

CUMHURBAŞKANINA HAKARET SUÇU VE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

(FREEDOM OF SPEECH AND INSULT TO THE PRESIDENT)

Arş. Gör. Tuan Işık * **

ÖZ

Çalışmamızda, 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren Türk Ceza Kanunu (TCK) m.299 Cumhurbaşkanına Hakaret suçuna dair yaptığımız incelemede, ilgili normun ifade hürriyetini bir hak olmaktan çıkararak bizi Kuzey yarımküre liberal demokrasilerinden uzaklaştırdığını ve tespit ettik. Öte yandan TCK m.299'un zımnen ilga olduğu yönündeki iddiaları da Anayasa Mahkemesinin (AYM) 2013 tarihli Sevim Akat kararında belirttiği gerekçeler çerçevesinde değerlendirerek TCK m.299'un uygulanma kabiliyetinin devam ettiğini, ancak uygulanmasının ihmâl edilmesi gerektiği sonucuna ulaştık. Çalışmamızda, Cumhurbaşkanına hakaret suçunu ifade hürriyetinin altında yatan rasyonel çerçevesinde değerlendirerek de lege feranda bir şablon hazırlamayı amaçlayarak ifade hürriyetinin felsefi boyutlarına yoğunlaştık. Bu bağlamda çalışmamız, ceza normlarının ifade özgürlüğüne vurduğu prangaların, demokratik bir toplum düzenindeki meşruiyetini sorgulamayı amaçlamıştır.

Anahtar Kelimeler: İfade Hürriyeti, Hakaret, Cumhurbaşkanı, Dekriminalizasyon, Soğutucu Etki

ABSTRACT

In our assessment of the Article 299 of the Turkish Criminal Code we have concluded that Turkey has been drifting away from the northern hemisphere's liberal democracy understanding. On the other hand, we have also determined that in the light of the case of law of Turkish Constitutional Court, implementation of this norm must be disregarded. We focused on philosophical aspects of freedom of speech and examined said norm in the framework of the underlying rationale of this freedom. In the context, the

Eserin Dergimize geliş tarihi: 07.02.2022. İlk hakem raporu tarihi: 01.06.2022. İkinci hakem raporu tarihi: 20.07.2022. Onaylanma Tarihi: 20. 07.2022

* Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-8371-5380.

Eser Atf Şekli: Tuan Işık, "Cumhurbaşkanına Hakaret Suçu ve İfade Özgürlüğü", YÜHFD, C.XIX, 2022/2, s.735-774.

study aims to serve as a reference point in aiding Turkey to get rid of these obstacles in her way to democratization.

Keywords: *Freedom of Speech, Insult, President, Decriminalisation, Chilling Effect*

GİRİŞ

İfade hürriyeti demokratik bir toplum düzeninin mihenk taşıdır. Gerçekten, devletin işlem ve eylemleriyle sürekli olarak bir münasebet içerisinde olan bireylerin bunlar hakkındaki düşüncelerini açıklayabilmeleri, şiddet kullanma tekeline sahip olan devlete karşı önemli bir güvencedir. Ancak bu düşünceler çoğu zaman eleştiri formunda olduklarından bazı siyasi hassasiyetlerin arzusuyla devletin manevi şahsiyetini koruma kisvesi altında sınırlanmak istenmektedir.

Devletin manevi şahsiyetine dair önemli bir norm da bizim çalışmamızın da ana temasını oluşturan Türk Ceza Kanunu'nun 299'uncu maddesidir. İlgili norm uyarınca Cumhurbaşkanı'na hakaret fiili bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılabilir. Ayrıca bu fiil alenen işlenirse de verilecek ceza altıda bir oranında arttırılabilir. Cumhurbaşkanı'nın devlet ve milletin başı olarak saygın bir konumu işgal ettikleri açıktır. Ancak bu saygınlığın devletin şiddet aracı olan ceza hukuku tarafından sağlanıp sağlanmaması gerekliliği, özellikle demokratik kültür ve teamüllerin belirli bir olgunluğa erişmesiyle birlikte sorgulanır duruma gelmiştir. Gerçekten, demokratik toplum düzenlerinde devlet başkanları artık yüce ve/veya kutsal sayılmadığından liberal demokrasilerde ceza hukuku korumaları meşru görülmemekte, yalnızca özel hukukun öngördüğü imkânlar ile yetinilmektedir. Bu tercihteki isabet, TCK m.299'un son zamanlardaki uygulanış biçimi incelendiği zaman açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır.

Bu bağlamda çalışmamızın ilk bölümü, ifade hürriyetinin demokratik bir toplum düzenindeki konumunu ceza hukukunun son çare olma özelliği çerçevesinde tespit etmeye çalışacaktır. Çalışmamızın ikinci kısmında ise devlet başkanlarına özel korumalar getiren ceza hukuku müeyyidelerine dair Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ve Türk Anayasa Mahkemesi (AYM) içtihatları incelenecek ve soğutucu etki doktrini açıklanacaktır. Çalışmamızın üçüncü ve son bölümünde ise TCK m.299'un uygulanabilirlik sorunu değerlendirilecek ve Anayasa'nın 90'ıncı maddesinin 5'inci fıkrası ışığında bu normun uygulanmasının ihmâl edilmesi gereği formüle edilecektir.

I. Eleştiri ve İfade Hürriyeti

A. Genel Olarak

Eleştirinin hareket alanı, ifade hürriyetinin tabi olduğu hukuksal rejimi ve genel olarak yürürlükteki siyasal sistemin demokratikliğini belirlemekte büyük önem taşır.¹ Çünkü devlet adamlarının ve kamu politikalarının eleştirilmesi demokrasinin merkezinde yer alır.² Diğer taraftan eleştiri, devletin tekelinde bulundurduğu ve bireyler üzerinde benzersiz etkiler doğurabilen meşru şiddet ayrıcalığını³ denetleme fonksiyonu görür.⁴ Dolayısıyla denetimin de benzersiz etkiye maruz kalacak olan bireylerin iradesine, yani kamuoyu iradesine dayanması gerekeceğinden kuşku duymamak gerekir.⁵ Zira yasama ya da yürütmeye olsun hiçbir siyasi ilerleme, hiçbir reform, idarecilerden kaynaklanmamıştır: bunların kaynağı, gücün kötüye kullanıldığını fark ederek onu kınayabilen ve bu durumun nasıl düzeltilebileceğini söyleyebilen cesur kişilerdir.⁶ Bu da serbest bir kamuoyunun oluşturularak bütün seçeneklerin tartışılmasının sağlanmasına bağlıdır.⁷ Bu şekilde bireyler, demokratikleşme sürecinde etkin rol sahibi hâline gelecekler ve farklı görüşlerin açıklanması ile sistemdeki hatalar görülerek düzeltilebilecektir.⁸ O hâlde demokrasinin işlevselliği, bireylerin geleceklerinin tayini ile ilgili bütün açıklamalarının korunmasına bağlıdır. Bu bağlamda eleştiri, hem ifade hürriyetinin içinde somutlaşmış olan bir denetim mekanizmasıdır hem de demokrasi sürecini koruyan bir araçtır. Eleştirinin hareket alanını daraltan uygulamaların doğuracağı tehlikeler ifade hürriyetine müdahaleyi meşru gören yazarların dahi zamanında⁹ dikkat

¹ Türkan Sancar, *Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları*, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2006, s. 211.

² *ibid*, s. 211.

³ Vincent Blasi, "The Checking Value in First Amendment Theory", *American Bar Foundation Research Journal*, C.2, S.3, Y.1977, s. 521.

⁴ *ibid*, s. 527.

⁵ *ibid*, s. 539.

⁶ Charles Cooper Townsend, "The English Law Governing and the Right of Criticism and Fair Comment", *American Law Register*, C.39, S.8, Y.1891, s. 517.

⁷ Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar ve Rıfat Murat Önok, *İnsan Hakları El Kitabı*, 8. Baskı, Seçkin, Ankara 2019, s. 491.

⁸ *ibid*, s. 491.

⁹ "...bu özgürlük demokrasinin 'olmazsa olmaz' şartıdır. Çünkü, ifade özgürlüğü, toplumda kanaat oluşumunun ve kamusal tartışmanın varlığını mümkün kılar; bu ise, demokrasinin hedeflerinin gerçekleşmesi bakımından vazgeçilmezdir. Ayrıca, ifade özgürlüğü bireyin gelişimine hizmet eder. Denilebilir ki özgür ve özerk kişilik özgür ifadeyle devam edebilir. Bu noktadan hareketle kişinin paternalist himayeciliğe ihtiyacı olduğunu varsaymak onun sadece iradesine ve tercih özgürlüğüne değil, aynı zamanda insan olarak onur ve kişiliğine de saygısızlık etmek olduğu sonucuna varılabilir. Düşünceleri açıklama özgürlüğünün

çektığı konulardan olmakla birlikte yakın geçmişimizdeki örnekler bunları somutlaştırmaktadır.¹⁰

Diğer taraftan ifade hürriyeti yalnızca demokrasiyi koruyan bir işleve sahip değildir. Aynı zamanda demokratik kültürü de geliştirir.¹¹ Bir başka ifade ile sorgulama, şüphe duyma, inisiyatif alma ve kötülük ile yüzleşme gibi bir toplumun demokratik kültürüne ait karakteristik özellikler de beslenir.¹²

Görüşlerine aynen katıldığımız Sancar’a göre:

“...Eleştiri özgürlüğünün; kamu görevlilerinin efendileri olan halk çoğunluğuna karşı tam anlamıyla sorumlu kamu hizmetçileri olarak kalmalarını mümkün kıldığı söylenir ve bir demokraside liderlerin halkın arzularına hizmet etmek üzere iktidarda olduğu hatırlatılır. İktidarın hizmetçi rolü, liderleri ve yöneticileri reddetme ve eleştirme hakkının tanınmasını zorunlu kılar...Yönetimi eleştirme özgürlüğü, yönetim organizasyonlarının kendilerini devam ettirme yönündeki canlı içgüdüleri üzerinde bir denetimdir aynı zamanda. Bu bağlamda devlet adamlarının

önemini vurgularken bir başka gerekçe de şudur: her türlü fikrin serbestçe yayılması hakikatin galip gelmesiyle sonuçlanacaktır Her türlü fikir serbest piyasada bir biriyle yarışmaktadır ki ‘gerçek’ ortaya çıksın. Şayet bu rekabete izin verilirse doğru fikirler eninde sonunda galip gelecektir. Öte yandan, faydacı bir açıdan bakıldığında bile düşünce özgürlüğü gerekmektedir. Zira, bir fikri yasaklamakla, onu akılcı yoldan eleştirme ve yanlışlığını ortaya çıkarma fırsatlarını da büyük ölçüde ortadan kaldırmış yani yasaklanan fikir bir avantaj sağlamış olacaktır. Nitekim, gerçek hayattan da bildiğimiz gibi. Yasaklamak çoğu kez, sağlam olmayan görüşlere ve onların sahiplerine haksız bir çekicilik ve kısmen itibar da sağlamaktadır. Nihayet, fikirlerin ifadesini yasaklamak, pratik olarak da işe yaramamaktadır. Çünkü bütün görülenlerin doğruladığı gibi yasaklanan görüşler ortadan kalkmamakta aksine kendini ifade edecek başka yollar bulmaktadır. Bu yolların en sık görüleni ve en tehlikelisi barışçı olmayan ifade biçimlerine yönelmeleridir.” Burhan Kuzu, “Düşünceleri Açıklama Özgürlüğü Alanında Geldiğimiz Nokta”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, C.59, S.1-2, Y.2001, s. 247.

¹⁰Bu konudaki en somut örnek şüphesiz “Tedbirler Kanunu” olarak da bilinen “Anayasa Nizamını, Milli Güvenlik ve Huzuru Bozan Bazı Fiiller Hakkında Kanun” dur. 22 Şubat 1962 tarihindeki darbe girişiminden sonra hükümetin toplum üzerindeki kontrol kabiliyetini artırmaya yönelik yürürlüğe konulan bu kanunla, TBMM konuşmalarının kaldırılması, Demokrat Parti hakkındaki konuşmaların yasaklanması gibi ifade ve eleştiri hürriyetini çok ciddi sınırlayan bir süreç yaşanmıştı. Bkz. Anayasa Nizamını, Milli Güvenlik ve Huzuru Bozan Bazı Fiiller Hakkında Kanun, Kanun Numarası: 38, Kabul Tarihi: 05.03.1962, RG 07.03.1962/11053.

¹¹Jack Balkin, “Cultural Democracy and the First Amendment”, *Northwestern University Law Review*, C.110, S.5, Y.2016, s. 1054.

¹²Lee G. Bollinger ve Geoffrey R. Stone, *Eternally Vigilant*, University of Chicago Press, Chicago 2018, s. 62.

YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)

halka karşı sorumlu ve duyarlı olma görevlerini bir kere daha vurgulamak gerekir."¹³

Tüm bu açıklamalardan sonra eleştirinin yalnızca demokratik toplum düzeninin güvencesi değil aynı zamanda bireylerin ödevi olduğu da anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, genel anlamda ifade özel anlamda ise eleştiri hürriyetinin sınırları genişletilmelidir. Aksi hâlde insanlar, "yanlış olanı doğru ile değiştirme imkânından mahrum edilirler."¹⁴

İfade hürriyeti, yalnızca genel olarak hoş karşılanan görüşlerin açıklanması değil aynı zamanda devleti veya toplumun herhangi bir kesimini gücendiren veya rahatsız eden görüşlerin açıklanmasını da kapsar. Çünkü ifade hürriyeti, kurulu düzene karşı bir rahatsızlık yarattığı ve toplumu kızdırdığı zaman amacına hizmet etmiş olur.¹⁵ Zira bunun esas amacı, demokrasinin sağlığı için gerekli olan eleştiri hürriyetinin güvencesini sağlamaktır. AYM'de aynı görüştedir.¹⁶ Bu durum, demokratik toplum düzeninin unsurları olan çoğulculuk, tolerans ve açık görüşlülüğün gereğidir. İfade hürriyeti sadece olağan karşılanan, zararsız ya da önemsiz görülen ifadeleri değil, bunun yanında devlet ve toplumun belirli bir kısmına aykırı gelerek bunları rahatsız eden, hatta bunları şoke edebilen görüşler için de geçerlidir.¹⁷ Ancak Cumhurbaşkanı hakareti düzenleyen TCK m.299 gölgesinde ifade hürriyetinin demokratik bir hak olmaktan çıkarak Cumhurbaşkanı'nın eleştirilmezliği esasına dayanan sınırlı bir hoşgörü

¹³Sancar, s. 211.

¹⁴"...Bir düşüncenin susturulması insan ırkına karşı, başka bir deyişle, yaşayan nesle olduğu gibi gelecek nesillere karşı da bir haydutluktur. Bu, sadece o düşünceye katılanlara karşı değil, aynı zamanda o düşünceye katılmayanlara karşı da bir soygunculuk anlamına gelir. Şayet düşünce doğru ise, insanlar yanlış olanı doğru olan ile değiştirme imkânından mahrum edilirler. Şayet yanlış ise, o zaman da onlar hemen hemen aynı derecede büyük bir faydayı, yani gerçeğin yanlışlıkla çarpışması sonucunda daha açık ve net biçimde anlaşılmasını ve daha canlı bir etki yaratması fırsatını elden kaçırmış olurlar..." John Stuart Mill, Hürriyet Üstüne (çev. M. Osman Dostel), Liberal Düşünce Topuluğu, Ankara 2003, s. 57; Sancar, s. 211; Tezcan, Erdem ve Sancakdar, s. 491.

¹⁵Terminello v. Chicago 337 U.S. 1 (1949), 16.05.1949, www.supreme.justia.com (E.T: 01.04.2021)

¹⁶"...ifade özgürlüğü büyük ölçüde eleştiri özgürlüğünün güvence altına alınmasını hedeflemektedir. Bu nedenle, düşüncelerin açıklanması ve yayılması sırasında kullanılan ifadelerin sert olması doğal karşılanmalıdır..." Anayasa Mahkemesi, 2014/12151, 11.06.2015 § 64.

¹⁷Handyside v. Birleşik Krallık, B.No: 5493/72, 12.06.1976, § 49 www.hudoc.echr.coe.int (E.T: 02.04.2021)

olduğu son zamanlarda açılan kamu davalarının hacminden de anlaşılmaktadır.¹⁸

Liberal demokrasi anlayışında sınırlama istisna, özgürlük ise esastır. Hukukun amacı, insan haklarını ve dokunulmaz özgürlükleri baskı altına almak değil, bunları özel veya kamusal süljelerin saldırılarına karşı eşit bir biçimde ve ayırım yapmaksızın korumanın aracı olmasıdır.¹⁹ Dolayısıyla ceza hukuku, düşünce ayrılıklarını bastıran ve çoğulculuk ilkesiyle çatışan politik yapıdaki suçlardan arındırılmalıdır.²⁰ Bu sistemlerde devletin kutsallığı yer almadığından çoğulculuk ilkesi öne çıkmakta ve farklı yaşam tarzlarının meşruluğu kabul edilmektedir.²¹ Keza devletin resmî ideolojisi bulunmadığından düşünce ve fikirler belirli kalıplara sıkıştırılmaz ve devletin özel olarak korunması gündeme getirilmez.²² Bu gibi münhasır korumaların, ifade hürriyetinin demokrasiyi gerçekleştirme fonksiyonunu işlevsiz kılacağı açıktır. İfade açıklamalarının sürekli bir ceza tehdidi altında bulunması bunlar üzerinde kaçınılmaz olarak soğutucu etkiye neden olmaktadır. Dolayısıyla ceza müeyyideleriyle ulaşılmak istenen amaca hukukun öngördüğü daha az baskıcı olan araçlar ile ulaşılması, ifade hürriyetinin demokratik fonksiyonunun gerçekleşebilmesi için zaruridir. Bu bakımdan ceza hukukunun *ultima ratio* özelliği ve bu özelliğin Cumhurbaşkanına hakaret suçuyla olan bağlantısının ayrı bir başlık altında ele alınması gerekmektedir.

B. Ceza Hukukunun Ultima Ratio Özelliği

Ceza hukukunun doğası gereği baskıcı olması buna karşı bazı güvencelerin getirilmesi ihtiyacını doğurmuştur. Bu bağlamda ceza hukukunun *ultima ratio* özelliği bir başka ifade ile ikincil olma esası bu

¹⁸2018 yılı içerisinde TCK m.299 ile ilgili olarak 5233 dava açılmıştır. Bkz. Adalet Bakanlığı, “Adli İstatistikler 2018”, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, 2018, <https://adlisicil.adalet.gov.tr> (E.T: 02.04.2021); Bazı meslektaşlarımız TCK m.299 yorumlanırken açılan dava sayısına değil verilen mahkûmiyet kararlarının sayısının esas alınması gerektiğine dikkatimizi çekmişlerdir. Çalışmamızda sıklıkla atıfta bulunduğumuz soğutucu etki, bizim bu görüşe katılmamızı mümkün kılmamaktadır. Her halde bu görüşü desteklememiz, çalışmamızın üzerine kurulu olduğu ifade hürriyeti anlayışını tepetaklak edecektir. TCK m.299’u eleştirirken referans noktalarımızın başında, bu normun yarattığı soğutucu etki gelmektedir. Soğutucu etkinin bulunduğu bir hukuk düzeninde ifade hürriyetinden bahsetmemiz zaten tutarlı olmayacaktır. TCK m.299 ile ilgili olarak açılan her bir dava, ifade hürriyeti üzerinde soğutucu etkiye sahip olması için yeterlidir.

¹⁹Sancar, s. 40.

²⁰ibid, s. 40.

²¹ibid, s. 40-41.

²²ibid, s. 41.

ihtiyacın bir tezahürüdür. *Ultima ratio*, ceza hukukunun ağır ve müdahaleci sonuçları nedeniyle bunun ancak son çare olması fikridir. Buna göre, ceza hukukunun sert tedbirlerine ancak hukuk düzeninde yer alan diğer araçların belli bir sosyal davranışı düzenlemede yetersiz kalması hâlinde başvurulabilir.²³ Öte yandan, bugünkü anlamıyla sosyal/liberal/muhafazakâr demokratik hukuk devleti ceza hukukunu sadece istediğimiz ya da tanı istediği veya daha önce hep uyguladığımız ya da bir sonuca ulaşmak için etkili bir yöntem olduğundan bahisle kullanmamıza izin vermez. Dolayısıyla bir ceza sistemi de ancak ahlaki ve rasyonel ölçütlere dayanması hâlinde haklı kılınabilir.²⁴ Bu zeminde cezalandırma, ancak cezaya liyakat (*blameworthiness*) ve cezaya ihtiyaç (*penal need*) şartlarının karşılanması durumunda kabul edilebilir.²⁵ Cezaya liyakat, bir davranışın zarar veya tehlike doğurmaya elverişli olmasından hareketle kınanabilir olması anlamına gelmektedir.²⁶ Her kınanabilir davranışın cezalandırılmasının gerektiği demokratik bir toplum düzeninde düşünülemez. Böyle bir davranışın, aynı zamanda toplumsal düzeni önemli ve ağır ölçüde ihlâl etmesi gerekir.²⁷

Cezaya ihtiyaç ise, belirli bir amaca ceza hukukuna kıyasla daha az müdahaleci olan bir tedbirle ulaşılamaması durumudur.²⁸ Somut bir olayda cezaya ihtiyacın bulunduğu bahsedilebilmesi için her şeyden önce cezalandırma ile ulaşılmak istenen amaca diğer tedbirler ile ulaşmanın mümkün olmaması gerekir. İkinci olarak, bu davranış ile bozulan toplumsal düzenin ancak bu davranışın cezalandırılmasıyla yeniden tesis edilebileceğine dair bir inancın bulunması gerekir.²⁹ Dolayısıyla bir ceza normu gerçek bir ihtiyaca ve somut bir hukuki değer korunmasına hizmet etmelidir.³⁰ Eğer böyle arzulanan amaca ceza hukuku dışında, söz gelimi tazminat hukuku ile ulaşılabiliyorsa ve/veya ilgili fiilin bozduğu toplumsa

²³ Rudolf Wendt, “The Principle of “Ultima Ratio” And/Or the Principle of Proportionality”, *Onati Socio-Legal Series*, C.3, S.1, Y.2013, s. 81

²⁴ Nils Jareborg, “Criminalization As Last Resort (Ultima Ratio)”, *Ohio State Journal of Criminal Law*, C.2, S.2, Y.2005, s. 521.

²⁵ *ibid*, s. 527.

²⁶ Ozan Ercan Taşkın, “Son Çare (Ultima Ratio) Olarak Ceza Hukuku”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, C.15, S.1, Y. 2016, s. 59.

²⁷ Hakan Hakeri, “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C.69, S.69, Y.2007, s. 55.

²⁸ Jareborg, s. 527.

²⁹ Sinan Kocaoğlu, *Uluslararası (AİHM) ve Ulusal Yargı İçtihatları Çerçevesinde Hakaret Suçu*, Seçkin, Ankara 2019, s. 442.

³⁰ Taşkın, s. 71.

barış, fail cezalandırılmasa dahi tesis edilebiliyorsa o hâlde cezaya ihtiyaçtan söz edebilmek mümkün olmaz. Dolayısıyla kişilerin davranışları ile toplumsal barış arasında makul bir dengenin tesis edilmesinde diğer hukuk dallarının yetersiz kalıyorsa ceza hukukuna başvurulması haklı kılınabilir. Kaldı ki hukuk düzeninin akla gelen her türlü riski, her türlü davranışı bazı keyfi ölçütlerle kabul edilemez olarak nitelendirip yasaklaması da düşünülemez.

Sonuç olarak kanun koyucu bir davranış sahasını ceza hukuku ile düzenleyecekse, bunu gereklilik ve amaca uygunluk kriterlerini esas alarak yapmalı, eğer davranışın cezalandırılması gerekli değil ve/veya amaca uygun değilse, bir başka ifade ile farklı yöntemler ile aynı amaca ulaşabiliyorsa, o zaman ceza hukukuna son çare olarak başvurmalıdır.

1. Cumhurbaşkanına Hakaret Fiilinin Suça Liyakatı ve Cezaya İhtiyacı

Hakaret, en dar şekilde olumsuz içeriği haiz bir düşünce açıklaması olarak tanımlanabilir.³¹ Türk Dil Kurumu (TDK) ise hakaret kavramını “*onur kırma, onura dokunma ve küçültücü veya davranış*” olarak tanımlamaktadır.³² Bu tanımlardan, hakaret suçu ile korunan hukuki değerler esasen kişilerin onuru, şerefi ve saygınlığı olduğu anlaşılmaktadır.³³ Şüphesiz, diğer kişiler gibi Cumhurbaşkanının da onuru, şerefi ve saygınlığı korunmaya muhtaç bir değerdir. Şüpheli olan husus, bu değerler ceza hukuku tarafından korunma gerekliliğidir. Bir davranışın ceza hukuku yaptırımlarına tabi tutulması, toplumsal barış ve güvenlik bakımından zorunluluk teşkil etmelidir.³⁴ Zira ceza hukukuna özgü yaptırımlar, kişiyi özgürlüğünden mahrum bırakabilen oldukça ağır sonuçlara sahiptir.

Demokratik bir toplum düzeninde, Cumhurbaşkanlığı makamının şerefi gibi salt ideolojik motivasyon içeren fikirlerin ceza hukukunca korunması gereken değerler arasında yer aldığını söylemek güçtür. Şeref ve haysiyet gibi kavranması zor, soyut kavramların ceza hukukunun ilgi alanına girmesinin gerektiği de doğal olarak söylenemez.³⁵

³¹ Kocaoğlu, s. 443.

³² TDK Türkçe Sözlük: “1. Onur kırma, onura dokunma. 2. Küçültücü söz veya davranış.” <http://tdk.gov.tr/> (E.T: 02.04.2021).

³³ Mehmet Emin Artuk ve Ahmet Gökcen, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 18. Baskı, Adalet, Ankara 2019, s. 486; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Murat R. Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 17. Baskı, Seçkin, Ankara 2019, s. 597.

³⁴ Taşkın, s. 65.

³⁵ Kocaoğlu, s. 446.

Öte yandan, “*ezmânın tegayyürü ile ahkâmın tegayyürü inkâr olunamaz.*”³⁶ Bir başka ifade ile zamanın geçmesi ile kurallar (ihtiyaçlar) da değişir.³⁷ Dolayısıyla ceza hukuku açısından yaptırım altına alınan ve cezalandırılan eylemler, toplumsal yaşamın devamı bakımından katlanılmaz seviyede olmalıdır.³⁸ Kanımızca Cumhurbaşkanı hakaret, günümüz toplumunda cezalandırılması gereken veya toplumsal yaşamın devamı bakımından katlanılmaz seviyede bir fiil de değildir. Zira devletin başı artık kutsal olmadığı gibi³⁹ korunmak istenen hukuki değer mukayeseli örneklerde olduğu gibi özel hukuk araçlarıyla da korunmaya elverişlidir. Bu noktada izin verilen ve verilmeyen risklerin, sosyal uygunluğa göre ayrımının yapılması gerekir.⁴⁰ Mukayeseli hukuktaki uygulama, hakaret fiilinin para cezası ve kamuya yararlı hizmet gibi alternatif formüller ile çözüme kavuşturulması ve bazı sistemlerde bunların suç olmaktan çıkarılarak (*decriminalisation*) bu tür uyuşmazlıkların özel hukuk hükümleriyle çözüme kavuşturulması eğilimindedir.⁴¹ Bununla birlikte, bazı

³⁶ Ahmet Şimşirgil ve Ekrem Buğra Ekinci, Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle, 2. Baskı, KTB, İstanbul 2008, s. 79.

³⁷ Bu noktada kısa bir alegori yaparak ifademizi somutlaştırmak isteriz: Fransız ressam Pierre Mignard I (1612-1695) ünlü eseri “Chronos Cutting Cupid’s Wings” de, zaman tanrısı Kronos, aşk tanrısı Cupid’in kanatlarını keser. Mignard, zamanın yavaşça aşkı öldüreceğini tasvir etmektedir. Biz de Mignard’dan esinlenerek zamanın, kanunları yavaşça öldüreceğini ve değişimi tetikleyeceğini ifade ediyoruz.

³⁸ Kocaoğlu, s. 447.

³⁹ İlk anayasamız Kânun-ı Esâsî’nin 5’inci maddesine göre: “Zatı hazireti Padişahinin nefsi hümayunu mukaddes ve gayri mesuldür.” Görüldüğü üzere, devlet başkanın kutsal olduğu görüşü, İmparatorluk döneminin toplumunda ceza müeyyidelerince korunmaya muhtaç bir değer olarak ele alınıyordu. Ancak 21.YY toplumunda devlet başkanlarını tabir caizse kutsallaştıran korumalar, demokrasi kültürü ile bağdaşmamaktadır. Görüşlerine aynen katıldığımız Erem’e göre bu gibi düzenlemeler “krallık dönemlerini kalıntısı olarak devam etmekte, demokratik bir ülke için Anayasalara uygun düşmemektedir.” Faruk Erem, “Cumhurbaşkanına Hakaret”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.1, Y.1991, s. 13; “Devlet başkanına yönelen hakaret fiillerinin suç olarak düzenlenmesi geleniğinin kökeni Roma hukukuna dayanmaktadır. Latince orijinali Laesa maiestas şeklinde tanımlanan kurum sayesinde, özellikle Cumhuriyet sonrası geç dönem Roma İmparatorluğu’nda imparatorlar, cumhuriyet rejimine yönelik özelemleri yok etmek üzere kendi şahsiyetlerini devlet ile bütünleştirmek suretiyle, kendilerine yönelik her eleştirinin devlete karşı işlenen bir suç olarak kabul edilmesini sağlamışlardır.” Hasan Sınar, “Cumhurbaşkanına Hakaret ve Devletin Egemenlik Alametlerini Aşağılama Suçları”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C.10, S.27, 2015, s. 29.

⁴⁰ Kocaoğlu, s. 447.

⁴¹ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Kocaoğlu, s. 449-455; “Hakaret fiillerinin suç olmaktan çıkartılmasını savunan bu anlayış, esas itibarıyla iki temel gerekçeye dayanmaktadır. Bunlardan ilki, hakaret fiilinin bir suç olarak düzenlenmesinin günümüz şartlarında artık

ülkelerde devlet başkanına hakaret prensip olarak suç olarak kabul edilmesine karşılık bu düzenlemeler fiilen uygulanmamaktadır.⁴²

Eleştiri ve eşyanın tabiatı gereği ifade hürriyeti, çoğulcu ve demokratik bir toplum düzeninde demokrasi çarkının dönmesini sağlayan hem toplumsal bir yarardır hem de demokratik sistemlerin temel ilkesidir.⁴³ Dolayısıyla hukuk düzeni, eleştiri ve ifade hürriyetini sınırlayan ceza müeyyidelerine son çare olarak başvurmalı (*ultima ratio*) ve bunun sınırlarını evrensel hukuk ilkelerine ve uygulamalarına paralel çağdaş ve demokratik normlar ile düzenlemelidir.

meşru bir amaca hizmet etmediği düşüncesidir. Buna göre kaynağını Roma hukukundan alan, geçmişte 1275 İngiliz De Scandalis Magnatum Yasasında ve modern çağda ise 1881 Fransız Basın Kanun'nda düzenlenen yalan ifadeler ile kişilerin şerefine leke sürülmesi fiilin bir suç olarak düzenlenmesinin ardında yatan temel düşünce, geçmiş dönemin şartlarında yaygın bir yasal usul olan meydan okuma ve düelloların önlenmesidir. Hakaret fiilinin devlet tarafından bir suç olarak düzenlenmesi suretiyle, kişinin şeref ve haysiyetine yönelen saldırıya karşı bu şekilde kamu düzenini bozucu bir bireysel tepki vermesinin önüne geçiliyor ve onun yerine devlet bu fiili ceza yaptırımı ile karşılayarak, hem saldırıya uğrayan tarafı tatmin eden hem de kamu düzenini koruyan bir yöntem geliştirmiş oluyordu. Ancak tarihsel süreçte alımı olan düello ve benzeri uygulamaların bugün ortadan kalkmış olduğu göz önüne alındığında modern çağda bireysel şeref ve haysiyeti ihlal eden fiillerin suç olarak düzenlenmesine artık gerek bulunmadığı ileri sürülmekle birlikte...şeref ve haysiyete yönelen fiillerin ceza mevzuatlarında yer almasının meşru bir amaca hizmet etmediğini savunan anlayış, bu durumu eleştirerek bu suçların bugün için, şeref ve haysiyetin korunması adı altında özellikle egemen iktidar düzenine yönelen muhalif eylem, tutum ve ifadelerin sindirilmesinde bir baskı aracı işlevini gördüğünü ve meşru bir amaca hizmet etmekten çıktığını...kişinin şeref ve haysiyetinin korunmasının ceza hukukunun işlevi dışında kaldığını ileri sürmektedir. Buna göre, kişinin şeref ve haysiyetine yönelen fiillerin hukuk düzeni içerisinde bir haksız fiil olarak düzenlenmesi ve özel hukuk yaptırımlarına konu olması gerekli ve yeterli bir uygulama olacaktır” Hasan Sınar, “Türk Ceza Kanunu’nda Hakaret Suçu ve Bu Suçun Karşılaştırmalı Hukukta Gelişen Hakaretin Suç Olmaktan Çıkartılması Eğilimi Yönünde Değerlendirilmesi”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C.9, S.24, Y.2014, s.75; Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi, 1577 (2007) sayılı kararında, genel olarak “üye devletlerin hakaret için öngördüğü hapis cezalarının derhal kaldırılması” (para 17.1.), “yalnızca şiddete çağırısı, nefret söylemi ve tarihin çarpıtılması suçlarının hapisle cezalandırılması” (para 17.5.) ve özel olarak Türkiye ve Fransa’nın “ceza kanunlarında kamu görevlilerine tanıdıkları ayrıcalıklı korumanın kaldırılması” çağırısı yapmıştır § 17.6.1-17.6.2 <https://pace.coe.int/en/> (E.T: 05.04.2021).

⁴² Sınar, 2015, s. 32.

⁴³“...Siyasi tartışma özgürlüğü, Sözleşme boyunca esas olan demokratik toplum konseptinin merkezinde yer alır...” Lingens v. Avusturya, B.No: 9815/82, 08.07.1985, § 42 www.hudoc.echr.coe.int (E.T: 05.04.2021).

2. Cumhurbaşkanına Hakaret Suçu ve Cumhurbaşkanlığı Makamının Saygınlığı

Kanun koyucu, ceza müeyyidesi uygulayacağı davranışları belirlerken öncelikle bu müeyyideler ile korunmaya muhtaç olan değerlerin tespitini yapar.⁴⁴ Dolayısıyla kişinin maddi bütünlüğü yanında manevi bütünlüğü, yani “ferdin vakarı” da ceza müeyyidelerince korunmaya muhtaç bir başka değer olarak kabul edilmektedir.⁴⁵ Hakaret suçlarıyla korunan hukuksal değer genel olarak kişinin şerefidir. TDK, şeref kavramını “Başkasının, birine gösterdiği saygının dayandığı kişisel değer, onur: Toplumca benimsenmiş iyi şöhret” olarak tanımlamaktadır. Bu tanımdan şeref monist bir değer olduğu, bir başka ifade ile kişinin toplum nezdindeki itibari anlaşılrsa da bizim de katıldığımız ve doktrindeki hâkim görüş, bunun düalist bir değer olduğu, yani kişinin yalnızca toplum nezdindeki itibari değil aynı zamanda kendine karşı beslediği içsel değeri de içerdiği, dolayısıyla kişinin hem içsel hem de dışsal maneviyatını koruduğudur.⁴⁶ Hakaret fiilini düzenleyen TCK m.125’in 1’nci fıkrası şeref yanında onur⁴⁷ ve saygınlık⁴⁸ değerlerini de kümülatif olarak düzenleyerek bu görüşü doğrulamaktadır. Dolayısıyla, hakaret fiillerinin suç sayılmasıyla bir kimsenin şerefine yapılan saldırının onun duyacağı keder ve toplum nezdindeki sosyal değer arasında özdeşlik kurularak kolektif bir koruma düzeni yaratıldığı anlaşılmaktadır.

Pozitif hukuk tarafından cezai müeyyidelerce korunmaya muhtaç bir değer olarak ele alınan şerefe yönelik saldırıların bir kısmı yalnızca insan şerefine ihlali dolayısıyla yaptırıma bağlanırken diğer kısmı ise şereften bağımsız bazı değerlere verilen zararları nedeniyle yaptırıma bağlanmıştır.⁴⁹ Bu çerçevede “Cumhurbaşkanına Hakaret” suçu, TCK’nın sekizinci bölümünde yer alan “Şerefe Karşı Suçlar” bölümü yerine “Devletin Alametlerine ve Organlarının Saygınlığına Karşı Suçlar” başlıklı üçüncü bölümde düzenlenerek esas itibariyle devlet organı olan Cumhurbaşkanlığı

⁴⁴ Kocaoğlu, s. 447.

⁴⁵ Faruk Erem ve Nevzat Toroslu, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Seçkin, Ankara 2000, s. 429.

⁴⁶ Tezcan, Erdem ve Önok, s. 597; Artuk ve Gökçen, s. 486; Erem ve Toroslu, s. 429.

⁴⁷ TDK Türkçe Sözlük: “İnsanın kendine karşı duyduğu saygı, şeref, öz saygı, haysiyet, izzetinefis.” <http://tdk.gov.tr/> (E.T: 05.04.2021).

⁴⁸ TDK Türkçe Sözlük: “Saygı görme, değerli, güvenilir olma durumu, itibar, prestij.” <http://tdk.gov.tr/> (E.T: 05.04.2021).

⁴⁹ Artuk ve Gökçen, s. 495.

makamının saygınlığının korunması fikrinin esas alındığı anlaşılmaktadır. AYM ve Yargıtay'ın bazı kararlarında bu durum ifade edilmektedir.⁵⁰

İlgili kanun maddesi uyarınca:

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

(2) Suçun alenen işlenmesi hâlinde, verilecek ceza altıda biri oranında artırılır.

(3) Bu suçtan dolayı kovuşturma yapılması, Adalet Bakanının iznine bağlıdır.

Kanımızca TCK m.299, esasen Cumhurbaşkanlığı makamını değil Cumhurbaşkanı olan kişiye koruma sağlayan özel bir düzenlemedir. Cumhurbaşkanlığı makamının saldırıya uğrayan varlığı, Cumhurbaşkanının şahsiyetinde somutlaşır. Dolayısıyla suçun mağduru da doğrudan doğruya kendisi olmaktadır. Dolayısıyla suç, mağdur yönünde mahsus suçtur.⁵¹

Kaldı ki Cumhurbaşkanlığı makamı, devlet tüzel kişiliğinin bir görünümüdür. Tüzel kişiler hakaret suçunun mağduru olamazlar.⁵² Aksi bir yorum, Cumhurbaşkanı olan kişi ile devlet tüzel kişiliğinin birleşeceği manasına gelir ki bu da demokrasi bakımından fevkalade sakıncalıdır. Yargıtay 16. Ceza Dairesi (C.D.) de bu görüşümüzü destekleyen bir

⁵⁰ “Cumhurbaşkanının Devletin 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” Anayasa Mahkemesi, E.2016/25, K.2016/186, 14.12.2016, § 14; “...T.C. Anayasasının 104/1 maddesine göre, Cumhurbaşkanı devletin başıdır ve bu sıfatla Türkiye Cumhuriyetini ve Türk Milletinin birliğini temsil eder. Bu nedendir ki Cumhurbaşkanına hakaret suçu, kişilere ve şerefe karşı suçlar içerisinde değil Devlete karşı işlenmiş suçlar bölümünde düzenlenerek Devleti temsil eden Cumhurbaşkanlığı makamının saygınlığının korunması amaçlanmıştır...” Yargıtay 16. CD, 1480/444, 22.06.2016 www.hukukmedeniyeti.org (E.T: 05.04.2021).

⁵¹ Berrin Akbulut, “Cumhurbaşkanına Hakaret ve Sövme Suçu”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Halil Cin’e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı*, C.1, S.1, Y.1995, s. 271.

⁵² Erem ve Toroslu, s. 436; Artuk ve Gökçen, s. 495; Karşı görüş için bkz. Tezcan, Erdem ve Önok, s. 601 vd.

kararında bu suçun mağdurunun makamı temsil eden gerçek kişi olduğunu ifade etmiştir.⁵³

Diğer taraftan, Cumhurbaşkanlığı makamının saygınlığının korunması amacına genel hakaret suçunun nitelikli hâli olan TCK m.125/3(a) ile ulaşılabiliyorken TCK m.299'da görev şartının hiç aranmamış olması, ceza hukukuna makul bir sebep bulunmuyorken daha geniş bir hareket alanı sağlamakta ve makamın saygınlığının korunması fikriyle çelişen bir durum yaratmaktadır.⁵⁴ Bu bakımdan ifade hürriyetine yapılan müdahalenin orantılı olduğunu söyleyebilmek güçtür. Oysa görev şartı aranmış olsaydı, TCK. m.299'u uygulama alanı daraltılmış olacak ve böylelikle toplumun yararına olan ifade hürriyeti bu derece feda edilmemiş olacaktı. Ancak görev şartının aranmış olması hâlinde de kaçınılmaz olarak TCK m.299'un uygulanacağını altını çizmemiz gerekiyor. Zira TCK m.299 özel hüküm (*lex specialis*) niteliğindedir. Dolayısıyla, *Lex specialis derogat legi generali* kuralı gereğince TCK 125/3(a) değil her halde TCK m.299 uygulama alanı bulacaktı. İşte tüm bu nedenler, TCK m.299 ile esasen makamın saygınlığının değil, münhasıran makamda bulunan kişinin korumaya alındığına işaret etmektedir.

Ağır eleştiri ile basit hakaret arasındaki ayırım ise görecelidir.⁵⁵ Dolayısıyla hürriyeti bir yıldan dört yıla kadar sınırlayabilen ve bazı durumlarda bunun altında bir oranında artırılabilceğini öngören TCK m.299'un büyük bir demokratik hassasiyetle uygulanması gereken bir hüküm olduğu, aksi hâlde başta ifade hürriyeti olmak üzere bununla bağlantılı diğer hürriyetleri ve demokratik faaliyetleri baskılayan bir sindirme aracı hâline dönüşeceği şüphesizdir. Gerçekten, Cumhurbaşkanına hakaret kisvesi altında basit eleştiriler bakımından dahi kamu denetçisi olan gazeteciler, yazarlar ve hatta son zamanlarda tiyatro sanatçıları hakkında

⁵³cc...Devlete karşı işlenen suçlardan bir kısmının gerçek mağdurunun makamı temsil eden gerçek kişi olmakla birlikte, devlete ilişkin hukuki yararın korunması, kişiye nazaran daha üstün tutulmuştur..." Yargıtay 16. CD, 1480/444, 22.06.2016 www.hukukmedeniyeti.org (E.T: 05.04.2021).

⁵⁴ TCK m.125/3(a), görev şartı arayarak kanımızca makamı işgal eden kişiyi değil, makamın kendisine koruma sağlamaktadır. Bu bakımdan TCK m.299'un da görev şartı aranması, makamın saygınlığının korunması düşüncesi ile daha tutarlı bir düzenleme olurdu.

⁵⁵cc...Bir hareketin tahkir edici olup olmadığı bazı durumlarda nispi olup, zamana, yere ve duruma göre değişebilmektedir. Kişilere 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..." Yargıtay 18. CD, 40226/8977 14.09.2017 www.kazanci.com.tr (E.T: 05.04.2021)

dahi kamu davaları açılabilir. ⁵⁶ Bu durum, hem AKİHK'nin (Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri) 2017 yılında yayımladığı raporda ⁵⁷ hem de 2016 tarihli ABİR'de (Avrupa Birliği İlerleme Raporu) ayrıntılı olarak ortaya konulmakta ⁵⁸ ve TCK m.299'un siyasi özgürlükleri baskılama aracı hâline geldiği ve siyasi makamlara yönelik eleştirilere karşı giderek azalan tahammülün somut bir tezahürü olduğu ifade edilmektedir. ⁵⁹

TCK m.299'un 3'üncü fıkrası ise, kovuşturma yapılmasını Adalet Bakanının iznine tabi tutmaktadır. Kovuşturma yapılmasının siyasi bir figür olan Adalet Bakanının iznine tabi tutulmasıysa bunun bir tedbirden çok maddenin “*yumuşatılarak pazarlanması*” maksadıyla eklenen prosedürel bir kural olduğu ⁶⁰ ve kişileri adli tacizden ⁶¹ ve hapis cezasıyla karşılaşma

⁵⁶ Müjdat Gezen ve Metin Akpınar hakkında, 21 Aralık 2018 tarihinde bir televizyon programında yaptıkları konuşma nedeniyle 07 Temmuz 2020 tarihinde Cumhurbaşkanına alenen hakaret ettikleri iddiasıyla kamu davası açılmış, 1 Mart 2021 tarihinde ise haklarında beraat kararı verilmişti.

⁵⁷“Komiser, Cumhurbaşkanına hakaretin ayrı bir suç olarak düzenlendiği ülkeler de dahil olmak üzere, Avrupa Konseyine üye 46 devletin hiçbirinde 299'uncu maddenin uygulanışa benzer bir uygulamanın bulunmadığını vurgulamaktadır. Bu hükmün, Cumhurbaşkanını ve desteklediği politikaları eleştiriye bastıran bir nevi araç hâline geldiği ve her kategoriden insana, özellikle gazetecilere, karikatüristlere, akademisyenlere, ünlülere, öğrencilere ve çocuklara karşı kullanıldığı anlaşılmaktadır.” Nils Muiznieks, “Türkiye’de İfade Özgürlüğü ve Medya Özgürlüğüne İlişkin Memorandum”, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, 15.02.2017, § 54 www.coe.int (E.T: 07.04.2021).

⁵⁸“Cumhurbaşkanı'na hakaret iddiasıyla gazeteciler, yazarlar, sosyal medya kullanıcıları, diğer vatandaşlar ve hatta çocuklara yönelik kovuşturma vakaları devam etmiştir. Söz konusu vakalar genellikle hapis cezası, cezanın ertelenmesi veya adli para cezasıyla sonuçlanmıştır. Bu kısıtlama ve sindirme ortamı, giderek artan bir biçimde oto sansüre yol açmaktadır; bu durum, devlet başkanlarına hakaretin suç olmaktan çıkartılması veya verilecek ceza türleri hapis cezasını içermeyecek şekilde kısıtlanırken suçun yalnızca en ciddi sözlü saldırılarla sınırlı tutulması yönündeki Avrupa uygulamalarıyla uyumlu değildir.” Avrupa Komisyonu “2016 Türkiye Raporu”, Avrupa Komisyonu, 09.11.2016 www.ab.gov.tr (E.T: 07.04.2021).

⁵⁹“...299'uncu maddenin uygulanması, Türk yetkililerinin ve yargının, siyasi makamlarda bulunanlara yönelik eleştirilere karşı giderek artan hoşgörüsüzlüklerinin bir semptomu olmakla birlikte, Türk toplumunun her bölümünü etkileyen, kamu tartışmasını engelleyen, demokratik tartışmaların kapsamını artıran ve dolayısıyla ülkedeki kutuplaşmayı artıran (yargı tacizinin yarattığı) soğutucu etkinin sadece bir bölümüdür...” Muiznieks, § 58.

⁶⁰“Anayasa Mahkemesi her ne kadar TCK m.299'dan dolayı yapılan kovuşturmanın izne bağlı olmasını, ifade özgürlüğü açısından önemli bir güvence olarak görmüş ise de; bugüne kadarki Adalet Bakanlığı uygulamalarına bakıldığında, Adalet Bakanlığının izin istemlerini otomatikleştirdiği, kaldı ki, doğrudan cumhurbaşkanı tarafından atanan ve yetkisini ondan alan Adalet Bakanının izin istemleri konusunda yeterli bir güvence oluşturmasının da zaten düşünülemeyeceği, nitekim uygulamada Adalet Bakanlığının izin vermesi YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)

korkusunun⁶² yarattığı soğutucu etkiden⁶³ korumadığı anlaşılmaktadır. Öte yandan Cumhurbaşkanının atadığı bir kişinin Cumhurbaşkanına karşı işlenen bir suç bakımından güvence olması, adil yargılanma bakımından da sakıncalıdır.

Kaldı ki Cumhurbaşkanı'nın bu denli bir korumaya da ihtiyaç duymaması gerekir. Demokratik bir sistemde hükümetlerin eylem ve ihmâlleri sadece yasama ve yargı organlarının denetimine değil, aynı zamanda basın ve kamunun da yakın gözetimine tabi tutulmalıdır. Dahası, hükümetin bulunduğu baskın pozisyon gereğince kendilerine yöneltilen haksız saldırılara alternatif yöntemler ile karşılık vermesi mümkünken, ceza hukuku araçlarına başvurmadan kaçınmalarını gerekir.⁶⁴ Yürütmenin başı olan Cumhurbaşkanı, aynı zamanda bir siyasi parti üyesi de olabilmektedir. Dolayısıyla partili Cumhurbaşkanının artık halkı ve devleti temsil eden sembolik bir makamdan çok, ülkenin idaresinde aktif rol oynayan siyasetçi kimliği baskındır. Bu nedenle eleştiriye katlanma yükümlülüğü kaçınılmaz olarak daha geniştir. Pek tabii ki bu yükümlülük, hakarete katlanma yükümlülüğü bulunacağı şeklinde anlaşılamaz. Ancak Cumhurbaşkanı, şahsının şeref ve saygınlığının küfür ve sövme suretiyle ihlal edildiğini düşünüyorsa, o zaman bu ihlali ve uğramış olduğu zararı, tazminat gibi özel hukuk araçları ile giderebilmesi de pekâlâ mümkündür. Kaldı ki ekonomik dinamikler dikkate alındığında failin mali bütünlüğünde meydana gelecek bir eksilme, özgürlüğünü sınırlayacak cezalar kadar etkili olacağı söylenebilir.

Bu çerçevede TCK m.299 bir an önce yürürlükten kaldırılarak ifade ile ilgili suçlara uygulanan orantısız cezai müeyyidelere⁶⁵ son verilmeli ve

zorunluluğuna uyulmadan ceza soruşturması başlatıldığı ve hatta tutuklama kararı verildiği bilinen bir gerçektir." Tezcan, Erdem ve Önok, s. 545.

⁶¹"Komiser, AIHM'in devlet başkanlarını sırf bu sıfatları nedeniyle eleştiriden koruyan onlara özel koruma sağlayan hükümlerin modern uygulama ve siyaset anlayışıyla bağdaşmadığı görüşü ışığında bu hükmün (m.299) AIHS ile uyumsuz olduğuna ve adli tacize neden olduğuna içtenlikle inanmaktadır." Muiznieks, § 54.

⁶² Fatullayev v. Azerbaycan, B.No: 40984/07, 22.04.2010, § 102 www.hudoc.echr.coe.int (E.T: 12.04.2021).

⁶³"Temyiz ve ifade hürriyeti gibi anayasal hakların kullanılmasını ciddi olarak caydırıcı norm ve uygulamaların yarattığı etki" Bryan A. Garner, Black's Law Dictionary, 9. Baskı, West Publishing Company, Minnesota 2009, s. 349.

⁶⁴ Castells v. İspanya, B.No: 11798/86, 23.04.1992, § 46 www.hudoc.echr.coe.int (E.T: 12.04.2021).

⁶⁵Suçların ağır cezalar ile bastırılabilmesi düşüncesi 18.YY'nın kalıntılarıdır. Montesquieu'ya göre "insanların sırf çok ağır işkenceler yüzünden suç işlemedikleri ülkeler de varsa eğer, bilin ki bu daha çok, hafif suçlar için bile bu işkencelere başvuran

“özgürlüklerin nefes alabilmeleri için gerek duydukları alan” tanınmalıdır.⁶⁶ Zira, “hakaretin salt kötü bir şey olmasına dayanılarak, buna cezai müeyyide uygulanması meşru bir gerekçe değildir.⁶⁷ Öte yandan insana özgü fiillerin iç saiklerini araştırmak da modern anlamda ceza hukukunun görevi değildir.⁶⁸ Bu gibi ceza hukuku rejimleri, hayatın her alanını kontrol etmeyi ve bireylerin her adımını yönlendirmeyi görev bilen totaliter devletlerin özelliğidir. Genelde düşünce ve ifadeyle ilgili suçlar ve özelde de hakaret kisvesi altında eleştirileri cezalandıran devletler, bunun en tipik örneğidir.

Son zamanlarda Yargıtay’ın genelde ifade ve özelde ise eleştiri hürriyetini gözetken kararları⁶⁹ bizim için umut verici olsa da Türk yargı sisteminin yaşadığı bağımsızlık sorunları⁷⁰ Yargıtay’ın bu özgürlük lehine olan tutumunu gölgede bırakmaktadır. Türkiye için küçük ancak demokrasi için büyük olacak bu adım atılana dek 299’uncu maddeyi uygulayacak olan hâkimler, “insana, tabiata, gerçeğe, olağana sırt çevirmeden ve katı kalıplar içinde sıkışıp kalmadan uyumsuzluğa insan kokusu taşıyan bir çözüm getirmek zorunluluğundadır.”⁷¹

hükümlerin sertliğinden geliyordur.” Charles Montesquieu, Kanunların Ruhu Üzerine, (çev. F. Baldaş), Hiperlink, İstanbul 2014, s. 112.

⁶⁶Walker v. City of Birmingham 388 U.S. 307 (1967), 13.03.1967 www.supreme.justia.com (E.T: 12.04.2021).

⁶⁷Garrison v. Louisiana 379 U.S. 64 (1964), 22.04.1964 www.supreme.justia.com (E.T: 12.04.2021).

⁶⁸Cesare Beccaria, Suçlar ve Cezalar Hakkında, (çev. S. Selçuk) 5.Baskı, İmge, İstanbul 2015, s. 53.

⁶⁹Yargıtay 16 CD, 1777/4996, 28.09.2017 www.lexpera.com.tr (E.T: 12.04.2021); Yargıtay 16 CD, 1965/4997, 28.09.2017 www.lexpera.com.tr (E.T: 12.04.2021); Yargıtay 16. CD, 1776/4920, 20.09.2017 www.lexpera.com.tr (E.T: 13.04.2021).

⁷⁰“Komiser, HSYK’nın yapısı ve hareketleri ile halihazırda görevli olan hâkim ve savcılar bağımsızlığının büyük bir sorun olduğunu gözlemlemektedir. Bunun sebebi, Venedik Komisyonu’nda da belirtildiği gibi, ‘diğer Avrupa ülkelerine kıyasla Türk yargı sisteminin oldukça merkezi, katı ve hâkim ve savcılar üzerinde geniş denetim ve gözetim yetkisi veriyor olması ile beraber yargı idaresinin ve kontrolünün siyasileştirilmesi geleneğidir. Bunlar, HSYK’nın yapısı ve yetkileri konusunun neden yalnızca Türk yargısını değil genel olarak siyasi ve kamu hayatını da yakından ilgilendirdiğini açıklamaktadır.” Thomas Hammarberg, “Türkiye’de Adalet Dağıtımı ve İnsan Haklarının Korunmasını İlişkin Rapor”, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, 10.01.2012, § 102 www.coe.int (E.T: 13.04.2021).

⁷¹Yargıtay 16. CD, 9370/13138, 31.12.1976 www.hukukmedeniyeti.org (E.T: 16.04.2021).

II. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesinin İfade Hürriyeti ile İlgili Tutumu ve Soğutucu Etki Doktrini

A. Genel Olarak

1982 tarihli Anayasa'nın "Milletlerarası andlaşmaları uygun bulma" başlıklı 90'ncı maddesinin 5'inci fıkrası uyarınca: "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. 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.*"

Türkiye'nin taraf olduğu AİHS'nin "Kararların bağlayıcılığı ve infazı" başlıklı 46'ncı maddesine göre "*Yüksek Sözleşmeciler Taraf, taraf oldukları davalarda Mahkeme'nin verdiği kesinleşmiş kararlara uymayı taahhüt ederler.*" Dolayısıyla AİHM'nin bu konudaki tutumu bizim için oldukça önemlidir.

AİHM'ne göre, ifade hürriyeti demokratik bir toplumun temel gereklerinden bir tanesidir ve her bir bireyin kendini geliştirmesi ve gerçekleştirilmesi (*self-fulfillment*) için temel şartlardandır.⁷² Ayrıca, demokratik bir toplumda hükümetin hareketleri yalnızca yasama ve yargının değil aynı zamanda kamunun da denetimine tabi tutulmalıdır.⁷³ Dolayısıyla, siyasetçilerin eleştiriye katılma yükümlülüğü özel kişilere kıyasen daha fazladır.⁷⁴ Çünkü siyasetçiler, her sözlerinin ve eylemlerinin basın ve halkın yakın denetimine tabi tutulacağına kaçınılmaz olduğunu bilerek bu işi yapmaktadırlar. Bu nedenle eleştirilere daha çok tolerans göstermelidirler.⁷⁵ Siyasetçilerin özel normlar ile ayrıcalıklı bir korumaya sahip olmaları ifade hürriyetini baltalamaktadır ve demokratik bir toplumda gerekli değildir.⁷⁶ Temel hak ve hürriyetler sınırlanırken, bunlara en az zarar verecek olan yöntemlerin kullanılması gerekir.⁷⁷

⁷²Lingens v. Avusturya, § 41.

⁷³Şener v. Türkiye, B.No: 26680/95, 18.07.2000, § 40 www.hudoc.echr.coe.int (E.T: 16.04.2021).

⁷⁴Lingens v. Avusturya, § 41; Colombani ve Diğerleri v. Fransa, B.No: 51279/99, 26.06.2002, § 56 www.hudoc.echr.coe.int (E.T: 16.04.2021).

⁷⁵Lingens v. Avusturya, § 42.

⁷⁶Colombani ve Diğerleri v. Fransa, § 68-69.

⁷⁷Mouvement Raelien Suisse v. İsviçre, B.No: 16354/06, 13.07.2012, § 75 www.hudoc.echr.coe.int (E.T: 16.04.2021).

AYM de AİHM'nin kararlarına paralel olarak siyasilerin eleştiriye katılma yükümlülüğünün özel kişilere kıyasla daha fazla olduğu⁷⁸ ve siyasi tartışmaların demokratik toplumun temel bir unsuru olmasından hareketle zorlayıcı nedenler olmadıkça bunların kısıtlanmaması gerektiği görüşündedir.⁷⁹

AYM'ne göre;

*"...ifade özgürlüğü büyük ölçüde eleştiri özgürlüğünün güvence altına alınmasını hedeflemektedir ve düşüncelerin açıklanması ve yayılması sırasında kullanılan ifadelerin sert olması doğal karşılanmalıdır. Öte yandan siyasi tartışma özgürlüğünün "tüm demokratik sistemlerin temel ilkesi" olduğu göz önüne alındığında diğer ifade türlerine nazaran, başvuru konusu konuşmalardaki gibi siyasal politikaları ve siyasileri eleştiren, siyasi politikaları veya açıklamaları muhalif bir tarzda ele alan siyasi ifade özgürlüğüne ayrıca önem vermek gerekmektedir..."*⁸⁰

AYM'ne göre, ifade hürriyeti demokratik sistemlerin temel ilkesi olup, özellikle siyasi figürlerin eleştirilmesi noktasında bunun daha önemli hâle gelmektedir. Bu kişilere yapılan eleştiriler rahatsız edici de olsa bunların cezalandırılmasının "soğutucu etki" dogurarak toplumdaki ve kamuoyundaki farklı seslerin bastırılmasına neden olabileceğini de çeşitli kararlarında ifade etmektedir.

Soğutucu etki ya da sıklıkla hatalı olarak çevrildiğine inandığımız caydırıcı etkiyi,⁸¹ ifade açıklamalarını hedef alan yasal düzenlemelerin ifade hürriyeti üzerinde yarattığı caydırıcı etki olarak tanımlayabiliriz. Soğutucu etki, ifade açıklamalarına yönelik ceza normlarının gölgesi altında daha ağır bir etkiye sahiptir. Gerçekten, bu etki yalnızca bir kanun maddesinin varlığında dahi ortaya çıkabilir.⁸² Bireylerin hangi ifadelerinin hakaret suç

⁷⁸ "...siyasetçilere yönelik eleştirilerin kabul edilebilir sınırları, diğer kişilere yönelik eleştiri sınırına göre daha geniştir. Bir siyasetçi diğer kişilerden farklı olarak, her sözünü ve eylemini bilerek halkın ve aynı zamanda diğer siyasetçilerin denetimine açar; bu nedenle de daha geniş hoşgörü göstermek zorundadır..." Anayasa Mahkemesi, 2014/12151, 04.06.2015, § 67

⁷⁹ Anayasa Mahkemesi, 2014/6128, 11.06.2015, § 65.

⁸⁰ ibid, § 64.

⁸¹ Chilling-effect, sıklıkla caydırıcı etki olarak çevrilse de kanımızca bu çeviri içerisinde bulunduğumuz hukuk gerçekliğinde anlamını yitirmiştir. Yukarıda atf yaptığımız davalar ve Türkiye hakkında yayımlanan raporlar ışığında TCK m.299 ve benzeri uygulamaların ifade hürriyeti üzerinde artık caydırıcı bir etkiye değil bunları soğutan, hatta donduran, bir başka deyişle bunların özgürce kullanılmasını durduran bir etki hâline dönüşmüştür.

⁸² Ersan Şen ve Nilüfer Yenice, İfade Hürriyetinde Sınırlama ve Güvence Rejimi, Seçkin, Ankara 2017, s. 148.

teşkil edip, hangilerinin eleştiri olarak değerlendirileceğini önceden kestirmeleri ve buna göre hareket etmeleri güçtür. Dolayısıyla ifadeyle ilgili ceza normları kaçınılmaz olarak oto-sansür ortamı oluşturmaktadır. Kaldı ki ifade ile ilgili açılan soruşturma ve kovuşturmalar ile bunlarla ilgili olarak başvurulabilen gözaltı ve tutuklama gibi güvenlik tedbirlerinin de toplumun geneli üzerinde bir baskı ortamı yaratacağı şüphesizdir. Böyle bir ortamda ifade hürriyetinin gerçekleşebileceği söylenemez.

Soğutucu etki kavramına sıklıkla AİHM kararlarında⁸³ rastlasak da bu kavram hukuki bir terim olarak ilk kez⁸⁴ Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi'nin 1952 tarihli *Wieman v. Updegraff*⁸⁵ kararında kullanılmıştı.

⁸³ "...hakaretin suç olması, ifade hürriyeti üzerinde soğutucu etkiye sahiptir..." Fatullayev v. Azerbaycan, § 72; "...ifade hürriyetine müdahaleler, ifade hürriyetinin kullanılması üzerinde soğutucu etkiye neden olur. Cezaların nispeten hafif doğası, ifade hürriyeti üzerinde meydana gelen soğutucu etkiyi ortadan kaldırmak için yeterli değildir. Söz konusu müvekkillerini etkili şekilde savunması gereken müdafî olduğu zaman bu durum daha kabul edilemezdir..." *Morice v. Fransa*, B.No: 29363/10, 23.04.2015, § 127 www.hudoc.echr.coe.int (E.T: 20.04.2021); "...Somut davada, başvuran, tazminata mahkûm edilmiş olmanın yanı sıra, hakkında dört ay hapis cezası da verilmiştir. Söz konusu hapis cezası ertelense dahi, bu tür bir cezanın verilmiş olması, önemli ölçüde soğutucu bir etki oluşturmuştur..." *Belpietro v. İtalya*, B.No: 43612/10, 24.09.2013, § 61 www.hudoc.echr.coe.int (E.T: 16.04.2021); "...cezai yaptırım veya para cezası tehdidinin varlığı, Konvansiyon nezdinde yüksek korumadan yararlanan siyasi raporlama ve araştırmacı gazetecilik alanlarının her ikisinde de hissedilecek soğutucu etkiye neden olacaktır..."; *Mosley v Birleşik Krallık*, B.No: 48009/08, 10.05.201, § 129 www.hudoc.echr.coe.int (E.T: 16.04.2021).

⁸⁴ Soğutucu etki kavramını 1644'e kadar izlememiz mümkündür. John Milton, 1644 yılında kaleme aldığı meşhur eseri *Areopagitica*'da, 1643 yılında Birleşik Krallık'ta yürürlüğe giren *Lisans Emirnamesi*'ni ağır bir şekilde eleştirerek bunun ifade hürriyeti üzerinde soğutucu etkiye sahip olacağını vurgulamıştı. Emirname, tüm yazılı eserlerin yayımlanmadan önce incelemeyi geçmesini ve ancak onay alması hâlinde lisanslanarak yayımlanmalarını öngörüyordu. Yazılar bu şekilde hükümet politikasına uygun hâle getirilecek ve hangi eseri kimin yazdığı kolaylıkla tespit edilebilecekti. Milton'a göre bu, ifade ve basın hürriyetine ne Roma da ne de Antik Yunan da görülmemiş bir müdahale teşkil ediyordu.

⁸⁵ Karara konu olayda, Oklahoma eyaletinde 1951 tarihinde yürürlüğe giren Sadakât Yemini (*Loyalty Oath Law*) Kanunu, kamu görevlilerine devlet ve kurumlarına bağlı olduklarını ve göreve başlamadan önceki 5 yıl boyunca herhangi bir komünist organizasyon veya kurumla ilişkili olmadıkları hususunda yemin etmelerini zorunlu kılıyordu. Yüksek Mahkeme, bireylerin ilişkili oldukları kurumların komünizmle bağlantılı olup olmadıklarını her zaman bilecek durumda olamayacağı, dolayısıyla bunun adil yargılanma hakkı ile bağdaşmadığı ayrıca yasanın belirsiz olması dolayısıyla hangi ifadelerin yemine aykırı olacağını öngörülemeyeceği ve bu durumun ifade hürriyeti üzerinde soğutucu etkiye neden

AYM ise, ilk kez 2014 yılında vermiş olduğu *Emin Aydın* kararında soğutucu etki doktrinine atıfta bulunmuştur. AYM'nin bu kararı oldukça önemlidir. Çünkü AYM ilk kez burada soğutucu etki doktrinine yer vermiş ve başvurusunun "*Ucuz Olmak*" ve "*Motosikletli Zibidiler*" adında iki farklı köşe yazısı bakımından bir inceleme yaparak iki farklı sonuca ulaşmıştır. Özellikle ilk yazı hakkındaki inceleme, AYM'nin kamu görevlilerinin eleştiriye katlanma yükümlülüğü bakımından durduğu pozisyonu anlamamız için ayrı bir önem arz etmektedir.

"*Ucuz Olmak*" başlıklı köşe yazısı bakımından yaptığı incelemede AYM, "*kamu görevlilerinin kamusal yetki kullanmaları nedeniyle sıradan insanlara göre daha fazla eleştiriye katlanmaları gerekli ise de bu kişilerin görevlerini layıkıyla yapabilmeleri belli ölçüde kamunun güvenine bağlı olduğundan bunlara yönelik eleştirilerin onları kamuoyu önünde itibarsızlaştırılması sonucunu doğuracak düzeye ulaşmaması gerekir*"⁸⁶ diyerek, kullanılan ifadelerin kabul edilebilir eleştiri sınırını aştığını ve başvurusunun ifade ve basın hürriyeti haklarına yapılan müdahalenin orantılı ve demokratik bir toplum düzeninde kabul edilebilir olduğu sonucuna ulaşmıştır. Bunu yaparken, AİHM'nin *Janowski v. Polonya* kararını referans göstermiştir.⁸⁷

Kanımızca bu karşılaştırma isabetsizdir. Bir kere AİHM, *Janowski v. Polonya* kararında başvurusunun belediye bekçilerine yönelik kullandığı "*hödik*" ve "*aptal*" ifadelerini bir gazeteci olarak değil, sıradan bir vatandaş olarak sarf ettiğini, zira bu eylemin kamuoyunu ilgilendiren konularda yapılan bir fikir alışverişi kapsamında değil, kamuya açık ve birçok kişinin önünde yapıldığını ifade etmiştir.⁸⁸ Oysa "*Ucuz Olmak*" yazısında yer alan "*ucuzlar*" ifadesi, *Janowski v. Polonya* kararında olduğu gibi hakaret saikiyle sarf edilmemiş, "*kamusal yetkisini kullanarak motosikletine (son üç rakamı aynı olan) özel plaka takan kurum amirlerini*", "*yalancı şahitlik yapan kamu görevlilerini*", "*halkın iradesi ile geldikleri makamları kendilerine çıkar temin etme ve daha da yükselme yeri görüp kaynakları çarçur edercesine kullanan siyasetçileri*", "*makam ve mevkiileriyle kendilerini adam sananları*", "*halkın varlığını yok sayıp zenginin askeri, güçlünün uşağı gibi davrananları*", ve "*çok daha fazlasını*"

olduğu bahsiyle kanunu anayasaya aykırı bulmuş ve iptal etmiştir. *Wieman v. Updegraff* 344 U.S. 183 (1952), 15.12.1952 www.supreme.justia.com (E.T: 21.04.2021).

⁸⁶ Anayasa Mahkemesi, 2013/2602, 23.01.2014, § 76.

⁸⁷ *ibid*, § 77.

⁸⁸ *Janowski v. Polonya*, B.No: 25716/94, 21.01. 1991, § 32 www.hudoc.echr.coe.int (E.T: 22.04.2021).

yapan kamu görevlilerini eleştirme amacıyla kullanılmıştır. Kaldı ki *Janowski v. Polonya* kararına konu olayda olduğu gibi burada kullanılan “ucuzlar” ifadesi belirli kişi/kişileri doğrudan hedef alan nitelikte ve açıklıkta da değildir. Öyle olsa bile, AYM’nin de belirttiği gibi yazı bir bütün olarak değerlendirildiği zaman bazı kamu görevlilerinin yetkilerini kullanma biçimine yönelik eleştiri amacı taşıdığı görülmektedir. Bu nedenle AYM’nin, bunun kamu görevlilerini itibarsızlaştırma yoluyla yapıldığı görüşüne katılmamız mümkün değildir.⁸⁹

Yazının kaleme alış biçimi, özgünlüğü, seçilen kelime ve bunların aktarış yöntemi de ifade hürriyetinin bir parçasıdır. Kullanılan ifadenin kaba doğası, konuşmaya artistik bir etki sağlamak için kullanıldığı zaman itibarsızlaştırma bakımından belirleyici olmaz.⁹⁰ Bütün bu değerlendirmeler ışığında AYM’nin, “*Ucuzlar*” başlıklı yazı bakımından başvuruçunun basın ve ifade hürriyetine yapılan müdahalenin demokratik bir toplum düzeninde gerekli ve orantılı olduğu görüşüne katılmıyoruz.

“*Motosikletli zibidiler*” yazısı bakımından ise AYM, tam tersi yorumlarda bulunarak ifade hürriyetini esas alan bir sonuca ulaşmıştır.

İlgili kararın 87’nci paragrafına göre;

“*Diğer taraftan müdahalenin ölçülülüğü değerlendirilirken dikkate alınması gereken hususlardan biri de uygulanan yaptırımın ağırlığıdır. Somut olayda başvuruçuya 10 ay hapis ve 7.080 TL adli para cezası verilerek hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği görülmektedir. Her ne kadar hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları mahkûmiyet hükmü niteliğinde olmasalar da beş yıl içinde kasıtlı bir suç işlenmesi halinde öngörülen cezaların aynen uygulanması söz konusudur. Hapis cezası tehdidinin gazetecileri kamusal meseleleri tartışmaktan caydırıcı bir rol oynayacağı ve otosansüre neden olabileceği göz önünde tutularak ertelenen cezaların miktarı ve maruz kalınan ceza tehdidinin ağırlığı dikkate alındığında ifade ve basın özgürlüğüne yapılan müdahalenin ölçülü olduğu söylenemez.*”

AYM, “*Motosikletli zibidiler*” adlı yazının içeriği ve amacı, hedef alınan kişinin kimliği ve konumu, yazının bağlamı, uygulanan yaptırımın ağırlığı gibi hususlar bakımından bir değerlendirme yapmış ve verilen cezanın ifade ve basın özgürlüğüne ölçüsüz bir müdahale teşkil ettiğini, bu gibi ifadelere hürriyeti bağlayıcı cezaların verilmesi durumunda sadece ilgili kişi üzerinde

⁸⁹ Anayasa Mahkemesi, 2013/2602, 23.01.2014, § 62.

⁹⁰ Kılıçdaroğlu v. Türkiye, B.No: 16558/18, 27.10.2020, § 62 www.hudoc.echr.coe.int (E.T: 17.04.2021).

değil, toplumun geneli üzerinde bir baskı kurabileceği ve bu baskının kamuoyunu ilgilendiren konuların tartışılmasından gazetecileri caydırabileceğini ifade ederek başvuruçunun Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerinde yer alan ifade ve basın hürriyeti haklarının ihlâl edildiği sonucuna ulaşmıştır. Kanımızca “*Motosikletli zibidiler*” bakımından ulaşılan sonuç yerindedir. Buna karşılık “*Ucuzlar*” yazısı bakımından bu görüşleri benimsememiş olmasının nedenini anlamak güçtür. Kanımızca AYM Emin Aydın kararında, kamu görevlilerinin eleştirilebileceğini kabul etmekle beraber bunların işgal ettikleri makamın niteliğine göre (somut olaydan “*Ucuzlar*” yazısına konu olan kamu görevlilerinin siyasi oldukları anlaşılmaktadır) bir ayırım yaparak, siyasi makamlarda bulunanlar bakımından daha geniş bir koruma sahası benimsemektedir. Eğer durum gerçekten bu ise, o zaman düşünce ve eleştirileri açıklama faaliyeti, siyasi figürlere sağlanan koruma karşısında bir özgürlük alanı olmaktan çıkmıştır. Yok eğer durum bu değilse, o zaman AYM'nin “*Ucuzlar*” bakımından yapmış olduğu değerlendirme en hafif tabir ile talihsizliktir.

AYM'nin soğutucu etki doktrinine yer vermesi, *Emin Aydın* kararıyla sınırlı da değildir. 2015 tarihli *Ergün Poyraz* kararında,⁹¹ 2016 tarihli *Erdem Gül ve Can Dündar* kararında⁹² ve 2017 tarihli *Orhan Pala* kararında⁹³ da

⁹¹ “Rahatsız edici de olsa siyasilere ilişkin yapılan bilgilendirme ve eleştirilerle toplumun ve kamuoyundaki farklı seslerin

lebilmesine engel olabilir. Bu nedenle somut olayda baş

nelik olarak bilgilendirme ve eleştirilerle

ortamına zarar verebilecektir. Dolayısıyla baş

dahalenin “başkalarının ş

ı kanaatine varılmıştır” Anayasa Mahkemesi,

2013/8503, 27.10.2015, § 79.

⁹² “Öte yandan demokratik toplum düzeninde gerekli olma ve ölçülülük değerlendirmesi yapılırken ifade ve basın özgürlüklerine yapılan müdahalelerin başvuruçular ve genel olarak basın üzerindeki muhtemel “caydırıcı etkisi” de dikkate alınmalıdır. Başvuru konusu olayda tutuklama gerekçelerinde, yayımlanan haberler dışında herhangi bir somut olgu ortaya konulmadan ve tutuklamanın gerekliliğine ilişkin gerekçeler belirtilmeden başvuruçuların tutuklanmış olmasının ifade ve basın özgürlüklerine yönelik caydırıcı bir etki doğurabileceği de açıktır.” Anayasa Mahkemesi, 2015/18567, 25.02.2016, § 99.

⁹³ “Dahası bir basın suçundan dolayı hapis cezası verilmesinin gazetecinin ifade ve basın özgürlüğüyle bağdaşmayacağı açıktır. Böyle bir ceza ancak istisnai hâllerde kabul edilebilir. Bir yayın sonucu maddi ya da manevi zarara uğramış bir kimsenin, hakkında yanlış bilgiler yayımlayan gazeteci aleyhine en azından özel hukuk kapsamında bir tazminat davası açabileceği kabul edilse bile somut başvurudaki gibi klasik hakaret davalarında oldukça ağır olan hapis cezasının kaçınılmaz olarak caydırıcı bir etki yarattığı kabul edilmelidir.” Anayasa Mahkemesi, 2015/2983, 15.02.2017, § 53.

yer vermiştir. Görüldüğü üzere AYM, soğutucu etki doktrinine ilk kez yer verdiği 2014 tarihinden sonra, ifade ve basın hürriyetiyle ilgili verdiği kararlarda istikrarlı bir şekilde bu doktrine yer vermeye devam ederek ifade hürriyetini esas alan bir metodoloji benimsemiştir. AYM'nin atıfta bulunduğumuz tüm kararları, AİHM'nin belirlediği parametrelere paralel, çoğulcu ve özgürlükçü demokrasi anlayışının somut bir görünümüdür. Basının kamuyu ilgilendiren bütün haberleri servis etme görevi olduğu gibi halkın da bunları edinme hakkı vardır. Aksi bir görüşün kabulü hâlinde basının, kamunun gözetleyicisi görevini yerine getirmesinin mümkün olmayacaktır.⁹⁴ Öte yandan özgür politik tartışma, demokratik toplum konseptinin ana unsurlarındandır. Basın özgürlüğü ise kamuoyuna, idareciler hakkında bilgi edinme ve fikir oluşturma bakımından en iyi araçlardan biridir.⁹⁵ Bu çerçevede, basının yararlanacağı özgürlük alanının diğer kişilere göre daha geniş olması demokratik çarkların dönmesi için gereklidir. Aksi hâlde cezai müeyyideler tehdidi altında çalışmak zorunda olan basının, kamu hizmeti görevini gereği gibi yerine getirmesi beklenemez.

Buna karşılık TCK m.299 hakkında açılan anayasaya aykırılık davasında AYM, bu görüşleri tamamen terk ederek sınırlamayı esas alan bir anlayış benimsemiştir. Bu meseleyi, ayrı bir başlık altında değerlendireceğiz.

B. TCK M.299 Hakkında Anayasa Mahkemesine Yapılan Başvuru

Karşıyaka 7. Asliye Ceza Mahkemesi ve İstanbul 43. Asliye Ceza Mahkemesi, TCK m.299'un Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla itiraz yoluna başvurmuştu. Yapılan itirazda:

“...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

⁹⁴ Von Hannover v. Almanya (No. 2) B.No: 40660/08 ve 60641/08, 07.02.2012, § 61 www.hudoc.echr.coe.int (E.T: 25.04.2021); Pedersen ve Baadsgaard v. Danimarka, B.No: 49017/99, 17.12.2004, § 71 61 www.hudoc.echr.coe.int (E.T: 25.04.2021).

⁹⁵ Lingens v. Avusturya, § 42.

içermediği, hukuk devletinde hiçbir makama özel bir suç tipi oluşturulamayacağı, devlet başkanlarına özel himaye sağlayan yasaların varlığının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nin ihlali niteliği taşıdığı, Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca AİHS'nin üst norm olarak gözetilmesi gerektiği, Cumhurbaşkanı'na hakaret suçunda Anayasa'nın 39. maddesinin ve TCK'nın 129. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı yönünde kesin bir belirlilik bulunmadığı, Cumhurbaşkanı'na hakaret suçu bakımından Anayasa'da istisnasız olarak düzenlenen "ispat hakkı"nın düzenlenmemiş olduğu belirtilerek kuralın, Anayasa'nın 2., 10. ve 39. maddelerine aykırı olduğu..."

iddiaları ileri sürülmüştü. Ancak AYM, verilebilecek alt ve üst ceza sınırının belirli olduğu,⁹⁶ öngörülen ceza ile korunan hukuki yarar dikkate alındığında cezanın orantılı olduğu,⁹⁷ korunan hukuki yarar ve suçların niteliklerinin farklı olması nedeniyle eşitlik ilkesine aykırı olmadığı,⁹⁸ temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması ölçütlerine uygun olduğu ve bu suç bakımından kovuşturma yapılabilmesinin Adalet Bakanı'nın iznine tabi olması nedeniyle önemli bir de güvenceye sahip olduğu⁹⁹ gerekçeleriyle reddetmiştir.

Öncelikle AYM'nin bu gerekçelerine katılmamızın mümkün olmadığını ifade etmek gerekir. Bir kere, korunan hukuki yarar ile ceza arasında makul bir orantı olduğunu söylemek güçtür. Keza Cumhurbaşkanı'na özel bir hukuki koruma sağlanmasının demokratik bir toplum düzeninde gerekli olduğu da söylenemez. TCK m.299, Anayasa ile güvence altına alınan düşünce ve kanaat hürriyeti (m.25), düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti (m.26) ve basın hürriyetine (m.28) sınırlama teşkil eder. Anayasa ile güvence altına alınan temel hak ve hürriyetlere sınırlama yapılabilmesi için her şeyden önce bunun demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine uygun olması gerekir (m.13). Bir sınırlamanın demokratik toplum düzeninde gerekli olup olmadığını değerlendirebilmemiz için demokratik toplum düzeni kavramından ne anlamamız gerektiğini açığa kavuşturmamız şarttır.

Anayasa'nın başlangıç kısmının üçüncü paragrafında, Anayasa'nın benimsemiş olduğu demokrasi anlayışının hürriyetçi demokrasi olduğu ifade edilmektedir. Anayasa'nın bu ifadesi karşısında demokrasi anlayışının muhteviyatını tespit etme girişimi gereksiz hâle gelmektedir. Demokratik bir

⁹⁶Anayasa Mahkemesi, E.2016/25, K.2016/186, 14.12.2016, § 14.

⁹⁷ ibid, § 15.

⁹⁸ ibid, § 16.

⁹⁹ ibid, § 20.

toplum düzeninden anlamamız gereken, temel hak ve özgürlükleri güvence altına alıp bunların gerçekleşmesine azami imkân tanıyan ve insan haklarını esas alan toplum düzenidir. Demokratik toplum düzeni kriteri, AİHM'nin AİHS ile güvence alınan özgürlüklere yapılan müdahalelerin meşru olup olmadıklarını değerlendirirken başvurduğu oldukça önemli bir kriterdir. Bu şekilde Mahkeme, yapılan müdahalenin örtülü bir siyasi amaca değil toplumun çıkarına hizmet edip etmediğini denetler.¹⁰⁰ Yukarıda yaptığımız değerlendirmelerde, TCK m.299'un siyasi bir kimlik taşıyan Cumhurbaşkanı'nın şahsına özel bir koruma sağladığını ifade etmiştik. Hâl böyle iken, TCK m.299'un demokratik bir toplum düzeninde gerekli bir sınırlama olup, siyasi bir amaca değil de toplumsal bir çıkara hizmet ettiğini söylemek güçtür.

Öte yandan sınırlamanın orantılı olduğu da söylenemez. Gerçekten, başvuru ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin bulunması ve meşru amaca daha az müdahaleci bir yöntem ile ulaşmanın mümkün olmaması gerekir. Anayasa Mahkemesi'nin TCK m.299 ile ilgili vermiş olduğu karar gerekçesinde orantılılık ile ilgili yer alan görüşleri düşündürücüdür;

“Kanun koyucu, düzenlemeler yaparken hukuk devleti ilkesinin bir gereği olan ölçülülük ilkesiyle de bağlıdır. Bu ilke ise “elverişlilik”, “gereklilik” ve “orantılılık” olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. “Elverişlilik”, getirilen kuralın ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, “gereklilik”, getirilen kuralın ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını, “orantılılık” ise getirilen kural ile ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü ifade etmektedir. Bir kuralda öngörülen düzenleme ile ulaşılmak istenen amaç arasında da ‘ölçülülük ilkesi’ gereğince makul bir dengenin bulunması zorunludur.”¹⁰¹

AYM'ne göre ölçülülük ilkesinden, sınırlama ile ulaşılmak istenen amaca elverişli olma, sınırlamanın amaç bakımında gerekli olması ve sınırlama ile amaç arasında makul bir dengenin bulunması gerekir. Anayasa Mahkemesi'nin bu çözümlenmesinde herhangi bir sorun bulunduğu söylenemez. Ancak aynı yıl vermiş olduğu bir başka kararında, orantılılık ilkesini daha somut ve daha geniş bir şekilde yorumlamıştı. İlgili kararda yer alan görüşler aşağıdaki gibidir:

¹⁰⁰ Steven Greer, The Exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights, Council of Europe Publishing, Strasbourg 1998, s. 14.

¹⁰¹ Anayasa Mahkemesi, E.2016/25, K.2016/186, 14.12.2016, § 10.

“Ölçülülük ilkesi gereğince, getirilen düzenleme ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin bulunması gerekmektedir. Orantılılık olarak da ifade edilen ölçülülüğün bu alt ilkesi, amaca ulaşmak için gerekli olan önlemin alınmasına imkân tanımakta, ancak amaca ulaşmak için gerekli olmayan önlemlere başvurulmasına ve ilgili hakkın ölçüsüz bir şekilde sınırlandırılmasına müsaade etmemektedir. Demokratik bir toplumda, temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamanın, bu sınırlamayla güdülen amacın gerektirdiğinden fazla olmaması gerekir. Orantılılık ilkesi, meşru bir amaca ulaşmak için gerekli olan sınırlayıcı araçlardan daha hafif olanı tercih edilebilecekken daha ağır olanına başvurulmasına izin vermez.”¹⁰²

2015 yılında verdiği bir başka kararda ise ölçülülüğü şu şekilde tanımlamıştı:

“Ölçülülük ilkesi uyarınca sınırlama amacını gerçekleştirebilecek daha hafif bir sınırlama aracı bulunmaktayken daha ağır bir sınırlama aracının seçilmesi mümkün değildir. Yani itiraz konusu kurallar bağlamında özel hayatın korunması hakkı ile din ve vicdan özgürlüğüne daha hafif bir sınırlama aracıyla müdahalede bulunularak, sınırlama amacı olan “aile düzenini korumak” mümkünken bundan daha ağır bir müdahale aracı kullanılması, ölçülülük ilkesine uygun düşmez. Hukuk düzenince resmî evlilik dışındaki hiçbir evlilik türüne hukuki sonuç bağlanmamak suretiyle, bir başka ifadeyle, “hukuki müeyyide aracı” kullanılarak itiraz konusu kurallarla amaçlanan aile düzeninin korunmasına yönelik önlem alınmış bulunmaktadır. Dolayısıyla hukuk düzenince bu önlem alınmışken “hukuki müeyyide” aracından daha ağır bir müeyyide öngören “suç ve ceza aracı”na başvurulması, itiraz konusu kurallarla yapılan sınırlamanın ölçüsüzlüğünü gösteren diğer bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır.”¹⁰³

Görüldüğü üzere AYM her iki kararında da orantılılık ilkesinin amaca ulaşmak için zorunlu olmayan hiçbir önleme başvurulmasına müsaade etmediği görüşündeydi. Oysa TCK m.299’la ilgili yapılan itiraz başvurusu hakkında verdiği kararda, ölçülülük ilkesinin daha az sınırlayıcı bir aracın tercih edilip edilemeyeceğine yönelik bir izin içerdiğinden bahsetmek bir yana dursun, normun neden gerekli olduğu, aynı sonuca farklı yöntemlerle ulaşıp ulaşılamayacağı ve öngörülen cezanın da neden orantılı olduğu noktalarında tatmin edici gerekçeler bulunduğunu söylemek güçtür. Ölçülülük ilkesinin bu özelliği, AYM’nin iptal ile ilgili kararında da değindiği “gereklilik alt ilkesinden kaynaklanmaktadır.

¹⁰² Anayasa Mahkemesi, 2016/9, 10.02.2016, § 21.

¹⁰³ Anayasa Mahkemesi, E.2014/36, K.2015/51, 27.05.2015, § 23.

Sağlam'a göre gereklilik,

“Bu ilke, sınırlamanın dayandığı amacı gerçekleştirmek için ilgili temel hak açısından en yumuşak aracın seçilmesi gereğine işaret etmektedir. Alman Anayasa Mahkemesine göre, bu seçim, amaca ulaşmak için aynı derecede etkili olan araçlar arasından yapılmalıdır. Başka bir deyişle temel hakkı sınırlama derecesi bakımından karşılaştırılacak olan yasal önlemler, güdülen amacı gerçekleştirmeye aynı yoğunlukta elverişli olmalıdır. Eğer bu nitelikte çeşitli araçlar söz konusuysa, bunlardan temel hakkı en az sınırlayanın yasa koyucu tarafından seçilmiş olması gerekir. Aksi takdirde yapılacak sınırlandırma Anayasa'ya aykırı olur.”¹⁰⁴

Sağlam'ın bu tanımından sonra *“acaba daha fazla bir şey söylememiz gerekiyor mu?”* diye gayri ihtiyari düşündük. Gerçekten, bir sınırlamanın ölçülü olduğunu söyleyebilmemiz için, ulaşılmak istenen amaca aynı etkiye sahip daha az müdahaleci bir yöntem ile ulaşamamış olmamız gerekir. Böyle bir durumda daha müdahaleci bir yöntemin tercih edilmesini haklı kılabilecek tek gerekçe, Alman doktrininde olduğu gibi diğer yöntemin pahalı ve gerçekleştirilmesinin güç olması olabilir.¹⁰⁵ Kanımızca, Cumhurbaşkanının şeref ve saygınlığının özel hukuk müeyyidelerince korunması pahalı ve güç değil, bilakis çok daha ucuz ve kolaydır. Bunun en basit örneği, TCK m.299'un şikâyete bağlı bir suç olmayışıdır. Bu durumda, hakaret suçunun işlendiğini öğrenen Cumhuriyet savcısı kendiliğinden soruşturma açmalıdır. Bir suçun soruşturulması ve kovuşturulmasının masraflı bir iş olacağı şüphesizdir. Halbuki bu mesele özel hukukun sahasına bırakılmış olsaydı, Cumhurbaşkanı şeref ve saygınlığının hedef alındığını düşünmesi durumunda kendi öz kaynaklarını kullanarak meseleyi yargıya taşıyacaktı. Kaldı ki tazminat ödemeye mahkûm olmanın etkili ve/veya caydırıcı olamayacağı da söylenemeyeceğini bir kez daha hatırlatmamız gerekir.¹⁰⁶

Yukarıda yapmış olduğumuz incelemelerde, Cumhurbaşkanının şeref ve haysiyetinin ceza müeyyideleriyle korunmasına gerek olmadığını, aynı sonuca özel hukukun yaptırımlarıyla da ulaşılabilirdiğini ifade etmiş ve mukayeseli hukuktaki uygulamadan örnek vermiştik. Tüm bu

¹⁰⁴ Fazıl Sağlam, *Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması ve Özü*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1982, s. 115.

¹⁰⁵ Kai Möller, “Proportionality: Challenging the critics”, *International Journal of Constitutional Law*, C.10, S.3, Y.2012, s. 709.

¹⁰⁶ Daniel W. Shuman, “The Psychology of Deterrence in Tort Law”, *University of Kansas Law Review*, C.42, S.1, Y.1993, s. 115.

değerlendirmeler ışığında, AYM'nin TCK m.299 ile ilgili vermiş olduğu bu karara katılmadığımızı ifade etmek isteriz.

Eleştiriye katlanma yükümlülüğü hususunda AİHM içtihatlarına atıf yapan ve benzer sonuçlara varan AYM'nin bu kez tamamen farklı bir metodoloji benimsemiş olması oldukça şaşırtıcıdır. AİHM'nin konuyla ilgili *Eon v. Fransa* kararında, devlet başkanına hakaretin cezai müeyyidelere bağlanmasının, demokratik bir toplumun ayrılmaz parçası olan ifade hürriyeti üzerinde soğutucu etkiye sahip olduğu ve başvurucunun ifade hürriyetinin ihlâl edildiğine karar verilmişti.¹⁰⁷ Bu kararın üzerine Fransa'da, Cumhurbaşkanına hakaret fiilleri suç kapsamından çıkartılmıştı.¹⁰⁸ *Eon v. Fransa* kararına benzer bir sonuca varması bir yana dursun, ifade hürriyeti ile ilgili verdiği kararlarında AİHM içtihatlarını destek ölçü norm olarak kullanan AYM, bu kez tek bir atıf dahi yapmamıştır. İptal davasından sonraki tarihli *Orhan Pala* kararında yeniden ifade hürriyetini esas alan bir görüş değişikliğine giderek soğutucu etki doktrinine de tekrardan yer vermesi ise bizim için düşündürücüdür. Sanıyoruz ki bu durum, yukarıda değindiğimiz Türk yargısının yaşadığı bağımsızlık sorununun somut bir göstergesidir.

III. TCK Madde 299'un Uygulanabilirliği

TCK m.299'un uygulanabilirliği konusu, tespit edebildiğimiz kadarıyla ilk kez Kerem Altıparmak ve Yaman Akdeniz tarafından tartışılmıştı.¹⁰⁹

Altıparmak/Akdeniz'e göre TCK m.299, uygulanma kabiliyetini kaybetmiş bir normdur zira Anayasa'nın 90'ıncı maddesinin 5'inci fıkrası uyarınca kanunlar ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmeler arasında bir uyuşmazlık çıkması durumunda, uluslararası sözleşme hükümleri esas alınır ve uyuşmazlığa neden olan iç hukuk normu zımnen ilga olmuş olur. Bu görüşlerine ise AYM'nin 2015 tarihli *Sevim Akat*¹¹⁰ kararıyla zemin kazandırmaktadırlar.

¹⁰⁷Eon v. Fransa, B.No: 26118/10, 14.03.2013, § 61-62 www.hudoc.echr.coe.int (E.T: 28.04.2021).

¹⁰⁸Max Fisher, "Yes it really was a crime in France to insult the president until this week. Here's why", *The Washington Post*, 26.07.2013 <https://www.washingtonpost.com/news/worldviews/wp/2013/07/26/yes-it-really-was-a-crime-in-france-to-insult-the-president-until-this-week-heres-why/> (E.T: 01.05.2021).

¹⁰⁹Kerem Altıparmak ve Yaman Akdeniz, "TCK 299: Olmayan Hükümün Gazabı mı?" *Biamag*, 03.10.2015 <https://bianet.org/biamag/ifade-ozgurlugu/167994-tck-299-olmayan-hukmun-gazabi-mi> (E.T: 19.04.2021).

¹¹⁰Anayasa Mahkemesi, 2013/2187, 19.12.2013.

A. Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Milletlerarası Andlaşmalar Kanunların Üzerinde mi?

Anayasa'nın 90'ıncı maddesinin 5'inci fıkrasına göre, “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne 18 göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*”

Bu düzenleme uyarınca, usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşmeler kanun hükmündedir. Ancak bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması mümkün değildir. Bu bakımdan Anayasa, normlar hiyerarşisi bakımından uluslararası andlaşmalar ve kanunları eşit tutmakla birlikte, uluslararası andlaşmaları anayasa yargısı kapsamı dışında bırakmıştır. Acaba bu istisna, uluslararası andlaşmalara kanunların üzerinde bir konum mu izafe edilmiş olduğu anlamına mı gelmektedir? Sorunun cevabı olumsuz ise iki normun aynı konuda farklı hükümler içermesi durumunda hangisinin tatbik olunması gerekecektir? İlk bakışta, Anayasa'nın temel hak ve hürriyetlere ilişkin andlaşmalara, kanunlar karşısında bir üstünlük tanıdığı şeklinde bir çıkarım yapılabilir. Kanımızca bunun hiyerarşik bir üstünlük değil, özel bir çatışma kuralı olarak anlaşılması gerekir. Şöyle ki, temel hak ve hürriyetlere ilişkin bir uluslararası andlaşma ile bir kanun maddesinin çatışması durumunda bu normları uygulayacak olan yargıcın, uluslararası andlaşma hükümlerine kronolojik anlamda bir “öncelik” tanınması, eğer bu andlaşma hükümlerinin iç hukuka nazaran daha özgürlükçü ve demokrasinin yerleşik ilkeleri ile daha bağdaşır olduğunu tespit ederse bunu uygulaması gerekecektir. Aksini tespit etmesi hâlinde ise iç hukuk normunu uygulayacaktır. Bu görüşün, AİHS'in “tanınmış insan haklarının korunması” başlıklı 53. Maddesi tarafından da doğrulanabileceğini düşünüyoruz. Gerçekten, Sözleşme'nin hiçbir hükmü taraf devletin yasalarına veya taraf olduğu sözleşmelerin tanıdığı insan hakları ve özgürlüklerini daraltacak şekilde ne yorumlanabilir ne de uygulanabilir. Bu durumda, “esas alınır” ifadesinin hiyerarşik bir üstünlük tanıdığı şeklinde yorumlanabilmesi öncelikle Sözleşme'nin kendisine aykırı olacaktır. Zira bu yorumun kabulü hâlinde, *lex superior derogat legi inferiori* çatışma kuralınca her halde iç hukuk normunun uygulanmasının ihmâl edilmesi gerekecektir ki bu da daha fazla koruma sağlayan ulusal hukukun uygulanmaması gibi garip ve Sözleşme'nin de hiç murat etmediği bir durum ortaya çıkaracaktır. Eğer AİHS her halde üstünse

ve her halde bu uygulanacaksa, zaten bu hiyerarşik üstünlük sağlayan yorum Sözleşme'nin 53'üncü maddesi karşısında kaçınılmaz olarak geçersiz hâle geleceğinden kendiyile çelişen bir durum ortaya çıkacaktır.

Kaldı ki 90. Maddeye eklenen “*esas alınır*” ibaresinin de aslında özel bir çatışma kuralı olduğu ve normlar arasında üstlük-astlık ilişkisi kurulmasını amaçlamadığı, temel hak ve özgürlükler bakımından daha geniş koruma sağlayan normun tercih edilmesi düşüncesinin bir tezahürü olduğu Anayasa değişikliği teklif gerekçesinden anlaşılmaktadır.

Gerekçe aynen şöyledir;

*“Uygulamada usulüne göre yururluge konulmuş insan haklarına ilişkin milletlerarası antlaşmalar ile kanun hükümlerinin celimesi halinde ortaya çıkacak bir uyumsuzluğun hallinde hangisine öncelik verileceği konusundaki tereddütlerin giderilmesi amacıyla 90 üncü maddenin son fıkrasına hüküm eklenmektedir.”*¹¹¹

Diğer taraftan, bu andlaşmalar bakımından Anayasa Mahkemesine başvurulamamasının bir üstünlük yarattığı düşünülebilse de bu durum, bunların kanunların üzerinde yer aldıkları manasına gelmez. Gerçekten, OHÂL Cumhurbaşkanı Kararnameleri için de Anayasa Mahkemesi denetimi dışında bırakılmıştır. Aynı rasyonel ile bunların da kanunların üzerinde olduğunu kabul etmek gerekir. Oysa bunların açıkça kanunlar ile eşit seviyede oldukları belirtilmektedir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesine başvurulamaması tek başına bir üstünlük etkisi yaratmaz. Tüm bu gerekçeler ışığında, temel hak ve hürriyetlerle ilgili milletlerarası andlaşmaların kanunların üzerinde bir konum işgâl ettiklerini düşünmüyoruz. Buna karşılık AYM, *Sevim Akat* kararında farklı bir sonuca vararak, temel hak ve hürriyetlere ilişkin AİHS ile iç hukuk arasında hiyerarşik bir ilişki kurmuş ve bununla çatışan iç hukuk kuralının *lex superior derogat legi inferiori* kuralınca zımnen ilga olacağı yönünde bir değerlendirmede bulunmuştur. AYM'nin bu gerekçesi, TCK m.299'un da zımnen ilga olduğu yönünde bazı tartışmalar doğurmuştur.

B. TCK m.299 Zımnen İlga Mı Oldu?

Anayasa Mahkemesi, *Sevim Akat* kararında 90/5'inci maddeyi bir “*zımni ilga*” kuralı olarak değerlendirmiş ve temel hak ve hürriyetlere ilişkin milletlerarası andlaşmalar ile çatışan kanunların uygulanma kabiliyetlerini kaybettikleri sonucuna ulaşmıştır.

İlgili kararın 44'üncü paragrafına göre;

¹¹¹ Bkz. 5170 Sayılı Kanun'un 430 Sıra Sayılı Genel Gerekçesi ve Anayasa Komisyonu Rapor <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss430m.htm> (E.T: 02.05.2021). *YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)*

“Anayasa'nın 90. maddenin beşinci fıkrası uyarınca, sözleşmeler hukuk sistemimizin bir parçası olup, kanunlar gibi uygulanma özelliğine sahiptir. Yine aynı fıkra 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 zımni ilga kuralı olup, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümleriyle çatışan kanun hükümlerinin uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırmaktadır.”¹¹²

Bizim bu gerekçeye katılmamız mümkün değildir. Bir kere, “esas alınır” ifadesi *lex superior* anlamında ilga sonucu yaratan bir kural değil, özel ve özgün bir çatışma kuralıdır. Uluslararası andlaşma ve iç hukuk normu arasında bir uyumsuzluk varsa, meselenin çözümünde uluslararası andlaşmanın değerlendirilmesi öncelikli olacaktır. Bu durumda, andlaşma hükümleriyle çatışan bir normun uygulanma kabiliyetinin ortadan kalktığı değil, uygulanmasının ihmâl edildiği söylenebilir. Yani çatışan normlardan birinin yalnızca uygulanması ihmâl edilecektir, yoksa normlar her halde maddi hukuk alemindeki geçerliliklerini korur.

Kaldı ki AYM, aynı kararında birbiriyle çatışan temel hak ve hürriyetlere ilişkin bir uluslararası andlaşma hükmü ile bir kanun hükmünü önlerindeki olaya uygulamak durumunda olan uygulayıcıların, kanunu göz ardı ederek uluslararası andlaşmayı uygulama yükümlülükleri olduğunu ifade ederek esasen bunlara ihmâl yaptırımını uygulanacağını belirtmişti.¹¹³ Madde 90/5 ışığında AYM'nin ihmâl sonucuna ulaşması isabetlidir. Bizim katılmadığımız nokta, bu sonuca milletlerarası andlaşmaların üstün olduğu görüşüyle ulaşılmış olmasıdır. Oysa ihmâl, hiyerarşik bir üstünlük durumunda değil, bir öncelik-sonralık ilişkisinde kanunun göz ardı edilmesinde söz konusu olabilir. Hiyerarşik bir ilişkide üstün olan normun esas alınması, zaten olması gerekenin yapılacağından bir öncelik tanıma olarak da değerlendirilemez.¹¹⁴

Ayrıca, iki norm arasında hiyerarşik bir ilişkinin bulunabilmesi için öncelikle bunlar arasında bir geçerlilik ilişkisinin mevcudiyeti gerekir. Daha açık bir ifade ile, normlardan biri diğerinin kaynağı olmalıdır. Bu, normlar hiyerarşisi kuralının en doğal gerekliliği ve şartıdır. Anayasa ile kanunlar arasındaki bu üstlük-astlık ilişkisinin sebebi kanunların geçerliliğini Anayasa'dan almasıdır. Kaldı ki Anayasa Mahkemesi, soyut ve somut

¹¹² Anayasa Mahkemesi, 2013/2187, 19.12.2013, § 44.

¹¹³ ibid, § 41.

¹¹⁴ Ozan Ergül, “Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar Kanun Hükmündedir” *Yıldırım Uler'e Armağan*, C.1, S.1, Y.2014, s. 65

norm denetimi, kanunların anayasaya uygunluğu ile sınırlıdır. Eğer bir gün Anayasa Mahkemesi kanunların milletlerarası antlaşmalara uygunluğunu denetler ve bunları bu şekilde iptal ederse, o zaman bu hiyerarşik ilişki kurulmuş olur. Bu iptal kararı, kanunların geçerliliğini uluslararası andlaşmalardan alacağı anlamına gelir ki bu da Türkiye'nin egemen devlet sıfatını ortadan kaldırır.¹¹⁵ Kaldı ki AİHM norm denetimi de yapmaz. AİHM'nin verdiği kararlar, yalnızca tespit niteliğindedir. Yani somut olayda ilgili devletin bir ihlal yapıp yapmadığını tespit etmekle sınırlıdır. Eğer bu ihlal ilgili devletin iç hukukundaki bir norm nedeniyle meydana gelmişse, AİHM bu normu iptal etmez sadece ihlalin kaynağını tespit eder. Bu durumda ilgili normun iç geçerliliği etkilenmez. Sadece bunun dış geçerliliği ortadan kalkmış olur. Bir başka ifade ile bu norm artık uluslararası hukuk seviyesinde ileri sürülemez.¹¹⁶ Yani ihlâl kararları, iç hukuk normunun iptali sonucunu doğurmaz. İç hukukta uygulanma kabiliyeti aynen devam eder ve devlet istediği sürece uygulanır. Dolayısıyla AİHS bir anayasa değil, özü itibariyle siyasi nitelikte olup tarafların iyi niyetle uygulama iradesine dayanan uluslararası bir hukuk metnidir. Bu durumda ilgili devletin bu normu değiştirmek veya ilga etmek suretiyle iç hukukunu uluslararası hukukun gereklerine uygun hale getirip getirmeyeceği siyasi bir tercih olarak *pacta sunt servanda* gereğidir.

Yanıtlanması gereken bir diğer soru da anayasa şikâyeti sonucu Anayasa Mahkemesi iptal kararı veya iptale benzer etki doğuran bir karar verip veremeyeceğidir. Bir kere, Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 45. Maddesinin 3.fıkrası, yasama işlemlerini anayasa şikâyetinin konu bakımından yetkisi dışında bırakmıştır.¹¹⁷ Dolayısıyla norm denetiminin anayasa şikâyetinin konu bakımından kapsam dışında bırakılması karşısında iptal kararı verilemeyeceği anlaşılmaktadır. Oysa anılan Kanun'un 50. Maddesinin 1.fıkrasına göre “...*ihlal kararı*

¹¹⁵ Kemal Gözler, *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu*, 2. Baskı, Ekin, Bursa 2016, s. 213.

¹¹⁶ *ibid*, s.190-191.

¹¹⁷ Anayasa'da kamu gücü bakımından herhangi bir ayırım yapılmamış olmasına rağmen yasama işlemlerinin kapsam dışında bırakılmasının sebebinin soyut hak ihlallerinin mümkün olmayacağı ve bunun uygulamasından kaynaklanan ihlallerin anayasa şikâyeti kapsamında bulunmasının yeterli olacağı düşüncesinde aramak gerekir. Aynı görüşte Şirin “...bunda, büyük ihtimalle, bir yasanın soyut olarak temel hak ve özgürlükleri ihlal edemeyeceği, bunun uygulaması karşısında derece mahkemelerine başvurulabileceği, burada ihlalin giderilememesi durumunda bu yargı kararına karşı anayasa şikâyeti yapılabileceği düşüncesi temel motivasyon olmuştur...” Tolga Şirin, *Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı*, Oniki Levha, İstanbul 2015, s. 85.

verilmesi hâlinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir.” Görüldüğü üzere Mahkeme’ye ihlalin sonuçlarıyla ilgili olarak çok geniş yetkiler verilmiş olmakla birlikte ihlalin sonuçlarını kendisinin kaldırmayacağı, ihlali kaldırabilecek mercilere yönelik bir emir vereceği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla doğrudan bir iptal kararı veya iptale benzer etki doğuran bir karar, bir diğer ifade ile zımni ilga kararı veremeyeceği görüşüdeyiz.

Bu bakımdan temas edilmesi gereken bir diğer ve son husus, anayasa şikâyeti kararlarının başvuruçunun ötesine geçen objektif bir etkiye sahip olup olmadığıdır. Acaba bu kararlar, başvuruçuyu aşan objektif bir etkiyi haiz midir? Yoksa başvuruçuyu mi sınırlıdır? Eğer başvuruçuyu aşıyorsa bu etki *quasi erga omnes* midir? Yoksa *erga omnes* midir? Bir kere, Anayasa şikâyeti kararlarının da soyut norm denetimi ve somut norm denetimi sonucu verilen kararlar gibi kesin ve bağlayıcı oldukları tartışmasızdır. Dolayısıyla bunların da anayasanın üstünlüğü ve anayasa uygun yorum gibi ilkelerin gerçekleştirilmesinde hiç şüphesiz önemli bir rolü vardır. Başvuruçuyu aşan, tüm hukuk düzenini kapsayan bir etki ile temel hak ve özgürlükler bakımından ulusal bir standardın gelişmesine katkıda bulunurlar. Zira bunları güvence altına alma, önce ulusal makamlara düşer.¹¹⁸ Bu nedenle AİHS nezdindeki sorumlulukların yerine getirilmesi ve ulusal düzeyde bir standarda ulaşılabilmesi için bu kararların objektif bir etkiyi de haiz olduklarını kabul etmek gerekir. Bu şekilde kamu gücünü kullananlar bakımından temel hakların yorumlanması, uygulanması ve somutlaştırılmasında da yol gösterici bir etkiye sahip olur. Bu çerçevede anayasa şikâyeti, başvuruçuları aşan objektif etkisi ile tüm hukuk düzenine yayılır ve ulusal yargı uygulamasında belli bir standardın oluşturulmasına hizmet eder.¹¹⁹ Dolayısıyla ulusal düzeyde yeknesak bir insan hakları politikasının gerçekleştirilebilmesi için anayasa şikâyeti sonucunda verilen kararların da *quasi erga omnes* etkiye sahip olduklarını kabul etmek gerekir.

Anayasa şikâyetinin salt “*bireysel bir ihlâlin giderilmesine*” ilişkin oldukları gerekçesiyle başvuruçuyu aşan, objektif bir etkiye sahip olmadığı da söylenemez.¹²⁰ Aksinin kabulü, benzer iddialar ile AYM’nin sürekli

¹¹⁸ Işıl Karakaş, “Bireysel Başvuru Kararlarının Etkileri”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.33, S.1, Y.2016, s. 13.

¹¹⁹ Yüksel Metin, “Bireysel Başvurunun Hukuki İşlevleri”, *Koç Üniversitesi Proje Akademisi* <https://anayasatakip.ku.edu.tr/proje-akademisi/akademini-sesi/> (E.T: 06.05.2021).

¹²⁰ Ece Göztepe Çelebi, “Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.33, S.1, Y.2016, s. 100.

meşgul edilerek etkili bir denetim mekanizması olmaktan çıkmasına neden olabilir. Öte yandan anayasa şikâyeti ile ulaşılmak istenen amaç, Anayasa ve AİHS’de yer alan temel hak ve özgürlükler bakımından ulusal bir standardın geliştirilmesi ve daha iyi bir koruma düzeni sağlamaktır. Bu nedenle kararların, sübjektif etki yanında objektif bir etkiye de sahip olduğu kabul edilerek ilgili olaya benzer ihlâllerin daha sonra tekrarlanmaması için yasama, yürütme ve yargı makamlarınca tedbir alınması sağlanmalıdır. Bu bakımdan anayasa şikâyeti kararlarının sübjektif etkiyi haiz olduğunu kabul etmekle beraber bu etkinin *erga omnes* yani başvuru dışındakileri de bağlayan bir etki olmadığını düşünüyoruz. Kişisel bir hakkın ihlâlinin giderilmesine yönelik verilen bir kararın üçüncü kişileri de bağlayacağı görüşü, hukuk güvenliği ilkesiyle bağdaşmaz ve hiç öngörülmemiş mağduriyetlere de neden olabilir.¹²¹

İptal veya iptal benzeri bir karar verme yetkisinin bulunmadığı, öte yandan AİHS ile kanunlar arasında da bir geçerlilik ilişkisi bulunmaması dolayısıyla böyle bir yetkisi olsa da kural olarak iptal kararı veremeyeceği görüşündeyiz. Dolayısıyla AYM’nin Sevim Akat kararında ulaştığı zımni ilga sonucu, açıkladığımız nedenler gölgesinde hatalı olduğunu ve *erga omnes* bir etkiyi de haiz olmadığını düşünüyoruz. Bütün bu değerlendirmeler neticesinde TCK m.299’un zımnen ilga olduğu görüşüne katılmamız şu aşamada mümkün görünmemektedir.

Sonuç olarak, devlet başkanlarına daha fazla koruma sağlayan ve daha ağır müeyyideler öngören düzenlemeler, AİHM’nin ruhuyla bağdaşmadıkları¹²² ve modern siyasi anlayışa uygun düşmemektedirler.¹²³ AİHM, yukarıda ele aldığımız ve özellikle *Eon v. Fransa* kararında, TCK m.299 gibi düzenlemelerin, demokratik bir toplum düzeninde meşru gerekçelere dayandırılmayacakları, Sözleşme ile güvence altına alınan ifade hürriyeti hakkını ihlâl edeceklerine hükmetmiştir. AİHS ile çok açık bir şekilde çatışan TCK m.299’la ilgili bir uyuşmazlık meydana geldiğinde, uyuşmazlığa bakan mahkeme AİHS’ni esas alarak TCK. 299’u ihmâl etmesi

¹²¹ Gerçekten, TMK m. 187 AYM tarafından “*zımnen ilga*” edilmiş olsa da madden varlığını sürdürmektedir. Bu durumda AYM’nin bu kararının bazı idarelerce dikkate alınırken diğerleri tarafından göz ardı edilerek farklı ve hakkaniyetsiz uygulamalara neden olmaları mümkündür. Öte yandan, AYM’nin bu “zımni ilga” kararının *erga omnes* etkiyi haiz olduğunu kabul etmemizle birlikte kocasının soyadını kullanmak isteyen kadınlar bakımından da şüphesiz bir mağduriyet yaratacaktır.

¹²² Otegi Mondragon v. İspanya, B.No: 2034/07, 15.03.2011, § 55 www.hudoc.echr.coe.int (E.T: 08.05.2021)

¹²³ Colombani ve Diğerleri v. Fransa, § 68.

gerekecektir. Bu noktada devlete düşen ödev, bu uyuşmazlığa neden olan TCK m.299'u yürürlükten kaldırmak ve iç hukuku AİHS sistematığına uygun duruma getirmektir.

SONUÇ

Eleştiri ve ifade hürriyeti, demokrasi ve insan haklarının teminatıdır. Kanun koyucu, korunmaya muhtaç değerleri tespit ederken öncelikle mukayeseli hukukta yerleşik prensipleri göz önünde bulundurmalı ve daha sonra ancak demokratik bir toplum düzeninde meşru gerekçelere dayandırılabilir nedenler ile bunu sınırlandırmalıdır. Yukarıda incelenen bilgi ve görüşler ışığında, Cumhurbaşkanına çok özel bir koruma sağlayan TCK m.299'un demokratik bir toplum düzeninde gerekli bir koruma olmadığı açıktır. Siyasi bir figür olan Cumhurbaşkanının, işgal ettiği makam gereğince kendini ve görüşlerini kamuoyunun denetimine bilerek ve isteyerek açacağı şüphesizdir. Dolayısıyla Cumhurbaşkanının, ifade hürriyeti üzerinde soğutucu etkiye sahip ceza müeyyidelerince ayrı bir korumadan yararlandırılması demokratik bir toplum düzeninde kabul edilebilir değildir. Ayrıca uygulamada, hakaret kisvesi altında basit eleştiriler hakkında dahi kamu davası açılabilir. Bu bakımdan eleştiriye baskılama işlevi gören TCK m.299'un, demokratik bir toplum düzenine sahip olduğu iddiasında olan Türkiye'de, izah edilebilecek hiçbir tarafı yoktur. Diğer taraftan, Anayasa'nın 90/5'inci maddesi gölgesi altında TCK m.299'un artık uygulanma kabiliyeti de bulunmamaktadır. Zira usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve hürriyetlere ilişkin milletlerarası andlaşmalar ile kanunların çatışması hâlinde, çatışmaya neden olan iç hukuk normunun uygulanması ihmâl edilecek ve milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınacaktır. AYM, daha farklı bir görüşle aynı sonuca ulaşmıştır. Mahkemelerin bağımsızlığının sorgulandığı bir yargı sistemi içerisinde bu gibi düzenlemelerin yer alması, Türkiye'nin demokratikleşmesinin önünü tıkayan önemli engellerden bir tanesidir. Öte yandan, bu gibi normlar demokratik kurumların bağımsızlığının sorgulanmaya başlandığı demokrasilerde suiistimal edilmeye açık olduklarından fevkalade sakıncalı oldukları açıktır. Kanun koyucunun bu gerçekleri göz önüne alarak, hiç de hukuki olmayan bir metodoloji ile hukukun evrensel ilkelerinin içini boşaltmaktan bir an önce vazgeçmeli, genel bir kural olmaktan çıkarak artık özel bir statüye kavuşan 299'uncu maddeyi yürürlükten kaldırmalı ve ifade hürriyetini korunması gereken üstün yarar olarak ele almalıdır.

KAYNAKÇA

Kitaplar

- Artuk E. Mehmet ve Gökçen Ahmet, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 18. Baskı, Adalet, Ankara 2019.
- Erem Faruk ve Toroslu Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, Seçkin, Ankara 2000.
- G. Bollinger Lee ve R. Stone Geoffrey, Eternally Vigilant, University of Chicago Press, Chicago 2018.
- Garner A. Bryan, Black's Law Dictionary, 9. Baskı, West Publishing Company, Minnesota 2009.
- Gözler Kemal, Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu, 2. Baskı, Ekin, Bursa 2016.
- Greer Steven, The Exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights, Council of Europe Publishing, Strasbourg 1998.
- Kocaoğlu Sinan, Uluslararası (AIHM) ve Ulusal Yargı İçtihatları Çerçevesinde Hakaret Suçu, Seçkin, Ankara 2019.
- Montesquieu Charles, Kanunların Ruhü Üzerine, (çev. F. Baldaş), Hiperlink, İstanbul 2014.
- Sağlam Fazıl, Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması ve Özü, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara 1982.
- Sancar Türkan, Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları, 2. Baskı, Seçkin, Ankara 2006.
- Şen Ersan ve Yenice Nilüfer, İfade Hürriyetinde Sınırlama ve Güvence Rejimi, Seçkin, Ankara 2017.
- Şimşirgil Ahmet ve Ekinci B. Ekrem, Ahmed Cevdet Paşa ve Mecelle, 2. Baskı, KTB, İstanbul 2008.
- Şirin Tolga, Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı, Oniki Levha, İstanbul 2015.
- Stuart M. John, Hürriyet Üstüne (çev. M. Osman Dostel), Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara 2003.
- Tezcan Durmuş, Ruhan E. Mustafa ve Önok R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 17. Baskı, Seçkin, Ankara 2019.
- Tezcan Durmuş, Ruhan E. Mustafa, Sancakdar Oğuz ve Önok R. Murat, İnsan Hakları El Kitabı, 8. Baskı, Seçkin, Ankara 2019.

Makaleler

- Akbulut Berrin, "Cumhurbaşkanına Hakaret ve Sövme Suçu", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Halil Cin'e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı*, C.1, S.1, Y.1995.

- Balkin Jack, “Cultural Democracy and the First Amendment”, *Northwestern University Law Review*, C.110, S.5, Y.2016.
- Blasi Vincent, “The Checking Value in First Amendment Theory”, *American Bar Foundation Research Journal*, C.2, S.3, Y.1977.
- Çelebi G. Ece, “Bireysel Başvuru Kararlarının Bağlayıcılığı ve İcrası Sorunu ile Kurumsallaşma İhtiyacı”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.33, S.1, Y.2016.
- Erem Faruk, “Cumhurbaşkanına Hakaret”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.1, Y.1991.
- Ergül Ozan, “Usulüne Göre Yürürlüğe Konulmuş Milletlerarası Andlaşmalar Kanun Hükmündedir” *Yıldırım Uler’e Armağan*, C.1, S.1, Y.2014.
- Hakeri Hakan, “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, *Türkiye Barolar Birliği*, C.69, S.69, Y.2007.
- Jareborg Nils, “Criminalization As Last Resort (Ultima Ratio)”, *Ohio State Journal of Criminal Law*, C.2, S.2, Y.2005.
- Karakaş Işıl, “Bireysel Başvuru Kararlarının Etkileri”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C.33, S.1, Y.2016.
- Kuzu Burhan, “Düşünceleri Açıklama Özgürlüğü Alanında Geldiğimiz Nokta”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, C.59, S.1-2, Y.2001.
- Möller Kai, “Proportionality: Challenging the critics”, *International Journal of Constitutional Law*, C.10, S.3, Y.2012.
- Shuman W. Daniel, “The Psychology of Deterrence in Tort Law”, *University of Kansas Law Review*, C.42, S.1, Y.1993.
- Sınar Hasan, “Cumhurbaşkanına Hakaret ve Devletin Egemenlik Alametlerini Aşağılama Suçları”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C.10, S.27, 2015.
- Sınar Hasan, “Türk Ceza Kanunu’nda Hakaret Suçu ve Bu Suçun Karşılaştırmalı Hukukta Gelişen Hakaretin Suç Olmaktan Çıkartılması Eğilimi Yönünde Değerlendirilmesi”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C.9, S.24, Y.2014.
- Taşkın E. Ozan, “Son Çare (Ultima Ratio) Olarak Ceza Hukuku”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, C.15, S.1, Y. 2016.
- Townsend C. Charles, “The English Law Governing and the Right of Criticism and Fair Comment”, *American Law Register*, C.39, S.8, Y.1891.
- Wendt Rudolf, “The Principle of “Ultima Ratio” And/Or the Principle of Proportionality”, *Onati Socio-Legal Series*, C.3, S.1, Y.2013.

Mahkeme Kararları**AIHM Kararları**

Belpietro v. İtalya, B.No: 43612/10, 24.09.2013 www.hudoc.echr.coe.int

Castells v. İspanya, B.No: 11798/86, 23.04.1992 www.hudoc.echr.coe.int

Colombani ve Diğerleri v. Fransa, B.No: 51279/99, 26.06.2002
www.hudoc.echr.coe.int

Eon v. Fransa, B.No: 26118/10, 14.03.2013 www.hudoc.echr.coe.int

Fatullayev v. Azerbaycan, B.No: 40984/07, 22.04.2010
www.hudoc.echr.coe.int

Handyside v. Birleşik Krallık, B.No: 5493/72, 12.06.1976
www.hudoc.echr.coe.int

Janowski v. Polonya, B.No: 25716/94, 21.01. 1991 www.hudoc.echr.coe.int

Kılıçdaroğlu v. Türkiye, B.No: 16558/18, 27.10.2020
www.hudoc.echr.coe.int

Lingens v. Avusturya, B.No: 9815/82, 08.07.1985 www.hudoc.echr.coe.int

Mosley v Birleşik Krallık, B.No: 48009/08, 10.05.201
www.hudoc.echr.coe.int

Mouvement Raelien Suisse v. İsviçre, B.No: 16354/06, 13.07.2012
www.hudoc.echr.coe.int

Otegi Mondragon v. İspanya, B.No: 2034/07, 15.03.2011
www.hudoc.echr.coe.int

Pedersen ve Baadsgaard v. Danimarka, B.No: 49017/99, 17.12.2004
www.hudoc.echr.coe.int

Şener v. Türkiye, B.No: 26680/95, 18.07.2000 www.hudoc.echr.coe.int

Von Hannover v. Almanya (No. 2) B.No: 40660/08 ve 60641/08,
07.02.2012 www.hudoc.echr.coe.int

A.B.D. Yüksek Mahkeme Kararları

Garrison v. Louisiana 379 U.S. 64 (1964), 22.04.1964
www.supreme.justia.com

Terminello v. Chicago 337 U.S. 1 (1949), 16.05.1949,
www.supreme.justia.com

Walker v. City of Birmingham 388 U.S. 307 (1967), 13.03.1967
www.supreme.justia.com

Wieman v. Updegraff 344 U.S. 183 (1952), 15.12.1952
www.supreme.justia.com

Anayasa Mahkemesi Kararları

Anayasa Mahkemesi, 2013/2187, 19.12.2013.

Anayasa Mahkemesi, 2013/2602, 23.01.2014.

YÜHFD Cilt: XIX Sayı:2 (2022)

Anayasa Mahkemesi, E.2014/36, K.2015/51, 27.05.2015.

Anayasa Mahkemesi, 2014/12151, 04.06.2015.

Anayasa Mahkemesi, 2014/12151, 11.06.2015.

Anayasa Mahkemesi, 2014/6128, 11.06.2015.

Anayasa Mahkemesi, 2013/8503, 27.10.2015.

Anayasa Mahkemesi, 2016/9, 10.02.2016.

Anayasa Mahkemesi, 2015/18567, 25.02.2016.

Anayasa Mahkemesi, E.2016/25, K.2016/186, 14.12.2016.

Anayasa Mahkemesi, E.2016/25, K.2016/186, 14.12.2016.

Anayasa Mahkemesi, 2015/2983, 15.02.2017.

Yargıtay Kararları

Yargıtay 16 CD, 1480/444, 22.06.2016 www.hukukmedeniyeti.org

Yargıtay 16 CD, 1776/4920, 20.09.2017 www.lexpera.com.tr

Yargıtay 16 CD, 1777/4996, 28.09.2017 www.lexpera.com.tr

Yargıtay 16 CD, 1965/4997, 28.09.2017 www.lexpera.com.tr

Yargıtay 16 CD, 9370/13138, 31.12.1976 www.hukukmedeniyeti.org

Yargıtay 18 CD, 40226/8977 14.09.2017 www.kazanci.com.tr

İnternet Kaynakları

5170 Sayılı Kanun'un 430 Sıra Sayılı Genel Gerekçesi ve Anayasa Komisyonu Rapor

<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss430m.htm>

Adalet Bakanlığı, “Adli İstatistikler 2018”, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, 2018, <https://adlisicil.adalet.gov.tr>

Altıparmak Kerem ve Akdeniz Yaman, “TCK 299: Olmayan Hükümün Gazabı mı?” *Biamag*, 03.10.2015 <https://bianet.org/biamag/ifade-ozgurlugu/167994-tck-299-olmayan-hukmun-gazabi-mi>

Avrupa Komisyonu “2016 Türkiye Raporu”, *Avrupa Komisyonu*, 09.11.2016 www.ab.gov.tr

Fisher Max, “Yes it really was a crime in France to insult the president until this week. Here’s why”, *The Washington Post*, 26.07.2013 <https://www.washingtonpost.com/news/worldviews/wp/2013/07/26/yes-it-really-was-a-crime-in-france-to-insult-the-president-until-this-week-heres-why/>

Hammarberg Thomas, “Türkiye’de Adalet Dağıtımı ve İnsan Haklarının Korunmasını İlişkin Rapor”, *Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri*, 10.01.2012, www.coe.int

Metin Yüksel, “Bireysel Başvurunun Hukuki İşlevleri”, *Koç Üniversitesi Proje Akademisi Akademisi* <https://anayasatakip.ku.edu.tr/proje-akademisi/akademinin-sesi/>

Muiznieks Nils, “Türkiye’de İfade Özgürlüğü ve Medya Özgürlüğüne İlişkin Memorandum”, *Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri*, 15.02.2017, www.coe.int