

“1-Hakaret suçu, dünyada çok tartışılan ve çok az ülkede ceza yaptırımını konusu yapılan suçlardandır. Bu suçla ilgili olarak, Türkiye'nin üyesi olduğu Birleşmiş Milletler (BM) nezdinde -özellikle 2000'li yıllarla birlikte- artan sayıda rapora ve karara konu olmaktadır. Bu konuda öncü nitelikteki çalışma, BM Düşünce ve İfade Özgürlüğü Özel Raportörü, Avrupa Güvenlik ve İş Birliği Teşkilatı (AGİT) Basın Özgürlüğü Temsilcisi ve Amerikan Devletler Örgütü (OAS) İfade Özgürlüğü Özel Raportörü'nün “İfade Özgürlüğünün İlerletilmesi İçin Uluslararası Mekanizmalar” başlığıyla yayımladıkları ortak deklarasyondur. Bu metinde şu yönde tavsiyede bulunulmuştur: “Hakaret fiillerinin ceza yaptırımına bağlanması, ifade özgürlüğü üzerinde haklı bir kısıtlama değildir; hakareti suç olarak öngören kanunlar kaldırılmalı ve gerektiğinde bunların yerine hakareti medeni hukuk yaptırımına bağlayan kanunlarla yetinilmelidir.”

2-BM Düşünce ve İfade Özgürlüğü özel raportörü, bu çağrıyla 2007 yılında yinelemiştir. “ ... Hakaret gibi başkalarının itibarını zedeleyen suçlar bakımından hiçbir şekilde hapis cezası uygulanmamalıdır... hakaret fiillerine ilişkin yasaların cezai nitelikte olmaktan ziyade sadece medeni hukuk kapsamında kalmasının ve medeni hukuktaki düzenlemelerin de aşırı tazminat öngörmemesinin sağlanması” belirtilmiştir.

3-BM İnsan Hakları Komitesinin (BM İHK), 2011 yılında yayımladığı “Düşünce ve İfade Özgürlüğü” hakkındaki 34 no.lu Genel Yorum'unda "hakaret fiillerine ilişkin yasalar, Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 19. maddesinin 3. fıkrasına uygun olmalı ve uygulamada ifade özgürlüğünü engellemeye hizmet etmeyecek şekilde özenle hazırlanmalıdır. ... Doğası gereği doğrulamaya tabi olamayacak değer yargılarını içeren ifade biçimleriyle ilgili olarak uygulanmamalıdır. Kamuya mal olmuş kişiler hakkında kötü niyet olmaksızın yanlışlıkla yayınlanmış gerçek dışı ifadelerin cezalandırılmasından veya başka bir şekilde hukuka aykırı hâle getirilmesinden kaçınılması göz önünde bulundurulmalıdır. Her halükârda, eleştirinin konusuna ilişkin kamu yararı, geçerli bir savunma olarak kabul edilmelidir. Taraf Devletler aşırı ceza ve tedbirlerden kaçınmaya özen göstermeli, davayı kazanan tarafın veya mahkeme masraflarını karşılanması yükümlülüğüne makul sınırlar getirmelidir. Taraf Devletler, hakaretin suç olmaktan çıkarılmasını değerlendirmeli ve her halükârda ceza hukuku yaptırımlarının uygulanmasına sadece en ciddi vakalarda izin vermelidir: Hapis cezası hiçbir zaman uygun bir yaptırım değildir. ...” BM İHK, kendisine yapılan bireysel başvuru üzerine karara bağlanan Adonis/Filipinler vakasında “Taraf Devletler hakaretin suç olmaktan çıkarılmasını değerlendirmeli ve her hâlükârda ceza hukukunun uygulanmasına sadece en ciddi vakalarda izin verilmelidir nitekim hapis yaptırımını hiçbir zaman uygun bir ceza değildir.” saptamasını tekrar etmiştir.

4-2021 yılında yayımlanan “Siyasetçiler ile Kamu Görevlileri ve İfade Özgürlüğü” başlıklı ortak deklarasyonda: “... Devletler:

i. İfade özgürlüğü üzerindeki her türlü kısıtlamanın, bu tür kısıtlamalar için üç bölümden

oluşan uluslararası hukuk testine tam olarak uygun olmasını, yani yasallık, amacın meşruiyeti ve gereklilik şartlarını karşılamasını ve kamu yararını ilgilendiren konularda güçlü kamuoyu tartışmalarından kişilerin caydırılmamasını sağlamalıdır.

ii. Hakaret fiillerini suç olarak düzenleyen yasaları kaldırmalı ve gerektiğinde bunların yerine medeni hukuk alanında uygun hakaret yasalarını getirmelidir.

iii. Devlet veya hükümet başkanlarına, siyasetçilere veya yetkililere yönelik ifadeler için özel koruma sağlayan veya daha büyük cezalar öngören hakaret veya lèse-majesté yasalarını yürürlükten kaldırmalıdır.

iv. Hakarete ilişkin medeni hukuk kapsamındaki yasaların, diğerlerinin yanı sıra, aşağıdaki standartlara uygun olmasını temin etmelidir:

a) Siyasetçiler ve kamu görevlilerinin sıradan vatandaşlara nazaran daha çok eleştiriye tahammül etmelerini sağlamaya matuf düzenlemeler de dahil olmak üzere, siyaseti ve kamu yararını ilgilendiren diğer konulardaki ifadelerle daha geniş koruma sağlanması,

b) Tazminat kararlarının tüm koşullar dikkate alınarak ölçülü olmasının ve ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı bir etki yaratacak kadar yüksek olmamasının sağlanması. ...”

5-Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi (AKPM) “Hakaretin Suç Olmaktan Çıkarılmasına Doğru” başlıklı 1577 (2007) sayılı ve 4 Ekim 2007 tarihli Tavsiye Kararı’nda öncelikle ifade özgürlüğünün demokrasinin temel taşlarından biri olduğunu kesin bir dille yineleyip gerçek bir ifade özgürlüğünün olmadığı yerde gerçek bir demokrasinin de olamayacağını vurgulamış; hakaretle mücadele mevzuatının, kişileri yıldırma amaçlı kullanımını “sinsice” ve “sapkınca” diye nitelendirerek demokratik toplumlar açısından kabul edilemez saymıştır. Söz konusu metinde özellikle Azerbaycan, Fransa ve Türkiye özelinde saptamalara yer veren Parlamenterler Meclisinin (Asamble) mezkûr kararının Türkiye’yle ve konumuzla doğrudan ilgili pasajları şu şekildedir:

“11. [Asamble] birçok üye ülkenin yasalarında hakaret için hapis cezası öngörüldüğünü,

Azerbaycan ve Türkiye gibi bazılarının hâlâ bu cezaları uyguladığını büyük bir endişeyle not eder. (...)

13. Sonuç olarak Asamble, hakaret suçu için hapis cezalarının daha fazla gecikmeden kaldırılması gerektiği görüşündedir. Asamble özellikle, ceza yasalarında hâlâ hapis cezaları öngörülen devletlere (hapis cezalarını fiilen uygulamaları da), hapis yaptırımını uygulamaya devam eden ve böylece temel özgürlüklerin aşınmasına neden olan ülkelere herhangi bir mazeret vermemek için bu cezaları gecikmeksizin kaldırmalarını tavsiye eder.

17. Asamble bu doğrultuda üye devletlere şu çağrıda bulunur:

17.1. Hakaret suçu için öngörülen hapis cezaları gecikmeksizin kaldırılmalıdır;

17.2. Hakaret nedeniyle açılan cezai kovuşturmaların kötüye kullanılmaması güvence altına alınmalı ve bu davalarda savcılarının bağımsızlığı korunmalıdır.

17.3. Yasanın keyfi bir şekilde uygulanmasını önlemek ve hakareten etkilenen kişilerin haysiyetinin medeni hukuk kanalıyla etkili bir şekilde korumasını sağlamak için hakaret kavramı mevzuatta daha kesin bir şekilde tanımlanmalıdır;

17.4. Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu’nun (ECRI) 7 no.lu Genel Politika Tavsiyesine uygun olarak, ırk, renk, dil, din, milliyet veya ulusal ya da etnik köken nedeniyle bir kişiyi veya grubu şiddete, nefrete veya ayrımcılığa alenen teşvik etmek veya tehdit etmek, bu eylemlerin kasıtlı olması hâlinde, suç haline getirilmelidir;

17.5. Sadece şiddete teşvik, nefret söylemi ve inkârcılığın teşvik edilmesinin hapis cezası ile cezalandırılması sağlanmalıdır;

17.6. Hakarete dair mevzuattan, AİHM'in içtihadına uygun olarak kamuya mal olmuş kişiler için artırılmış koruma kaldırılmalıdır ve özellikle aşağıdaki hususlardaki çağrıya riayet edilmelidir:

17.6.1. Türk Ceza Kanunu'nun 125.3. maddesinin bu doğrultuda değiştirilmesi sağlanmalıdır.

(...)

17.9. Gerçek zararlar orantısız tazminat ve faiz kararlarına karşı uygun yasal güvenceler sağlanmalıdır.”

6-Avrupa Konseyinin anayasal konulardaki danışma organı olan; devletlerin özellikle de yasal/kurumsal yapılarını demokrasi, insan hakları ve hukukun üstünlüğüne ilişkin Avrupa standartlarıyla ve uluslararası deneyimlerle uyumlu hâle getirmek isteyen devletlere yardımcı olmakla yetkili Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu), farklı devletler için verdiği bir dizi görüşte, hakaret suçu için öngörülen hapis cezası yaptırımlarının kaldırılmasını tavsiye etmektedir. Azerbaycan, İtalya ve Macaristan özelinde hazırlanan raporlarda Komisyon bu öneriyi açıkça getirmiştir.

7-Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri'nin 2016 yılında Türkiye'ye gerçekleştirdiği ziyaretlerin ardından, 17 Şubat 2017 tarihinde yayımlanan Türkiye'de ifade özgürlüğü ve medya özgürlüğüne ilişkin memorandumun “hakaret”e ilişkin kısımları da şu şekildedir:

“Hakaret suçuna ilişkin uygulamalar, Türkiye'deki en büyük sorunlardan biridir: Hakaret suçunun cezası üç aydan iki yıla hapis veya adli para ceza olarak öngörülmüştür. Bu suç kamu görevlilerine karşı işlendiğinde ise ceza ağırlaşmakta ve cezanın alt sınırı bir yıl olmaktadır. ... hakaretin bir suç olarak kabul edilmesi ve ... hapis ve para cezalarıyla karşı karşıya kalmalarının mümkün olması sebebiyle, oluşan caydırıcı etki, ifade özgürlüğünün kullanımını sınırlamaktadır. Bu durum ... demokrasinin düzgün işleyişini olumsuz etkilemektedir. Türkiye'de, Türk Ceza Kanunu'nun hükümlerinin uygulama biçimi, araştırmacı gazetecilere olumsuz bir sinyal göndermekte ve hicivli görüşlerin ifade edilmesini ve eleştirileri baskılamaktadır.”

8-Avrupa Konseyi organları; genel olarak hakaretin, özel olarak kamu görevlilerine hakaretin (yetki sahibi olup daha fazla eleştiriye açık olmaları gereğinin bir uzantısı olarak) suç olmaktan çıkarılması yönünde kararlar almakta, tavsiyelerde bulunmaktadır.

9-Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında, kamu görevlilerinin eleştiriye daha açık olmasının gerektiği belirtilmektedir. AİHM'e göre: “Resmî sıfatla hareket eden devlet memurları, tıpkı politikacılar gibi, özel şahıslara kıyasla kabul edilebilir eleştiri sınırlarına daha geniş düzeyde tabidir.” ... “Kamu görevlilerinin eylemleri sürekli olarak incelemeye ve tartışmaya tabi olmalı ve eleştiriye açık olmalıdır.” Mahkeme, hakaret suçunda kamu görevlisi için hem usul hem ceza yaptırımını açısından farklılık yaratmanın AİHM'nin yerleşik içtihatlarına uygun görünmemiş, bu kişiler için kabul edilebilir eleştiri sınırlarının daha geniş olduğunu tespit etmiştir. Bir kararda özellikle belirtmiştir: “Mahkeme bu bağlamda, daha önce hakaret konusunda özel kanunla artırılmış bir korumanın, ilke olarak, Sözleşme ruhuna uygun

olmadığına karar verdiğini hatırlatmaktadır (Colombani ve diğerleri/Fransa, § 69, Otegi Mondragon, § 55 ve Önal/Türkiye (no. 2), § 40).”

10-Belirtilen tüm bu hususlar AİHM’in, nefret söylemi hariç olmak üzere, hakarete hapis cezası yaptırımını uygulanmasını ölçüsüz saydığını ve bunun diğer kişiler üzerinde de demokratik tartışma bağlamında caydırıcı etki yarattığı görüşünde olduğunu göstermektedir.

"... Karşılaştırmalı ceza hukukunda “kamu görevlilerine hakaret suçu”, ister müstakil bir suç tipi olarak ister hakaret suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâli olarak ele alınsın, istisnai bir durumdur. Nitekim 2017 yılında yayımlanan bir araştırmada AGİT üyesi devletlerin %73,69’unda böyle bir suç yoktur.<sup>32</sup> Bu AGİT üyelerinin yaklaşık dörtte üçüne denk düşmekte olup Türkiye, kamu görevlilerine yönelik nitelikli hakaret suçu düzenlemesiyle bu alanda istisna olan azınlığın içindedir. Hakaret suçunun, özellikle kamusal tartışmalar bağlamında oldukça dar kapsamda uygulanmasının demokratik toplum düzeninin bir gereği olduğunu hatırlatan Macar AYM’si, kamusal görev yapan kişilerin sert eleştirilere daha da açık olması gerektiğini ifade etmiştir. Bu ilkesel belirlemelerden sonra Mahkeme, hakaret suçunun cezasının, yetki sahibi oldukları için eleştiriye daha açık olması gereken resmî görevliler için daha yüksek olmasını ölçüsüz ve tutarsız saymıştır:... “Kamusal konularla ilgili ifade ve basın özgürlüğünün üstün anayasal değerinden; Devletin, bir makamın veya resmî bir görevlinin etkinliği hakkında görüş bildiren kişiyi, ne kadar rahatsız edici olursa olsun, özel bir kişi hakkında olumsuz görüş bildiren kişiden daha ağır bir ceza ile tehdit etmesinin Anayasa’ya aykırı olduğu sonucu çıkmaktadır. Devlet memurlarının ve kamu görevinde bulunanların resmi faaliyetlerini özgürce eleştirmeye ilişkin anayasal hak ve bununla bağlantılı ifade özgürlüğü güvencesi karşısında, yetkililere ve resmi kişilere tanınan kapsamlı ceza hukuku koruması, temel bir hak üzerinde gereksiz ve istenen hedefe göre ölçüsüz bir kısıtlama oluşturmaktadır.” Buradan hareketle Macaristan AYM’si, hakaretin -dar kapsamda uygulanması kaydıyla- suç olabileceğini ama bu suçun kamusal yetki sahiplerine karşı işlenmesi hâlinde daha ağır ceza öngörülmesinin Anayasa’ya aykırı olduğu sonucuna varmıştır." Éva Boda-Balogh, “Case-Based Reasoning as a Measure of Constitutional Adjudication:

Remarks on the Jurisprudence of the Hungarian Constitutional Court in Defamation Cases”, Hungarian Journal of Legal Studies, S. 64(2), 2023, s. 163-179

11-Anayasa Mahkemesinin birçok kararında da, hakaret suçunun ifade özgürlüğüne zarar verdiğini vurgulamıştır. Bunlar:

Ali Taştan, B. No: 2017/5809, 29/1/2020.

Oğuz Demirkaya, B. No: 2018/15033, 18/5/2021, § 38-39

Keleş Öztürk, B. No: 2014/15001, 27/12/2017.

Hasan Ercan, B. No: 2015/54, 12/11/2019.

Selçuk Kozağaçlı, B. No: 2014/10715, 10/1/2018.

Arif Altın, B. No: 2014/2170, 10/1/2018.

Özün Kanbay, B. No: 2014/5584, 9/1/2018.

Meliha Kaplan, B. No: 2016/8289, 23/6/2020.

Kerim Karabıçak, B. No: 2021/61944, 20/12/2023.

12-TCK'nın 125. maddenin üçüncü fıkrası ile ilgili olarak gerekçede, kamu görevlilerine hakaret edilmesi durumunda suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâlinin oluşacağı belirtilmiş, fakat neden daha ağır ceza verilmesi gerektiği hususunda bir açıklama yapılmamıştır. Söz konusu düzenleme kamu görevlilerine, genel hakaret hükmü ile korunan şahıslara göre, daha yüksek düzeyde bir koruma sağlanmaktadır. TCK 125/3-a maddesiyle TCK 125 maddesi arasında karşılaştırma yapıldığında; Öncelikle ceza miktarları arasında oransızlık bulunmaktadır. TCK 125/1 maddesinde ceza miktarı "... Üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası iken 125/3-a maddesinde "cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz..." hükmüyle orantısız ve seçimsiz bir ceza miktarı belirlenmiştir. Bu Anayasanın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ve Anayasanın 10. maddesinde tanımlanan kanun önünde eşitlik ilkelerine aykırılık oluşturmaktadır.

13-Kamu görevlisinin görevinden dolayı koruma kapsamına alınması doğal karşılanabilir, bu fiili saldırı veya özel engelleme halinde düşünülmelidir, ancak hakaret suçu yönünden olmamalıdır, zira hakaret oluşturacak sözler, kişiye, yere, zamana ve duruma göre değişebilmekte; hangi sözlerin hakaret oluşturacağı belirsiz olduğu için suç hakkındaki değerlendirme de, mahkemelere göre değişebilmektedir. Herhangi bir yurttışa hakaretle kamu görevlisine hakaret arasında, sanık ve mağdur yönünden fark yaratılamaz. İlkine üç ay hapis veya para cezası düzenlenirken, ikincisine dört katı ve doğrudan özgürlüğü bağlayıcı ceza öngörmek hukuk devleti ve kanun önünde eşitlik ilkesine de aykırıdır. Devlet, Anayasanın 40. maddesine göre kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak zorundadır. Bu aykırılığın giderilmesi gerekir.

14-TCK 125/1 maddesinin soruşturulması mağdurun şikâyetine bağlıyken, TCK131/1 maddesinde kamu görevlisine hakareti resen, şikâyet aranmaksızın soruşturma ve kovuşturma konusu yapılmıştır. kamu görevlilerine hakaret şikâyete tabi olmayan res' en takip edilen bir suç olmasına karşılık, diğer kişilere hakaret bakımından şikâyet, soruşturma ve kovuşturma koşuludur. Bir suçun şikâyete tabi tutulup tutulmaması, çeşitli yönlerden önemli hukuki sonuçlar doğurmaktadır. Örneğin şikâyetten vazgeçme veya geri almak mümkünken, re'sen soruşturulan ve kovuşturulan suçlarda bu mümkün değildir. Kamu görevlisine hakaret gündeme geldiğinde, şüpheli hakkında re'sen soruşturma başlatılabilmekte, dava kamu davası olarak yürütülmekte ve kişiye daha ağır ceza verilmektedir. Bu yönüyle de, Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti, 10. maddesindeki kanun önünde eşitlik ve Anayasanın 36. maddesindeki adil yargılanma hakkı ilkelerine aykırılık oluştur. Zira, yargılama yönteminde yurttış aleyhine aşırı bir koruma sistemi getirilmiştir. Şikâyet hakkını aramamak, adil yargılanma ilkesinin ihlalidir, silahların eşitliği ilkesi bozulmaktadır. Devlet, Anayasanın 40. maddesine göre kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak zorundadır. Bu aykırılığı gidermek durumundadır.

15-Bir başka yönüyle, TCK 125/3-a maddesi nedeniyle, kamu görevlileri, kamudaki işleyişten kaynaklanan eleştirilere tahammül etmemekte, kurumsal eleştiriler, makama yapılmış gibi değerlendirilerek TCK 125/3-a maddesine sokulmaktadır.

16-İdarenin iş ve işlemlerini eleştirmek, ifade özgürlüğü kapsamındadır. Olması gereken ve kamudaki hataları ve hatalardan kaynaklanan mağduriyeti önlemeyi sağlayan eleştiri, cezalandırma korkusuyla yapılamamakta, yurttış mağdur olabilmekte; kamu

görevlisinden hesap sorma imkanı doğmadığı gibi kamudaki işlemlerde de düzelme olmamakta, yurttaşın mağduriyeti artmaktadır. Bu cezalandırma korkusu, temel hak ve özgürlüklerden olan, Anayasanın 26. Maddesinde düzenlenmiş ifade özgürlüğünü ve kamunun yurttaş tarafından denetlenmesi imkanını ortadan kaldırmaktadır. Her eleştiri suç kapsamına sokularak, yurttaş cezalandırılma korkusuyla, eleştiri ve şikayet hakkını, dolayısıyla ifade özgürlüğünü kullanamamaktadır. Devlet, Anayasanın 40. maddesine göre kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak zorundadır. Bu aykırılığı gidermek durumundadır.

Bknz: Joint Declaration by the UN Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression, the OSCE Representative on Freedom of the Media and the OAS Special Rapporteur on Freedom of Expression. Bkz. <https://tinyurl.com/bdhakszj> (Erişim Tarihi: 30/08/2024). Raportörler, 2010 yılında yayımladıkları “Ortak Deklarasyon’un Onuncu Yıldönümü: Sonraki On Yıl’da İfade Özgürlüğünün Önündeki On Anahtar Meydan Okuma” metninde cezai hakaret mevzuatını ifade özgürlüğünün önündeki on engelden biri olarak saymışlardır. <https://www.article19.org/data/files/pdfs/standards/tenth-anniversary-joint-declaration-ten-key-challenges-tofreedom-of-express.pdf>.

"2,3,6,8,9. Paragraflardaki değerlendirmelerde, Prof. Dr. Adem SÖZÜER ve Doç. Tolga ŞİRİN'in yayımlanmamış hukuki değerlendirmelerinden alınmış olup, kullanılmasına izin verilmesi nedeniyle kendilerine teşekkür edilmiştir."

#### SONUÇ ve İSTEM :

Yukarıda sayılan nedenlerle TCK 125/3-a maddesinin ve TCK 131/1 maddesindeki "...kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenen hariç..." bölümünün Anayasanın 2, 10, 26, 36, 40 maddelerine aykırılık oluşturduğundan İPTALLERİ hususunda değerlendirme yapılması ve İPTALLERİNE KARAR VERİLMESİ talep olunur."