



Başvuru Numarası: 19165/19
Ömür Çağdaş Ersoy/Türkiye

Üçüncü Taraf Görüşü

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ DERNEĞİ (İFÖD)

Tarafından Sunulmuştur

10 Aralık, 2019

(İFÖD, ifade özgürlüğünü savunan ve destekleyen bağımsız bir sivil toplum kuruluşudur)

Giriş

1. İFÖD bu görüşünde, Ömür Çağdaş Ersoy/Türkiye (No. 19165/19) davası kapsamında Türkiye'de siyasetçilere yönelik hakaret konusunu ele alacaktır. Başvurucunun mahkumiyeti hakkındaki Türk Ceza Kanunu (125/3. maddesi) hükmü kamu görevinin yerine getirilmesiyle ilgili olarak kamu görevlilerine karşı hakaret suçunu düzenlemesine rağmen bu hüküm, genellikle üst düzey politikacılara ve hükümet mensuplarına karşı eleştirel sesleri susturmak için kullanılmaktadır. Bu nedenle görüş; Türkiye'de siyasetçileri eleştirilerden bağımsız tutmak amacıyla hakaret düzenlemelerinin kullanılmasına odaklanacaktır. İşbu görüşte gösterileceği üzere, hakaret düzenlemeleri, siyasi konularla ilgili olarak hükümet yetkilileri lehine, eleştirileri susturmak için uygulanmakta ve bu durum, demokrasi ve çoğulculuğun engellenmesine neden olmaktadır. Mevcut davanın bu arka plan kapsamında incelenmesi gerekir. .
2. Görüş kapsamında ilk olarak hakaret ile ilgili Avrupa standartları açıklanacaktır (**Bölüm II**). Ardından yerel hukukun bu standartlara uygunluğu tartışılacaktır. İlk olarak Ceza Kanunu'nun 125/3. maddesi ile kamu görevlilerine sağlanan yüksek korumanın mahiyeti ve bunun neden olduğu eşitsizlik değerlendirilecektir (**Bölüm III**). İkinci olarak, Avrupa Konseyi'nin hakaretin suç olmaktan çıkarılmasına yönelik politikaları ile uyumlu karar verdiği iddia edilen Anayasa Mahkemesi içtihatları incelenecektir (**Bölüm IV**). Başvurucu hakkındaki mahkûmiyet tarihinde başbakan olan Cumhurbaşkanı Erdoğan'ın, sahip olduğu yasal koruma, ceza mahkemeleri (**Bölüm V**) ve Anayasa Mahkemesi (**Bölüm VI**) önündeki daha önce örneğine rastlanmamış ve yegane konumu itibarıyla Türk yargı sisteminde tüm siyasetçilerden farklılık arz ettiği, sorunun eksiksiz görülmesi için ayrıca değerlendirilecektir.

Siyasetçilere Yönelik Hakarete İlişkin Avrupa Standartları

Siyasi Nitelikteki Konuşmalar ve Toplumsal Tartışma

3. Mahkemenin hakaret ve ifade özgürlüğü ile ilgili içtihadı hacimlidir. İtibarın korunması hakkı ile ifade özgürlüğü arasındaki çatışma; Mahkeme'nin genişleyen içtihatlarına konu olmaktadır. Görüşe ilişkin fiziksel sınırlamalar bu zengin içtihat hakkında ayrıntılı yorum yapmamızı engellemektedir. Bununla birlikte Mahkeme ve diğer Avrupa Konseyi kurumları tarafından geliştirilen ilgili ilkelerin, Türkiye'de siyasetçilere yönelik hakaret davaları ile ilgili değerlendirme için hatırlatılması gerekmektedir.
4. Siyasi nitelikteki konuşmalar, Sözleşme kapsamında ayrıcalıklı bir statüye sahiptir. Mahkeme'nin Lingens/Avusturya kararında belirtildiği üzere "siyasi tartışma özgürlüğü, tüm Sözleşmeye hakim olan demokratik toplum kavramının tam merkezinde yer almaktadır".¹ Kamu yararı ile ilgili diğer konular da aynı düzeyde korunmayı hak etmektedir.² Bunun sonucu olarak, kamusal ilgiye sahip konularla ilgili ifadeleri kısıtlayan tedbirlerin "gerekliliğinin" değerlendirilmesinde, resmi otoritelere tanınan takdir yetkisi özellikle sınırlandırılmıştır.

¹ Lingens/Avusturya, no. 9815/82, 08.07.1986, para. 42

² Thorgeir Thorgeirso/İzlanda, no. 13778/88, 25.6.1992, para. 64

5. İfade özgürlüğü ve demokrasi arasındaki önemli ilişki nedeniyle, kamusal ilgiye haiz konular ile ilgili ve siyasi veya saldırgan nitelikte ifadeler, ifade özgürlüğü kapsamında en yüksek düzeyde koruma görürler³.

Siyasetçilere Yönelik Açıklamalar

6. Bu yaklaşımın bir sonucu olarak Mahkeme, “siyasetçilere yönelik kabul edilebilir eleştirinin sınırlarının özel bir bireye kıyasla çok daha geniş olduğunu” belirtmiştir.⁴ Bir siyasetçi kaçınılmaz olarak ve bilerek her sözü ve eylemini hem gazetecilerin hem de halkın denetimine açmıştır. Özellikle kabul edilebilir eleştiri kapsamındaki kamusal açıklamalar yaptığında, hakkındaki ifadelere daha fazla hoşgörü göstermelidir.⁵ Bununla birlikte, tartışmalı olsa dahi bir siyasetçinin itibarı, Sözleşme'nin sağladığı korumadan faydalanmalıdır.⁶
7. Bu nedenle, bir politikacının özel hayatına⁷ ve toplumdaki kamusal rolüne⁸ yönelen ifadeler arasında bir ayırım gözetilmesi gerekir. Saldırıya uğrayan kişinin devlet memuru olması halinde, Mahkeme saldırıların profesyonel veya kişisel olup olmadığına özellikle dikkat edecektir. Bununla birlikte Mahkeme, devlet memurlarının görevlerinin başarıyla ifası için düzen ve huzurun bozulmadığı şartlar altında kamu güveninden yararlanması gerektiği ve bu nedenle onların rahatsız edici ve saldırgan nitelikte sözlü saldırılardan korunmasının gerekli olabileceği görüşündedir.⁹ Ancak bu koruma, siyasi tartışmaların odağında bulunan siyasetçilere sağlanamaz. Mahkeme, demokratik bir toplumda kamusal tartışmaya katkı sunma kapasitesine sahip olgular ile bireyin özel hayatına ilişkin detayların açıklanması arasında temel bir ayırım gözetmektedir.¹⁰
8. Mahkeme içtihatlarında, siyasetçilere yönelik hakaret ile ilgili olarak geliştirilen bir diğer önemli ilke ise özel bir düzenleme yoluyla daha fazla koruma sağlanmasının, kural olarak, Sözleşme'nin ruhuna uygun olmayacağıdır.¹¹ **Devlet başkanlarına, başbakanlara, bakanlara veya diğer siyasetçilere yönelik böyle ayrıcalıklı bir koruma sağlanamaz.**¹² Mahkeme'nin ilkelerine göre siyasetçiler ve genel olarak tüm üst düzey kamu görevlilerine yönelik hakaret veya aşağılama eylemlerine, özellikle basına karşı iç hukukta ayrı veya daha ağır cezalar 10. madde ile bağdaşmaz.
9. İfadenin kullanıldığı bağlam da çok önemlidir.¹³ 10. madde, özellikle gazetecilerin siyasetçinin söylemlerine karşı tepki gösterdiği durumlarda, abartılı ve hatta rahatsız

³ Lindon, Otchakovsky-Laurens and July/Fransa, no. 21279/02, 22.10.2007, para. 48

⁴ Fedchenko/Rusya, no. 33333/04, 11.02.2010, para. 33; Tuşalp/Türkiye, no. 32131/08, 21.02.2012, para. 45

⁵ Lopes Gomes Da Silva/Portekiz, no. 37698/97, 28.09.2000, para. 30

⁶ Tuşalp, para. 45

⁷ Örnek için bkz. Tammer/Estonya, no. 41205/98, 06.02.2001

⁸ Cojocaru/Romanya, no. 32104/06, 10.02.2015, para. 95

⁹ Janowski/Polonya [GK], no. 25716/94, 21.01.1999, para. 33; Busuioc/Moldova, no. 61513/00, 21.12. 2004, para. 64; Taffin and Contribuables Associes/Fransa, no. 42396/04, 18.02.2010, para. 64

¹⁰ Otegi Mondrago/İspanya, no. 2034/07, 15.03.2011, para. 57

¹¹ Artun and Güvener/Türkiye, no. 75510/01, 26.7. 2007, para. 31; Önal/Türkiye (no. 2), no. 44982/07, 02.07.2019; Otegi Mondragon/İspanya, no.2034/07, 15.03.011; Stern Taulats and Roura Capellera/İspanya, no. 51168/15, 13.3.2018

¹² Tuşalp/Türkiye, Turhan/Türkiye, no. 48176/99, 19.5.2005, para. 25.

¹³ Tammer/Estonya, no. 41205/98, 06.02.2001, para. 61

edici dil kullanımını da korumaktadır.¹⁴ Bir siyasetçinin genel menfaate yönelik ifadesine yanıt niteliğindeki siyasi açıklamalar, eleştiriyi yönelten kişi kasıtlı olarak dikkatsizlik göstermediği sürece sınırlandırılmaz.¹⁵ Mahkeme, olgu aktarımı ve değer yargıları arasındaki ayrıma dikkat çekerek ifadelerin açık bir temeli olmasa dahi yerel düzeyde canlı bir siyasi tartışma sırasında yapılması ve seçilmiş kişiler ile gazetecilerin yerel otoritelerin eylemlerini eleştirmesi kapsamında geniş bir özgürlüğe sahip olması gerektiğini belirtmiştir.¹⁶

10. Rahatsız edici bir ifade yalnızca aşağılama ve hakaret etme amacıyla kullanılmışsa ifade özgürlüğü koruması dışında kalacaktır.¹⁷ Bununla birlikte *Lopes Gomes Da Silva* kararında belirtildiği üzere, demokratik bir toplumun garantileri olan siyasi risklerin ve fikirlerin özgürce tartışılması kapsamında siyasi tartışmalar çoğunlukla kişisel alana da yayılır.¹⁸ Bu davada Mahkeme, makalenin gereksiz bir kişisel saldırı olmadığını, nesnel bir açıklama ile desteklenen olgulara dayanan siyasi bir tartışma olduğunu tespit etmiştir.
11. Açıklanan nedenlerle, **yerel mahkemeler belli açıklamaları bağlamlarından koparmamalı ve belirli ifadeleri tek başına ele alarak hakaret olarak nitelendirmemelidirler.** Salt kaba ifadelerin kullanımı, üslupla ilgili amaca hizmet edebileceğinden tek başına ifadenin saldırgan olduğu değerlendirilmesinde belirleyici değildir. *Tuşalp* kararında, Mahkeme ulusal yargı makamlarının yargılama sırasında söz konusu ifadeleri bağlamından kopardığını ve ifade edildikleri üslubu göz ederek bir değerlendirme yaptıklarını gözlemlemiştir.¹⁹ *Instytut Ekonomichnykh Reform, Tov/Ukrayna* kararında Mahkeme, gazeteci tarafından yayınlanan makalede yer alan “Ganna German’s davasında olduğu gibi parlamento üyesi olmak için bir teklif alsaydım? Yani, Kiev’de bir daire için mi?”²⁰ şeklindeki ifadelerin hakaret olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğine karar vermek için yerel mahkemelerin dikkate alması gereken ilgili faktörlerin ayrıca yazar tarafından kullanılan varsayımsal dilbilgisi formları ve hiciv tonu olduğunu belirtmiştir.
12. Siyasi nitelikteki ifadelerle bağlantılı olarak protesto ya da gösteri biçimleri de 10. madde kapsamındadır. *Kandzhov/Bulgaristan* kararında başvuru, Plevne'nin merkezine koyduğu iki stand ve iki postere “Biz, UDF destekleyicileri, hükümetinin en salağı Teodosiy Simeonov’u istifaya çağırıyoruz ” yazmıştır. Mahkeme, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine karar verirken “vakaların, hükümeti eleştirmekle birlikte şiddet içermeyen bir siyasi tartışma bağlamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu nedenle, Yüksek Mahkeme tarafından tespit edildiği üzere, başvuranın 10 Temmuz 2000 tarihindeki eylemleri tamamen barışçıldır, yoldan geçenleri engellememiştir ve başkalarını şiddete teşvik etme ihtimali pek olası değildir. Ancak Plevne'deki yetkililer, başvuruyu susturmak ve Adalet Bakanı'nı eleştirinin kamusal ifadesinden korumak için hemen olay yerinde ve şiddetle yerinde

¹⁴ Oberschlick/Avusturya (No. 2), no. 20834/92, 1.7.1997, para. 32. Hicvin doğasında var olan gerçekliğin çarpıtılması ve bozulması da 10. madde kapsamında korunmaktadır, bkz. *Vereinigung Bildender Künstler/Avusturya*, no. 68354/01, 25.1.2007, para. 33; *Eon/Fransa*, no. 26118/10, 14.6.2013, para. 60.

¹⁵ *Unabhängige Initiative Informationsvielfalt/Avusturya*, no. 28525/95, para. 43.

¹⁶ *Lombardo and diğerleri/Malta*, no. 7333/06, 24.04.2007, para. 60.

¹⁷ Örnek için bkz. *Rujak/Hırvatistan*, no. 57942/10, 02.10.2010, para. 30

¹⁸ *Lopes Gomes Da Silva/Portekiz*, para. 34.

¹⁹ *Roland Dumas/Fransa*, no. 34875/07, 15.7.2010, para. 50-51.

²⁰ *Instytut Ekonomichnykh Reform, Tov/Ukrayna*, no. 61561/08, 02.06.2016, para. 56.

tepki vermeyi seçmiştir. Demokratik bir sistemde hükümet ve üyelerinin eylemleri veya ihmalleri, basın ve kamuoyunun sıkı denetimi altındadır. Ayrıca, Hükümetin ve üyelerinin sahip olduğu baskın konum, özellikle rakiplerinin haksız saldırıları ve eleştirilerine yanıt vermek için başka araçların mevcut olduğu durumlarda ceza yargılamalarına ve gözaltı tedbirlerine başvurmaktan kaçınılmasını gerekli kılmaktadır.²¹

Ceza Yaptırımları ve Caydırıcı Etki

13. Mahkeme, kamusal menfaati ilgilendiren konularda görüşlerini ifade eden kişilere uygulanan cezai yaptırımların, orantılılığa sirayet eden ve bir bütün olarak topluma zarar veren caydırıcı etki yaratan bir faktör olduğuna karar vermiştir.²² Bu nedenle Mahkeme, ulusal yargı makamı tarafından alınan önlemler veya yaptırımların, basını kamu yararını ilgilendiren konularda kamusal tartışmalara katılmaktan caydırabileceğini belirtmektedir.²³ Mahkemeye göre bir bireyin kamu yararı taşıyan bir konudaki ifadelerine karşı açılan tipik bir hakaret davasında; niteliği gereği kaçınılmaz olarak caydırıcı etki doğuran hapis cezasının verilmesinin herhangi bir haklı gerekçesi olmayacaktır. Başvuranların hapis cezasının infaz edilmemesi, bu sonucu değiştirmemektedir.²⁴
14. Mahkeme, hükümetin sahip olduğu baskın konumun, özellikle başka yolların mevcut olduğu durumlarda, muhaliflerinin saldırıları ve eleştirilerine yanıt verirken ceza yargılamalarına başvurmaktan imtina etmesini gerekli kıldığına karar vermiştir.²⁵ *Raichinov/Bulgaristan* kararında Mahkeme, hakaret davalarında ceza yaptırımlarının ne zaman kabul edilebilir olabileceğini göstermiştir: “Bir kişinin itibarını korumak veya 10. maddenin 2. fıkrası uyarınca başka bir meşru hedef kapsamında cezai takibata başvurmanın otomatik olarak 10. madde ile çeliştiği söylenemez, mesela, bazı ciddi vakalarda olduğu gibi (örneğin şiddete teşvik eden açıklamalar halinde) cezai takibat orantılı bir müdahale olarak görülebilir. Bununla birlikte, müdahalenin orantılılığına ilişkin değerlendirme, çoğu durumda, ceza yaptırımı yerine özel hukuk ya da disiplin cezalarına başvurulup başvurulmadığına bağlı olacaktır”.²⁶
15. Parlamenter Meclisi, “Hakaretin Suç Olmaktan Çıkarılmasına Doğru” başlıklı 1577 (2007) sayılı Kararında üye devletleri, mevzuatlarını azami tahdit ile uygulamaya ve hakaret ile suçlanan herkesin olası ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmak için usule ilişkin güvenceler konusunda ısrarcı olmaya davet etmiştir. Bu karara atıfla 1877 (2007) sayılı Tavsiye Kararında ise, Bakanlar Komitesi “tüm üye devletleri hakaret yasalarını gözden geçirmeye ve gerektiğinde kötüye kullanım veya haksız kovuşturma risklerinin ortadan kaldırılması amacıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadı ile uyumlu bir şekilde düzenlemeye” davet edilmiştir.

Türk Ceza Kanunu'nun 125/3-a Maddesi

16. Türk Ceza Kanunu'nun 125. maddesi hakaret suçunu düzenlemektedir. Bu hükme göre, başka bir kişiye hakaret eden biri, üç aydan iki yıla kadar hapis cezasına

²¹ Kandzhov/Bulgaristan, no. 68294/01, 06.11.2008, para. 73.

²² Cumpna and Mazare/Romanya, no. 33348/96, 17.12.2004, para. 114

²³ Tonsbergs Blad AS and Haukum/Norveç, no. 510/04, 01.03.2007, para. 88

²⁴ Cumpna and Mazare/Romanya, para. 116

²⁵ Fatullayev/Azerbeycan, no. 40984/07, 22.04.2010, para. 116

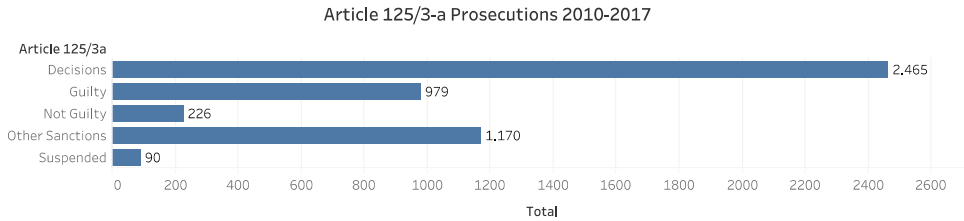
²⁶ Raichinov/ Bulgaristan, 47579/99, 20.04.2006, para. 50

- çarpıtılmalıdır. Bununla birlikte, **maddenin üçüncü fıkrası kamu görevlileri için daha yüksek bir koruma sağlamaktadır**. Suç, kamu görevinin yerine getirilmesi ile bağlantılı olarak bir kamu görevlisine karşı işlenirse, ceza bir yıldan az olamayacaktır.
17. Yukarıda da belirtildiği gibi Mahkeme, kamu görevlilerinin görevlerini rahatsızlık duymadan ifa ederken kamu güvenine sahip olmasını kabul etmesine rağmen bu hüküm ve uygulaması Sözleşme ile çelişmektedir.²⁷
 18. İlk olarak, kamu görevlisinin ortak bir menfaat için korunması Mahkemenin içtihadı çerçevesinde kabul edilebilir olsa da bu korumanın, **mağdurun kamu görevlisi olduğu hakaret davalarında daha ağır cezalandırılmasını haklı kılıp kılmadığı şüphelidir**.
 19. İkinci olarak, mevcut davanın gösterdiği gibi **Türkiye’de yargı organları bu hükmün uygulanmasında; başbakan, bakan ve belediye başkanları gibi seçilmiş politikacılar ile atanmış kamu görevlileri arasında bir ayrım yapmamaktadır**. Bu hükmün uygulanmasında başbakan, bakanlar ve belediye başkanları “kamu görevlisi” olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte, kamu görevlilerinin aksine, bir siyasetçi her sözünün hem gazeteciler hem de halk tarafından genel olarak denetlenmesine açıktır ve daha fazla hoşgörü göstermelidir. Ancak bu fark göz ardı edilerek, adli makamlar iktidar partisine mensup siyasetçilere 125/3-a maddesi kapsamında daha yüksek bir koruma sağlamaktadır. Düzenleme, hakaret suçunun kamu görevinin yerine getirilmesi ile ilgili olarak işlenmesi halinde daha ağır ceza verilmesi gerektiğini belirttiği için bir bireyin bir siyasetçinin siyasi kararlarına karşı tepkisi bu kategoriye girmektedir.
 20. Üçüncü olarak, **bu hüküm iktidar ve muhalefetteki siyasetçiler arasında bir eşitsizliğe de neden olmaktadır**. Başbakan, bakan, belediye başkanları vb. dahil olmak üzere siyasetçiler 125/3-a maddesi ile korunurken muhalif siyasetçiler kamu görevlisi olarak adlandırılmadıkları için daha az koruma içeren 125/1 maddesine tabidir. 125/1 ve 125/3-a düzenlemeleri arasındaki bir diğer fark da vurgulanmalıdır. 125/1. madde uyarınca mağdur, hakaretin ağırlığına bakılmaksızın savcılığa şikâyette bulunmalıdır; 125/3-a maddesi uyarınca ise soruşturma şikâyet yapılmaksızın re’sen savcı tarafından başlatılabilir. Farklı kaynaklardan edinilen bilgiler 125/3-a maddesi uyarınca soruşturma başlatmak için yeterlidir. Sonuç olarak cumhuriyet savcısı, bir kişi hakkında bir bakana hakaret ettiği için, bakan bu ifadelerden haberdar olmasa dahi, soruşturma açabilir. Ancak muhalif siyasetçiler için durum böyle değildir. Böylece yasa; iktidar ve muhalif siyasilere eşit muamele etmemektedir.
 21. 125/3-a maddesi, iktidar partisi üyeleri tarafından geniş ve sistematik bir şekilde kullanılmıştır. Örneğin, eski Ankara Belediye Başkanı Twitter’da kendisine yönelik eleştirilere karşı 3000 hakaret davası başlattığını duyurmuştur.²⁸ Bu rakam tazminat davalarını içerse dahi, toplam sayı hala dikkat çekicidir.
 22. Düzenleme kapsamında sadece 2017 yılına kadar mevcut olan resmi istatistikler ayrıntılı değildir ve 2010-2017 yılları arasında, 125/3-a maddesi kapsamında 2.465 karar verilmiş ve 979 kişi bu suçtan mahkûm olmuş, 90 kişinin cezasının infazı

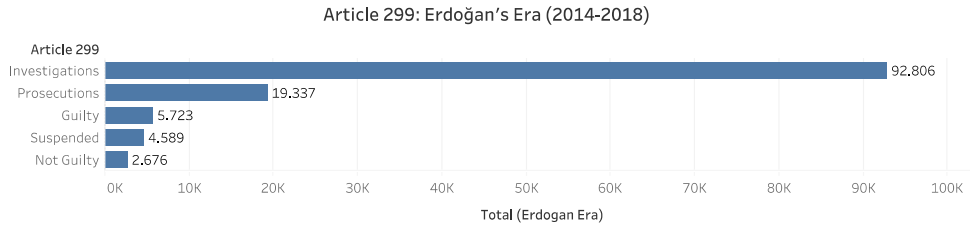
²⁷ Anayasa Mahkemesi, 125/3-a maddesinin Anayasaya aykırılığı nedeniyle iptalini redderken kuralın amacının kamu yararını korumak olduğunu belirtmiştir. Sonuç olarak Mahkeme, ortak çıkar için daha ağır cezaların haklı olduğuna karar vermiştir. Bkz. E. 2012/78, K. 2012/111, 12.9.2012.

²⁸ Bkz. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, Türkiye’de İfade ve Basın Özgürlüğü Hakkında Memorandum, CommDH(2017)5, para. 57

ertelenmiş, 1170 kişi başka yaptırımlara maruz kalmıştır. Resmi istatistikler hakarete uğrayan “kamu görevlilerinin” kim olduğu ve mesela, kaç davanın başbakana hakaret dolayısıyla açıldığı konusunda detaylar içermemektedir. 125/3-a maddesi kapsamında devam eden soruşturmaların sayısı ise bilinmemektedir.



23. Türk Ceza Kanunu'nun 125/3-a maddesi kapsamındaki kovuşturmaların sayısındaki azalma, Erdoğan'ın Ağustos 2014 tarihinde Cumhurbaşkanı olmasıyla birlikte aynı Kanun'un 299. maddesi uyarınca Cumhurbaşkanı'na hakaret suçunu içeren yargılamaların sayısındaki keskin artışla ilişkilendirilebilir. Aşağıda görüldüğü gibi 2018 sonu itibarıyla 92.806 ceza soruşturması ve 19.337 ceza kovuşturması görülmektedir.



24. Eski Başbakan Ahmet Davutoğlu²⁹, Recep Tayyip Erdoğan³⁰ ve bakanlara³¹ hakaret ettikleri gerekçesiyle birçok davada gazeteciler ve diğer kişiler yargılanmakta ve ceza yaptırımlarına maruz kalmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin Hakaretin Suç Olmaktan Çıkarılmasına İlişkin İctihadı

25. Anayasa Mahkemesi Avrupa Mahkemesi gibi bireysel başvuru mekanizması kapsamında kişilerin savcıların kendilerine yönelik hakaret soruşturması açamaması nedeniyle şeref ve itibar haklarının ihlal edildiği şikâyeti ile çok sayıda başvuru almıştır. Anayasa Mahkemesi, PACE'nin tavsiyelerine³² ve Avrupa Mahkemesinin

²⁹ Bülent Keneş Davası, Ankara 37. Asliye Ceza Mahkemesi, 2015/977 E., 2016/78 K.; Sevgi Akarçesme ve Diğerleri Davası, Ankara 32. Asliye Ceza Mahkemesi, 2015/350 E., 2015/865 K.

³⁰ İbrahim Öztürk Davası, Kütahya Asliye Ceza Mahkemesi, 2015/828 E., 16.02.2016; Bülent Keneş Davası, Ankara 14. Asliye Ceza Mahkemesi, 2014/780 E., 2015/466 K.; Canan Kaftancıoğlu Davası, İstanbul 37. Ağır Ceza Mahkemesi, 2019/171 E., 2019/322 K. Ayrıca bkz.: <http://bianet.org/bianet/medya/174342-erdogan-ve-hakaret-tck-299-125-in-uc-ayi>; <https://t24.com.tr/haber/son-3-aylik-medya-gozlem-raporu-sansur-yayin-yasagi-tehditsorusturma-gozalti-tutuklama-olum.352456>

³¹ Ankara 29. Asliye Ceza Mahkemesi, 2015/13 E., 2015/1311 K. Bu davada sanık; Erdoğan, Davutoğlu, Arıncı ve Bozdağ'a hakaret ettiği için mahkum edildi. Toplam 5 yıl 9 ay hapis cezası aldı.

³² PACE, Hakaretin Suç Olmaktan Çıkarılmasına Doğru, Resolution 1577, 04.10.2007, para, 11, 13, 17; PACE, Hakaretin Suç Olmaktan Çıkarılmasına Doğru, Resolution 1814, 04.10.2007, para. 1; PACE, Medya Özgürlüğüne Saygı, Recommendation 1897, 27.1.2010, para. 1.

içtihatlarına³³ atıfta bulunarak başvuruların etkili iç hukuk yollarını tüketmedikleri, tazminat davası açmadıkları gerekçesiyle, başvuruları kabul edilemez bulmuştur.

³⁴Anayasa Mahkemesinin yaklaşımı, *Yakup Saygılı/Türkiye* kararında Avrupa Mahkemesi tarafından da onaylanmıştır.³⁵

26. Bununla birlikte, söz konusu yaklaşım **hakaretin suç olmaktan çıkarılmasından ziyade hakaret suçu kapsamındaki ceza davaları kapsamında haksız uygulamalara neden olmuştur**. Zira hakaret suçuna ilişkin düzenleme hala Ceza Kanunu'nda bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi ceza hukuku ve özel hukuk kapsamına giren hakaret fiilleri arasında bir ayırım gözetmediği için savcılar Türkiye Cumhurbaşkanı söz konusu olduğunda TCK'nın 125. ve 299. maddeleri uyarınca hakaret olarak niteledikleri ifadeler aleyhine dava açma konusunda sınırsız bir takdir yetkisine sahiptir. Nitekim Anayasa Mahkemesine başvurmayı planlayanlar hukuk yollarını tüketmek için bir tazminat davası açmak zorundayken savcılar tarafından sadece 2018 yılında, Ceza Kanunu'nun hakaret ile ilgili 125. maddesi kapsamında 224.681 dava açılmıştır.³⁶ Savcılar her yıl binlerce insanın hakaret kapsamında cezalandırılması için dava açarken bazı kişilerin neden tazminat davası açmak zorunda olduğu açık değildir. Anayasa Mahkemesinin içtihatlarında hakaret suç olmaktan çıkarılmadıkça hakaret davalarındaki eşik belirsizliğini korumakta ve hükümet lehine işleyen eşitsiz ve keyfi nitelikte ceza hukuku uygulamalarına neden olmaktadır.
27. İkinci olarak, olağan hakaret davalarından farklı olarak, kamu görevlilerine yönelik hakaret fiilleri, savcı tarafından re'sen soruşturulmaktadır. Bu nedenle **vatandaşlar tarafından hakarete uğradığını iddia eden kamu görevlilerinin, bu eylemlere karşı hukuk davası açması gerekmemektedir**. Başka bir deyişle, vatandaşların kamu görevlilerine karşı şikayetleri reddedilebilirken, kamu görevlilerinin hukuk yollarını tüketmeleri için tazminat davası açmaları gerekmemektedir.
28. Üçüncü olarak Anayasa Mahkemesi, ifade özgürlüğü ihlali bulmadığı hakaret davalarında ceza yaptırımların orantılılığını tartışmamaktadır. Nitekim hem mevcut davada hem de başvurucunun Cumhurbaşkanı'na hakaret ettiği gerekçesiyle mahkûm olduğu *Umut Kılıç* başvurusunda³⁷, hakaret davasında hapis cezalarının orantılılığı incelenmemiştir.
29. Açıklananlar yanında, ilgili düzenlemenin Anayasaya uygunluğu Anayasa Mahkemesi tarafından incelenmiştir. Yerel mahkeme, 125/3-a maddesinde öngörülen cezanın orantısız olduğu ve iptal edilmesi gerektiğini iddia etmiştir. Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu oybirliğiyle, yasa koyucunun hangi eylemlerin cezalandırılması gerektiğini suç politikası kapsamında belirlemek yönünde takdir yetkisine sahip olduğu sonucuna vararak iptal talebini reddetmiştir.³⁸
30. Dolayısıyla, sonuç en iyi ihtimalle tuhaftır. Bir birey, hakaretin ağırlığı gözetilmeksizin hukuk davası açmazsa, Anayasa Mahkemesine ve daha sonra

³³ Şabanović/Sırbistan, no. 5995/06, 31.5.2011, para. 43; Niskasaari/Finlandiya, no. 37520/07, 6.7.2010, para. 77

³⁴ Adnan Oktar (2), B.No: 2013/514, 02.10.2013, para. 40; Adnan Oktar (3), B. No. 2013/1123, 02.10.2013, para. 44; Fetullah Gülen, B.No. 2014/12225, 14.07.2015.

³⁵ Yakup Saygılı/Türkiye, no. 42914/16, 11.07.2017.

³⁶ Adalet İstatistikleri, 2018, p. 93.

³⁷ Umut Kılıç, B.No. 2015/16643, 04.04.2018.

³⁸ Bkz. 2012/78 E., 2012/111 K., 12.9.2012.

AIHM'ye başvuramamaktadır. Ancak, iktidar partisine mensup bir siyasetçinin herhangi bir şikâyeti ceza mahkemesine getirilmeksizin savcılar tarafından başlatılan yargılama sonucu hükmedilen yaptırımlar; hakaretin suç olmaktan çıkarılması görüşünü destekleyen Avrupa Konseyi belgelerine atıf yapan aynı Anayasa Mahkemesi tarafından sorgulanmamaktadır. Yargının ve savcılarının bağımsızlığıyla ilgili sorunlar göz önüne alındığında, Anayasa Mahkemesinin bu yaklaşımı muhalif politikacılar ile iktidardaki siyasetçiler arasında itibar hakkının korunmasının ihlali kapsamında adalete erişim açısından eşitsizlik yaratmaktadır. Muhalif siyasetçilerin iktidar partisine mensup siyasetçilere karşı şikayetleri kabul edilmez bulunmakta ve kovuşturulmazken, iktidar partisine mensup siyasetçilerin şikayetleri genel olarak kabul edilmekte ve muhalif siyasetçilere karşı kovuşturmalar başlatılmaktadır. Aynı husus; tüm muhalifler, özellikle muhalif medya, gazeteciler, aktivistler ve sivil toplum örgütleri için de söylenebilir. Muhalif medya, gazeteciler ve diğerleri hükümet yetkililerinin şikayetleri ile yargılanırken iktidar partisini destekleyen medya kuruluşlarına karşı şikayetler sistematik olarak reddedilmektedir.

Erdoğan'ın Türk Hukukundaki Özel Konumu

31. Mevcut davaya konu olay tarihinde başbakan olan Cumhurbaşkanı Erdoğan, yerel mahkemeler önünde benzeri görülmemiş ve özgün bir konuma sahiptir. Cumhurbaşkanı hakaret düzenlemesi ve bu konudaki başvurular bilinmekte ve raporlanmaktadır. Yukarıdaki rakamların gösterdiği üzere 92.806 kişi düzenleme kapsamında ceza soruşturmasına tabi tutulmuş ve toplam 19.337 kişi hakkında kamu davası açılmıştır. Bu derece çok sayıdaki kovuşturma ve mahkûmiyet kararı göz önüne alındığında, Anayasa Mahkemesi tarafından bu konuda verilen bireysel başvuru kararı sayısı çarpıcı derecede düşüktür, aşağıda açıklanacağı üzere sadece bir başvuru kabul edilemez bulunmuştur.
32. Bununla birlikte Cumhurbaşkanı'nın imtiyazlı pozisyonu, farklı mahkemeler önündeki hukuk davalarında da görülmektedir. Savcılar, 2018 yılı sonu itibariyle bugüne kadar 92.806 kez Cumhurbaşkanı'na hakaret edildiğine karar verirken tek bir kişi hukuk mahkemelerinde kendisine karşı açtığı davayı kazanamamıştır.
33. Örneğin, Cumhurbaşkanı, ülkenin güney doğusunda devam eden silahlı çatışmaya son verilmesi çağrısında bulunan barış bildirisini imzalayan kişilere yanıt olarak öfkeli bir tirat atmış ve teröristlere sempati duyduklarını ve Türkiye'nin milli güvenliğini baltalamaya çalışan yabancı güçlerin "beşinci kolu" olduklarını belirterek bu "sözde aydınları" "vatana ihanetle" suçlamıştır. Prof. Neşe Özgen ve Prof. Baskın Oran, Erdoğan'ın bu konuşmasında kendilerine hakaret ettiği iddiasıyla hukuk davası açmıştır. Baskın Oran davasında, Oran'ın imzacılardan biri olduğu bilinmesine rağmen Yargıtay, adının Erdoğan'ın konuşmasında geçmemesi nedeniyle taraf sıfatı yokluğundan davayı reddetmiştir.³⁹ Prof. Özgen'in davası da Yargıtay'da sonuçlanmıştır.⁴⁰
34. Erdoğan, kendisine karşı açılan tek bir davayı dahi kaybetmemesine rağmen, son on yılda ana muhalefet partisinin lideri Kemal Kılıçdaroğlu'na karşı açtığı on beş farklı hakaret davasında toplam 822 bin Türk Lirası kazanmıştır.⁴¹ Kılıçdaroğlu'nun tüm

³⁹ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 2017/3236 E., 2018/2317 K., 27.3.2018.

⁴⁰ Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 2017/4070 E., 2018/2911 K., 11.4.2018.

⁴¹ <http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/turkiye/1030394/kilicdarogluna-8-senede-822-bin-tlceza.html>

açıklamaları, hükümetin çeşitli konulardaki tutumunu eleştiren, dolayısıyla kamusal tartışmaların parçası olan beyanlardır.

Erdoğan Davalarında Anayasa Mahkemesi

35. Anayasa Mahkemesi, “Erdoğan Davaları” kapsamında bir istisna değildir. Cumhurbaşkanı'na hakaret suçunu düzenleyen Ceza Kanunu'nun 299. maddesi Anayasaya aykırılığı iddiası ile Anayasa Mahkemesi tarafından incelenmiştir.⁴² bu iddiayı Anayasa Mahkemesine taşıyan yerel mahkemeler, cumhurbaşkanına sağlanan imtiyazlı pozisyonun AİHM içtihatları kapsamında eşitlik ilkesini ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Buna rağmen Anayasa Mahkemesi, Strazburg Mahkemesi'nin yerleşik içtihatlarını kasten göz ardı ederek iptal talebini reddetmiştir.
36. Yukarıda gösterildiği gibi, Erdoğan cumhurbaşkanı olduktan sonra binlerce kişi 299. madde kapsamında hüküm giymiştir. Buna rağmen, Anayasa Mahkemesi şimdiye kadar sadece bir davada karar vermiştir. Umut Kılıç başvurusunda Anayasa Mahkemesi, AİHM'nin devlet başkanlarına hakaretle ilgili içtihatlarını bir kez daha yok sayarak başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.⁴³ Ömür Çağdaş Ersoy başvurusunda, mevcut davanın başvuru Strazburg içtihatlarına da dayanmıştır. Ancak Anayasa Mahkemesi içtihatlarında yer alan çatışan haklar değerlendirmesinin aksine Strazburg içtihatları kapsamında geliştirilen standartlar uygulanmamış ve başvurucuya uygulanan yaptırımın orantılı olduğuna karar verilmiştir.⁴⁴
37. Kemal Kılıçdaroğlu başvurusunda, muhalefet partisinin lideri olan başvurucunun Meclis'te yaptığı konuşma için Erdoğan'a tazminat ödemesine karar verilmiştir. Anayasa Mahkemesi bu konuşmanın milletvekili dokunulmazlığı kapsamında korunmadığını belirtmekle yetinmemiş, aynı zamanda yerel mahkeme kararının Anayasayı ihlal etmediğine de karar vermiştir.⁴⁵ Anayasa Mahkemesi, bu başvuruda karar verirken açıklamaların bağlamını da göz ardı etmiştir.
38. Anayasa Mahkemesi, itibarın korunması hakkı ile ifade özgürlüğü arasında çatışma olduğu durumlarda Axel Springer testini uygulamaktadır.⁴⁶ Buna karşın, Erdoğan'ın taraf olduğu davalarda Axel Springer testi uygulanmamaktadır. Bahsedilen Kılıçdaroğlu başvurusu haricinde, Neşe Özgen başvurusunda da Cumhurbaşkanı'nın konuşmasının başvurucuya yönelik hakaret teşkil ettiği iddiası bakımından da durum böyle olmuştur⁴⁷. Başvuranın iddiaları değerlendirilmeksizin başvuru, açıkça dayanaktan yoksun bulunmuştur.
39. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi de diğer yerel mahkemeler gibi, Erdoğan'ın taraf olduğu davalarda Strazburg standartlarını uygulamakta sürekli bir şekilde başarısız olmaktadır.
40. Son olarak, Anayasa Mahkemesinin şimdiye kadar Erdoğan'ın mağdur, tazminat davasının davacısı ve hatta Erdoğan'ın talebiyle verilen erişimin engellenmesi

⁴² 2016/25 E., 2016/186 K., 14.12.2016.

⁴³ Umut Kılıç, B.No. 2015/16643, 04.04.2018.

⁴⁴ Ömür Çağdaş Ersoy, B.No. 2015/11715, 12.12.2018.

⁴⁵ Kemal Kılıçdaroğlu, B.No. 2014/1577, 25.10.2017.

⁴⁶ İlhan Cihaner, B.No: 2013/5574, 30.06.2014, §§ 66-73; Nilgün Halloran, B. No: 2012/1184, 16.07.2014, § 41; Kadir Sağdıç, B. No: 2013/6617, 08.04.2015, §§ 58 66

⁴⁷ Neşe Özgen, B.No. 2018/23127, 01.04.2019



kararları ile ilgili başvuruların hiçbirinde ifade ve basın özgürlüğünün ihlal edildiğine hükmetmediğini eklemek de önemlidir.

Sonuç

41. Örneklerle açıklandığı üzere, Türk Ceza Kanunu'nun 125/3-a maddesi, Strazburg Mahkemesi'nin tutarlı içtihatlarına aykırı olarak kamusal tartışmalarda muhalif siyasetçilerin susturulması ve iktidara mensup siyasetçilere yönelik imtiyazlı koruma sağlanması için kullanılmaktadır.
42. İFÖD, Mahkeme'yi 125/3-a maddesinin Sözleşme standartlarına aykırı olduğu ve düzenlemeye ilişkin ulusal yargı pratiklerinin siyasi ifadeler üzerindeki olumsuz etkiyi arttırdığını dikkate almaya davet etmektedir.

10.12.2019

İfade Özgürlüğü Derneği-İFÖD (Türkiye)

Web: <https://ifade.org.tr> Twitter: @ifadeorgtr

İfade Özgürlüğü Derneği resmi olarak ifade ve düşünce özgürlüğünün korunması ve geliştirilmesi için Ağustos 2017'de kurulmuştur. Yeni Dernek, herkesin düşünce ve ifade özgürlüğünden ve bilgi ve bilgiye erişim ve bilgi yayma hakkından yararlandığı bir toplum öngörmektedir.