

# güncel hukuk

EKİM 2015 / 10-142 5 TL

AYLIK HUKUK DERGİSİ

**TCK 299  
OLMAYAN  
HÜKMÜN  
GAZABI MI?**

**VİCDANİ  
REDDİN  
SORGUSU**

**CİZRE  
2015**



**İnsanca bir  
yaşam için...**

**DÜNYAYA  
SİĞİNAMAYAN**

**MÜLTECİLER**

# TCK 299

## Olmayan Hükmün Gazabı mı?

Avrupa Konseyi'ne üye hiçbir ülkede devlet başkanına hakaret edildiği gerekçesiyle soruşturma açılmazken 299. madde dayanak gösterilerek hakkında iddianame düzenlenen, tutuklanan herkesin sistemik olarak ifade özgürlüğü ihlal edilmektedir

**Yaman Akdeniz** İstanbul Bilgi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi  
**Kerem Altıparmak** Ankara Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi

**T**ürk Ceza Kanunu'nun Devletin Egemenlik Alametleri-ne ve Organlarının Saygınlığına Karşı Suçlar bölümün-de özel bir hakaret suçu olarak yer alan Cumhurbaşkanına hakaret suçunu düzenleyen 299. maddesine göre Cumhurbaşkanına hakaret eden kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Suçun alenen işlenmesi hâlinde, verilecek ceza altıda biri oranında artırılır. Bu suçtan dolayı kovuşturma yapılması, Adalet Bakanının iznine bağlıdır.

Cumhurbaşkanı'na hakaret suçu, Recep Tayyip Erdoğan'ın Cumhurbaşkanı olarak göreve başladığı tarih olan 28 Ağustos 2014'den sonra kaygı verici seviyede kullanılmaya başlandı ve kamuoyu gündeminde sıklıkla yer almaya başladı. BİA Nisan-Haziran 2015 Medya Gözlem Raporu'na göre, "CHP İstanbul Milletvekili Melda Onur'un "Cumhurbaşkanına hakaret" davalarına dair bilgi edinme başvurusunu yanıtlayan Adalet Bakanlığı, eski Cumhurbaşkanı Abdullah Gül'ün yedi yıllık görev sürecinde 1359 dava izni talebi geldiği; 545'inin kabul edildiğini ancak tutuklama yaşanmadığını, buna karşılık Recep Tayyip Erdoğan'ın yedi aylık Cumhurbaşkanlığı döneminde 236 dava izni talebi geldiğini, 105'ine izin verildiğini, 8 kişinin de tutuklandığını bildirdi." TÜİK'in yayınladığı Adalet İstatistiklerine göre de 2012 yılı içinde 141, 2013 yılı içinde 140, 2014 yılı içinde de 132 olmak üzere toplam 413 TCK 299 kovuşturmasına başlandığı belirtiliyor. Dağhan Irak ve Benan Molu tarafından hazırlanan çalışmaya göre de Recep Tayyip Erdoğan'ın Cumhurbaşkanlığı döneminde bugüne kadar toplam 282 kişi hakkında soruşturma açıldığı, kovuşturmaya başlandığı veya ceza verildiği, 14 kişinin de Cumhurbaşkanına hakaret suçunun CMK'nın 100/3 maddesi kapsamındaki katalog suçlardan olmasına rağmen tutuklandığı gözlemleniyor.<sup>2</sup> Bu suça istinaden açılan soruşturma ve kovuşturmalara konu olan içerikler arasında gazete makaleleri, karikatürler, çok sayıda sosyal medya paylaşımı, mitinglerde yapılan basın açıklamaları veya atılan sloganlar yer alıyor. Bazı vakalarda, sloganları atanların tamamına yönelik toplu soruşturmalar açıldığı da biliniyor.

Öte yandan, Cumhurbaşkanı'nın avukatları, yüzlerce davada siyasetçilerden, gazetecilerden, sanatçılardan, öğrencilerden müvekkilinin zarara uğradığı gerekçesiyle milyonlarca lira tazminat talep ediyor. Bir başka deyişle, Türkiye'de adalet sisteminin önemli düzeyde bir mesaisi Cumhurbaşkanına hakaret edilip edilmediğini saptamakla geçiyor. Cumhurbaşkanı Erdoğan'la ilgili ağızını açan, kalemini oynatan, deklanşöre ba-

san herkes artık iki kez düşünmek zorunda.

Birden bire ülkenin birçok farklı yerinde tüm savcı ve hakimlerin harekete geçmiş olmasının ceza hukukundaki dayanağı TCK'nin 299. maddesi. Oysa, aşağıda açıklayacağımız üzere Cumhurbaşkanına hakaret suçunu düzenleyen TCK'nin 299. maddesi aslında yok. Savcılar olmayan hüküm üzerinden insanların tutuklanmasını istiyor, iddianame hazırlıyor, hakimler yine olmayan hüküm üzerinden karar tesis ediyor. Bu kararlar, hiç şüphesiz Anayasa Mahkemesi'nden olmazsa Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nden dönecek ama bu arada ifade özgürlüğü ve hukuk devletinin aldığı yaralar onarılmaz zararlara vücut verecek. Bu yazıyı, yol yakınken durun demek için kaleme alıyoruz.

Anayasa'nın 90. Maddesi Uyarınca Cumhurbaşkanına hakaret suçunu düzenleyen TCK Madde 299 esas alınmaz ve uygulanamaz

Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına göre "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."

Anayasa Mahkemesine göre "Anayasa'nın 90. maddenin beşinci fıkrası uyarınca, sözleşmeler hukuk sistemimizin bir parçası olup, kanunlar gibi uygulanma özelliğine sahiptir. Yine aynı fıkraya göre, uygulamada bir kanun hükmü ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan sözleşme hükümleri arasında bir 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" (B. No. 2013/2187, 19/12/2013, § 45).

Kadının evlilik öncesi soyadını kullanmasına ilişkin yaptığı incelemede Mahkeme (Neşe Aslanbay Akbiyık Başvurusu, B. No. 2014/5836, 16/4/2015) bu ölçütü uygulamış ve şu sonuca ulaşmıştır:

"45. Başvuruya konu yargılama kapsamında verilen kararın 4721 sayılı Kanun'un 187. maddesine dayanarak verildiği anlaşılmaktadır. Ancak, yukarıda yer verilen tespitler ışığında, ilgili Kanun hükmünün sözü edilen Sözleşme hükümleri ile çatıştığı görülmektedir. Bu durumda, uyuşmazlığı karara bağlayan derece mahkemelerinin, AİHS ve diğer uluslararası insan hakları andlaşmaları ile çatışan 4721 sayılı Kanun'un 187. maddesini kararlarına esas almayarak, başvuru konusu uyuşmazlık aç-



Cumhurbaşkanı'na hakaret suçu, Recep Tayyip Erdoğan'ın Cumhurbaşkanı olarak göreve başladığı tarih olan 28 Ağustos 2014'den sonra kaygı verici seviyede kullanılmaya başlandı ve kamuoyu gündeminde sıklıkla yer almaya başladı.

sından Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca uygulanması gereken uluslararası sözleşme hükümlerini dikkate alması gerektiği sonucuna varılmaktadır (Sevim Akat Ekşi Başvurusu, B. No. 2013/2187, 19/12/2013, § 46).

44. Somut başvuru açısından, başvurunun temel hak ve özgürlüklere dair uluslararası andlaşmaların kanun hükümlerine nazaran öncelikle uygulanacağı ve bu kapsamda Sözleşmenin ve AİHM içtihadının uyumsuzluğunun karara bağlanmasında nazara alınması noktasındaki itirazlarının yargı mercilerince dikkate alınmadığı ve tartışılmadığı anlaşılmaktadır." (Gülsim Genç Başvurusu, B. No. 2013/4439, 6/3/2014)

Anayasa'nın 90. maddesi ve Anayasa Mahkemesi'nin içtihatlarının açık olarak gösterdiği üzere Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarıyla Sözleşme'ye aykırı olduğu şüpheye yer bırakmayacak şekilde tespit edilmiş olan hükümlerin hukukumuzda uygulanabilirliği yoktur, çünkü bu hükümler Anayasa Mahkemesi'nin ifadesiyle "zımnen ilga edilmiştir" (Neşe Aslanbay Akbıyık Başvurusu, B. No. 2014/5836, 16/4/2015, § 44).

Bu konuda bir noktanın altını çizmek gerekir. Anayasa Mahkemesi, daha önce önüne itiraz yolu ile gelen Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesini Anayasa'ya uygun bulmuş ve iptal etmemiştir.<sup>3</sup> Bu durumda AYM'ye göre bir hüküm Anayasa'ya uygun ve fakat AİHS'e aykırı ise zımnen ilga edilmiştir ve esas alınıp uygulanamaz.

O halde, eğer TCK 299'un AİHS'e ve AİHM içtihatlarına aykırılığı açık bir şekilde ortaya konabilirse, hükmün Anayasa açısından değerlendirilmesine gerek olmaksızın, zımnen ilga olduğu ve uygulanamayacağı söylenebilecektir.

Özellikle Cumhurbaşkanına hakaret suçunu düzenleyen 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 299. maddesi (765 Sayılı Mülga TCK m. 158) ile ilgili AİHM kararları incelendiğinde Cumhurbaşkanına hakaret suçunun ayrı bir suç olarak öngörülmesinin mümkün olmadığı, suçun bu haliyle öngörülmesinin ise AİHS'e aykırı olduğu görülecektir.

**AİHM içtihadı devlet başkanlarının hakaret konusunda diğer insanlardan daha ayrıcalıklı tutulamayacağını hiçbir şüpheye bırakmayacak bir şekilde öngörmektedir.**

Konu, Mahkeme'nin önüne ilk kez Colombani/Fransa davasında gelmiştir. Anılan davada, başvuru Fas Kralı'na hakaret ettiği için 1881 tarihli Basın Özgürlüğü Yasası'nın 36. maddesi uyarınca cezalandırılmıştır. Yasa'nın 36. maddesi devlet başkanlarını görevleri ve konuları nedeniyle korumaktadır. AİHM, yabancı devlet başkanlarının böyle bir ayrıcalığa sahip olmasının modern uygulama siyasi kavramlarla bağdaştırılamayacağına karar vermiştir. Mahkeme'ye göre, bir devletin başka devletlerle dostça ilişkiler sürdürme konusundaki çıkarı ne olursa olsun böyle bir ayrıcalık ulaşılmak istenen amaç için zorunluluk niteliğini taşımaz. Yabancı bir devlet başkanı hakarete uğradığını iddia ediyorsa, herkes için olağan başvuru yollarını kullanabilir ama bunun için ayrıcalıklı korumadan yararlanamaz (Colombani/Fransa, no. 51279/99, 25.6.2002, para. 68-69). Fransa hükümeti, AİHM kararı üzerine ilgili hükmü ilga etmiştir.

Türkiye ile ilgili Pakdemirli/Türkiye başvurusuna konu bir hukuk davasında hakim, davacının Cumhurbaşkanı (Süleyman Demirel) olmasını dikkate alarak ve ulusal mevzuat ve içtihatlardaki orantılılık ilkesine aykırı olarak davalının daha yüksek

**Cumhurbaşkanı'nın avukatları, yüzlerce davada siyasetçilerden, gazetecilerden, sanatçılardan, öğrencilerden müvekkillerinin zarara uğradığı gerekçesiyle milyonlarca lira tazminat talep ediyor. Bir başka deyişle, Türkiye'de adalet sisteminin önemli düzeyde bir mesaisi Cumhurbaşkanına hakaret edilip edilmediğini saptamakla geçiyor**

tazminat ödemesi gerektiğine karar vermiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Colombani kararında öngördüğü pozisyonun daha soyut bir yasa hükmünün hakim tarafından uygulanması durumunda da geçerli olması gerektiğini Pakdemirli kararında belirtmiştir. Bu karara göre bir kişi hakaret davasında salt devlet başkanı olduğu için diğer vatandaşlardan daha fazla koruma göremez (Pakdemirli/Türkiye, no. 35839/97, 22.2.2005, para. 51-52).

Artun ve Güvener/Türkiye kararında AİHM bu ilkelerin bir ülkenin kendi devlet başkanını korumaya yönelik ceza hukuku hükümleri açısından daha da güçlü bir şekilde geçerli olduğunu saptamıştır. Eski Türk Ceza Kanunu'nun 158. maddesine dayanarak verilen hapis cezasının değerlendirildiği davada AİHM anılan maddenin Sözleşme'nin 10. maddesine aykırı olduğunu tespit etmiştir. AİHM, Cumhurbaşkanı'nın koruma altına alınan kişiliğine saldıran olarak nitelendirilebilecek veya Cumhurbaşkanı aleyhinde izin verilen eleştiri sınırlarını aşacak hiçbir şeye rastlamamıştır. Üstelik, başvurular, cezalandırmaya söz konusu yazılarında çevrenin ve halk sağlığının korunması ve 17 Ağustos 1999 tarihinde meydana gelen deprem bağlamındaki sorunları ele alan Türk yetkililerinin tavırları gibi kamu yararı açısından özel önem taşıyan konulara değinmişlerdir. Dolayısıyla, bir başka devletin başkanına ayrıcalık verilmesini Colombani kararında Sözleşme'ye aykırı gören AİHM, o devletin kendi başkanını koruma konusundaki çıkarı açısından ifade özgürlüğünün çok daha güçlü bir şekilde geçerli olduğunu belirtmiştir. Mahkeme'ye göre, ifade özgürlüğü karşısında devlet başkanının ayrıcalıklı statüsü kabul göremez (Artun ve Güvener/Türkiye, no. 75510/01, 26.6.2007, para. 31).

Son olarak, Otegi Mondragon/İspanya kararında AİHM, cumhuriyetçi rejimlerde devlet başkanlarının statülerinin aşırı korunmasıyla ilgili içtihadını hatırlatarak, özel yasalarla bazı kişilere hakarete karşı daha fazla koruma sağlanmasının Sözleşme'nin ruhuna aykırı olduğunu belirtmiştir (Otegi Mondragon, no. 2034/07, 15.3.2011, para. 55). Artun ve 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 (Otegi Mondragon/İspanya, para. 56). Ayrıca, AİHM, Kral'ın politik tartışmalarda tarafsız bir hakem ve devlet simgesi konumunda olmasının, onun, resmi görevlerinin ifasıyla ilgili veya devletin temsilcisi olarak, bu devletin, monarşi rejimi dâhil, anayasal yapısına meşru yollarla



**Bu suça istinaden açılan soruşturma ve kovuşturmalara konu olan içerikler arasında gazete makaleleri, karikatürler, çok sayıda sosyal medya paylaşımı, mitinglerde yapılan basın açıklamaları veya atılan sloganlar yer alıyor. Bazı vakalarda, sloganları atanların tamamına yönelik toplu soruşturmalar açıldığı da biliniyor**

itiraz eden kişiler başta olmak üzere, başkaları tarafından eleştirilemeyeceği anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir.

Görüldüğü gibi bir devlet başkanını o ülkede yaşayan diğer insanlardan daha fazla koruyan tüm ceza hukuku hükümleri AİHM tarafından AİHS'in 10. maddesine aykırı görülmektedir. Bu durum tarafsız bir Kral için bile geçerlidir. Oysa Artun ve Güvener kararı sonrasında Türkiye'de Anayasa değişmiş ve Cumhurbaşkanı halk tarafından seçilmeye başlanmıştır. Dahası, ilk seçilen Cumhurbaşkanı olan Recep Tayyip Erdoğan, Türkiye'de siyasi sistemin fiilen değiştiğini ve yapılması gerekenin "bu fiili durumun hukuki çerçevesinin yeni bir Anayasa ile netleştirilmesi" ve kesinleştirilmesi gerektiğini belirtmektedir.<sup>4</sup> Bu söylemler çerçevesinde, gerek ulusal gerekse uluslararası kamuoyu Cumhurbaşkanı'nın tarafsızlığını yitirdiği kanaatindedir. Nefret veya şiddete teşvik söylemi hipotezinde (Sürek ve Özdemir no 23927/94 ve 24277/94) olduğu gibi ifade özgürlüğüne "zorunlu" bir müdahaleden ziyade çok sayıda soruşturma ve kovuşturma ile (ve hatta tutuklama kararlarıyla) Cumhurbaşkanı'nın herhangi bir şekilde eleştirilmesi konusunda caydırıcı bir etki yaratılmaya çalışılmaktadır. Bu kapsamda TCK'nın 299. maddesi siyasi bir susturucu olarak kullanılmaktadır.

Bu koşullar altında; AİHM tarafından açıkça AİHS'e aykırı olduğu saptanmış olan TCK'nın 299. maddesinin, Anayasa Mahkemesi içtihadının açık olarak 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 dayanarak gösterilerek hakkında iddianame düzenlenen, tutuklanan herkesin sistemik olarak ifade özgürlüğü ihlal edilmektedir.

1. Erol Önderoğlu, "Erdoğan'dan Haberciye İki Seçenek: Hapis ve Para," Bianet, 13 Temmuz, 2015, <http://www.bianet.org/bianet/ifade-ozgurlugu/165934-erdogan-dan-haberciye-iki-secenek-hapis-ve-para>.
2. Bkz. <https://docs.google.com/spreadsheets/d/1-ublq-BchOdF4LqQW3LEDGg16MeormYj058Dn09eJwE/edit?pli=1#gid=256169234>
3. Anayasa Mahkemesi, aynı hükmü iki kez Anayasa'ya uygun bulmuştu. İlk karar eski Medeni Kanun'un 153. maddesine ilişkindir. (29.9.1998 gün ve E. 1997/61, K. 1998/59 sayılı kararı). İkincisi ise yeni Medeni Kanununun 187. maddesine ilişkindir. (10.3.2011, 2009/85 E., 2011/49 K.)
4. Cumhuriyet, "Türkiye'nin yönetim sistemi fiilen değişti" 14 Ağustos, 2015, [http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/siyaset/345623/\\_Turkiye\\_nin\\_yonetim\\_sistemi\\_fiilen\\_degisti\\_.html](http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/siyaset/345623/_Turkiye_nin_yonetim_sistemi_fiilen_degisti_.html)