

5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNUNUN 127. MADDESİNİN (İSNADIN İSPATI) ANAYASAYA UYGUNLUĞU SORUNU

Yrd. Doç. Dr. İbrahim DÜLGER*

ÖZET

İspat hakkı bir başka ifadeyle isnadın ispatı, bir kimsenin bir başka kimseye karşı hakaret suçunu oluşturan herhangi bir isnatta bulunması ve bu sebeple hakaret davası açılması halinde faile isnat ettiği hususun doğruluğunu kanıtlama hak ve imkânının verilmesidir. İspat hakkının tanınması, bir ülkede ifade özgürlüğünün, eleştiri hakkının ve özellikle basın özgürlüğünün varlığı için son derece önemli ve gereklidir.

Türk Hukukunda ispat hakkı Anayasamızın 39. ve 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunumuzun 127. maddelerinde düzenlenmiştir. İlgili maddeler incelendiğinde, Türk hukukunda kuralın ispat yasağı olduğu, ispat hakkının ise istisnai olarak tanınmış olduğu görülür. Bu çalışmamızda 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren Ceza Kanunumuzun 127. maddesinin Anayasanın ilgili maddesiyle uyum sorunu incelenip tartışılmış, bu konudaki düşünce ve önerilerimize yer verilmiştir.

ANAHTAR SÖZCÜKLER: Hakaret, ,Hakaret Suçu, İspat Hakkı, İsnadın İspatı, Hakaret Suçunda Hukuka Uygunluk.

THE QUESTION OF CONSTITUTIONALITY OF THE ARTICLE 127 (PROOF OF ALLEGATION) OF TURKISH CRIMINAL ACT

ABSTRACT

Proof right, in other words, prof of allegation is the accusation which forms the crime of insult from a person to another and therefore is to give the guilty the right and the opportunity to verify what he or she alleged in the case of a sue. The recognition of the proof right is extremely important and necessary for the existence of freedom of speech , the right of criticism and notably freedom of press in a country.

In the Turkish Criminal Law, the right to prove has been formed 39th item of our Constitution and 127th item of new Turkish Criminal Act numbered

* Selçuk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Usul Hukuku ABD Öğretim Üyesi.

5237. When the related items have been analysed, it is seen that the rule is the forbidden of proof is accepted as exceptional. In this study it is examined and discussed that the criminal act which was implemented on the first June of 2005. Our ideas and suggestions have taken place.

KEY WORDS: Insult, the crime of insult, proof right, allegation prof, the crime of insult in the law appropriateness.

I. GİRİŞ

İspat hakkı¹, kabaca bir tarifile, bir kimsenin bir başka kimseye karşı hakaret suçunu oluşturan herhangi bir isnatta bulunması ve bu sebeple hakaret

¹ Bu çalışmamızda 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 127. maddesinin Anayasanın 39. maddesiyle uyum içerisinde olup olmadığını belirtmeye çalıştık. İspat hakkının bir başka ifadeyle isnadın ispatının bir müessese olarak değerlendirme ve incelemesini yapmadık. Bu nedenle çalışmamızın esasını teşkil eden bölüm tamamen kendi görüşlerimizden ibaret olması ve bu konuda bir esere rastlamamış olmamız nedeniyle ilgili bölümde herhangi bir atfa yer verilmemiştir. Fakat bu çalışmamızı inceleyen hukukçulara, özellikle araştırma yapacaklara yararlı olabileceği için, ispat hakkı konusunda ulaştığımız kaynakları vermenin uygun olacağını düşünmekteyiz.

AMAÇ, Faik Muzaffer, "İspat Hakkının Hukukumuzda Dünkü ve Bugünkü Durumu", İst. Bar. Derg., 1967, Sayı: 7-8, s. 420-428; CENTEL, Nur - ZAFER Hamide - ÇAKMUT, Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, C. I, İstanbul 2007; DÖNMEZER, Sulhi, "Ceza Kanununun 481'inci Maddesi", İHFM., 1949, C. XV., Sayı:1, s. 405-414; DÖNMEZER, Sulhi, "Hakaret Cürmünde Hakikati Maddenin İspatı Üzerinde Mukayeseli Bir Tetkik", İHFM., 1950, C.XVI., Sayı: 1-2, s. 97-109; DÖNMEZER, Sulhi, "Matbuat Suçlarında İspat Hakkı", İz. Bar. Derg., 1954, Sayı: 46-1, s. 21-34; DÖNMEZER, Sulhi, "İspat Hakkı ve 6334 Sayılı kanun", Gönensay'a Armağan, İstanbul 1955, s.151 vd.; DÖNMEZER, Sulhi, "İspat Hakkı Yahut Doğruyu Söylemek Hakkı", Forum, 1955-56, Sayı: 41, s. 3; DÖNMEZER, Sulhi, "Yeni 481. Madde Üzerinde Bazı Mülahazalar", İHFM., 1963, C. XXIX., Sayı:1-2, s. 17-28; DÖNMEZER, Sulhi, "Memurlar Hakaret ve İspat Hakkı", Milliyet Gazetesi, 8 Kasım 1971, s. 3; DÖNMEZER, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 16. Bası, İstanbul 2001; EREM, Faruk, "İlmî Bakımdan İspat Hakkı", Ad. Derg., Ocak 1956, Yıl: 47, Sayı: 1, s. 22-47; ERDAĞ, Ali İhsan, "İsnadın İspatı", HPD, S. 2, s. 139-141; EREM, Faruk, "İlmî Bakımdan İspat Hakkı", Ankara 1956; EREM, Faruk, Hakaret ve Sövme, Ankara 1958; EREM, Faruk, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, C. IV., Ankara, 1985; EREM, Faruk - TOROSLU, Nevzat, Türk Ceza Hukuku - Özel Hükümler, Ankara 1987; ERGÜL, Teoman, "İspat Hakkı Konusunda Türk Ceza Kanununun Anayasaya Aykırılığı Sorunu", Ad. Derg., 1967, Yıl: 1958,

davası açılması halinde faile isnat ettiği hususun doğruluğunu kanıtlama hak ve imkânının verilmesidir².

Yeni ceza kanunumuzdaki düzenlemeye göre bir tanım yapmak gerekirse; ispat hakkı, hakaret davalarında, bir kimsenin suç oluşturan bir fiili işlemiş olduğuna dair isnatta bulunulması veya isnadın ispatında kamu yararının varlığı ya da mağdurun ispata rıza göstermesi hallerinde sanığa, isnat ettiği fiilin doğruluğunu kanıtlama imkânının tanınmasıdır.

İşte problem, bu imkânın faile verilip verilmeyeceği ya da bu imkân verilecekse hangi sınırlar ve ölçülerde olacağı konularında karşımıza

Sayı: 6, s. 460-463; ERMAN, Sahir, "Bir Tevhidi İçtihat Kararı Münasebetiyle Demokratik ve Antidemokratik Zihniyet", Sos. Huk. ve İkt. Mec., Temmuz 1949, Sene: 1, Sayı: 11, s. 481-487; ERMAN, Sahir, "Basın Yolu ile Hakaret Davalarında Hakikatı İspat", Vatan Gazetesi, 28. 5. 1955; ERMAN, Sahir, "İspat Hakkı Ortadan Kalkıyor", Milliyet Gazetesi, 8 Kasım 1971, s. 3; ERMAN, Sahir, Hakaret ve Sövme Suçları, İstanbul 1989; ERMAN Sahir, ÖZEK Çetin, Ceza Hukuku Özel Bölüm Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1994; KAZUK, Kemalettin, "Fransa'da İspat Hakkı Müessesesi", Ad. Derg., Yıl: 51, 1960, Sayı: 10, s. 871-881; KUNTER, Nurullah, "Hakikatın İspatı Hakkı", Cumhuriyet Gazetesi, 10. 5. 1955, s. 2; LOGOZ, Paul, (Çev. Faruk EREM - Hakkı DEMİREL), "İsviçre Ceza Kanunu Tasarısında İspat Hakkı", S.B.F.D., Aralık 1955, C. 10, Sayı: 4, s. 150-167; ÖNER, Hamdi, "Hakaret ve Sövme Suçları", Ad. Derg., 1946, Sayı: 10, s. 1060-1090; ÖZTÜRK, Bahri, ERDEM Mustafa Ruhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Hükümler (Kişilere ve Mala Karşı Suçlar), 4. Bası, Ankara 2005, s. 260-261; POLATCAN, İsmet, Memur ve Resmî Heyetlere Karşı Hakaret ve Sövme Cürümleri, İstanbul 1983; SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2005; TANER, Tahir, "Türk Ceza Kanununun 9. 7. 1953 Tarihli ve 6123 Sayılı Kanunla Değiştirilen Hükümleri", İHFM., 1953, C.XIX, Sayı:3-4, s. 523-575; TEZCAN, Durmuş – ERDEM, Mustafa Ruhan, ÖNOK, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2008; TÜMERKAN, Somay, "Anayasa Mahkemesinin Hakaret Davalarında İspat Hakkına İlişkin Bir Mahkeme Kararı Üzerine", Günümüzde Yargı 1978/ 23, s.16-20; YENİDÜNYA, Ahmet Caner – ALŞAHİN, Mehmet Emin, "Bireyin Şerefine Karşı Suçlar", TBBD, Ocak – Şubat 2007, S. 68, s. 81-84; "Hür Basın Rejiminin Ana Davası: İspat Hakkı ve Basın Hürriyeti", Forum, 15 Şubat 1955, Sayı: 22, s. 9-10; "Doğruyu Söylemek Hakkı", Forum, 1 Mayıs 1955, Sayı: 27, s. 2-4; Ayrıca 765 sayılı Türk Ceza Kanunundaki düzenleme ve bu düzenlemenin anayasaya aykırılığını tespit konusunda ayrıntı için bkz.: DÜLGER, İbrahim, "Türk Hukukunda İspat Hakkı", in: Makaleler, Konya 1991, s. 1 vd.

² DÜLGER, s. 1.

çıkılmaktadır. Makul sınırlar içerisinde ispat hakkının tanınması, bir ülkede ifade özgürlüğünün, eleştiri hakkının ve özellikle basın özgürlüğünün varlığı için son derece önemli ve gereklidir. İspat hakkının tanınmadığı ya da aşırı derecede kısıtlanmış olduğu bir ülkede, demokrasiden ve özgürlükten bahsetmek sadece ütöpik bir gürültü olacaktır³.

İspat hakkına otoriter, baskıcı, antidemokratik rejimlerde yer verilmemiştir. Nedeni ise, ispat hakkının varlığı kamuoyu tarafından devlet idaresinin denetlenmesini beraberinde getirecek olmasıdır. Oysa bu tür rejimler yetki ve faaliyetlerinin denetlenmesi ve tartışılmasına asla tahammül gösteremezler. Bu nedenle ispat hakkı, sınırlı da olsa liberal, demokratik rejimlerde doğmuş ve gelişmiştir. İspat hakkını tanıyan hukuk düzenleri, kamu yararı ile kişinin onur ve şerefi arasında denge sağlamaya çalışarak bu hakkın tanınmasıyla ortaya çıkabilecek sakıncaları gidermeye çalışmışlardır⁴. Gerçekten de bir kimse, ahlâkî bakımdan bazı haysiyet kırıcı fiillerin faili olabilir, yahut halk nazarında sevilmeyen ya da nefret edilen bazı kusurlara sahip olabilir. Bu fiil ve kusurların varlığı, sahibi aleyhine yayılmasını, başkalarına duyurulmasını ve herkes tarafından söz konusu edilmesini haklı kılmaz ve kanun tarafından da buna izin verilemez. Çünkü bunlar şahsın şeref ve haysiyetini direkt etkileyen şeylerdir. Bu nedenle kural olarak, isnat olunan fiilin mevcut olması, yani bir kimsenin şeref ve haysiyetini etkileyen söz söyleyen ve davranışlarda bulunan şahsın gerçeği ifade etmiş olması isnadın hakaret teşkil etmesine engel olamaz. Bir kimsenin gerçek kimliğinin ortaya atılması ve ispat edilmesi başkası için bir hak olarak tanınamaz. Bu durum kendisine tecavüz olunan şahsın şeref ve itibarını zedelemesine rağmen, mütecevize veya topluma bir fayda sağlamaz⁵. Fakat bazı hallerde bu fiilleri ispat etmekte, yani isnadın doğru olduğunu kanıtlamakta toplumsal fayda söz konusu olabilir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki ispat hakkı, sadece bir kimseye somut bir fiil veya olgu isnat edilmesi suretiyle hakaret edilmiş olması durumunda kabul edilmiş, soyut olarak yakıştırmalarda bulunmak ya da sövmek suretiyle hakaret edilmesi halinde buna izin verilmemiştir. Yeni Ceza Kanunumuz, hakaret suçuna ilişkin düzenlemesinde, 765 sayılı kanunun aksine hakaret - sövme ayrımını kaldırarak her iki durumu da hakaret suçu olarak düzenlemiştir⁶. Soyut

³ DÜLGER, s. 2.

⁴ SOYASLAN, s. 259.

⁵ ÖNER, Hamdi, "Hakaret ve Sövme Suçları", AD., 1946, S. 10, s. 1061.

⁶ 765 sayılı kanun, hakaret ve sövme suçlarını ayrı ayrı düzenlemiş ve ispat hakkının sadece hakaret suçları açısından geçerli olduğunu açık olarak düzenlemiştir. Çünkü 481. maddenin 1. fıkrasında "geçen maddede beyan

bir fiilin isnadında veya sövme oluşturan fiillerde, mağdura somut bir fiil ya da olgunun isnadı, bir başka ifadeyle herhangi bir madde-i mahsusanın isnadı söz konusu değildir. Nitekim 127. madde gerekçesinde, "... kişilere somut bir fiil isnadında bulunarak hakaret edilmiş olması halinde, isnadın doğruluğunun ispat edilebilmesi için ..." ifadeleri de bu konudaki kanun koyucunun iradesini açık olarak ortaya koymaktadır.

II. İSPAT HAKKINA DAİR SİSTEMLER

İspat hakkının kabul edilip edilmemesi konusunda doktrin ve mevzuat alanında belli başlı üç görüş ve sistem ileri sürülmüş ve benimsenmiştir⁷. Birinci sistem, ispat hakkını herhangi bir sınırlamaya ve şarta bağlı tutmaksızın, mutlak olarak kabul etmesine karşılık, ikinci sistem ispat hakkını hiç bir hal ve durumda kabul etmemektedir. Karma sistem olarak belirtilen üçüncü sistemde ise ispat hakkı, belli şartlar dâhilinde kabul etmiştir. Bu sistem iki şekilde karşımıza çıkmakta, ya ispat hakkı kural olarak kabul edilip istisnai hallerde ispat hakkı kaldırılmakta ya da ispat yasağı kural olarak kabul edilip istisnai durumlarda ispat hakkı tanınmaktadır.

Anayasa ve Ceza Kanunumuzun kabul ettiği sistem karma sistemdir. Kural, ispat yasağı olup faile ispat hakkı istisnai hallerde tanınmıştır. Anayasanın 39. ve Ceza Kanununun 127/1. maddesinde ispat hakkının tanındığı istisnai haller belirtilmiştir.

III. ANAYASADA İSPAT HAKKI

İspat hakkı ilk olarak 1961 Anayasasında "Kişinin Hakları ve Ödevleri" başlıklı ikinci bölümde, 34. maddede düzenlenmiştir. Böylelikle ispat hakkı anayasal bir hak kimliğine kavuşmuştur. İspat hakkı 1982 Anayasasında da yer almış, 39. maddede, 1961 Anayasasının 34. maddesinde ifade edildiği şekilde ve hiç bir değişikliğe maruz bırakılmaksızın aynen düzenlenmiştir. Anayasanın 39. maddesine göre:

"Kamu görev ve hizmetinde bulunanlara karşı, bu görev ve hizmetin yerine getirilmesiyle ilgili olarak yapılan isnatlardan dolayı açılan hakaret

olunan cürmün faili" ifadesiyle 480. maddede yer alan hakaret suçu kastedilmektedir. Yine 481. maddenin 10. fıkrasında "bu maddedeki istisnaların uygulanması için tecavüzün aşağıdaki maddede bildirilen cürmü teşkil etmemesi icap eder" sözleriyle ispat hakkının 482. maddede yer alan sövme suçunu kapsamadığına hükmetmiştir.

⁷ Bu sistemler hakkında bkz.: ERMAN, hakaret, s. 239 vd.; EREM, Faruk, Türk Ceza Hukuku - Özel Hükümler, C. IV, Ankara 1985, s. 558 vd.; EREM, Faruk - Nevzat TOROSLU, Türk Ceza Hukuku -Özel Hükümler, Ankara 1987, s. 526 vd.; ÖNDER, Ayhan, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul 1994, s. 249 vd.

davalarında, sanık, isnadın doğruluğunu ispat hakkına sahiptir. Bunun dışındaki hallerde ispat isteminin kabulü, ancak isnat olunan fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunmasına veya şikâyetçinin ispata razı olmasına bağlıdır."

Madde metni incelendiğinde anlaşılacağı gibi Anayasamız ispat hakkına şu sınırlar dâhilinde yer vermiştir.

1- Yapılan isnadın kamu görev ve hizmetinde bulunanlara karşı, bu görev ve hizmetin yerine getirilmesiyle ilgili olması,

2- Mahkemece, isnat olunan fiilin doğru olup olmadığının anlaşılmasında kamu yararı bulunduğuna karar verilmesi,

3- Şikâyetçinin isnat edilen fiilin ispatına razı olması halleri.

Eğer bir kamu görevlisine, bu görev ve hizmetin yerine getirilmesiyle ilgili bir isnat söz konusuysa, fail ispat hakkını mutlak olarak kullanmak hakkına sahiptir. Kamu yararının bulunup bulunmadığı konusundaki takdir hakaret suçuna ilişkin davaya bakan mahkemeye ait olup failin ispat hakkını kullanabilmesi mahkemenin takdirine, son durumda ise şikâyetçinin rızasına bağlıdır.

IV. 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNUNDA İSPAT HAKKI

İspat hakkı, yeni Ceza Kanunumuzun, "İsnadın İspatı" başlıklı 127. maddesinde iki fıkra halinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre: "

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

(2) İspat edilmiş fiilinden söz edilerek kişiye hakaret edilmesi halinde, cezaya hükmedilir.

Düzenlemeden anlaşılacağı üzere somut bir fiil veya olgu isnadı suretiyle yapılan hakaret davalarında failin ispat hakkından yararlanabilmesinin şartları:

- 1- İsnadın suç oluşturan bir fiile ilişkin olması,
- 2- İsnat edilen fiil ya da olgunun doğruluğunun anlaşılmasında kamu yararının bulunması,
- 3- Hakaret suçunun mağdurunun isnadın ispata rıza göstermesidir.

Yeni Ceza Kanunumuzdaki düzenlemeye göre isnat edilen somut fiil ya da olgu, suç oluşturan bir fiile ilişkinse fail ispat hakkını mutlak olarak kullanabilecek; kamu yararının bulunması koşulunda failin ispat hakkını

kullanabilmesi hakaret davasına bakan mahkemenin takdirine, yine son durumda ise şikâyetçinin rızasına bağlı olacaktır.

V. CEZA KANUNUNUN 127. MADDESİNİN ANAYASAYA UYGUNLUĞU

Burada, Ceza Kanunumuzun bu düzenlemesinde kanaatimizce sorun teşkil ettiğine inandığımız sadece bir hususu ortaya koymaya çalışacağız. Bu itibarla Ceza Kanunumuzun 127. maddesindeki düzenlemenin Anayasamızın 39. maddesindeki düzenlemeyle uygun olup olmadığını inceleyeceğiz.

Ceza Kanunumuzun 127. ve Anayasanın 39. maddeleri dikkate alındığında ispat hakkı açısından öngörülen koşullardan *isnadın ispatında kamu yararının bulunması* ve *şikâyetçinin ispata razı olması* koşullarının hem Anayasada hem de Ceza kanununda aynı şekilde düzenlendiği görülmektedir. Bu koşullar açısından Anayasaya herhangi bir uyumsuzluk ve aykırılık bulunmamaktadır. Fakat Ceza Kanunumuzun 127. maddesinin 1. fıkrasında ilk koşul olarak belirtilen *isnadın suç oluşturan bir fiile ilişkin olması* koşulu Anayasamızda yer almamaktadır. Anayasada belirtilen koşul ise yapılan *isnadın kamu görev ve hizmetinde bulunanlara karşı ve bu görev ve hizmetin yerine getirilmesiyle ilgili olmasıdır*.

Ceza kanunumuz ispat hakkı açısından Anayasada yer alan bir koşula yer vermeyip bunun yerine Anayasada öngörülmeyen bir koşula yer vermiştir. Anayasanın 39. maddesindeki, yapılan *isnadın kamu görev ve hizmetinde bulunanlara karşı ve yerine getirdikleri görev ve hizmete ilişkin olması* koşulunu, *isnadın suç teşkil eden bir fiil olması* gerektiği şeklinde anlamak ve iddia etmek bize mümkün değildir. Bu itibarla Ceza Kanunumuzun 127. maddesindeki düzenlemenin Anayasaya uygunluğu tartışılır bir haldedir.

İspat hakkı Anayasamızda tereddüde ve tartışmaya yer vermeyecek şekilde açık bir şekilde düzenlenmiştir. Bu açık düzenleme karşısında söz konusu hususun kanunla düzenlenmesi halinde Anayasanın çizdiği sınırlar ne genişletilebilir ne de daraltılabilir. Bize göre Ceza Kanunumuzun 127. maddesi bir açıdan bu sınırı genişletmiş, bir açıdan da daraltmıştır. Şöyle ki:

127. madde hükmü uyarınca kamu görev ve hizmetinde bulunmayan, bir başka ifadeyle kamu görevlisi olmayan bir kimseye karşı somut bir fiil ya da olgu (madde-i mahsusa) isnat edilmesi ve bu *isnadın suç teşkil eden bir fiile ilişkin olması* halinde faile ispat hakkı tanınacaktır. Örneğin bakkal Rüstem'in köyündeki arazilerde gizli ve yasal olmayan kazılar yaparak bulduğu antik eserleri bu işle uğraşan yabancılara satarak tarihi eser kaçakçılığı yaptığını söyleyen faile Anayasada yer almamasına karşın ispat hakkı verilecektir. Bununla birlikte bir kamu görevlisine, bu görevini yerine getirilmesine ilişkin olmayan bir konuda *isnada bulunulur ve bu isnadın konusu suç teşkil eden bir fiil olursa aynı şekilde ispat hakkı tanınacaktır*. Örneğin tapu müdürü Şevket

beyin mahallesindeki dul komşuna cinsel saldırıda bulunan bir sapık olduğunu söyleyen fail ispat hakkından yararlanacaktır⁸. Fakat Anayasamız bu durumda hakaret suçu failine ispat hakkı tanınmış değildir. Türk hukukunda ispat yasağı kural olmasına ve bu yasağın istisnalarının Anayasada açık bir şekilde gösterilmesine karşın Ceza Kanunumuz faile bu hakkı tanımıştır. Dolayısıyla Ceza Kanunumuz Anayasada yer almayan bir istisnaya yer vererek 39. maddede belirtilen sınırları genişletmiştir. İspat hakkının sınırlarının genişletilmiş olmasının failin lehine bir düzenleme olduğu bu nedenle de doğru olduğu iddia edilebilir. Fakat burada tartıştığımız herhangi bir kanuni düzenlemenin Anayasaya aykırı olamayacağıdır. Anayasanın 11. maddesinde belirtildiği üzere kanunlarla Anayasaya aykırı düzenleme getirilemez. Bu itibarla failin lehine olsa bile Anayasada yer almayan bir hak faile verilemez. Kaldı ki insan hakları sadece fail açısından değil mağdur açısından da geçerli evrensel değerlerdir.

Bir başka açıdan da Anayasada hakaret suçunun failine tanınan ispat hakkının sınırları daraltılmıştır. Anayasal sınırın daraltılması hali iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. İlki, kamu görev ve hizmetinde bulunan bir kimseye bu görev ve hizmetin yerine getirilmesiyle ilgili olarak bir isnatta bulunulması halinde, isnat konusu, suç teşkil eden bir fiil değilse Anayasada belirtilmiş olmasına rağmen faile isnadını ispatlama hakkı verilmeyecektir. Böyle bir durumda Anayasal sınırlar içerisinde faile tanınan hak kanunla elinden alınmış olacaktır. Kamu görevlisinin yerine getirdiği görev ve hizmete ilişkin isnatların mutlaka bir suça ilişkin fiil olduğu bu nedenle de ispat hakkına ilişkin Anayasal sınırın herhangi bir şekilde daraltılmadığı iddia edilebilir. Ancak bu iddia bizce doğru bir iddia değildir. Tabiidir ki bir kamu görevlisine bu görev ve hizmetin yerine getirilmesine ilişkin isnatların birçoğu suç oluşturan bir fiil olabilecektir. Örneğin zimmet, irtikap, rüşvet, görevi ihmal, görevi kötüye kullanma, ihaleye fesat karıştırma vs. ve özel ceza kanunlarında yer alan herhangi bir suç gibi. Fakat bu kamu görevlisine yaptığı görev ve hizmetin yerine getirilmesine ilişkin isnatların mutlak surette suç oluşturan bir fiil olduğu sonucunu doğurmaz. Kamu görevlisine kamu görev ve hizmetini yerine getirmesine ilişkin isnat herhangi bir surette suç oluşturmeyen bir fiil de olabilir. Örneğin bir belediye başkanına yetersiz, beceriksiz, bilgisiz ve zekâ geriliğine duçar biri olduğu, bu nedenle de belediye işlerinin aksadığı, aldığı yanlış kararlarla belediyenin öncelikli işlerine değil son derece tali önemsiz ve olmazsa olabilecek hizmetlere kaynak ayırdığı

⁸ Tabii ki bu verdiğimiz örnekler açısından isnat edilen konularda kesinleşmiş bir mahkumiyet hükmünün olmaması gerekir. Kesinleşmiş mahkumiyet hükmünün bulunması halinde 127. maddenin 2. fıkrasında düzenlendiği üzere ispat edilmiş bir fiilden söz edilerek kişiye hakaret edilmesi halinde, cezaya hükmedilecek ve ispat hakkı tanınmayacaktır.

bu şekilde de belediye kaynaklarını doğru kullanmayarak israf ettiği şeklinde isnatta bulunulduğunu düşünelim. Belediye başkanının bu kararları doğru olduğuna inandığı için aldığını, belediye kaynaklarını israf etme gibi bir kastının olmadığını, her işlemin yasal çerçevede gerçekleştirildiğini, ortaya çıkan yanlışlık, aksaklık ve israfın gerçekten onun yetersiz, beceriksiz, bilgisiz ve akıl hastası boyutunda olmamakla birlikte zeka geriliğinden kaynaklandığını varsayalım. Bu isnat karşısında açılan bir davada faile Anayasada kendisine tanınmış bir hak olmakla birlikte Ceza Kanunumuzun 127. maddesi uyarınca ispat hakkı tanınmayacaktır. Çünkü belediye başkanına isnat edilen husus suç teşkil eden bir fiil değildir. Isnatta bulunan fail, bütün bu iddialarını kesin olarak ispat edebilecek durumda olsa bile bu imkân kendisine verilmeyecektir. Failin bu sözlerinin eleştiri hürriyeti sınırları içerisinde değerlendirilerek mahkûm edilemeyeceğini dolayısıyla da ispat hakkının tanınmamış olmasının bir eksiklik olmadığı düşünülebilir ya da iddia edilebilir. Bize göre “bilgisiz ve zekâ geriliği” şeklinde sarf ettiği sözler nedeniyle eleştiri hürriyetinin sınırları aşılmıştır. Durum böyle olunca da Anayasaya göre faile tanımamız gereken ispat hakkını yeni Ceza Kanunumuzdaki düzenleme nedeniyle elinden alıp, onu mahkûm edebileceğiz. Böylelikle Anayasada yer alan ispat hakkına ilişkin sınır, kanunla daraltılmış olacaktır. Bu konuda başkaca örnekler de verilebilir.

İspat hakkının Anayasada belirtilen sınırlarının daraltıldığı ikinci durum ise suç teşkil eden bir fiile ilişkin isnadın ispatına dair yargılamanın hakaret davasına bakan mahkemece değil suç teşkil eden fiili yargılamaya görevli mahkemece yapılacak olmasıdır⁹. İlk etapta bunun doğru, o suçun yargılamasında uzmanlaşmış olan ilgili mahkemece incelenmesinin yerinde bir düzenleme olduğu düşünülebilir. Fakat görevli mahkeme her durumda yargılama yapamayabilecektir. Örneğin bir milletvekiline ilişkin bir isnat varsa ve dokunulmazlığı kaldırılmamışsa yargılama yapılamayacaktır. Aynı şekilde bir kamu görevlisi hakkındaki isnatta, ilgili konuda yetkili makam ya da makamlarca lüzumu muhakeme kararı verilmemiş olması halinde ya da takibi şikâyete ya da izne tabi bir suçta şikâyet ya da iznin olmaması halinde yargılama yapılamayacaktır. Dolayısıyla hakaret suçunun faili isnadını kolaylıkla ispat

⁹ Bu husus 127. madde gerekçesinde “*Bu sistemde, isnadın doğruluğunun ispatı, hakaret suçundan dolayı açılan davanın görüldüğü mahkemede yapılmamaktadır. Hakaret suçunun işlendiğinden bahisle açılan davanın görüldüğü mahkeme, yapılan somut vakia isnadının bir suç oluşturmasını bekletici mesele kabul ederek, bu nedenle açılmış veya açılacak olan davanın sonucunu beklemelidir. Isnadın doğruluğunun ispatı, ancak isnat konusu suç vakiası dolayısıyla açılan ceza davası bağlamında ilgili mahkemede söz konusu edilebilir*” şeklinde belirtilmiştir.

edilebilecek olsa bile böyle bir durumda ispat hakkını fiilen kullanamamış olacak, Anayasada faile verilen hak sınırlandırılmış olacaktır. Oysa Anayasada bu konuda herhangi bir sınır öngörülmediği gibi bu konunun kanunla düzenleneceğine dair bir hüküm de bulunmamaktadır. 765 sayılı eski Türk Ceza Kanunumuzun 481. maddesinin uygulamasında isnadın ispatına ilişkin yargılama hakaret davasına bakan mahkemece yapılmaktaydı. Buradaki yargılama, sadece isnadın doğru olup olmadığına yönelik bir yargılama olup yargılama sonucunda hakaret suçunun mağduruna isnat edilen fiilin doğru görülmesi halinde mahkûmiyetine yönelik bir hüküm verilmemekteydi. Eski kanun dönemindeki bu uygulama Anayasadaki düzenlemeye uygundu. Çünkü Anayasayla verilen hak yeni Ceza Kanunumuzda olduğu gibi dolaylı da olsa sınırlandırılmamaktaydı.

SONUÇ

Sonuç olarak buraya kadar yaptığımız açıklamalar ışığında 5237 sayılı yeni Ceza Kanunumuzun ispat hakkına ilişkin düzenlemesi, her ne kadar madde gerekçesinde “Madde metnindeki düzenleme yapılırken, Anayasamızın bu konuda belirlediği kurallar da göz önünde bulundurulmuştur” denilmiş olsa da Anayasamızın aynı konuya ilişkin 39. maddesiyle uyumlu değil, Anayasadaki düzenlemeye aykırı bir düzenlemedir. Anayasada isnadın ispatı konusunda çizilen sınır bir açıdan genişletilmiş, sınır aşılmış, bir açıdan da anayasal sınır daraltılmıştır. Şu hususu önemle belirtmek isteriz ki, biz bu çalışmamızda 127. maddedeki düzenlemenin yerinde olup olmadığını değil bu madde hükmünün Anayasal düzenlemeye uygun olup olmadığını ortaya koymaya çalıştık. Tabiidir ki kanun koyucu, izlediği suç siyaseti açısından ispat hakkına ilişkin düzenlemenin bu haliyle daha yerinde ve daha doğru olacağı düşüncesinde olabilir. Kaldı ki biz Ceza Kanunumuzdaki düzenlemenin Anayasa’daki düzenlemeye nazaran daha uygun ve yerinde bir düzenleme olduğunu düşünmekteyiz. Kanun koyucunun suçları ve bunlara ilişkin konuları belirlemede tercihlerini ortaya koyma ve tercihleri doğrultusunda da düzenleme yapma hakkı vardır. Ancak bu tercihi kullanırken ve tercihi paralel düzenleme yaparken Anayasanın bağlayıcılığı ve kanunların Anayasaya aykırı olamayacağı kuralını göz ardı etmemelidir. İspat hakkına ilişkin düzenlemenin bu haliyle daha yerinde ve daha doğru olacağı inancındaysa öncelikle yapması gereken, Anayasanın 39. maddesini bu tercihi yönünde değiştirerek yeni Ceza Kanunumuzun 127. madde içeriğine uygun hale getirmeliydi. Yok Anayasanın 39. maddesini değiştirme gibi bir düşüncesi bulunmuyorsa, bu durumda Ceza Kanunumuzun 127. maddesini Anayasaya paralel ve uygun halde kaleme almalıydı. Bize göre uygun olan ve derhal yapılması gereken şey Anayasanın 39. maddesinin değiştirilerek Ceza kanununun 127. madde içeriğine uygun hale getirilmelidir. Bunun için Anayasanın 39. maddesinin ilk cümlesi olan “ Kamu

görev ve hizmetinde bulunanlara karşı, bu görev ve hizmetin yerine getirilmesiyle ilgili olarak yapılan isnatlardan dolayı açılan hakaret davalarında, sanık, isnadın doğruluğunu ispat hakkına sahiptir” ifadesinin, “Açılmış olan hakaret davalarında, yapılan isnadın suç oluşturan bir fiil olması halinde, fiilin ispat edilmiş olmasıyla isnatta bulunana ceza verilmez” şeklinde değiştirilmesini önermekteyiz.

KAYNAKÇA

- AMAC, Faik Muzaffer, "İspat Hakkının Hukukumuzda Dünkü ve Bugünkü Durumu", İst. Bar. Derg., 1967, Sayı: 7-8, s. 420-428.
- CENTEL, Nur - ZAFER Hamide – ÇAKMUT, Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, C. I, İstanbul 2007.
- DÖNMEZER, Sulhi, "Ceza Kanununun 481'inci Maddesi", İHFM., 1949, C. XV., Sayı:1, s. 405-414.
- DÖNMEZER, Sulhi, "Hakaret Cürmünde Hakikati Maddenin İspatı Üzerinde Mukayeseli Bir Tetkik", İHFM., 1950, C.XVI., Sayı: 1-2, s. 97-109.
- DÖNMEZER, Sulhi, "İspat Hakkı ve 6334 Sayılı kanun", Gönensay'a Armağan, İstanbul 1955, s.151 vd.
- DÖNMEZER, Sulhi, "İspat Hakkı Yahut Doğruyu Söylemek Hakkı", Forum, 1955-56, Sayı: 41, s. 3.
- DÖNMEZER, Sulhi, "Matbuat Suçlarında İspat Hakkı", İz. Bar. Derg., 1954, Sayı: 46-1, s. 21-34.
- DÖNMEZER, Sulhi, "Memurlar Hakaret ve İspat Hakkı", Milliyet Gazetesi, 8 Kasım 1971, s. 3.
- DÖNMEZER, Sulhi, "Yeni 481. Madde Üzerinde Bazı Mülahazalar", İHFM., 1963, C. XXIX., Sayı:1-2, s. 17-28.
- DÖNMEZER, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 16. Bası, İstanbul 2001.
- DÜLGER, İbrahim, "Türk Hukukunda İspat Hakkı", in: Makaleler, Konya 1991.
- ERDAĞ, Ali İhsan, "İsnadın İspatı", HPD, S. 2, s. 139-141.
- EREM, Faruk – TOROSLU, Nevzat, Türk Ceza Hukuku - Özel Hükümler, Ankara 1987.
- EREM, Faruk, "İlmî Bakımdan İspat Hakkı", Ad. Derg., Ocak 1956, Yıl: 47, Sayı: 1, s. 22-47.
- EREM, Faruk, "İlmî Bakımdan İspat Hakkı", Ankara 1956.
- EREM, Faruk, Hakaret ve Sövme, Ankara 1958.
- EREM, Faruk, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, C. IV., Ankara, 1985.
- ERGÜL, Teoman, "İspat Hakkı Konusunda Türk Ceza Kanununun Anayasaya Aykırılığı Sorunu", Ad. Derg., 1967, Yıl: 1958, Sayı: 6, s. 460-463.

- ERMAN Sahir, ÖZEK Çetin, Ceza Hukuku Özel Bölüm Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1994.
- ERMAN, Sahir, "Basın Yolu ile Hakaret Davalarında Hakikatı İspat", Vatan Gazetesi, 28. 5. 1955
- ERMAN, Sahir, "Bir Tevhidi İçtihat Kararı Münasebetiyle Demokratik ve Antidemokratik Zihniyet", Sos. Huk. ve İkt. Mec., Temmuz 1949, Sene: 1, Sayı: 11, s. 481-487.
- ERMAN, Sahir, "İspat Hakkı Ortadan Kalkıyor", Milliyet Gazetesi, 8 Kasım 1971, s. 3.
- ERMAN, Sahir, Hakaret ve Sövme Suçları, İstanbul 1989.
- KAZUK, Kemalettin, "Fransa'da İspat Hakkı Müessesesi", Ad. Derg., Yıl: 51, 1960, Sayı: 10, s. 871-881.
- KUNTER, Nurullah, "Hakikatın İspatı Hakkı", Cumhuriyet Gazetesi, 10. 5. 1955, s. 2.
- LOGOZ, Paul, (Çev. Faruk EREM - Hakkı DEMİREL), "İsviçre Ceza Kanunu Tasarısında İspat Hakkı", S.B.F.D., Aralık 1955, C. 10, Sayı: 4, s. 150-167.
- ÖNER, Hamdi, "Hakaret ve Sövme Suçları", Ad. Derg., 1946, Sayı: 10, s. 1060-1090.
- ÖZTÜRK, Bahri, ERDEM Mustafa Ruhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Hükümler (Kişilere ve Mala Karşı Suçlar), 4. Bası, Ankara 2005.
- POLATCAN, İsmet, Memur ve Resmî Heyetlere Karşı Hakaret ve Sövme Cürümleri, İstanbul 1983.
- SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2005.
- TANER, Tahir, "Türk Ceza Kanununun 9. 7. 1953 Tarihli ve 6123 Sayılı Kanunla Değiştirilen Hükümleri", İHFM., 1953, C.XIX, Sayı:3-4, s. 523-575.
- TEZCAN, Durmuş – ERDEM, Mustafa Ruhan, ÖNOK, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2008.
- TÜMERKAN, Somay, "Anayasa Mahkemesinin Hakaret Davalarında İspat Hakkına İlişkin Bir Mahkeme Kararı Üzerine", Günümüzde Yargı 1978/ 23, s.16-20.
- YENİDÜNYA, Ahmet Caner – ALŞAHİN, Mehmet Emin, "Bireyin Şerefine Karşı Suçlar", TBBD, Ocak – Şubat 2007, S. 68, s. 81-84.
- "Doğruyu Söylemek Hakkı", Forum, 1 Mayıs 1955, Sayı: 27, s. 2-4.
- "Hür Basın Rejiminin Ana Davası: İspat Hakkı ve Basın Hürriyeti", Forum, 15 Şubat 1955, Sayı: 22, s. 9-10.