyonda bulunmasının ve hakem görevi görmesinin, kendisini, resmi görevleri ile ilgili her türlü eleştiriden muaf tutmayacağını kaydetmiştir. Ayrıca Mahkeme, İspanyol Anayasası uyarınca kralın cezai sorumluluğunun bulunmamasının bu durumu değiştirmeyeceğini eklemiştir. Nitekim kralın cezai sorumsuzluğu, kralın olası bir kurumsal veya sembolik sorumluluğunun serbestçe tartışılmasını engellememelidir. Mahkemeye göre bu noktada geçerli olan tek ölçüt, söz konusu tartışmanın kralın kişi olarak itibarına saygı çerçevesinde yürütülmesidir.²⁶

Kısacası Mahkeme, tarafsız olsun veya olmasın; cezai sorumluluğu bulunsun veya bulunmasın; sembolik görevlerle donatılmış olsun veya olmasın, cumhuriyetlerde ve monarşilerde, hakaret konusunda devlet başkanlarına ayrıcalıklı

²² AİHM, *Artun ve Güvener/Türkiye*, No. 75510/01, 26.06.2007. Başvuruçular 1 yıl 4 ay hapis cezasına çarptırılmış, birinci başvuruçunun cezası ertelenmiş, ikinci başvuruçunun ise para cezasına çevrilmiştir.

²³ Par. 30-34.

²⁴ AİHM, *Önal/Türkiye (No.2)*, No. 44982/07, 02.07.2019, par. 42-44

²⁵ AİHM, *Otegi Mondragon/İspanya*, No. 2034/07, 15.03.2011.

²⁶ Par. 56.

bir koruma sağlayan her türlü düzenlemeyi ve uygulamayı Sözleşme'nin ruhuna aykırı bulmaktadır. Günümüz demokrasilerinin ulaştığı noktada bu türden özel düzenlemeleri bilhassa basın özgürlüğünün ve siyasi ifade özgürlüğünün önünde gereksiz ve ölçüsüz birer engel olarak gören Mahkeme hakarete ilişkin genel hükümlerin devlet başkanlarına yeterli bir koruma sağlayacağını ısrarla savunmaktadır.²⁷

Ne var ki AIHM bir anayasa mahkemesi değildir. Strazburg Mahkemesi, istisnai durumlar haricinde bir yasanın varlığının kendiliğinden bir hak ihlali oluşturacağına hükmedemediği için Sözleşme'nin ruhuna aykırılık söylemi tek başına bir hukuki sonuç doğurmamaktadır. Bununla birlikte Sözleşme'nin ruhuna aykırı bir düzenlemeyi esas alan uygulamaların ve kararların ihlal doğurması kaçınılmazdır. Dolayısıyla bir düzenlemenin Sözleşme'nin ruhuna aykırı bulunması ile verilen mesaj nettir: benzer düzenlemelerin taraf devletlerin mevzuatlarından çıkarılması gerekmektedir. Bunu yapabilecek iki organdan biri olan Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin (TBMM) böyle bir gündemi yoktur. Anayasa Mahkemesi ise bu konudaki hükmünü şimdilik aksi yönde vermiş görünmektedir.

B. AIHS'nin Ruhu Karşısında Anayasa'nın Ruhu

Anayasaların bir ruhunun olup olmadığı, varsa bunun nasıl tespit edileceği, tespit edilse dahi bundan bağlayıcı hukuki sonuçlar çıkarılıp çıkarılmayacağı tartışmalıdır. Bu tartışmalara tali kurucu iktidarın anayasa değişikliği yaparken tabi olduğu sınırların belirlenmesi bağlamında değişen Gözler, Anayasa'nın ruhunun objektif olarak tanımlanamayacağını, bu nedenle de Anayasa'nın ruhundan kaynaklandığı söylenen prensiplerin maddi varlığa sahip olamayacağını savunmaktadır.²⁸ Anayasal pratiğin de bu iddiayı desteklediğini aktaran yazar, maddi varlıktan yoksun prensiplerin ise hukuki değerden yoksun olduğunu öne sürmekte ve böylece anayasanın ruhuna pozitif hukuk bağlamında bir geçerlilik tanımamaktadır.²⁹ Kanımızca, anayasaların bir ruhu olmakla birlikte bu ruhun objektif olarak tanımlanması ve bundan birtakım hukuki sonuçlar türetilmesi Gözler'in ortaya koyduğu gibi mümkün değildir. Konuya temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması

²⁷ Avrupa Konseyinin anayasal konularda uzman kuruluşu Venedik Komisyonu da aynı yönde görüş bildirmiştir. Komisyon, AIHM'nin içtihat birikimini esas alarak ve bu alandaki uluslararası standartlara gönderme yaparak, devlet başkanlarına hakaretin suç olmaktan çıkarılması veya son derece ağır sözlü veya yazılı saldırılar durumunda gündeme gelen istisnai bir suç olarak kalması gerektiğini; ancak her halükarda bu suç için hapis cezasına başvurulmasının kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. TCK md. 299'a ilişkin olarak ise, bu madde kapsamında yürütülen soruşturmaları, açılan davaları ve verilen cezaları göz önüne alan Komisyon, cumhurbaşkanına hakaret suçunun ifade özgürlüğü sınırları dahilinde kalan düşünce açıklamalarını cezalandırmak için de kullanıldığını, bu nedenle ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı bir etki yarattığını dile getirmiştir. Komisyona göre, ifade özgürlüğü üzerindeki bu tehdidi bertaraf etmek için TCK md. 299 mevzuattan çıkarılmalıdır. Hakaret suçuna ilişkin genel düzenlemeler cumhurbaşkanının itibarının korunması bakımından yeterli kabul edilmelidir. Opinion on articles 216, 299, 301 and 314 of the Penal Code of Turkey, CDL-AD(2016)002-e, Opinion No. 831/2015, 15.03.2016, par. 75.

²⁸ Kemal Gözler, *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu*, Ekin Yayınları, 1999, s. 219 vd.

²⁹ *Ibid.*, s. 232 ve 235.

açısından yaklaşıldığında da farklı bir tespit yapmak mümkün görünmemektedir.³⁰ Her ne kadar Anayasa'nın 13. maddesi temel hak ve hürriyetlere getirilecek sınırlamaların “*Anayasanın sözüne ve ruhuna (...)*” aykırı olamayacağını öngörse de, bundan bağımsız bir ölçüt çıkarmaya çalışmak herhangi bir sonuç vermeyecektir. Dolayısıyla, kanunların anayasaya uygunluk denetiminde anayasanın ruhu bakımından ayrıca bir değerlendirme yapılmaması tabii bir durumdur. Öyleyse, tıpkı Sözleşme'nin ruhu gibi Anayasa'nın ruhu da bir söylemden ibarettir. Ancak AİHM'nin aksine AYM bu kavrama başvurmadığı için söz konusu bu söylemin içeriğini doldurmak daha güç görünmektedir. Kanımızca, AİHM içtihadı ile bir karşılaştırma yapmaya elverdiği ölçüde biz de bu kavrama başvurabilir ve hak ve özgürlükleri aşırı derecede sınırlayan veya devlet organlarına ölçüsüz yetkiler veren yahut hukuk devleti ilkesi ile temelden çelişen düzenlemeleri, uygulamaları veya durumları nitelendirmek için Anayasa'nın ruhuna aykırı yakıştırmasını kullanabiliriz.

Bu bağlamda, kanunların Anayasa'nın ruhuna aykırı düzenlemelerden arındırılması başta yasa koyucunun ardından Anayasa Mahkemesinin anayasal görevidir. Örneğin, Fransa, AİHM'nin *Eon* kararında³¹ ifade özgürlüğü ihlali tespit etmesinin ardından cumhurbaşkanına hakaret suçunu mevzuatından çıkarmış, böylece hakaret karşısında cumhurbaşkanına sağlanan koruma ile kamu görevlilerine tanınan genel koruma eşdeğer kılınmıştır.³² Belirtmek gerekir ki, *Eon* davasındaki başvuru cumhurbaşkanına hakaret suçundan para cezasına çarptırılmış olmakla birlikte, ulusal mahkemeler bu özel düzenlemeyi cumhurbaşkanına üstün bir koruma sağlayacak şekilde yorumlamamış, hukuki sorunu standart hakaret davalarındaki ölçütlere göre çözüme kavuşturmuşlardır. Bu nedenle AİHM Fransız Basın Kanunu'ndaki cumhurbaşkanına hakaret suçunun Sözleşme'ye aykırılığı üzerinde ayrı bir değerlendirme yapma gereği duymaksızın başvuru aleyhine hükmedilen para cezasının demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını incelemiştir.³³ Buna rağmen Fransa Parlamentosu, Avrupa Konseyi bünyesinde oluşan genel eğilimin tersinde konumlanmamak amacıyla ilgili maddeyi ceza mevzuatından çıkarma yoluna gitmiştir.³⁴

Bu noktada, Sözleşme'nin ruhuna aykırı olan her düzenlemenin otomatik olarak Anayasa'nın ruhuna aykırı olup olmayacağı sorusu gündeme gelebilir. Bu

³⁰ Bkz. Kemal Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, Ekin Yayınları, 2018, s. 363-365.

³¹ AİHM, *Eon/Fransa*, No. 26118/10, 14.03.2013.

³² <https://www.liberation.fr/societe/2013/07/25/le-parlement-abroge-le-delit-d-offense-au-chef-de-l-etat-920737> (erişim tarihi: 01.10.2019).

³³ Yargıç Power-Forde, kişisel görüş yazısında bu hususu eleştirmiştir. Yargıca göre, devlet başkanlarına ayrıcalıklı bir koruma sağlayan yasal düzenlemelerin günümüz demokrasi anlayışıyla bağdaşmadığı tıpkı *Colombani ve diğerleri* kararında olduğu gibi AİHM tarafından vurgulanmalıydı.

³⁴ Aynı ülke *Colombani ve diğerleri* kararındaki ihlalin ardından da yabancı devlet başkanlarına ayrıcalıklı koruma sağlayan düzenlemeyi yürürlükten kaldırmıştır. *Eon/Fransa*, par. 39.

soruya anayasa hukuku çerçevesinde kayıtsız bir şekilde olumlu bir cevap vermek mümkün olmasa da taraf olunan insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerden kaynaklanan bir yükümlülük olarak anayasal düzeyde olanlar dahil her türlü ulusal düzenlemenin söz konusu sözleşmelerle uyum içerisinde olması gerektiği açıktır. Nitekim AİHM de bir iç hukuk kuralının Sözleşme'ye uygunluğunu denetlerken bu kuralın iç hukuktaki normlar hiyerarşisinin hangi basamağında olduğuyla ilgilenmemektedir.³⁵ Sözleşme'ye aykırı bir normun anayasaya uygun bulunması durumunda ise ulusal ve uluslararası hukuk düzenleri arasında bir çelişki oluşacak ve bu çelişki uluslararası düzeyde hak ihlali üretebilecektir. Hiç kuşku yok ki, bu ihlallerin önüne geçilebilmesi için söz konusu normun mevzuattan çıkarılması hukuki güvenlik bakımından en etkili çözümdür. Bu yapılmadığı takdirde, ikinci bir çözüm olarak Sözleşme'ye uygun yorum seçeneği gündeme gelebilir. AYM, Sözleşme'ye aykırı normu iptal etmek yerine bu normu AİHM içtihadı ile uyumlu bir şekilde yorumlayarak uygulayıcılara yol gösterme seçeneğini de benimseyebilir. Böyle bir durumda, AİHM, kural olarak norm denetimi yapmadığı için, otomatik olarak ihlal kararı vermeyecek, önüne gelen somut vakalardaki mahkeme kararlarını kendi içtihadı ışığında inceleyecektir. Bu incelemenin özünde ise devlet başkanına ayrıcalıklı bir koruma sağlanıp sağlanmadığı sorusu yer alacaktır. Ayrıcalıklı bir koruma sağlandığı tespit edildiği takdirde ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaşılabilecek; bunun tespit edilmediği durumlarda ise standart hakaret davalarında kullanılan ölçütler ışığında başvuru karara bağlanacaktır. Yukarıda bahsi geçen *Eon* başvurusu tam da bu yaklaşımla ele alınmıştır. Devlet başkanına hakaret suçunun varlığı, hatta başvuru bu suçtan cezalandırılması tek başına hak ihlali yaratmamıştır. Zira ulusal mahkemeler, Sözleşme'ye aykırı olan bu düzenlemeyi şeklen esas almış olmakla birlikte önlerindeki somut vakayı kamu görevlilerine hakarete ilişkin genel düzenlemeler çerçevesinde incelemişlerdir. Bu örneğin de açıkça gösterdiği gibi, devlet başkanına hakaretin ayrı bir suç şeklinde düzenlenmesi durumunda, Sözleşme'ye uygun yorum yöntemi bu düzenlemeyi tamamen işlevsiz kılmakta, dahası bu düzenlemenin varlık nedenini ortadan kaldırmaktadır. Nitekim, devlet başkanına üstün bir koruma sağlamak amacıyla ihdas edilen bir normun, devlet başkanına üstün bir koruma sağlamayacak şekilde yorumlanması doğal olarak ilgili normun varlık nedeninin inkarı anlamına gelecektir. Bu ise Sözleşme'ye aykırı bir iç hukuk kuralının varlığının “zorlamayla” ve yalnızca şeklen muhafaza edilmesi sonucunu doğuracaktır. Dolayısıyla, devlet başkanına hakaret suçu söz konusu olduğunda, Sözleşme'ye uygun yorum yolunun en iyi ikinci çözüm şeklinde nitelendirilmesi mümkün görünmemektedir. Hukuki tutarlılık ve güvenilirlik adına tek etkili çözüm yolu devlet başkanına hakaret suçunun mevzuattan çıkarılmasıdır.

³⁵ AİHM, Büyük Daire, *Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve diğerleri/Türkiye*, No. 19392/92, 30.01.1998, par. 30.

Bu açıdan bakıldığında, Anayasa Mahkemesinin 14 Aralık 2016 tarihli, somut norm denetimine ilişkin kararının,³⁶ AİHM önünde hak ihlalleri doğurmaya aday bir düzenlemenin neden olduğu hukuki soruna çözüm üretmediği, hatta bu sorunu desteklediği rahatlıkla söylenebilir. İki ayrı mahkemenin başvurusu üzerine TCK md. 299'un anayasaya aykırılığı iddiasını inceleyen AYM, hukuk devleti, eşitlik ve ifade özgürlüğü temelinde yaptığı değerlendirme sonucu oybirliğiyle ilgili düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir. Mahkeme bu sonuca oldukça kısa ve dağınık bir gerekçe ile ulaşmıştır.

Kanımızca cumhurbaşkanına hakaret suçunun anayasaya aykırılığı iddiasının yalnızca Anayasa'nın 26. maddesinde güvence altına alınan "düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyeti" ile 13. maddesinde düzenlenen "temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması" çerçevesinde ele alınması mümkün ve yeterli idi. Nitekim, hukuk devleti ilkesi bakımından AYM'nin referans aldığı "belirlilik", "suç ve ceza arasındaki adil denge", "ölçülülük" ve nihayet "kişilere tanınan güvenceler" ölçütlerinin³⁷ tamamı ifade özgürlüğü kapsamında yapılacak bir değerlendirmede dikkate alınması gereken temel unsurlardır. Eşitlik ilkesi bakımından da durum farklı değildir. Mahkemenin bu ilke çerçevesinde tartıştığı cumhurbaşkanına hakaretin diğer kamu görevlilerine hakarettten ayrı bir suç olarak düzenlenmesi ve daha ağır bir yaptırıma bağlanması, AİHM'nin ifade özgürlüğü kapsamında yaptığı incelemenin merkezinde yer almaktadır. AYM bu hususlarda, özetle, "ceza siyaseti" belirleme konusunda devletin Anayasa'ya bağlı kalmak kaydıyla birtakım tercihlerde bulunabileceğini; bunu yaparken suç ve suç için öngörülen ceza arasında adil bir denge kurulması gerektiğini; cumhurbaşkanının, devletin başı sıfatıyla Türkiye Cumhuriyetini ve Türk Milletinin birliğini temsil ettiğini; dolayısıyla söz konusu suçun diğer hakaret suçlarından farklı değerlendirilmesinde hukuk devleti ve eşitlik ilkelerine bir aykırılık bulunmadığını ifade etmiştir.³⁸ Böylece AYM henüz ifade özgürlüğüne ilişkin bir değerlendirme yapmadan, hakaret konusunda cumhurbaşkanına ayrıcalıklı bir koruma sağlanmasının Anayasa'nın ruhuna uygun olduğunu kabul etmiş bulunmaktadır. Dahası Mahkeme, Anayasa'nın ruhunun AİHS'nin ruhundan farklı olduğunu da tereddüte yer bırakmayacak şekilde ortaya koymuştur. Nitekim yukarıda aktarıldığı üzere, cumhurbaşkanına hakaret suçunun AİHS'nin ruhuna aykırı olmasının arkasında, bu suç için öngörülen cezanın ağırlığından veya mahkemelerin bu suçtan verdikleri cezaların niteliğinden ziyade bizzat cumhurbaşkanına ayrıcalıklı koruma sağlayan bir düzenlemenin varlığı bulunmaktadır. AYM ise söz konusu ayrıcalıklı düzenlemenin cumhurbaşkanının temsil ettiği değerlerin korunması bakımından gerekli olduğunu savunarak Anayasa'nın ruhunun söz konusu ayrı-

³⁶ AYM, E. 2016/25, K. 2016/186, T. 14.12.2016.

³⁷ Sırasıyla par. 8, 9, 10 ve 21.

³⁸ Par. 9-16.

calıklı korumayı dışlamadığını kabul etmiştir. Öte yandan AYM, hukuk devleti ilkesinin bir unsuru olarak ele aldığı ölçülülük ilkesine de bu aşamada değinmiş ve cumhurbaşkanına hakaret suçu için öngörülen cezanın ulaşılacak istenen amaç bakımından gerekli, elverişli ve orantılı olduğunu saptamıştır.³⁹ Mahkeme, orantılılık testinde, cezanın şahsileştirilmesinin ve verilen cezanın, koşulları olduğunda, paraya çevrilmesinin veya ertelenmesinin veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının mümkün olduğuna işaret etmekle yetinmiştir.⁴⁰

Böylece, anayasaya aykırılık iddiasının özünü oluşturması gereken ifade özgürlüğü temelli incelemeye gelindiği zaman AYM'nin bütün kapıları kapatmış olduğu söylenebilir. Bu bölümde AYM, kamu gücünü kullanan kişilere yönelik eleştirilerin kabul edilebilir sınırlarının diğer kişilere yönelik eleştiri sınırlarına göre daha geniş olduğunu; bununla birlikte bu eleştirilerin kişilerin şeref ve itibarını zedeleyecek şekilde hakaret boyutuna ulaşmaması gerektiğini; TCK md. 299'un ifade özgürlüğüne yönelik bir sınırlandırma getirdiğini; ancak bu sınırlamanın başkasının şöhret ve haklarının korunması ile kamu düzeninin korunmasını sağlamayı amaçladığını ve demokratik toplum düzeni bakımından alınması gereken tedbirler kapsamında olduğunu belirtmiştir.⁴¹ Ölçülülük ilkesine uygunluk bakımından ise Mahkeme, cumhurbaşkanına hakaret suçunun, ifade özgürlüğünün amacına uygun bir şekilde kullanılmasını son derece zorlaştıran veya bu özgürlüğü kullanılamaz duruma düşüren kayıtlara bağlamadığını ve hakkın özüne dokunmadığını belirtmiştir.⁴² Son olarak Mahkeme, hukuk devleti ilkesine geri dönmüş ve cumhurbaşkanına hakaret suçunun kovuşturulmasının adalet başkanının iznine tabi tutulmasının bu suçu işlediği iddia edilen kişiler bakımından bir güvence oluşturduğunu ve bu nedenle hukuk devleti ilkesine bir aykırılığın söz konusu olmadığını ifade etmiştir.⁴³

Davanın esasına dair incelemenin, genel değerlendirmeler dahil yalnızca iki sayfa yer işgal ettiği bu karar eleştiriye açık çok sayıda eksiklik barındırmaktadır. Bunlar arasında en dikkat çekici olanı kuşkusuz Avrupa insan hakları hukuku standartlarına hiç değinilmemiş olmasıdır. Öyle ki, karar metninde AİHS ve AİHM ifadeleri dahi geçmemiştir. AİHM'nin bu konudaki içtihat birikimine ve bilhassa Türkiye'ye karşı ihlal kararıyla sonuçlanan *Artun ve Güvener* başvurusuna hiçbir surette gönderme yapılmaması AİHS'nin ruhunun önemsenmediğine işaret etmektedir. Başvuru kararlarında açıkça, devlet başkanlarına özel himaye sağlayan yasaların varlığının AİHS'nin ihlali niteliği taşıdığı ve Anayasa md. 90 uyarınca bunun dikkate alınması gerektiği iddiası böylece cevapsız bırakıl-

³⁹ Par. 15.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Par. 19-20.

⁴² Par. 20.

⁴³ Par. 21.

mıştır. Aynı şekilde, kamu gücünü kullanan kişilere yönelik eleştirilerin sınırları veya ifade özgürlüğüne müdahalede ölçülülük ilkesinin gerekleri konularında AİHM'nin oluşturduğu ve bizzat AYM tarafından bireysel başvuru yolu kapsamında benimsenip uygulanan içtihat⁴⁴ karar örgüsü içerisinde hiçbir rol oynamamıştır. Bu noktada üzerinde durulması gereken bir başka husus cumhurbaşkanının devlet ve milletin birliğini temsil ettiği tespitidir. Nitekim AYM'ye göre cumhurbaşkanına hakaretin ayrı bir suç olarak düzenlenmesi cumhurbaşkanının şahsından öte temsil ettiği değerlerin korunması amacıyla haklı görülmektedir. Kuşkusuz, Anayasa'nın 104. maddesine göre cumhurbaşkanı, devlet başkanı sıfatıyla Türkiye Cumhuriyetini ve Türk Milletini temsil etmektedir. Buna karşın, başvuru kararlarında, Anayasa'nın 101. ve 102. maddelerinde yapılan değişikliklerle cumhurbaşkanının siyasi bir kişilik haline gelmesinin kaçınılmaz olduğu öne sürülmektedir.⁴⁵ Siyasilere yöneltelen eleştirilerin sınırlarının geniş olduğunu kabul eden AYM'nin bu tezi dikkate almadan TCK md. 299'u Anayasa'ya uygun bulması kanımızca bir başka eksiklik olarak değerlendirilmelidir. Ancak AYM'nin bu yönde bir değerlendirmede bulunması yalnızca kararın iç tutarlılığına hizmet edecek bir faktördür. Nitekim, AİHM içtihadında devlet başkanının tarafsız olması ve sembolik yetkilerle donatılması ile aktif bir şekilde siyasete dahil olması arasında hakaret karşısında devlet başkanına tanınan korumanın seviyesi bakımından bir farklılık olmadığı daha önce ifade edilmişti.

İfade özgürlüğü temelinde gerçekleştirilen incelemede de AİHM standartları ile uyumlu olmayan veya eksik kalan birtakım değerlendirmeler göze çarpmaktadır. Bu noktadaki temel sorun cumhurbaşkanına hakaret suçu ile korunan değer ile ifade özgürlüğü arasında bir denge arayışına girilirken ağırlığın açıkça birinci unsura verilmesi, ikincisinin ihmal edilmesidir. Henüz ifade özgürlüğüne ilişkin genel ilkelerin ortaya konması aşamasında bu yönde bir kanaat oluşmaktadır. AİHM tarafından defalarca tekrarlandığı şekliyle, siyasi şahsiyetler, eylemleri ve davranışları bakımından kaçınılmaz ve bilinçli olarak gazetecilerin ve geniş kitlelerin denetimine tabi olmayı kabul etmiş kişilerdir. Bilhassa eleştirilere yol açabilecek açıklamalarda buldukları vakit çok daha geniş bir hoşgörü göstermek zorundadırlar. Bu kişiler şüphesiz itibarlarının korunması hakkına sahiptirler; fakat bu korumanın gerekleri siyasi meselelerin serbestçe tartışılmasından sağlanacak faydayla dengeli olması gerekmektedir, zira genel kural ifade özgürlüğüne getirilecek kısıtlamaların dar yorumlanması şeklindedir.⁴⁶ AYM ise genel ilkeler kısmında “*kamu görevini yerine getiren kişilerin diğer kişilere göre daha*

⁴⁴ Bu konuda bkz. Ulaş Karan, **İfade Özgürlüğü**, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 2, Avrupa Konseyi, 2018, s. 10.

⁴⁵ Bu konuda bkz. Özge Demir, “Yeni Rejimde Cumhurbaşkanına Hakaret Suçuna Yönelik Eleştirel Bir İnceleme”, **Suç ve Ceza**, Sayı: 3, 2018, s. 67; Seçkin Türkoğlu, “Olmayan Suç: Cumhurbaşkanına Hakaret”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2018/3, s. 301.

⁴⁶ Örn., AİHM, *Artun ve Güvener/Türkiye*, No. 75510/01, 26.06.2007, par. 26.

hoşgörülü olmak zorunda olmaları, onların “şeref veya haklarının” korunmayacağı anlamına gelmez” diyerek AİHM’nin aksine vurguyu ifade özgürlüğüne değil cumhurbaşkanının korunmasına yapmaktadır. AYM devamında “*ifade özgürlüğü, kişilere hakaret hakkı vermez, zira hakaret eyleminde başkalarının şöhret ve itibarlarına saldırı söz konusudur*” değerlendirmesinde bulunarak bu vurguyu desteklemiştir.⁴⁷ Bu yaklaşımla paralel olarak, cumhurbaşkanına sağlanan üstün koruma karşısında bilhassa kamusal tartışmalara katkı sunan düşünce açıklamalarının engellenebileceği ve serbest tartışma ortamının zarar görebileceği yönünde herhangi bir kayıt düşülmediği belirtilmelidir. Bu konuda AYM yalnızca TCK md. 299’un ifade özgürlüğünün kullanımını aşırı derecede zorlaştırmadığını ve hakkın özüne dokunmadığını söylemekle yetinmiş;⁴⁸ hakaret suçu için hürriyeti bağlayıcı bir ceza öngörülmesinin ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı bir etki yaratabileceği ihtimalini hesaba katmamıştır. Her ne kadar, hapis cezasının ertelenmesi, paraya çevrilmesi veya hükmün açıklanmasının geriye bırakılması seçenekleri orantılılık testi kapsamında AYM tarafından hatırlatılmış olsa da, bu seçeneklerin otomatik olarak söz konusu caydırıcı etkiyi ortadan kaldırmadığını belirtmek gerekmektedir.⁴⁹

Nihayet, AYM’nin gerekçesinde eleştiriye açık hususlardan bir diğeri TCK md. 299’da yer alan suçun kovuşturulmasının adalet bakanının iznine tabi tutulmasının bir güvence şeklinde nitelendirilmesidir. Mahkeme, bu yolla, söz konusu suçu işlediği iddia edilen kişilerin, “*devlet ve toplum yararı açısından bir takdir yetkisinin kullanılması*” suretiyle korunacağını öne sürerek, hukuk devleti ilkesine aykırılık iddiasını reddetmiştir.⁵⁰ Oysa, AİHM içtihadı göz önüne alındığında bu değerlendirmenin yerinde olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir.⁵¹ Nitekim *Altuğ Taner Akçam* kararında AİHM, TCK md. 301 kapsamında işlenen suçların kovuşturulmasının adalet bakanının iznine bağlı olmasını ele almış ve siyasi bir kişilik tarafından kullanılacak bu inisiyatifin kişiler bakımından otomatik bir güvence oluşturmadığının altını çizmiştir.⁵² Yaklaşık bir buçuk yıllık bir periyodu dikkate alan AİHM, bu süre içerisinde Adalet Bakanlığına 1025 kovuşturma izni başvurusu yapıldığını, bu başvurulardan 80 tanesinde (toplam başvuruların yaklaşık % 8’inde) kovuşturma izni verildiğini anımsatmıştır. Mahkeme ayrıca, kovuşturma izni verilen dosyaların niteliği konusunda herhangi bir açıklamanın yapılmamış olmasını not etmiştir. Dahası, Mahkemeye göre, adalet bakanının izin yetkisini belirli bir süre kullanmamış olması, ileride de kullanmayacağı anlamına

⁴⁷ AYM, E. 2016/25, K. 2016/186, T. 14.12.2016, par. 19.

⁴⁸ Par. 20.

⁴⁹ Bu konuya ikinci bölümde değinilecektir.

⁵⁰ Par. 21.

⁵¹ Duygu Köksal, “Cumhurbaşkanına Hakaret Suçu vs İfade Özgürlüğü”, *Güncel Hukuk*, Şubat 2017/2-158, s. 37.

⁵² AİHM, *Altuğ Taner Akçam/Türkiye*, No. 27520/07, 25.10.2011, par. 77-78.

gelmeyeceği gibi; hükümetin siyasi tutumunun değişmesi veya yeni kurulacak bir hükümetin farklı bir politika benimsemesi durumunda söz konusu kontrol mekanizması etkisini yitirebilecektir. Kısacası AİHM'ye göre, adalet bakanına kovuşturmayaya izin verme yetkisinin tanınması ifade özgürlüğünün serbestçe kullanılması bakımından bir güvence oluşturmayacaktır. Bu noktada Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri'nin görüşünü hatırlatan Mahkeme, adalet bakanından her bir vakada izin istenmesi sisteminin AİHS standartlarının ulusal hukuka entegre edilmesi seçeneğinin yerine geçemeyeceğini ve olası hak ihlallerini önleyemeyeceğini vurgulamıştır. İlk bölümde aktarılan istatistiklere bakıldığında, sadece 2016 yılında Adalet Bakanı'nın izniyle TCK md. 299'dan 4187 dava açıldığı görülmektedir. AYM'nin somut norm denetimine ilişkin kararı 2016 yılının son günlerinde alındığı için söz konusu istatistiğin biliniyor olduğu varsayılmalıdır. Dolayısıyla, AYM'nin Adalet Bakanlığının izin yetkisini bir "güvence" olarak kabul etmesi son derece isabetsiz görünmektedir.⁵³

Sonuç olarak, AYM'nin bu kararıyla birlikte ifade özgürlüğü ve cumhurbaşkanına hakaret suçu bakımından iki farklı standart oluşmuştur. Bu, AİHM ve AYM arasındaki basit bir yorum farkına indirgenemeyecek ölçüde ciddi bir standart farklılığı, bir uyumsuzluktur. Bu uyumsuzluk sürekli olarak ifade özgürlüğü ihlalleri üretmeye adaydır. AİHM'nin Türkiye aleyhine hak ihlali kararları vermesini önlemek amacıyla ihdas edilen AYM'ye bireysel başvuru yolu bunu engelleyebilecek kapasiteye sahip midir? Bireysel başvuru yolu Anayasa'nın ruhunu değiştirebilir mi?

II. Cumhurbaşkanına Hakaret Suçu ve Bireysel Başvuru Yolunun Anlamı

2010 anayasa değişikliği ile hukuk sistemimize giren ve 2012 yılında işleme başlayan AYM'ye bireysel başvuru yolu, her şeyden önce AİHM'ye yapılan başvuruların önünü kesmeyi hedeflemektedir. AYM, bugüne kadar, bireysel başvuru kararlarıyla birçok alanda AİHM standartlarını benimseyip uygulayarak insan haklarının ulusal ölçekte korunmasına belirli bir katkı sunmuştur. Yüksek Mahkeme bunu iki şekilde gerçekleştirmiştir: AİHM içtihadına aykırı sonuçlar doğuran yasal düzenlemelerin "zımnen ilga" olduğu yönündeki tespitiyle ve AİHM içtihadında belirlenen ilke ve ölçütlerin tutarlı bir şekilde bireysel başvuru kararlarında uygulanmasıyla. Ne var ki, cumhurbaşkanına hakaret suçu söz konusu olduğunda bu yolların ikisine de başvurulmadığı gözlemlenmektedir.

A. Cumhurbaşkanına Hakaret Suçu Zımnen İlga Olmadı mı?

AYM'nin AİHS'ye aykırı bir normu Anayasa'ya uygun bulması, derece

⁵³ Bu husus Venedik Komisyonu tarafından da dile getirilmiştir. CDL-AD(2016)002-e, Opinion No. 831/2015, 15.03.2016, par. 92.

mahkemeleri açısından yol gösterici olmamıştır. Zira yukarıda ifade edildiği gibi, Sözleşme'ye uygun yorum yöntemi TCK md. 299 söz konusu olduğunda anlamını yitirmektedir. Sözleşme ile bağdaşacak yegane olasılık bu maddenin uygulanmamasıdır. Aslında Anayasa md. 90/5 gereği derece mahkemelerinin bu yönde bir tutum sergilemeleri açık bir zorunluluktur.⁵⁴ Ne var ki, TCK md. 299'un ifade özgürlüğünün kullanımına getirdiği sınırlamanın AYM tarafından kanuni dayanağa sahip, haklı bir amaç güden, ölçülü bir müdahale olarak kabul edilmesi karşısında derece mahkemelerinin aksi yönde bir tespitte bulunarak Anayasa'ya uygun bulunmuş bir normu ihmal etmeleri güç görünmektedir. Buradaki güçlükten kasıt, somut bir vakayı karara bağlayan mahkemenin ifade özgürlüğüne sağlanacak korumayı AİHM içtihadı ışığında değerlendirerek cumhurbaşkanına hakaret suçundan yargılanan bir kişinin ifade özgürlüğü ile söz konusu suçla korunan değer arasında makul bir denge arayışına girmesi değil,⁵⁵ TCK md. 299'u AİHS'ye aykırı olduğu gerekçesiyle uygulamamasıdır. Hukuki açıdan mümkün hatta zorunlu olan bu yaklaşımın sergilendiği herhangi bir yargı kararı bildiğimiz kadarıyla mevcut değildir.

AİHM tarafından Sözleşme'ye aykırılığı tespit edilmiş bir kanun hükmünün AYM tarafından Anayasa'ya uygun bulunmasıyla gündeme gelen "hukuki belirsizlik" durumu ilk kez ortaya çıkmamaktadır. Evli kadının soyadına ilişkin yargısal süreç bu bakımdan mükemmel bir örnek teşkil etmektedir. Kısaca hatırlatmak gerekirse, Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesinde yer alan "*kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır*" hükmünün cinsiyete dayalı ayrımcılık oluşturduğu iddiasıyla AİHM'ye yapılan başvurular sonucu Strazburg Mahkemesi, *Ünal Tekeli* kararında, söz konusu hükmün özel yaşama saygı gösterilmesi hakkıyla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağını ihlal ettiğine karar vermişti.⁵⁶ Evli kadının yalnızca kendi soyadını taşımasına olanak tanımayan söz konusu hüküm, tıpkı TCK md. 299 gibi, varlığıyla Sözleşme'ye aykırılık oluşturan; yani mahkemeler tarafından Sözleşme'ye uygun şekilde yorumlanmaya elverişli olmayan bir düzenlemedir. Bu düzenlemeyi somut norm denetimi kapsamında inceleyen AYM ise biri 1998 diğeri 2011 yılında vermiş olduğu iki kararla evlenen kadının kocasının soyadını alacağı kuralını Anayasa'ya uygun bulmuştu.⁵⁷ 2011 yılındaki kararında

⁵⁴ AY md. 90/5 "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7/5/2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*"

⁵⁵ Bu yönde kararlara rastlamak mümkündür. Bkz. Bilal Kolbükten, "Cumhurbaşkanına Hakaret' Suçu Üzerine Bir Deneme", *Ankara Barosu Dergisi*, 2015/3, s. 45.

⁵⁶ Örn., AİHM, *Ünal Tekeli/Türkiye*, No. 29865/96, 16.11.2004.

⁵⁷ AYM, E. 1997/61, K. 1998/59, 29.09.1998; E. 2009/85, K. 2011/49, 10.03.2011. Bkz. Erkan Duymaz, "Anayasa Mahkemesinin Soyadına İlişkin Kararları Üzerine Düşünceler", *Anayasa Hukuku Dergisi*, Cilt: 3, Sayı: 5, 2014, s. 37.

AİHM'nin *Ünal Tekeli* kararına hiçbir surette değinmeyen AYM böylece cinsiyet eşitliği alanındaki uluslararası standartlar karşısında kendi pozisyonunu haklılaştırma uğraşına girmemişti. Söz konusu karar ile TCK md. 299'a ilişkin norm denetimi kararı arasında bu açıdan da tam bir örtüşme olduğu gözden kaçmamaktadır. Bu aşamada, Sözleşme'ye aykırı ancak Anayasa'ya uygun bir norm ile karşı karşıya kalan mahkemelerin tercihi AY md. 90/5'e dayanarak Medeni Kanun'un 187. maddesini ihmal etmek yönünde olmamıştı. Örneğin Yargıtay 2. Hukuk Dairesi tarafından oybirliği ile alınan bir kararda, AYM tarafından Anayasa'ya uygun bulunmuş yürürlükteki bir kanun hükmüne aykırı davranılmayacağı; aksi takdirde AYM kararlarının bağlayıcılık etkisinin ortadan kalkacağı ifade edilmiş ve evli kadının soyadına ilişkin AİHM içtihadı uygulanmamıştı.⁵⁸ Öte yandan AİHM, 2013 yılı içerisinde, evli kadının soyadına ilişkin üç ayrı başvuruda, önceki kararına atıfla hak ihlali kararları vermişti.⁵⁹ Nihayet, aynı yılın son günlerinde, aynı hukuki sorunla bu kez bireysel başvuru kapsamında karşı karşıya gelen AYM oybirliği ile evli kadının kocasının soyadını alacağı kuralının Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan kişinin manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını ihlal ettiğine hükmetmişti.⁶⁰ Ancak AYM, bu sonuca ulaşırken Medeni Kanun'un 187. maddesinin cinsiyete dayalı bir ayrımcılık yarattığı veya evli kadınların manevi varlıklarını koruma ve geliştirme hakkına ölçsüz bir müdahalede bulunduğu yönünde bir gerekçeye dayanmamış, olaydaki müdahalenin yasal dayanaktan yoksun olduğu sonucuna ulaşmıştı. AYM'ye göre, kadının evlenmeyle kocasının soyadını alacağı kuralı ile Türkiye'nin taraf olduğu insan haklarına dair uluslararası anlaşmalar arasında kadın erkek eşitliği bakımından bir uyumsuzluk bulunmaktaydı ve AY md. 90/5 kapsamına giren bu uyumsuzluk karşısında ilgili kanun hükmünün uygulanma kabiliyeti ortadan kalkmış durumdaydı.⁶¹ AYM tarafından "zımnî ilga kuralı"⁶² olarak adlandırılan bu kural derece mahkemelerine son derece açık bir yükümlülük yüklemektedir: "*uyumsuzluğu karara bağlayan derece Mahkemelerinin, AİHS ve diğer uluslararası insan hakları andlaşmaları ile çatışan 4721 sayılı Kanun'un 187. maddesini kararlarına*

⁵⁸ Yargıtay 2. HD, 18.06.2012, E. 2011/7737, K. 2012/16695.

⁵⁹ AİHM, *Leventoğlu Abdulkadiroğlu/Türkiye*, 7971/07, 28.05.2013; *Tuncer Güneş/Türkiye*, 26268/08, 03.09.2013; *Tanbay Tüten/Türkiye*, 38249/09, 10.12.2013.

⁶⁰ AYM, *Sevim Akat Ekşi*, No. 2013/2187, 19.12.2013.

⁶¹ "*Anayasa'nın 90. maddenin beşinci fıkrası uyarınca, sözleşmeler hukuk sistemimizin bir parçası olup, kanunlar gibi uygulanma özelliğine sahiptir. Yine aynı fıkraya göre, uygulamada bir kanun hükmü ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan sözleşme hükümleri arasında bir uyumsuzluğun bulunması halinde, sözleşme hükümlerinin esas alınması zorunludur. Bu kural bir zımnî ilga kuralı olup, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümleriyle çatışan kanun hükümlerinin uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırmaktadır*". Par. 44. Aynı yönde, *Gülsim Genç*, No. 2013/4439, 06.03.2014, par. 39; *Neşe Aslanbay Akbıyık*, No. 2014/5836, 16.04.2015, par. 44. Zımnî ilga kuralının uygulandığı bir başka alan için bkz. *Adalet Mehtap Buluryer*, No. 2013/5447, 16.10.2014, par. 47.

⁶² Bu konuda etraflı bir analiz için bkz., Ali Acar, "Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa Madde 90/5 Hakkındaki Zımnî İlga Tespiti ve İnsan Haklarına Dayalı (Yeni Bir) Yargısal Denetim", *Anayasa Hukuku Dergisi*, Cilt: 6, Sayı: 11, 2017, s. 137.

esas almayarak, başvuru konusu uyumsuzluk açısından Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca uygulanması gereken uluslararası sözleşme hükümlerini dikkate alması gerektiği sonucuna varılmaktadır".⁶³ Derece mahkemelerinin zımnen ilga olmuş bir düzenlemeyi hükme esas almaları durumunda ise başvurucunun manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına yönelik müdahale geçerli bir yasal dayanaktan yoksun kalacaktır.⁶⁴ AYM böylece AİHM önünde sistematik ihlal yaratan bir iç hukuk kuralının derece mahkemeleri tarafından ihmal edilmesi gerektiğini, aksi durumda temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalenin hukuka uygulununun ilk şartı olan kanunilik şartının gerçekleşmeyeceğini duraksamaya yer bırakmayacak şekilde ifade etmişti. Kanımızca bu yaklaşım bazı açılardan eleştiriye açık olsa da⁶⁵ uluslararası insan hakları hukukuyla uyumlu bir ulusal hukuk düzeninin tesisi bakımından kayda değer bir gelişmeye işaret etmektedir.

AYM'nin Türk Medeni Kanunu md. 187'yi uygulama dışı bırakmak için başvurduğu zımni ilga kuralının cumhurbaşkanına hakaret suçunu düzenleyen TCK md. 299 için uygulanmasının önünde hiçbir engel yoktur. Aksine, kendi içinde tutarlı bir içtihadın inşası bakımından, TCK md. 299'un zımnen ilga edildiği yönünde bir tespitte bulunmasını AYM'den beklemek son derece meşru ve haklı görünmektedir. Bu nedendir ki TCK md. 299 için aslında "olmayan hüküm"⁶⁶ veya "olmayan suç"⁶⁷ yakıştırmalarında bulunulması hukuken doğru ve yerinde değerlendirmelerdir.

Ne var ki AYM'nin tutumu bu yönde olmamıştır. Mahkeme tarafından bireysel başvuru yolu kapsamında karara bağlanan *Umut Kılıç* vakasında, adli yargı hakim adaylığı mülakatında sarf ettiği sözler nedeniyle başvurucunun kamu görevlisine hakaret ve cumhurbaşkanına hakaret suçlarından ayrı ayrı 1 yıl 6 ay

⁶³ Par. 45.

⁶⁴ "Uluslararası sözleşmelerin, evli erkek ve kadının evlilik sonrasında soyadları bakımından eşit haklara sahip olmasını öngören hükümleri ile evli kadının kocasının soyadını kullanması zorunluluğunu öngören iç hukuk düzenlemelerinin aynı konu hakkında farklı hükümler içermesi nedeniyle, ilgili sözleşmenin hükümlerinin somut uyumsuzluk açısından esas alınması gereken hukuk kuralı olduğu sonucuna varılmakla, başvurunun manevi varlığı kapsamında güvence altına alınan isim hakkına yönelik müdahalenin kanunilik şartını sağlamadığı anlaşılmaktadır". Par. 47

⁶⁵ Bkz. Erkan Duymaz, "Anayasa Mahkemesinin Soyadına İlişkin Kararları Üzerine Düşünceler", s. 49.

⁶⁶ Yaman Akdeniz ve Kerem Altıparmak, "TCK 299. Olmayan Hükümün Gazabı mı?", *Güncel Hukuk*, Ekim 2015/10-142, s. 42-44.

⁶⁷ Türkoğlu, s. 298 ve 305. Yazar ayrıca 2017 anayasa değişiklikleri ile birlikte cumhurbaşkanının siyasi bir kişilik haline geldiğini, bu nedenle milletin birliğini temsil etme kabiliyetinin kalmadığını belirterek TCK md. 299'un zımnen ilga olduğunu savunmaktadır. S. 301-302. Kanımızca, cumhurbaşkanının siyasi bir kişilik haline geldiği yönündeki tespitte katılmamak mümkün olmasa da, zımni ilga kuralının bu şekilde geniş yorumlanabileceği kuşkuludur. Nitekim AY md. 104'e göre "Cumhurbaşkanı, Devlet Başkanı sıfatıyla Türkiye Cumhuriyetini ve Türk Milletinin birliğini temsil" etmekte ve md. 103'e göre görev başlarken tarafsızlık yemini etmektedir. Anayasa'nın iç çelişkilerinin veya Anayasa ile maddi gerçeklik arasındaki uyumsuzluğun cumhurbaşkanına hakaret suçunu zımnen ilga edeceğini savunmak güç görünmektedir. Öte yandan, TCK md. 299'un lafzı cumhurbaşkanının siyasetteki konumundan bağımsız bir şekilde cumhurbaşkanına hakareti suç olarak düzenlemektedir. Bununla birlikte, derece mahkemelerinin, cumhurbaşkanlığı kurumundaki bu dönüşümü göz önünde bulundurarak önlerine gelen vakaları siyasi ifade özgürlüğüne ilişkin ilkeler çerçevesinde değerlendirmeleri gerekmektedir.

hapis cezası ile cezalandırılmasına ancak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiştir.⁶⁸ Bu vesileyle AYM somut norm denetimi kapsamında Anayasa'ya uygun bulduğu TCK md. 299 ile bir kez daha karşı karşıya gelmiştir. HAGB kararının başvurusunun ifade özgürlüğüne bir müdahale teşkil ettiğini belirten Mahkeme, denetiminin ilk basamağını oluşturan kanunilik koşulu bakımından bir cümlelik bir değerlendirmeye yetinmiştir: “5237 sayılı Kanun’un 125. ve 299. maddelerinin “kanunla sınırlama” ölçütünü karşıladığı sonucuna varılmıştır”.⁶⁹ Açıkçası, AYM’nin Medeni Kanun’un 187. maddesine ilişkin olarak uyguladığı zımni ilga kuralı olmasaydı, TCK md. 299’un somut vakadaki müdahalenin yasal dayanağı olduğu yönündeki tespitte eleştirilecek bir husus olmayabilirdi. Nitekim, Türkiye’nin taraf olduğu insan haklarına dair uluslararası sözleşmelere aykırı olsun veya olmasın, derece mahkemelerinin kararlarına esas aldıkları norm yürürlükte bulunmakta ve olduğu şekliyle uyuşmazlıklara uygulanmaktadır. Bununla birlikte, Medeni Kanun’un 187. maddesinin söz konusu sözleşmelere aykırı olduğu için yasal dayanak olma özelliğini yitirmesi karşısında TCK md. 299’un geçerli bir yasal dayanak olarak kabul edilmesi, izahı mümkün olmayan bir çelişki yaratmaktadır. Derece mahkemeleri açısından bakıldığında, bir konuda Anayasa md. 90/5 gereği uluslararası insan hakları hukukunu iç hukuktan üstün tutma yükümlülükleri bulunurken, bir başka konuda bu tür bir yükümlülük altında olmadıkları ortaya çıkmaktadır. İnsan haklarına dair uluslararası sözleşmelere hangi alanlarda üstünlük tanınacağı ise tamamen belirsiz görünmektedir. Bir başka ifade ile Anayasa md. 90/5 öngörülemez bir anayasa normu haline gelmiştir.

Kanımızca, AYM’nin kısa bir zaman dilimi içerisinde ve her ikisini de oybirliği ile verdiği iki farklı bireysel başvuru kararının bağdaştırılması hukuki argümanlarla mümkün değildir. AYM herhangi bir gerekçe sunmadan bir tercih yapmış, kadın erkek eşitliği konusunda uluslararası standartları ve bilhassa AİHM’nin Türkiye aleyhine verdiği ihlal kararlarını dikkate almış, cumhurbaşkanına hakaret konusunda ise bunları tamamen ihmal etmiştir. Cumhurbaşkanına hakaret suçuna ilişkin bireysel başvuru kararında, konuyla ilgili uluslararası hukuk kaynakları kısmında başka bir bireysel başvuru kararına atıf yapmakla yetinmiştir.⁷⁰ AYM’nin gönderme yaptığı kararın ilgili yerinde ise ifade özgürlüğüne ilişkin genel ilkeler, itibarın korunması ve ifade özgürlüğü dengesi, siyasilerin ifade özgürlüğü ve siyasilere karşı eleştirilerin sınırları konularındaki AİHM içtihadı derlenmiştir.⁷¹ Öte yandan atıf yapılan kararın kendisi ve bu kararın aktardığı içtihadın hemen hemen tamamı özel hukuk uyuşmazlıklarına

⁶⁸ AYM, *Umut Kılıç*, No. 2015/16643, 04.04.2018.

⁶⁹ Par. 22.

⁷⁰ Par. 14.

⁷¹ AYM, *Kemal Kılıçdaroğlu*, No. 2014/1577, 25.10.2017, par. 29-35.

dair vakaları konu almaktadır. Devlet başkanlarına hakaret suçuna ilişkin AİHM içtihadı ve bilhassa cumhurbaşkanına özel bir koruma sağlayan düzenlemelerin Sözleşme'nin ruhuna aykırı olduğu yönündeki tespit ise ne AYM'nin kararında ne de bu kararın gönderme yaptığı diğer kararlarda yer almaktadır. Aksine AYM, TCK md. 299'un anayasaya aykırılığı iddiasını incelediği somut norm denetimi kararını hatırlatarak kanun koyucunun cumhurbaşkanına hakaret suçuna “*kamu görevlilerine hakaret suçu için öngörülen cezaya kıyasla daha ağır bir ceza verilebilmesine olanak sağlayan hükümler ihdas*” ettiğini, bu tercihin ise kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında kaldığına işaret etmiştir.⁷²

Kısacası AYM, cumhurbaşkanına hakaret suçu söz konusu olduğunda zımnî ilga kuralının neden uygulanmayacağını açıklama çabasına girişmek veya AİHM içtihadı karşısında kendi pozisyonunu haklı çıkarmaya çalışmak yerine bu içtihadı dikkate almamayı tercih etmiştir. AYM'nin bu türden bir tercih yetkisinin veya hakkının olup olmadığı kuşkusuz tartışmaya açıktır. AYM'nin her konuda ve her zaman AİHM ile aynı pozisyonda olması gerektiği savunulmasa da, AİHM'den farklı bir yaklaşım sergilediği vakit bunu tutarlı ve ikna edici hukuki argümanlarla açıklaması üstlendiği misyonun bir gereğidir. Bunun yanında, kanunilik ilkesi gibi hukuk devletinin temel unsurlarından biri konusunda ikili bir standart uygulanması her açıdan izahı güç bir tutumdur. Geline nokta, insan haklarına ilişkin yargılamalarda AY md. 90/5'in hangi koşullarda hukuki denkleme dahil olacağı tamamen belirsizdir. Bu belirsizlik halinin insan haklarının ulusal ölçekte korunması amacına hizmet etmeyeceği açıktır.

Sonuç olarak, TCK md. 299, AYM'ye göre, zımnî ilga olmayıp kaynağını cumhurbaşkanına hakaret suçundan alan müdahalelere yasal dayanak oluşturmaktadır. Bu durumda, AİHM'ye yapılan başvuruların önüne geçmek için ihdas edilen AYM'ye bireysel başvuru yolunun amacına ulaşmasını sağlayabilecek son araç ölçülülük testidir. Birbirinin alternatifi olmamakla birlikte, kanunilik denetiminin yapamadığını ölçülülük denetimi yapabilir mi?

B. Cumhurbaşkanına Hakaret Suçu Ölçülülük Denetiminden Muaf mı?

Temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlanmaların hukuka uygunluğu incelenirken mahkemelerin üzerinde en çok durdukları aşama genellikle ölçülülük denetimidir. Kanunilik koşulunu sağlayan bir müdahalenin Anayasa'ya uygun bulunması için meşru bir amaç gütmesi ve ölçülü olması gerekmektedir. Ölçülülük testi AYM'ye göre kendi içinde üç aşamalı bir denetim olup, bir hakka veya özgürlüğe yapılan müdahalenin gereklilik, elverişlilik ve orantılılık açılarından

⁷² Par. 30.

değerlendirilmesine karşılık gelmektedir.⁷³ AYM ayrıca, Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk kriteri ile ölçülülük ilkesi arasında sıkı bir ilişki olduğunu kabul etmektedir.⁷⁴ AİHM tarafından kullanılan ölçütler de özü itibarıyla aynı amaca yönelmektedir. Buna göre, yasal dayanağa sahip ve meşru bir amaç güden bir müdahalenin Sözleşme'ye aykırılık oluşturmaması için bu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli ve ulaşılmak istenen meşru amaçla orantılı olması gerekmektedir. Gereklik koşulu AİHM'ye göre, kamu gücü tarafından gerçekleştirilen bir müdahalenin zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca cevap vermesi, bir başka deyişle demokratik bir toplumda zorunlu bir müdahale olarak görülmesi anlamına gelmektedir.⁷⁵

İfade özgürlüğüne getirilen bir sınırlamanın ölçülülüğü denetlenirken gerek AİHM gerekse AYM tarafından başvuru temel ölçütlerden biri müdahalenin yarattığı caydırıcı etkidir. Bu kavram, bir hakka veya özgürlüğe getirilen sınırlamaların olumsuz etkilerinin ileriye dönük olarak zaman ve/veya kişi bakımından genişleme riskini ifade etmektedir.⁷⁶ Buna göre, bir kişinin ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin etkisi o kişi bakımından sınırlı olsa da, benzer konumda olan başka kişilerin ifade özgürlüğünü kullanmaları üzerinde bir baskı veya tehdit yaratıyorsa, yani ifade özgürlüğünün kullanımını bakımından caydırıcı bir etki doğuruyorsa, ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamanın ölçülü olmadığı kabul edilmektedir. AİHM tarafından karara bağlanan devlet başkanlarına hakarete ilişkin davaların birçoğunda Mahkeme bu türden bir etkinin mevcut olduğunu saptamıştır. Örneğin *Eon* davasında başvuru sembolik bir para cezasına çarptırılması, *Artun ve Güvener ve Otegi Modragon* davalarında başvuru hapis cezalarının ertelenmesi, *Önal (No. 2)* davasında başvuru yalnızca para cezasına çarptırılması söz konusu ceza yaptırımlarının ifade özgürlüğü üzerinde yarattığı caydırıcı etki dikkate alınarak ölçüsüz ve/veya demokratik toplumda gerekli olmayan müdahaleler olarak değerlendirilmiştir.⁷⁷ Bu davalardaki caydırıcı etki büyük ölçüde başvuru yazar, siyasetçi veya kamusal tartışmalara katkı sunan kişiler olmasından kaynaklanmıştır. Nitekim, AİHM basın özgürlüğü veya siyasi ifade özgürlüğü söz konusu olduğunda yahut ifade özgürlüğü kullanımının kamusal bir tartışmaya katkı sunduğu durumlarda, kişilerin şeref ve itibarlarının ya da özel yaşamlarının korunması için ceza yoluna başvurulmasını kural olarak

⁷³ Örn., AYM, *Bekir Coşkun*, No. 2014/12151, 04.06.2015, par. 54.

⁷⁴ “Anayasa'nın 13. maddesinde demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkeleri iki ayrı kriter olarak düzenlenmiş olmakla birlikte bu iki kriter arasında sıkı bir ilişki vardır. Temel hak ve özgürlüklere yönelik herhangi bir sınırlamanın, demokratik toplum düzeni için gerekli nitelikte, başka bir ifadeyle güdülen kamu yararı amacını gerçekleştirmekle birlikte, temel haklara en az müdahaleye olanak veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının incelenmesi gerekir.” *Ibid.*, par. 53.

⁷⁵ Örn., AİHM, *Colombani ve diğerleri/Fransa*, par. 73.

⁷⁶ Erkan Duymaz, “İfade Özgürlüğü vs İfade Özgürlüğü”, s. 209.

⁷⁷ Sırasıyla bkz. *Eon/Fransa*, par. 61; *Artun ve Güvener/Türkiye*, par. 33; *Otegi Mondragon/İspanya*, par. 60; *Önal/Türkiye (No. 2)*, par. 42.

ölçüsüz bir müdahale olarak ele almaktadır. Bu durumlarda ifade özgürlüğünün sınırları AİHM tarafından oldukça geniş yorumlanmakta, nefret söylemi veya şiddet çağrısı niteliğindeki düşünce açıklamaları söz konusu olmadıkça her türlü cezai yaptırım ölçüsüz veya demokratik toplumda gereksiz şekilde nitelendirilmektedir.⁷⁸

Bu açıklamalar ışığında bakıldığında, AYM tarafından incelenen *Umut Kılıç* başvurusunun AİHM kararlarındakine benzer bir ölçülülük denetimi içermemesi şaşırtıcı değildir. Gerçekten de, bu başvuruya konu olan olay kapalı bir mekanda, mülakat esnasında ve resmi bir heyet karşısında meydana gelmiştir. Öte yandan başvuru adli yargı hakimliği mülakatına giren bir aday olup, bir siyasetçi, gazeteci, yazar, akademisyen veya sivil toplum çalışanı gibi konumu veya mesleği gereği ifade özgürlüğünü kullanan biri değildir. Ayrıca AYM'nin tespit ettiği gibi sarf edilen sözlerin içeriği ve ifade ediliş biçimi göz önüne alındığında bu sözlerin kamusal bir tartışmaya katkı sunduğunu söylemek son derece güçtür. Nitekim başvuru, AYM'nin ifade ettiği şekliyle, daha önce hakim adaylığı yazılı sınavını kazandığı halde mülakatta elenmiş ve söz konusu mülakatta da eleneceğini düşünerek mülakat kuruluna hitaben “*iktidarın işbirlikçisi*”, “*emek hırsız*”, “*faşist AK Parti iktidarının uşakları*” sözlerini sarf etmiştir. Başvuru, kurulun çağrısı üzerine gelen polisler tarafından salondan çıkarılırken ise “*hırsız, katil Recep Tayyip Erdoğan*” şeklinde slogan atmıştır.⁷⁹ Dolayısıyla, bu başvuru, ifade özgürlüğünün üstün bir korumadan yararlandığı ve her türlü ceza yaptırımının caydırıcı bir etki yarattığı ifade özgürlüğü vakalarından ayrılmaktadır.⁸⁰ AYM'nin ölçülülük denetimi bu nedenle sıkı bir denetim olmamıştır. Cumhurbaşkanına ayrıcalıklı bir koruma sağlayan özel bir hakaret suçunun ifade özgürlüğü bakımından bir sorun teşkil etmeyeceği kabul edildikten sonra, başvurucuya uygulanan yaptırımın niteliği dışında denetlenecek bir husus kalmamıştır. AYM, bu noktada, derece mahkemesi tarafından verilen HAGB kararının infazı mümkün hapis cezasına ya da para cezasına kıyasla daha hafif bir tedbir olduğunu belirterek somut vakadaki müdahalenin orantılı olduğu sonucuna ulaşmıştır.⁸¹ Böylece Yüksek Mahkeme, doğrudan kamusal bir tartışmaya katkı sunmayan kişisel saldırı şeklinde nitelediği ifadeler için orantılı bir ceza yaptırımına başvurulmasının ifade

⁷⁸ Örn., *Artun ve Güvener/Türkiye*, par. 26 ve 32.

⁷⁹ AYM, *Umut Kılıç*, par. 37-38.

⁸⁰ Belirtmek gerekir ki, aynı ifadelerin farklı bir bağlam içerisinde ve farklı bir şekilde kullanılması durumunda mahkemelerin değerlendirmeleri değişebilecektir. Örneğin, Edirne 3. Asliye ceza Mahkemesi, “*katil Tayyip, Edirne'den defol!*” yazılı bir pankart nedeniyle dönemin Başbakanına hakareten yargılanan bir kamu görevlisinin davasında, adı geçen ifadeleri siyasi eleştiri sınırları içerisinde görmüştür. Kolbükten, s. 45. Öte yandan, Venedik Komisyonu, TCK md. 299 üzerine bildirdiği görüşte, “*hırsız*”, “*katil*”, “*diktatör*” gibi ifadelerin kamusal tartışmalar bağlamında değerlendirilmesi gerektiğini ve rahatsız edici, kırıcı hatta kaba sözlerin dahi kamusal tartışmalara katkı sunmaları durumunda ifade özgürlüğüne sağlanan korumadan yararlanacağını belirtmiştir. CDL-AD(2016)002-e, Opinion No. 831/2015, 15.03.2016, par. 67.

⁸¹ AYM, *Umut Kılıç*, par. 41.

özgürlüğünü ihlal etmeyeceğini kabul etmiştir. Aslında bu yaklaşım, kural olarak, AİHM ve Venedik Komisyonu tarafından savunulan prensiplerle çelişmemektedir. Gerçekten de AİHM ve Komisyon, ulusal yargı organlarınca salt hakaret, küfür veya sebepsiz kişisel saldırı şeklinde nitelendirilen düşünce açıklamaları için, bu açıklamaların objektif olarak hiçbir surette eleştiri amacı gütmemesi koşuluyla, orantılı bir ceza yaptırımını uygulanmasını ifade özgürlüğü bakımından bir ihlal sebebi olarak görmemektedir.⁸² Buna karşın, uygulanacak ceza yaptırımının niteliği her halükarda önem arz etmektedir. Komisyon'a göre, cumhurbaşkanına karşı salt hakaret veya kişisel saldırı söz konusu olsa dahi, mahkemeler tarafından hapis cezasına hükmedilmesi tüm toplum üzerinde caydırıcı bir etki doğurma riski taşımakta ve bu nedenle ölçüsüz bir müdahale oluşturmaktadır.⁸³ Dolayısıyla AİHM'nin ve Komisyon'un "orantılı bir ceza" ifadesiyle kastettiği yaptırım hiçbir surette "orantılı bir hapis cezası" değildir. Somut vakada her ne kadar infazı mümkün hapis cezası yerine HAGB kararı verilmiş olsa da, başvurunun denetim süresi içerisinde kasıtlı bir suç işlemesi veya denetimli serbestlik tedbirine ilişkin yükümlülükler aykırı davranması halinde hüküm açıklanacak ve 1 yıl 6 aylık hapis cezası infaz edilecektir. Özetle, kamusal bir tartışmanın, basın özgürlüğünün yahut siyasi ifade özgürlüğünün söz konusu olmaması caydırıcı etki unsurunu kendiliğinden ortadan kaldırmamaktadır. Bu durumda, caydırıcılık bakımından dikkate alınan esas ölçüt hapis cezası yaptırımıdır. İfade özgürlüğü üzerinde caydırıcı bir etkinin varlığı ise doğrudan ölçülülük ilkesinin ihlal edildiği anlamına gelecektir. AYM'nin kararı bu bakımdan eleştiriye açıktır.

Ölçülülük denetimi bakımından değerlendirildiğinde *Umut Kılıç* kararının cumhurbaşkanına hakaret vakalarının tümü için emsal teşkil etmeyeceği rahatlıkla söylenebilecektir. Başvurucunun konumu veya mesleği yahut ihtilafli ifadelerin niteliği ve toplumsal veya siyasi tartışmalara katkısı gibi unsurlarda farklılıklar içeren başka başvurularda AYM'nin yaklaşımının hangi yönde olacağı belli değildir. Diğer yandan, yargılama sonucu verilen hapis cezasının ertelenmediği veya HAGB kararı verilmediği durumlarda orantılılık testinin farklı şekilde sonuçlanma ihtimali her zaman mevcuttur. Kısacası, AYM, cumhurbaşkanına hakaret suçunun varlığını ve bu suç için hapis cezası öngörülmesini kural olarak ifade özgürlüğü ile bağdaştırmakla birlikte, bireysel başvuru kapsamında gerçekleşeceği ölçülülük denetimi sonucunda ifade özgürlüğü ihlali kararları çıkarabileceğinin sinyallerini de vermektedir. En azından bu kapı açık görünmektedir.

TCK md. 299'a dayanılarak uygulanacak tedbirlerin ölçülülüğü konusunda gündeme gelen bir diğer hak, özgürlük ve güvenlik hakkıdır. Anayasa'nın 19. ve AİHS'nin 5. maddesi uyarınca, kişinin suç işlediği yönünde kuvvetli bir şüphe

⁸² CDL-AD(2016)002-e, Opinion No. 831/2015, 15.03.2016, par. 68.

⁸³ *Ibid.*

bulunması halinde, kaçmasını veya delilleri karartmasını önlemek amacıyla özgürlüğünden yoksun bırakılması mümkündür. Ancak özgürlükten yoksun bırakma işleminin Anayasa'ya veya Sözleşme'ye uygun olması için meşru bir sebebin mevcudiyeti dışında bu işlemin kanuna dayanması ve kanuna uygun bir şekilde yürütülmesi ve ayrıca ölçülü bir tedbir olması gerekmektedir.⁸⁴ Özgürlük ve güvenlik hakkı bağlamında ölçülülük ilkesi, en genel anlamıyla, hürriyeti sınırlayıcı tedbirlere en son çare olarak başvurulmasını ifade etmektedir. AYM, tutuklama konusunda, ölçülülük ilkesinin bir gereği olarak, tutuklama tedbirine başvurulduğu hallerde kişi özgürlüğünü daha az sınırlayan alternatif tedbirlerin neden yeterli olmadığına ortaya konmasını beklemektedir.⁸⁵ AİHM, buna ek olarak, tutuklamanın ölçülü bir tedbir olarak kabul edilmesi için, kişiye isnat edilen suçun ağır veya ciddi bir suç olması gerektiğini ifade etmektedir. AİHM'ye göre, bu tip suçlar kişinin yaşamına veya vücut bütünlüğüne yönelik bir tehlike yaratma veya ciddi bir maddi zarar doğurma riski taşıyan suçlardır.⁸⁶ Dolayısıyla, hakaret suçu gibi kişinin itibarını veya saygınlığını hedef alan suçlar bakımından tutuklama tedbirine başvurulması kural olarak ölçülü bir müdahale olarak değerlendirilmemektedir.⁸⁷ Nitekim AİHM, kendisine yöneltilen hakaret suçu kapsamında bir hafta süresince tutuklu kalan bir başvurucunun özgürlük hakkının ihlal edildiği yönündeki iddiasını haklı bulmuş ve söz konusu suçun tutuklama tedbirini gerektirecek ölçüde ciddi olmadığını belirtmiştir.⁸⁸ Mahkeme ayrıca tutuklamaya alternatif diğer koruyucu tedbirlere başvurulmamış olmasının ölçülülük ilkesi ile bağdaşmayacağına altını çizmiştir.⁸⁹

AYM, cumhurbaşkanına hakaret suçuna dayanılarak uygulanan tutuklama tedbirinin ölçülülüğünü *Feyzi İşbaşaran* kararında incelemiştir.⁹⁰ Bu kararın konusu, eski bir milletvekili olan başvurucunun sosyal medya hesabından Cumhurbaşkanı'na hakaret içeren paylaşımlarda bulunduğu gerekçesiyle tutuklanması, 38 günü soruşturma evresinde olmak üzere toplam 43 gün tutuklu kalmasıdır. Sulh ceza hakimliği tarafından verilen tutuklama kararında, atılı suçun işlendiğine dair kuvvetli suç şüphesi bulunmasına ve atılı suçun yasada öngörülen cezasının üst sınırına gönderme yapılmıştır. Ölçülülük bakımından

⁸⁴ Bu konuda bkz. Tolga Şirin, **Özgürlük ve Güvenlik Hakkı**, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 1, Avrupa Konseyi, 2018, s. 146.

⁸⁵ AYM, *Halas Aslan*, No. 2014/4994, 16.12.2017, par. 79.

⁸⁶ AİHM, Büyük Daire, *S., V. and A./Danimarka*, No. 35553/12 (...), 22.10.2018, par. 161.

⁸⁷ Bkz. Hasan Sınar, "Cumhurbaşkanına Hakaret ve Devletin Egemenlik Alametlerini Aşağılama Suçları", **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 10, Sayı: 27, 2015, s. 62-63. Venedik Komisyonu'nun aynı yöndeki görüşü için bkz. CDL-AD(2016)002-e, Opinion No. 831/2015, 15.03.2016, par. 68.

⁸⁸ AİHM, *Ladent/Polonya*, No. 11036/03, 18.03.2008, par. 56. Tutuklamanın gerçekleştiği dönemde yürürlükteki kanunlar basit hakaret suçu için yalnızca para cezası veya kamu yararına çalışma gibi yaptırımlar öngörmekle birlikte, mahkemelere, sanığın veya şüphelenin yargılamadan kaçması durumunda tutuklama tedbirine başvurma yetkisi tanımaktadır.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ AYM, *Feyzi İşbaşaran*, 2014/19529, 21.09.2017.

ise “atılı suç yönünden beklenen ceza veya güvenlik önlemi değerlendirildiğinde “ölçülülük” ilkesi uyarınca daha hafif koruma önlemi olan adli kontrol tedbirinin uygulanmasının bu aşamada yetersiz kalacağı anlaşıldığından” açıklaması yapılmıştır.⁹¹ Tutukluluğa itiraz üzerine ise ilgili sulh ceza hakimliği “suç şüphesinin varlığını gösteren olguların varlığı nazara alındığında delillerin tam olarak toplanmamış olması, tutuklama koşullarının değişmemiş, salıverme koşullarının oluşmaması sebebiyle itirazın reddine” karar vermiştir.⁹² Görüldüğü üzere, sulh ceza hakimliği ölçülülük ilkesini anmakla birlikte bu ilke açısından somut bir değerlendirme yapmamıştır. Nitekim, cumhurbaşkanına hakaret suçu için öngörülen cezaya atıf yapılması, tutuklamaya kıyasla kişi özgürlüğüne daha sınırlı bir müdahale teşkil edecek koruyucu tedbirlerin neden yetersiz veya etkisiz kaldığını açıklamamaktadır. Oysa, yukarıda belirtildiği gibi, bizzat AYM’nin ölçülülük ilkesine yüklediği anlam bunu gerektirmektedir. Gerçekten de AYM’ye göre, “suç işlemekle itham edilen kişiler hakkında, “ölçülülük” ilkesi uyarınca en genel ifadeyle adaletin iyi işlemesi meşru amacının sağlanması bakımından tutuklamaya alternatif diğer koruma tedbirlerinin yeterli olup olmadığının incelenmesi gerekir. (...) tutukluluğun ölçülü olduğunun söylenebilmesi için buna ilişkin kararlarda öncelikle adli kontrol tedbirlerinin tutuklama ile ulaşılmak istenen meşru amaç bakımından neden yeterli olmadığı ortaya konulmalıdır”.⁹³ AYM’nin vurgu yaptığı bu nokta ölçülülük ilkesinin gereklilik koşuluna karşılık gelmektedir. Şayet Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 109. maddesinde öngörülen adli kontrol tedbirlerinden biri ulaşılmak istenen meşru amacın gerçekleşmesi açısından yeterli ise tutuklama tedbirine başvurulması gereksiz, dolayısıyla ölçsüz olacaktır. Ne var ki, AYM’nin kararı incelendiğinde bu konuda herhangi bir değerlendirme yapılmadığı göze çarpmaktadır. Kararda, ölçülülük denetimine ilişkin temel ilkelere yer verilmiş olmakla birlikte bu ilkelerin tutuklama kararlarında ne şekilde uygulandığı irdelenmemiştir. AYM bu hususta yalnızca sulh ceza hakimliğinin tutuklama kararında geçen tutuklamanın ölçülü ve adli kontrolün yetersiz olduğu şeklindeki ifadeleri dikkate almış görünmektedir.⁹⁴ Kısacası, sulh ceza hakimliği adli kontrol tedbirlerinin neden yetersiz kalacağını ortaya koymamış, AYM ise bu eksikliği ölçülülük ilkesi bakımından bir sorun olarak görmemiştir. AYM bunun yerine, tutuklamaya ilişkin kararların gerekçelerine bakarak başvuruçunun tutuklu kaldığı süreyi inceleme konusu yapmıştır. Hiç kuşku yok ki tutukluluk süresi ölçülülük denetiminde göz önüne alınacak unsurlardan biridir.⁹⁵ Bir kişinin ilgili ve yeterli gerekçelere dayanmadan uzun bir süre özgürlüğünden yoksun bırakılması kişinin makul sürede salıverilme hakkının ihlaline yol açabileceği

⁹¹ Par. 12.

⁹² Par. 14.

⁹³ AYM, *Halas Aslan*, No. 2014/4994, 16.12.2017, par. 79.

⁹⁴ Par. 47.

⁹⁵ AİHM, *Büyük Daire, S., V. and A./Danimarka*, No. 35553/12 (...), 22.10.2018, par. 161.

gibi tutuklama tedbirinin ölçülülüğünü de etkileyebilmektedir. AYM, bu hususta yaptığı değerlendirmede başvurucunun cep telefonuna ve tabletine el konularak bunlar üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırıldığını, bu nedenle delillerin toplanmamış olduğu yönündeki gerekçenin haklı kabul edilmesi gerektiğini, bilirkişi incelemesi sonuçlanıp başvurucu hakkında kamu davası açıldıktan 5 gün sonra başvurucunun tahliye edildiğini hatırlatmış ve tutukluluk süresi göz önüne alındığında tutuklamanın “gerekli” olduğuna hükmetmiştir.⁹⁶ Böylece AYM tutukluluk süresi bakımından tutuklama gerekçelerini esas almış ancak adli kontrol tedbirleri konusunda gerekçedeki eksikliğe değinmemiştir. Öte yandan, AYM’nin tutuklama gerekçelerini yeterli görmesi de eleştiriye açıktır. Cumhurbaşkanına hakaret içeren paylaşımların yapıldığı elektronik cihazlara el konulduktan sonra delillerin henüz toplanmadığı yönündeki gerekçe yeterli ve tutarlı görünmemektedir. Bu cihazlar üzerinde yapılan bilirkişi incelemesi sonuçlanıncaya kadar başvurucunun tutukluluğunun delillerin toplanması gerekçesiyle devam ettirilmesi kanımızca ölçülülük ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Sonuç olarak, cumhurbaşkanına hakaret suçu kapsamında başvuru tutuklama tedbiri konusunda AYM’nin oldukça esnek bir ölçülülük denetimi uyguladığı görülmektedir. Bu suç kapsamında verilen tutuklama kararlarının sayısı konusunda net bir veri bulunmamaktadır. Ancak açılan soruşturma ve ceza davaları göz önüne alındığında *Feyzi İşbaşaran* benzeri vakaların istisna olmayabileceği öngörüsünde bulunmak mümkündür.⁹⁷ AYM’nin kendi içtihadına göre zımnen ilga olması gereken bir kanun hükmüne dayanılarak kişilerin özgürlüklerinden yoksun bırakılmaları bu tedbirlerin kanuniliğini de tartışmaya açmaktadır. En ağır suç kategorileri için ve en son çare olarak başvurulması gereken tutuklama tedbirinin bu şekilde uygulanması TCK md. 299’un temel hak ve özgürlüklerin kullanılması üzerindeki caydırıcı etkisini arttırabilecektir.⁹⁸

SONUÇ

Sınar, devlet başkanına hakaret suçunun kökenlerinin Roma hukukuna dayandığını, bu suçun bilhassa Cumhuriyet sonrası geç dönem Roma İmparatorluğu’nda imparatorların kendi şahsiyetlerini devlet ile bütünleştirme çabasından doğduğunu, aynı anlayışın krallık döneminde de belirli ölçüde devam ettiğini aktarmaktadır.⁹⁹ Erem de, 1991 yılında yayımlanan “Cumhurbaşkanına Hakaret” başlıklı makalesinde, devlet başkanlarına ayrıcalıklı bir koruma sağlayan ceza düzenlemeleri için “*krallık dönemlerinin kalıntısı olarak devam etmekte,*

⁹⁶ Par. 47-48.

⁹⁷ Bkz. Kolbükten, s. 45. Yazar, yazının kaleme alındığı gün itibariyle en az 18 kişinin cumhurbaşkanı hakaret suçu kapsamında tutuklandığını aktarmaktadır. AYM’nin *Umut Kılıç* kararındaki başvurucunun da 8 gün süreyle tutuklu kaldığı hatırlatılmalıdır. Demir, s. 65.

⁹⁸ Bkz. Venedik Komisyonu, CDL-AD(2016)002-e, Opinion No. 831/2015, 15.03.2016, par. 68.

⁹⁹ Hasan Sınar, s. 31.

demokratik bir ülke için Anayasalara uygun düşmemektedir” değerlendirmesinde bulunmaktaydı.¹⁰⁰ Günümüzde, ifade özgürlüğüne Avrupa insan hakları hukukunun ulaştığı noktada atfedilen önem, ister aktif siyasetçi ister tarafsız bir şahsiyet, ister cumhurbaşkanı ister kral ya da kraliçe olsun, devlet başkanlarına ayrıcalıklı bir koruma sağlanmasını dışlamaktadır. Avrupa Konseyine üye devletlerde hakim olan genel eğilim bu tür özel düzenlemelerin mevzuattan çıkarılması yönündedir. Devlet başkanlarına hakareti ayrı bir suç olarak muhafaza eden birkaç devlette ise bu suç büyük ölçüde kağıt üzerinde kalmakta, birkaç istisnai vaka dışında uygulama alanı bulmamaktadır.¹⁰¹ Sayıları her geçen yıl katlanarak artan ve toplamda binlerle hatta on binlerle ifade edilen TCK md. 299’a dayanan soruşturmalar ve davalar Türkiye’yi bu fotoğrafın net bir biçimde uzağında konumlandırmaktadır.

AYM’nin pozisyonu bu tabloda herhangi bir değişiklik olacağı izlenimini şimdilik vermemektedir. Yüksek Mahkemenin karara bağladığı bireysel başvuruların mevcut ve potansiyel başvurulara emsal teşkil etmeyeceği düşünülse de, Mahkemenin ilk etapta oluşturduğu içtihadın Avrupa standartlarının gerisinde kaldığı tartışmasız bir şekilde ortadadır. AYM’nin norm denetimi kararının oybirliği ile alındığı ve aktarılan bireysel başvuruların ikisinin de açıkça dayanaktan yoksunluk gerekçesiyle kabul edilemez bulunduğu göz önüne alındığında, söz konusu standartlara erişmek için açık pistlerin bulunduğunu söylemek güç görünmektedir. Bununla birlikte, daha önce *Yaman Akdeniz ve diğerleri*, *Youtube LLC Corporation Service Company ve diğerleri*, *Ayşe Çelik ve Zübeyde Füsün Üstel ve diğerleri* gibi ifade özgürlüğü alanında önemli kararlara¹⁰² imza atan AYM, ifade özgürlüğüne Avrupa standartlarına denk bir koruma sağlama yönündeki istencini ortaya koymuştur. Bundan sonraki aşama, ifade özgürlüğünün bütün alanlarda aynı ölçüde korunduğu bütüncül ve istikrarlı bir içtihadın oluşturulması olmalıdır.

Konunun bir diğer muhatabı olan TBMM, ifade özgürlüğü alanında sorunlar olduğunu kabul etmekle birlikte bu sorunları gidermeye elverişli düzenlemeleri yapmaktan kaçınmaktadır. Kısa bir süre önce gündeme gelen Yargı Reformu Strateji Belgesi, ifade özgürlüğünün daha güçlü bir korumadan yararlanması amacıyla birtakım vaatlerde bulunmaktadır. TBMM Adalet Komisyonunun ardından TBMM Genel Kurulu tarafından da kabul edilen birinci paketin genel gerekçe kısmında şu ifadeler göze çarpmaktadır: “*Bireylerin şahsiyetini tekâmül ettirmesi ve dolayısıyla demokratik toplumun gelişmesinin temel koşulu olmasına bağlı olarak, ifade özgürlüğü alanını genişletecek ya da bu özgürlüğün güven-*

¹⁰⁰ Erem, s. 21.

¹⁰¹ Sınar, s. 32.

¹⁰² Sırasıyla, AYM, *Yaman Akdeniz ve diğerleri*, No. 2014/3986, 02.04.2014; *Youtube LLC Corporation Service Company ve diğerleri*, No. 2014/4705, 29.05.2014; *Ayşe Çelik*, No. 2017/36722, 09.05.2019; *Zübeyde Füsün Üstel ve diğerleri*, No. 2018/17635, 26.07.2019.

*celerini artıracak adımların her fırsatta atılması, yargı reformlarının öncelikli hedefleri arasında yer almaktadır”.*¹⁰³ Reformun TCK md. 299’a ilişkin tek düzenlemesi ise Kanun’un 29. maddesinde karşımıza çıkmaktadır. Buna göre, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 286. maddesinde belirtilen temyiz edilemeyecek kararlar kapsamında olsa dahi cumhurbaşkanına hakaret suçuna ilişkin davalar hakkında verilen bölge adliye mahkemesi kararları temyiz edilebilecektir.¹⁰⁴ Kuşkusuz, ek bir yargısal denetim öngörülmesi farklı yorum ve uygulamaların önüne geçilmesi bakımından olumlu sonuçlar doğurabilecektir. Bununla birlikte, istinaf kararlarının temyizine olanak tanınması yukarıda açıklanan sorunların giderilmesine katkı sunamayacak derecede tali bir iyileştirme değildir. Cumhurbaşkanına hakaret suçunun ifade özgürlüğü üzerinde yarattığı baskının ortadan kaldırılması ancak köklü bir reformla mümkün olabilecektir. Öte yandan, cumhurbaşkanına hakaret suçunun varlığı ve uygulanma sıklığı salt hukuki bir mesele olarak ortaya çıkmamaktadır. Bu suçun yakın tarih içerisinde Türkiye’de geçirdiği evrim, gerek cumhurbaşkanlığı kurumundaki değişimlerin gerekse cumhurbaşkanlarının görevlerini ifa etme tarzlarının ve bilhassa aktif siyasetteki görünürlüklerinin suçun uygulanma sıklığı üzerinde ne denli etkili olduğunu göstermiştir. Nihayet, cumhurbaşkanına hakaret suçunun ifade özgürlüğü üzerinde tehdit yaratan tek suç olmadığı, halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama (TCK md. 216); örgüt içindeki hiyerarşik yapıya dahil olmamakla birlikte, örgüte bilerek ve isteyerek yardım etme (TCK md. 220/7); Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Türkiye Büyük Millet Meclisini, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini ve Devletin yargı organlarını alenen aşağılama (TCK md. 301/1); terör örgütü propagandası (Terörle Mücadele Kanunu md. 7/2); silahlı örgüt kurma, yönetme ve örgüte üye olma (TCK md. 314) gibi suçlardan açılan soruşturma ve dava sayılarının da son yıllarda ciddi artış gösterdiği kaydedilmelidir.¹⁰⁵ TCK md. 299’un akıbetine ilişkin öngörülerin bu suçlardan bağımsız bir şekilde yapılması gerçekçi olmayacaktır. Bir başka deyişle, söz konusu olan tikel bir ifade özgürlüğü sorunu değil topyekûn bir suç ve ceza politikasıdır. Bu politikada bir değişim olmaksızın cumhurbaşkanına hakaret suçuna ilişkin tartışmalar son bulacak gibi görünmemektedir.

¹⁰³ <https://komisyon.tbmm.gov.tr/duyurular.php?pKomKod=7> (erişim tarihi: 21.10.2019)

¹⁰⁴ 7188 sayılı, Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, md. 29. Kanun, 17.10.2019 tarihinde Cumhurbaşkanlığına gönderilmiştir.

¹⁰⁵ Bkz. Akdeniz ve Altıparmak, s. 5.

KAYNAKÇA

Acar, Ali, “Anayasa Mahkemesi’nin Anayasa Madde 90/5 Hakkındaki Zımnı İlga Tespiti ve İnsan Haklarına Dayalı (Yeni Bir) Yargısal Denetim”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, Cilt: 6, Sayı: 11, 2017, s. 137-190.

Akdeniz, Yaman ve Altıparmak, Kerem, “TCK 299. Olmayan Hükümün Gazabı mı?”, **Güncel Hukuk**, Ekim 2015/10-142, s. 42-44.

Akdeniz, Yaman ve Altıparmak, Kerem, **Türkiye’de Can Çekişen İfade Özgürlüğü: OHAL’de Yazarlar, Yayıncılar ve Akademisyenlerle İlgili Hak İhlalleri**,

Bychawska-Siniarska, Dominika, **Protecting the Right to Freedom of Expression under the European Convention on Human Rights: A Handbook for Legal Practitioners**, Council of Europe, 2017.

Demir, Özge, “Yeni Rejimde Cumhurbaşkanına Hakaret Suçuna Yönelik Eleştirel Bir İnceleme”, **Suç ve Ceza**, Sayı: 3, 2018, s. 43-80.

Duymaz, Erkan, “İfade Özgürlüğü vs İfade Özgürlüğü. AİHM’nin *Kaboğlu ve Oran/Türkiye* Kararı Üzerine Gözlemler”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 15, 2019, s. 193-222.

Duymaz, Erkan, “Anayasa Mahkemesinin Soyadına İlişkin Kararları Üzerine Düşünceler”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, Cilt: 3, Sayı: 5, 2014, s. 37-52.

Erem, Faruk, “Cumhurbaşkanına Hakaret”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 1991/1, s. 13-22.

Gözler, Kemal, **Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu**, Ekin Yayınları, 1999.

Gözler, Kemal, **İnsan Hakları Hukuku**, Ekin Yayınları, 2018.

Kaboğlu, İbrahim Ö., “Düşünce Özgürlüğü”, **İnsan Hakları**, Yapı Kredi Yayınları, 2000, s. 106-120.

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

Kolbükten, Bilal, “‘Cumhurbaşkanına Hakaret’ Suçu Üzerine Bir Deneme”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2015/3, s. 33-50.

Köksal, Duygu, “Cumhurbaşkanına Hakaret Suçu vs İfade Özgürlüğü”, **Güncel Hukuk**, Şubat 2017/2-158, s. 36-37.

Özsoy, Şule, “Türkiye’de İfade Özgürlüğü Hakkının Hukuki Korunması Hakkında Bilanço Notları”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1/2008, s. 27-45.

Sınar, Hasan, “Cumhurbaşkanına Hakaret ve Devletin Egemenlik Alametlerini Aşağılama Suçları”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Yıl: 10, Sayı: 27, 2015, s. 29-69.

Şirin, Tolga, **Özgürlük ve Güvenlik Hakkı**, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi - 1, Avrupa Konseyi, 2018.

Tanör, Bülent, **Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu**, BDS Yayınları, 1994.

Türkoğlu, Seçkin, “Olmayan Suç: Cumhurbaşkanına Hakaret”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2018/3, s. 289-305.

Uygun, Oktay, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda İfade Özgürlüğünün Sınırlanması”, Taner Koçak, Taylan Doğan, Zeynep Kutluata (ed.), **Türkiye’de İfade Özgürlüğü**, BGST Yayınları, 2009, s. 15-67.

Venedik Komisyonu Görüşleri:

Opinion on the Measures provided in the recent Emergency Decree Laws with respect to Freedom of the Media, CDL-AD(2017)007-f, Opinion No. 872/2016, 13.03.2017.

Opinion on articles 216, 299, 301 and 314 of the Penal Code of Turkey, CDL-AD(2016)002-e, Opinion No. 831/2015, 15.03.2016.