

OLMAYAN SUÇ: CUMHURBAŞKANINA HAKARET

Av. Seçkin TÜRKÖĞLU

I- GİRİŞ

Devletin tüm kurumları ve düzenlemeleriyle beraber vasatlığa doğru sürüklendiği bir dönemde bile, hukukçuya yakışan bilimseli hedeflemektir. Vasatlığa teslim olunması halinde kavramların anlamı belirsizleşecektir. Belirsizleşen kavramlar ise siyasi iktidarın elinde adeta bir oyuncak olacaktır. Oysa bilimsel yaklaşım kavramların anlamlarını objektifleştirmeye çalışarak hukuki güvenlik ve hukuki öngörülebilirlik sağlar. Bu anlamda Anayasa'nın dahi sistematikten yoksun bırakıldığı, ruhunun kaybettirildiği bir dönemde Anayasa'yı ve yasaları tekrar savunmak –her ne kadar zor olsa da– adalete hizmet etmektir.

TCK'nın 299. maddesinde tanımlanan cumhurbaşkanına hakaret suçunu işleyen kişi bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Suçun alenen işlenmesi halinde verilecek ceza altıda bir oranında artırılır. Bu suçtan dolayı kovuşturma yapılması Adalet Bakanının iznine bağlıdır. Fakat Adalet Bakanı izni tamamen prosedür olup, hakkında izin verilmeyen kimse bugüne kadar olmamıştır.

Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan'ın göreve başladığı 28 Ağustos 2014 tarihinden itibaren, cumhurbaşkanına hakaret iddiasıyla birçok vatan-
daş hakkında kamu davası açılmaktadır. Öte yandan bu ifadelerin birçoğu Anayasa, Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmeler ve iç hukuk düzenlemelerimiz uyarınca, ifade hürriyeti kapsamındadır. Yapılan yargılamalar vatandaşlar üzerinde baskı aracına dönüşmüş durumdadır. Şiddet içermeyen veya şiddeti teşvik etmeyen ifadelerin kullanılmasında cezalandırılması yoluna gidilmesinde hukuka uygunluk bulunmamaktadır. Bu yazıda da "İfade Özgürlüğü" ile arasında "Demokrasi" kadar kalın bir çizgi olan "Cumhurbaşkanına Hakaret" suçu ile ilgili olarak; madalyonun iki yüzü anlatılmaya çalışılacaktır. Daha sonrasında ise pozitif hukuk açısından 16 Nisan 2016 referandumu ile siyasetler üstü bir makam olmaktan çıkarılan Cumhurbaşkanlığı makamının siyasi bir makam olduğu anlatılarak suçun hukuki konusunun ortadan kalktığı iddia edilecektir.

II- İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

a- Devletin İfade Özgürlüğü Karşısında Pozitif ve Negatif Yükümlülükleri

Devletin insan hakları bakımından iki yönlü yükümlülüğü vardır. Olumlu (pozitif) anlamda mali, idari ve hukuki tedbirler almak ve alınan tedbirleri uygulamaya geçirmek zorundadır. Olumsuz (negatif) anlamda da yükümlülükleri vardır ve bu yükümlülük devletin bizzat kendisinin insan hakları ihlallerine yol açmaması gerektiğini ifade eder. İfade özgürlüğünün de içinde yer aldığı ilk kuşak hakların genellikle olumsuz yükümlülük öngördüğü düşünülür. Elbette devletin bu hakkı ihlal etmemek gibi negatif yükümlülüğü vardır. Devlet, ifade özgürlüğü söz konusu olduğunda hareketsiz kalma, karışmama, kaçınma gibi “olumsuz” tutum takınmalıdır. Ancak bu tür bir tutum, hakkın getirdiği yükümlülükler açısından yeterli değildir. Devletin bu özgürlükler söz konusu olduğunda yasal düzenlemeler yapmak, bu özgürlüklerin kullanılmasını kolaylaştıracak yasal önlemler almak, üçüncü kişilerce bu özgürlüklere yönelik gerçekleştirilen müdahalelere karşı kişileri korumak gibi bir dizi önlem alması gerekmektedir.^[1]

Türkiye’de pozitif yükümlülükler açısından temel güvence hükmü Anayasa’nın 5. maddesidir. Madde metnine göre devletin temel amaç ve görevi “... *kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak, temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanların maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.*” Maddenin gerekçesinde de: “*Temel hak ve hürriyetlerden herkesin yararlanabilmesi, yani bunların herkes tarafından kullanılabilir hale gelmesi için devletin ‘müdahale etmez’ tutumunun yetersizliği nedeniyle, hak ve hürriyetlerin devlet tarafından desteklenmesi yani devletin hak ve hürriyetlerin gerçekleşmesine yardımcı olması gereği de benimsenmiştir*” denilerek 5. madde pozitif yükümlülüklerin güvencesi olarak kabul edilmiştir. Madde diğer hak ve özgürlüklerde olduğu gibi ifade özgürlüğünün korunması, gerçekleştirilmesi ve geliştirilmesini içeren pozitif yükümlülüklerin normatif dayanağını oluşturmaktadır.

Nitekim Anayasa Mahkemesine göre de, devletin pozitif yükümlülük kapsamında, “ifade özgürlüğünün korunması için gerçek ve etkili korunması için gereken tedbirleri almalıdır.”^[2] Mahkeme’ye göre “demokratik çoğulculuğun sağlanmasındaki önemi dikkate alındığında ifade özgürlüğünün kullanılmasında

[1] Ulaş KARAN, İfade Özgürlüğü, “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitaplar Serisi-2”, s. 89.

[2] AYM, Emin Aydın Kararı, B. No: 2016/2602, 23.01.2014, p. 55, Youtube LLC Corporation Service Company ve diğerleri, B. No: 2014/4705, 29.05.2014, p. 53.

sadece devletin müdahale etmemek şeklindeki negatif bir yükümlülüğünün olduğunun kabulü etkin koruma için yeterli değildir. İfade özgürlüğünün gerçek anlamda ve etkili olarak kullanılabilmesi için devletin müdahale etmeme yükümlülüğünün ötesinde pozitif yükümlülüklerinin de olduğunun kabul edilmesi gerekir.^[3]

b- Türkiye’de İfade Özgürlüğü

İfade özgürlüğü Anayasa tarafından koruma altına alınmıştır:

Anayasa’nın 25. maddesi; “*Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz.*”

26. maddesi; “*Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.*” hükümlerini içermektedir.

Oysa ülkemizde düşünce ve ifade özgürlüğünün giderek gerilediği artık herkesçe bilinen bir gerçektir. Özellikle de Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan’a yönelik her türlü eleştiri soruşturma, ceza, tutuklama gibi tehditlerle karşı karşıya bırakılmakta, toplum sindirilmeye çalışılmaktadır.

Mahkemelerce de bu konuda verilebilecek bir cezanın düşünce ve ifade özgürlüğü açısından ihlale yol açacağı ve ilerleyen aşamada bu ihlalin tespitiyle birlikte ülkemizin tazminata mahkûm olacağı açıktır. Ancak maalesef ülkemizde bağımsız ve tarafsız bir yargıdan bahsedebileceğimiz günler artık geride kalmıştır. Bu konuda AİHM içtihatları doğrultusunda bir karar veren bir yargıcın inandırıcılıktan yoksun her çeşit suçlamayla karşı karşıya kalabileceği, mesleğinden olabileceği açıktır.

Bu bakımdan 15.02.2017 tarihinde **Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri** tarafından yayınlanan **Memorandum**’a değinmek gerekmektedir.^[4]

Memorandumun II. Kısmı “İfade Özgürlüğünü Kısıtlayan Yargı Tacizi” başlığını taşımaktadır. Burada hükümetin “üzerinde büyük güç sahibi olduğu”

[3] AYM, İter Nur Kararı, B. No: 2013/6829, 14.04.2016, p. 24.

[4] Türkiye’de ifade özgürlüğü ve medya özgürlüğüne ilişkin Memorandum, Nils Muižnieks, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, CommDH(2017)5, 15 Şubat 2017.

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu da değerlendirilmekte ve hâkimlerin ifade özgürlüğünü destekleyen tartışmalı kararlar almak suretiyle dikkat çekmek istememe gibi eğilimlerin ortaya çıktığı not edilmektedir. Komiser raporunda Cumhurbaşkanına Hakaret suçuna özel bir başlık da açmakta ve bir önceki raporunda bu suça ilişkin açıklamalarına yer vermektedir. Buna göre ülkemizdeki uygulamaların 46 Avrupa Konseyi devleti eşi benzeri yoktur ve “*bu maddenin kullanımını Cumhurbaşkanına ve bu vesileyle onun desteklediği her türlü politikanın her türlü eleştirinin bastırılması için bir araç haline gelmiş olduğu ve fark gözetmeksizin emsali olmayan bir seviyede herkese karşı başta gazetecilere, karikatüristlere, akademisyenlere, ünlülere, öğrencilere ve bazıları reşit dahi olmayan öğrencilere yöneldiği görülmektedir.*” Komiser bu hükmün AİHM içtihatlarına aykırı şekildeki uygulamalarının artık yargı tacizine vardığını belirtmektedir. Bu da ifade özgürlüğünün sınırlarından Demokratik bir toplumda gereklilik ilkesinin ne kadar aşındığına delildir.

c- Yerel Mahkemeler Bağlamında İfade Özgürlüğü

Ülkemizde nadir de olsa yerel mahkemelerin de AİHM içtihatları doğrultusunda kararlar verdikleri görülmektedir. Bu nedenlerle tamamen aynı ifadelerin suçlama konusu yapıldığı kararlardan cumhurbaşkanına hakaret dosyalarına emsal sunulmak üzere üç örnek aşağıdadır:

Ankara 10. Asliye Ceza Mahkemesi’nin henüz çok yeni bir tarihte verdiği **2016/682 Esas** ve **2016/763 Karar** sayılı, 01.11.2016 tarihli Gerekçeli Kararı’nda da önce yukarıda da değinilen Anayasa 2. ve 26. maddelerine atıfta bulunulmuş, devamla “*Düşünce özgürlüğü bir olayda hakaret ve kasten yaralamaya dönüştüğünde, düşünce özgürlüğünden bahsedilemez. Olayda sanığın Cumhurbaşkanı’na hakaret ettiğinden bahsedilmiş ise de, halkın temsilcilerinin eleştirilere daha açık olmaları, bireylerin de eleştirilerini güvenli ve daha rahat biçimde dile getirerek sorunlarını açıklayabilmeleridir.* Bu diktatör suçlaması kişiye sövmek ve hakaret etmek kastını taşımayıp eleştiri ve tenkit düzeyinde kaldığından sanığın **BERAATİNE** karar verilmiştir.” denilmiştir.

Çanakkale 2. Asliye Ceza Mahkemesi 2015/247 Esas ve **2015/538 Karar** sayılı ilamında; “*.Cumhurbaşkanının, seçilmeden önce hükümeti kuran ve iktidarda bulunan Adalet ve Kalkınma Partisi’nin genel başkanı ve Başbakan olduğu, yukarıda bahsi geçen tutuklamaların daha önce uzun süre başbakanlık yapan mağdurun ve başında bulunduğu iktidar partisinin uygulamalarından, mağdurun tutum ve davranışlarından kaynaklandığını düşünen sanık ve yanındakilerin, bu durumu eleştirmek ve protesto etmek amacıyla toplantı düzenleyerek basın açıklaması*

yaptıkları, açıklamanın öncesinde ve sonrasında siyasi eleştiri kapsamında bahsi geçen sloganların atıldığı, sloganların grubu oluşturan kişilerin gündemde olan bu konu ile birlikte mağdurun ve daha önce genel başkanı olduğu iktidar partisinin uygulamalarını, mağdurun, kendilerinin de içinde bulunduğu toplumun bir kesimi açısından uygun olmayan tutum ve davranışları ve söylemleri ile ilgili düşünce ve duygularını açıklama niteliğinde olduğu, yapılan toplantı ve atılan sloganların Türkiye tarafından da imzalanmış Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin koruduğu düşünce, düşünceyi yayma ve ifade özgürlüğü kapsamında kaldığı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yerleşik kararlarına göre, Anayasa ve yasalar ile öncelikle de sözleşmeyle koruma altına alınan ifade özgürlüğü kapsamında taraflı düşüncelerin açıklanabileceği, düşünce ve görüşler açıklarken sözleşme kapsamında kamuoyunu şiddete teşvik etmediği sürece saldırgan, ağır kelimeler kullanabileceği, siyasi kimliği olan kişiler hakkında bu tarz düşünce açıklamalarında bulunulabileceği, mağdur gibi daha önce siyasi kişiliği bulunan ve kamuoyuna mal olmuş kişilerin, siyasi kişilik taşıdıkları dönemde yerine getirdikleri görevlerini yaparken izledikleri yol açısından bu tarz eleştiri ve düşünce açıklamalarını göğüslemek zorunda oldukları, olay günü yapılan toplantıda, tutuklamalarla beraber, Soma'daki maden kazasında ve Gezi Parkı olaylarında yaşanan ölümlerden sorumlu oldukları düşüncesi ile iktidar partisinin ve o dönemlerde partinin başında yer alan mağdur başbakanın, meydana gelen olaylar öncesi ve sonrası tutum ve davranışlarına, izledikleri politikalara karşı protesto mahiyetinde görüşlerin ve eleştirilerin atılan sloganlarla dile getirildiği, mağdurun başbakan olduğu dönemde hakkında yapılan yolsuzluk soruşturmalarına konu olup kamu oyuna yansımış olayların da aynı kasıtlı sloganlarla dile getirildiği, "Hırsız", "Katil" ve "Diktatör" sözlerinin bu bağlamda ifade, düşünce ve düşünceyi açıklama, yayma özgürlüğü kapsamında kaldığı, olay tarihinde gerçekleşen toplantıda herhangi bir şiddet veya kişileri kin ve nefrete sürükleme unsurunun da bulunmadığı, Cumhurbaşkanı'na hakaret suçu Türk Ceza Kanunu'nda özel olarak düzenlenmiş ve müeyyidelendirilmiş ise de mevcut anayasal düzenlemede devletin başı olan Cumhurbaşkanı'nın tarafsız ve toplumun tüm kesimlerine aynı mesafede olduğunun kabul edildiği ve temsil ettiği maddi ve manevi değerler açısından bu sıfatı taşıyan kişilerin özel olarak korunması yoluna gidilerek, onlara yönelik hakaret suçunun ayrı bir maddede düzenlendiği, mağdurun, Cumhurbaşkanı olduktan sonraki birtakım davranışları ve sözlerinin, toplumun bazı kesimlerinde halen iktidarda bulunan partinin genel başkanı gibi hareket ettiği, eski partisi ile bağlarını kopartmadığı algısını oluşturduğu ve halen siyasi kişilik taşıdığı düşünülerek mevcut olaydaki gibi protestolara konu olduğu, bununla birlikte bahsi geçen sloganları sanıkla beraber atan ve toplantıya katılan diğer şahıslar hakkında herhangi bir işlem yapılmamasının da Anayasa ve yasalar önünde eşitlik ilkesine aykırılık oluşturduğu, tüm bu açıklanan nedenlerle sanığın

atılı suçtan beraatine karar vermek gerektiği kanaatine varılmış, aşağıdaki şekilde hüküm kurulmuştur.” denilerek sanıkların **BERAATİNE** karar verilmiştir.

Sinop 2. Asliye Ceza Mahkemesi ise **2015/340 Esas** ve **2015/473 Karar** sayılı vermiş olduğu beraat kararında “Mahkeme somut davanın kendine has koşulları dikkate alındığında ve devlet başkanına hakaret sebebiyle verilen mahkumiyetin yararını ve başvurana üzerindeki etkisinin tarttıktan sonra kamu yetkililerinin cezalandırma yoluna başvurmalarının hedeflenen amaç ile orantılı olmadığına ve dolayısıyla demokratik bir toplumda gerekli olmadığına karar vermiştir. Nihayet kovuşturmanın Cumhurbaşkanının girişimi ile değil iç hukuk hükümleri uyarınca savcılık tarafından başlatıldığını da vurgulamak gerekir. Somut olayda sanıkların “hırsız katil Erdoğan” şeklinde slogan attıkları sabittir. Ancak AİHM kararlarında da belirtildiği üzere bir siyasetçiye siyasetçi olması dolayısıyla yöneltilen eleştirinin sınırları sıradan bir kişiye yöneltilen eleştirilinin sınırlarından daha geniştir: ikincisinin aksine birincisi zorunlu ve bilinçli olarak fiillerini ve davranışlarını vatandaşların ve gazetecilerin dikkatli bir kontrolüne açık bırakmaktadır dolayısıyla siyasetçinin daha fazla hoşgörülü olması gerekmektedir ve kamu yetkililerinin cezalandırma yoluna başvurmalarının hedeflenen amaç ile orantılı olmadığına ve dolayısıyla demokratik bir toplumda gerekli olmadığına karar vermiştir. ... 5237 sayılı TCK'nun 299/1.maddesine göre cezalandırılması istemiyle kamu davası açılmış ise de sanıklara yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması nedeniyle 5271 Sayılı CMK'nun 223/2-a maddesine göre **AYRI AYRI BERAATLERİNE...**” ifadelerine yer vererek AİHM içtihatlarına uygun karar vermiştir.

d- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Açısından

i. Genel Olarak

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 90/5. maddesi uyarınca usulüne uygun yürürlüğe giren uluslararası sözleşmeler kanun hükmündedir. Bu kapsamda AİHS'de düzenlenen hak ve özgürlükler iç hukukumuzun bir parçası olarak değerlendirilmelidir. Sözleşme'nin 9. maddesi inanç özgürlüğünü, 10. maddesi ifade özgürlüğünü ve 11. maddesi örgütlenme özgürlüğü hükümlerini düzenlemekte ve güvence altına almaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi sözleşmede düzenlenen bu hakları içtihatlarıyla açıklamış ve evrensel ölçütleri ortaya koymuştur.

İfade özgürlüğü büyük ölçüde eleştiri özgürlüğünün güvence altına alınmasını hedeflemektedir.^[5] AİHM kararlarında en çok yer tutan ifadeler siyasi nitelikli ifadelerdir. AİHM siyasi ifade özgürlüğüne diğer ifade türleri ile karşılaştırıldığında ayrıca bir önem atfetmektedir. AİHM e göre siyasi tartışma özgürlüğü “*Tüm demokratik sistemlerin temel ilkesidir*”.^[6] Mahkemeye göre hükümetler yalnızca yasama organı ve yargı tarafından denetlenmemelidirler, hükümetler aynı zamanda halk ve kitlesel medya tarafından da denetlenmeleri gerekmektedir.^[7] Hükümetler hem ağır eleştirilere hoşgörü göstermeli, hem de öngördükleri sınırlayıcı önlemlerin ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı etki doğurmasını engellemelidirler.^[8]

AİHM’in siyasi ifadeler konusundaki yaklaşımına göre kamusal organların denetimi bir yurttaşlık görevidir ve yurttaşların bu görevi yerine getirirken ağır ve sert bir üslup kullanması mümkündür. Mahkemeye göre hükümet kendisine yöneltilen ağır ve sert eleştirilere etkili bir şekilde cevap verebilecek konumdadır. Özellikle siyasetçilerin ifade özgürlüğünü kullandığı durumlarda daha az sınırlayıcı olabilecek müdahaleye başvurusu beklenmektedir.^[9]

Anayasa Mahkemesine göre hükümetlere ve siyasetçilere yöneltilen eleştirinin sınırı da özel kişilere göre daha geniştir.^[10] “Siyasi tartışma özgürlüğünün ‘tüm demokratik sistemlerin temel ilkesi’ olduğu göz önüne alındığında diğer ifade türlerine nazaran, başvuru konusu konuşmalardaki gibi siyasal politikaları veya açıklamaları muhalif bir tarzda ele alan siyasi ifade özgürlüğüne ayrıca önem vermek gerekmektedir.”^[11]

Bu doğrultuda verilen kararlardan 3 adet emsal göstermek gerekirse:

[5] AYM, Bekir Coşkun Kararı, B. No: 2014/12151, 4/6/2015, p. 64.

[6] AİHM, Lings/Austria, Appl. No: 9815/82, 08.07.1986, p. 41-42.

[7] AİHM, Şener/Turkey, Appl. No: 26680/95, 17.08.2000, p. 40.

[8] Ulaş KARAN, İfade Özgürlüğü, “Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-2”, s. 8.

[9] D. J. Harris, M. O’Boyle, E. P. Bates, C. M. Buckley, Avrupa İnsan Hakları Hukuku, Çev. Mehveş Bingöllü, Ulaş Karan, Avrupa Konseyi, Ankara, 2013, s. 468

[10] AYM, Bekir Coşkun Kararı, B. No: 2014/12151, 4/6/2015, p. 69.

[11] AYM, Tansel Çölaşan Kararı, B. No: 2014/6128, 7/7/2015, p. 64.

ii. Handyside/Birleşik Krallık Kararı

AİHM yerleşik içtihatlarından **Handyside v. Birleşik Krallık**^[12] kararının 43-53. paragrafları arasında ifade özgürlüğü ve bu özgürlüğe getirilebilecek standartları belirlemiştir. Buna göre ifade özgürlüğünü:

1. “Müdahalenin hukuken öngörülmuş sınırlar içerisinde olması (ifade özgürlüğünü çeşitli durumlarda sınırlayan yasaların mutlaka mevcut olması)”
2. “Müdahalenin meşru bir amaca sahip olması” ve
3. “Müdahalenin demokratik bir toplumda gerekliliği sorunu” çerçevesi içerisine yerleştirmiştir.

Aynı kararda devamla, “*İfade özgürlüğü, toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan biri olan demokratik toplumun ana temellerinden birini oluşturur. İfade özgürlüğü, 10. maddenin sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen ‘haber’ ve ‘düşünceler’ için değil, ama ayrıca Devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir; bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz. Bu demektir ki, başka şeyler bir yana, bu alanda getirilen her ‘formalite’, ‘koşul’, ‘yasak’ ve ‘ceza’, izlenen meşru amaçla orantılı olmalıdır.*” kayıt altına alınmış ve AİHM yerleşik içtihatları da bu doğrultuda şekillendirilmiştir.

iii. Lingens/Avusturya Kararı

AİHM içtihatlarından en önemlilerinden birisi de **Lingens v Avusturya** kararıdır.^[13] Mahkeme bu kararının 35. paragrafında ifade özgürlüğüne kamu makamları tarafından müdahale yapıldığını ifade etmiş; Handyside kararındaki gibi ifade özgürlüğüne getirilecek sınırlamaları aynen sıralamıştır.

Mahkeme Lingens adlı bir gazetecinin Avusturya Başbakanı Kreisky hakkında bir yazısında “*aşağılık oportünist, ahlaksız, onursuz*” ifadelerini kullanmasının cezalandırılması karşısında verdiği kararda 42. paragrafta şu yorumda bulunmuştur:

“*Daha genel olarak siyasal tartışma özgürlüğü, Sözleşme’nin her noktasına ege-men olan demokratik toplum kavramının tam da merkezinde yer alır. O halde, bir siyasetçiye yönelik eleştirilerin kabul edilebilir sınırları, özel bir şahsa yönelik eleştiri sınırına göre daha geniştir. **Bir siyasetçi, özel şahıstan farklı olarak,***

[12] AİHM, Handyside/United Kingdom, Appl No: 5493/72, 07.12.1976.

[13] AİHM, Lingens/Austria, Appl. No: 9815/82, 08.07.1986.

her sözünü ve eylemini bilerek ve kaçınılmaz bir biçimde, gazetecilerin ve halkın yakın denetimine açar; bu nedenle daha geniş bir hoşgörü göstermek zorundadır. Hiç kuşku yok ki, Sözleşme'nin 10/2. fıkrası, başkalarının, yani bütün bireylerin itibarının korunmasına imkân verir; bu koruma, siyasetçileri şahsi sıfatları dışında hareket ettikleri zaman da içine alır. Ancak bu gibi durumlarda söz konusu korumanın gerekleri, siyasi meseleleri açık biçimde tartışmanın yararıyla bağlantılı olarak tartışılmalıdır.

“...Ne var ki olay Kreisky'nin bir siyasetçi sıfatıyla ilgili olduğundan bu yazıların yazıldığı ortama bakılması gerekir. Bu yazılar Ekim 1975 seçimlerinden hemen sonra çıkmıştır. Seçimler öncesinde birçok Avusturyalı Kreisky'nin partisinin mutlak çoğunluğu kaybedeceğini ve hükümet kurabilmek için Peter'in partisyle bir koalisyon oluşturacağını düşünmüştür. Seçimlerden sonra Wiesenthal Peter'in nazi geçmişiyile ilgili açıklamalarda bulununca başbakan da Peter'i savunmuş ve kendisini kötileyenlerin faaliyetlerini “mafya yöntemleri” olarak tanımlamak suretiyle onlara saldırmıştır; işte bunun üzerine Lingens sert bir tepki göstermiştir. O halde tartışma konusu ifadeler seçim sonrası siyasal tartışma ortamı içinde ele alınmalıdır. Başvurucuya verilen Ceza ve buna dair ulusal mahkemelerin gerekçeleri sözleşme bakımından değerlendirilirken bu koşullar göz ardı edilmemelidir...”

“...başvurucunun ifade özgürlüğünü kullanmasına yapılan müdahalenin “başkalarının itibarlarının korunması için demokratik bir toplumda gerekli” bir müdahale olmadığı, izlenen meşru amaçla orantılı olmadığı anlaşılmaktadır. Buna göre sözleşmenin 10.maddesi ihlal edilmiştir...”

iv. Eon/Fransa Kararı

AİHM yakın zamanda da benzer bir olayda ihlal kararı vermiştir. **Eon v. Fransa**^[14] davasında mahkeme Fransa Cumhurbaşkanı Sarkozy hakkında “Defol Git Gerizekali” yazan bir döviz kaldıran başvuruna verilen para cezasının ifade özgürlüğünün ihlali olduğu sonucuna varmıştır.

Mahkeme demokratik bir toplumda gereklilik ölçütü üzerinden gitmiş burada verilen cezanın demokratik bir toplumda gerekli olmadığı sonucuna varmakta bu tarz cezaların **caydırıcı** bir etkisi olduğundan bahsetmiştir. “Mahkeme 10. maddenin 2. fıkrasının, siyasi söylem ve tartışma alanında ifade özgürlüğünün en üst düzeyde önem taşıdığı ve kamuyu ilgilendiren genel nitelikli sorunlara ilişkin alanlarda ifade özgürlüğüne sınırlama getirilmesine kesinlikle izin vermediğini hatırlatmaktadır.” şeklindeki gerekçeyle ifade hürriyetinin sınırlarını açıklamıştır.

[14] AİHM, Eon v. Fransa, Başvuru No: 26118/10, K.T. 14.03.2013.

Bu bakımdan AİHM kararlarında belirtildiği üzere “*siyasi meselelerin açık biçimde tartışılmasının yararıyla bağlantılı olarak tartışılmalıdır*” ve “*bir siyasetçiye yönelik eleştirilerin kabul edilebilir sınırları, özel bir şahsa yönelik eleştiri sınırına göre daha geniştir*” içtihadı kapsamında suç olarak nitelendirilemez. Burada cumhurbaşkanının hukuki ve siyasi sorumluluğuna işaret edildiği tartışmasız şekilde ortadadır. İddia makamı her ne kadar hakaret olarak nitelemiş ise de olay yukarıda anlatılan bütünlükte değerlendirilmelidir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin siyasetçilerin eleştirilere karşı hoşgörülü olması gerektiği yorumu istikrarlı bir içtihatıdır. Buna göre siyasal tartışmaların sertliği ve siyasetçinin bu tartışmadaki payının da değerlendirildiği ve bir denge unsuru gözetilmektedir. Bu nedenlerle Türkiye Cumhuriyeti’nde aynı zamanda Parti Genel Başkanı da olan Devlet Başkanı hakkındaki ifadelerin söylendiği ortam önem, suçun maddi ve manevi unsurlarının tespiti bakımından arz etmektedir.

III- KANUNİLİK ÖLÇÜTÜ

Anayasa’nın 90. maddesine göre “*usulüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*”

Anayasa Mahkemesine göre “Anayasa’nın 90. maddesinin 5. fıkrası uyarınca, sözleşmeler hukuk sistemimizin bir parçası olup, kanunlar gibi uygulanma özelliğine sahiptir. Yine aynı fıkraya göre, uygulamada bir kanun hükmü ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan sözleşme hükümleri arasında bir uyuşmazlığın 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.”^[15]

Anayasa’nın 90. maddesi ve Anayasa Mahkemesinin açık içtihatlarının açık olarak gösterdiği üzere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarıyla Sözleşme’ye aykırı olduğu şüpheye yer bırakılmayacak şekilde tespit edilmiş olan hükümlerin hukukumuzda uygulanabilirliği yoktur. Çünkü bu hükümler Anayasa Mahkemesi’nin ifadesiyle “zımnen ilga” edilmiştir.^[16]

[15] AYM Sevim Akat Ekşi Kararı, B. No: 2013/2187, 19/12/2013, p. 45.

[16] AYM, Neşe Aslanbay Akbıyık Kararı, B. No: 2014/5836 16/04/2015, p. 44.

Bir suçun varlığı ve şüphesiz suça karşılık uygulanacak cezai yaptırımın haklılığı için, bir suçu hukuk âleminde var eden hukuki ve maddi olguların varlığı aranır ki; bilindiği üzere ceza hukuku öğretisinde bu kavram “suçun kurucu unsurları” olarak adlandırılmaktadır. Suçun kurucu unsurları içinde, her suç tipinde varlığı aranan bir “genel kurucu unsur” olarak da karşımıza, diğer genel kurucu unsurlar yanında “ihlalsiz suç olmaz” ilkesi gereği “suçun hukuki konusu” da çıkmaktadır.

Ceza hukuku öğretisi bu unsur: “Hukukça korunan, tabii bundan ötürü kendisine “hukuki değer” veya “hukuki menfaat” denen varlık, yani ceza normunun bir ceza tehdidi ile olası saldırılardan korumayı amaçladığı “şey” anlaşılmaktadır.^[17]

5237 Sayılı TCK'nın 299. maddesinde tanımlanan “Cumhurbaşkanına Hakaret” suçunun hukuki konusu ise, şüphesiz bir siyasi olgu/makam olarak siyaset üstü makam olan Devlet Başkanlığıdır..

Nevzat Toroslu'nun da doktrindeki görüşüne göre: “*Belirtmek gerekir ki, özeli hakaret hallerinde failin hareketi, bir kişinin şerefini ihlal etmekle kalmamakta, ayrıca başka bir hukuki varlığı da ihlal etmektedir. Kanun, bu hallerde, kişinin şeref varlığından çok başka bir varlığı korumak istemektedir. Bu nedenle özel hakaret suçlarında suçun pasif süjesi şerefi ihlal edilen kişi değil bu suçlarla ihlal edilen diğer bir varlığın hamili, yani çoğu defa devlettir. Şerefi ihlal edilen kişi suçun maddi konusudur. Örneğin cumhurbaşkanına hakaret edilmesi durumunda, onun her insan gibi sahip olduğu şeref varlığından çok, temsil ettiği makamın yani devletin manevi dokunulmazlığı korunmaktadır. Bu nedenledir ki, söz konusu suç kişilere karşı suçlar bölümünde değil <Devlete karşı suçlar> bölümünde düzenlenmiştir.*”^[18]

Madde gerekçesinde de ifade olunduğu üzere yasa koyucu; “Cumhurbaşkanının devleti temsil etmesi ve Anayasada belirtilen görev ve yetkileri göz önüne alınarak onun kişiliğine yöneltilen hakaretin bir bakıma Devlet kuvvetleri aleyhinde cürümlerden sayılması” yoluna gitmiştir. Diğer bir ifade ile yasa koyucu, Cumhurbaşkanının Anayasada tanımlanan siyasi taraflar ve erkler üstündeki manevi konumunu, ayrı bir suç düzenlemesi ile korumayı elzem görmüştür.

Mülga 765 Sayılı TCK lafzında da 158. maddede aynı suç düzenlemesi, aynı gerekçe ve hukuki yarar saiki ile düzenlenmiş bulunmaktadır.

Öğreti ve yerleşik yargı kararlarında da, Cumhurbaşkanının Anayasa 104. maddesi gereği “Devletin başı” olduğu, bu sıfatıyla “Türkiye Cumhuriyetini ve

[17] Zeki HAFIZOĞULLARI, Muharem ÖZEN, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yay., B. 6, Ankara 2012, s.225.

[18] Nevzat TOROSLU, Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yay., Ankara 2013, s. 103.

Türk Milletinin birliğini temsil ettiği”, bu özgün konumundan kaynaklı “kamu görevlileri arasında Cumhurbaşkanının istisnai bir konum taşıdığı”, burada bir kişinin yararını korumaktan daha önemli olarak “devlete ilişkin bir hukuki yararın korunmasının amaçlandığı”, ifade edilmektedir. Daha somut bir ifade ile bu suç, “**Cumhurbaşkanı olan kişiye karşı işlenmekte ise de, suçla korunan ve bu nedenle ihlal edilen hukuki değer devletin siyasi iktidar yapısıdır**”.[19]

Nitekim TCK lafzında yalnızca “Cumhurbaşkanı” için ayrı bir suç düzenlemesi mevcut olup; bunun yanında başbakanı, bakanları ve hatta yasama organı başkanını ve diğer herhangi bir kamu kişisini/makamını ayrıca korumayı amaçlayan/hukuki konu kılan bir başka suç düzenlemesi, ceza yasasında yer bulmamaktadır.

Öte yandan 5237 sayılı TCK’nin 299. maddesinde tanımlanan “Cumhurbaşkanına Hakaret” suçu, 5237 sayılı TCK’nin 125. maddesinde yer alan “hakaret” suçundan farklı olarak, doğrudan “Dördüncü Kısım; Millete ve Devlete Karşı Suçlar” kapsamında, “Üçüncü Bölüm; Devletin Egemenlik Alametlerine ve Organlarının Saygınlığına Karşı Suçlar” bölümünde düzenlenmiştir. Oysa yasa koyucunun, 5237 Sayılı TCK’nin 125. maddesinde yer alan “hakaret” suçuna yönelik tercihi ise, bilindiği üzere “İkinci Kısım; Kişilere Karşı Suçlar” kapsamında, “Sekizinci Bölüm; Şerefe Karşı Suçlar” şeklindedir.

Hatta bütün bu nedenlerle denilebilir ki, 5237 sayılı TCK’nin 299. maddesinde tanımlanan “Cumhurbaşkanına Hakaret” suçu, bizzat bu makamda/konumda bulunan Cumhurbaşkanı tarafından da işlenebilir. Nitekim ceza hukuku öğretene göre fail, maddi konunun sahibi de olabilir, ancak o hukuki konunun sahibi olamayacaktır.

Bilindiği üzere, 6771 Sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”, 21.01.2017 günü TBMM’de kabul edilmiş, devamında 16.04.2017 tarihinde gerçekleştirilen halk oylaması sonucu, yasal geçerlilik kazanmıştır.

Bu kapsamda Anayasa lafzında mevcut olan “Cumhurbaşkanının Nitelikleri ve Tarafsızlığı” başlıklı 101. madde, “Görev ve Yetkileri” başlıklı 104. madde, “Sorumluluk ve Sorumsuzluk Halı” başlıklı 105. madde başta olmak üzere, özünde mevcut “Siyasi İktidarın Yapısı”nı ve doğrudan Cumhurbaşkanlığı makamını yeniden belirleyen köklü değişiklikler gündeme gelmiş bulunmaktadır.

[19] Bu bölümde yer verdiğimiz bir kısım hukuki kabul ve alıntıların; Prof. Dr. Çetin ÖZEK, Prof. Dr. Nevzat TOROSLU, E. Yargıç Osman YAŞAR (Yargıtay 4. CD Onursal Başkanı), Yargıç Hasan Tahsin GÖKCAN (Anayasa Mahkemesi üyesi), Yargıç Mustafa ARTUÇ (Türkiye Adalet Akademisi Başkan Yardımcısı) ve Av. Seçil EGE tarafından yayımlanmış eserlerde yer aldığını belirtmek isteriz.

Özellikle 104. maddenin lafzı dikkate alındığında, her ne kadar Cumhurbaşkanının “devletin başı” olduğu ve “milletin birliğini temsil” ettiği lafzı şeklen korunsun da; **herkesçe kabul** olunduğu üzere onun artık doğrudan bir siyasi aktör, bir siyasi taraf, doğrudan yürütme erkinin bir öznesi kılındığı açıkça görülmektedir.

Hakeza şu an dahi muhalefet partileri ile arasında ciddi çekişme olan mevcut Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan’ın siyaset yapmadığını iddia etmenin maddi gerçekle bir alakası yoktur.

Söz konusu Anayasa değişikliği neticesi ortaya çıkan hukuki ve maddi tablo; yeni belirlenen siyasi iktidar yapısında, artık Cumhurbaşkanının; her durumda düne kadar 5237 sayılı TCK’nin 299. maddesi tarafından korunan “bedeninde devleti temsil eden” hukuki ve siyasi olgudan farklı bir durumda olduğunu ortaya koymaktadır. Bir anlamda 5237 sayılı TCK 299. maddesinde yer alan suç düzenlemesinin “hukuki konusu”, dolayısıyla bu suçun varlığı, artık ortadan kalkmış, en azından başkalaşmış bulunmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin (AİHM) bir kararında yer verdiği değerlendirmelere atıf ile, artık ortada, özgün bir suç düzenlemesi ve yaptırım tehdidi ile korunması gereken bir “devlet adamı” değil, bir “politikacı” bulunmaktadır. Bu da Handyside kararındaki ifade özgürlüğünün yasayla kaldırılması ölçütünü ortadan kaldırmaktadır.

Bilinen hukuki tabiri ile 5237 sayılı TCK’nin 299. maddesinde yer alan suç düzenlemesi, 6771 Sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”un TBMM’de ve devamında halk oylamasında kabulü ile “zimmen ilga” olmuş durumdadır.

Aksi bir kabul, 5237 Sayılı TCK 299. maddede yer alan suç düzenlemesi ile artık erkler ve siyasi farklılıklar üstünde bulunan “Cumhurbaşkanı”nın değil; onun yerine doğrudan bir siyasi partinin üyesinin, bir siyasetçinin, özünde bir farklı düşünce ve eylemin -üstelik diğer farklı düşünce ve eylemler aleyhinde- yersiz bir korumaya alınması olur ki; ancak bu durumda eşitlik ve hakkaniyetten söz etmek olanaklı olmayacaktır. Kaldı ki Cumhurbaşkanı artık yürütme organının başı olarak siyasi bir aktördür.

Bilindiği üzere çağdaş ceza hukuku disiplininin vazgeçilmezi, hem Anayasa 38. madde, hem de 5237 Sayılı TCK 2. madde lafzında yer bulan “kanunilik ilkesi”dir ve bu ilke aynı zamanda, suçun varlığı için aranan “tipiklik unsuru”nu da karşılamaktadır.

“Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz” kuralı, şüphesiz hiçbir istinası bulunmayan, temel bir

ilke ve kuraldır. Yine anılan kanunilik ilkesinin bir gereği olarak, “Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz”.

Hal böyleyken, halen 5237 sayılı TCK lafzında şeklen yer bulsa da; açıklandığı üzere “zımnen ilga” olmuş, hukuki ve maddi varlığını yitirmiş bulunan bir suç düzenlemesinin uygulanması, ceza hukukun en temel gereklerinin dışına düşmek olacaktır.

Kaldı ki, değinilen güncel tablo karşısında bir ceza yargıcının, hele ki sanık aleyhine, 5237 sayılı TCK 299. maddesinde yer alan suç düzenlemesine yine de bir varlık kazandırma yolundaki çabaları, doğrudan değinilen “kıyas yasağı”nın açık bir ihlali de olacaktır. Zira basit hakaret TCK 125. maddenin konusu olmakla birlikte siyasetçilerin eleştirileri kaldırma yükümü de mevcuttur.

Anayasa değişikliğinden önce açılan davalar bakımından suçun işlendiği andan sonra gelişen söz konusu hukuki ve maddi olguların ve doğan neticenin, “lehe kuralın geçmişe uygulanması ilkesi”nin bir gereği olarak sanık lehine ele alınması da, ceza hukuku disiplinin diğer bir temel gereğidir.

Tüm bu nedenlerle düne kadar yasanın/yasa koyucunun hukuki değer olarak korumayı amaçladığı, bir “cumhurbaşkanı”; artık hukuki ve maddi anlamda mevcut değildir. Cumhurbaşkanına Hakaret, hukuki varlığını, her durumda hukuki meşruluğunu ve geçerliliğini yitirmiştir.

a- Anayasa Mahkemesi Önceki Değerlendirmesi

16 Nisan 2017 tarihinde yapılan Referandumdan önce; cumhurbaşkanına hakaret suçundan açılan davaların görüldüğü iki mahkeme tarafından, itiraz yoluyla, Anayasa’ya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesinden bu suçu düzenleyen TCK’nin 299. maddesinin iptali talep edilmiştir. Anayasa Mahkemesi 14 Aralık 2016 tarihli 2016/25 E numaralı kararıyla Anayasa’ya aykırılık iddiasını reddetmiş, kararın gerekçesi 3 Ocak 2017 tarihinde Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.^[20]

Anayasa Mahkemesi Anayasa’ya aykırılık itirazını reddederken, iki aşamalı bir yol izlemiş; eşitlik ve hukuk devleti açısından bir değerlendirme yapmıştır.

Öncelikle Cumhurbaşkanına Hakaret suçunun kamu görevlisine hakarettan ayrı düzenlenmesinde, eşitlik ilkesine ayrı bir durum görülmemiş ve TCK’da “Şerefeye karşı suçlar” düzenlemesi ile korunan hukuki menfaatin ve suçun

[20] AYM 2016/25 E. 2016/186 K. 14/12/2016 KT.

niteliğinin farklı olduğuna dikkat çekilmiştir. Bahse konu düzenlemeyle Cumhurbaşkanının kişiliğine hakaretin yanında Devletin saygınlığının da korunduğu belirtilerek eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmediği ifade edilmiştir.

Akabinde, hukuk devletine aykırılık itirazının reddi ana hatlarıyla şu şekilde gerekçelendirilmiştir.^[21]

1. İtiraz konusu madde ifade özgürlüğüne getirilmiş bir kısıtlamadır.

2. Sınırlamanın meşru amacı başkalarının şöhret haklarının korunmasıdır.

3. Bu sınırlama, başkalarının şöhret ve haklarına zarar verilmediği sürece ifade özgürlüğünün kullanılmasına engel teşkil etmemektedir. Onun kullanılmasını zorlaştıran ve kullanılmaz hale getiren kayıtlara bağlanmamış ve hakkın özüne dokunulmamıştır.

4. Bu suçtan kovuşturma yapılması Adalet Bakanının iznine bağlı olmakla, bu takdir yetkisi ifade özgürlüğünü kullananlar açısından bir güvencedir.

Eşitlik ilkesine aykırılığa itiraz reddedilirken, Anayasa ile Cumhurbaşkanına ayrı bir statü tanındığı, Devlet'in başı olduğu ve birliği temsil ettiği vurgulanmaktadır.^[22]

Oysa eşitlik ilkesine aykırılığın reddedilme gerekçesi Anayasa'da değiştirilmiştir. Artık Partili bir cumhurbaşkanı mevcuttur. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesinin bu konu hakkında yeni bir değerlendirme yapması gerekmektedir.

AİHM, özel koruma içeren bu tip kuralların, ifade muhatabının şahsiyetine yönelik zararın dikkate alınmasıyla değil, muhatabın statüsünün aşırı ölçüde korunması yoluyla yapılmasını eleştirmektedir. Konumları sebebiyle kişileri tüm eleştirilerden uzak tutma yönünde özel bir hukuki koruma sağlamanın Sözleşmenin ruhuna aykırı olduğu ifade edilmektedir.^[23] AİHM, hakarete ilişkin genel düzenlemelerin, herkes için olduğu gibi, örneğin devlet başkanları için de şeref ve haysiyetlerine yönelik ucuz bir saldırının cezalandırılması açısından yeterli olduğu kanaatindedir.^[24]

Diğer taraftan yaptırımın ölçülülüğü bakımından, kişilik hakkı ihlali iddialarının tazminat davası ve da tekzip yazısı talepleri kapsamında değerlendirilmesinde prensipte bir engel bulunmamaktadır. Buna karşılık ifade özgürlüğünün kullanılması üzerinde caydırıcı etki oluşturması daha muhtemel bir yol olan

[21] AYM 2016/25 E. 2016/186 K. 14/12/2016 KT, p. 21-22.

[22] AYM 2016/25 E. 2016/186 K. 14/12/2016 KT, p. 12.

[23] AİHM, Columbanı vd./Fransa, B. No: 51279/99 p. 66-69

[24] AİHM, Columbanı vd./Fransa, B. No: 51279/99 p. 67.

ceza mahkûmiyetine başvurulmasından vazgeçilmesinin tavsiye edildiği göz ardı edilmemelidir.^[25]

b- AİHM, Otegi Mondragon/İspanya Kararı

Dava konusu olay Bask bölgesinde ayrılıkçı bir yerel partinin sözcüsünün bir basın açıklamasında Bask Özerk Yönetimi başkanının, ETA ile bağlantılı olduğu iddia edilen bir gazetenin kapatıldığı ve üst düzey yöneticilerinin gözaltına alınıp işkenceye maruz bırakıldığı ileri sürüldüğü olayların ertesinde, kralla birlikte bir elektrik santralının açılışında poz vermesini kınamasıyla ilgilidir. Gazetecilerin konuyla ilgili sorularına cevap verirken, başvurucu yalnız yerel yönetim başkanını sert sözlerle eleştirmekle kalmamış, aynı zamanda kralı, İspanyol ordusunun başkumandanı olarak, “işkencecilerden sorumlu, işkencecileri kollaya, [Bask halkına] şiddet ve işkenceyle monarşiyi dayatan biri” olarak tanımlamıştır. Bu sözler akabinde Devlet Başkanına hakaret suçundan hakkında ceza verilmiştir.

AİHM; Cumhuriyetçi rejimlerde devlet başkanlarının statülerinin aşırı korunmasıyla ilgili içtihadını hatırlatarak, özel yasalarla bazı kişilere hakarete karşı daha fazla koruma sağlanmasının sözleşmenin ruhuna aykırı olduğunu belirtmiştir.^[26] Artun Güvener davasından farklı olarak bu davada devletin tarafsızlığını temsil eden İspanya Kralı'nın diğer insanlardan ayrıcalıklı bir hakaret hükmüyle korunmasının meşru olup olmadığını tartışan AİHM, Kral'ın bile ayrıcalıklı bir korumadan yararlanamayacağına karar vermiştir.^[27] Ayrıca AİHM, Kral'ın politik tartışmalarda tarafsız bir hakem ve devlet simgesi konumunda olmasının, onun, resmi görevlerinin ifasıyla ilgili ve devletin temsilcisi olarak, bu devletin, monarşi rejimi dahil, anayasal yapısına meşru yollarla itiraz eden kişiler başta olmak üzere, başkaları tarafından eleştirilemeyeceği anlamına gelmeyeceği belirtilmiştir.

[25] Towards decriminalisation of defamation, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi1577 (2007) numaralı tavsiye kararı 4 Ekim 2007.

[26] AİHM, Otegi Mondragon, B. No: 2034/07, 15.03.2011, p. 55.

[27] AİHM, Otegi Mondragon, B. No: 2034/07, 15.03.2011, p. 56.

SONUÇ

Tüm bu anlatılanlar dâhilinde Anayasa'nın 2. Maddesine göre laik, demokratik, sosyal bir hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyeti'nde yasalar Anayasa'ya uygun olmalıdır. Bu durumda Türk Ceza Kanunu gibi kişilerin temel hak ve özgürlüklerine direk müdahalesi bulunan bir kanun içerisinde Anayasa'ya aykırı bir suçun olması düşünülemez. Bu bakımdan söz konusu suçun hukuki konusunun ortadan kalkması ve söz konusu durumun ifade özgürlüğü ile can alıcı bir şekilde bağlı olması nedeniyle ilga edilmesi zorunluluktur.

Bu koşullar altında; AİHM tarafından açıkça AİHS'e aykırı olduğu saptanmış olan TCK 299. maddesinin, Anayasa Mahkemesinin içtihadının açıkça gösterdiği üzere, Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca AİHS'in 10. maddesi karşısında esas alınması mümkün değildir. Bu madde zımnen ilga edilmiştir. Avrupa Konseyi'ne üye hiçbir ülkede devlet başkanına hakaret edildiği gerekçesiyle soruşturma açılmazken 299. madde dayanak gösterilerek hakkında iddianame düzenlenen, tutuklanan herkesin ifade özgürlüğü sistematik olarak ihlal edilmektedir.